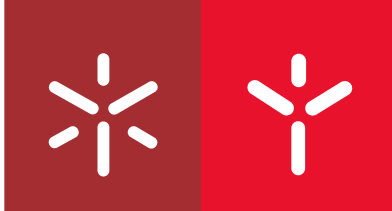




**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Gisela Santos Ribeiro

**A Justiça em laboratório: Reflexões em torno  
da base de dados de perfis de ADN**



**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Gisela Santos Ribeiro

**A Justiça em laboratório: Reflexões em torno  
da base de dados de perfis de ADN**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e  
Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação da

**Professora Doutora Flávia Novera Loureiro**

janeiro de 2020

## **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-Compartilhalgal**  
**CC BY-SA**

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

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, por me terem dado todas as oportunidades que me fizeram chegar até aqui e por nunca me terem deixado desistir.

À minha irmã, por ser a luz da minha vida.

Ao Silvério, um especial obrigada pelo amor, pela paciência e pela constante motivação.

Por fim, mas não menos importante, à Professora Doutora Flávia Novera Loureiro, minha orientadora, pelos ensinamentos, disponibilidade, dedicação e ajuda.

A todos, o meu sincero agradecimento.

## **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.

# **A Justiça em laboratório: Reflexões em torno da base de dados de perfis de ADN**

## **Resumo**

Atualmente a ciência oferece hodiernas técnicas que permitem conhecer muito a partir de pouco, mormente a determinação da identidade genética através do ácido desoxirribonucleico, que é considerado um dos métodos mais revolucionários da Genética Molecular moderna.

O ácido desoxirribonucleico é um componente químico do núcleo celular que define o código genético único e imutável de cada ser humano.

O presente trabalho de investigação revela o estudo sobre o contributo da aplicação das técnicas de análise do ADN para fins de identificação civil e de investigação criminal, sendo que este último configura o âmbito ao qual daremos maior enfoque.

Não obstante as inegáveis virtualidades da análise de ADN, a sua utilização com designios criminais, bem como as bases de dados de perfis genéticos suscitam distintos e intrincados problemas, que instam ser solucionados, sob pena de saírem prejudicadas as finalidades essenciais do processo penal, designadamente a proteção dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Base de dados de perfis genéticos; dados pessoais; dignidade humana; direito à não autoincriminação; perfis de ADN.

# **The Justice in the Laboratory: Reflections around DNA database**

## **Abstract**

Nowadays science offers new techniques that allow us to know a lot from a little, especially the determination of genetic identity through deoxyribonucleic acid, which is considered one of the most revolutionary methods of modern molecular genetics.

Deoxyribonucleic acid is a chemical component of the cell nucleus that defines the unique and immutable genetic code of every human being.

The present research reveals the contribution of the application of DNA analysis techniques for civil identification and criminal investigation purposes, the latter sets the scope to which we will focus more.

Although the undeniable virtues of DNA analysis, their use for criminal purposes as well as genetic profiling databases create some distinct and complex problems that need to be addressed, otherwise the main purposes of criminal proceedings could be undermined, namely the protection of fundamental rights.

**Key-words:** DNA profiles; genetic profiling database; human dignity; personal data; privilege against self-incrimination.

## Índice

Lista de abreviaturas e siglas .....	ix
Introdução .....	10
Capítulo I- O ADN .....	16
1. O ADN e identificação humana .....	16
1.1. O que é o ácido desoxirribonucleico? .....	16
1.1.1. ADN codificante e ADN não codificante .....	18
1.2. Potencialidades e limitações do ADN .....	19
2. A utilização do ADN para fins de identificação civil .....	23
2.1. O que sucedia antes do recurso ao ADN? .....	23
2.2. ADN e identificação civil .....	28
2.2.1. Estabelecimento da filiação .....	30
2.3. A criação de uma base de dados genéticos alargada à população em geral- uma utopia desejável? .....	33
2.3.1. Os dados genéticos versus os dados integrados no cartão de cidadão .....	33
2.3.2. O desígnio de criação de uma base de dados genéticos extensível a toda a população e a problemática suscitada .....	35
3. A utilização do ADN para fins de investigação criminal .....	38
3.1. As primeiras experiências de introdução da prova de ADN no âmbito criminal... ..	38
3.2. A utilização do ADN antes da consagração da base de dados.....	41
3.3. A criação da base de dados de perfis de ADN com finalidades criminais – a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro .....	43
3.3.1. Da Proposta de Lei n.º 144/X até à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro .....	44
3.3.2. Das críticas à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.....	51
3.3.3. A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro versus Código de Processo Penal: uma coexistência de regimes? .....	54
Capítulo II- O paradigma da ponderação constitucional da utilização da base de dados genéticos para fins de investigação criminal .....	59
1. A recolha de amostras biológicas em arguidos e a sua (in)compatibilização com o princípio da presunção da inocência e com princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> .....	59
1.1. Diferenciação entre o conceito de suspeito e o conceito de arguido.....	59
1.2. Condição e estatuto processuais de arguido não condenado .....	62
1.3. O destino do perfil obtido: necessária inserção na base de dados de perfis de ADN? .....	68
1.3.1. O destino do perfil obtido após decisão de arquivamento em caso de dispensa da pena ou de suspensão provisória do processo.....	72



2. As problemáticas suscitadas pela recolha de amostras biológicas em arguidos condenados para determinação do perfil do ADN.....	75
2.1. A natureza jurídica da ordem de recolha de amostras biológicas em arguidos condenados: um novo efeito da sentença condenatória? .....	75
2.1.1. Os pressupostos objetivos da ordem de recolha de amostras em condenados .....	76
2.1.2. A natureza jurídica da ordem de recolha em condenados.....	81
2.1.3. A inserção de perfis genéticos de condenados e o registo criminal: dois regimes análogos? .....	84
2.2. A (não)automaticidade da ordem de recolha de amostras biológicas em arguidos condenados .....	86
2.3. Da (i)legitimidade de recolha coerciva de amostra biológica em arguidos condenados .....	90
Capítulo III- O intercâmbio europeu de informações em matéria de prova genética e o direito à reserva da vida privada – uma dissidência compatível? .....	106
1. O fenómeno da globalização da criminalidade: causas e efeitos .....	106
2. A reação da União Europeia: políticas e medidas de intercâmbio e conservação de dados de ADN.....	109
2.1. A (des)armonização dos sistemas nacionais .....	117
3. A problemática do direito à reserva da intimidade da vida privada, <i>maxime</i> a proteção dos dados pessoais.....	123
Considerações finais .....	132
Referências bibliográficas.....	137
Referências jurisprudenciais.....	144
Pareceres e relatórios .....	145
Anexos.....	146

## **Lista de abreviaturas e siglas**

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

ADN – Ácido desoxirribonucleico

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf. – Conferir

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CODIS – *Combined DNA Identification System*

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

EUA – Estados Unidos da América

FBI – *Federal Bureau of Investigation*

INMLCF – Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses

JIC – Juiz de Instrução Criminal

LPDP – Lei da Proteção de Dados Pessoais

MP – Ministério Público

NDNAD – *National DNA Database*

N.º – Número

ONU – Organização das Nações Unidas

P. – Página

PP. – Páginas

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UE – União Europeia

## Introdução

Desde que, em 1998, Alec Jeffreys descobriu as potencialidades do ADN<sup>1</sup> no auxílio ao sistema judicial, que o desenvolvimento científico tem progredido avassaladoramente nesta área e as tecnologias de identificação por perfis de ADN têm vindo a afirmar-se como o «padrão de ouro» na identificação individual<sup>2</sup>. O ADN humano pode ser utilizado para finalidades de identificação civil, que será útil em casos de identificação de pessoas desaparecidas ou vítimas de desastres de massa, bem como para finalidades de investigação criminal, com extrema relevância na identificação do agente do crime. No primeiro caso, o trabalho pericial é desenvolvido mediante comparação com perfis genéticos de objetos pessoais ou de familiares, enquanto, no segundo caso, através da comparação com perfis genéticos recolhidos no suspeito ou armazenados em bases de dados próprias<sup>3</sup>.

No que concerne ao âmbito criminal, refira-se que a prova, cuja função é a demonstração da verdade dos factos, é o aspeto do processo penal que mais diretamente se relaciona com a Ciência e a Tecnologia, dado que é em virtude da correlação entre factos e verdade que a Ciência adquiriu importância capital no combate ao crime<sup>4</sup>. Sucede que, a utilização das tecnologias de identificação genética na investigação criminal veio suscitar problemas cujas soluções não existiam de *iure constituto* e que exacerbaram as clássicas tensões verificadas no âmbito do Direito Processual Penal, fruto do confronto sistemático entre as exigências de realização da Justiça, a efetivação do *ius puniendi* do Estado e o corolário essencial de respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

Com efeito, com o desenvolvimento dos procedimentos de recolha e com inovadoras técnicas, as tecnologias de ADN introduziram um novo paradigma de identificação forense. Paralelamente a este novo paradigma, vivemos sob o fenómeno denominado «*CSI effect*»<sup>5</sup>, uma vez que o imaginário popular é estimulado por séries televisivas de ficção científica forense, onde as tecnologias de ADN são retratadas como superpoderosas, infalíveis e insubstituíveis instrumentos de investigação criminal, graças aos seus resultados fáceis,

---

<sup>1</sup> O termo mais correto é a sigla DNA, reconhecida internacionalmente e que significa *deoxyribonucleic acid*. No entanto, na presente dissertação irá utilizar-se a sigla ADN, em virtude de ser essa a designação usada na legislação portuguesa.

<sup>2</sup> SANTOS, Filipe, “As funções do DNA na investigação criminal- estudo de cinco casos em Portugal” in MACHADO, Helena e MONIZ, Helena (org.), *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem social*, (1.ª edição) Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 197.

<sup>3</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial” in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça*, Lisboa: Pactor, 2013, p. 27.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>5</sup> Designação baseada na série *Crime Scene Investigation*, estreada em 2000 nos EUA e exibida em vários países, nomeadamente em Portugal, desde o ano de 2004.

rápidos e decisivos, criando nos seus telespetadores a ilusão de que a investigação criminal real se processa de igual modo<sup>6</sup>. Não obstante o *CSI*/assentar numa aparente verossimilhança quanto à aplicação de algumas técnicas, este não traduz as limitações e contingências inerentes à investigação criminal e à análise laboratorial que existem na realidade<sup>7</sup>. Nas palavras de Carlos Farinha, o efeito *CSI* “é a transmissão da ideia que a (...) investigação criminal é imediata, que decorre em segundos e que não há limites para a aplicação da ciência (...)”, sendo uma panóplia de facilitismo geral<sup>8</sup>. Para além disso, e mais grave ainda, o efeito *CSI* “retira-nos qualquer sentido crítico relativamente à dimensão das bases de dados e à dimensão da compreensão da nossa liberdade (...)”<sup>9</sup>. Deste modo, este fenómeno tem vindo a afetar a administração da justiça, sobretudo em modelos judiciais distintos do nosso<sup>10</sup>, uma vez que também as autoridades judiciárias esperam por provas categóricas e têm expectativas irrealistas relativamente a provas periciais e técnicas de investigação<sup>11</sup>.

Inevitavelmente, este efeito já se estendeu ao nosso país<sup>12</sup>, levando a que os tribunais portugueses admitam que as ciências exatas e biológicas são capazes de fornecer respostas rápidas e com um grau de absoluta infalibilidade. Por outro lado, os nossos tribunais têm sido igualmente contagiados pela tendência para se considerar que a falta de provas científicas pode constituir dúvida razoável e, conseqüentemente, motivo de absolvição do arguido<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> Para Helena Machado e Filipe Santos, o «efeito *CSI*» comporta uma outra vertente que se traduz nas expectativas públicas geradas em torno dos órgãos de polícia criminal. Isto significa que a espécie de “híbrido polícia/cientista” propagada pelas séries similares ao *CSI* cria na população a ideia de maior credibilidade e autoridade moral da polícia, uma vez que esta é auxiliada pelas ciências exatas e biológicas; ou, pelo contrário, em avaliações negativas das autoridades policiais e judiciárias devido à incapacidade de atingir patamares de eficácia comparáveis aos retratos ficcionais, MACHADO, Helena e SANTOS, Filipe, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal” in DURÃO, Susana e DARCK, Marcio (org.), *Polícia, Segurança e Ordem Pública: Perspectivas Portuguesas e Brasileiras*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2012, p. 4, disponível online em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/41837/1/Entre%20a%20policia%20ficcional%20e%20a%20policia%20real.pdf>, consultado a 18/06/2019.

<sup>7</sup> SANTOS, Filipe, “As funções do DNA na investigação criminal- estudo de cinco casos em Portugal”, *op. cit.*, pp. 197-198. No mesmo sentido, cfr. BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 21.

<sup>8</sup> FARINHA, Carlos, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, Edições Húmus, 2012, p. 22.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Nos EUA, por exemplo, constata-se que o júri tem a expectativa de ser confrontado com provas científicas e, caso elas não existam, concluem que não existe prova suficiente, absolvendo o arguido, o que denota que os jurados acreditam quase cegamente na prova científica produzida. Neste sentido, cfr. MACHADO, Helena e SANTOS, Filipe, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal”, *op. cit.*, p. 4. Vejam-se, por exemplo, dois artigos norte-americanos sobre o «efeito *CSI*», disponíveis online em [https://usatoday30.usatoday.com/news/nation/2004-08-05-csi-effect\\_x.htm](https://usatoday30.usatoday.com/news/nation/2004-08-05-csi-effect_x.htm) e <http://gradynewsresource.uga.edu/blog/2019/04/19/csi-effect-televisions-portrayal-of-forensic-science-leads-to-more-acquittals/>, consultado a 18/06/2019.

<sup>11</sup> SANTOS, Rui, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>12</sup> Recorde-se o caso de Madeleine MacCann, em maio de 2007, bastante mediatizado no nosso país e que ficou marcado pela entrada das tecnologias de identificação por ADN. O emprego de técnicas sofisticadas de análise de perfis de ADN e a colaboração de um prestigiado laboratório inglês elevou as expectativas quanto à resolução do caso, provocando na opinião pública a percepção de que as tecnologias de identificação por ADN seriam a «chave do crime». No entanto, à medida que os resultados foram sendo divulgados, as expectativas frustraram-se e deram lugar ao desapontamento face às contingências nos usos das tecnologias de ADN na investigação criminal. Cfr. MACHADO, Helena e SANTOS, Filipe, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal”, *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>13</sup> SANTOS, Rui, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, *op. cit.*, p. 19.

O interesse da utilização da tecnologia do ADN para identificação de criminosos e liberação de inocentes “faz com que atualmente a reputação do trabalho de investigação policial portuguesa dependa da incorporação de tecnologia e da cientificação da polícia”<sup>14</sup>. Não podemos olvidar que, apesar de existirem países como os EUA ou o Reino Unido que têm ao seu dispor recursos humanos e tecnológicos idóneos a aproximar o trabalho policial real do imaginário ficcional, em Portugal, a polícia de investigação criminal não possui esses recursos, e tem um conjunto de constrangimentos legais em termos de acesso e utilização da informação obtida através da análise do perfil de ADN (como veremos *infra*), que restringem a eficácia da investigação criminal e que tornam a polícia portuguesa «real» bastante distinta da «polícia ficcional»<sup>15</sup>.

O «efeito *CSI*» e os discursos elogiosos da aplicação da tecnologia do ADN no trabalho policial parecem estar de tal forma disseminados junto dos profissionais forenses, dos tribunais e na opinião pública que se desconsidera que as ciências biológicas não lidam com certezas, mas sim com probabilidades, e que as provas científicas não podem ser idolatradas como absolutas, principalmente quando o que está em causa é decidir sobre o futuro de uma pessoa<sup>16</sup>. Em suma, o *CSI effect* eleva o estatuto da prova científica a um patamar de certeza infundado<sup>17</sup>.

Nesta sede, é fundamental apresentar o caminho que pretendemos trilhar ao longo da nossa dissertação. Destarte, e não obstante o nosso objeto de estudo se reconduzir às problemáticas jurídicas que a utilização do ADN e a criação da base de dados de perfis genéticos convoca, afigura-se imprescindível principiarmos por uma exígua introdução científica, com o intuito de contextualizar o leitor e de clarificar os conceitos científicos primordiais nesta matéria. De seguida, iremos expor de forma breve as características do ADN, as suas potencialidades e apontar as suas limitações.

Partindo da consideração de que o ADN não é o único meio de identificação humana, propomo-nos a escrutinar quais os métodos que eram empregues antes do recurso ao ácido desoxirribonucleico. De seguida, apontaremos alguns episódios em que os exames de ADN foram determinantes para a identificação civil de vítimas, dando especial ênfase à relevância destes exames nas ações de estabelecimento da paternidade.

---

<sup>14</sup> MACHADO, Helena e SANTOS, Filipe, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 6-10.

<sup>16</sup> *Idem* e SANTOS, Rui, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>17</sup> MACHADO, Helena e SANTOS, Filipe, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal”, *op. cit.*, p. 4.

Posteriormente, mas ainda no âmbito da identificação civil, consideramos pertinente salientar a distinção entre os dados genéticos e os dados constantes do cartão de cidadão, uma vez que são várias as vozes que afirmam não existir uma diferença significativa entre ambos, comparando a base de dados de ADN às bases de dados de impressões digitais.

Por outro lado, com a criação da base de dados de perfis de ADN pretendia-se construir uma base de dados genéticos alargada à população em geral para fins de identificação civil, mas será que esta pretensão se configura benéfica? Será desejável? Será exequível? Ou, ao invés, será uma utopia? De modo a respondermos a este conjunto de questões, concentrar-nos-emos primeiramente nas críticas que se suscitaram aquando desta proposta, para seguidamente ponderarmos os direitos fundamentais que seriam restringidos com tal pretensão.

De seguida, chegaremos ao ponto central da nossa investigação: a utilização do ADN para fins de investigação criminal. Assim sendo, iremos fazer uma necessariamente pequena referência ao modo como se procedeu à introdução da prova de ADN no âmbito criminal e ao surgimento das bases de dados de perfis genéticos, a nível internacional. *A posteriori*, focar-nos-emos no nosso país e perscrutaremos sobre a utilização da técnica de ADN anteriormente à consagração da base de dados de perfis genéticos, operada pela Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. Após o que entraremos no tema que trataremos com maior acuidade que é precisamente a criação da base de dados de perfis de ADN com finalidades criminais, principiando por explanar o contexto de criação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, mormente as propostas legislativas e os pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Comissão Nacional de Proteção de Dados. Seguidamente, iremos indigitar as severas críticas apontadas à referida Lei n.º 5/2008 e discorreremos acerca de uma dúvida pertinente que se criou na doutrina relativamente à (in)existência de uma dualidade de regimes entre o Código de Processo Penal e a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Por motivos de extensão do presente trabalho de investigação, não iremos aprofundar a querela doutrinal existente no nosso país relativamente à natureza jurídica dos procedimentos investigatórios genético-forenses, isto é, se se trata de um exame ou de uma perícia. Em termos sistemáticos, a perícia é incluída no Título II do CPP «Dos meios de prova» (artigos 151.º a 163.º), enquanto os exames são inseridos no Título III «Dos meios de obtenção de prova» (artigos 171.º a 173.º). Esta discussão não é de todo despreciosa, uma vez que a classificação como exame ou perícia trará repercussões em sede de definição dos termos da admissibilidade de tal meio probatório, da sua concretização prática, bem como do seu valor probatório. Assim sendo, no sentido de estarmos perante uma perícia, *vide* BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, pp. 168-174; FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16, N.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 138-139; RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I - A Prova Científica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 99-100; SILVA, Inês Torgal Mendes Pedroso da, “A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos”, *Lex Medicinae- Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 8, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 170-174; BRAVO, Jorge dos Reis, *Recolha de amostra, inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados*, Colóquio “A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação da base de dados de perfis de ADN e a investigação criminal – balanço e perspetivas” realizado

Tomando como ponto de partida o art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, principiaremos o capítulo II por indagar se a recolha de amostras biológicas em arguidos não condenados se compagina com os princípios da presunção da inocência e *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Ter-se-á ainda em consideração algumas problemáticas suscitadas pela recolha de amostras em arguidos condenados para determinação do seu perfil genético, nomeadamente a natureza jurídica e a eventual automaticidade da ordem de recolha de amostras, às quais perscrutaremos dar o nosso contributo. Constatando que a análise de ADN materializada numa intervenção corporal está intimamente ligada com a esfera dos direitos fundamentais, cruzaremos o estudo do Direito Processual Penal com o Direito Constitucional, de modo a averiguar se a sujeição coerciva à recolha de amostras biológicas é admissível na configuração atual do nosso processo penal, atendendo aos direitos fundamentais do visado que antevemos colocarem-se em risco. Assim, iremos dedicar alguma atenção aos direitos fundamentais eventualmente restringidos com o uso desta técnica, quando o visado se recusa a colaborar.

No final do segundo capítulo, pretendemos debruçar-nos, de forma sintética, sobre a recolha de vestígios biológicos em arguidos declarados inimputáveis a quem seja aplicada a medida de segurança de internamento, de modo a concluirmos se o regime atualmente vigente se afigura adequado à especial vulnerabilidade dos arguidos inimputáveis.

De seguida, e partindo da globalização da criminalidade, iremos refletir sobre o modo como a sociedade pós-moderna veio suscitar uma panóplia de problemas e sentimentos de insegurança e intranquilidade, ao ponto de se ter tornado imprescindível o aumento do nível de intervenção estadual e imperativa a cooperação transfronteiriça de natureza policial e judiciária, com o intuito de contrariar essas novas realidades.

Importará ainda mencionar, por ordem cronológica, os vários esforços da União Europeia no sentido de dotar os ordenamentos jurídicos nacionais de uma certa

---

em 27/03/2015, na Assembleia da República, pp. 10-12. Em sentido ligeiramente distinto, há Autores que propugnam uma classificação bipartida de exame e perícia, defendendo que o procedimento analítico da determinação do perfil de ADN se desdobra em duas fases: a recolha do vestígio biológico e a análise e determinação do perfil, com vista à identificação através de comparação com outros perfis. Assim, esta corrente doutrinária prefere configurar a recolha de ADN como um exame (por não exigir especiais conhecimentos científicos), após o que se segue a análise, valoração e interpretação da probabilidade de coincidência com vista a uma conclusão sobre a identificação que configura uma perícia, na medida em que esta requer especiais conhecimentos científicos. Como defensores desta corrente podemos destacar ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio 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) Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 434; MONIZ, Helena, "Condições e limites da utilização da prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)" in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal-Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012, p. 84; 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, pp. 220-223.

harmonização, como a uniformização e certificação de *kits* de marcadores de ADN, procedimentos analíticos, credenciação de entidades laboratoriais, pressupostos de admissibilidade, competência. Por outro lado, dedicaremos alguma atenção ao Tratado de Prüm, que se consubstancia num tratado de direito internacional que, embora adotado fora da União Europeia, configura um marco fulcral no sentido da convergência de esforços de intercâmbio, designadamente no âmbito da prova genética.

Posteriormente, constatando que não existe um modelo de base de dados, iremos tecer algumas considerações sobre a heterogeneidade das bases de dados existentes nos diversos Estados-membros, nomeadamente quanto a critérios de inserção, manutenção, cruzamento e eliminação dos perfis genéticos constantes dos ficheiros, que complexifica o processo de articulação e interoperabilidade entre as bases de dados nacionais.

Por fim, iremos alertar para os múltiplos problemas que se suscitaram com a globalização da criminalidade e conseqüente intercâmbio de informações em matéria de prova genética, designadamente a acentuação do controlo estadual e supraestadual da vida privada, dando especial enfoque à necessidade de preservação do direito à reserva da vida privada e do direito à autodeterminação informativa dos cidadãos, bem como de proteção dos respetivos dados pessoais.



## Capítulo I- O ADN

### 1. O ADN e identificação humana

#### 1.1. O que é o ácido desoxirribonucleico?

Em finais do século XIX, o bioquímico Johannes Miescher, a partir de células com grandes núcleos, separou uma substância que designou «nucleína», designação esta que foi posteriormente substituída por «ácido desoxirribonucleico»<sup>19</sup>.

Sucedeu que, durante aproximadamente um século, o ADN e respetiva estrutura foram praticamente desvalorizados pelos biólogos, sendo apenas objeto de um estudo mais aprofundado na década de 40 do século XX<sup>20</sup>. Deste modo, os cientistas principiaram por colocar em evidência a generalidade dos mecanismos nas bactérias e, posteriormente, estenderam-nos às plantas e aos animais.

Os protagonistas dos principais estudos levados a cabo durante o século transato foram o geneticista James Watson e o físico Francis Crick, que se dedicaram intensamente à compreensão da estrutura do ADN, tendo posteriormente concluído que a molécula do ADN era helicoidal. Por sua vez, a tese da rival de ambos-, Rosalind Franklin, era distinta, uma vez que considerava haver duas hastes no ADN, mas não acreditava na existência de uma estrutura helicoidal<sup>21</sup>.

Em 1953, os mesmos investigadores apresentaram a estrutura do ADN como uma macromolécula em cadeia dupla, constituída por sequências polinucleotídicas complementares e antiparalelas<sup>22</sup>, ou seja, com sentidos de crescimento inversos e dispostas helicoidalmente. Através das investigações protagonizadas por Watson e Crick e do contributo do austríaco Erwin Chargaff<sup>23</sup>, foram encontrados no ADN quatro tipos de nucleóticos que não eram completamente diferentes, pois todos continham o mesmo açúcar (desoxirribose) e o mesmo fosfato. A sua especificidade residia nas suas bases azotadas, que eram ou purinas

---

<sup>19</sup> SILVA, Amparo Dias da [et al.], *Terra, Universo de Vida- 1.ª Parte Biologia*, (1.ª edição) Porto: Porto Editora, 2018, pp. 10-11.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> WATSON, James D., *A Dupla Hélice: Um Relato Pessoal da Descoberta da Estrutura do ADN*, (3.ª edição) Lisboa: Gradiva, 2003, p. 17.

<sup>22</sup> Por esta proposta, publicada na revista *Nature*, James Watson e Francis Crick foram galardoados com o Prémio Nobel da Medicina em 1962, em conjunto com Maurice Wilkins. Rosalind Franklin poderia também ter partilhado este prémio, mas já tinha falecido em 1958.

<sup>23</sup> Descoberta que foi denominada por «Leis de Chargaff».

(adenina e guanina) ou pirimidinas (citosina e timina)<sup>24</sup>. Assim, concluíram que a dupla hélice mantém-se unida devido à complementaridade das bases azotadas, que estabelecem entre si ligações químicas fracas (de hidrogénio). Com efeito, a adenina do nucleótido de uma cadeia emparelha com a timina de um nucleótido da outra cadeia, enquanto a citosina emparelha sempre com a guanina. O que significa que, sabendo a sequência de uma cadeia, sabemos automaticamente a sequência da outra.

Após esta sintética contextualização histórica, encontramos-nos agora em condições de responder à questão que nos propusemos. Assim, os constituintes fundamentais do ADN são quatro nucleótidos, isto é, moléculas formadas por um açúcar, um grupo fosfato e uma base azotada, sendo que os nucleótidos diferem entre si na base azotada, que pode ser adenina, timina, citosina ou guanina<sup>25</sup>. Pelo que, o ADN é uma macromolécula constituída pelo encadeamento linear destes nucleótidos, ou seja, em termos simplistas, podemos afirmar que o ADN é uma dupla cadeia destes nucleótidos, enrolada sobre si mesma como uma dupla hélice<sup>26</sup>. E, tal como preconizado por Watson e Crick, é hoje incontestável que os cordões do ADN estão orientados em sentido inverso e que só os pares de bases azotadas associando o A com o T e o C com o G se formam de uma forma estável.

Com efeito, depreende-se que é na sequência dos quatro tipos de nucleótidos que está codificada a informação genética que define as características de cada indivíduo, o que significa que é esta sequência que transporta a mensagem genética<sup>27</sup>.

Por outro lado, é de salientar que cada cordão do ADN pode servir de matriz para a sua própria duplicação. Assim, a perenidade do material genético e a sua transmissão às gerações seguintes são asseguradas pelo processo de replicação do ADN. Por outras palavras, o ácido desoxirribonucleico é a molécula que coordena toda a atividade celular e cuja informação genética é transmitida a todas as células-filhas<sup>28</sup>.

Por todo o exposto, podemos concluir que o ADN é a molécula na qual se encontram codificadas as características genéticas de cada pessoa, sendo o verdadeiro suporte universal da informação genética.

---

<sup>24</sup> WATSON, James D., *A Dupla Hélice: Um Relato Pessoal da Descoberta da Estrutura do ADN*, op. cit., p. 73.

<sup>25</sup> Não obstante existirem apenas quatro tipos de nucleótidos, que são designados pelas letras A, T, G e C, cada um deles pode estar presente diversas vezes, sendo praticamente interminável a diversidade de sequências desses nucleótidos.

<sup>26</sup> GALLAVOTTI, Barbara, *Segredos da Vida*. Vol. 9, Enciclopédia Pedagógica Universal, Asa Editores, 2001, p. 20. A dupla hélice de ADN tem uma espessura de apenas dois milionésimos de milímetro.

<sup>27</sup> SILVA, Amparo Dias da [et al.], *Terra, Universo de Vida- 1.ª Parte Biologia*, op. cit., pp. 16-18.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 13.

Após termos perscrutado o conceito do ADN, é fulcral clarificar alguns conceitos que podem suscitar algum equívoco, pelo que elucidaremos o conceito de célula, núcleo, cromossoma e gene, numa lógica sequencial. Relativamente à célula humana, esta contém um núcleo e vários compartimentos designados por organelos, sendo que o núcleo é a unidade de controlo da célula. Por sua vez, o núcleo contém no seu interior cromossomas. Por seu turno, os cromossomas são longos e finos cordões de ADN que geralmente se enrolam. Cada núcleo de uma célula contém quarenta e seis cromossomas e os genes dispõem-se ao longo dos cromossomas, o que significa que um gene é uma parte de um cromossoma que contém uma sequência única de ADN<sup>29</sup>, que permanece inalterável para toda a vida.

Em suma, o ácido desoxirribonucleico é um componente químico do núcleo celular que constitui um aspeto primordial da identidade humana, na medida em que a sua extração permite conhecer a informação genética de um indivíduo.

### **1.1.1. ADN codificante e ADN não codificante**

Aqui chegados, é crucial aludirmos à distinção existente entre o ADN codificante e o ADN não codificante, visto que esta distinção se reveste de especial importância relativamente ao tema que nos ocupa.

Relativamente ao ADN codificante (que codifica para proteínas), este representa cerca de 3% do genoma e é responsável pelo armazenamento de informação genética sobre características fenotípicas<sup>30</sup>. No entanto, esta tipologia de ADN não assume grande relevância criminalística, dado o seu escasso polimorfismo<sup>31</sup>.

Por outro lado, entre os genes existem longos cordões de pares de bases, aparentemente distribuídos em padrões aleatórios. Esses pedaços de ADN designam-se por ADN não codificante que, por sua vez, representa cerca de 97% do genoma. A função desta tipologia de ADN ainda não se conhece integralmente, uma vez que o ADN não codificante não codifica proteínas nem armazena informação genética, sendo comumente designado por «*junk DNA*» ou «ADN inútil»<sup>32</sup>. Não obstante esta tipologia de ADN não fornecer as

---

<sup>29</sup> Inspiramo-nos em CLAYBOURNE, Anna, *Genes & ADN*, Enciclopédia da Ciência, Porto: Porto Editora, 2003, pp. 8-9.

<sup>30</sup> As características fenotípicas são as características externamente visíveis, como a cor do cabelo, a forma do nariz, a cor dos olhos, os lóbulos da orelha e a cor da pele.

<sup>31</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 41.

<sup>32</sup> CLAYBOURNE, Anna, *Genes & ADN*, op. cit., p. 13.

características fenotípicas nem informações de saúde, o ADN não codificante é altamente individualizador, dada a sua hipervariabilidade e polimorfismo<sup>33</sup>. Com efeito, o ADN não codificante é o único passível de ser utilizado para finalidades de identificação civil e de investigação criminal, de acordo com o estatuído nos artigos 2.º, al. e) e 12.º, n.º 1, da Lei 5/2008, de 12 de fevereiro.

Para ser possível a análise de ADN é necessário qualquer tipo de amostra que contenha material genético que, como vimos, está presente em todas as células nucleadas. As amostras frequentemente analisadas são a saliva, o sangue, o esperma, os pelos e as remanescências de cadáveres (ossos, dentes, músculos ou tecidos mumificados). No que concerne aos restos de cadáveres, é fundamental salientar que o ADN resiste melhor à degradação do que as proteínas, devido à sua imutabilidade (que aprofundaremos no ponto seguinte), o que é extraordinariamente importante nestes casos<sup>34</sup>.

## **1.2. Potencialidades e limitações do ADN**

Como vimos *supra*, o ADN define o código genético de cada ser humano, que é necessariamente ímpar e singular, em consequência das suas características, que o tornam num método essencial para a identificação humana. Essas características consubstanciam-se na universalidade, na diversidade e na imutabilidade.

Relativamente à universalidade, podemos afirmar que o ADN é universal, uma vez que cada célula de um organismo pluricelular possui uma cópia das moléculas de ADN desse organismo<sup>35</sup>, o que significa que todas as células de um determinado indivíduo têm a mesma informação genética. Assim sendo, o perfil genético obtido através do vestígio recolhido (cuja identificação se pretende apurar) será o mesmo se o vestígio e a amostra biológica (do suspeito, por exemplo) provierem da mesma pessoa.

No que concerne à característica da diversidade, esta é provavelmente a mais conhecida e considerada primordial, na medida em que o código genético é idêntico em todas as células do mesmo indivíduo, mas é diferente em cada um dos seres humanos, com exceção dos gémeos monozigóticos que exploraremos de seguida.

---

<sup>33</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 41.

<sup>34</sup> PINHEIRO, Maria de Fátima, "Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais", *Revista do Ministério Público*. Ano 19, N.º 74, 1998, p. 150.

<sup>35</sup> GALLAVOTTI, Barbara, *Segredos da Vida*, op. cit., p. 20.

No que respeita à imutabilidade, cumpre-nos referir que os perfis genéticos são inalteráveis, pois apresentam uma enorme estabilidade que se mantém mesmo após a morte<sup>36</sup>. Assim, o perfil de ADN de um indivíduo mantém-se imutável durante toda a sua vida e mesmo após a sua morte.

Para além destas características, que evidenciam o potencial identificativo do ADN, este ácido tem uma potencialidade que se afigura essencial para o tema que nos ocupa: a análise ao ADN (*DNA fingerprinting*) constitui um meio precioso para identificação de indivíduos. Assim sendo, no âmbito da investigação criminal estes testes utilizam-se para estabelecer a relação entre os suspeitos e as provas encontradas no local do crime ou na vítima.

De um modo simplista, o procedimento destas análises de ADN traduz-se na recolha de uma amostra biológica no local do crime ou na vítima (designada «amostra-problema») e de uma amostra biológica nos suspeitos («amostra-referência»); de seguida, são extraídas das células longas cadeias de ADN e são cortadas em fragmentos mais pequenos e as sequências são apresentadas sob o aspeto gráfico de códigos de barras<sup>37</sup>. Assim, um perfil genético expressa-se através de um código alfanumérico, que não contém nenhuma informação sobre a arquitetura genética do indivíduo<sup>38</sup>. Com efeito, irá concluir-se se o código alfanumérico recolhido no local do crime ou na vítima e o código alfanumérico do suspeito coincidem, ou seja, se correspondem à mesma pessoa. Este procedimento encontra-se atualmente facilitado com as bases de dados de perfis genéticos, uma vez que ao inserir o perfil genético resultante de cada amostra biológica é de imediato realizada a pesquisa e, em caso de correspondência entre perfis genéticos, o sistema informa o resultado, através das expressões «*hit*» ou «*match*». Importa, desde já, sublinhar que a base de dados genéticos é constituída por perfis genéticos e não por amostras biológicas, sendo que o perfil genético é o resultado da análise da amostra.

É relevante notar que o poder da tecnologia do ADN aumentou de modo significativo, no final do ano de 1998, quando o FBI ativou o Sistema de Indexação Combinada de ADN<sup>39</sup>.

Por outro lado, o ADN reveste-se de outra potencialidade essencial, uma vez que possibilita averiguar se dois os indivíduos têm laços de parentesco entre si, que se revela

---

<sup>36</sup> 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*, op. cit., pp. 172-173.

<sup>37</sup> NETO, Luísa, *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2004, p. 562.

<sup>38</sup> PEREIRA, Artur, "Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial", op. cit., p. 33.

<sup>39</sup> BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 642.

naturalmente fulcral no estabelecimento da filiação, temática que irá merecer a nossa especial atenção *infra* (*vide* ponto 2.2.1 do presente capítulo).

Acresce que o ADN apresenta outra virtualidade, que se consubstancia na realização de testes de ADN para deteção da presença de genes causadores de doenças. Deste modo, estas análises possibilitam saber qual a probabilidade de um indivíduo vir a padecer de uma determinada doença, bem como saber se um bebé está em risco de ter doenças genéticas, mesmo antes do seu nascimento<sup>40</sup>. O procedimento destes testes é semelhante ao que se realiza na técnica de identificação de perfis de ADN<sup>41</sup>, *supra* descrito.

Não obstante o leque de potencialidades assinaladas, cumpre-nos alertar que o ADN não é infalível, na medida em que este padece de várias limitações. Um exemplo paradigmático das suas limitações é o caso dos gémeos monozigóticos<sup>42</sup> que, em termos genéticos, são considerados como um único indivíduo, dada a identidade do perfil genético de cada um, sendo muito raros os casos de gémeos monozigóticos com perfis genéticos distintos. Este exemplo é um *case study* no qual a identificação genética pode não se afigurar suficiente e eficaz, mormente para identificar um suspeito da prática de um crime<sup>43</sup>. No entanto, está a desenvolver-se um estudo de marcadores epigenéticos que, eventualmente e em breve, poderá auxiliar na distinção dos perfis genéticos dos gémeos monozigóticos<sup>44</sup>.

Para além deste exemplo paradigmático, existem outros limites do ADN decorrentes de fenómenos em que um único indivíduo tem mais do que um perfil genético, designadamente fenómenos como o quimerismo e o mosaicismo. Os dois tipos de quimerismo relevantes para a Medicina Legal são o quimerismo tetragamético (hereditário) e o quimerismo artificial (adquirido)<sup>45</sup>. Quanto ao quimerismo tetragamético, este ocorre quando dois zigotos se fundem em vez de se dividirem (sendo que quando se dividem originam gémeos), produzindo um único indivíduo com material genético proveniente desses dois zigotos, o que significa que o mesmo indivíduo vai apresentar dois códigos genéticos distintos<sup>46</sup>. No que concerne ao quimerismo artificial, este resulta de transplantes, mormente de medula óssea, de transfusões de sangue, ou até da passagem de células entre a mãe e o

---

<sup>40</sup> CLAYBOURNE, Anna, *Genes & ADN*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> Os gémeos monozigóticos, também conhecidos por gémeos verdadeiros, formam-se quando o ovo se divide em duas células, após o espermatozoide e o óvulo se terem fundido. Cada uma das células resultante desta divisão desenvolve-se e origina um bebé. Por serem fruto do mesmo zigoto, os gémeos monozigóticos apresentam o mesmo património genético, e, por essa razão, possuem o mesmo sexo e características físicas semelhantes. Cfr. CLAYBOURNE, Anna, *Genes & ADN*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>43</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> CUNHA, Elisabete [*et al.*], "Filhos de uma quimera", *Boletim da Ordem dos Advogados*. N.º 120/121, 2014, p. 52.

<sup>46</sup> *Idem.*

feto<sup>47</sup>. Isto significa que o sangue de um indivíduo transplantado transporta o material genético do indivíduo dador e não o seu próprio material genético. Assim sendo, o material genético da sua saliva será distinto do material genético do seu sangue.

Por seu turno, o mosaïcismo resulta de erros de cópia do material genético, que se reproduzem ao longo de gerações celulares<sup>48</sup>, ou seja, um indivíduo que padeça deste fenómeno tem células geneticamente distintas, mas que derivam de um só zigoto<sup>49</sup>.

Do *supra* exposto resulta evidente que a identificação de indivíduos através de amostras biológicas não é infalível, visto que pode ocorrer algum destes fenómenos e, conseqüentemente, o indivíduo conter mais do que um perfil genético.

Acrescem a estas limitações, naturalmente, o facto de não ser possível determinar o perfil genético por insuficiência de material biológico ou porque este se degradou.

Por outro lado, devemos ter presente que a utilização do perfil de ADN pode chegar a um resultado técnico deturpado, uma vez que o ADN não codificante é uma substância química que exige um tratamento rigoroso e uma perícia, de elevado nível de precisão, no seu manuseamento<sup>50</sup>, existindo uma forte probabilidade de contaminação das amostras biológicas decorrentes de erros na cadeia de custódia e de falhas no processamento, para além da possibilidade de colocação de amostras para incriminar outra pessoa, bem como a ocorrência de «falsos positivos»<sup>51</sup>, que limitam a utilização do ADN como meio probatório.

Nesta sede cumpre-nos igualmente destacar que a determinação do ADN obedece a uma fórmula matemática que expressa uma probabilidade que, não obstante seja elevada, jamais confere certeza de uma identificação plena<sup>52</sup>.

Após enunciadas, de um modo sintético, as limitações do ADN, é fulcral evidenciar que há Autores que afirmam que os limites do Direito são os limites das ciências biológicas e exatas, parecendo com isso tencionar traduzir que nós não temos limites, que vamos até onde essas ciências nos permitem<sup>53</sup>. No entanto, não podemos olvidar que o Direito só vai até onde pode utilizar a Química e a Genética, o que significa que os nossos limites têm necessariamente de ser distintos dos limites dessas ciências, dado que o jurista não pode

---

<sup>47</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 21.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> CUNHA, Elisabete [et al.], "Filhos de uma quimera", op. cit., p. 52.

<sup>50</sup> Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados n.º 18/2007, disponível online em <https://www.cnpd.pt/bin/deciso/es/2007/htm/par/par018-07.htm>, consultado a 04/01/2019, p. 12.

<sup>51</sup> PEREIRA, Artur, "Bases de Dados Genéticos", in PINHEIRO, Maria de Fátima Terra (org.), *CSI Criminal*, Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2008, p. 97.

<sup>52</sup> SANTOS, Rui, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, op. cit., p. 19.

<sup>53</sup> Neste sentido, *idem* e MONIZ, Helena, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, op. cit., p. 31.

deixar iludir-se pela objetividade e fiabilidade científicas; deve, ao invés, atentar os problemas que a sua utilização convoca, mormente nos direitos fundamentais do agente criminoso e da vítima que urgem ser protegidos, questões que exploraremos no capítulo próprio.

## **2. A utilização do ADN para fins de identificação civil**

### **2.1. O que sucedia antes do recurso ao ADN?**

Tradicionalmente, o reconhecimento de vítimas de catástrofes naturais, acidentes ou atentados baseava-se em medições antropométricas, processos de comparação com ficheiros clínicos dentários, na recolha e comparação de impressões digitais, na identificação e comparação do pavilhão auricular e também na comparação da íris<sup>54</sup>. Neste âmbito, e de modo a não nos estendermos em demasia, apenas iremos abordar alguns dos principais procedimentos de identificação humana utilizados antes do recurso ao exame de ADN.

Em primeiro lugar, concentremo-nos no uso da Antropologia como método de identificação individual, mormente na identificação criminal. Ainda antes da implementação das medições antropométricas estabelecidas por Bertillon, os criminosos eram alvo de *praxis* cuja finalidade era elaborar um cadastro onde constavam os seus sinais característicos, como a sua estatura, cabelo, cor da pele, íris, manchas da pele, tatuagens, cicatrizes, corpulência, eventualmente a sua fotografia e a sua identificação (nome, idade, estado civil, profissão, antecedentes criminais)<sup>55</sup>.

No que concerne ao nosso país, no início do século XX, o Procurador Régio Augusto defendeu a utilização do sistema de Bertillon<sup>56</sup> e a instalação de postos antropométricos nas prisões, com a finalidade de identificar o preso e a sua situação jurídico-criminal<sup>57</sup>. Assim, a Antropometria acabou por ser implementada em Portugal, tendo sido considerada como o método oficial na identificação criminal até ser substituída pela Dactiloscopia.

---

<sup>54</sup> FARINHA, Carlos, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, op. cit., p. 23.

<sup>55</sup> MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira, *Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares*, Braga: Universidade do Minho, 2015. Tese de Doutoramento, p. 74.

<sup>56</sup> Segundo Bertillon, as medidas essenciais para uma identificação antropométrica são a estatura medida em pé, o comprimento dos braços abertos em cruz, a altura do indivíduo sentado, o comprimento e largura da cabeça, os comprimentos da orelha direita, do dedo médio e anelar esquerdo, do pé esquerdo e do braço esquerdo desde o cotovelo até à ponta do dedo médio e a largura das arcadas *bysogmaticas*, cfr. *ibidem*, p. 82.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 80.



Em segundo lugar, é imprescindível referenciar a importância da Lofoscopia na identificação individual. Esta ciência dedica-se ao estudo dos desenhos formados pelas cristas dermopapilares das extremidades digitais, palmas das mãos e plantas dos pés, encontrando-se, assim, dividida em três disciplinas: a Dactiloscopia, que estuda os desenhos formados nas falanges dos dedos, a Quiroscopia, que se dedica ao estudo dos desenhos formados nas palmas das mãos e, por último, a Pelmatoscopia, cujo objeto de estudo são os desenhos formados nas plantas dos pés<sup>58</sup>.

Esta ciência reveste-se de peculiar interesse, dado que constitui um procedimento técnico que proporciona uma identificação pessoal segura e com um investimento reduzido<sup>59</sup>. Esta segurança na identificação baseia-se no facto de a Lofoscopia assentar em três princípios fundamentais, sendo eles a perenidade, a imutabilidade e a diversidade, que garantem a ausência de erros na identificação de um vestígio lofoscópico<sup>60</sup>.

Devido à relevância que sempre assumiu na prática, debruçemo-nos sobre a Dactiloscopia. Este é um procedimento científico e técnico que tem por objeto o exame e a classificação dos desenhos que formam as cristas dermopapilares nas falanges dos dedos das mãos<sup>61</sup>. Os desenhos papilares surgem aos seis meses de vida intrauterina, permanecendo até à decomposição cadavérica, daí a sua perenidade<sup>62</sup>. Por outro lado, as impressões digitais são absolutamente únicas e particulares, existindo uma diversidade imensa de impressões digitais<sup>63</sup>. Acresce que as impressões digitais nunca se alteram de *per se*, beneficiando da característica da imutabilidade. Este conjunto de características levou a que Hershell considerasse as impressões digitais como o método de identificação pessoal por excelência, propondo inclusivamente, em 1877, ao Governo inglês a sua obrigatoriedade para finalidades de identificação civil<sup>64</sup>.

No que concerne, especificamente, ao nosso país e fazendo uma breve resenha histórica, a Dactiloscopia surgiu no início do século XX, sendo a identificação dactiloscópica oficializada através de uma portaria de 5 de julho de 1904, que determinava a identificação

---

<sup>58</sup> CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, "Lofoscopia- uma breve introdução" in PINHEIRO, Maria de Fátima Terra (org.), *CSI Criminal*, Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2008, p. 143.

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 143-148.

<sup>61</sup> Com ensina Pedro Correia, o desenho das cristas dermopapilares não tem qualquer influência genética, sendo completamente aleatório. CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, "Lofoscopia – uma breve introdução", *op. cit.*, p. 148.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>63</sup> Segundo estudos matemáticos, considerando que cada uma das dez impressões digitais de cada indivíduo possui vinte pontos característicos e considerando a população mundial, seriam necessários quatro mil séculos para se encontrar uma coincidência perfeita entre dois indivíduos. No entanto, note-se que cada impressão digital não possui vinte pontos característicos, mas aproximadamente uma centena. Cfr. CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, "Lofoscopia- uma breve introdução", *op. cit.*, p. 148.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 145.

de presos do sexo feminino e menores de 25 anos apenas pela impressão digital<sup>65</sup>. No caso dos homens adultos, continuavam a ser efetuadas medidas antropométricas. Em 1904, Rodolfo Xavier da Silva identificou um cadáver através das impressões digitais e, no ano de 1911, identificou, pela primeira vez em Portugal, um criminoso através das suas impressões digitais presentes num objeto encontrado no local do crime<sup>66</sup>. Imprescindível é ainda mencionar que, em 1906, foi adotado como método de identificação pessoal um sistema misto entre o sistema antropométrico de Bertillon e o sistema dactiloscópico Galton-Henry<sup>67</sup>. No ano de 1912 criou-se o primeiro bilhete de identidade para os funcionários de todos os ministérios, sendo este o primeiro documento de identificação em Portugal que continha as impressões digitais<sup>68</sup>. Seis anos após, o Decreto n.º 4837, de 25 de setembro criou o Arquivo de Identificação de Lisboa que pretendia sujeitar todos os condenados, pronunciados e os presos ou afiançados ao processo dactiloscópico. Em 1936, o Decreto-lei n.º 27305, de 8 de dezembro apontou para a necessidade de se recorrer à Antropometria e à Dactiloscopia para se proceder à identificação individual. No entanto, o mesmo diploma referia que apenas a Dactiloscopia é um meio seguro de identificação, pelo que esta se tornou no método de identificação predominante na identificação civil e criminal, vivenciando-se a apelidada «era da Dactiloscopia»<sup>6970</sup>.

Para se concluir que duas ou mais impressões digitais foram produzidas pelo mesmo dedo, não é necessário possuir impressões completas do objeto de estudo, bastando uma pequena parte, desde que seja nítida<sup>71</sup>. Em Portugal, recorre-se à marcação dos designados «pontos característicos coincidentes».

O procedimento consiste na recolha das impressões digitais de todos os dedos no mesmo suporte (resenha dactiloscópica) que, posteriormente, são introduzidas no sistema informático e individualizadas automaticamente na base de dados pela sua classificação e pela disposição espacial dos seus pontos característicos, embora com a supervisão de um técnico de lofoscopia<sup>72</sup>.

---

<sup>65</sup> MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira, *Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares*, op. cit., p. 94.

<sup>66</sup> LEBRE, Lúcia Teresa Sampaio Branco, *Dactiloscopia: identificação pela impressão digital*, 2013, disponível online em [https://www.academia.edu/38231051/Dactiloscopia - Identifica%C3%A7%C3%A3o\\_pela\\_Impress%C3%A3o\\_Digital](https://www.academia.edu/38231051/Dactiloscopia_-_Identifica%C3%A7%C3%A3o_pela_Impress%C3%A3o_Digital), consultado a 28/06/2019, p. 11.

<sup>67</sup> CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, "Lofoscopia – uma breve introdução", op. cit., p. 146.

<sup>68</sup> LEBRE, Lúcia Teresa Sampaio Branco, *Dactiloscopia: identificação pela impressão digital*, op. cit., p. 12.

<sup>69</sup> MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira, *Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares*, op. cit., p. 96.

<sup>70</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica da Dactiloscopia em Portugal vide *ibidem*, pp. 94-105.

<sup>71</sup> CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, "Lofoscopia – uma breve introdução", op. cit., p. 151.

<sup>72</sup> *Idem*.

Deste modo, concluímos que a Dactiloscopia é um precioso método de identificação humana e, eventualmente, o mais conhecido. No entanto, não podemos olvidar que nem sempre é possível a recolha das impressões digitais.

Em terceiro lugar, refira-se que existem outras partes do corpo humano que possibilitam a identificação individual, designadamente a boca. É importante salientar que os dentes assumem uma importância considerável neste âmbito, pois, devido às suas características, constituem um dos métodos de identificação mais populares<sup>73</sup>. Não obstante a sua relevância, focar-nos-emos neste momento num método que utiliza o estudo das impressões labiais- a Queilosopia (do grego *cheilos*- lábio e *skopein*- observar)<sup>74</sup>.

Em sentido amplo, esta ciência pode ser definida como o estudo das características dos lábios, nomeadamente a sua espessura, disposição das comissuras labiais e as impressões labiais<sup>75</sup>. Em sentido estrito, esta ciência refere-se ao estudo, registo e classificação dos sulcos da mucosa labial e das impressões<sup>76</sup> que deixa quando entra em contacto com determinada superfície («impressão labial»). Esta característica biológica foi descrita em 1902, por Fisher, mas a sua utilização em contextos forenses remonta ao ano de 1930, devido aos estudos desenvolvidos principalmente por Diou de Lille<sup>77</sup>.

Existem dois tipos de lábio: o cutâneo e o mucoso, sendo que, para fins de identificação, o lábio mucoso reveste-se de maior interesse, uma vez que este está “coberto de pequenos sulcos com diferenças individuais e com uma base genética”<sup>78</sup>. Por outro lado, os lábios apresentam diferenças quanto ao tamanho, espessura, longitude de abertura, existindo uma especificação individual na morfologia das características labiais, o que significa que essas características variam de indivíduo para indivíduo<sup>79</sup>. Para além dessa diversidade, as características labiais são imutáveis e perenes, permanecendo inalteráveis desde as seis semanas de vida intrauterina até à decomposição do indivíduo<sup>80</sup>.

---

<sup>73</sup> LAGOA, Arlindo Marques, “Queilosopia” in PINHEIRO, Maria de Fátima Terra (org.), *CSI Criminal*, Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2008, p. 185.

<sup>74</sup> CALDAS, Inês [et al.] “Identificação por queilosopia e palatosopia” in CORTE-REAL, Ana e VIEIRA, Duarte Nuno (coord.), *Identificação em Medicina Dentária Forense*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 111.

<sup>75</sup> LAGOA, Arlindo Marques, “Queilosopia”, *op. cit.*, p. 186.

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> CALDAS, Inês [et al.] “Identificação por queilosopia e palatosopia”, *op. cit.*, p. 111.

<sup>78</sup> LAGOA, Arlindo Marques, “Queilosopia”, *op. cit.*, p. 187.

<sup>79</sup> Note-se que mesmo os gémeos monozigóticos têm diferentes impressões labiais.

<sup>80</sup> Com exceção das situações em que o lábio sofre uma lesão profunda.

Apesar de este não ser um método muito comum, reveste-se de alguma utilidade prática, designadamente em situações que existem impressões labiais deixadas em copos, guardanapos de papel, pontas de cigarro ou almofadas<sup>81</sup>.

Com efeito, este método permite relacionar a morfologia das impressões labiais com a identidade do indivíduo e tem sido referida a hipótese de o estudo queiloscópio possibilitar conclusões sobre aspetos gerais da identidade do indivíduo, como o seu género e afinidade populacional<sup>82</sup>.

O facto de não existir um sistema único generalizado, como acontece na Dactiloscopia, limita a utilização da Queilosopia como método identificativo<sup>83</sup>.

Em último lugar, é fulcral mencionar outro método de identificação humana- a Palatoscopia, que se dedica ao estudo das rugas palatinas, que são cristas assimétricas presentes no terço anterior da mucosa do palato. A superfície dorsal da língua tem um sistema de rugas, que se encontra aderido à superfície óssea<sup>84</sup>. À semelhança dos métodos de identificação que exploramos *supra*, a Palatoscopia baseia-se igualmente nos princípios da perenidade, diversidade e imutabilidade, uma vez que as rugas palatinas se formam no terceiro mês de vida intrauterina e, após a sua formação, só se altera o seu tamanho e posição relativa, o que significa que a morfologia das rugas se mantém imutável ao longo da vida do indivíduo<sup>85</sup>. As rugas palatinas revestem-se de especial utilidade no que se refere à identificação humana igualmente pelo facto de se organizarem em sistemas característicos que permitem a sua discriminação interindividual<sup>8687</sup>.

À medida que o século XX se aproximou do seu *terminus*, ocorreu uma evolução de ciências como a Biologia Molecular e a Genética Forense, com impacto na identificação humana. Com o início do novo século, inaugurou-se uma nova era, a «era da genética», em que o uso de perfis genéticos na identificação individual ganhou protagonismo<sup>88</sup>, em detrimento dos métodos de identificação *supra* apresentados.

---

<sup>81</sup> LAGOA, Arlindo Marques, “Queilosopia”, *op. cit.*, p. 188.

<sup>82</sup> Inspiramo-nos em CALDAS, Inês [et al.] “Identificação por queilosopia e palatoscopia”, *op. cit.*, pp. 119-120.

<sup>83</sup> LAGOA, Arlindo Marques, “Queilosopia”, *op. cit.*, p. 186. Sobre mais desenvolvimentos quanto às dificuldades da análise queiloscópic, *vide ibidem*, p. 193 e CALDAS, Inês [et al.] “Identificação por queilosopia e palatoscopia”, *op. cit.*, p. 120.

<sup>84</sup> CALDAS, Inês [et al.] “Identificação por queilosopia e palatoscopia”, *op. cit.*, p. 121.

<sup>85</sup> Estudos realizados sobre a estabilidade das rugas palatinas demonstraram que indivíduos carbonizados não apresentam mudanças no padrão das suas rugas palatinas, permanecendo estas intactas até sete dias após a morte *in idem*.

<sup>86</sup> *Idem*. Para mais desenvolvimentos sobre a diversidade das rugas palatinas *vide* COSTA, Mariana [et al.], *Os padrões das rugas palatinas e a sua importância na identificação humana*, disponível online em <https://www.elsevier.es/en-revista-revista-portuguesa-estomatologia-medicina-dentaria-330-pdf-S1646289015000977>, consultado em 26/06/2019.

<sup>87</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica dos métodos de identificação em Portugal *vide* MIRANDA, Diana, “O trajeto histórico dos métodos de identificação criminal em Portugal” *in* MACHADO, Helena e MONIZ, Helena (org.), *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social*, *op. cit.*, pp. 307-339.

<sup>88</sup> MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira, *Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares*, *op. cit.*, p. 96.

## 2.2. ADN e identificação civil

Como se acabou de referir, a utilização do ADN assumiu grande relevância não só no âmbito da investigação criminal, como no contexto da identificação civil. O ADN possibilita a identificação individual através de restos mortais e assume uma importante função humanitária quando ocorrem desaparecimentos, atentados, acidentes e catástrofes naturais.

Em termos históricos, a análise do ADN foi preponderante no caso da família russa Romanov, cujos restos mortais vieram esclarecer algumas dúvidas acerca das circunstâncias em que sucederam essas mortes<sup>89</sup>. Para lograr alcançar a identificação dos corpos e comprovar que pertenciam à mesma família recorreu-se à análise do ADN mitocondrial que apresenta a mesma sequência entre pessoas que estão ligadas por laços de consanguinidade<sup>90</sup>.

A título de exemplo da utilização da análise de ADN para fins de identificação civil em caso de desastres com relevância histórica em Portugal, é profícuo referenciar a constituição de uma equipa policial e forense para conduzir os trabalhos de identificação das vítimas das 59 vítimas mortais em consequência da queda da ponte Hintze Ribeiro, que fazia a ligação de Entre-os-Rios, no concelho de Penafiel, à margem de Castelo de Paiva, a 4 de março de 2001<sup>91,92</sup>.

No mesmo ano ocorreu o ataque terrorista às Torres Gémeas do *World Trade Center*, em Nova Iorque, no qual a Genética Forense constituiu um dos métodos de identificação das vítimas, a par da Medicina Dentária Forense e da Dactiloscopia<sup>93</sup>. No entanto, é fulcral notar que apenas 57% das 2.749 vítimas foram identificadas<sup>94,95</sup>.

Por outro lado, a 26 de dezembro de 2004 ocorreu o *tsunami* que teve o seu epicentro na costa oeste de Sumatra, na Indonésia, que destruiu quase totalmente o território e que

---

<sup>89</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, op. cit., p. 157.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> No nosso país, em 2006, surgiu um projeto no qual a Genética Forense se propôs a dar um importante contributo, uma vez que este pretendia realizar a análise aos restos mortais de D. Afonso Henriques, com o intuito de proceder à datação do esqueleto, aferir algumas características físicas do rei, realizar a reconstrução facial, apurar a sua dieta alimentar, averiguar as patologias de que eventualmente padecesse, bem como obter o seu perfil genético. No entanto, esta investigação não chegou a ser concluída por não ter sido concedida autorização pelo Instituto Português do Património Arquitetónico. *Ibidem*, p. 159.

<sup>93</sup> A identificação dos restos mortais e a realização de autópsias foram coordenadas pelo *Office of Chief Medical Examiner* de Nova Iorque.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>95</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a utilização do ADN na identificação de vítimas mortais e de pessoas desaparecidas, mormente nos Estados Unidos, vide BLAKE, Harrison, "Identifying the missing and the dead: as forensic DNA technology improves, new opportunities emerge to solve cases of missing persons and unidentified remains", *State Legislatures*, 2006, disponível online em <http://www.thefreelibrary.com/.print/PrintArticle.aspx?id=142923269>, consultado a 02/12/2019.

provocou milhares de vítimas mortais, cuja identificação foi realizada mormente com recurso à análise do ADN<sup>96</sup>.

Mais recentemente, sucedeu no nosso país a que ficou conhecida como «tragédia de Pedrógão Grande», em virtude do incêndio florestal que se iniciou a 17 de junho de 2017 em Pedrógão Grande, que posteriormente se alastrou aos concelhos vizinhos de Castanheira de Pera, Figueiró dos Vinhos, Ansião, Sertã, Pampilhosa da Serra e de Penela. Desta tragédia resultaram 66 vítimas mortais, sendo que a grande maioria delas morreram carbonizadas. Nestes casos, como não restam impressões digitais, é usual recorrer-se à Medicina Dentária Forense como método primário de identificação dos cadáveres. Para tal, é imperativo existir forma de fazer uma comparação entre os dentes da pessoa e o seu registo dentário. Neste caso em concreto, foram igualmente realizadas análises do ADN para identificação das vítimas, sendo certo que foi necessária a recolha de material genético nas suas famílias para que os técnicos do INMLCF conseguissem proceder à comparação dos perfis genéticos. Todavia, é profícuo assinalar que quando os cadáveres ficam totalmente carbonizados é muito difícil a extração do material genético, uma vez que a identificação através da análise de ADN só é possível de maneira confiável a partir de ossos bem conservados e semi-queimados, contrariamente ao que sucede quando os ossos estão queimados, na medida em que o ADN fica altamente degradado<sup>97</sup>.

Acresce que a informação genética é ainda utilizada em atos jurídicos, como no casamento, na adoção, na perfilhação, na regulação das responsabilidades parentais, no estabelecimento da filiação (que exploraremos de seguida), no âmbito do Direito do Trabalho, bem como nos contratos de seguro pessoais<sup>98</sup>.

A base de dados de perfis de ADN portuguesa serve finalidades de identificação civil, o que significa que cada cidadão poderá dirigir um requerimento para recolha de amostras biológicas para determinação do seu perfil genético<sup>99</sup> que se destinará a integrar o ficheiro de amostras-referência para identificação civil previsto na alínea c) do n.º 1 do art. 15.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, nos termos do n.º 1 do art. 7.º da mesma lei. Este ficheiro

---

<sup>96</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, op. cit., p. 160.

<sup>97</sup> Sobre a influência do fogo no ADN presente nos ossos humanos, veja-se o estudo SCHWARK, Thorsten [*et. al.*] “Reliable genetic identification of burnt human remains”, *Forensic Science International: Genetics* 5, 2011, pp. 393-399.

<sup>98</sup> Para mais desenvolvimentos sobre os descritos setores em que se pode utilizar a informação genética, vide BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, op. cit., pp. 128-155.

<sup>99</sup> Através do formulário presente na Figura n.º 1 em anexo. O auto de colheita de amostras para identificação civil consta da Figura n.º 3 e a informação prestada ao examinado encontra-se na Figura n.º 6, todas em anexo.

poderá ainda conter informação relativa a amostras-referência de parentes de pessoas desaparecidas, obtidas nos termos do n.º 2 do art. 7.º do *supra* mencionado diploma legal.

Relativamente às pessoas desaparecidas, muitas vezes não se sabe se o desaparecimento sucedeu em consequência de a pessoa se ter ausentado sem dar notícias, por sua própria vontade ou se desapareceu no âmbito da prática de um crime. Pelo que, Helena Moniz considera que nestas situações devemos inserir o perfil genético do indivíduo desaparecido não só no ficheiro das amostras-problema com finalidades de identificação civil, como também no ficheiro das amostras-problema com finalidades de investigação criminal<sup>100</sup>.

### **2.2.1. Estabelecimento da filiação**

O direito à identidade pessoal encontra consagração constitucional no art. 26.º, n.º 1, da CRP, sendo que deste direito se extrai um outro: o direito fundamental ao conhecimento e ao reconhecimento da paternidade e da maternidade. Assim sendo, o “direito de conhecer e ver reconhecida a sua ascendência biológica é um direito pessoalíssimo de inegável interesse pessoal e público”<sup>101</sup>. Devido ao direito à identidade biológica, o ordenamento português dá relevância jurídica à maternidade e à paternidade, consagrando como princípio basilar nesta matéria o princípio da verdade biológica, que é revelador do intuito do nosso sistema de estabelecimento da filiação de que a verdade jurídica coincida com a verdade biológica, ou seja, pretende-se que a mãe e o pai juridicamente reconhecidos correspondam aos progenitores biológicos<sup>102</sup>.

Pelo que, foi esta preocupação com a coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica e o reconhecimento da relevância das provas hematológicas como meio de prova no âmbito das ações de filiação que levou o legislador, em 1977, a consagrar no art. 1801.º, do Código Civil que “nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”<sup>103</sup>, denotando uma total abertura aos métodos científicos.

---

<sup>100</sup> Cfr. MONIZ, Helena, “Condições e limites da utilização da prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)”, *op. cit.*, p. 85 e MONIZ, Helena, “Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro” in *A Base de Dados Genéticos Forenses*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>101</sup> MELO, Helena Gomes de, “O direito ao conhecimento da origem genética”, *Revista do Ministério Público*. Ano 36, N.º 142, 2015, p. 36.

<sup>102</sup> COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*. Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 52-53.

<sup>103</sup> Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

Não podemos olvidar que o uso da informação genética nas ações de estabelecimento da filiação implica que a análise de ADN realizada seja considerada prova pericial, que segue o regime previsto nos artigos 388.º e 389.º, do Código Civil e nos artigos 467.º a 489.º, do Código de Processo Civil. Assim, a força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal.

Partindo da conceção *mater semper certa est e pater semper incertus est*, concluímos que o estabelecimento da maternidade se afigura menos problemático e, conseqüentemente, menos pertinente para o tema que ora nos ocupa, pelo que nos concentraremos somente no estabelecimento da paternidade.

Destarte, com a descoberta do ADN proporcionou-se um novo e extraordinário método de apuramento da origem biológica dos indivíduos. Mais do que apresentarem resultados com um elevado grau de certeza e de forma célere, os exames de ADN possibilitam que a investigação da paternidade ocorra na fase pré-natal e mesmo nos casos em que o pretense pai já tenha falecido<sup>104</sup>. A única hipótese de falha ocorre quando os presumíveis pais são gêmeos monozigóticos, por terem o genótipo e o fenótipo idênticos<sup>105</sup>, conforme vimos *supra*.

Com efeito, as análises de ADN são um meio probatório idóneo a provar a filiação biológica e a afastar uma filiação jurídica já estabelecida ou a presunção legal de paternidade do marido da mãe quando os filhos foram concebidos ou que tenham nascido na constância do matrimónio<sup>106</sup>, prevista no art. 1826.º, n.º 1, do Código Civil<sup>107</sup>. Assim sendo, a utilização da tecnologia de ADN nesta tipologia de ações, faz-nos questionar sobre a necessidade atual de persistir a presunção *supra* referida.

Nesta sede é fulcral salientar que a análise de ADN realiza-se através da comparação de dois perfis genéticos e recorrendo a probabilidades de derivação biológica. Com efeito, é imprescindível o ADN do filho e o ADN do pretense pai ou de algum familiar deste, sendo igualmente necessária a colaboração do pretense pai. Ora, o problema coloca-se quando o pretense pai/investigado se recusa a realizar as análises genéticas. Há vários ordenamentos jurídicos, como o alemão, que solucionam esta questão através da realização coativa dos testes de ADN. Inversamente, existem ordenamentos jurídicos, como os anglo-saxónicos, que não impõem a realização coativa dos testes, mas que culminam a não colaboração com a

---

<sup>104</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, op. cit., pp. 136-138.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>106</sup> Inspiramo-nos em *ibidem*, pp. 139-140.

<sup>107</sup> Para que esta presunção opere, basta que a conceção ou o nascimento ocorram durante o período de matrimónio. Note-se que esta é uma presunção *iuris tantum* admitindo, portanto, prova em contrário. As exceções a esta presunção estão consagradas nos artigos 1828º, 1829º e 1832º do Código Civil.



consideração de que o pretense pai é efetivamente o progenitor biológico, consequência que opera ao nível do mérito da causa<sup>108</sup>. Sem nos arriscarmos a estender-nos em demasia, é pertinente apenas dar nota de que, entre nós, a jurisprudência<sup>109</sup> e a doutrina divergiam quanto às consequências da recusa de sujeição ao exame científico, na medida em que uns afirmavam que é possível a realização coativa, nos termos do art. 417.º, do CPC, outros defendiam a livre apreciação judicial da recusa e a aplicação de uma multa, nos termos do art. 417.º, n.º 2, do CPC e, finalmente, outros ainda apontavam como solução a inversão do ónus da prova, prevista no art. 344.º, n.º 2, do CC, que passa a caber ao pretense pai, devido à inviabilização culposa da prova do facto a que a parte contrária está onerada. Não obstante não pretendermos explorar as inúmeras e delicadas questões que se levantam com a eventual realização coativa dos exames de ADN que, de resto, implicaria uma aprofundada ponderação jurídico-constitucional, deixamos apenas nota de que a solução de inversão do ónus da prova parece-nos ser a mais razoável e compatível com o direito à liberdade e à integridade física do pretense pai.

Nos casos em que da comparação de perfis genéticos não resulte uma probabilidade de filiação, esta análise não fornecerá informação acerca do pai biológico. Deste modo, não é rigoroso afirmar que as análises de ADN nas ações de estabelecimento da filiação têm uma aplicação universal.

Por último, são citadas inúmeras vantagens para a utilização da tecnologia de ADN nas ações de estabelecimento da paternidade, nomeadamente os interesses do indivíduo que pretende conhecer a sua ascendência biológica e que os testes de ADN são capazes de estabelecer com rigor, os seus reduzidos custos económicos comparativamente aos tradicionais exames de sangue, o facto de o julgador formar uma convicção mais segura, diminuindo a probabilidade de ocorrer um erro judicial, cujos efeitos em ações deste género poderiam ser gritantes<sup>110111</sup>.

---

<sup>108</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, op. cit., p. 142.

<sup>109</sup> A jurisprudência mais recente tem optado pela aplicação de uma multa, como uma primeira via de compelir o pretense pai a realizar as análises de ADN. Caso a recusa persista, tem sido aplicada uma medida mais gravosa: a inversão do ónus da prova. Neste sentido, cfr. acórdão do STJ de 03/10/2017, relator Pinto de Almeida, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06/02/2018, relator Vítor Amaral.

<sup>110</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, op. cit., pp. 143-144.

<sup>111</sup> Como explica BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, op. cit., p. 533, os testes de ADN permitem comprovar a paternidade com um grau de acerto de 99,999% existindo, assim, uma margem de erro de 1/100 milhões. Para mais desenvolvimentos sobre o método matemático para determinação da probabilidade de paternidade e sobre a escala de Hummel, vide OLIVEIRA, Guilherme de, "A lei e o laboratório: observações acerca das provas periciais da filiação" in *Homenagem ao Prof. António de Arruda Ferrer Correia*, pp. 814-816, disponível online em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/A-lei-e-o-laboratorio.pdf>, consultado a 13/03/2019. Em sentido diverso, há Autores que alertam para o facto de a realização de exames de ADN não permitir obter um grau de certeza sobre a filiação próximo dos 100%, uma vez que podem ocorrer circunstâncias no caso concreto que ditem a existência de distinto material genético no mesmo indivíduo, cfr. CUNHA, Elisabete [et al.], "Filhos de uma quimera", op. cit., p. 53.

## **2.3. A criação de uma base de dados genéticos alargada à população em geral- uma utopia desejável?**

### **2.3.1. Os dados genéticos *versus* os dados integrados no cartão de cidadão**

Os dados genéticos consubstanciam elementos de uma colossal intimidade genética do ser humano, sendo o que de mais profundo e íntimo existe em cada um de nós, pelo que recebe expressa consagração constitucional no art. 26.º, n.º 3. Parafraseando Jorge dos Reis Bravo, trata-se de “uma impressão digital, não de superficialidade dérmica, mas de profundidade genómica (...)”<sup>112</sup>.

Acresce que o tratamento dos dados genéticos oferece um leque imenso de informações, mormente características fenotípicas e a propensão para doenças, fornecidas pelo ADN codificante. No entanto, mesmo que apenas se utilize o ADN não codificante, permanece o perigo de utilização do perfil genético para finalidades distintas das originais.

Paralelamente, a panóplia de informações fornecidas pelo cartão de cidadão como os apelidos, o(s) nome(s) próprio(s), a nacionalidade, a data de nascimento, os números de identificação civil, fiscal, da segurança social e de utente dos serviços de saúde são dados que, tradicionalmente, o titular faculta com facilidade a qualquer pessoa ou entidade. Por outras palavras, podemos asseverar que esta prática se encontra de tal modo enraizada na nossa cultura, que o titular desses dados pessoais nem reflete na implicação desse ato normalizado no seu direito à reserva da intimidade da vida privada. Já o mesmo não se pode dizer relativamente aos dados genéticos, na medida em que o «homem médio» pouco conhece acerca do ácido desoxirribonucleico e das suas imensas implicações.

Pelo exposto, em nossa opinião, os dados pessoais genéticos não se podem equiparar aos dados inseridos no cartão de cidadão.

Não obstante as dissemelhanças existentes entre ambas, insurgem-se Autores que propugnam a equiparação das bases de dados de perfis de ADN às bases de dados de impressões digitais<sup>113</sup>, que existem há décadas no nosso país.

---

<sup>112</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 30.

<sup>113</sup> Neste sentido, vide MORGADO, Maria José, “Perigos e Certezas. Lei 5/2008 de 12 de fevereiro” in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012, p. 159 e MONIZ, Helena,

O certo é que, com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, operou-se uma mudança de paradigma social: atualmente, a maioria dos cidadãos estão muito mais disponíveis para aceitar mecanismos informais de controlo do que há uns anos atrás<sup>114</sup>. Estamos a receber muita mais informação e num tempo cada vez mais imediato, o que propicia a alteração de valores axiológicos e consequente aceitação de instrumentos que, há alguns anos atrás, eram completamente inconcebíveis. Com efeito, provavelmente os portugueses não se manifestariam negativamente se o perfil genético fosse um dos elementos inseridos no cartão de cidadão, em virtude do escasso conhecimento do que consubstancia um perfil genético e das suas implicações.

Não obstante, sufragamos o entendimento de que a impressão digital pode servir a finalidade geral de identificação civil com muito menos riscos do que o tratamento dos dados genéticos, na medida em que este último exige a adoção de tecnologias e métodos ainda não consolidados. Ao contrário do que acontece com a Dactiloscopia, que atualmente sofre de um enorme desinvestimento, a Genética Forense encontra-se em permanente e estonteante evolução, o que significa que são constantemente descobertos novos métodos e inovadoras tecnologias de análise do ADN para os quais não existe regulamentação. Assim, e tendo em especial consideração os direitos à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional, nestas matérias devemos respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana, da prevenção e da precaução. O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento e o limite da atuação do Estado, é a garantia contra a obtenção e utilização abusivas de informações relativas aos cidadãos e à sua família<sup>115</sup>. Com o princípio da prevenção queremos significar que deve ser feita uma prognose e avaliação de prejuízos para o direito à reserva da vida privada e para o direito à autodeterminação informativa dos cidadãos, “antevendo e obstando *a priori* à sua produção, ao invés de apenas se garantir, *a posteriori*, a sua reparação”<sup>116</sup>. Sem prescindir, devemos observar igualmente o princípio da precaução, adotado em matéria de bioética, que se traduz no dever de não praticar qualquer conduta ou intervenção no genoma, cujas consequências para o futuro não sejam rigorosamente calculáveis<sup>117</sup>. Por outro lado, os dados pessoais genéticos não podem ser

---

“Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal” in *A Base de Dados de Perfis de ADN Face ao Direito Penal e Processual Penal e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem- Conferência Parlamentar*, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, 2015.

<sup>114</sup> FARINHA, Carlos, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, op. cit., pp. 21-22.

<sup>115</sup> Inspiramo-nos no Parecer da Comissão Nacional de Proteção de dados n.º 18/2007, p. 5.

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, op. cit., p. 192.

tratados se existirem dúvidas ou incertezas sobre um qualquer resultado que seja prejudicial para os titulares dos dados pessoais genéticos<sup>118</sup>.

Com efeito, e salvo o devido respeito por opinião contrária, os dados pessoais genéticos têm uma natureza especial e distinta dos dados que integram atualmente o cartão de cidadão, pelo que estes não devem ser nele inseridos, uma vez que, como vimos, envolvem questões sensíveis e restritivas dos direitos fundamentais<sup>119</sup> dos titulares desses dados, para além de que existem outros métodos de identificação igualmente eficazes e menos lesivos do núcleo essencial do leque de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

### **2.3.2. O desígnio de criação de uma base de dados genéticos extensível a toda a população e a problemática suscitada**

A ocorrência de catástrofes naturais, acidentes, atos de guerra e principalmente atentados terroristas suscitou a questão da utilidade de uma base de dados extensiva a toda a população, que permitisse identificar mais rápida e eficazmente as vítimas, sobretudo quando em número massivo<sup>120</sup>. A base de dados com finalidades de identificação civil revelava-se igualmente profícua para identificação de corpos que aparecem nos serviços do INML<sup>121</sup>.

Destarte, em 2005, o XVII Governo Constitucional anunciou a perspetiva de criação de uma base de dados que almejava abarcar perfis de ADN de toda a população portuguesa<sup>122</sup> para fins de identificação civil e para fins de investigação criminal. Este anúncio causou grande polémica, dado que Portugal seria o primeiro país com uma base de dados alargada a toda a população, em vez de a restringir a um determinado grupo de pessoas<sup>123</sup>. Perante esta polémica e as interrogações de como teria o nosso país condições financeiras e meios

---

<sup>118</sup> Parecer da Comissão Nacional de Proteção de dados n.º 18/2007, p. 5.

<sup>119</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, "Direitos fundamentais" in GOUVEIA, Jorge Bacelar e COUTINHO, Francisco Pereira (coord.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa: Quid Juris?, 2013, p. 127, ensina que "(...) os direitos fundamentais são as posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional, daqui se descortinando três elementos constitutivos: (i) um elemento subjetivo: as pessoas integradas no Estado-Sociedade, os titulares dos direitos, que podem ser exercidos em contraponto ao Estado-Poder; (ii) um elemento objetivo: a cobertura de um conjunto de vantagens inerentes aos objetos e aos conteúdos protegidos por cada direito fundamental; (iii) um elemento formal: a consagração dessas posições de vantagem ao nível da Constituição, o escalão supremo do Ordenamento Jurídico".

<sup>120</sup> HENRIQUES, Fernanda e SEQUEIROS, Jorge, *Relatório sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN*, 2007, p. 4.

<sup>121</sup> CORTE-REAL, Francisco, "A Base de Dados Forense Portuguesa (Lei n.º 5/2008)", in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012, p. 60.

<sup>122</sup> O objetivo traduzia-se na inserção na base de dados de perfis de ADN de todos os perfis genéticos de cidadãos nacionais, estrangeiros ou apátridas que se encontrassem ou residissem em Portugal, de acordo com SANTOS, Manuel Simas, "Mecanismos de verificação e fiscalização (na Base de Dados de Perfis de ADN)" in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012, p. 71.

<sup>123</sup> CORTE-REAL, Francisco, "A Base de Dados Forense Portuguesa (Lei n.º 5/2008)", p. 61. Este anúncio teve impacto além-fronteiras, uma vez que na imprensa estrangeira dava-se nota que "(...) the Portuguese government has recently announced plans to establish the World's first comprehensive database which will contain DNA profiles from every member of the population" in PEREIRA, Artur, "Bases de Dados Genéticos", *op. cit.*, p. 125.

logísticos para lograr alcançar tal intento, o Governo referiu que a base não seria a constituir em poucos anos, mas de um modo faseado e gradual<sup>124</sup>.

O fundamento da criação da base de dados de ADN para fins de identificação civil foi explicitado na exposição de motivos do projeto de lei: a identificação de desaparecidos. Sucede que esta finalidade num país como o nosso “que não conheceu, na sua história recente, períodos de conflitos sociais agudizados, nem guerras civis, nem regimes ditatoriais, nem fenómenos episódicos de eliminação dos direitos fundamentais, apenas se concebe no contexto de catástrofes e acidentes imprevisíveis e absolutamente excecionais”<sup>125</sup>.

A colheita e conservação de perfis genéticos de toda a população coloca problemas graves, uma vez que acentua o controlo e inspeção sobre a vida coletiva, reforçando os poderes policiais do Estado e transformando todos os cidadãos em potenciais suspeitos<sup>126</sup>.

Por outro lado, a criação de uma base de dados genéticos alargada à população em geral levanta um profundo dilema relativamente ao princípio da justiça na afetação dos recursos públicos, uma vez que a obtenção de perfis em milhões de cidadãos representa um investimento muito vultuoso, que poderá ser desproporcionado em relação aos resultados esperados<sup>127</sup>. O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida partilhou deste entendimento, ao referir expressamente no ponto 4 do seu Parecer n.º 52 que “a criação de uma base de dados alargada à população em geral, para fins de identificação civil, é de muito difícil justificação, dado o seu carácter excessivo, considerando a desproporção entre riscos e benefícios, incluindo os seus custos económicos”<sup>128</sup>. Em sentido idêntico, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, afirmou que a criação de um “tratamento perpétuo e universal dos dados pessoais mais sensíveis que os cidadãos têm – para prosseguir uma finalidade excepcional revela a desproporcionalidade e excessividade deste tratamento para esta finalidade”<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> CORTE-REAL, Francisco, “A Base de Dados Forense Portuguesa (Lei n.º 5/2008)”, *op. cit.*, p. 61. O então Ministro da Justiça- Alberto Costa, em entrevista ao DN em 19/12/2006, referiu que “o objetivo é, de forma gradual, inserir toda a população portuguesa na base de dados”. Em 14/04/2007, numa entrevista ao Jornal Expresso, o Secretário de Estado-adjunto da Justiça afirmou que “será um trabalho progressivo e nunca feito de uma só vez a toda a população” *in* PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>125</sup> Parecer da Comissão Nacional de Proteção de dados n.º 18/2007, disponível *online* em <https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2007/htm/par/par018-07.htm>, consultado a 04/01/2019, p. 7.

<sup>126</sup> HENRIQUES, Fernanda e SEQUEIROS, Jorge, *Relatório sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>127</sup> *Idem*. No mesmo sentido, *vide* SILVA, Paula Martinho da, “Parecer n.º 52/CNECV/2007- Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o “Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de A.D.N.”, Junho de 2007” *in* *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012, p. 45.

<sup>128</sup> Parecer sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN n.º 52 da CNECV, 2007, p. 3, disponível *online* em [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054082\\_Parecer\\_052\\_CNECV\\_2007\\_BasedadosADN.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasedadosADN.pdf), consultado a 04/01/2019.

<sup>129</sup> Parecer da Comissão Nacional de Proteção de dados n.º 18/2007, p. 7.

Em sentido diverso, Helena Moniz defende que, sob o ponto de vista jurídico, uma base de dados de toda a população seria o mais fácil e o melhor, no sentido da articulação dos diferentes direitos em causa<sup>130</sup>. Entende igualmente que, se tivéssemos uma base de dados de perfis genéticos do mesmo modo que temos uma base de impressões digitais, os problemas seriam ainda menores<sup>131</sup>.

Quanto a nós, comungamos da referida desproporcionalidade e excessividade da criação de uma base de dados genéticos com a finalidade de identificação civil, não só pelos argumentos expostos *supra*, como pelo facto de existirem outros dados pessoais biométricos (como as impressões digitais) cujo tratamento é também universal e que continuam idóneas a prosseguir as finalidades de identificação civil. Mais, nos casos de identificação de pessoas desaparecidas, vítimas de acidentes, catástrofes ou atentados, é possível recorrer a outras vias para identificá-las, nomeadamente através do estudo genético dos familiares biológicos. Para além de que uma base de dados de identificação civil incompleta e que não fosse permanentemente atualizada, não proporcionaria a segurança de se poder proceder a qualquer identificação, sempre que necessário, e não poderia alcançar os seus objetivos<sup>132</sup>.

Destarte, cumpre-nos interrogar se, numa sociedade onde faltam meios para garantir boas condições de vida, faz sentido um investimento tão avultado<sup>133</sup> e restritivo de direitos fundamentais, como o direito à reserva da vida privada, constitucionalmente consagrado no art. 26.º, n.º 1, e de onde brotam os direitos à intimidade genética e à intimidade corporal.

Não obstante as recomendações do CNECV e da CNPD relativas à criação de uma base de dados para fins de identificação civil, o legislador não as considerou e concretizou a sua criação com a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

Apesar de o legislador não ter materializado o seu propósito de criação de uma base de dados genéticos universal, esta ideia deixou a sua marca, uma vez que decidiu incluir um ficheiro contendo a informação relativa a amostras de cidadãos voluntários, ao estipular os artigos 6.º e 15.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. Ou seja, os cidadãos que, de forma livre e informada<sup>134</sup>, aceitem doar a sua «impressão digital genética», deverão dirigir, por escrito, o seu pedido de recolha às entidades competentes para a análise

---

<sup>130</sup> MONIZ, Helena, "Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal", *op. cit.*

<sup>131</sup> *Idem.*

<sup>132</sup> SILVEIRA, Luís, "Proteção de dados pessoais e base de dados de ADN" in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012, p. 148.

<sup>133</sup> HENRIQUES, Fernanda e SEQUEIROS, Jorge, *Relatório sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>134</sup> A informação prestada ao examinado encontra-se na Figura n.º 6 em anexo.

laboratorial da respetiva amostra (o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e o Instituto Nacional de Medicina Legal)<sup>135</sup>, o que, para Helena Machado e Susana Silva simboliza “a maximização da sua liberdade, autonomia e sentido de bem comum, tornando-se num super-cidadão, coadjuvante da super-ciência (...)”<sup>136137</sup>.

Sucede que ao analisarmos os dados estatísticos fornecidos pelo INMLCF, é possível constatar que, em oito anos de funcionamento da base de dados, apenas existem quatro perfis de voluntários inseridos, sendo que desde 2012 não foi inserido um único perfil proveniente de voluntários, conforme quadro n.º 1 em anexo<sup>138</sup>.

Questionamo-nos se fará sentido que todos os cidadãos sejam registados e etiquetados em prol da segurança comum.

### **3. A utilização do ADN para fins de investigação criminal**

#### **3.1. As primeiras experiências de introdução da prova de ADN no âmbito criminal**

Historicamente, os países pioneiros na introdução das provas de ADN no âmbito criminal foram o Reino Unido e os EUA. Logo em 1986, no Reino Unido, a análise de ADN foi utilizada, pela primeira vez, num processo em que estavam em causa crimes de violação e homicídio de duas jovens<sup>139</sup>. Assim, foi realizada a recolha e a análise da amostra de ADN do suspeito Richard Burkland e *a posteriori* procedeu-se à comparação do seu perfil genético

---

<sup>135</sup> Através do formulário presente na Figura n.º 1 em anexo. O auto de colheita de amostras e de identificação em voluntários consta na Figura n.º 2 em anexo.

<sup>136</sup> MACHADO, Helena e SILVA, Susana, “Identidades tecnocientíficas na esfera forense e médica: Perspetivas de cidadãos sobre inserção de perfil genético em base de dados e acerca de doação de embriões para investigação” in MACHADO, Helena e MONIZ, Helena (org.), *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem social*, op. cit., p. 27.

<sup>137</sup> Na perspetiva de WATSON, James D., *DNA: The Secret of Life*, 2003, p. 290, “*I think that everyone should give a DNA sample. (...) Frankly, the remote possibility that Big Brother will one day be perusing my genetic fingerprint for some nefarious end worries me less than the thought that tomorrow a dangerous criminal may go free — perhaps only to do further evil — or an innocent individual may languish in prison for want of a simple DNA test.*”.

<sup>138</sup> Perante estes números insólitos de perfis genéticos de voluntários inseridos na base de dados, Helena Machado e Susana Silva levaram a cabo um questionário *online* a uma amostra não representativa de 628 portugueses, em que a maioria dos participantes era do sexo feminino (69,3%) e tinha um diploma do ensino superior (82,9%). Cerca de metade dos inquiridos tinha menos de 30 anos (50,3%). Os resultados desse questionário traduzem-se no facto de 46,5% dos participantes aceitariam a inserção do seu próprio perfil na base de dados criminal, enquanto 30,3% responderam talvez e 23,2% recusariam. Para mais desenvolvimentos sobre este questionário, nomeadamente os motivos mencionados pelos participantes para aceitar, talvez aceitar ou recusar a inserção do próprio perfil na base de dados criminal, vide MACHADO, Helena e MONIZ, Helena (org.), *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem social*, op. cit., pp. 30-33.

<sup>139</sup> PEREIRA, Artur, “Bases de Dados Genéticos”, op. cit., p. 97.

com a amostra biológica recolhida no local do crime, que permitiu ilibar o jovem suspeito<sup>140</sup>. Igualmente pela primeira vez, a Polícia de Leicestershire e o Serviço de Ciência Forense conduziram um projeto atualmente designado por «*mass screen*», no qual cinco mil homens, de três localidades, foram incitados a fornecer uma amostra biológica<sup>141</sup>. No entanto, este projeto foi infrutífero, uma vez que os perfis genéticos resultantes das milhares de amostras recolhidas não correspondiam ao perfil genético do suspeito. O caso ficou solucionado meses mais tarde, quando um homem local foi ouvido num bar a louvar-se por ter facultado, em troca de dinheiro, uma amostra biológica em nome de um amigo- Colin Pitchfork<sup>142</sup>. Com efeito, Pitchfork foi condenado a prisão perpétua, em 1988, tornando-se no primeiro arguido a ser condenado com base na identificação feita através da análise de ADN.

No que concerne aos EUA, a primeira vez que uma análise de ADN serviu como meio probatório ocorreu no ano de 1988, no caso *Andrews v. State*. Nesse processo, o arguido foi condenado com base em prova testemunhal e em testes que estabeleceram uma correspondência entre o perfil genético do arguido, obtido através de uma amostra de sangue e o perfil genético presente nos vestígios de sémen encontrados na vítima de violação<sup>143</sup>. A partir daí, foram retiradas centenas de acusações a condenados, alguns deles à morte, sendo que um terço dessas libações resultaram de novas provas de ADN<sup>144</sup>.

Contudo, a introdução das técnicas de ADN nos ordenamentos jurídicos do Reino Unido e dos EUA não foi uniforme, uma vez que a credibilidade inicial foi posta em crise na década de 90, para ressurgir em grande força, transformando-se em «técnica científica confortável»<sup>145</sup>, sendo que atualmente a tecnologia de identificação por perfis de ADN beneficia de uma maior credibilidade científica relativamente aos métodos de identificação tradicionais (que exploramos no ponto 2.1.). Nas palavras de Artur Pereira, “esta mudança de paradigma marcou uma transição de uma era pré-científica para a era científica na ciência forense”<sup>146</sup>.

A identificação através da análise de ADN não é subjetiva, nem está imbuída por emoções, pelo que a sua objetividade conduziu a que este método de identificação tenha sido

---

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> *Idem*. Cfr. igualmente BUTLER, John M., *Fundamentals of Forensic DNA Typing*, London: Academic Press, 2010, disponível online em <http://aboutforensics.co.uk/colin-pitchfork/>, consultado a 29/06/2019.

<sup>142</sup> BUTLER, John M., *Fundamentals of Forensic DNA Typing*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>143</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, *op. cit.*, pp. 174-175.

<sup>144</sup> BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, *op. cit.*, p. 650.

<sup>145</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>146</sup> *Idem*.



considerado o “elemento de prova forense mais precioso que jamais existiu”<sup>147</sup>. Com efeito, esta técnica de investigação está fortemente incorporada na prática forense, provocando aspetos positivos e menos positivos. Como a maior virtude desta técnica é vulgarmente apontado o facto da análise de ADN poder ter interesse para o arguido, na medida em que pode excluí-lo como suspeito da prática do crime<sup>148</sup>.

Dado o sucesso e a utilidade das tecnologias de identificação por perfis de ADN no âmbito forense e a redução dos custos da investigação criminal, muitos países avançaram para o uso sistemático e integrado destas tecnologias, criando base de dados de perfis genéticos.

A primeira base de dados com finalidades de investigação criminal surgiu em Inglaterra e no País de Gales, em 1995<sup>149</sup>, designada por NDNAD (*National DNA Database*), que atualmente é considerada, por alguns Autores, a base de dados de maior dimensão, tendo em conta a densidade populacional<sup>150</sup>. Em 1997, seguiu-se a Holanda e a Áustria, após o que foram criadas bases de dados de perfis genéticos na maioria dos Estados-membros da União Europeia<sup>151</sup>.

A nível mundial, a Nova Zelândia foi o segundo país a criar uma base de dados com perfis genéticos e, em 1998, surgiu o CODIS (*Combined DNA Identification System*), o conjunto de bases de dados genéticos nos Estados Unidos da América, a cargo do FBI<sup>152</sup>.

Estas bases de dados foram consideradas por alguns como casos de sucesso, enquanto outros lhes teceram duras críticas, nomeadamente pelo facto de o desenvolvimento deste tipo de base de dados poder representar uma violação dos direitos humanos<sup>153</sup>. Reconhecendo a existência desse risco, podemos observar que, historicamente, as bases de dados de perfis de ADN foram criadas de forma prudente, sendo que muitas delas apenas continham perfis genéticos de condenados e estavam restritas a determinados tipos de crime, como homicídios e crimes sexuais. No entanto, verificamos que estas têm sido

---

<sup>147</sup> BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, op. cit., pp. 648-649.

<sup>148</sup> A propósito da perceção dos reclusos sobre a utilização da bioinformação na investigação criminal, veja-se o estudo realizado através de entrevistas a um total de cinquenta e sete reclusos, em duas prisões na Áustria e em três prisões em Portugal publicado em MACHADO, Helena e PRAINSACK, Barbara, *Tecnologias que Incriminam. Olhares de reclusos na era do CSI*, Coimbra: Almedina, 2014.

<sup>149</sup> SANTOS, Filipe [et al.], “A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização”, op. cit., p. 100.

<sup>150</sup> Neste sentido, vide MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira, *Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares*, op. cit., p. 116.

<sup>151</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 76.

<sup>152</sup> MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira, *Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares*, op. cit., p. 116. Para mais desenvolvimentos sobre as bases de dados de ADN criadas a nível mundial, com especial enfoque para a base de dados dos EUA, vide BUTLER, John M., *Fundamentals of Forensic DNA Typing*, op. cit., pp. 263-276.

<sup>153</sup> SANTOS, Filipe [et al.], “A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização”, op. cit., p. 100.

progressivamente alargadas, quer pela inclusão de novos crimes, quer através de novos elementos de registo<sup>154</sup>.

Os defensores das bases de dados de perfis de ADN advogam que estas protegem o bem público, na medida em que possibilitam identificações rápidas e acertadas de suspeitos, permitem ilibar indivíduos inocentes, aumentam a probabilidade de se criar prova convincente, reduzindo custos de investigações ineficazes, provocam um efeito dissuasor em potenciais criminosos, bem como incrementam a confiança pública nas instituições de perseguição do crime e em todo o processo criminal<sup>155</sup>. As potencialidades das bases de dados estão evidenciadas nos sucessos que são apresentados outros países. No entanto, devemos olhar com cautela para os resultados que são revelados<sup>156</sup>.

### **3.2. A utilização do ADN antes da consagração da base de dados**

Afigura-se frequente a ideia de que a identificação genética nasceu com a criação da base de dados de perfis genéticos, o que não corresponde à verdade<sup>157</sup>. Já há mais de duas décadas (desde 1995) que Portugal utiliza a tecnologia de identificação por perfis de ADN, quer no âmbito da identificação civil, particularmente nos casos de investigação da paternidade (*vide* ponto 2.2.1.), quer no apoio à investigação criminal<sup>158</sup>. Ou seja, a utilização da prova de ADN é muito anterior à criação e vulgarização das bases de dados de perfis de ADN. Assim, é fulcral não olvidar que a Genética Forense não se esgota na base de dados de perfis genéticos.

Antes da constituição formal da base de dados de perfis de ADN, operada pela Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, já eram utilizadas perícias de Genética Forense no âmbito da investigação criminal, de modo a alcançar a identificação dos autores dos crimes.

Assim sendo, já existiam situações em que se procedia a perícias genéticas determinadas no processo, através da comparação entre os perfis dos suspeitos ou dos arguidos com os perfis obtidos das amostras recolhidas em vítimas ou nos locais do crime, procedimento que é comumente designado por «comparação direta». Com efeito, a comparação de perfis ocorria no âmbito do processo, estando sujeita ao regime das perícias

---

<sup>154</sup> PEREIRA, Artur, “Bases de Dados Genéticos”, *op. cit.*, p. 110.

<sup>155</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>156</sup> CORTE-REAL, Francisco, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>158</sup> SANTOS, Filipe, “As funções do DNA na investigação criminal- estudo de cinco casos em Portugal”, *op. cit.*, p. 198.

e dos exames estabelecido no Código de Processo Penal<sup>159</sup>, bem como ao regime de perícias médico-legais comuns previsto na Lei n.º 45/2004, de 29 de agosto<sup>160</sup>. Contudo, é relevante questionar se esses perfis genéticos tiveram sido armazenados, não existia na prática uma base informal e não regulamentada de dados de perfis de ADN e de dados pessoais<sup>161</sup>?

Este método da «comparação direta» configurava um procedimento de identificação com bastante potencial, dado o seu enorme auxílio na resolução dos casos criminais, pelo que rapidamente se percebeu que o potencial deste método seria largamente ampliado caso existisse uma base de dados de perfis de ADN com os respetivos dados pessoais. Por outro lado, verificavam-se centenas de situações em que se colhia o material genético, por exemplo na vítima, procedia-se à determinação do perfil genético e a prova terminava por ali, dado que não havia qualquer amostra-referência para se proceder à comparação de perfis de ADN. Para além de situações em que famílias e órgãos de polícia criminal questionavam o INML se tinha dado entrada nos seus serviços algum corpo com determinadas características, mas não havia uma ferramenta capaz de cruzar a informação genética de uns e de outros casos, no sentido de se fazer uma identificação mais célere dos corpos que davam entrada nos serviços médico-legais<sup>162</sup>. Este género de dificuldades sucedia quando o nosso país já tinha uma Genética Forense equivalente à dos outros países europeus, mas continuava sem criar uma base de dados de perfis de ADN<sup>163</sup>.

Por tudo o que se vem de expor, é inegável que a existência de coleções de amostras-referência e de amostras-problema era uma forma de solucionar estas complexidades e um modo célere e eventualmente eficaz de potenciar a inteligência forense, colocando-a ao serviço da investigação criminal e da administração da justiça.

Deste modo, e face às imposições de instrumentos jurídicos internacionais e europeus que exploraremos *infra* (cfr. ponto 2. do capítulo III), o legislador português viu-se na contingência de regular estas matérias, de modo a criar uma base de dados de perfis de ADN, estabelecer os critérios de inserção dos perfis e disciplinar a interconexão e cruzamento de perfis com os constantes dos ficheiros da base de dados<sup>164</sup>, o que logrou concretizar com

---

<sup>159</sup> Vide o referido na nota de rodapé 19.

<sup>160</sup> BRAVO, Jorge dos Reis, *Recolha de amostra, inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>161</sup> *Idem*.

<sup>162</sup> CORTE-REAL, Francisco, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>163</sup> Complicações como esta eram difíceis de explicar aos países europeus que já tinham bases de dados de perfis de ADN há vários anos. Conforme relata Francisco Corte-Real *in idem*, “os outros países já estavam a discutir formas de alterar as suas bases de dados, os seus sucessos e in sucessos e as suas dificuldades [e] chegava a nossa vez de nos pronunciar-nos e apenas poderíamos dizer que Portugal ainda não tinha base de dados”.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 20.

a aprovação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, apesar de a base de dados ter começado a funcionar apenas a partir de fevereiro de 2010.

Para alguns Autores, esta lei foi uma inevitabilidade, dado que foi praticamente imposta pelas determinações e instrumentos normativos internacionais e europeus<sup>165</sup>. Pelo facto de ter sido uma das últimas a ser implementada comparativamente aos restantes países ocidentais, a Lei n.º 5/2008 fruiu da vantagem de se ter inspirado no conhecimento e na experiência de vários modelos.

### **3.3. A criação da base de dados de perfis de ADN com finalidades criminais – a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro**

Conforme já adiantamos anteriormente, tal como sucedeu em vários países do mundo, também Portugal logrou criar, em 2008, uma base de dados de perfis de ADN com intuítos forenses, através da publicação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

O surgimento da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, tem por origem, em termos sintéticos, razões decorrentes dos compromissos internacionais assumidos por Portugal e diversos acontecimentos à data ocorridos no panorama nacional que motivaram alguns arestos do Tribunal Constitucional nestas matérias<sup>166</sup>. O outrora Ministro da Justiça, Alberto Costa, na discussão na generalidade, justificou a criação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, do seguinte modo: “(...) pretende-se com esta proposta de lei dotar o sistema legal português de um conjunto de métodos eficazes e seguros para a identificação de pessoas desaparecidas, vítimas de catástrofes naturais ou responsáveis pela prática de crimes, devidamente enquadrados por um conjunto de princípios, garantias e controlos constitucionais. Sem decair na defesa dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, sejam eles arguidos, condenados ou vítimas – e isto quer à luz das regras constitucionais quer das boas práticas europeias – propõe-se um passo relevante na modernização dos mecanismos de investigação pericial quer no plano criminal quer no plano civil, ao mesmo tempo que se torna possível a nossa plena participação na cooperação europeia em matéria policial e judicial, em especial na era aberta pelo Tratado de Prüm”<sup>167</sup>. No fundo, esta foi uma

---

<sup>165</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 116. A exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 144/X, reflete a pressão internacional mas principalmente europeia na criação de uma base de dados de perfis de ADN, ao referir que diversas instâncias internacionais têm vindo a aconselhar a utilização das análises de ADN no sistema de justiça criminal e a criação de base de dados internacionalmente acessíveis, e que a maioria dos países europeus já tem legislação relativa às bases de dados de perfis de ADN com finalidades de investigação criminal e/ou de identificação civil.

<sup>166</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, op. cit., p. 320.

<sup>167</sup> *Idem*.

estratégia política de prevenção e redução da criminalidade, baseada na “celebrização da eficácia e fiabilidade da genética forense”<sup>168</sup>.

O processo legislativo que culminou na publicação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro foi longo, repleto de vicissitudes e reclamou diversos pareceres da CNECV e da CNPD que irão merecer uma sintética análise da nossa parte.

### **3.3.1. Da Proposta de Lei n.º 144/X até à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro**

Pelo Despacho n.º 2584/2006, do Ministro da Justiça, foi criada uma Comissão<sup>169</sup> com a tarefa de elaborar uma proposta de lei para constituição e funcionamento de uma base de dados genéticos. Para lograr alcançar tal intento, a *supra* referida Comissão deveria proceder à análise das legislações dos países que já tinham criado bases de dados, bem como das normas nacionais e internacionais relevantes nesta matéria, devendo igualmente indagar os pareceres de entidades nacionais primordiais nesta temática e organizar um debate público, de modo a definir os princípios orientadores da proposta. Após trilhar esses caminhos, a Comissão elaborou o projeto do Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN e apresentou-o à tutela em dezembro de 2006.

Após a receção do projeto lei, foi endereçado ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida um pedido de parecer pelo, à data, Secretário de Estado Adjunto e da Justiça sobre o referido Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN. Esta tarefa revestia-se de uma peculiar reflexão ética, uma vez que “não se trata[va] de fazer a abordagem das dimensões éticas implicadas numa qualquer investigação biomédica, mas de avaliar o sentido ético de uma aplicação tecnológica da investigação científica que é transposta para uma área diferente, a da investigação criminal, para a qual não foi inicialmente intencionada”<sup>170</sup>. Assim sendo, o CNECV teve a árdua tarefa de ponderar a necessidade de reforçar os poderes e eficácia em matéria de segurança, por parte do Estado, e o seu impacto nos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Pelo que a análise ética teve como ponto de partida o equilíbrio entre o interesse público e os direitos fundamentais individuais.

---

<sup>168</sup> MACHADO, Helena e SANTOS, Filipe, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>169</sup> A Comissão foi constituída por membros de diversas áreas que, à data, representavam importantes instituições como o Instituto de Medicina Legal, o Laboratório da Polícia Científica, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. De entre os membros, podemos destacar Francisco Côrte-Real, Diogo de Lacerda Machado, Helena Moniz e Jorge Oliveira Soares.

<sup>170</sup> HENRIQUES, Fernanda e SEQUEIROS, Jorge, *Relatório sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN*, *op. cit.*, p. 5.

Importa igualmente mencionar que o contexto da discussão aquando da elaboração do parecer em 2007 não era irrelevante, dado que um grande número de países europeus já tinha criado uma base de dados de perfis de ADN, existia controvérsia em torno das legislações do Reino Unido e da França, e nos anos anteriores tinham ocorrido vários desastres naturais e atentados terroristas, que reforçavam ainda mais a sensibilidade da matéria e o seu impacto prático<sup>171</sup>.

Uma vez concluído o parecer e entregue a quem o requereu, este foi divulgado no *site* do CNECV e em conferência de imprensa, sendo que os *media* deram bastante eco às recomendações enunciadas no parecer, de tal modo que até instâncias internacionais se interessaram por acompanhar o debate e a reflexão deste tema em Portugal<sup>172</sup>.

Não obstante o CNECV não ser um órgão vinculativo, mas meramente consultivo, esperava-se uma alteração da proposta legislativa, no sentido de seguir a maioria das recomendações expressas no parecer<sup>173</sup>.

Por outro lado, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, no seu Parecer n.º 18/2007, pronunciou-se igualmente sobre o Projeto do Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN. Relativamente à criação da base de dados para fins criminais, a CNPD considerou que o terrorismo, as ameaças da criminalidade organizada transnacional, o medo e o terror consubstanciam fatores de acatamento social. Assim, numa sociedade dominada pelo medo, é exigida aos poderes públicos plena eficácia no combate à criminalidade, o que não pode conduzir a uma progressiva diminuição dos direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente, dos direitos à privacidade, à reserva da vida privada e à proteção dos dados pessoais<sup>174</sup>. No entanto, o referido Parecer admite que os dados pessoais genéticos- o ADN, constitui um meio probatório fulcral na investigação criminal, que não pode ser desperdiçado. Pelo que a CNPD julgou proporcionada a restrição da privacidade e da proteção dos dados pessoais à finalidade de investigação criminal, desde que o meio de prova em apreço seja adequado a demonstrar a autoria do crime, seja estritamente necessário e indispensável para a investigação criminal e que a sua utilização não se revele excessiva relativamente ao crime que se pretende provar<sup>175</sup>. Com efeito, a Comissão Nacional de Proteção de Dados entendeu que o princípio da proporcionalidade deve presidir ao tratamento destas matérias e que não

---

<sup>171</sup> SILVA, Paula Martinho, "Parecer n.º 52/CNECV/2007- Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o "Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de A.D.N.", Junho de 2007", *op. cit.*, p. 39.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>174</sup> Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados n.º 18/2007, pp. 9-10.

<sup>175</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

podem existir quaisquer desvios a este princípio fundamental, sob pena de se vulgarizarem “(...) os exames genéticos e banalizando aquilo que é, afinal, o depósito mais profundo da identificação individual e o da mais nuclear da dignidade da pessoa humana”<sup>176</sup>.

Importa ainda fazer referência à ressalva da CNPD no que toca ao tratamento dos dados genéticos, uma vez que esta alertou para a imperiosa necessidade de se prestarem atenções redobradas ao princípio da presunção de inocência, consagrado constitucionalmente no art. 32.º, n.º 2, da CRP, e aos princípios do *in dubio pro reo* e do *nemo tenetur se ipsum accusare*, que dele brotam<sup>177</sup>.

Por outro lado, o *supra* mencionado Parecer alude à necessidade de fundamentação das decisões que ordenam a inserção dos perfis de ADN de arguidos na base de dados, uma vez que o Projeto previa um despacho de mero expediente<sup>178</sup>. Relativamente ao critério de inserção de perfis genéticos de condenados, a CNPD considerou-o excessivo, defendendo que a inserção (devidamente fundamentada) só deveria ocorrer quando o arguido fosse condenado a uma pena concreta de cinco ou dez anos de pena de prisão, não só por razões de proporcionalidade, como também de coerência e compreensão globais do ordenamento jurídico português<sup>179</sup>.

Para concluir, o Parecer n.º 18/2007 da CNPD frisou que as finalidades de identificação civil e de investigação criminal devem ser exclusivas, o que significa que não poderiam ser admitidas outras finalidades, bem como que a legislação a produzir deveria indicar quais os dados pessoais associados às amostras e perfis de ADN, para cumprimento do disposto na alínea b), do n.º 1, do art. 30.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (entretanto revogada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto).

Posteriormente, o XVII Governo Constitucional elaborou a Proposta de Lei n.º 144/X, que deu entrada em 8 de junho de 2007<sup>180</sup>. Algumas das sugestões do CNECV e da CNPD foram atendidas na Proposta de Lei n.º 144/X<sup>181</sup>, evidenciando propósitos menos ambiciosos dos anunciados inicialmente.

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>177</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>179</sup> Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados n.º 18/2007, p. 20.

<sup>180</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, *op. cit.*, p. 321.

<sup>181</sup> Proposta de Lei n.º 144/X disponível online em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76574339305a58683062334d76634842734d5451304c5667755a47396a&fich=ppl144-X.doc&inline=true>, consultado a 04/01/2019.

As finalidades de identificação civil reconduziam-se somente à possibilidade de se identificarem vítimas de grandes atentados, catástrofes ou acidentes e a colheita de amostras biológicas seria feita em voluntários, após estes prestarem o seu consentimento, de forma livre, informada e escrita<sup>182</sup>.

No que concerne às finalidades de investigação criminal, resulta da leitura conjugada dos artigos 8.º, 15.º, 20.º e 22.º, da Proposta de Lei n.º 144/X que esta não estabelecia um ficheiro de perfis genéticos de arguidos, o que foi percecionado por alguns como um obstáculo ao combate à criminalidade em geral e à reincidência em particular<sup>183</sup>. Por outro lado, Artur Pereira alerta para uma outra dificuldade resultante da Proposta de Lei que se traduz na impossibilidade de satisfazer um pedido de cooperação internacional, dado que o art. 21.º, n.º 2, da Proposta não autoriza a transferência de material biológico e que a sua exposição de motivos apenas refere a cooperação internacional em processos de identificação (civil), o que “(...) parece contraditório com as diversas responsabilidades assumidas por Portugal, no âmbito dos múltiplos acordos firmados no seio da UE (...)”<sup>184</sup>.

Também esta Proposta de Lei foi objeto de nova apreciação pela CNPD, no Parecer n.º 41/2007<sup>185</sup>, que fundamentalmente remete para o seu parecer anterior e cujas conclusões principais incidiram sobre a necessidade do consentimento ser livre, informado e escrito, bem como sobre a fiscalização da base de dados.

A redação final da Proposta de Lei n.º 144/X passou por diversas vicissitudes, tendo diversos partidos políticos apresentado variadas propostas de alteração da redação de alguns artigos<sup>186</sup>. Conforme resulta do «Relatório da discussão e votação na especialidade e texto final da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias»<sup>187</sup>, a redação final de alguns artigos prevaleceu-se de algumas sugestões apresentadas pelos partidos políticos, embora numa dimensão mínima e quase irrelevante. O que significa que a grande maioria dos artigos manteve a sua redação originária<sup>188</sup>.

Consequentemente, em 6 de dezembro de 2007, foi aprovado pela Assembleia da República o Decreto n.º 180-X (redação final da Proposta de Lei n.º 144/X), que criava uma

---

<sup>182</sup> Neste sentido, cfr. PEREIRA, Artur, “Bases de Dados Genéticos”, *op. cit.*, p. 126.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 126-127.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>185</sup> Parecer da CNPD n.º 41/2007, disponível *online* em <https://www.cnpd.pt/bin/deciso/es/2007/htm/par/par041-07.htm>, consultado a 04/01/2019.

<sup>186</sup> Para mais desenvolvimentos relativos às propostas de alteração da Proposta de Lei n.º 144/X apresentadas pelo Partido Socialista, Partido Social Democrata e pelo Partido Comunista Português, *vide ibidem*, pp. 322-328.

<sup>187</sup> Disponível *online* em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/10/03/003S1/2007-09-29/?pgs=2-78&org=PLC>, consultado a 02/11/2019.

<sup>188</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 328-333.



base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e investigação criminal. Este diploma foi enviado para promulgação em 4 de janeiro de 2008, que teve lugar a 22 de janeiro do mesmo ano<sup>189</sup>. Seguiu-se a publicação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro<sup>190</sup>.

A Lei n.º 5/2008 é composta por quarenta e um artigos, divididos por oito capítulos e sofreu já duas alterações: a primeira operada pela Lei n.º 40/2013, de 25 de junho e a segunda pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto.

Analisando a sistematização adotada pelo legislador, o Capítulo I contém as disposições gerais, como o objeto da lei, variadas definições, princípios gerais, finalidades e entidades competentes para a análise laboratorial. No que concerne ao Capítulo II, este é dedicado à recolha de amostras, seja ela em voluntários, com finalidades de identificação civil ou com finalidades de investigação criminal. Já o Capítulo III refere-se ao tratamento de dados e encontra-se dividido em quatro secções: “constituição da base de dados”, “inserção, comunicação, interconexão e acesso aos dados”, “conservação de perfis de ADN e dados pessoais” e “segurança da base de dados”. O Capítulo IV intitulado “Conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN” procede à criação do órgão fiscalizador, estabelecendo a sua natureza e composição, bem como competências e funcionamento<sup>191</sup>. O capítulo seguinte é inovador e tem peculiar importância, uma vez que é dedicado ao “Biobanco”, contendo disposições relativas à fulcral custódia das amostras, as finalidades do biobanco, à proteção das amostras e, por último, à destruição das amostras. O Capítulo VI, cuja epígrafe é “Disposições sancionatórias”, trata da tutela penal do processo de recolha, tratamento e processamento de dados ligados à obtenção dos perfis genéticos<sup>192</sup>, em que o legislador remete para o Código Penal e para a Lei da Proteção de Dados Pessoais. Já no que respeita ao Capítulo VII, este contém apenas dois artigos referentes à fiscalização e controlo da base

---

<sup>189</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, op. cit., p. 246.

<sup>190</sup> A propósito das representações sociais em torno da criação e utilização de uma base de dados genéticos forense em Portugal, veja-se o estudo “Base de dados genéticos forense em Portugal e identidades tecnocientíficas. Análise a partir de grupos focais com estudantes universitários”, realizado a partir da organização de dois grupos focais com estudantes universitários que frequentavam licenciaturas das áreas científicas das ciências sociais e humanas e das ciências naturais e exatas. MACHADO, Helena [et al.], *Base de dados genéticos forense em Portugal e identidades tecnocientíficas. Análise a partir de grupos focais com estudantes universitários*, Oficina dos CES, Oficina n.º 403, 2013.

<sup>191</sup> O conselho de fiscalização é um órgão designado pela Assembleia da República e composto por três cidadãos de reconhecida idoneidade, com poderes de autoridade e responde apenas perante a Assembleia da República. Este órgão é uma entidade administrativa independente que procede ao controlo da base de dados de perfis de ADN. No entanto, há quem defenda a judicialização do controlo da base de dados e dos ficheiros dos dados pessoais, devido à enorme importância do seu conteúdo. Paraphrasing Ana Paula Guimarães, se a Lei n.º 5/2008 impõe a intervenção judicial para ordenar a colheita de amostras e a conservação da informação genética em ficheiro de condenados, não se compreende por que razão é afastada a intervenção judicial no que concerne ao controlo da base de dados. Esta é uma “(...) fase subsequente à colheita de amostras em que a independência e isenção do poder judicial poderiam dar amparo de segurança aos cidadãos relativamente aos seus dados informatizados”. GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, op. cit., p. 275. No que concerne às competências específicas do conselho de fiscalização, vide SANTOS, Manuel Simas, “Mecanismos de verificação e fiscalização (na Base de Dados de Perfis de ADN)”, op. cit., pp. 77-78.

<sup>192</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, op. cit., p. 335.

de dados. Por fim, o Capítulo VIII dedica-se às disposições finais e transitórias, ficando estabelecido que a lei entraria em vigor trinta dias após a sua publicação.

Importa neste momento elucidar, de modo sintético, a estrutura e o funcionamento da base de dados de perfis de ADN criada pela Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

A base de dados de perfis genéticos é um sistema informatizado, sem ligação a qualquer rede, ou seja, é uma plataforma estanque, desenvolvida em servidores próprios e localizada nas instalações da sede do INMLCF, em Coimbra<sup>193</sup>. A estrutura da base de dados portuguesa é bastante particular, uma vez que esta contém um ficheiro intermédio e dois ficheiros de dados (um de perfis de ADN e outro de dados pessoais), ou seja, os perfis de ADN que estão num ficheiro de perfis com base no programa informático CODIS, fornecido pelo FBI e que foi adaptado à legislação portuguesa, estão separados dos dados pessoais relativos a esses perfis. A base de dados contém também uma estrutura intermédia que permite ligar as chaves dos perfis genéticos às chaves que estão nos dados pessoais respetivos.

Anteriormente à recolha, o examinado goza do direito de informação, devendo ser informado por escrito de que os seus dados pessoais vão ser inseridos num ficheiro de dados pessoais; sobre a natureza dos dados que são extraídos da amostra; de que o perfil de ADN é integrado num ficheiro de perfis de ADN; da possibilidade de cruzamento do perfil recolhido com os existentes na base de dados de perfis de ADN, com menção expressa da possibilidade de utilização dos dados para fins de investigação criminal, quando aplicável; de que a amostra recolhida pode ser conservada num biobanco, tudo nos termos do art. 9.º, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro<sup>194</sup>.

A recolha de amostras em pessoas é realizada através de método não invasivo, que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual, geralmente pela colheita de células da mucosa bucal, através de uma zaragatoa, ou outro método equivalente, de acordo com o art. 10.º, da Lei n.º 5/2008, estando em princípio excluídas formas mais invasivas como a punção venosa ou picada capilar.

Relativamente ao procedimento, após a recolha, as amostras-referência são remetidas, em embalagens acondicionadas de violação detetável, para o laboratório (sendo que apenas têm competência três laboratórios de Genética Forense do INMLCF e o Laboratório de Polícia

---

<sup>193</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 114.

<sup>194</sup> Todas estas informações constam de um documento previamente elaborado e que se encontra na Figura n.º 6 em anexo.

Científica da Polícia Judiciária) que procede à análise e à determinação do perfil de ADN. Ao abrigo do disposto no art. 18.º, n.º 5, da Lei 5/2008 e art. 12.º, do Regulamento de Funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN<sup>195</sup>, a garantia da cadeia de custódia da amostra é um pressuposto obrigatório para a inserção dos dados. No entanto, questionamo-nos se este pressuposto é efetivamente observado e se não existirão erros na cadeia de custódia, com amostras trocadas ou, eventualmente, com a contaminação das amostras, que passam despercebidos aos olhares dos técnicos responsáveis. Por outro lado, interrogamo-nos se o Conselho de Fiscalização da base de dados de perfis de ADN controla eficazmente todo o procedimento e assegura a inexistência de erros na cadeia de custódia.

Por imposição do art. 8.º, do Regulamento de Funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN, a recolha de amostras é feita em duplicado, pelo que o laboratório irá analisar as duas zaragatoas bucais, que configura o método de colheita mais comum. Assim, são obtidos perfis genéticos em cada uma das zaragatoas, utilizando *kits* diferentes, realizadas em momentos diferentes, por técnicos diferentes. No final do procedimento laboratorial, os perfis genéticos obtidos devem ser confrontados, de modo a garantir que não houve nenhuma troca de amostras durante o processamento analítico, o que se traduz num controlo de qualidade interna. Só após obtida a coincidência entre os dois perfis genéticos é que este deve ser enviado para o ficheiro intermédio.

Seguidamente, o laboratório prepara duas mensagens, que identificam o número do processo do serviço e o tipo de informação: uma com o perfil de ADN e outra com os respetivos dados pessoais (auto de colheita, documento de identificação, fotografia, impressão digital e despacho do tribunal)<sup>196</sup>. Essas mensagens, após serem encriptadas, são enviadas para o ficheiro intermédio, que está instalado na sede do INMLCF.

O ficheiro intermédio recebe as mensagens encriptadas atribui um código que possibilita a conexão posterior das mensagens. Em seguida, o serviço do ficheiro intermédio procede à entrega em mão, através de uma *pen drive*, das duas mensagens encriptadas, sendo que ao ficheiro de dados pessoais entrega a mensagem contendo os dados pessoais e ao ficheiro de perfis de ADN a mensagem contendo o perfil genético extraído da amostra. Cada um dos grupos<sup>197</sup> destes dois ficheiros procede à descriptação dos dados da respetiva

---

<sup>195</sup> Inicialmente o Conselho Médico-Legal do INMLCF, em cumprimento do disposto no artigo 39.º, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, aprovou através da Deliberação n.º 3191/2008, de 3 de dezembro, o regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN para fins de investigação civil e criminal, que foi recentemente revogado pelo Regulamento n.º 827/2019 do INMLCF.

<sup>196</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 115.

<sup>197</sup> Uma vez que o procedimento é realizado sempre por duas pessoas.

mensagem, após o que inserem os dados no ficheiro respetivo e emitem um recibo de inserção que será devolvido ao ficheiro intermédio<sup>198</sup>.

No que concerne especificamente à equipa dos perfis, a *pen drive* é introduzida no servidor e procede-se à descriptação de modo a que os perfis fiquem acessíveis para serem inseridos no sistema CODIS. Uma vez inserido o perfil, é feita uma validação automática pelo sistema CODIS, de modo a verificar se ocorreu algum erro. De seguida, realiza-se a comparação dos perfis, que é igualmente um processo automático e que permite, em poucos segundos, saber se há ou não coincidências entre o perfil que está a ser inserido e outro já existente na base de dados. Ocorrendo uma coincidência (*hit* ou *match*), a equipa do ficheiro de perfis remete aos responsáveis pelo ficheiro intermédio as duas chaves entre os quais se verificou a coincidência. A partir dessas chaves, o ficheiro intermédio pesquisa os identificadores dos dados pessoais e solicita ao ficheiro de dados pessoais que lhe seja remetida a identificação do processo<sup>199</sup>. A informação obtida é comunicada ao processo, nos termos do art. 20.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008. Note-se, porém, que a revelação dos dados pessoais correspondentes ao perfil coincidente apenas é possível após prévia autorização do juiz, ao abrigo do n.º 2 do mesmo artigo.

Após receção dos recibos das duas interseções, os responsáveis do serviço do ficheiro intermédio emitem, por sua vez, uma mensagem confirmativa das inserções ao laboratório remetente dos dados<sup>200</sup>.

### **3.3.2. Das críticas à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro**

A Lei n.º 5/2008 foi alvo de duras críticas<sup>201</sup>, existindo vários equívocos não só do ponto de vista técnico como das soluções jurídicas, bem como algumas descontinuidades sistémicas<sup>202</sup>.

Este diploma contém diversas deficiências e suscitou dificuldades interpretativas e até pontuais perplexidades<sup>203</sup>. Assim, é flagrante a desarmonização de conceitos que origina confusões terminológicas. Logo no n.º 1 do art. 1.º, a lei refere que o seu objeto são “fins de

---

<sup>198</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 115.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>200</sup> *Idem*.

<sup>201</sup> A Lei n.º 5/2008 foi até enquadrada na «maldição das leis n.º 5», tal como as Leis n.º 5/2002, de 11 de janeiro, n.º 5/2004, de 10 de fevereiro e n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, devido às dificuldades hermenêuticas e de aplicação que suscitaram. BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 116.

<sup>202</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 117.

<sup>203</sup> Inspiramo-nos, neste âmbito, em PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, op. cit., pp. 29-30.

identificação”, o que parece restringi-los à identificação civil, dado que no n.º 2 se diz que “a base de dados de perfis de ADN serve ainda finalidades de investigação criminal”<sup>204</sup>. Contudo, note-se que esta imprecisão foi já corrigida com a alteração operada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, que aperfeiçoou o n.º 1 do art. 1.º, acrescentando “fins de identificação civil e de investigação criminal” e revogando o n.º 2 do mesmo artigo. Ainda nesta senda, a falta de harmonização de conceitos verifica-se igualmente no art. 15.º, quando expressa que a base de dados foi criada para “fins de identificação”, o que só pode abranger também a investigação criminal, dado que as suas alíneas incluem amostras-problema para investigação criminal e amostras de condenados. Nesse mesmo art. 15.º, menciona-se nas suas diversas alíneas a constituição de “um ficheiro contendo a informação (...)”, mas no n.º 2 já se diz que os ficheiros têm de ser dois. Quanto à expressão “informação”, parece-nos que o legislador se pretendia referir aos perfis genéticos e aos dados pessoais. Mais, o n.º 1 do art. 3.º estipula que a base de dados contém o perfil, enquanto o art. 14.º já refere que a base de dados contém o perfil e os dados pessoais, ou seja, existem duas formulações diferentes para definir a mesma base de dados.

Por outro lado, o diploma ora em análise contém conceitos com que o legislador parece equivocar-se e que se traduzem em erros de cariz técnico-científico, nomeadamente no art. 2.º, al. f), quando afirma ser possível obter um perfil a partir apenas de um marcador de ADN e no n.º 2 do art. 12.º, referindo que se integram “marcadores de ADN” no ficheiro de perfis de ADN, quando deveria dizer “perfis”.

No que concerne à sua sistematização, esta é notoriamente deficiente e as incorreções e imprecisões manifestam-se igualmente nas epígrafes, uma vez que estas não correspondem ao respetivo articulado, além de envolverem estipulações ininteligíveis. A título demonstrativo, refira-se o Capítulo II, pretensamente dedicado tão só à “recolha de amostras”, mas que também se estende pela análise das respetivas amostras biológicas (art. 12.º), bem como pelos seus resultados (art. 13.º). Outro exemplo notório é o art. 15.º que apesar da sua epígrafe “Conteúdo”, cria a base de dados, que aparentemente já estava criada no artigo imediatamente anterior. Mais, no art. 6.º cuja epígrafe é “Recolha de amostras em voluntários”, não se conhece a finalidade a que se destina, uma vez que quer o art. 4.º, n.º 2, quer os arts. 7.º e 8.º não lhe fazem qualquer referência nem esclarecem qual a finalidade da recolha de amostras em voluntários.

---

<sup>204</sup> Sublinhado nosso.

Ainda no *supra* referenciado art. 6.º, afirma-se que “a base de dados de perfis de ADN prevista no n.º 1 do artigo 3.º é construída (...) a partir da recolha de amostras em voluntários (...)”. Com efeito, e atenta a epígrafe do art. 3.º (“Princípios Gerais”), era pressuposto que os normativos nele consagrados se aplicassem a toda a base de dados. Seguindo Artur Pereira, também nos parece que esta imprecisão denota a falta de concordância da redação final da lei com o abandono da pretensão inicial de criação de uma base de dados de toda a população<sup>205</sup>.

Ademais, na versão originária do n.º 3 do art. 6.º previa-se que “o arguido na pendência do processo criminal apenas pode ser entendido como voluntário na recolha de amostras que não impliquem a respectiva utilização para fins de investigação criminal”, o que conjugado com o n.º 1 do art. 8.º e com a al. d) do art. 9.º gerava uma enorme confusão, que parecia criar um duplo regime das amostras dos arguidos-voluntários, dado que ora possibilitava, ora não possibilitava a utilização das amostras dos arguidos-voluntários para fins de investigação criminal. No entanto, com a alteração à lei em 2017, a previsão do n.º 3 do art. 6.º foi eliminada.

Por outro lado, na versão inicial do n.º 6 do art. 8.º estabelecia-se que “quando se trate de arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável”, que parecia entrar em contradição com o n.º 2 do art. 34.º original, pois este último consagrava que “as amostras colhidas ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 8.º só podem ser utilizadas como meio probatório no respectivo processo”. Com a alteração operada pela Lei n.º 90/2017, estes dois preceitos foram profundamente modificados, resolvendo esta questão.

Por último, afigura-se-nos fulcral apontar que o art. 12.º, n.º 2 remete para portaria a fixação dos marcadores de ADN, pois pretendia-se não só a total conformidade com as normas europeias como também a transmissão de uma garantia de controlo quanto ao ADN utilizado. Assim, surgiu a Portaria n.º 270/2009, de 17 de março que fixou os marcadores de inserção obrigatória correspondentes ao *European Standard Set* (estabelecido pela Resolução n.º 2001/C187/01, do Conselho) e outros de inserção complementar. Acontece que esta série de marcadores europeus foi alterada pela Resolução n.º 2009/C296/01, de

---

<sup>205</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, pp. 29-30.

30 de novembro, que acrescentou mais cinco marcadores. Isto significa que no mesmo ano, esta Portaria ficou desatualizada<sup>206</sup>.

Por todo o exposto, a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, originou inúmeras dificuldades hermenêuticas e de aplicação.

Para além da panóplia de críticas apontadas à referida lei, uma grande parte da doutrina considerou este diploma demasiado cauteloso, garantístico e restritivo<sup>207</sup>, sobretudo na sua versão originária, por temer violar o direito à autodeterminação informativa e à intimidade da reserva da vida privada. Concretizando, foram implementados vários mecanismos de precaução na lei, nomeadamente o facto de não poderem ser inseridos na base os perfis de suspeitos ou de arguidos, a necessidade de consentimento informado para colheita de amostra, a utilização de métodos de colheita não invasivos (preferencialmente zaragatoa bucal), a eliminação do perfil do condenado ao mesmo tempo que é eliminado o registo criminal e a competência exclusiva do juiz na ordenação de inserção de um perfil na base de dados<sup>208</sup>. Por outro lado, os profissionais que trabalharam no INML e no Laboratório da Polícia Científica da Polícia Judiciária argumentam que o modelo adotado pela Lei n.º 5/2008 não tem potencial para serem atingidos os propósitos da base de dados e obstaculiza a sua eficácia<sup>209</sup>.

### **3.3.3. A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro *versus* Código de Processo Penal: uma coexistência de regimes?**

A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, trouxe consigo novas expressões conceituais que a própria define no seu art. 2.º, designadamente «amostra-problema» e «amostra-referência», sendo a primeira a amostra sob investigação, cuja identificação se pretende obter e a segunda a amostra de uma pessoa já identificada e que é usada para comparação. Apesar do Código de Processo Penal não utilizar em momento algum estes conceitos, a verdade é que o conteúdo material dos mesmos está plasmado no n.º 1 do art. 171.º, dado que ao referir

---

<sup>206</sup> *Idem*.

<sup>207</sup> Neste sentido, *vide* MORGADO, Maria José, “Perigos e Certezas. Lei 5/2008 de 12 de fevereiro”, *op. cit.*, p. 158 e MONIZ, Helena, “Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal”, *op. cit.*, que, aliás, fez parte da comissão responsável pelo projeto que deu origem à Lei n.º 5/2008. PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, p. 29. Em sentido diverso, BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 117, consideram esta lei, na sua versão originária, equilibrada.

<sup>208</sup> SANTOS, Filipe [*et al.*], “A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização”, *op. cit.*, p. 108.

<sup>209</sup> *Idem*.

“por meio de exame a pessoas, dos lugares e das coisas, inspecionam-se os vestígios que possa ter deixado no crime (...)” está implícita a definição de «amostra-problema» e ao aludir “às pessoas que o cometeram (...)” fornece-nos a noção de «amostra-referência»<sup>210</sup>.

Não obstante esta correspondência a nível concetual, o regime estabelecido na Lei n.º 5/2008 difere a vários níveis do regime das perícias e dos exames previsto no Código de Processo Penal. Em primeiro lugar, a recolha de amostras biológicas no regime do CPP tem como intuito a comparação direta de perfis de ADN, enquanto a recolha de amostras no regime da Lei n.º 5/2008 tem como finalidade a comparação com perfis inseridos nos ficheiros da base de dados. Em segundo lugar, o CPP não define quem são os “visados” da recolha de amostras, pelo que parece possibilitar essa recolha em qualquer interveniente processual<sup>211</sup>, enquanto a Lei n.º 5/2008, no seu art. 8.º, só admite a recolha em arguidos, condenados em pena de prisão igual ou superior a 3 anos ou em arguido declarado inimputável a quem seja aplicada a medida de segurança de internamento. Em terceiro lugar, parece resultar do n.º 3 do art. 154.º do CPP que se o visado consentir na recolha de amostra, não é necessário despacho judicial<sup>212</sup>, enquanto o n.º 1 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008 exige despacho judicial quando a recolha é realizada em arguido<sup>213</sup>. Em último lugar, os perfis de ADN de arguidos obtidos nos termos do Código de Processo Penal, não podem ser inseridos no ficheiro provisório de perfis de arguidos, uma vez que apenas podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado. Não obstante, esses perfis de arguidos obtidos nos termos do CPP podem ser usados para efeitos de interconexão, de acordo com o previsto no art. 19.º-A, n.º 1, da Lei n.º 5/2008. Pelo contrário, os perfis de arguidos obtidos nos termos do n.º 1 do art. 8.º são inseridos no ficheiro provisório, no caso de o crime ser punível com pena de prisão igual ou superior a 3 anos e podem, posteriormente e mediante despacho do juiz de julgamento, transitar para o ficheiro de condenados, nos termos do art. 26.º, n.º 8, da Lei n.º 5/2008. Relativamente a este aspeto, Jorge dos Reis Bravo manifesta alguma indignação pelo facto de verificados os requisitos materiais, não se admitir a transição do perfil obtido nos termos do Código de Processo Penal para o ficheiro de condenados<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>211</sup> Nas palavras de Jorge dos Reis Bravo, “no âmbito do Código de Processo Penal, a «amostra-referência» pode obter-se de diversas formas. Desde logo, poderá ser colhida no suspeito, no arguido ou mesmo de terceiros (...)” *ibidem*, p. 19.

<sup>212</sup> Neste sentido, BRAVO, Jorge dos Reis, *Recolha de amostra, inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>213</sup> Inspiramo-nos em BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>214</sup> BRAVO, Jorge dos Reis, *Recolha de amostra, inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados*, *op. cit.*, pp. 23-24.



Devido a estas diferenças entre os dois regimes, com a entrada em vigor da Lei n.º 5/2008, que ocorreu poucos meses após as alterações ao Código de Processo Penal introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, suscitaram-se problemas hermenêuticos de compatibilização destes dois regimes legais, nomeadamente se a Lei n.º 5/2008 implicou uma alteração jurídico-material relativamente aos meios de obtenção de prova penal ou se não é de modo algum conflituante ou, por outro lado, é apenas suplementar do regime previsto no Código de Processo Penal<sup>215</sup>. Ou seja, discutia-se na doutrina e na jurisprudência se estes regimes são incompatíveis e reciprocamente excludentes ou se, pelo contrário, são regimes complementares.

Com efeito, surgiu uma corrente significativamente expressiva no sentido de que a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro derogava tacitamente o Código de Processo Penal, na parte que admitia a «comparação direta» de perfis de ADN no âmbito do processo, quer com o argumento de que esta é uma lei posterior ao Código de Processo Penal, pelo que vigoraria o princípio *lex posterior derogat legi priori*, quer propugnando que, sendo a Lei n.º 5/2008 um diploma que regula especificamente a criação e funcionamento de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e investigação criminal, esta é uma lei especial relativamente ao Código de Processo Penal que abarca uma multiplicidade de matérias, pelo que vigoraria o princípio *lex specialis derogat legi generali*<sup>216</sup>.

Segundo esta corrente doutrinária, deixaria de existir o regime da «comparação direta» de perfis de ADN, submetendo todas as comparações de perfis de ADN ao regime da Lei n.º 5/2008.

Em sentido oposto, Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal advogavam existir uma dualidade de regimes, visto que estes não são inconciliáveis nem se excluem, sendo, ao invés, regimes que coexistem pacificamente e que são até complementares. Deste modo, o raciocínio dos Autores baseia-se no seguinte: quando haja uma recolha de amostras biológicas para identificação e comparação de perfis de ADN com recurso aos perfis obtidos a partir de amostras-problema colhidas nesse mesmo processo, é possível proceder-se a uma comparação direta de perfis de ADN, não sendo necessário o recurso à base de dados para cruzamento dos perfis genéticos obtidos com os perfis dos ficheiros da base de dados, pelo

---

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>216</sup> MORGADO, Maria José, “Perigos e Certezas. Lei 5/2008 de 12 de fevereiro”, *op. cit.*, p. 156 e MILHEIRO, Tiago Caiado, *A intervenção judicial na Lei 5/2008*, disponível online em <https://www.cfbdadosadn.pt/estudosjurisprudencia/Documents/juiz%20e%20interven%c3%a7%c3%a3o%20na%20lei%20de%20base%20de%20dados%20de%20adn.pdf>, consultado a 16/10/2018.

que aplicar-se-á o regime previsto no Código de Processo Penal, mais concretamente o estatuído nos números 3 e 5 do art. 154.º e nos números 1 e 2 do art. 172.º, e não a Lei n.º 5/2008<sup>217</sup>. Isto significa que quando o próprio processo penal permite a recolha de amostras e uma comparação direta dos perfis genéticos obtidos, não se vislumbra fundamento para se recorrer à base de dados. Note-se, porém, que a resolução de um caso com recurso apenas à comparação direta não significa que, em caso de condenação do arguido, não se ordene a recolha de amostras para os efeitos do previsto no n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008<sup>218</sup>.

Pelo contrário, quando se trata de recolha de amostras biológicas que não demande apenas comparação direta de perfis e se afigura imprescindível o recurso à base de dados de perfis de ADN, aplicar-se-á o regime consagrado na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro<sup>219</sup>.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, o legislador fez cessar esta discussão doutrinária, por via da introdução do n.º 4 no art. 1.º da Lei n.º 5/2008, que consagra expressamente que “a presente lei não prejudica os regimes legais de recolha, tratamento e conservação de células humanas para fins de identificação civil e de investigação criminal em que não seja necessário recorrer à base de dados de perfis de ADN”<sup>220</sup>. Pelo que admite-se inequivocamente a coexistência de um regime comum de perícias de identificação genética, com base na comparação direta, previsto no Código de Processo Penal, com um regime específico em que é necessário o recurso à consulta e cruzamento de perfis dos ficheiros da base de dados, estabelecido na Lei n.º 5/2008.

Na perspetiva de Tiago Caiado Milheiro, a Lei n.º 5/2008 não é apenas a lei da base de dados, na medida em que esta contém normas<sup>221</sup> que não são neutras relativamente às normas processuais de comparação direta, pelo que essas normas devem ser aplicadas igualmente aos casos de comparação direta, através de uma interpretação conjugada e unitária entre todas elas, por não existirem fundamentos para a diferenciação<sup>222</sup>.

Por último, deixamos aqui somente uma nota característica do nosso Código de Processo Penal, que se consubstancia na falta de previsão de exames genéticos em massa (*Massenscreening* ou *Reihengentest*), ou seja, de recolhas voluntárias de material biológico

---

<sup>217</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., pp. 180-183 e BRAVO, Jorge dos Reis, *Recolha de amostra, inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados*, op. cit., pp. 24-25.

<sup>218</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 113.

<sup>219</sup> *Ibidem*, pp. 180-183.

<sup>220</sup> Sublinhado nosso.

<sup>221</sup> Tais como as normas estabelecidas nos artigos 9.º, 10.º, 11.º e 38.º, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

<sup>222</sup> MILHEIRO, Tiago Caiado, *A intervenção judicial na Lei 5/2008*, op. cit., p. 6.

num determinado grupo de indivíduos que partilham de uma ou mais características objetivas e que constitui um instrumento de investigação há muito utilizado na Alemanha (§81h do StPO<sup>223</sup>).

---

<sup>223</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit, p. 483.

## **Capítulo II- O paradigma da ponderação constitucional da utilização da base de dados genéticos para fins de investigação criminal**

### **1. A recolha de amostras biológicas em arguidos e a sua (in)compatibilização com o princípio da presunção da inocência e com princípio *nemo tenetur se ipsum accusare***

#### **1.1. Diferenciação entre o conceito de suspeito e o conceito de arguido**

Em primeiro lugar, é imprescindível estabelecer desde já a distinção entre dois conceitos que são frequentemente confundidos: o conceito de «arguido» e o conceito de «suspeito». Estes dois conceitos adquiriram recorte e estatutos autónomos com a Reforma Penal de 2007<sup>224</sup>.

O Código de Processo Penal, apesar de raramente fazer referência à designação «suspeito», auxilia-nos na sua definição ao mencionar na al. e) do seu art. 1.º que suspeito é “toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou nele participou ou se prepara para participar”.

Diferentemente, a lei não define o conceito de «arguido», referindo apenas que assume essa qualidade “(...) todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal” e que essa qualidade se mantém durante todo o processo, nos termos do art. 57.º, números 1 e 2, do CPP, sem esquecer que há situações tipificadas (*vide* artigos 58.º, n.º 1 e 59.º, do CPP) em que é obrigatória a constituição de arguido. Este estatuto concede um conjunto de direitos e deveres processuais, ao abrigo do disposto nos artigos 60.º e 61.º, do CPP, de onde destacamos a possibilidade de o arguido requerer as diligências que se lhe afigurarem necessárias, à luz da al. d) do n.º 1 do art. 61.º do CPP, mormente a faculdade de solicitar a recolha de amostras biológicas no seu corpo, que constitui uma prerrogativa especificamente prevista no n.º 1 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008.

Esta distinção não se revela indiferente no tema que nos ocupa, uma vez que presumimos que a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, acolheu o conceito de «arguido» reformulado pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto. Ora vejamos, na versão originária da Lei

---

<sup>224</sup> Operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

n.º 5/2008, o art. 8.º, n.º 1 dispunha que “a recolha de amostras em processo-crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º, do Código de Processo Penal”, enquanto a versão atual do mesmo normativo<sup>225</sup> dispõe que “a recolha de amostras em arguido em processo-crime pendente, com vista à interconexão a que se refere o n.º 2 do artigo 19.º-A, é realizada a pedido ou com consentimento (...)”.

Como resulta da letra da lei *supra* transcrita, a recolha de amostras biológicas em arguidos sempre foi possível<sup>226</sup>, sem prejuízo da alteração introduzida pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, relativa à interconexão do perfil de arguido com outros perfis da base de dados.

No entanto, tem-se levantado celeuma se será admissível a recolha de amostras em suspeitos em processo-crime pendente. À luz do disposto no art. 8.º, da Lei n.º 5/2008 parece não ser possível a recolha de ADN em suspeitos, para fins de investigação criminal, a menos que o indivíduo o faça no contexto de voluntariedade<sup>227</sup>. Nesse caso, o voluntário deverá ser advertido de que tal prova poderá servir para o incriminar no âmbito do processo-crime. Já no que concerne ao regime previsto do Código de Processo Penal, dele parece resultar a admissibilidade de recolha de amostras em suspeitos.

Recorde-se que, no sistema jurídico português, o suspeito não configura um sujeito processual, uma vez que ainda não foi formalmente constituído como arguido e não goza das prerrogativas concedidas pelo art. 61.º, do Código de Processo Penal. Assim sendo, Ana Paula Guimarães entende que as provas obtidas através de uma ingerência corporal do suspeito são, na verdade, provas provenientes de uma testemunha que é um mero interveniente processual, que tem o dever de responder com verdade e a obrigação de se apresentar à autoridade por quem tiver sido convocada<sup>228</sup>.

Durante a vigência da versão originária da lei, Tiago Caiado Milheiro já havia suscitado a questão se a Lei n.º 5/2008 veio impor a proibição de recolha de amostras em suspeitos, admitindo-a apenas após a constituição como arguido<sup>229</sup>. Debatendo-se sobre esta problemática, o Autor considera que o art. 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008 não regulamenta os

---

<sup>225</sup> Conferida pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto.

<sup>226</sup> O auto de colheita de amostras e de identificação em arguidos consta na Figura n.º 5 em anexo.

<sup>227</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I - A Prova Científica*, *op. cit.*, p. 397.

<sup>228</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN - Reflexões à luz da dignidade humana*, Porto: Universidade Portucalense, 2013. Tese de Doutoramento, p. 367.

<sup>229</sup> MILHEIRO, Tiago Caiado, *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal*, disponível online em <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20apel%20do%20Juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>, consultado a 16/10/2018, pp. 8-10.

casos das recolhas de amostras com consentimento, na medida em que somente exige a constituição como arguido nas recolhas de amostras pedidas por este e nas recolhas de amostras coativas. Com efeito, daqui retira a ilação de que, nas situações em que o suspeito presta o seu consentimento na realização da recolha de amostras biológicas, não é necessário a constituição como arguido<sup>230</sup>.

Por seu turno, Ana Paula Guimarães advoga que a obtenção de provas a partir do suspeito, para fundamentar a suspeita e para, de seguida, convolar formalmente o suspeito em arguido constitui um «embuste processual», na medida em que se proporcionaria ao Estado, através da pessoa do suspeito, uma prova que, de outra forma, não era possível e com ela legitimar-se-ia a categoria da suspeita fundada para a constituição de arguido do suspeito em causa<sup>231</sup>. Nas palavras da Autora, o efficientismo processual não deve prevalecer sobre a “matriz humanista e humanizante de que se alimenta a lei processual penal portuguesa”, dado que o eventual sacrifício da descoberta da verdade resultante da inadmissibilidade de recolha de amostras biológicas em suspeitos não se afigura problemático e, aliás, está em plena sintonia com a postura da nossa Lei Fundamental<sup>232</sup>.

Quanto a nós, inclinamo-nos para uma tese restritiva, sufragando o entendimento da referida Autora, uma vez que é inconcebível a recolha de amostras num indivíduo que é apenas suspeito, pois se não há suspeita suficientemente fundada para a constituição de arguido, logicamente também não haverá razões que justifiquem a ingerência corporal. Por outro lado, consideramos que a recolha de amostras para efeitos de determinação de ADN não é admissível em suspeitos, visto que o art. 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008 alude à qualidade e ao estatuto processual de arguido que, como vimos, não se confunde com a qualidade de suspeito. Por essa via de interpretação literal, concluímos que o legislador não pretendeu abarcar os meros suspeitos, se não tê-lo-ia feito expressamente<sup>233</sup>.

Deste modo, quando o visado não é arguido, o princípio da proporcionalidade implicará uma maior «excepcionalidade» da medida de ingerência no corpo humano<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>231</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, op. cit., p. 367.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>233</sup> Inspiramo-nos em MILHEIRO, Tiago Caiado, *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal*, op. cit., p. 9.

<sup>234</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, op. cit., p. 412.

## 1.2. Condição e estatuto processuais de arguido não condenado

Ao contrário do que sucede com algumas bases de dados europeias, a nossa lei não limitou a possibilidade de obtenção de perfis de ADN de arguidos a um determinado catálogo de crimes<sup>235</sup>. Ao invés, a lei impôs um controlo através de uma análise casuística. Assim, a recolha de amostras em arguido é permitida, embora com algumas restrições, nomeadamente a obrigatoriedade de um despacho judicial, no qual deverá ser avaliada a necessidade da sua realização, considerando o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado, de acordo com o preceituado no n.º 1 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. Deste modo, o juiz deverá ponderar as circunstâncias do caso concreto e proferir um despacho devidamente fundamentado, especificando os motivos de facto e de direito.

A título de hipótese meramente académica, podemos imaginar uma situação em que ocorre um furto de uma maçã em que o arguido deixou o caroço à porta do supermercado, após a ter comido. Perante este quadro fáctico, questionamo-nos se será admissível proceder à colheita de material biológico no arguido, com intuito de comparação com o perfil de ADN deixado no local do crime<sup>236</sup>. Colocados na posição do juiz e seguindo o percurso ponderativo que ele deve seguir, observando o princípio da proporcionalidade nas suas três vertentes (adequação, necessidade e proibição do excesso)<sup>237</sup>, bem como direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado, responderíamos que, *in casu*, a recolha de amostras biológicas seria desproporcional ao crime em causa e, conseqüentemente, desnecessária.

Por outro lado, não podemos olvidar que o arguido, que (ainda) não foi condenado, detém uma condição e estatuto processuais peculiares, pelo que a obtenção de matéria biológica com vista à determinação do seu perfil genético pode contender com o princípio da presunção de inocência do arguido, com o seu direito à não autoincriminação e com o direito ao silêncio corporal.

---

<sup>235</sup> MONIZ, Helena, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, op. cit., p. 32.

<sup>236</sup> Exemplo retirado de MONIZ, Helena, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, op. cit., p. 33.

<sup>237</sup> Esta divisão do princípio da proporcionalidade em três vertentes ou subprincípios (adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*) ocorreu por iniciativa do Tribunal Constitucional Alemão, no BVerfGE 30. Nas palavras de MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, (5.ª edição) Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 308, “o princípio da proporcionalidade decompõe-se nos três subprincípios da idoneidade ou adequação, da necessidade e da racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*. Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a *idoneidade* traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. (...) A *necessidade*, a necessidade do meio, significa que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, aquele que melhor satisfaz *in concreto* (...) a realização do fim (...). A *racionalidade* ou proporcionalidade *stricto sensu* equivale a justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativas (e não só qualitativos), de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos.”

O art. 32.º, n.º 1, da nossa Lei Fundamental<sup>238</sup> consagra o apelidado «princípio da plenitude das garantias de defesa»<sup>239</sup>, ao estabelecer que “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”. Esta é uma “expressão condensada de todas as normas restantes deste artigo”, ou seja, é uma fórmula ou uma cláusula geral que engloba todas as garantias de defesa que, mesmo que não estejam expressamente previstas nos números seguintes, decorrem do princípio da proteção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo penal<sup>240</sup>. Parafrazeando Gomes Canotilho e Vital Moreira, em “todas as garantias de defesa” engloba-se todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação<sup>241</sup>. Dada a desigualdade material entre a acusação e a defesa, só a concessão de garantias de defesa específicas é capaz de atenuar a desigualdade de armas. Deste modo, entendem estes constitucionalistas que a cláusula geral do n.º 1 do art. 32.º da CRP pode ser fonte autónoma de garantias de defesa<sup>242</sup>.

Concretamente no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, este surgiu na Revolução Francesa, em virtude da necessidade de limitar os abusos estaduais que emergiam no sistema inquisitório do *Ancien Régime*<sup>243</sup>.

Os constitucionalistas *supra* referidos apontam como conteúdo essencial do princípio a proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido, a preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo, a exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento, a não incidência de custas sobre arguido não condenado, a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares, a proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal, a natureza excecional das medidas de coação, principalmente as privativas da liberdade e, por fim, o princípio *in dubio pro reo*<sup>244</sup>. Assim, o princípio da presunção de inocência é uma garantia subjetiva e uma imposição dirigida ao juiz, dado que este tem de se pronunciar de forma favorável ao arguido, quando não lograr ultrapassar o patamar da dúvida razoável sobre os factos fulcrais para a

---

<sup>238</sup> Em consonância com o art. 11.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o art. 14.º, §2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, bem como com o art. 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o art. 48.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

<sup>239</sup> Expressão utilizada por RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>240</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, (4.ª edição revista). Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 516.

<sup>241</sup> *Idem.*

<sup>242</sup> *Idem.*

<sup>243</sup> BRAVO, Jorge dos Reis, “Direito ao silêncio corporal: significado crítico de uma metáfora em processo penal”, *Revista do Ministério Público*. Ano 39, N.º 155, 2018, p. 30.

<sup>244</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 518.



decisão da causa. Ora, este princípio está ligado ao princípio *nulla poena sine culpa*, uma vez que, se o juiz não estiver convencido sobre a existência dos pressupostos de facto, mas mesmo assim condenar o arguido, estará a violar o princípio da culpa. Destarte, os princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* constituem a dimensão processual do princípio jurídico-material da culpa<sup>245</sup>.

Com efeito, devemos ter presente que o princípio da presunção de inocência se aplica em qualquer fase processual, pelo menos a partir do momento em que o indivíduo assume a qualidade de arguido<sup>246</sup> e que este, mesmo após a sua condenação, se presume inocente até ao trânsito em julgado da decisão, por imposição do art. 32.º, n.º 2, da CRP.

A doutrina considera que a atividade probatória só é suficiente para abalar a presunção de inocência quando a prova exista, seja válida, lícita e suficiente para fundar a acusação<sup>247</sup>. No entendimento de Benjamim Silva Rodrigues, a admissibilidade da recolha de ADN em arguidos somente será aceite se não levar a um encurtamento ou violação das garantias de defesa expressamente previstas<sup>248</sup>. Destarte, o Autor considera que este meio de prova não contendrá com as garantias de defesa, sempre que ao arguido seja concedida a possibilidade de contraditar tal tipo de prova e colocar em causa o seu meio de obtenção<sup>249</sup>, uma vez que o arguido tem direito ao contraditório (art. 32.º, n.º 5, da CRP).

Aplicando o princípio ao tema em apreço, detetamos que o nosso sistema jurídico-penal prevê a recolha de amostras biológicas em arguidos que ainda não foram condenados e que, por conseguinte, se presumem inocentes. Mesmo que o n.º 1 do art. 8.º pareça ser cauteloso, ao prever a necessidade de existir um despacho judicial que pondere a necessidade da recolha de amostras, tendo em conta os direitos do visado, o certo é que, na prática, o Ministério Público, numa insaciável procura de material probatório, não raras vezes solicita ao juiz o despacho que ordena a recolha, que muitas vezes o profere sem ter conhecimento concreto e efetivo do processo e das reais necessidades da investigação. Ou seja, o exercício reflexivo e ponderativo, o percurso racional que o juiz deve percorrer à luz das regras da experiência e do princípio da proporcionalidade não é, na grande maioria das vezes, realizado, o que culmina na vulgarização da recolha de amostras biológicas em

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 519.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 516.

<sup>247</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I - A Prova Científica*, *op. cit.*, pp. 193-194.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>249</sup> *Idem*.

arguidos e conseqüente risco de, num futuro muito próximo, esta se tornar num efeito automático da instauração do procedimento criminal.

Acresce que a recolha de amostras em arguido e conseqüente inserção na base de dados de ADN traduz-se, na nossa perspetiva, numa flagrante violação do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que o juiz, para proferir despacho a ordenar a recolha, necessita de ter a convicção (ou pelo menos a expectativa) de que o perfil de ADN irá coincidir com o perfil obtido da amostra-problema e que, dessa forma, ficará provado que o autor do crime é o arguido sujeito à recolha de material biológico. No fundo, o juiz necessita de fazer uma espécie de pré-juízo, ainda antes de se confirmar se existem ou não indícios suficientes para acusar o arguido.

Por outro lado, a recolha de amostras biológicas parece-nos consubstanciar uma inversão do ónus da prova em detrimento do arguido, dado que nestes casos é o arguido que vai fornecer material probatório, proveniente do seu próprio corpo, cabendo-lhe um ónus que deveria recair sobre a acusação<sup>250</sup>. Por força do princípio da presunção de inocência, não cabe ao arguido o ónus probatório, no sentido de ter de demonstrar a sua inocência, tendo este, ao invés, o direito de contraditar as provas da acusação<sup>251</sup>.

Em sentido oposto, Artur Pereira entende que a recolha de amostras em arguido é uma medida adequada e proporcional, ponderadas as finalidades de realização da justiça e de defesa dos direitos e interesses individuais<sup>252</sup>.

No que concerne ao direito à não autoincriminação (*privilege against self-incrimination*), este deriva diretamente da ideia de liberdade e da presunção de inocência e é um direito autónomo que consta das garantias de defesa do arguido previstas no n.º 1 do art. 32.º da CRP<sup>253</sup>. A prerrogativa contra a autoincriminação traduz-se no direito de ninguém dever ser obrigado a contribuir para a sua própria inculpação. Saliente-se que não existe uma

---

<sup>250</sup> Note-se que o processo penal português é de estrutura acusatória, de acordo com a primeira parte do n.º 5 do art. 32.º da CRP, cabendo ao Ministério Público o impulso processual e a direção do inquérito, por força do princípio da oficialidade. Assim, a entidade que acusa e que julga são diferentes, sendo que o juiz só poderá julgar e decidir se previamente tiver sido proferida acusação pelo Ministério Público (ou pelo assistente, no caso de crimes particulares). Pelo que cabe ao Ministério Público o poder-dever de instaurar o procedimento criminal logo que adquira a notícia do crime, proceder à investigação dos factos, recolher indícios suficientes da prática do crime e do respetivo agente e, se for caso disso, deduzir acusação. Cfr. CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, (11.ª edição) Coimbra: Almedina, 2018, pp. 13-16.

<sup>251</sup> BRAVO, Jorge dos Reis, "Direito ao silêncio corporal: significado crítico de uma metáfora em processo penal", *op. cit.*, p. 30.

<sup>252</sup> PEREIRA, Artur, "Bases de Dados Genéticos", *op. cit.*, p. 110.

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp. 195-196.

verdadeira proibição de autoincriminação<sup>254</sup>, o que existe é uma garantia de não vulneração das prerrogativas de não autoincriminação<sup>255256</sup>.

No seio do TEDH, no §69 do aresto *Saunders v. United Kingdom*<sup>257</sup>, refere-se que o direito ao silêncio não é extensível ao uso de dados que se tenham adquirido coercivamente do arguido mas que existem independentemente da vontade do indivíduo, v.g. as colheitas de sangue e outros tecidos corporais com a finalidade de realização de análises de ADN<sup>258</sup>. Isto é, as intervenções sobre o corpo humano com fins de investigação criminal não estão protegidas pelo direito ao silêncio e à não autoincriminação. À luz desse entendimento, o arguido através do qual se obtém uma amostra biológica não está a fazer uma declaração contrária à presunção de inocência, visto que não se está a autoincriminar, pois em momento algum é obrigado ao reconhecimento de factos. Essa doutrina argumenta igualmente que a prova de ADN tem natureza neutra e consiste numa perícia de resultado incerto, na medida em que tanto pode conduzir à condenação como à absolvição do arguido<sup>259</sup>.

Com o devido respeito, não concordamos com a referida corrente doutrinária e com a posição sufragada pelo TEDH, uma vez que, na nossa ótica, na prova de ADN o arguido é o objeto material da obtenção do seu perfil genético e não sujeito da mesma. Para além de que não compreendemos como alguém que é sujeito a uma ingerência corporal não está a contribuir para a sua autoincriminação, principalmente nos casos em que a prova acaba por assentar unicamente na correspondência do perfil de ADN<sup>260</sup>. A submissão do arguido a uma ingerência corporal para determinação do seu perfil genético implica considerá-lo como uma coisa, o que de *per si* constitui uma violação da dignidade da pessoa humana e faz recair sobre o arguido o ónus de colaborar na obtenção de provas contra si mesmo, traduzindo-se numa forte redução do conteúdo essencial do direito à não autoincriminação<sup>261</sup>. No fundo, esta espécie de condutas pretende «colocar o corpo a falar» quando o titular desse corpo não o pretende fazer<sup>262</sup>.

---

<sup>254</sup> Até porque a confissão integral e sem reservas é admissível no nosso sistema jurídico (art. 344.º, do CPP) e consubstancia-se no mais comum elemento autoincriminatório.

<sup>255</sup> BRAVO, Jorge dos Reis, “*Direito ao silêncio corporal: significado crítico de uma metáfora em processo penal*”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>256</sup> Para mais desenvolvimentos sobre as vertentes do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, veja-se DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra Editora, 2009, pp. 19-22 e SILVA, Sandra Oliveira e, “O arguido como meio de prova contra si mesmo: Considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Vol. 10, Coimbra Editora, 2014, pp. 364-379.

<sup>257</sup> *Saunders v. United Kingdom* (1996), disponível online em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58009%22%5D%7D>.

<sup>258</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>260</sup> Seguimos de perto RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 399.

<sup>262</sup> *Idem*.

Assim, o princípio da presunção de inocência é como que um tronco do qual brotam ramos como o direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio, de onde emerge o que alguns Autores designam por «direito a calar o corpo»<sup>263</sup> ou «direito ao silêncio corporal»<sup>264</sup>.

Para Jorge dos Reis Bravo, “o corpo é a estrutura somática do desenvolvimento da personalidade individual que implica a relevância de múltiplos aspetos incorpóreos (...)”<sup>265</sup>. Na «sociedade de vigilância» em que vivemos é praticamente utópico pretendermos que o corpo fique protegido ou que haja uma tutela jurídica que resguarde o seu titular da devassa probatória que as tecnologias atuais possibilitam. O Autor entende igualmente que a possibilidade de produção de prova corporal pode vulnerar a integridade pessoal e pode contribuir para a autoincriminação do visado<sup>266</sup>.

Apesar de não existir um conceito legalmente densificado de «corpo», isso não constitui impedimento para suscitar os problemas jurídico-probatórios respeitantes ao corpo. “(...) sendo o corpo um dado omnipresente no processo-, podendo o Estado recorrer a um formidável arsenal probatório, é cada vez mais tentador a sua utilização (...)”<sup>267</sup>.

Em matéria de prova através do corpo, as implicações decorrentes do princípio *nemo tenetur* serão necessariamente distintas das implicações que emergem da salvaguarda do direito à palavra. Se parece não existirem dúvidas relativamente a uma proibição de produção de prova no caso de se atentar contra a voluntariedade de uma declaração confessoria, já no que respeita à produção de prova corporal, esta não encontra a mesma tutela intransigente que conhece a integridade da espontaneidade ou voluntariedade da confissão. Assim sendo, o direito ao silêncio corporal não tem efetivamente o mesmo alcance nem a mesma extensão do que o direito ao silêncio (da palavra).

O art. 61.º, n.º 6, al. d), do CPP prevê que sobre o arguido recai o dever de “sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente”. A questão que se coloca é: será que este dever abrange a sujeição a todo e qualquer tipo de provas legalmente admissíveis (art. 125.º, do CPP)? Alguma doutrina nacional entendeu que o arguido se deve sujeitar às diligências de prova não proibidas por lei<sup>268</sup>.

---

<sup>263</sup> Expressão utilizada por *ibidem*, p. 193.

<sup>264</sup> BRAVO, Jorge dos Reis, “Direito ao silêncio corporal: significado crítico de uma metáfora em processo penal”, *op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>265</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>266</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>268</sup> Neste sentido, *vide* MONTE, Mário Ferreira, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?”, *Revista do Ministério Público*. Ano 27, n.º 108, 2006, p. 255.

A conceção de um processo equitativo postula a procura da verdade material com respeito pela dignidade da pessoa humana. No entanto, consideramos que apenas a procura da verdade mediante provas obtidas de forma processualmente válida poderá cumprir o propósito constitucional<sup>269</sup>. A Diretiva da UE 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 09/03/2016<sup>270</sup> (relativa ao reforço de certos aspetos relativa da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal), veio acentuar que é de extrema relevância o estabelecimento de regras que possibilitem o respeito, na prática, pelo princípio da presunção de inocência, designadamente no que diz respeito às ingerências corporais probatórias.

Quanto a nós, comungamos do entendimento de Jorge dos Reis Bravo, no sentido de que atualmente se recorre ao corpo do arguido enquanto fonte de prova, o que pode culminar numa «confissão silenciosa» por parte do arguido visado<sup>271</sup>.

### **1.3. O destino do perfil obtido: necessária inserção na base de dados de perfis de ADN?**

No que concerne à inserção dos perfis genéticos de arguidos, na versão originária da Lei n.º 5/2008 era somente permitida a constituição de um ficheiro de perfis de ADN de arguidos condenados em pena de prisão igual ou superior a três anos, de acordo com a al. e) do n.º 1 do art. 15.º, inexistindo um ficheiro de perfis genéticos de arguidos. Isto significa que os perfis de arguidos não chegavam a integrar a base de dados, apenas eram inseridos num ficheiro autónomo e provisório, podendo ser comparados com os perfis obtidos a partir de amostras recolhidas nas vítimas ou nos locais do crime, referentes unicamente ao processo-crime em causa. Com o arquivamento do processo, absolvição ou a condenação em pena inferior a três anos de prisão, os elementos seriam destruídos. Em caso de condenação em pena igual ou superior a esse limite, os elementos seriam incorporados no ficheiro dos arguidos condenados.

---

<sup>269</sup> Comungamos da opinião de Mário Ferreira Monte no que diz respeito ao facto de não se dever considerar que só há realização da justiça quando a absolvição ou a condenação estão corretas, sob o ponto de vista da justiça material, mas sim quando a decisão tenha sido alcançada de modo processualmente válido e com o respeito pelos direitos fundamentais. Assim, tal como o referido Autor, observamos que um processo justo é acima de tudo um processo válido, sem ter havido desrespeito pelos direitos fundamentais, pois caso assim não fosse, não alcançaríamos nem a finalidade de realização da justiça e a descoberta da verdade material, nem a proteção dos direitos fundamentais *in ibidem*, pp. 253-254.

<sup>270</sup> Disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=PT>, consultado em 10/07/2019.

<sup>271</sup> BRAVO, Jorge dos Reis, "*Direito ao silêncio corporal*: significado crítico de uma metáfora em processo penal", *op. cit.*, p. 34.

Com efeito, surgiu a questão de saber por que razão a base de dados portuguesa não continha um ficheiro com os perfis genéticos dos arguidos, pois o nosso legislador inspirou-se nas bases de dados europeias que têm demonstrado a tendência para o seu progressivo alargamento e que todas elas incluem perfis de arguidos<sup>272</sup>. Para Artur Pereira, a não inclusão de perfis de arguidos na base de dados representava prejuízo para o desenvolvimento da investigação criminal, uma vez que impossibilitava relacionar o perfil do mesmo indivíduo em dois casos distintos<sup>273</sup>. Por outro lado, o Autor menciona que não existiam fundamentos para a inadmissibilidade de constituição de um ficheiro de perfis de ADN de arguidos, apenas o princípio da presunção de inocência, subjacente à Proposta de Lei n.º 144/X. Contudo, relativamente a este princípio, o mesmo Autor alega que a presunção de inocência do arguido estaria sempre salvaguardada se ficasse estabelecida a eliminação do perfil genético em caso de não condenação<sup>274</sup>, ou seja, o ficheiro seria provisório, e relembra que a base de dados também serve para afastar suspeições, dado que o n.º 1 do art. 8.º (na sua versão original) conferia ao arguido a possibilidade de demonstrar a sua inocência<sup>275</sup>. Argumenta, por fim, que a possibilidade de se ter que aguardar pela condenação definitiva do arguido atrasaria por vários anos o registo do seu perfil genético na base de dados, tornando-o inútil para muitos crimes que se encontrariam já prescritos<sup>276</sup>.

Após a insistente sugestão por parte de investigadores, a alteração operada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, introduziu a alínea g) ao n.º 1 do art. 15.º da Lei n.º 5/2008 e, conseqüentemente, os perfis genéticos dos arguidos passaram a integrar a base de dados.

Este novo ficheiro guarda provisoriamente a informação relativa a perfis de arguidos em processo criminal em que seja aplicável pena igual ou superior a três anos de prisão. Deste modo, coloca-se a questão de saber se é admissível a recolha de amostra em arguido num processo em que se investiga um crime a que seja aplicável pena inferior a três anos de prisão. Ora, atendendo à letra da lei, essa recolha parece ser admissível, pois o que a lei proíbe é a inserção no ficheiro provisório de perfis genéticos de arguidos num processo por crime a que seja aplicável pena inferior a três anos de prisão<sup>277</sup>, ou seja, o indicador “pena igual ou superior a três anos de prisão” é o critério para inserção do perfil no ficheiro a que

---

<sup>272</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, p. 33.

<sup>273</sup> PEREIRA, Artur, “Bases de Dados Genéticos”, *op. cit.*, pp. 110-111.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>275</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, pp. 33-34. No mesmo sentido, num entendimento ainda anterior à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, veja-se MONIZ, Helena, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *op. cit.*, p. 240.

<sup>276</sup> PEREIRA, Artur, “Bases de Dados Genéticos”, *op. cit.*, p. 111.

<sup>277</sup> Neste sentido, BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 183.

se refere a al. g) do n.º 1 do art. 15.º e não o critério para a recolha e interconexão<sup>278</sup>. Para Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, este entendimento parece estar em sintonia com o propósito da lei em autorizar apenas a recolha de amostra de condenados por crime a que seja aplicável pena igual ou superior a três anos de prisão, nos termos do art. 8.º, n.º 2<sup>279</sup>.

Por outro lado, com esta nova possibilidade de inserção dos perfis de arguidos na base de dados interrogamo-nos em que termos pode o perfil obtido ser interconexionado futuramente com outros perfis. Em resposta a esta previsível questão, a Lei n.º 90/2017 aditou um novo artigo – o art. 19.º-A –, referindo no art. 15.º, n.º 1, al. g), que os perfis de arguidos em processo pendente armazenados no ficheiro provisório apenas podem ser considerados para efeitos de interconexão nos casos previstos no art. 19.º-A. O que significa que o perfil genético do arguido pode ser cruzado com os perfis dos ficheiros relativos a amostras-problema para fins de identificação civil e/ou de investigação criminal, bem como com os perfis do ficheiro relativo aos profissionais que procedam à recolha e análise das amostras.

Questionamo-nos ainda se um perfil de arguido obtido para «comparação direta» é suscetível de ser cruzado futuramente com os perfis de outros ficheiros da base de dados.

Como referido no ponto 3.2., os perfis genéticos obtidos para «comparação direta» destinam-se principalmente a produzir efeitos probatórios no processo em que são extraídas as amostras e obtidos os perfis (no processo em curso ou em outro já instaurado), devendo ser destruídos logo que não sejam necessários, nos termos do art. 156.º, n.º 7, do CPP. Assim, a «comparação direta» parece não permitir o cruzamento do perfil do arguido com perfis da base de dados nos mesmos termos em que tal é admitido no art. 15.º, n.º 1, al. g), da Lei n.º 5/2008. No entanto, o n.º 1 do art. 19.º-A admite essa interconexão, fixando o mesmo regime para os perfis genéticos de arguido obtidos anteriormente (perfis obtidos para «comparação direta») e para os perfis obtidos nos termos do disposto no art. 8.º, n.º 1. O aludido normativo vai ainda mais longe ao permitir que essa interconexão de perfis dependa apenas de autorização da autoridade judiciária competente, que pode ser o Ministério Público, uma vez que a recolha da amostra e consequente obtenção de perfil já terá sido autorizada pelo juiz de instrução, nos termos dos artigos 154.º, n.º 2, e 172.º, do CPP<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>279</sup> *Idem*.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 186.

Por outro lado, *quid iuris* se o perfil do arguido conduzir à identificação do responsável que veio a ser condenado em pena de prisão igual ou superior a três anos? Neste género de situações, atendendo ao princípio da economia processual e por forma a evitar a sujeição do arguido ora condenado a uma nova recolha de amostras, afigura-se-nos que, se o perfil genético ainda se encontrar no processo, pode ser aproveitado para dar cumprimento ao disposto no art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008<sup>281</sup>.

De acordo com o disposto no art. 26.º, n.º 7, com exceção dos casos em que o processo criminal culmina numa condenação por crime doloso, com trânsito em julgado, em pena igual ou superior a três anos de prisão, os perfis de ADN dos arguidos e os respetivos dados pessoais são eliminados no termo do processo criminal, mediante despacho do magistrado competente ou, oficiosamente, no fim do prazo de prescrição do procedimento criminal. Pelo que durante todo este período temporal (não raras vezes extenso) os perfis dos arguidos ficam à disposição do sistema de interconexão e cruzamento.

Há Autores que consideram que não há nenhum instrumento jurídico comunitário ou internacional que estabeleça a proibição de inserção na base de dados perfis de ADN de arguidos não condenados, dado que se concede autonomia a cada Estado na conformação das suas legislações internas<sup>282</sup>.

Para Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, não há nenhuma objeção de índole constitucional que imponha a proibição de inserção em bases de dados de perfis de ADN de arguidos não condenados<sup>283</sup>.

Discordamos parcialmente da posição dos referidos Autores, na medida em que a inserção de perfis genéticos de arguidos não condenados na base de dados constitui, a nosso ver, uma restrição ao princípio da presunção de inocência do arguido, pelo facto do seu perfil de ADN integrar um ficheiro provisório da base de dados sem que haja uma condenação transitada em julgado. No entanto, esta restrição poderá ser eventualmente justificada em prol das necessidades da investigação criminal, desde que, cumulativamente, ao crime em causa seja aplicável pena igual ou superior a três anos de prisão, os perfis sejam interconectados somente nos casos previstos no art. 19.º-A e que, em caso de não condenação, o perfil genético e respetivos dados pessoais sejam oficiosamente eliminados

---

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>282</sup> Neste sentido, *ibidem*, p. 198.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 199.



da base de dados no termo do processo criminal, contrariamente ao que se encontra atualmente consagrado no art. 26.º, n.º 7, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

### **1.3.1. O destino do perfil obtido após decisão de arquivamento em caso de dispensa da pena ou de suspensão provisória do processo**

Aqui chegados, coloca-se a questão de saber se, em situações de arquivamento em caso de dispensa da pena ou de suspensão provisória do processo, o perfil genético do arguido é inserido ou, nos casos em que já se encontrava inserido, se permanece na base de dados. Este é um quesito que, apesar de nos parecer de uma imensa relevância prática, nunca foi especificamente examinado pela doutrina e jurisprudência portuguesas.

Tradicionalmente, as situações que admitem dispensa da pena são casos de ilicitude do facto e culpa do agente diminutas, em que não se justifica a aplicação de qualquer sanção penal, podendo o Ministério Público, na fase de inquérito, ao abrigo do princípio da legalidade aberta e desde que observados todos os pressupostos previstos no art. 74.º, do CP e do n.º 1 do art. 280.º do CPP, arquivar o processo<sup>284</sup>. No entendimento de Paula Marques Carvalho, nos casos de arquivamento do processo resultante de dispensa da pena, impõe-se a garantia constitucional da presunção de inocência do arguido<sup>285</sup>.

Saliente-se que a dispensa da pena é igualmente admissível em sede de julgamento, quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias e se verificarem os restantes requisitos previstos no art. 74.º, n.º 1, do CP. Assim sendo, o tribunal pode declarar o arguido culpado, mas não aplicar qualquer pena, pelo que desponta em nós a interrogação se esta é uma decisão condenatória, capaz de formar caso julgado<sup>286</sup>.

Para além disso, é importante notar que a decisão de arquivamento em caso de dispensa de pena, tomada no decurso da fase de inquérito, não está sujeita a registo criminal. Pelo contrário, se a decisão de dispensa da pena ocorrer em sede do julgamento, esta é sujeita a inscrição no registo criminal (art. 6.º, al. c), da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio)<sup>287</sup>.

Com efeito, e atendendo ao art. 8.º, n.º 1, *in fine*, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, consideramos que, nas situações de arquivamento em caso de dispensa de pena, não se

---

<sup>284</sup> Como nos ensina CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, op. cit., p. 303.

<sup>285</sup> *Idem*.

<sup>286</sup> Por motivos de extensão do presente trabalho e dado o seu objeto primordial, não iremos aprofundar a resposta a esta questão.

<sup>287</sup> CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, op. cit., p. 304.

vislumbra qualquer necessidade de recolha de amostras biológicas ao arguido e consequente inserção do seu perfil genético na base de dados.

Se eventualmente o perfil de ADN já estiver inserido na base de dados e o processo terminar com uma decisão de dispensa de pena, seja na fase de inquérito ou na fase do julgamento, defendemos que o perfil genético do arguido deve ser imediatamente eliminado da base de dados de perfis de ADN, dado que, se estamos perante um ilícito criminal de escassa gravidade e de culpa diminuta do agente, em que nem sequer se justifica a aplicação de qualquer sanção penal, parece-nos que também não subsistirão fundamentos atendíveis que legitimem a permanência do perfil genético do arguido na base de dados.

No que concerne à suspensão provisória do processo, esta surgiu no ordenamento jurídico português com o Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, com a missão de dar resposta à pequena e média criminalidade<sup>288</sup>. Assim, a suspensão provisória do processo é admissível em casos de crimes puníveis com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, com a concordância do juiz de instrução e desde que se verifiquem cumulativamente os requisitos previstos no n.º 1 do art. 281.º do CPP, mediante a imposição ao arguido de injunções e/ou regras de conduta.

As injunções poderão ser de cumprimento instantâneo (artigo 281.º, n.º 2, alíneas a) a c), 1.ª parte, do CPP) ou regras de conduta de cumprimento continuado (artigo 281.º, n.º 2, alíneas d) a l), do CPP)<sup>289</sup>. Note-se, porém, que, não obstante as injunções assegurem a realização do interesse público e se traduzam num sacrifício imposto ao arguido, estas não se consubstanciam numa verdadeira sanção penal<sup>290</sup>.

Caso o arguido cumpra as injunções e/ou regras de conduta impostas e se conclua pela inexistência de notícia da prática, no decurso do prazo da suspensão<sup>291</sup>, de crimes da mesma natureza, o Ministério Público arquiva o processo e este não pode ser reaberto, nos termos do art. 282.º, n.º 3. Destarte, o despacho de arquivamento produz caso julgado, gozando da tutela do princípio *ne bis in idem*<sup>292</sup>, o que se revela de extrema importância.

---

<sup>288</sup> PINTO, Rosa Margarida Maia Alves, "Suspensão provisória do processo: questões controvertidas", *Julgar*, 2018, disponível online em <http://julgar.pt/suspensao-provisoria-do-processo-questoes-controvertidas/>, consultado a 27/09/2019, p. 1.

<sup>289</sup> SILVA, Aida Ferreira da, "Suspensão provisória do processo- Incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual" in *Aplicação de Medidas de Coacção e Suspensão Provisória do Processo*, (1.ª edição) Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível online em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_MedidasCoacao.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_MedidasCoacao.pdf), consultado a 23/09/2019, p. 22.

<sup>290</sup> *Idem*.

<sup>291</sup> A suspensão provisória do processo não está sujeita a duração mínima, podendo ir até dois anos, salvo nos crimes de violência doméstica não agravados pelo resultado e nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado, casos em que pode durar cinco anos.

<sup>292</sup> SILVA, Aida Ferreira da, "Suspensão provisória do processo- Incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual", *op. cit.*, p. 24.

Para se proceder ao arquivamento devem ser realizadas as respectivas notificações, bem como promover o destino a dar aos objetos eventualmente apreendidos<sup>293</sup>. Ora, questionamo-nos se nesse momento é igualmente decidido sobre o destino a dar ao perfil genético do arguido, eventualmente obtido no âmbito desse processo.

Em nossa opinião, após o Ministério Público aferir o cumprimento integral das condições impostas e decidir-se pelo arquivamento do inquérito, chegou o momento de tomar posição sobre o destino a conceder ao perfil de ADN do arguido. No nosso ponto de vista, esta decisão pode ser tomada pelo próprio magistrado do Ministério Público, sem necessidade de confirmação judicial, uma vez que já existiu um controlo de legalidade por parte do juiz, no sentido da verificação dos pressupostos formais da suspensão e acerca da proporcionalidade das injunções e regras de conduta ao comportamento imputado ao arguido<sup>294</sup>.

Assim sendo, nestes casos de arquivamento por cumprimento, entendemos que o perfil genético do arguido, inserido no âmbito desse processo, deve ser totalmente eliminado da base de dados de perfis de ADN, procedimento este que deve ser alvo de uma verdadeira e eficaz fiscalização, por parte da entidade competente.

Acresce que o arquivamento pelo cumprimento deve ser registado na base de dados da suspensão provisória do processo<sup>295</sup>.

Ao invés, o processo prossegue se ocorrer uma de duas situações, a saber: se o arguido não cumprir as injunções e/ou regras de conduta a que estava adstrito ou se, durante o prazo de suspensão do processo, o arguido cometer crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado. Porém, é imprescindível salientar que a constatação de um incumprimento não tem como consequência automática o prosseguimento dos autos, na medida em que é necessário aferir se a conduta do arguido foi voluntária, culposa ou reiterada<sup>296</sup>. Por outro lado, no caso existir notícia da prática de crimes da mesma natureza, deverão os autos aguardar a decisão transitada em julgado, para que o Ministério Público possa decidir pelo arquivamento ou não do processo<sup>297</sup>.

---

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>294</sup> PINTO, Rosa Margarida Maia Alves, "Suspensão provisória do processo: questões controvertidas", *op. cit.*, p. 18.

<sup>295</sup> SILVA, Aida Ferreira da, "Suspensão provisória do processo- Incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual", *op. cit.*, p. 36.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>297</sup> *Idem*.

Entende-se que este instituto visa prosseguir as finalidades do art. 40.º, do Código Penal, designadamente a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade<sup>298</sup>, através da não estigmatização do agente.

Em conclusão, e atendendo à aplicabilidade prática destes institutos processuais no quotidiano dos tribunais portugueses<sup>299</sup>, afigura-se-nos que seria pertinente o legislador dedicar alguma atenção no que concerne à admissibilidade de inserção dos perfis genéticos na base de dados e ao destino daqueles que já se encontram lá inseridos, em situações de arquivamento em caso de dispensa da pena ou de suspensão provisória do processo.

## **2. As problemáticas suscitadas pela recolha de amostras biológicas em arguidos condenados para determinação do perfil do ADN**

### **2.1. A natureza jurídica da ordem de recolha de amostras biológicas em arguidos condenados: um novo efeito da sentença condenatória?**

Previamente à tentativa de escrutinarmos qual a natureza jurídica da ordem de recolha de amostras<sup>300</sup>, importa indagar qual o motivo que preside à consagração da recolha de amostras biológicas em arguidos condenados e quais os pressupostos para que seja admissível tal recolha.

Em primeiro lugar, atente-se que o arguido condenado já se encontra identificado, pelo que, em princípio, esta recolha não tem uma finalidade eminentemente investigatória, mas eventualmente uma finalidade preventiva. Referimos “em princípio”, uma vez que a recolha de amostras em arguidos condenados pode revestir-se de um interesse investigatório-probatório diferido, ou seja, o perfil genético do condenado irá ser inserido num ficheiro de perfis de ADN de condenados e só poderá ter implicações probatórias num momento posterior, mais concretamente quando se proceder à sua comparação com amostras-problema e a mesma resultar numa identificação<sup>301</sup>, conforme resulta da leitura conjugada dos artigos 8.º, n.º 2, 15.º, n.º 1, al. e) e 19.º, n.º 6, todos da Lei n.º 5/2008. Com efeito, a

---

<sup>298</sup> CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, op. cit., p. 310.

<sup>299</sup> Relatório síntese do Ministério Público 2018, disponível online em [http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio-sintese-mp\\_2018\\_portal.pdf](http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio-sintese-mp_2018_portal.pdf), p. 153.

<sup>300</sup> A recolha de amostras em arguidos condenados deverá ser precedida de prestação de informações ao visado, que se encontram na Figura n.º 6 em anexo. O auto de colheita de amostras e de identificação em condenados consta na Figura n.º 4 em anexo.

<sup>301</sup> Inspiramo-nos em BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 205.

lei prevê a inserção de perfis de ADN relativamente a um conjunto de indivíduos sobre os quais antevê interesse em registar a respetiva informação genética, para fins de investigação criminal, ainda que esse interesse seja diferido ou futuro<sup>302</sup>.

Em termos processuais, esta recolha situa-se numa fase pós-sentencial (após o trânsito em julgado da decisão), dado que a ordem de recolha apenas é exequível após o trânsito em julgado da decisão condenatória por crime doloso, em pena concreta de prisão igual ou superior a três anos. Deste modo, ocorre num momento posterior às fases processuais em que ocorre a produção de prova. Só assim não sucede se o perfil genético do arguido condenado vier a ser utilizado como meio de prova em sede de recurso de revisão (*vide* art. 449.º, n.º 1, alíneas c) e d), do CPP), designadamente com vista a demonstrar a inocência do arguido<sup>303</sup>.

### **2.1.1. Os pressupostos objetivos da ordem de recolha de amostras em condenados**

No que concerne aos pressupostos objetivos da ordem de recolha de amostras biológicas em arguidos condenados, é possível apontarmos cinco pressupostos essenciais<sup>304</sup>.

Em primeiro lugar, é necessário que não tenha existido um procedimento prévio de recolha de amostras, ao abrigo do art. 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008 ou nos termos do Código de Processo Penal.

Em segundo lugar, a ordem de recolha pressupõe que tenha sido proferida uma decisão condenatória por crime doloso, independentemente da modalidade do dolo.

Por outro lado, é imprescindível que essa decisão condenatória aplique como medida concreta da pena, no mínimo, três anos de prisão<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>304</sup> Neste âmbito, seguimos de perto os pressupostos apontados por BRAVO, Jorge dos Reis, "Perfis de ADN de Arguidos-condenados (O art. 8.º, n.os 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 20, N.º 1, Coimbra Editora, 2010, p. 112.

<sup>305</sup> Atente-se às situações em que o tribunal de primeira instância condena em pena de prisão igual ou superior a três anos e posteriormente há recurso em que a questão da recolha da amostra de ADN e sua inserção na base de dados nem foi colocada e o tribunal *ad quem* reduz a pena aplicada em primeira instância e refere na sua decisão "no demais mantém-se o decidido", não se pronunciando expressamente sobre a questão da recolha de amostras biológicas. Nestes casos, considerou o TRL no seu acórdão de 18/09/2018, relator José Adriano, que "não pode formar-se caso julgado acerca de uma questão relativamente à qual não houve pronúncia, clara e expressa. Tanto mais que, a diminuição da pena aplicada ao arguido tinha consequências directas quanto à verificação dos requisitos legais necessários à aludida recolha de ADN, a qual só é possível em caso de condenação em pena de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída. Isso implica que, da decisão proferida em recurso que reduziu a pena de prisão aplicada, o tribunal tinha que retirar de tal procedência as respectivas consequências, ao abrigo do disposto no artigo 403.º, n.º 3, do CPP."

Em termos de direito comparado, em França e na Alemanha foram estabelecidos catálogos de crimes, designadamente crimes sexuais, crimes contra a vida e contra a integridade física, para cumprimento da exigência da proporcionalidade. Não obstante, note-se que a evolução legislativa nesses ordenamentos jurídicos tende a ampliar a tipologia de crimes inicialmente definida, o que, para Helena Moniz, poderá ter justificado a opção do nosso legislador por um critério em função da pena concretamente aplicada, visando o mínimo concreto de três anos, por forma a abranger alguns crimes sexuais que são puníveis com pena inferior a cinco anos<sup>306</sup>. Outros países optaram pelo critério da pena abstrata aplicável, como é o caso da Holanda e outros ainda, tal como nós, optaram pelo critério da pena concreta.

O critério que está consagrado no direito português para a criminalidade violenta é o da pena de prisão igual ou superior a cinco anos, postulado no art. 1.º, al. j), do CPP. Pelo que, no entender de Paulo Pinto de Albuquerque, a recolha de amostras é “proporcional e necessária se disser respeito a crimes puníveis com pena igual ou superior a cinco anos (e punidos com pena efectiva superior a três anos de prisão) e se supuser a formulação pelo juiz da sentença de um juízo de ‘perigo de continuação criminosa’ do arguido”<sup>307</sup>. Com efeito, o mesmo Autor propugna que o n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, é inconstitucional por violação dos artigos 18.º, n.º 2 e 26.º, da CRP, na medida em que se aplique a arguido condenado pela prática de crime punível com pena de prisão inferior a cinco anos ou a arguido em relação ao qual não se tenha estabelecido na sentença o perigo de continuação da atividade criminosa<sup>308</sup>.

Em sentido distinto, Helena Moniz considera que não se deve remeter para o critério da criminalidade violenta, previsto na al. j) do art. 1.º do CPP, uma vez que o normativo junta dois critérios cumulativos para existir criminalidade violenta: um limite máximo da moldura abstrata e a caracterização do crime, não se baseia apenas na pena abstrata e que torna este critério muito mais restritivo do que o critério adotado pelo legislador de pena igual ou superior a três anos<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> MONIZ, Helena, “A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a coordenação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN”, *Revista do Ministério Público*. Ano 30, N.º 120, 2009.

<sup>307</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, p. 482.

<sup>308</sup> *Idem*.

<sup>309</sup> MONIZ, Helena, “Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal”, *op. cit.*, pp. 11-12.

A nosso ver, a inserção e permanência de perfis genéticos de condenados, que constituem dados sensíveis, supõe a eventual prática de crimes futuros, isto é, que ainda não aconteceram e que não se sabe se poderão efetivamente suceder. No fundo, o raciocínio subjacente à norma do art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, é que o sujeito, por ter delinquido, voltará a fazê-lo e que, por essa razão, deverá suportar permanentemente uma compressão do seu direito à reserva da vida privada e autodeterminação informacional, à presunção da inocência (note-se que esta deverá ser novamente garantida ao indivíduo mesmo após a condenação) e ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Destarte, a recolha de vestígios biológicos, tal como configurada na legislação atual, consubstancia uma medida restritiva de direitos fundamentais que, como tal, deverá preencher os critérios do art. 18.º, números 2 e 3, da CRP de idoneidade, necessidade e proporcionalidade.

Antes da Reforma Penal de 2007, era admissível a suspensão da pena de prisão no caso de pena de prisão até três anos. Isto significa que na altura em que foi elaborada a proposta de lei, vigorava esta norma, pelo que o legislador poderá ter-se baseado neste regime para definir o critério de inserção de perfis genéticos de condenados na base de dados<sup>310</sup>.

Para Helena Moniz, faria mais sentido que o critério de inserção do perfil na base de dados fosse em função do tipo legal de crime, dado que, na sua perspetiva, o perfil genético inserido na base de dados constitui um método oculto de investigação, pois ao cruzar-se o perfil com os perfis resultantes das amostras-problema, está-se a investigar sem que os indivíduos cujos perfis genéticos estão na base tenham conhecimento. Assim, a Autora faz um paralelismo com o regime das escutas telefónicas, concluindo ser preferível estabelecer-se um catálogo de crimes em que o perfil genético do arguido condenado poderia ser inserido na base de dados<sup>311</sup>, entendimento que subscrevemos na íntegra.

Ainda relativamente a este requisito, surge a questão de saber se esta pena pode corresponder a uma pena única, resultante do cúmulo jurídico. Não obstante o critério adotado pelo legislador no n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, que parece corresponder à pequena e média criminalidade, que exploraremos *infra*, consideramos que não é possível tratar-se de uma pena única<sup>312</sup>, visto que seria materialmente injusto. A injustiça material é notória no concurso de crimes menos gravosos, uma vez que, nestes casos, a pena concreta

---

<sup>310</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>311</sup> *Ibidem*, pp. 12-13.

<sup>312</sup> Em sentido idêntico, *vide* BRAVO, Jorge dos Reis, “Perfis de ADN de Arguidos-condenados (O art. 8.º, n.os 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *op. cit.*, p. 112.

individualmente considerada não chega, na maioria das vezes, aos três anos de prisão, logo o perfil genético do arguido condenado não seria inserido na base de dados. No entanto, ao realizar o cúmulo jurídico, cujo limite mínimo é a mais elevada das penas concretamente aplicadas e o limite máximo é a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, nos termos do art. 77.º, n.º 2, do Código Penal, a pena única pode facilmente atingir os três anos de prisão, culminando na inserção do perfil do arguido condenado na base de dados de perfis de ADN.

Acrescente-se que parece incontestável a admissibilidade da substituição da pena de prisão por outra reacção penal, mormente a suspensão da execução da pena de prisão<sup>313</sup>. A suspensão da execução da pena de prisão apenas é possível quando a pena de prisão aplicada seja em medida não superior a cinco anos e, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, o tribunal conclua que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, nos termos do art. 50.º, n.º 1, do Código Penal. Ora, sendo a ordem de recolha em arguidos condenados proferida após uma decisão condenatória que aplique uma pena de prisão igual ou superior a três anos, o legislador ao prever “ainda que esta tenha sido substituída” restringe logicamente esta ordem às situações de pena de prisão cuja medida concreta se situe entre os três e os cinco anos, uma vez que não é admissível a suspensão da execução de penas da prisão superiores a este limite. Destarte, o juiz deverá avaliar se, atendendo aos elementos *supra* enumerados, é possível decretar a suspensão da execução da pena. Esta apreciação judicial e os fundamentos da suspensão deverão constar da decisão condenatória, de modo a que sejam cumpridas as finalidades da punição.

Considerando o circunstancialismo descrito, bem como a *ratio* do instituto da suspensão da execução da pena de prisão, interrogamo-nos se o arguido condenado, que não carece de cumprir efetivamente a pena de prisão, merecerá a estigmatização de constar do ficheiro de condenados da base de dados de perfis de ADN<sup>314</sup>. A nosso ver, não faz qualquer sentido a inserção do perfil genético de condenados nos casos de suspensão da execução da pena de prisão e, por outro lado, denota falta de harmonização e de coerência dentro do

---

<sup>313</sup> Em sentido contrário, *vide* acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/10/2013, relator Castela Rio, em que se defende que a ordem de recolha de amostras não é aplicável à pena de suspensão da execução da pena de prisão por motivos de ordem intra-sistemática e extra-sistemática. Para mais desenvolvimentos sobre a suspensão da execução da pena de prisão, veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte Geral II – As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 337-358.

<sup>314</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, *op. cit.*, p. 241.



mesmo ordenamento jurídico<sup>315</sup>. Contudo, é facilmente inteligível o objetivo do legislador nesta sede, na medida em que, com a recolha de amostras em casos de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão, aumenta consideravelmente o número de perfis de ADN disponíveis para cruzamento de dados, com efeitos na prevenção da reincidência e promovendo a eficácia da base de dados<sup>316</sup>. Pelo que, na nossa perspetiva, o alegado espírito do legislador em estabelecer uma presunção de alarme social e de gravidade da infração com base na pena concretamente aplicada<sup>317</sup>, não é mais do que uma manobra para lograr alcançar um maior número de perfis de ADN para interconexão de dados e comparação com as amostras-problema e, conseqüentemente, surtir alguma eficácia da base de dados de perfis de ADN que, atualmente (e após nove anos de funcionamento), é escassa.

Apesar de não resultar expressamente da versão atual do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, julga-se que constituiu igualmente um pressuposto objetivo da ordem de recolha o trânsito em julgado da decisão condenatória, dado que os artigos 15.º, n.º 1, al. e), 19.º, n.º 3, al. c) e 26.º, n.º 8, do mesmo diploma fazem referência concreta ao trânsito em julgado. Aliás, a versão originária do preceito exigia expressamente o trânsito em julgado e a eliminação desta expressão é facilmente compreensível, uma vez a exequibilidade de qualquer decisão depende do seu trânsito em julgado, de acordo com o preceituado no n.º 1 do art. 467.º do Código de Processo Penal. De resto, este pressuposto afigura-se nos imprescindível para a observância do princípio da presunção de inocência.

Após termos procedido à enumeração dos pressupostos objetivos da ordem de recolha e alertado para alguns problemas que esses requisitos suscitam, concentrar-mos-emos em escrutinar qual é a natureza jurídica da ordem de recolha de amostras biológicas em arguidos condenados que, de resto, configura uma questão problemática na nossa doutrina e jurisprudência.

---

<sup>315</sup> Em sentido idêntico, ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 481, baseado no entendimento do Tribunal Constitucional Alemão (expresso no acórdão de 14/12/2000), advoga que, nos casos em que é aplicada pena de prisão suspensa na sua execução, não se verificam circunstâncias que justifiquem a recolha de amostra e a sua inserção na base de dados, uma vez que a suspensão da execução da pena pressupõe a inexistência de perigosidade do arguido. O mesmo Autor defende até a inconstitucionalidade do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, quando se aplique a arguido condenado em pena de prisão suspensa na sua execução, cfr. *ibidem*, p. 482.

<sup>316</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, op. cit., p. 243.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 242.

### 2.1.2. A natureza jurídica da ordem de recolha em condenados

Antes das alterações ao art. 8.º, n.º 2, operadas pela Lei n.º 90/2017, discutia-se se a ordem de recolha deveria ser determinada na sentença ou em decisão complementar. Com a referida modificação legislativa, o momento da ordem de recolha passou a ficar claramente estabelecido como sendo o da decisão condenatória<sup>318</sup>, o que parece significar que a ordem de recolha passou a ser um elemento essencial da sentença. Deste modo, o legislador deveria ter acrescentado este novo requisito da sentença no art. 374.º, n.º 3 ou, eventualmente, no art. 375.º, ambos do CPP, o que não o fez, desconhecendo-se se tal sucedeu por mero lapso ou propositadamente, dado que o Código de Processo Penal tem sofrido algumas modificações e a redação destes artigos não foi alterada. De qualquer das formas e atendendo à letra da lei “(...) é sempre ordenada na sentença”, no nosso ponto de vista, a ordem de recolha de amostras é um elemento essencial da sentença, que sempre poderá caber na al. c) do n.º 1 do art. 379.º do CPP, na medida em que a ordem de recolha de amostras em arguidos condenados é uma questão que o tribunal deve apreciar e tem necessariamente de se pronunciar sobre a mesma<sup>319</sup>. Pelo que a sua omissão implica a nulidade da sentença.

Aqui chegados, suscita-se-nos uma outra problemática relativamente à natureza jurídica da ordem de recolha de amostras. Como analisamos *supra*, é necessário o trânsito em julgado da decisão condenatória para ser exequível a ordem de recolha, o que constitui um entendimento unânime na doutrina. No entanto, a doutrina divide-se quanto à natureza jurídica desta ordem, dado que existe uma corrente que entende estarmos perante um efeito da sentença, outros consideram que é uma pena acessória, outros defendem que é uma imposição ou uma sanção.

A maioria da doutrina e jurisprudência nacionais tende a classificar a ordem de recolha e respetiva inserção na base de dados como um efeito da sentença condenatória (em pena de prisão de igual ou superior a três anos), emoras as qualificações oscilem entre estarmos perante um efeito substantivo, um efeito automático ou um efeito quase-automático<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 208.

<sup>319</sup> No mesmo sentido, veja-se o decidido no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19/12/2018, relator Luis Teixeira.

<sup>320</sup> AGOSTINHO, Patrícia Naré, “O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha de amostra biológica para inserção na Base de Dados- perspectivas”, *Revista do Ministério Público*. Ano 37, N.º 148, 2016, p. 44.

Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal advogam que este é um efeito substantivo da decisão condenatória, sendo que só o trânsito em julgado produz esse efeito<sup>321</sup>. No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque menciona que as normas do art. 8.º, números 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, configuram efeitos substantivos da sentença, subordinados ao art. 29.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, não se aplicando, por isso, a crimes cometidos antes da entrada em vigor da referida lei<sup>322</sup>.

Com efeito, esses Autores rejeitam que a ordem de recolha seja uma pena acessória, uma sanção administrativa, uma medida de segurança não privativa da liberdade, uma imposição, ou qualquer outra espécie de reação penal, dado que não comunga das características de nenhuma delas<sup>323</sup>.

Em sentido diverso, há quem entenda que esta medida é uma sanção, uma vez que a inserção do perfil genético na base de dados e a possibilidade de acesso ao mesmo configura um anátema para os arguidos condenados, ou seja, o acesso do Estado ao ficheiro de perfis de ADN de condenados consubstancia-se numa pena, estando subordinado aos princípios da culpa e da proporcionalidade<sup>324</sup>.

Outra via de enquadramento possível será considerar a ordem de recolha de amostras biológicas em arguidos condenados como um instrumento concebido para cumprir os princípios consagrados na lei, não tendo, por essa razão, autonomia material<sup>325</sup>.

Por seu turno, Patrícia Naré Agostinho propugna que a caracterização desta medida como um instrumento não está incorreta, mas afigura-se-lhe insuficiente. Assim sendo, a Autora atribui uma dupla natureza à ordem de recolha de amostras: a de instrumento e a de meio de prova, no sentido de que esta medida tem como principal finalidade a investigação criminal, ou melhor, tem como intuito primordial servir de meio de prova para processos futuros<sup>326</sup>.

O Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 333/2018, entendeu que a finalidade inerente ao n.º 2 do art. 8.º é a investigação criminal e não punir o arguido como uma sanção

---

<sup>321</sup> Neste sentido, BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 209. Na jurisprudência, este entendimento foi sufragado pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/10/2013, relator Castela Rio, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/C5759A8DFD1637F980257C1500551335>.

<sup>322</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, p. 482.

<sup>323</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 210 e 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, p. 47.

<sup>324</sup> AGOSTINHO, Patrícia Naré, "O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha de amostra biológica para inserção na Base de Dados- perspectivas", *op. cit.*, p. 44.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>326</sup> *Idem*.

adicional pelo crime que já vai condenado, ao referir que “o legislador vê na condenação em pena igual ou superior a 3 anos um critério que permite identificar os visados pela ordem de recolha de ADN como pessoas que já demonstraram capacidade para cometer uma infração de uma certa gravidade, o que não traduz, nem equivale necessariamente, à imposição de uma pena adicional pela infração por qual vai condenado”<sup>327</sup>.

Não obstante toda a discussão em torno desta questão, o legislador penal não solucionou o problema, dado que, com a Reforma Penal de 2007, não regulamentou adjetivamente o recurso ao ADN como meio probatório e, substantivamente, não a integrou nas consequências jurídicas do facto<sup>328</sup>. Nas palavras de Costa Andrade, “(...) contra o que poderia esperar-se e desejar-se e ao arrepio dos modelos seguidos por codificações homólogas, os autores da Reforma de 2007 silenciaram completamente os problemas suscitados pelas possibilidades de esclarecimento e de prova oferecidas pelo acesso ao ADN humano (...) Pela sua especificidade, tendo em conta as exigências de reserva de lei- com os corolários da 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 como o direito de autodeterminação informacional. (...)”<sup>329</sup>. Volvidos nove anos de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, o legislador continua sem interesse em regulamentar o recurso ao ADN no Código de Processo Penal e em solucionar as problemáticas inerentes à recolha de amostras biológicas em arguidos condenados.

Acresce que o regime do art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008 e a consequente inserção dos perfis de ADN de arguidos condenados na base de dados genéticos não respeita a presunção de inocência para o futuro<sup>330</sup>, uma vez que o facto de o perfil de ADN do condenado ficar a constar do ficheiro da base de dados previsto na al. e) do n.º 1 do art. 15.º, parte do (erróneo) pressuposto de que o indivíduo irá reincidir na prática de crimes, não lhe sendo concedida a presunção de inocência.

Cumprе ainda realçar que este regime não respeita igualmente o direito à não autoincriminação futura, na medida em que, após a inserção do perfil genético do condenado na base de dados, este será constantemente cruzado com perfis de amostras-problema, sem

---

<sup>327</sup> Acórdão do TC n.º 333/2018, pp. 19-20.

<sup>328</sup> BRAVO, Jorge dos Reis, “Perfis de ADN de Arguidos-condenados (O art. 8.º, n.os 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *op. cit.*, p. 112.

<sup>329</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão Passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 332.

<sup>330</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 199.

que o titular desse perfil tenha conhecimento. Se pensarmos num exemplo prático, caso um indivíduo tenha sido condenado a uma pena de prisão de oito anos, pela prática de um crime sexual, o seu perfil genético só será eliminado da base de dados vinte e três anos após a extinção da pena (art. 26.º, n.º 3, al. d), da Lei n.º 5/2008), o que significa que o seu perfil de ADN estará disponível para cruzamento durante aproximadamente trinta e um anos. Destarte, resulta inequívoco que o regime atualmente vigente poderá eventualmente culminar no facto de o condenado contribuir involuntariamente para a sua autoincriminação em processos futuros.

### **2.1.3. A inserção de perfis genéticos de condenados e o registo criminal: dois regimes análogos?**

Por outro lado, embora intimamente relacionada com a questão anterior, se considerarmos que a ordem de recolha é um efeito da sentença condenatória, interrogamo-nos se a inserção de perfis genéticos de arguidos condenados é equiparável ao registo criminal. O regime jurídico da identificação criminal está previsto na Lei n.º 37/2015, de 5 de maio, cujo art. 2.º, n.º 1, refere que “a identificação criminal tem por objeto a recolha, o tratamento e a conservação de extratos de decisões judiciais e dos demais elementos a elas respeitantes sujeitos a inscrição no registo criminal e no registo de contumazes, promovendo a identificação dos titulares dessa informação, a fim de permitir o conhecimento dos antecedentes criminais das pessoas condenadas e das decisões de contumácia vigentes”. Estabelece o mesmo normativo que as impressões digitais dos arguidos condenados também são objeto de recolha, como meio complementar de identificação, tal como sucede na recolha de amostras biológicas para determinação e posterior inserção do perfil de ADN na base de dados.

Uma decisão que aplique penas ou medidas de segurança está sujeita a inscrição no registo criminal, de acordo com o art. 6.º, al. a), do diploma legal *supra* mencionado. Sendo que apenas são inscritos no registo criminal extratos de decisões transitadas em julgado, nos termos do art. 7.º, n.º 2. Ao abrigo do disposto no art. 374.º, n.º 3, al. d), do CPP, constitui um requisito da sentença a ordem de remessa de boletins ao registo criminal, pelo que também esta ordem é um efeito da decisão condenatória. Com efeito, após o trânsito em

juízo da decisão, um extrato desta é inscrito no certificado do registo criminal do condenado.

Em Portugal, o perfil de ADN de arguidos condenados por crime doloso em pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, não vai constar na base de dados de perfis genéticos indefinidamente. Baseado no regime do registo criminal, em que após o cumprimento integral da pena e uma vez decorrido um certo lapso temporal o registo é limpo (cfr. art. 11.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio e art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro), também no âmbito da base de dados se optou por um critério muito idêntico de remoção dos perfis genéticos e correspondentes dados pessoais, atendendo ao disposto no art. 26.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. A lógica inerente a este critério parece ser: se o registo criminal é limpo, se se considera que o agente está reintegrado na sociedade, não faz sentido que o seu perfil genético continue a constar do ficheiro de perfis de ADN de pessoas condenadas<sup>331</sup>. No entanto, há um problema que muitas vezes é menosprezado, que se traduz no facto de a contagem do prazo para o perfil genético ser retirado da base começa a contar a partir do momento em que a pena se extingue e não a partir do momento em que o indivíduo sai da prisão. O que significa que mesmo que seja concedida ao condenado a liberdade condicional, esta ainda integra a execução da pena, pelo que só no final da liberdade condicional é que se inicia a contagem do prazo para a eliminação do perfil de ADN<sup>332</sup>. Na prática, se um arguido jovem tiver sido condenado a uma pena de prisão de oito anos, pela prática de um crime sexual, o seu perfil genético só será eliminado da base de dados vinte e três anos após a extinção da pena (art. 26.º, n.º 3, al. d), da Lei n.º 5/2008), o que culminará no facto de o seu perfil de ADN estar disponível para cruzamento durante grande parte da sua vida<sup>333</sup>.

De acordo com o estatuído no art. 13.º, n.º 1, da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio, "(...) os tribunais que condenem pessoa singular em pena de prisão até 1 ano ou em pena não privativa da liberdade podem determinar na sentença ou em despacho posterior, se o arguido não tiver sofrido condenação anterior por crime da mesma natureza e sempre que das circunstâncias que acompanharam o crime não se puder induzir perigo de prática de novos crimes, a não transcrição da respetiva sentença nos certificados a que se referem os n.os 5

---

<sup>331</sup> Seguimos de perto MONIZ, Helena, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, op. cit., p. 33. Em sentido convergente, cfr. BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 212, que apontam para a existência de um sistema indexado ao do registo criminal.

<sup>332</sup> MONIZ, Helena, "Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal", op. cit., p. 21.

<sup>333</sup> Inspiramo-nos em *idem*.

e 6 do artigo 10.<sup>o</sup><sup>334</sup>. Seguindo este raciocínio, também o juiz não deveria ordenar a recolha de amostras para efeitos de inserção do perfil genético na base de dados sempre que determina a suspensão da execução da pena de prisão, devido aos motivos que presidem a essa decisão.

## **2.2. A (não)automaticidade da ordem de recolha de amostras biológicas em arguidos condenados**

Intimamente ligada à problemática da natureza jurídica da ordem de recolha de amostras e obtenção do perfil está a questão de saber se tal ordem é ou não automática.

O tema da automaticidade da ordem de recolha de amostras biológicas em condenados foi intensamente discutido num período anterior às alterações introduzidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. Nessa altura, em que vigorava ainda a versão originária da Lei n.º 5/2008, Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal advogavam que da formulação literal do n.º 2 do art. 8.º retirava-se que a ordem de recolha se consubstancia numa consequência automática da condenação por crime doloso punido com pena de prisão igual ou superior a três anos: “Quando não se tenha procedido (...) é ordenada (...)”, assemelhando-se a uma relação de previsão-estatuição, que não concedia qualquer discricionariedade ao juiz para emitir ou não a ordem<sup>335</sup>.

Em escrito anterior à alteração da Lei n.º 5/2008, operada em 2017, Jorge dos Reis Bravo defendia que o art. 26.º, n.ºs 1, al. d), e 2, na sua versão originária, ao prever que, na sequência da condenação do arguido, com trânsito em julgado, o perfil de ADN e respetivos dados pessoais transitam para o ficheiro de amostras de pessoas condenadas (previsto no art. 15.º, n.º 1, al. e), configurava um caso de inserção automática na base de dados de perfis de ADN de arguidos condenados, na medida em que parecia “prescindir de qualquer critério de necessidade, conveniência, proporcionalidade e adequação”<sup>336</sup>. Outro argumento utilizado pelo Autor traduzia-se no facto de a eliminação de perfis de ADN e respetivos dados pessoais se efetuar na mesma data em que se procede ao cancelamento definitivo das

---

<sup>334</sup> Note-se que o cancelamento provisório das decisões não se confunde com a não transcrição da decisão nos certificados de registo criminal, conforme explicitado no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/03/2019, relator Cristina Branco.

<sup>335</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 211.

<sup>336</sup> 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. 48.

respetivas decisões no registo criminal, pelo que este sistema parecia estar indexado ao do registo criminal que, de resto, segue o princípio da automaticidade<sup>337</sup>. Por fim, o Autor alegava um fundamento que decorre do princípio da igualdade, na medida em que, na prática, não é possível que se imponham critérios uniformes que sejam observados por todos os julgadores<sup>338</sup>. Com efeito, Jorge dos Reis Bravo, bem como Celso Leal, preconizavam que vigorava a regra da automaticidade da ordem de recolha, existindo, no entanto, uma exceção a esta regra que seria quando, mediante requerimento do arguido, o juiz entendesse conveniente afastar a ordem de recolha de amostras<sup>339</sup>. Pelo que, na tese dos mencionados Autores, a ordem de recolha de amostras configura uma ordem judicial quase automática, que carece de fundamentação específica (em cumprimento da exigência constitucional expressa no art. 205.º, n.º 1, da CRP), não estando, deste modo, na inteira disponibilidade de um casuismo subjetivista do juiz, possivelmente violador dos princípios da igualdade e da legalidade, bem como do propósito de preenchimento da base de dados de perfis genéticos<sup>340</sup>.

Com um entendimento ligeiramente distinto, Inês Ferreira Leite inclina-se inequivocamente para a automaticidade desta medida, ao afirmar que se a recolha de material biológico em arguidos é meramente facultativa (devendo suceder quando haja necessidade para efeitos de prova ou mediante requerimento do arguido), já a recolha em condenados a pena de prisão igual ou superior a três anos é obrigatória, pelo que os juízes têm o dever legal de ordenar a recolha de amostras<sup>341</sup>.

Na perspetiva de Tiago Caiado Milheiro, a norma do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008 é imperativa, o que se retira da sua literalidade, pois menciona que a recolha de amostras “é ordenada”, após a verificação dos pressupostos formais<sup>342</sup>. Destarte, o Autor advoga que a norma não exige nenhum juízo de proporcionalidade, dado que esse juízo já foi realizado pelo próprio legislador. Isto é, o legislador, ponderando o direito à segurança e os direitos individuais do arguido, considerou ser adequado determinar a recolha de amostras em caso de condenação por crimes dolosos, cuja pena concreta é igual ou superior a três anos de prisão<sup>343</sup>. Por outro lado, o Autor invoca outro argumento interessante, na medida em que a

---

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>338</sup> *Idem*.

<sup>339</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 213.

<sup>340</sup> *Idem* e 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.*, pp. 50-52.

<sup>341</sup> LEITE, Inês Ferreira, “A nova base de dados de perfis de ADN”, *Boletim Informativo da FDUL-IDPCC*, Ano 1, Edição n.º 5, 2009, disponível online em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=XFmkf-Zy5pM%3D&tabid=622>, consultado a 23/01/2019, nota 16.

<sup>342</sup> MILHEIRO, Tiago Caiado, *A intervenção judicial na Lei 5/2008*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>343</sup> *Idem*.



necessidade de um juízo de proporcionalidade poderia gerar situações de desigualdade com aqueles arguidos em que a recolha se processou em fases anteriores e cujos perfis de ADN transitaram automaticamente para o ficheiro de pessoas condenadas<sup>344</sup>. Em suma, Tiago Caiado Milheiro entende que, verificados os pressupostos formais, o juiz de julgamento é obrigado a determinar essa recolha, sob pena de irregularidade<sup>345</sup>.

No mesmo sentido, Benjamim Silva Rodrigues preconiza que “(...) sendo condenado a pena concreta superior ou igual a três anos de prisão, ainda que substituída, o arguido será forçosa e automaticamente submetido a recolha de amostra para determinação dos seus perfis de ADN e inserção desses dados pessoais na respectiva base de dados (...)”<sup>346</sup>.

A perspetiva de Ana Paula Guimarães parece estar em consonância com a corrente que propugna a automaticidade da ordem de recolha, uma vez que considera que, após verificados os pressupostos de índole objetiva (que já exploramos no ponto 2.1.1.), é determinada judicialmente a inserção em ficheiro do perfil de ADN dos arguidos condenados, não sendo exigida uma fundamentação casuística<sup>347</sup>.

Em sentido diverso, Marta Botelho entende que a ordem de recolha de amostras e respetiva inserção na base de dados nunca pode ser automática, “antes haverá de encontrar respaldo na (...) pertinência da prova de ADN para aquele particular crime – considerando, em primeira linha, o bem jurídico violado pela conduta do agente – e na necessidade da disponibilização daquele perfil genético para servir fins de prevenção especial ou de investigação de outros crimes cometidos pelo mesmo agente”<sup>348</sup>.

A Comissão Nacional da Proteção de Dados também se manifestou no sentido da não automaticidade da ordem de recolha, no seu parecer n.º 18/2007, exigindo um despacho que fundamente a necessidade e proporcionalidade da recolha. “(...) a recolha de amostras apenas por ter sido condenado em mais de três anos de prisão efectiva, independentemente do tipo de crime cometido, independentemente da pertinência do ADN para esse tipo de crime, independentemente da necessidade desse registo para a prevenção especial ou para a investigação de outras infracções, parece ser uma decisão tomada com base

---

<sup>344</sup> *Idem*.

<sup>345</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>346</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, op. cit., p. 398.

<sup>347</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, op. cit., p. 241.

<sup>348</sup> BOTELHO, Marta Maria Madalena, *A utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico*, op. cit., p. 254.

exclusivamente num automatismo «cego» no que toca ao princípio da proporcionalidade (...)”<sup>349</sup>.

Por sua vez, Paulo Pinto de Albuquerque considera que a ordem de recolha de amostras e respetiva inserção do perfil genético na base de dados constituem efeitos substantivos da sentença condenatória, mas que não são efeitos automáticos da sanção principal, devendo a decisão sobre a recolha ser fundamentada (art. 97.º, n.º 5, do CPP) e é recorrível (art. 399.º, do CPP)<sup>350</sup>. Aliás, o Autor propugna que a automaticidade não se coaduna com os princípios da necessidade, proporcionalidade, adequação e igualdade, pelo que defende a inconstitucionalidade do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

Por outro lado, Helena Moniz alerta para um problema que nasce neste âmbito e que resulta do art. 30.º, n.º 4, da CRP, uma vez que o normativo menciona expressamente “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”. Assim, a Autora defende que o que se quis proibir com esta norma foi a consequência de as penas, automaticamente, só porque alguém foi condenado, terem um efeito de intimidação geral<sup>351</sup>. Por outro lado, a Autora invoca outro argumento para fundamentar a não automaticidade, afirmando que a razão básica que está por detrás da inserção de perfis na base é a ideia de perigosidade. Com efeito, conclui que não devemos ter um critério de inserção automática, mas sim um critério que avalie, entre outros fatores, a perigosidade do arguido condenado<sup>352</sup>.

Com as alterações ao art. 8.º, n.º 2, operadas pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, o momento da ordem de recolha passou a ficar claramente estabelecido como sendo o da decisão condenatória. Já anteriormente a esta alteração, Paulo Pinto de Albuquerque defendia que a decisão sobre a recolha de amostra e respetiva integração na base de dados compete ao juiz de julgamento, na sentença<sup>353</sup>. Para Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, da alteração à lei (“a recolha de amostras (...) é sempre ordenada na sentença”), resulta a

---

<sup>349</sup> Parecer da Comissão Nacional de Proteção de dados n.º 18/2007, p. 19.

<sup>350</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 482.

<sup>351</sup> MONIZ, Helena, “Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal”, op. cit., p. 14. Em sentido diverso, o Tribunal Constitucional (*vide* Acórdãos n.º 53/2011, 239/2008 e 132/2018) tem entendido que “o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, (...) não proíbe a consagração de penas que se traduzam na perda de direitos civis, mas sim que da simples condenação anterior o legislador retire automaticamente esse efeito, sem mediação do julgador (...). A competência atribuída ao juiz para determinar a medida afasta a sua configuração como “efeito necessário” da pena e, portanto, a pertinência na convocação do parâmetro contido no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição no julgamento da norma”.

<sup>352</sup> *Ibidem*, pp. 16-17.

<sup>353</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 482.

inequívoca natureza automática da ordem de recolha e a desnecessidade de fundamentação de tal ordem, não deixando margem de ponderação casuística ao juiz<sup>354</sup>.

A nível jurisprudencial, o entendimento quanto à (não) automaticidade da ordem de recolha de amostras biológicas também não é unânime<sup>355</sup>.

Na nossa ótica, afigura-se-nos que, atendendo aos motivos que presidiram à alteração do n.º 2 do art. 8.º e a sua nova redação, a ordem de recolha tem um carácter automático e um *timing* definido (na sentença condenatória), não dando margem ao julgador para ponderação da necessidade de inserção do perfil genético na base de dados. Até porque o legislador assistiu à discussão doutrinária em torno desta questão e, como tal, se pretendesse abrir uma brecha no sentido de consagrar a necessidade de ponderação e de fundamentação específica, tê-lo-ia feito aquando da alteração desta norma, mas não o fez.

Contudo, temos dúvidas se esta automaticidade da ordem de recolha de amostras biológicas levará em conta o imperativo de atuação estadual de *ultima ratio* e se observa o princípio da presunção de inocência e o direito à não autoincriminação futura, na medida em que a inserção de perfis de ADN de condenados assenta numa antecipação e presunção de culpa relativamente à prática de futuros crimes pelo indivíduo condenado, ou seja, baseia-se no pressuposto de «quem cometeu um crime uma vez, irá cometer outros»<sup>356</sup>.

### **2.3. Da (i)legitimidade de recolha coerciva de amostra biológica em arguidos condenados**

Aqui chegados, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre uma questão particularmente relevante no âmbito da recolha de amostras biológicas e que muito tem

---

<sup>354</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 214.

<sup>355</sup> No sentido do carácter automático da decisão, encontramos os acórdãos do Tribunal da Relação de Évora, de 15/05/2012, relator António João Latas e de 13/12/2011, relator Alberto João Borges. No que respeita ao Tribunal da Relação de Lisboa, insurgiu-se nesse sentido o acórdão de 05/05/2015, relatora Alda Tomé Casimiro. Relativamente ao Tribunal da Relação de Coimbra, veja-se o defendido no acórdão de 20/02/2019, relatora Brizida Martins. Em defesa da posição contrária, encontramos o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/10/2011, relator Agostinho Torres, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15/12/2015, cujo relator é Clemente Lima. O Tribunal Constitucional propugnou igualmente a não automaticidade da ordem de recolha, no seu acórdão n.º 333/2018, relatora Maria de Fátima Mata-Mouros, p. 19, ao mencionar que “a determinação da recolha de ADN ao condenado não surge imediatamente por “força da lei”. Com efeito, não deve ser ignorado que esta medida restritiva de direitos exige a intermediação do juiz, devendo ser por este ordenada ou afastada, nos termos do artigo 8.º, n.º 6, quando esta «se mostre desnecessária ou inviável». A recolha de amostras não decorre, pois, de forma imediata do trânsito em julgado da condenação em pena determinada”

<sup>356</sup> Inspiramo-nos em GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, op. cit., p. 242. Em sentido diverso, o Tribunal da Relação de Évora, no seu acórdão de 15/05/2012, relator António João Latas, entendeu que, não obstante a inserção de perfis genéticos de condenados assentar nesse pressuposto, a verdade é que o mesmo sucede com o regime do registo criminal e de toda a informação recolhida com base em antecedentes criminais dos arguidos, “sendo certo que nenhum ordenamento jurídico prescinde do registo criminal, das impressões digitais ou de bases de dados de perfis de ADN na descoberta de autores de crimes”.

dividido a doutrina e jurisprudência, que se traduz em saber se existe uma obrigação processual do arguido de se submeter à recolha de vestígios biológicos.

O problema ocorre quando, após a ordem de recolha de amostras, o arguido condenado se recusa a fornecer o seu material biológico, inviabilizando a determinação do seu perfil genético e respetiva inserção na base de dados. Perante esta recusa, urge indagar se a sujeição à intervenção corporal constitui uma obrigação processual, cujo cumprimento pode ser levado de forma coativa, seja através do uso da força, seja através de uma sanção por falta de colaboração, bem como se a ausência de cooperação constitui um indício incriminatório<sup>357</sup>. Este problema coloca-se quer no que respeita à análise de ADN, no momento e meio probatório, quer como efeito substantivo de uma condenação.

Em primeiro lugar, refira-se que a versão original da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, não nos auxiliava a solucionar esta problemática, na medida em que não fazia qualquer referência à consequência do incumprimento pelo condenado da ordem proferida nos termos do n.º 2 do art. 8.º do diploma legal mencionado *supra*<sup>358</sup>, não existindo, assim, um regime legal da recusa de arguido condenado. Perante esta lacuna, começaram a ser apontadas várias soluções que dependiam das diversas interpretações do disposto nos artigos 61.º, n.º 6, al. d), 154.º, n.º 3 e 172.º, n.º 1, todos do CPP.

No que concerne à doutrina portuguesa, esta dividia-se essencialmente em três correntes distintas, uma vez que alguns Autores admitiam a coercibilidade através da força física, outros consideravam-na completamente inadmissível e uma terceira tese que comparava a coercibilidade a uma cominação sancionatória, não admitindo, no entanto, o recurso à força física. Não obstante esta tentativa de agrupamento por correntes doutrinárias, existem algumas posições intermédias que não podemos olvidar.

Principiando pela corrente que admite o uso da força física na colheita de amostras em condenados, é profícuo referir o entendimento de Inês Pedroso da Silva, que não legitima a utilização da força física no art. 172.º, do CPP, uma vez que considera este dispositivo legal uma norma excecional, pois permite a restrição de direitos fundamentais e, como tal, o intérprete não pode utilizar a aplicação analógica desta norma para justificar a colheita

---

<sup>357</sup> Inspiramo-nos em RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, op. cit., p. 398.

<sup>358</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 483.

coerciva de ADN em condenados, dado que as normas excecionais não se coadunam com a aplicação analógica<sup>359</sup>.

Sem enveredar pelo caminho da analogia, a Autora considera que existe base legal para a admissibilidade da recolha coerciva em condenados, por força de uma interpretação extensiva, que justifica através de argumentos de diversa índole: um de ordem sistemática e outro de ordem material<sup>360</sup>. Assim, Inês Pedroso da Silva, numa altura em que vigorava a versão originária da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, erigiu um argumento de índole sistemática que se traduz no facto de, apesar o n.º 1 do art. 8.º da referida lei remeter para o art. 172.º, do CPP, relativo aos meios de obtenção de prova no âmbito de uma determinada investigação, o n.º 2 do art. 8.º remetia para o disposto no número anterior. O que, na sua perspetiva, significava uma ligação entre ambos e que no n.º 2 do art. 8.º se tratava de um meio de prova não para uma investigação em curso, mas para uma investigação futura<sup>361</sup>. No que concerne ao seu argumento de índole material, este concentra-se no *telos* inerente à base de dados de perfis de ADN: a prevenção da criminalidade e a viabilização de investigações futuras. Com este argumento, a Autora defende que o intuito que preside à recolha de amostras em arguidos (obter um meio de prova) também está subjacente à recolha de amostras em condenados, alegando ainda que “seria contraproducente que se fizesse depender a colheita do consentimento dos condenados para efeitos de inserção na base (...)”, pois nenhum condenado o permitiria<sup>362</sup>.

Não obstante admitir a recolha coerciva de amostras em condenados, Inês Pedroso da Silva admite que a coercibilidade colide com variados direitos fundamentais, pelo que propõe a respetiva compatibilização através do princípio da proporcionalidade e do princípio da justa medida, concluindo que, tendo em consideração a eficácia que a base de dados representa para a investigação criminal, os critérios de inclusão na base, os mecanismos de segurança e de fiscalização, a previsão de responsabilidade criminal, a destruição das amostras e eliminação dos dados respetivos, os requisitos de ambos os princípios se encontram verificados<sup>363</sup>.

Para Artur Pereira, em caso de ausência de consentimento, o juiz pode ordenar a recolha coativa de amostra biológica no corpo do arguido, ainda que o ilícito seja punível com

---

<sup>359</sup> SILVA, Inês Torgal Mendes Pedroso da, “A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos”, *op. cit.*, p. 177.

<sup>360</sup> *Ibidem*, pp. 178-179.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>363</sup> *Ibidem*, pp. 180-186.

pena inferior a três anos, após a ponderação da proporcionalidade, necessidade e adequação<sup>364</sup>. No que respeita à colheita em condenados, o Autor defende a recolha coativa, na medida em que se fosse inadmissível o recurso à força física, esvaziava-se de sentido o primordial objetivo do legislador em completar a base de dados de perfis de ADN.

Na perspetiva de Tiago Caiado Milheiro, baseado nos acórdãos do TC n.º 155/2007 e n.º 228/2007, propugna que através da Reforma Penal de 2007 e com a criação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, aliados à Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, existe suficiente habilitação e densificação legal para a recolha coativa de amostras biológicas<sup>365</sup>. No caso de o visado se recusar a permitir a recolha, o Autor considera que o visado deve ser advertido que a recusa consubstancia um crime de desobediência, previsto e punido no art. 348.º, n.º 1, al. b), do CP. Se esta advertência se revelar infrutífera, “poderá compelir-se o arguido para a recolha de amostras, mas o uso da força deve ser a que se revele adequada, proporcional, necessária e não excessiva, nunca podendo colocar em causa a dignidade da pessoa humana”<sup>366</sup>. Se, no caso em concreto, o juiz concluir que o uso da força ofende o princípio da proporcionalidade e da dignidade humana, Tiago Caiado Milheiro entende que o visado será sancionado com o crime de desobediência e que a recusa poderá ser valorada como indício sobre a sua culpabilidade<sup>367</sup>.

Em sentido distinto, Mário Ferreira Monte propugna que o dever previsto no art. 61.º, n.º 6, al. d), do CPP não significa que o arguido não se possa recusar à realização dessas diligências, quando estas sejam atentatórias dos seus direitos fundamentais. Assim, o Autor considera que este artigo pressupõe diligências que não forem proibidas por lei, não prevendo, portanto, um dever geral de sujeição, independentemente da legalidade ou não do meio de prova<sup>368</sup>.

De outro prisma, Benjamim Silva Rodrigues, já no quadro normativo *post* acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 155/2007 e n.º 228/2007, defende que inexistente dispositivo legal que permita a coação física com vista à recolha de material biológico para determinação do perfil de ADN, uma vez que o “(...) legislador português, com a Lei n.º 5/2008 não pretendeu “legitimar” a recolha coativa, contra a vontade do visado, de elementos biológicos com vista a posterior perícia de ADN”<sup>369</sup> e que este em lugar algum, de forma expressa e indubitável

---

<sup>364</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, p. 31.

<sup>365</sup> MILHEIRO, Tiago Caiado, *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal*, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>368</sup> MONTE, Mário Ferreira, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?”, *op. cit.*, p. 255.

<sup>369</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I - A Prova Científica*, *op. cit.*, pp. 403-404.

refere que a colheita de amostras pode ocorrer contra a vontade do visado, contrariamente ao que sucede com o legislador alemão<sup>370</sup>.

Por outro lado, o Autor menciona ainda que a recusa de sujeição à recolha, ou melhor, a falta de colaboração com a autoridade judiciária não implica qualquer presunção de culpabilidade do visado nem qualquer ónus probatório sobre o mesmo, visto que é absolutamente inadmissível no processo penal português a imposição de ónus da prova ao arguido e a presunção de culpa do visado, por manifesta incompatibilidade não só com a presunção de inocência, como também com o princípio da plenitude das garantias de defesa de que goza o arguido<sup>371</sup>.

Não obstante o teor da letra dos artigos 61.º, n.º 6, al. d) e 172.º, n.º 1, do CPP, Benjamim Silva Rodrigues advoga não existir um dever legal de sujeição a intervenção corporal, dado que o legislador não especifica o que se deve entender por “compelir” e que, por via do art. 126.º, n.º 3, do CPP, ficam postergadas as provas que impliquem a perturbação do direito à autodeterminação corporal, mesmo que com o consentimento do visado, pelo que percebe que o legislador entendeu que existem valores que se antepõem ao escopo de realização da justiça material<sup>372</sup>. Conclui o Autor que a *vis compulsiva* é inaceitável e materialmente inconstitucional<sup>373</sup>.

Face a estas conclusões, Benjamim Silva Rodrigues também resolve um outro entrave que se poderia colocar à sua teoria, que consiste no art. 6.º, da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto. Assim, o Autor propugna que esta norma deve ser interpretada restritivamente, devendo a expressão “ninguém pode eximir-se” significar “ninguém deve eximir-se”, em prol de uma cidadania colaboradora com a justiça<sup>374</sup>.

Acrescenta ainda o referido Autor que, à luz do atual paradigma da ponderação constitucional e legal, inexistente qualquer sanção legal para a não colaboração, na medida em que não há qualquer norma a cominar a recusa da intervenção corporal com crime de desobediência simples ou qualificada, nem se percebe qual autoridade ou funcionário poderia eventualmente efetuar tal cominação<sup>375</sup>.

---

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>371</sup> *Ibidem*, pp. 401-407. Em sentido claramente oposto, como expusemos anteriormente, MILHEIRO, Tiago Caiado, *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>372</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal - A Prova Científica*, *op. cit.*, pp. 404-405.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 406.

<sup>374</sup> *Idem*.

<sup>375</sup> *Idem*.

Por sua vez, Sónia Fidalgo explorou o significado da expressão “ser compelido” presente no art. 172.º, n.º 1, do CPP, e concluiu que o sujeito não tem o direito de recusar a recolha de material biológico e que a recusa pode fazê-lo incorrer num crime de desobediência<sup>376</sup>. No entanto, no que concerne à admissibilidade do recurso à força física em caso de recusa do visado, a Autora considera que, não obstante a redação do art. 6.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, “ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal (...)”, esta norma não se aplica à análise de ADN, pois percebe-se que não estamos perante um exame, mas perante uma perícia. Por outro lado, Sónia Fidalgo afirma que não podemos reconduzir a análise de ADN ao regime geral das perícias previsto no CPP ou ao regime específico das perícias médico-legais, uma vez que o regime consagrado no CPP não foi estabelecido a pensar nas análises de ADN e que a Lei n.º 45/2004 não tem normas específicas para as análises de ADN<sup>377</sup>. Pelo que, na sua ótica, para que se possa recorrer à determinação do perfil genético através do uso da força, com consequente restrição de direitos fundamentais, teria de existir uma lei que regulasse expressamente estas questões, em cumprimento do disposto no art. 18.º, n.º 2, da CRP<sup>378</sup>.

Seguindo um entendimento convergente, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos advogam que, embora a Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, não preveja expressamente qualquer consequência para a recusa de recolha, deverá considerar-se que ela consiste também na sua realização forçada. Porém, os Autores frisam que com a expressão «forçada» pretendem significar que as colheitas podem ser realizadas sob coação institucional ou ameaça de sanção, uma vez que as necessidades de prevenção, a eficácia do exame como meio de prova e a previsão legal da obrigatoriedade de sujeição a tal exame, de *per si*, não possuem força normativa suficiente para legitimar as diligências probatórias coativas quando estas incidem sobre o corpo da pessoa, pois o respeito pela dignidade intrínseca à condição humana “impõe que os «pedaços de si» não sejam obtidos à revelia da sua vontade”<sup>379</sup>.

No entendimento sufragado por Paulo Pinto de Albuquerque, “a recolha não pode ser imposta coercivamente, pois a norma excepcional do artigo 172.º, n.º 1, do CPP respeita aos meios de obtenção de prova e a recolha prevista na Lei n.º 5/2008 é já posterior ao trânsito

---

<sup>376</sup> FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *op. cit.*, p. 135.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>379</sup> DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, *op. cit.*, pp. 30-31.



em julgado”<sup>380</sup>. O que significa que, na sua perspetiva, só no âmbito da investigação criminal é admissível o recurso à força física, pois trata-se de uma medida excecional<sup>381</sup>. Assim sendo, o Autor considera que, em caso de recusa por parte do condenado, a única solução que resta ao tribunal é advertir para a eventual prática de um crime de desobediência, previsto e punido no art. 348.º, n.º 1, al. b), do CP. Concluindo com um apontamento que merece a nossa inteira concordância, que se consubstancia no facto de o exame coercivo ilegal poder gerar responsabilidade civil do Estado, bem como que o período de detenção do visado para a recolha coerciva é imputável nos termos do art. 80.º, n.º 1, do CP, por se tratar de uma privação da liberdade sofrida no processo e por causa dele<sup>382</sup>.

Em sentido idêntico, Patrícia Naré Agostinho defende que, não obstante o art. 172.º, do CPP aparentemente autorizar o uso da força, sendo por muitos considerada norma habilitante suficiente, seja por analogia ou por interpretação extensiva, as expressões empregadas pelo legislador nessa norma, face à divergência doutrinária e jurisprudencial, não se afiguram suficientes para se concluir que o uso da força está englobado nos casos e limites permitidos pela lei<sup>383</sup>. Acrescenta ainda que a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, não regula os casos de falta de consentimento do condenado na recolha de amostras nem consagra consequências para a recusa. Pelo que falta um pressuposto para a admissibilidade do uso da força que se consubstancia a falta de previsão legal expressa<sup>384</sup>. Nas palavras da Autora, “mesmo que se entenda que o uso da força está legitimado, nada se diz quanto aos seus pressupostos e limites, sendo as expressões utilizadas vagas e imprecisas, não cumprindo assim os requisitos de densidade normativa”<sup>385</sup>.

Por sua vez, a jurisprudência portuguesa também divergia quanto a esta questão<sup>386</sup>.

---

<sup>380</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, p. 483.

<sup>381</sup> Para o Autor (*ibidem*, p. 478), a recolha coativa de material biológico de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este tenha recusado a recolha, deve ser determinada por um juiz, uma vez que o n.º 2 do art. 172.º do CPP conjugado com o n.º 3 do art. 154.º do mesmo diploma restringe a competência fixada no n.º 1 do art. 172.º quando o visado não consente na colheita. Deste modo, se a recolha for determinada pelo Ministério Público, a prova obtida constitui prova proibida.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 483.

<sup>383</sup> AGOSTINHO, Patrícia Naré, “O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha de amostra biológica para inserção na Base de Dados- perspectivas”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>386</sup> Veja-se, por exemplo, as posições assumidas pelo mesmo tribunal e inclusivamente pelo mesmo relator nos acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 16/12/2008, relator Alberto João Borges e de 13/12/2011. No entanto, são muito escassos os acórdãos que se debruçaram sobre a (in)admissibilidade da recolha coativa de amostras biológicas em arguidos condenados. Sublinhe-se a traço espesso que, no que concerne a arguidos (ainda não condenados), a interpretação dos tribunais superiores relativamente às normas do art. 172.º do CPP e 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro tem sido no sentido da admissibilidade do uso da força. Vejam-se, a título exemplificativo, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 10/12/2008, relatora Maria Elisa Marques e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/08/2007, relator Vieira Lamim.

O panorama caracterizava-se por uma indefinição no plano normativo onde sobressaía a carência de uma norma a atribuir a reserva judicial da determinação de ingerências corporais probatórias sem o consentimento do visado. Com efeito, o Tribunal Constitucional, nos seus acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2007, expressou o entendimento de que a Constituição exigia a intervenção de um juiz para ordenar a recolha coativa de bioamostra para determinação de perfil genético. Ora, esta questão viria a ser resolvida pela Reforma Penal de 2007, através da alteração ao n.º 2 do artigo 172.º do CPP (pelo artigo 1.º, da Lei n.º 48/2007, de 4 de setembro), ao determinar expressamente a aplicação neste caso do disposto no artigo 154.º, n.º 2, do CPP. A partir desta alteração, em conjunto com a operada sobre as e alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 269.º do CPP, ficou esclarecido que as perícias e exames que contendessem com características físicas ou psíquicas das pessoas, em que o visado não prestasse o seu consentimento, eram da competência exclusiva do juiz de instrução criminal, respeitando assim a reserva do juiz constitucionalmente estabelecida no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição. Por conseguinte, com estas alterações ao CPP ficou assegurada a intervenção do juiz na determinação da recolha de ADN.

Cumprir realçar que todas as perspetivas que acabamos de referir surgiram anteriormente à alteração da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, operada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. Por via dessa alteração legislativa, a lacuna até então existente foi sanada pelo legislador ao consagrar no atual art. 8.º, n.º 4, que “[e]m 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 Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro”.

Destarte, e após a referida alteração operada em 2017, Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal preconizam que na recolha de amostras enquanto meio de prova durante a investigação criminal é admissível a coercibilidade, na medida em que existe habilitação normativa bastante para o uso da força física, designadamente os artigos 61.º, n.º 6, al. d), 154.º, números 1 e 3, 172.º, números 1 e 2 e 269.º, n.º 1, alíneas a) e b), todos do CPP, art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, bem como o art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro<sup>387</sup>. No que concerne à recolha de amostras em condenados, afirmam que a efetividade da ordem não pode depender do consentimento do visado, sob pena de se

---

<sup>387</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., pp. 220-223.

espoliar o desígnio do legislador de preencher a base de dados. Não obstante, os Autores discordam da solução que aponta para a cominação com a prática de um crime de desobediência, na medida em que, se um arguido no âmbito da investigação criminal pode ser coercivamente sujeito à recolha, não seria coerente aumentar as garantias de defesa relativamente a um arguido que já foi alvo de comprovação judicial da sua culpabilidade<sup>388</sup>.

No nosso entendimento, as ingerências corporais probatórias não consentidas violam, desde logo, a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, à integridade pessoal, à intimidade genética, ao silêncio corporal, bem como à não autoincriminação do visado. Não obstante a atual versão do art. 8.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2008, o legislador limitou-se a remeter para o art. 172.º, do CPP, não clarificando devidamente esta questão e, conseqüentemente, não logrou fazer cessar a querela doutrinal e jurisprudencial existente. Com efeito, mesmo que se entenda que efetivamente existe habilitação normativa suficiente para legitimar o uso da força física e que a competência do juiz exigida para ordenar a recolha da amostra de ADN, contra a vontade do visado, assegura as exigências constitucionais por se tratar de um ato restritivo de direitos fundamentais, as expressões utilizadas na nossa legislação afiguram-se vagas e imprecisas, gerando, por conseguinte, dúvidas de aplicação<sup>389</sup>, para além de que o ordenamento jurídico português em lugar algum refere quais são os pressupostos e os limites da recolha através do uso da força, não cumprindo, deste modo, os requisitos de densidade normativa exigidos para a restrição de direitos fundamentais.

Nesta sede, não podemos olvidar um dos primeiros ensinamentos do Direito Constitucional que nos diz que o ordenamento jurídico português se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado precisamente no primeiro artigo da nossa Lei Fundamental.

Como nos ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao basear a República na dignidade da pessoa humana, a Constituição explicita que esta terá de assentar em duas precondições: primeiro está a pessoa humana e só depois a organização política; que a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais. No fundo, a dignidade da pessoa humana é a trave mestra de sustentação e legitimação da República<sup>390</sup>. Assim, os mencionados constitucionalistas preconizam que “a dignidade da pessoa humana não é jurídico-constitucionalmente apenas um princípio limite. Ela tem um valor próprio e

---

<sup>388</sup> *Idem*.

<sup>389</sup> Neste sentido, SILVEIRA, Luís, “Proteção de dados pessoais e base de dados de ADN”, *op. cit.*, p. 149.

<sup>390</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 198.

uma dimensão normativa específicos. Desde logo, está na base de concretizações do princípio antrópico ou personocêntrico inerente a muitos direitos fundamentais (...). Por outro lado, alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades: os “deficientes”, os “criminosos”, os “desviantes”, têm a mesma dignidade da chamada “pessoa normal”. (...) A dignidade da pessoa humana pressupõe ainda relações de reconhecimento intersubjetivo, pois a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros”<sup>391</sup>.

Destes ensinamentos retiramos que a dignidade da pessoa humana é um valor inerente à própria pessoa, que é anterior ao reconhecimento dos seus direitos, mas que se entranha nestes, de tal modo que, mesmo quando estes sofrem restrições, estas não devem implicar a violação da dignidade humana<sup>392</sup>. Com efeito, a dignidade da pessoa humana é a única representação jurídica insuscetível de limitações e mais do que um direito, esta constitui o «direito fundacional» donde emergem os demais direitos<sup>393</sup>.

Aprofundando o direito à reserva da intimidade da vida privada, alguma doutrina e jurisprudência tem distinguido duas vertentes que se relevam fulcrais para o tema que nos ocupa: o direito à intimidade genética e o direito à intimidade corporal<sup>394</sup>.

No que concerne à primeira vertente apontada, é primordial determinar o conteúdo do termo «informação genética». Segundo o n.º 1 do art. 2.º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, os dados genéticos são o conjunto de informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas<sup>395</sup>. Assim sendo, os dados genéticos são dados pessoais, mais do que isso, são dados pessoalíssimos que, na nossa perspetiva, integram a mais reservada das três esferas: a esfera íntima. Segundo cremos, a recolha e processamento de material genético configura uma restrição do direito à reserva da vida privada, na sua vertente do direito à intimidade genética, por atentar contra a esfera íntima do indivíduo. Relativamente à divulgação das informações recolhidas através dos testes genéticos, a doutrina entende que

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, pp. 198-199.

<sup>392</sup> Como ensina OTERO, Paulo, “Dignidade da pessoa humana” in GOUVEIA, Jorge Bacelar e COUTINHO, Francisco Pereira (coord.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, op. cit., p. 116, “a dignidade da pessoa humana surge como um princípio sagrado, indiscutível e relativamente ao qual não se podem aceitar negociações ou cedências buscando consensos face a quaisquer outros valores ou princípios constitucionais: só a dignidade de pessoa humana limita ou condiciona a dignidade de uma outra pessoa humana, num equilíbrio em que, à luz de uma ponderação fundada numa justa intervenção do princípio da proporcionalidade, reconheça um espaço de convivência harmónica entre duas pretensões conflitantes e igualmente alicerçadas na dignidade da pessoa humana. O respeito pela dignidade da pessoa humana envolve a formulação de uma regra geral de resolução de conflitos ou casos duvidosos, preferindo-se sempre o sentido mais conforme ou que melhor reforce a tutela da dignidade humana- *in dubio pro dignitate*.”.

<sup>393</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 121.

<sup>394</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, op. cit., p. 947.

<sup>395</sup> É profícuo salientar que a informação genética não se confunde com a informação médica, uma vez que esta apenas diz respeito ao estado de saúde do indivíduo.

apenas existe crime de devassa da vida privada quando essas informações respeitem a doença grave.

Refletindo sobre a obtenção de material biológico, Vera Lúcia Raposo conclui que a proteção em termos absolutos do nosso material biológico é, nos dias de hoje, impossível<sup>396</sup>. No entanto, os exames de ADN acarretam um perigo enorme, na medida em que transportam um vasto leque de informações acerca do indivíduo, como as doenças de que já padeceu, aquelas que padecerá no futuro e as doenças genéticas existentes na família<sup>397</sup>. Pelo que, a recolha de ADN, o seu tratamento e armazenamento em bases de dados configuram uma forte restrição à intimidade genética. E mesmo que se tente tornar a restrição constitucionalmente admissível, através da utilização do ADN não codificante, da separação dos dados resultantes desse ADN, bem como através da destruição dos dados quando não se revelem necessários o direito à intimidade genética é, quanto a nós, sempre afetado, uma vez que existe uma difusão de informações sobre o nosso código genético sem habilitação legal bastante para se considerarem preenchidos os requisitos da restrição de direitos fundamentais previstos no art. 18.º, da CRP.

No que concerne ao direito à intimidade corporal, remetemos para as considerações efetuadas no ponto 1.2. do presente capítulo.

Em suma, o legislador português, em 2017, não logrou solucionar esta problemática, pelo que, perante a recusa do arguido em sujeitar-se à recolha de amostras, não restará outra alternativa às autoridades judiciais e aos órgãos de polícia criminal se não a ameaça com a prática de um crime de desobediência, previsto e punido no art. 348.º, do Código Penal.

### **3. A recolha de amostras biológicas em inimputáveis condenados em medida de segurança- um regime adequado?**

A inimputabilidade é um obstáculo à culpa, portanto o seu valor está para além das causas de exclusão de culpa<sup>398</sup>. O que significa que declarar o agente inimputável é declará-lo incapaz de culpa. Note-se, porém, que não há lugar a um juízo de inimputabilidade *tout*

---

<sup>396</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, *op. cit.*, p. 949.

<sup>397</sup> *Ibidem*, pp. 950-951.

<sup>398</sup> Como explica DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal- Parte Geral, Tomo I Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 526, “(...) a inimputabilidade constitui, *mais* que uma causa de exclusão, verdadeiramente um obstáculo à determinação da culpa (...)”.

*court*, isto é, o juízo de incapacidade de culpa não é em termos gerais, cinge-se apenas ao facto ilícito e típico *sub judice*, se não reconduzia-se à interdição civil.

Da interpretação do art. 20.º, do CP resulta que a declaração de inimputabilidade de um agente só é possível quando se encontrem cumulativamente preenchidos três pressupostos: pressuposto biológico, pressuposto normativo e pressuposto causal. Relativamente ao primeiro, é necessário que exista anomalia psíquica<sup>399</sup>, que constitui uma designação normativa e não científica, e que configura um conceito lato que engloba doenças mentais e perturbações do foro psíquico. Ou seja, é imprescindível a presença de uma patologia psíquica idónea a restringir a capacidade de determinação lícita. Quanto ao pressuposto normativo, este traduz-se na incapacidade de o agente, no momento da prática do facto, avaliar a ilicitude da ação ou de se determinar de acordo com essa avaliação. Assim, o facto ilícito não é emanção volitiva do agente, na medida em que, naquele momento, ele não controla os impulsos inelutáveis que a anomalia psíquica lhe provoca. Sucede que, o agente que padeça de anomalia psíquica pode ser inimputável ou não perante um facto ilícito-típico. Tudo dependerá da existência ou não de um nexo de causalidade entre a anomalia e o facto<sup>400</sup>.

O inimputável é insuscetível de ser objeto de um juízo de censura por ser incapaz de culpa, portanto não poderá estar sujeito à aplicação de uma pena, na medida em que esta tem como pressuposto inderrogável a existência de culpa<sup>401</sup>.

No entanto, a declaração de inimputabilidade não esgota o problema com que a sociedade se depara em face do portador de anomalia psíquica, que cometeu um facto ilícito típico. Com efeito, e atenta a impossibilidade de aplicação de uma pena criminal, a medida de segurança de internamento de inimputável é o mecanismo de resposta que o ordenamento jurídico faculta para a defesa da sociedade e tratamento do inimputável<sup>402</sup>.

Assim, o tribunal deverá questionar-se sobre a probabilidade de o inimputável, em razão da anomalia psíquica e por causa desta, repetir factos ilícitos semelhantes. Isto é, o tribunal deverá averiguar se o inimputável manifesta perigosidade, de modo a que a

---

<sup>399</sup> Nas palavras de DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibidem*, p. 525, "(...) ao menos nas suas formas mais graves, a anomalia psíquica destrói as conexões reais e objectivas de sentido da actuação do agente, de tal modo que os actos deste podem porventura ser "explicados", mas não podem ser "compreendidos" como factos de uma pessoa ou de uma personalidade. (...) o juízo de culpa jurídico-penal não poderá efectivar-se quando a anomalia mental oculte a personalidade do agente, impedindo que ela se ofereça à contemplação compreensiva do juiz. É a isto que, no fundo, chamamos inimputabilidade".

<sup>400</sup> Para mais desenvolvimento sobre os elementos da inimputabilidade, *vide ibidem*, pp. 530-539.

<sup>401</sup> CABRAL, Ana Sofia [*et al.*], "Da Psiquiatria ao Direito", *Julg.* N.º 7, 2009, p. 189.

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 191.

sociedade careça de proteção, na medida em que se, por um lado, não faz sentido punir, terá com certeza cabimento proteger e acautelar o futuro<sup>403</sup>.

O nosso Código Penal distingue medidas de segurança privativas e não privativas de liberdade, regulando as primeiras nas secções I a III do capítulo VII e as segundas na secção IV do mesmo capítulo. Relativamente às medidas de segurança privativas de liberdade, apenas regula a medida de segurança de internamento de inimputáveis em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança. Este internamento apresenta uma dupla natureza, uma vez que é destinado à ressocialização do agente através da sua cura, quando esta é possível, e durante o tempo em que se cumpre essa finalidade, cumpre-se igualmente a função de segurança<sup>404</sup>. A unificação jurídico-substancial das medidas de segurança de internamento justifica-se à luz da finalidade de evitar a repetição, no futuro, de crimes da mesma espécie pelo mesmo agente, e sobretudo à luz da circunstância de todas as medidas serem só aplicadas a inimputáveis em razão de anomalia psíquica<sup>405</sup>.

São três os pressupostos de que depende a aplicação de uma medida de segurança de internamento, de acordo com o n.º 1 do art. 91.º do CP: que o agente haja praticado um facto descrito num tipo legal de crime, que ele haja sido considerado inimputável, nos termos do art. 20.º, do CP e que, em virtude da anomalia psíquica e da natureza e gravidade do facto praticado, haja fundado receio que venha a cometer outros factos da mesma espécie.

Um dos requisitos para aplicação do n.º 3 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro é a declaração de inimputabilidade, sendo que da letra da norma resulta que fica excluída do seu âmbito de aplicação a inimputabilidade em razão da idade, prevista no art. 19.º, do CP, abarcando simplesmente a inimputabilidade em virtude de anomalia psíquica.

Relativamente aos inimputáveis que foram alvo de uma condenação, a lei optou por limitar a recolha de amostra biológica a inimputáveis a quem for aplicada medida de segurança prevista no art. 91.º n.º 2, do CP, que estipula “quando o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos, o internamento tem a duração mínima de três anos, salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social”. Isto parece significar que o legislador considera estes inimputáveis perigosos e o

---

<sup>403</sup> *Idem*.

<sup>404</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte Geral II- As Consequências Jurídicas do Crime*, *op. cit.*, p. 455.

<sup>405</sup> *Ibidem*, pp. 456-457.

critério por ele adotado baseia-se na equiparação do tempo de internamento à medida concreta da pena de prisão igual ou superior a três anos dos condenados imputáveis<sup>406</sup>.

Não obstante este paralelo com o tratamento dos imputáveis, o regime dos condenados inimputáveis é distinto do concedido aos condenados imputáveis, principalmente a dois níveis. Vejamos. Nos termos do art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, a condenação do arguido imputável pode suceder em virtude da prática de crimes dolosos de qualquer natureza. Por seu turno, no caso dos inimputáveis a exigência é bem mais restrita, na medida em que o n.º 3 do mesmo art. 8.º, ao remeter-se para o n.º 2 do art. 91.º do CP, limita a recolha de amostras aos casos em que o inimputável tenha praticado um facto qualificado como crime contra as pessoas ou crime de perigo comum, e que esses crimes sejam puníveis com pena de prisão superior a cinco anos<sup>407</sup>. Ou seja, existem aqui dois pressupostos cumulativos (espécie de crime e pena abstrata aplicável) que tornam as recolhas de amostras em inimputáveis mais restritas.

Um exemplo que evidencia esta diferença de tratamento é a condenação pela prática de um crime de furto simples (art. 203.º, do CP) por um indivíduo imputável e por um inimputável. Caso o imputável seja condenado na pena máxima de três anos de prisão, e por se tratar de um crime doloso, irá ser ordenada a inserção do respetivo perfil genético. Contrariamente, caso se trate de um inimputável, condenado nos mesmos termos, o seu perfil de ADN nunca iria ficar a constar da base de dados, uma vez que esta condenação não se enquadrava nos pressupostos do n.º 2 do art. 91.º do CP.

De facto, quem atenta exclusivamente no disposto nos números 2 e 3 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, não vislumbra qualquer diferença de tratamento, sendo a remissão operada para o Código Penal encapota esta desigualdade. Se o entendimento do legislador foi inserir na base de dados perfis genéticos de condenados pela prática de crimes correspondentes à criminalidade grave, não se afigura coerente o critério adotado no n.º 2 do art. 8.º da pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, como, aliás, já defendemos *supra*.

Por outro lado, a recolha de amostras em inimputáveis suscita outras celeumas às quais o legislador não deu resposta na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, nem mesmo com a alteração legislativa operada em 2017, nomeadamente quanto aos pressupostos formais da ordem de recolha e aspetos respeitantes ao modo técnico de recolha, o cumprimento das

---

<sup>406</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., pp. 224-225.

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 225.



obrigações de informação a que se refere o art. 9.º, da Lei n.º 5/2008, bem como o problema do consentimento e coercibilidade da recolha de amostra<sup>408</sup>.

No caso de ser ordenada a recolha de amostras e consequente inserção do perfil genético do inimputável condenado na base de dados surge ainda outro problema que não devemos olvidar. Ora vejamos, se o inimputável sofre de anomalia psíquica, em princípio terá dificuldade ou até mesmo impossibilidade de compreender o sentido e conteúdo da colheita de amostras biológicas no seu corpo. Com efeito, interrogamo-nos se os inimputáveis carecem ser processualmente representados no momento da recolha de vestígios biológicos.

Numa tentativa de escrutínio sobre o modo de representação processual dos inimputáveis, Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal apontam para várias soluções existentes no nosso ordenamento jurídico, como o regime estabelecido na Lei de Saúde Mental relativo ao consentimento, a nomeação de um curador provisório, bem como a nomeação obrigatória de defensor. Quanto à primeira solução, os Autores consideram ser de afastar, uma vez que o regime previsto na Lei de Saúde Mental é inconciliável com o espírito da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. No que concerne à segunda, os referidos Autores advogam que, caso o inimputável não tenha um representante legal, a nomeação de um curador provisório é uma “solução concebida preferencialmente para questões do foro civilístico”. Assim sendo, entendem que a nomeação obrigatória de defensor, nos termos do art. 64.º, n.º 1, al. d), do CPP, é tão importante que o legislador comina com uma nulidade insanável (art. 119.º, al. c), do CPP).

Nesta senda, questionamo-nos igualmente se a obrigação de informação ao visado é efetivamente cumprida, se o examinado padece de uma anomalia psíquica que, em princípio, o priva de ter capacidade de compreensão e de raciocínio.

Deste modo, concluímos que a presença de defensor é necessária e bastante para que se possa proceder validamente à recolha de amostra para determinação do perfil de ADN, dado que ninguém estará em melhores condições de assegurar os direitos do inimputável<sup>409</sup>.

Por último, no que concerne à questão do consentimento e da coercibilidade, surgem-nos inúmeras interrogações: será que os arguidos inimputáveis podem expressar um consentimento livre e informado e, assim, dispensar a intervenção de um representante? Será que o representante poderia suprir a impossibilidade de manifestação de vontade do

---

<sup>408</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>409</sup> *Ibidem*, pp. 226-227.

inimputável, prestando ou recusando o consentimento? Será reconhecida aos inimputáveis a prerrogativa de se oporem à recolha e, neste caso, estabelecia-se uma situação de desigualdade de tratamento para com os imputáveis?<sup>410</sup>

Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal advogam não se justificar qualquer diferenciação relativamente à posição prevista na lei quanto aos condenados imputáveis: a recolha coerciva das amostras biológicas terá necessariamente de se realizar pelos meios estritamente necessários e adequados à finalidade pretendida, com respeito pela dignidade da pessoa humana, não diferindo da colheita de vestígios em imputáveis, com exceção da exigência da presença do defensor, para este avaliar se o meio utilizado se revela necessário e adequado e se a recolha não viola os direitos fundamentais do inimputável<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>411</sup> *Ibidem*, pp. 227-228.

## **Capítulo III- O intercâmbio europeu de informações em matéria de prova genética e o direito à reserva da vida privada – uma dissidência compatível?**

### **1. O fenómeno da globalização da criminalidade: causas e efeitos**

A intensificação de fenómenos globais como a massificação das tecnologias de informação e comunicação, as migrações e a desterritorialização do crime, tornaram a criminalidade atual intercomunicativa, complexa e multicultural, capaz de atravessar fronteiras e intercepar nacionalidades. Num mundo globalizado, em que os agentes criminosos atuam em rede, assistimos a uma verdadeira «globalização do crime», vivendo num paradigma de criminalidade *post* estadual<sup>412</sup>.

Deste novo contexto cultural, social, político e económico emergiram novas formas de criminalidade, sobretudo no âmbito da criminalidade organizada internacional, designadamente o terrorismo, tráfico de estupefacientes, de armas, de pessoas ou de órgãos, de materiais químicos ou nucleares, corrupção e branqueamento de capitais<sup>413</sup>.

Com efeito, torna-se evidente que a mundialização do crime veio potencializar as ameaças aos bens jurídicos individuais e supraindividuais, provocando na sociedade o estado de insegurança, intranquilidade, sentimento de impunidade, indignação e de descrença nas instituições jurídicas<sup>414</sup>.

Os ataques terroristas em várias cidades europeias, como em Madrid, Londres, Paris ou Bruxelas, e os descritos sentimentos da sociedade vieram reclamar a dotação por parte dos Estados de meios adequados a contrariar essas realidades<sup>415</sup> e reacenderam nas agendas políticas dos Estados-membros da União Europeia a necessidade de aprofundar a cooperação transfronteiriça de natureza policial e judiciária.

A criminalidade altamente organizada coloca problemas muito graves às autoridades judiciárias de cada país, uma vez que, para lhes fazer frente, não bastam os meios

---

<sup>412</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 73.

<sup>413</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, op. cit., p. 281.

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 279.

<sup>415</sup> Nas palavras de LOUREIRO, Flávia Novosa - "A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI", in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo penal português*, Coimbra, 2009, p. 274, a denominada sociedade de risco (*Risikogesellschaft*) veio impor uma outra reflexão a nível sociológico e no âmbito das ciências criminais, chamando a atenção sobre uma panóplia de problemas que, relacionados com fenómenos tão vastos e complexos como a globalização, vêm preocupar os cidadãos e fazer com que estes exijam ao Estado um outro nível de intervenção.

habitualmente utilizados, sendo necessárias formas mais sofisticadas ao nível tecnológico e mais invasivas da esfera privada dos cidadãos<sup>416</sup>. Parafraseando Flávia Noversa Loureiro, “mais do que a criação de novos tipos delitivos ou a correcção ou alteração dos já existentes, o que está sobretudo em jogo para fazer face a este novo modelo de sociedade pós-moderna são os meios de que as autoridades podem dispor para investigar, prevenir e perseguir a diversificadíssima e tecnologicamente imaginativa nova vaga de criminalidade”<sup>417</sup>.

Assim sendo, começou a perceber-se que só com uma efetiva e solidária cooperação internacional seria exequível o controlo de tais fenomenologias, sob pena de total sucumbência dos Estados e dos seus povos aos ditames de grupos criminosos organizados<sup>418</sup>.

Nesta senda, emergiram diversas soluções normativas a nível internacional para alcançar o bem-estar coletivo, nomeadamente a criação da Interpol que, não obstante não se basear numa contratualização da cooperação policial ao nível estatal, é uma plataforma que facilita a partilha de informação, ferramentas e conhecimentos entre autoridades policiais, com o objetivo de se auxiliarem mutuamente<sup>419</sup>. Atualmente, a Interpol disponibiliza aos seus membros bases de dados genéticos e de impressões digitais e uma plataforma de permuta de perfis de ADN (*DNA Gateway*)<sup>420</sup>.

Destarte, obtiveram legitimidade no espaço público e político a implementação de redes e sistemas tecnológicos sofisticados, que visam a identificação e o controlo de indivíduos suspeitos<sup>421</sup>. A título de exemplo, é possível apontar a implementação de tecnologias de vigilância das populações e da sua mobilidade, como as fronteiras eletrónicas e a massificação da videovigilância, a vulgarização de processos de recolha e armazenamento de informação e o desenvolvimento do chamado *data mining*<sup>422</sup>. No fundo, a lógica de combate às fenomenologias criminosas globalizadas consiste no aproveitamento de bases de dados

---

<sup>416</sup> LOUREIRO, Flávia Noversa - “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, *op. cit.*, p. 276.

<sup>417</sup> *Idem.*

<sup>418</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>419</sup> MATOS, Sara [et. al.], “Criminalidade e Geopolítica da Ciência na União Europeia”, in *Atas do IX Congresso Português de Sociologia: Portugal, território de territórios*, Universidade do Algarve, 2016, disponível online em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/80741/1/Criminalidade%20e%20geopol%3%adtica%20da%20ci%3%aaancia%20na%20União%3%a3o%20Europeia.pdf>, consultado a 03/11/2019, p. 5.

<sup>420</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, p. 50.

<sup>421</sup> MATOS, Sara [et. al.], “Criminalidade e Geopolítica da Ciência na União Europeia”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>422</sup> *Idem.* A expressão «*data mining*», em português, mineração de dados, traduz o processo de análise da informação a partir de diferentes perspetivas e categorizações, com o intuito de relacionar e encontrar padrões, como regras de associação ou sequências temporais, para detetar relacionamentos sistemáticos entre variáveis.

informatizadas de grande escala<sup>423</sup>, propiciando a tendência «ocidental» de aumentar os meios de controlo por parte dos Estados sobre os seus cidadãos<sup>424</sup>.

No que concerne ao quadro de cooperação internacional do nosso país, existe um acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para reforçar a cooperação no domínio da prevenção e do combate ao crime, datado de 30 de junho de 2009 e aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 128/2011, de 31 de agosto, que abrange a troca de informações sobre dados dactiloscópicos<sup>425</sup>.

Refletindo sobre a nossa realidade atual, Figueiredo Dias propõe dois tipos de ponto de equilíbrio quando estiverem em causa interesses em conflito. Para a «criminalidade geral», mesmo quando seja grave ou muito grave, defende que todos os criadores de direito devem continuar no “caminho que vêm trilhando de afinamento da compatibilidade dos novos métodos de investigação e de obtenção da prova com os princípios constitucionais (princípio estrito da proporcionalidade, de autodeterminação pessoal, de reserva da vida privada, etc.) e os processuais penais (reserva de lei e de juiz, lealdade processual, suspeita fundada, contraditório, oralidade, imediação, entre outros)”. Porém, quando o que está em causa é a «nova criminalidade», nomeadamente, a criminalidade organizada e o terrorismo, Figueiredo Dias preconiza um diferenciado ponto de equilíbrio dos interesses conflitantes, uma vez que as “vítimas” reais e potenciais têm um direito indeclinável a uma protecção reforçada e, conseqüentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual”<sup>426</sup>.

A procura de soluções para esta problemática propicia diversas discussões em torno do movimento de «lei e ordem», do Direito Penal simbólico e do ressurgimento do punitivismo, que, em termos gerais, patrocinam o encurtamento e até a eliminação de direitos processuais que são absolutamente basilares do Direito Processual Penal, pelem por um direito substantivo severo, com novos tipos legais, agravamento das molduras penais, enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, aumento da repressão e alargamento da sua incidência ao regime de execução das penas<sup>427</sup>.

O fenómeno da criminalidade organizada, mormente o terrorismo, serviu de base para a implementação de uma «esquizofrenia belicista» do sistema penal integral, gerando a tese

---

<sup>423</sup> *Idem*.

<sup>424</sup> LOUREIRO, Flávia Novera - “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, *op. cit.*, p. 288.

<sup>425</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>426</sup> DIAS, Figueiredo, “Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 18, N.ºs 2 e 3, Coimbra Editora, 2008, p. 384.

<sup>427</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, *op. cit.*, p. 283.

da criação de um Direito Penal do inimigo<sup>428</sup>. O Direito Penal do inimigo é a negação do Direito Penal e assenta no quadro discursivo da existência de pessoas que, pela sua antijuridicidade constante ou elevada danosidade da sua conduta, são considerados como pessoas nocivas e perigosas à paz jurídica e social<sup>429</sup>. Estes indivíduos são designados de *hostis judicatus*, pois colocam em causa “ (...) a ordem e tranquilidade públicas estatais pela sua incorrigibilidade e periculosidade”.

Em 1999, Günther Jakobs defendeu que o Direito Penal do estado de Direito Democrático não é capaz de prevenir e combater a criminalidade organizada e principalmente o terrorismo<sup>430</sup>. Por outras palavras, o Autor advoga que o “Direito penal do cidadão é demasiado suave para defender a normatividade jurídico-criminal – e por conseguinte a tutela de bens jurídicos – face aos riscos futuros (...)”<sup>431</sup>. Pelo que os agentes da criminalidade organizada devem ser tratados como «não-pessoas», como inimigos<sup>432</sup>. Refira-se igualmente que a construção do Direito Penal do inimigo não se esgota na conceção material do Direito Penal, mas reflete-se igualmente no Direito Processual Penal e no Direito Penitenciário, concedendo um tratamento diferenciado mais severo, quer a nível material, quer a nível adjetivo, ampliando a criminalização de condutas potencialmente perigosas, restringindo direitos e garantias processuais do cidadão, retirando a qualidade de sujeito processual ao autor do crime (e reconduzindo-o à qualidade de objeto processual), com o propósito de combater de forma veemente determinadas condutas<sup>433</sup>.

## **2. A reação da União Europeia: políticas e medidas de intercâmbio e conservação de dados de ADN**

Na investigação criminal privilegia-se a procura do elemento corporal («pegada», *fingerprint* ou vestígio) deixado no *locus delicti*. Pelo que o recurso às novas tecnologias de informação, como a base de dados de ADN, é primordial, não só em termos preventivos, como repressivos, na medida em que permitem extrair elementos informativos através dos vestígios, que são essenciais na identificação dos agentes criminosos<sup>434</sup>.

---

<sup>428</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O «progresso ao retrocesso»*, (2.ª edição portuguesa), Coimbra: Almedina, 2018, p. 142.

<sup>429</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>430</sup> *Idem*.

<sup>431</sup> *Ibidem*, pp. 134-135.

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>433</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o tema, vide *ibidem*, pp. 134-140.

<sup>434</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, *op. cit.*, p. 298.

Com a intensificação das fenomenologias criminosas à escala global, começou a entender-se ser crucial a cooperação interestadual, com o estudo e análise partilhados das informações resultantes das bases de dados de perfis de ADN, bem como das bases de dados dactiloscópicas, pelas autoridades dos diversos Estados-membros, com o intuito de dar resposta ao flagelo da criminalidade organizada e transnacional.

Com efeito, em 10 de fevereiro de 1992, o Comité de Ministros do Conselho da Europa, na sua Recomendação n.º R (92) 1<sup>435</sup> sobre a utilização do ADN no sistema de justiça penal, impulsionou a cooperação judiciária europeia em matéria de prova genética, uma vez que exortou os Estados-membros a institucionalizarem o uso de análises de ADN com finalidades de investigação criminal, bem como a adoção de sistemas de armazenamento de amostras biológicas, isto é, de biobancos e de sistemas de armazenamento dos perfis genéticos, ou seja, bases de dados de perfis de ADN. Por outro lado, esta Recomendação alertava para a necessidade de adoção de medidas destinadas a garantir a eliminação dos resultados da análise de ADN e as informações obtidas, quando já não se revelassem necessários para os fins para que foram utilizados. No entanto, a referida Recomendação aludia à possibilidade de armazenamento dos perfis genéticos respeitantes a pessoas condenadas por crimes contra a vida, integridade ou segurança das pessoas, sendo que, nestes casos, os períodos de armazenamento deveriam ser definidos pelo ordenamento jurídico de cada Estado-membro.

Conforme vimos *supra* (vide 3.1. do Capítulo I), as bases de perfis de ADN surgiram com a NDNAD (*National DNA Database*) em 1995, seguido pela Holanda e a Áustria em 1997, após o que foram criadas na maioria dos Estados-membros, maioritariamente vocacionadas para a inserção e armazenamento de perfis genéticos de pessoas condenadas ou acusadas e perfis de amostras-problema, recolhidas para fins de investigação criminal e de identificação civil<sup>436</sup>.

Assim sendo, importa mencionar, por ordem cronológica, os vários esforços da União Europeia no sentido de dotar os ordenamentos jurídicos nacionais de uma certa harmonização, como a uniformização e certificação de *kits* de marcadores de ADN, procedimentos analíticos, credenciação de entidades laboratoriais, pressupostos de admissibilidade, competência, entre outros<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> Recomendação n.º R (92) 1, de 10 de fevereiro de 1992, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, disponível *online* em [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804e54f7](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804e54f7), consultado a 25/10/2019.

<sup>436</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>437</sup> *Ibidem*, pp. 80-81.

Desde logo, em 1997, o Conselho da Europa, na sua Resolução n.º 97/C 193/02, de 9 de junho<sup>438</sup>, relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN, recomendou aos Estados-membros a criação de bases de dados dotadas de compatibilidade e interoperabilidade entre si, tendo em vista o futuro intercâmbio dos resultados das análises de ADN. O intercâmbio assentaria numa rede de bases de dados nacionais de ADN, compatíveis entre si, devendo limitar-se aos dados de ADN que pudessem indicar se uma pessoa consta de um ficheiro ou se pode estar relacionada com alguns dos indícios de um crime. Numa segunda fase, quando estivessem reunidas as condições para troca de resultados de análises de ADN entre os vários Estados, pretendia-se a criação de uma base de dados europeia de ADN<sup>439</sup>. Esta resolução foi posteriormente complementada pela Decisão n.º 2001/C 187/01, de 25 de junho, a qual especificava os procedimentos de harmonização das análises de ADN e das permutas de dados<sup>440</sup>.

Por outro lado, a criação da Europol era uma exigência de eficácia, aprofundamento e expansão da cooperação policial, num espaço geográfico em que o sistema criminal está assente em princípios comuns, de defesa dos direitos humanos e de garantia de um processo equitativo. No entanto, a sua atividade encontra-se condicionada pelos órgãos parlamentares da UE e ainda não possui instrumentos capazes de responder a todos os desafios que o combate a uma criminalidade mais intensa, fluida e invasiva exige<sup>441</sup>.

É igualmente profícuo destacar a Resolução n.º 2001/C 187/01, do Conselho, de 25 de junho de 2001<sup>442</sup>, também relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN que, com o intuito de facilitar o intercâmbio destes resultados, convidou os Estados-membros a utilizar, na análise e tratamento de ADN para fins judiciais, pelo menos os sete marcadores de ADN enumerados na lista constante do anexo I da mencionada Resolução, designados *European Standard Set*. Esta série de marcadores de ADN foi posteriormente ampliada para doze marcadores, por via da Resolução n.º 2009/C 296/01, do Conselho, de 30 de novembro de 2009. De notar que a lista de marcadores constantes do anexo I da Resolução constitui um elenco mínimo, o que significa que os Estados-membros podem adotar outros marcadores de ADN. Em Portugal, em cumprimento do disposto no n.º 2 do art. 12.º da Lei

---

<sup>438</sup> Resolução n.º 97/C 193/02, de 9 de junho, do Conselho da Europa, disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0624%2802%29:PT:HTML>, consultado a 25/10/2019.

<sup>439</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, *op. cit.*, p. 300. A ideia de criação de uma base de dados de perfis de ADN europeia continua ainda por implementar.

<sup>440</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, p. 51.

<sup>441</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>442</sup> Resolução n.º 2001/C 187/01, de 25 de junho de 2001, do Conselho da Europa, disponível *online* em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001G0703\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001G0703(01)&from=PT), consultado a 25/10/2019.



n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, foi criada a Portaria n.º 270/2009, de 17 de março (anterior à referida Resolução n.º 2009/C 296/01) que fixa os marcadores de ADN a integrar nos ficheiros da base de perfis de ADN, estabelecendo apenas seis dos doze marcadores de inserção obrigatória<sup>443</sup>. Dada a desatualização desta Portaria por força da entrada em vigor da mencionada Resolução n.º 2009/C 296/01, este diploma foi revogado pela Portaria n.º 161/2018, de 6 de junho, o que significa que Portugal esteve aproximadamente nove anos com uma lista de marcadores de ADN de inserção obrigatória completamente desconforme ao *European Standard Set*.

As limitações da atividade da Europol e a consciência de que a livre circulação de pessoas, subsequente à abertura de fronteiras internas na Europa, em virtude da Convenção Schengen, não foi devidamente acompanhada de medidas de prevenção e de combate ao crime, conduziram a que alguns Estados-membros da União Europeia, por sua própria iniciativa e de forma bilateral ou multilateral, tentassem reforçar a cooperação policial e judiciária, para travar fenómenos como o terrorismo, a criminalidade transfronteiriça e a imigração ilegal.

Com este desidrato, foi assinado em 27 de maio de 2005, em Prüm, na Alemanha, o designado Tratado/Convenção de Prüm<sup>444</sup>, que configura um marco de extrema relevância no sentido da convergência de esforços de intercâmbio, designadamente no âmbito da prova genética. Como Estados-membros signatários deste Tratado, podemos apontar a Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Países Baixos e a Áustria, sendo que posteriormente aderiram outros Estados como a Finlândia, Hungria, Eslovénia, Bulgária, Eslováquia e Itália. No que concerne ao nosso país, Portugal não chegou a aderir formalmente ao Tratado de Prüm, tendo, no entanto, o estatuto de observador desde 2006<sup>445</sup>. O Tratado de Prüm é um tratado de direito internacional que, embora adotado fora do quadro da União Europeia, se relaciona estreitamente com ela do ponto de vista das matérias reguladas.

---

<sup>443</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 82.

<sup>444</sup> Disponível online em <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/prumtr.pdf>, consultado a 01/11/2019.

<sup>445</sup> Foi discutida em Portugal a eventual ratificação do Tratado de Prüm, tendo sido inclusivamente solicitado à Procuradoria-Geral da República a emissão de parecer sobre o tratado, procedendo-se à avaliação da conformidade deste instrumento internacional com a ordem jurídica portuguesa. Com efeito, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República emitiu o Parecer n.º 1/2006, de 26/07/2007, disponível online em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/4a44ee001f2cd86c802570ff005a9a4b>, consultado a 01/11/2019, formulando as seguintes conclusões: "1.ª - A ratificação para adesão ao Acordo celebrado entre a Alemanha, a Áustria, a Bélgica, a Espanha, a França, o Luxemburgo e os Países Baixos, assinado, a 27 de Maio de 2005, em Prüm (Alemanha) «Tratado de Prüm», afigura-se compatível com as normas e princípios que enformam o sistema jurídico português; 2.ª - Os compromissos decorrentes daquela eventual adesão suscitam as observações e a produção de declarações, nos termos constantes do texto da presente informação-parecer, nomeadamente nos pontos 5.6, 8 e 9 do Ponto III".

Conforme resulta dos considerandos do Tratado de Prüm, o propósito fundamental era o reforço da cooperação entre os Estados Contratantes, facilitar e acelerar a troca de informações entre as respetivas autoridades, de modo a combater contra os tipos de criminalidade que o justificaram, sempre com observância pelos direitos fundamentais. No fundo, o Tratado de Prüm possibilita que os Estados Contratantes acedam às bases de dados de registo automóvel, de impressões digitais e de ADN, ampliando as possibilidades de encontrar coincidências e incrementando a rapidez de resposta, uma vez que a cooperação assenta na comunhão de valores relativos a direitos fundamentais, designadamente os da privacidade e proteção dos dados pessoais, assegurando a exatidão e fiabilidade dos dados a transmitir<sup>446</sup>.

Em termos sintéticos, o Tratado de Prüm visa aprofundar a cooperação transfronteiras entre os Estados Contratantes, particularmente através das seguintes medidas: consulta e comparação automatizadas de perfis de ADN e dados dactiloscópicos em base de dados de outros países e subsequente troca de informações em caso de comparação positiva no quadro de um caso concreto (artigos 2.º a 11.º), de prevenção geral (artigos 13.º a 15.º) ou de prevenção de atos terroristas (art. 16.º); consulta automatizada mútua das bases de dados de matrículas de veículos automóveis nos outros Estados (art. 12.º); troca de informações de natureza pessoal ou não pessoal, para prevenir a ocorrência de ações terroristas, e para a manutenção da ordem e seguranças públicas em caso de grandes catástrofes (artigos 16.º a 19.º); coordenação e apoio mútuo na luta contra a imigração ilegal, nomeadamente pelo uso de consultores em documentação falsa e aquando da expulsão (artigos 20.º e 21.º); reforço da cooperação policial transfronteiras ao nível operacional, nomeadamente pela implementação de operações conjuntas e de intervenções transfronteiriças a pedido, ou por iniciativa própria em caso de urgência (artigos 24.º, 25.º e 27.º)<sup>447</sup>. Este Tratado contempla ainda normas relativas à proteção de dados que têm como objetivo regular o nível de proteção de dados, as finalidades da sua utilização, os aspetos relativos à sua conservação e transmissão.

Com o intuito de aplicação efetiva do Tratado, eventualmente fruto da vocação programática das suas disposições, institui-se um órgão encarregado da implementação e aplicação do Tratado (art. 43.º) e consagrou-se que os Estados Contratantes podem celebrar

---

<sup>446</sup> PEREIRA, Artur, "Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial", *op. cit.*, pp. 51-52.

<sup>447</sup> Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 1/2006, de 26/07/2007.

acordos de execução (art. 44.º)<sup>448</sup>. Importa ainda realçar que os Estados Contratantes manifestaram, desde logo, o anseio de que o Tratado celebrado fosse transposto para o ordenamento jurídico da União Europeia.

Atualmente, o Tratado de Prüm permanece em vigor e os Estados-membros não subscritores ainda podem a ele aderir, não obstante a aprovação das «Decisões Prüm» que vieram aplicar a todos os Estados-membros alguns dos aspetos essenciais do Tratado.

Conforme referimos anteriormente, Portugal não está formalmente vinculado ao Tratado, encontrando-se, porém, por ele abrangido (tal como os demais Estados-membros da UE não subscritores do Tratado) pela Decisão n.º 2008/615/JAI, relativamente a aspetos nucleares previsto naquele, designadamente no âmbito da cooperação transnacional em matéria de prova genética.

Em 2006, o Conselho Europeu proferiu uma nova decisão, a Decisão-Quadro 2006/960/JAI, de 18 de dezembro de 2006, relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-membros da União Europeia<sup>449</sup>, cuja transposição para o ordenamento jurídico nacional ocorreu através da Lei n.º 74/2009, de 12 de agosto<sup>450</sup>.

O certo é que a necessidade de uma abordagem inovadora do intercâmbio de informações além-fronteiras já havia sido reconhecida no Programa de Haia para o reforço da liberdade, da segurança e da justiça<sup>451</sup>, adotado pelo Conselho Europeu, em 2004, que menciona que deveria fazer-se uso das novas tecnologias e facultar o acesso recíproco a bases de dados nacionais, fixando-se a data de 1 de janeiro de 2008 como prazo de cumprimento deste objetivo do Programa de Haia. A União Europeia, com base nesta orientação, veio a considerar que o Tratado de Prüm observava os principais objetivos do referido Programa e, por conseguinte, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de transposição do Tratado de Prüm para a ordem jurídica europeia, baseada no princípio da disponibilidade, proposta essa que falhou. Pelo que, em 2008, o Conselho Europeu transpôs para a ordem jurídica da UE os elementos fundamentais desse Tratado, através das intituladas «Decisões Prüm»: Decisão 2008/615/JAI e Decisão n.º 2008/616/JAI.

---

<sup>448</sup> *Idem*.

<sup>449</sup> Disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006F0960&from=PT>, consultado a 25/10/2019.

<sup>450</sup> Segundo BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal, op. cit.*, pp. 93-96, este diploma suscita algumas cautelas na sua aplicação.

<sup>451</sup> Disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l16002&from=PT>, consultado a 25/10/2019.

A Decisão n.º 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de junho de 2008<sup>452</sup>, relativa ao aprofundamento da cooperação transfronteiras, em particular no domínio da luta contra o terrorismo e a criminalidade transfronteiras, contém disposições baseadas no consagrado no Tratado de Prüm, estabelecidas para melhorar o intercâmbio de informações, pelas quais os Estados-membros concedem reciprocamente prerrogativas de acesso aos ficheiros de análise automatizada de ADN, aos sistemas de identificação dactiloscópica e aos dados de registo de matrícula de veículos. Naturalmente que os pedidos de comparação podem ser emitidos a várias bases de dados em simultâneo.

Concretamente, a Decisão n.º 2008/615/JAI do Conselho estabelece as condições e o procedimento para a transferência automatizada de perfis de ADN<sup>453</sup>, de dados dactiloscópicos e de certos dados nacionais do registo de matrícula de veículos<sup>454</sup> (Capítulo 2), as condições de transmissão de dados relacionados com eventos importantes de alcance transfronteiriço (Capítulo 3), as condições de transmissão de informações para a prevenção de atentados terroristas (Capítulo 4), as condições e o procedimento para o aprofundamento da cooperação policial transfronteiras através de várias medidas (Capítulo 5), bem como consagra várias disposições relativas à proteção de dados (Capítulo 6).

A questão da proteção de dados é uma das principais preocupações patentes na Decisão 2008/615/JAI, refletida logo no considerando 19.º, “[c]onsciente do aumento do intercâmbio de dados resultante da intensificação da cooperação policial e judiciária, a presente decisão pretende estabelecer um nível de protecção de dados suficiente, respeitando o nível de protecção concebido para o tratamento de dados pessoais na Convenção do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal e no seu Protocolo Adicional, de 8 de Novembro de 2001, assim como os princípios consignados na

---

<sup>452</sup> Decisão 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de Junho de 2008, disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008D0615&from=PT>, consultado a 25/10/2019.

<sup>453</sup> Em termos sintéticos, para ser exequível o acesso em linha e os pedidos de acompanhamento às bases de dados de perfis de ADN dos Estados-membros, cada Estado disponibiliza índices de referência provenientes dos dados contidos nos ficheiros nacionais de análise de ADN, que contêm os perfis de ADN e um número de referência. Assim, os Estados-membros permitem que os outros países acedam aos índices de referência dos seus ficheiros de análise de ADN, com direito a efetuar consultas automatizadas mediante comparação de perfis de ADN. No entanto, cada Estado-membro informa o Secretariado-Geral do Conselho das condições para a consulta automatizada, na medida em que esta tem de ser efetuada em conformidade com a legislação nacional do Estado-membro requerente. Caso uma consulta automatizada revele que o perfil de ADN transmitido coincide com um perfil de ADN registado no ficheiro do Estado-membro recetor, o ponto de contacto nacional do Estado-membro requerente recebe de forma automática os índices de referência com os quais se verificou a coincidência. Se não houver coincidência, é dada notificação automática do facto. Acrescente-se que o intercâmbio de dados de ADN processa-se através da rede TESTA.

<sup>454</sup> No que concerne ao intercâmbio de dados relativos ao registo de veículos, é fulcral anotar a Lei n.º 46/2017, de 5 de junho, que estabelece os princípios e as regras de intercâmbio transfronteiriço de informações relativas ao registo de veículos, para efeitos de prevenção e investigação de infrações penais, adaptando a ordem jurídica interna às Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI do Conselho.

Recomendação R(87) 15 do Conselho da Europa, de 17 de Setembro de 1987, relativa à utilização de dados pessoais pela polícia”.

Nos termos do n.º 1 do art. 36.º da Decisão 2008/615/JAI, todos os Estados-membros deveriam ter em funcionamento o acesso às suas bases de dados três anos após o início da produção de efeitos da Decisão, ou seja, em agosto de 2011. Na União Europeia, todos os países constituíram a sua base de dados genéticos nacional. No entanto, de acordo com um relatório da Comissão Europeia, em 2012 apenas 18 países (entre os quais Portugal) tinham o sistema de permuta de dados de ADN operacional, e só 14 em relação aos dados dactiloscópicos<sup>455</sup>. De acordo com o último registo, em maio de 2016, 22 Estados-membros estavam a partilhar dados de ADN e 6 Estados não se encontram ainda operacionais, sendo eles a Croácia, Dinamarca, Irlanda, Itália, Grécia e o Reino Unido<sup>456</sup>.

Por forma a tornar exequível a Decisão supramencionada, o Conselho criou a Decisão 2008/616/JAI, de 23 de junho de 2008, que fixa os detalhes e pormenores técnicos de execução da Decisão-Quadro 2008/615/JAI<sup>457</sup>.

Complementarmente, deixamos aqui apenas como nota a Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho, de 18 de dezembro, que introduziu no quadro jurídico europeu o mandato europeu de obtenção de provas.

Por outro lado, deve referir-se a Decisão-Quadro 2009/905/JAI do Conselho, de 30 de novembro de 2009<sup>458</sup>, relativa à acreditação de prestadores de serviços forenses que desenvolvem atividades laborais. No que diz respeito a esses prestadores de serviços em Portugal, o Laboratório da Polícia Científica da Polícia Judiciária, o INMLCF e os laboratórios previstos no art. 5.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, devem adotar as condições para cumprimento dos requisitos fixados para a acreditação da área laboratorial de análise de ADN dos respetivos laboratórios, nos termos do art. 40.º, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

Por último, convém igualmente fazer referência à Decisão 2011/427/UE, do Conselho, de 19 de julho, em que Portugal foi considerado apto a iniciar os procedimentos respeitantes ao intercâmbio automatizado de dados de ADN.

---

<sup>455</sup> PEREIRA, Artur, “Desafios Ético-jurídicos da Prova Pericial”, *op. cit.*, pp. 51-52.

<sup>456</sup> MATOS, Sara [*et. al.*], “Criminalidade e Geopolítica da Ciência na União Europeia”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>457</sup> Para mais desenvolvimentos acerca das «Decisões Prüm» e do (in)sucesso deste sistema, *vide* TOOM, Victor [*et al.*] “The Prüm Decisions as an Aspirational regime: Reviewing a Decade of Cross-Border Exchange and Comparison of Forensic DNA Data”, in *Forensic Science International: Genetics*, 41(1), 2019, pp. 50-57, disponível *online* em [https://www.fsigenetics.com/article/S1872-4973\(19\)30068-7/pdf](https://www.fsigenetics.com/article/S1872-4973(19)30068-7/pdf), consultado a 14/11/2019.

<sup>458</sup> Disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009F0905&from=PT>, consultado a 07/11/2019.

No que concerne à nossa legislação nacional sobre interconexão e comunicação de dados no âmbito da cooperação internacional e europeia, esta é regulada na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, mais especificamente no seu art. 21.º, e na Lei n.º 74/2009, de 12 de agosto.

O legislador português clarificou a forma de transmissão de perfis de ADN e de dados pessoais no âmbito da cooperação internacional através da Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. Com efeito, a lei define que a comunicação ou transmissão de coincidência de perfis não carece de autorização prévia, sendo efetuada nos termos do art. 20.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008. Caso se trate de dados pessoais, a comunicação ou transmissão carece de decisão do juiz de instrução competente<sup>459</sup>, nos termos dos artigos 20.º, n.º 2 e 21.º, n.º 3, da referida lei<sup>460</sup>. Por outro lado, ficou igualmente inequívoco nos artigos 21.º, n.º 2 e 31.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2008, que em caso algum é permitida a transferência de material biológico, isto é, de amostras.

## **2.1. A (des)armonização dos sistemas nacionais**

Um dos primitivos objetivos da União Europeia é a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, ao abrigo do consagrado no artigo B do Tratado da União Europeia. Na prossecução desse desígnio, foi introduzida pelo mesmo Tratado a cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos, que configurava o «terceiro pilar» da UE<sup>461</sup>, e que servia a criação de um espaço europeu comum de justiça, assegurando a livre circulação de pessoas e a sua segurança, baseado no princípio da confiança mútua entre os Estados. Acresce que o princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais de cada Estado-membro é o pilar em que assenta a cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia, de acordo com o art. 82.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Destarte, a cooperação judiciária e policial em matéria penal tem merecido a atenção de vários instrumentos jurídicos europeus, tornando-se verdadeiramente imperativa. Não

---

<sup>459</sup> O juiz de instrução é o que tem competência na área da comarca onde se encontra sediada a base de dados, que é a comarca de Coimbra.

<sup>460</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 95.

<sup>461</sup> Este pilar tinha por objetivo proporcionar aos cidadãos um nível elevado de segurança através do estabelecimento de regras relativas às fronteiras externas da UE e respetivos controlos; da luta contra o terrorismo, a criminalidade organizada, o tráfico de droga e a fraude internacional; da organização da cooperação judiciária em matéria penal e civil; da criação de um Serviço Europeu de Polícia (Europol) para o intercâmbio de informações entre as forças policiais nacionais; do controlo da imigração ilegal e da criação de uma política comum em matéria de asilo.

obstante, essa cooperação só será exequível se entre os ordenamentos jurídicos nacionais existir uma certa coerência e harmonização, sendo que esta não significa necessariamente uniformização, mas apenas uma determinada flexibilidade que possibilite a entreatada e a comunicação entre os diversos sistemas jurídicos, assumindo extrema relevância neste contexto o princípio da confiança mútua<sup>462</sup>. Sendo certo que a tendência é no sentido da harmonização legislativa no que respeita a matérias de processo penal (como meios de prova, garantias de defesa do arguido e proteção da vítima), não podemos olvidar que os respetivos passos têm de ser sucessivos e progressivos<sup>463</sup>.

No que concerne especificamente ao nosso objeto de estudo, a geopolítica do ADN apresenta configurações diferentes. Em primeiro lugar, as bases de dados de perfis de ADN de maior dimensão e sofisticação concentram-se nos países mais ricos e tecnologicamente mais evoluídos<sup>464</sup>. No entanto, várias forças políticas têm vindo a impor a países com menos recursos económicos e científicos, a obrigatoriedade de implementação de bases de dados genéticos forenses, designadamente por força das designadas «Decisões Prüm» – Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI do Conselho<sup>465</sup>, que exploramos *supra*.

Em primeiro lugar, cumpre-nos mencionar que não existe um modelo de bases de dados de perfis de ADN, existindo países que têm bases de dados com um grau de admissão de perfis genéticos mais aberto, outros mais fechado; países que sediam as bases de dados nas estruturas policiais, outros em estruturas médico-legais<sup>466</sup>, existindo uma enorme heterogeneidade quanto aos critérios de inserção, manutenção e eliminação de perfis. Há Autores que, analisando a legislação das bases de dados de perfis genéticos de vários países europeus, categorizam os países em dois grupos que se diferenciam primordialmente pelos critérios de inserção e de remoção dos perfis da base de dados: os países com tendência expansiva e os países com tendência restritiva<sup>467</sup>.

Sucede, porém, que as bases de dados existentes nos diversos Estados-membros se encontram em distintos níveis de desenvolvimento e eficiência, em consequência dos diversos critérios de inserção, manutenção, cruzamento e eliminação dos perfis genéticos

---

<sup>462</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, *op. cit.*, p. 309.

<sup>463</sup> *Idem*.

<sup>464</sup> MACHADO, Helena, "Geopolítica do DNA", *Dicionário Alice*, disponível *online* em [http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/60453/1/MACHADO\\_2019\\_GEOPOL%3%8dTICA\\_DNA.pdf](http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/60453/1/MACHADO_2019_GEOPOL%3%8dTICA_DNA.pdf), consultado a 11/11/2019, p. 2.

<sup>465</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>466</sup> FARINHA, Carlos, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>467</sup> SANTOS, Filipe [*et al.*], "A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização", *op. cit.*, p. 107.

constantes dos ficheiros<sup>468</sup>, que se reflete na desigualdade ao nível da proporção da população incluída nessas bases de dados (Quadro n.º 2 em anexo)<sup>469</sup>.

A título meramente exemplificativo, em França<sup>470</sup> podem ser inseridos na base de dados perfis genéticos pertencentes a pessoas contra as quais existam razões plausíveis para pensar que são suspeitas de um dos crimes do catálogo referido no art. 706-56 do *Code de Procédure Penale*, a ordem de recolha da amostra pode ser feita por um agente da polícia judiciária, pelo Ministério Público ou pelo juiz de instrução e é admissível a recolha coativa, mediante requerimento ao Procurador da República, relativamente a pessoa condenada por crime punido com pena desde 10 anos de prisão ou medida de internamento com a mesma duração mínima<sup>471</sup>. No que concerne ao Reino Unido, é admissível a inserção de perfis genéticos de pessoas condenadas, de pessoas detidas ou conduzidas à esquadra (ainda que não tenham sido formalmente acusadas) por crimes suscetíveis de constar do registo criminal<sup>472</sup>. Já na Alemanha, estão sujeitos à recolha de amostras biológicas para inserção do perfil genético (esta ordem é reservada a um juiz) os acusados por crimes de substancial gravidade ou contra a autodeterminação sexual, tendo em consideração a natureza do crime, a forma da sua execução ou a personalidade do acusado<sup>473</sup>. É igualmente possível a recolha em pessoas já condenadas ou sobre arguido na pendência de processo enquanto não for absolvido. Em Espanha, a *Ley Orgánica 10/2007*, de 08/10, regula a base de dados de perfis de ADN e estipula que são inseridos os perfis de ADN provenientes de amostras de suspeitos, detidos ou acusados em casos de crimes graves e, em qualquer caso, os crimes que atentem contra a vida, a liberdade, a integridade, o património quando praticados com violência ou ameaça, bem como nos casos de criminalidade organizada<sup>474</sup>.

Relativamente à remoção de perfis das bases de dados, os critérios são igualmente distintos nas legislações dos Estados-membros da UE. Alguns deles, como na Alemanha, não há qualquer prazo de remoção dos perfis, determinando-se apenas que, em caso de não identificação, a decisão é tomada passados trinta anos e, no caso de arguidos condenados,

---

<sup>468</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 78.

<sup>469</sup> MATOS, Sara [et. al.], "Criminalidade e Geopolítica da Ciência na União Europeia", op. cit., p. 8.

<sup>470</sup> O sistema normativo francês relativamente à prova genética e à inserção de perfis na base de dados encontra-se disperso pelo *Code de la Santé Publique*, *Loi sur la Bioéthique*, decretos regulamentares, *Loi sur la Sécurité Intérieure*, bem como pelos artigos 706-54 a 706-56-1 do *Code de Procédure Penale*.

<sup>471</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., pp. 202-203.

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>473</sup> Esta matéria é especificamente disciplinada no §3 da DNA-IFG e nos §§2, 7 e 8 da *Bundeskriminalamtgesetz*.

<sup>474</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, op. cit., p. 201.



a decisão é tomada apenas dez anos após a sentença<sup>475</sup>. Por seu turno, em França os perfis de ADN são retirados do respetivo ficheiro quarenta anos após a condenação ou logo que o condenado tenha completado oitenta anos de idade<sup>476</sup>. No Reino Unido, os perfis genéticos permanecem na base por período indefinido. Contrariamente ao que sucede em Portugal e em Espanha, onde se optou por um critério semelhante ao do registo criminal, conforme aprofundamos no ponto 2.1.3. do Capítulo II<sup>477</sup>.

De todo o exposto resulta inequívoco que é possível criar e combinar diversos modelos de bases de dados e que a tendência tem sido no sentido da expansividade das bases de dados a cada vez mais categorias de pessoas, alargando-se a arguidos não condenados e até a suspeitos.

Por outro lado, quando a informação começou a ser trocada entre os Estados-membros, os marcadores genéticos presentes nas diversas bases de dados apresentavam uma enorme variabilidade, pelo que foi necessário definir regras para classificar o que era uma correspondência (*hit*). Porém, note-se que a proporção de falsos positivos, ou seja, de correspondências erróneas, pode chegar a 60% de todas as correspondências no sistema Prüm<sup>478</sup>.

Dada a disparidade entre as bases de dados de perfis genéticos que acabamos de apontar, o processo de articulação e interoperabilidade é muito complexo. Interrogamo-nos inclusivamente como são observadas as regras de transferência estabelecidas nas «Decisões Prüm» sem que nalguns casos não se viole o princípio da igualdade entre os cidadãos do mesmo Estado-membro. Queremos com isto significar que, aquando da transferência de informação, devem ser cumpridas não só as regras do Estado requerente como as regras do Estado requerido, regras essas que geralmente são distintas e que poderão provocar desigualdades<sup>479</sup>. Um exemplo ilustrativo desta nossa reserva é o de o Reino Unido requerer a Portugal que seja obtido o perfil de ADN de um suspeito inglês, mas que se encontra em território português. Ora, esta recolha e análise para determinação do perfil genético de

---

<sup>475</sup> MONIZ, Helena, "A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN", *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>477</sup> Para um desenvolvimento mais aprofundado sobre o funcionamento e os critérios das diferentes bases de dados genéticos europeias e respetivo enquadramento legal, *vide* ÁGUAS, Cíntia, "Estudo comparado da legislação internacional" in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012, pp. 128-140.

<sup>478</sup> MACHADO, Helena [et. al], "O "suspeito genético": desafios bioéticos da partilha transnacional de informação genética forense", in SOL, Ana Figueiredo e GOUVEIA, Steven S., *Bioética no Século XXI*, disponível online em [http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55796/5/o\\_suspeito\\_genetico\\_315-336.pdf](http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55796/5/o_suspeito_genetico_315-336.pdf), consultado a 12/11/2019, p. 322.

<sup>479</sup> MONIZ, Helena, "A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN", *op. cit.*, p. 155.

suspeitos é perfeitamente admissível no Reino Unido, mas não é possível no nosso país, como, aliás, já perscrutamos *supra*. Neste caso, criar-se-ia uma desigualdade deste suspeito inglês reside em Portugal relativamente aos suspeitos ingleses em território inglês<sup>480</sup>.

É profícuo mencionar que o modelo atualmente vigente no âmbito das bases de dados de perfis de ADN dos Estados-membros da UE não é um modelo de integração, mas de autonomia de cada ordenamento jurídico nacional para definir internamente os critérios de inserção e de funcionamento das bases de dados e o intercâmbio da informação com os demais Estados-membros, com base no princípio da disponibilidade. Isto significa que os Estados-membros ainda não abdicaram da respetiva autonomia na gestão de bases de informação. Com efeito, vigora na União Europeia o modelo da colocação em rede das bases de dados nacionais dos Estados-membros<sup>481</sup>.

Na perspetiva de Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, sendo esta uma forma de identificação que interessa às autoridades estaduais da UE, dever-se-ia ter optado pela completa integração das bases de dados europeias, permitindo a inserção e manutenção de perfis, o acesso e a consulta diretos a todas essas autoridades<sup>482</sup>. Para os Autores, a existência de várias bases de dados autónomas acarreta desperdícios, uma vez que o mesmo indivíduo pode ter o seu perfil de ADN inserido em ficheiros de várias bases, numa a título de suspeito, noutra a título de arguido, noutra na qualidade de condenado.

Quanto a nós, esta questão suscitada pelos Autores não se nos afigura problemática, na medida em que consideramos reducionista almejar a uniformização integral das bases de dados de perfis de ADN e dos sistemas processuais penais<sup>483</sup>, na medida em que cada Estado-membro tem a sua própria cultura jurídica que, enquanto cultura humana, emerge da matéria-prima que a envolve<sup>484</sup> e que não pode ser menosprezada em prol da total uniformização dos sistemas jurídicos e completa integração das bases de dados europeias. Por outro lado, e com base na mesma ordem de argumentos, consideramos que não se afigura justificada e necessária a criação de uma base de dados europeia.

Assim, entendemos fazer sentido, *v.g.*, que cada Estado defina o valor a atribuir às respetivas bases de dados de perfis genéticos e que estabeleça o *quantum* da pena aplicável

---

<sup>480</sup> Inspiramo-nos em *idem*.

<sup>481</sup> BRAVO, Jorge dos Reis e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>482</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>483</sup> Inspiramo-nos em GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, *op. cit.*, p. 310. Parafraseando a Autora, a globalização modificou os três elementos do Estado, tornando território menos estanque, a população menos exclusiva e a soberania menos indivisível.

<sup>484</sup> *Idem*.

numa decisão condenatória como pressuposto objetivo da inserção do perfil genético, até porque em certos países pode ser mais frequente a prática de um determinado tipo legal de crime do que noutros<sup>485</sup>. Por outro lado, reconhecemos que existem fenómenos criminosos à escala global de difícil prevenção e combate e, como tal, reclamam uma eficaz proteção que só é possível por via da criação de instrumentos comuns, que exigem harmonização legislativa e ajustamento de práticas de investigação.

Não obstante a heterogeneidade das culturas jurídicas europeias, pensamos ser necessário encetar esforços na criação de padrões éticos mínimos comuns no que respeita ao conteúdo essencial e usos das bases de dados de ADN, por forma a garantir que os direitos fundamentais dos cidadãos são respeitados, designadamente o princípio da igualdade<sup>486</sup>.

Assim, comungamos na íntegra do entendimento de Ana Paula Guimarães, quando refere que "(...) a eficiência reclama uma disciplina comum, uma articulação, um equilíbrio (...) entre os Estados, uma noção de estrutura e de função, com respeito pelas coincidências, mas também pelas dissidências"<sup>487</sup>. Destarte, consideramos que a harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais para uma eficaz cooperação policial e judiciária em matéria penal deverá passar pelo estabelecimento de técnicas, estratégias e modos de execução comuns, sem prejuízo das especificidades próprias de cada Estado-membro.

Em suma, concluímos que ainda existe um longo caminho no sentido da harmonização das legislações dos Estados-membros<sup>488</sup>, no que respeita aos critérios de obtenção e de inserção de perfis nas bases de dados, de eliminação deste, de destruição de amostras e de criação de padrões éticos mínimos comuns relativos ao conteúdo essencial e usos das bases de dados. Caso contrário, as regras de cooperação e a respetiva transferência de informação poderão gerar desigualdades, culminando até no facto de alguns Estados-membros da UE serem "(...) considerados como última muralha contra a obtenção e armazenamento de perfis de ADN e outros possam ser considerados como Estados invasores de direitos fundamentais (...)"<sup>489</sup>.

---

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>486</sup> Inspiramo-nos em MACHADO, Helena [et. al], "O "suspeito genético": desafios bioéticos da partilha transnacional de informação genética forense", *op. cit.*, p. 329.

<sup>487</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, *op. cit.*, p. 311.

<sup>488</sup> Em sentido diverso, CORTE-REAL, Francisco, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, *op. cit.*, p. 25, entende que a harmonização é relativamente aprofundada, existindo mais normas comuns, equipamentos e consumíveis que são utilizados em praticamente todo o mundo, bem como procedimentos idênticos.

<sup>489</sup> MONIZ, Helena, "A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN", *op. cit.*, p. 156.

### **3. A problemática do direito à reserva da intimidade da vida privada, *maxime* a proteção dos dados pessoais**

Pensar a governabilidade da criminalidade organizada e do terrorismo torna imprescindível que se reflita sobre questões relacionadas com o direito à reserva da vida privada e com a proteção de dados dos cidadãos europeus num contexto transnacional, uma vez que o desenvolvimento dos meios tecnológicos criou uma inquestionável relação de tensão com o direito ao desenvolvimento da personalidade, a dignidade da pessoa humana e a intimidade da vida privada<sup>490</sup>.

No nosso ordenamento jurídico, o direito à reserva da vida privada encontra-se constitucionalmente consagrado no artigo 26.º, números 1 e 2, e configura um verdadeiro direito de personalidade. Em termos de instrumentos internacionais, este direito encontra-se previsto no art. 12.º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 17.º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, bem como no art. 8.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O direito à reserva da vida privada decompõe-se em direitos menores, embora não hierarquicamente inferiores, como os de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar (art. 80.º, do Código Civil) e alguns direitos fundamentais que funcionam como sua garantia, designadamente o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º, da CRP). Por outro lado, este bem jurídico encontra-se criminalmente tutelado nos artigos 190.º e seguintes, do Código Penal.

Após a Segunda Guerra Mundial, a jurisprudência alemã construiu a designada «teoria das três esferas», sendo elas: a) a esfera da vida íntima, que abrange gestos e factos que devem em absoluto ser subtraídos ao conhecimento de outrem; b) a esfera da vida privada, que engloba acontecimentos partilhados com um número restrito de pessoas; e c) a esfera da vida pública ou social, onde se enquadram eventos respeitantes à participação de cada indivíduo na vida da coletividade e, como tal, suscetíveis de ser conhecidos por todos. A intimidade da vida privada de que fala o nosso texto constitucional representa uma esfera mais restrita do que a vida privada, que configura um círculo mais alargado<sup>491</sup>. A par desta teoria, surgiu a designada «teoria do mosaico», que se baseia no carácter relativo da vida pública e privada e defende essencialmente que existem dados de um indivíduo que, se forem

---

<sup>490</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 551.

<sup>491</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, "A vida num código de barras" in COSTA ANDRADE, Manuel da [et al.] (org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV, Coimbra Editora, 2010, p. 946.

considerados isoladamente, nada nos dizem, mas que passam a fornecer informações relevantes quando tomados no seu conjunto, como peças de um mosaico<sup>492</sup>.

Em 1928, Louis Brandeis, no aresto *Olmstead v. United States*, definiu o direito à reserva da vida privada como *the right to be let alone*, considerando-o “*the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men*”<sup>493</sup>, frisando a necessidade de um espaço vital onde cada indivíduo se possa sentir ao abrigo da indiscrição alheia.

Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português caracterizou o direito à reserva da vida privada “como o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular”, referindo que “no âmbito desse espaço próprio inviolável engloba-se a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (v. g. a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio) e, bem assim, os meios de expressão e de comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.)”<sup>494</sup>. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é, assim, assegurado por outros direitos que lhe são acessórios, como o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º, da CRP) e a proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada (art. 35.º, n.º 3, da Constituição).

Como ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à reserva da vida privada desdobra-se em dois direitos: “direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar” e o “direito a que ninguém divulgue informações a que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”<sup>495</sup>.

No fundo, o direito à reserva da vida privada preserva o direito de cada um ver protegido o seu espaço interior e/ou familiar contra intromissões alheias, ou seja, a sua privacidade. Estreitamente relacionado com o conceito de privacidade está a noção de intimidade que configuram dois conceitos que geralmente são utilizados indistintamente. No entanto, estes dois conceitos não são integralmente coincidentes, mas apenas complementares, sendo que o conceito de privacidade tem um âmbito mais amplo do que o da intimidade.

Por outro lado, cumpre-nos acrescentar que o direito à reserva da vida privada não configura um direito absoluto, isto é, pode sofrer restrições, através do consentimento livre e esclarecido do seu titular ou mediante autorização legislativa.

---

<sup>492</sup> *Ibidem*, pp. 946-947.

<sup>493</sup> *Olmstead v. United States* (1928), disponível online em <https://supreme.iustia.com/cases/federal/us/277/438/>.

<sup>494</sup> Acórdão do TC n.º 355/97, de 07/05/1997.

<sup>495</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 467.

Com a globalização da criminalidade e consequente intercâmbio de informações, acentuou-se fortemente o controlo estadual e supraestadual da vida privada, despontando o perigo para a intimidade de que as informações armazenadas na base de dados possam ser utilizadas como um instrumento de controlo e vigilância por parte do Estado.

A intimidade genética tem como finalidade primordial evitar que os indivíduos se tornem «cidadãos transparentes ou de cristal»<sup>496</sup>.

Para além das considerações que tecemos relativamente ao direito à reserva da intimidade da vida privada, é profícuo refletir sobre se o armazenamento numa base de dados das informações retiradas do material biológico poderá violar o direito à proteção perante o tratamento de dados pessoais informatizados<sup>497</sup>, previsto no art. 35.º, da CRP. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem não consagra nenhum direito correlativo ao nosso art. 35.º, da Constituição, pelo que a estas matérias se deve aplicar o seu art. 8.º.

A partir essencialmente de uma sentença do Tribunal Constitucional alemão, datada de 15 de dezembro de 1983, começou a desenvolver-se o direito à autodeterminação informativa que, em termos simplistas, se traduz na faculdade de cada cidadão determinar quando e dentro de que limites os seus dados pessoais podem ser utilizados.

O direito à autodeterminação informativa pode ser considerado como um «direito de *habeas data*», na medida em que, à semelhança do que sucede com o *habeas corpus*, tem por finalidade assegurar as garantias inerentes ao processo informacional<sup>498</sup>. Assim, o cidadão tem a prerrogativa não só de controlar a utilização dos seus dados pessoais por meios informáticos, como também de dispor deles. Nas palavras de Costa Andrade, este direito traduz-se no “domínio exclusivo de cada um sobre a informação relativa aos seus dados pessoais: recolha, tratamento, divulgação ou utilização”<sup>499</sup>.

No fundo, o direito à autodeterminação informativa é um corolário do direito à reserva da vida privada, que funciona como seu garante, ou seja, o titular dos dados pessoais não decide apenas que informações deve fornecer a terceiros, mas igualmente a forma de as processar e as finalidades para as quais poderão ser utilizadas<sup>500</sup>.

---

<sup>496</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, *op. cit.*, p. 948.

<sup>497</sup> Note-se que, não obstante a norma programática do n.º 2 do art. 35.º da Constituição, ao longo de vários anos não existia a definição do conceito de «dados pessoais», traduzindo-se numa enorme lacuna legislativa que apenas foi suprida com a criação da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro. Relativamente a esta definição do conceito de dados pessoais, *vide* CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 553.

<sup>498</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, *op. cit.*, p. 961.

<sup>499</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 22.

<sup>500</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, *op. cit.*, p. 962.

Assumindo-se como um direito genérico, o direito à autodeterminação informativa é composto por vários sub-direitos, como o a) direito de acesso dos cidadãos aos registos informáticos para conhecimento dos seus dados pessoais informatizados, b) o direito ao sigilo em relação aos responsáveis dos ficheiros e em relação a terceiros, c) o direito ao não tratamento informatizado de dados sensíveis e d) o direito a não saber<sup>501</sup>. Todo este leque de prerrogativas faculta a cada indivíduo o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em simples objeto de informações<sup>502</sup>.

O direito ao controlo dos dados pessoais existentes em registos informáticos, previsto no n.º 1 do art. 35.º da CRP é um direito básico que se desdobra em diversos direitos, designadamente: a) direito de acesso e conhecimento dos dados constantes de registos informáticos, b) direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados, c) direito à retificação e d) direito à atualização dos dados e, finalmente, e) o direito à eliminação dos dados incorretos, recolhidos transpondo as finalidades iniciais, recolhidos sem consentimento e dados cujo tratamento estava legalmente interdito<sup>503</sup>.

Não obstante o texto constitucional não faça uma referência concreta, afigura-se praticamente inquestionável que o direito ao controlo dos dados pessoais vale para os dados obtidos da análise do ADN, na medida em que o art. 29.º, da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto<sup>504</sup>, se dedica expressamente ao tratamento de dados genéticos e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados<sup>505</sup>, no seu considerando 34.º, refere que “os dados genéticos deverão ser definidos como os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que resultem da análise de uma amostra biológica da pessoa singular em causa, nomeadamente da análise de cromossomas, ácido desoxirribonucleico (ADN) ou ácido ribonucleico (ARN), ou da análise de um outro elemento que permita obter informações equivalentes”.

Por outro lado, o titular dos dados tem o direito de conhecer as finalidades a que se destinam os seus dados informatizados. Pelo que, na perspetiva de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as finalidades devem obedecer aos requisitos da legitimidade, determinabilidade,

---

<sup>501</sup> Seguimos de perto *ibidem*, pp. 963-966 e CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 551-556.

<sup>502</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>503</sup> *Ibidem*, p. 552 e RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, *op. cit.*, p. 963.

<sup>504</sup> Daqui em diante designada por LPDP.

<sup>505</sup> Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

explicitação, adequação e proporcionalidade, exatidão e atualidade, bem como da limitação temporal<sup>506</sup>.

Relativamente ao direito ao sigilo em relação aos responsáveis dos ficheiros e em relação a terceiros, a nossa Lei Fundamental consagra uma proibição geral de acesso a dados pessoais por parte de terceiros, sendo que apenas o titular dos dados os pode comunicar a outras pessoas. Neste contexto, nasceu um dever de confidencialidade que acresce aos deveres de sigilo profissional previsto na lei em relação ao encarregado de proteção de dados, aos responsáveis pelo tratamento de dados, bem como todas as pessoas que intervenham em qualquer operação de tratamento de dados, nos termos do n.º 2 do art. 10.º da LPDP.

Existe igualmente outra dimensão do direito à autodeterminação informativa que se consubstancia no direito ao não tratamento informatizado de dados sensíveis. O n.º 3 do art. 35.º da CRP elenca diversos dados que o legislador constitucional considerou serem particularmente sensíveis, tais como as convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, impondo uma proibição de tratamento desses dados, excepcionando as situações em que o titular presta o seu consentimento expresso. Apesar de verificarmos que desta lista não constam os dados genéticos, entendemos que estes se devem considerar incluídos nos dados relativos à vida privada, na medida em que consubstanciam os dados mais íntimos do ser humano<sup>507</sup>. Incluímos aqui uma vertente essencial que é a proibição do fluxo transfronteiriço de dados, de modo a combater a criação de super-ficheiros que contenham todas as informações relativas a cada cidadão<sup>508</sup>.

Por último, do direito à autodeterminação informativa radica ainda o apelidado «direito a não saber», que se consubstancia no direito de o indivíduo não receber informações mormente médicas e genéticas, atuais ou futuras, que eventualmente lhe poderiam causar dano emocional<sup>509</sup>.

---

<sup>506</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 553.

<sup>507</sup> Em sentido distinto, GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, op. cit., p. 260, argumenta que “se o direito à autodeterminação informacional reside no poder de o seu titular controlar a informação sobre si próprio, de decidir sobre a revelação dos elementos relacionados com o seu foro pessoal, balizando os seus limites, escolhendo o momento e os destinatários dessa informação, e sendo o ADN não codificante não identificador desses dados íntimos, então não sai aqui atingido tal direito (...). O ADN não codificante e os dados dele proveniente não consubstanciam informação sensível da pessoa, sendo considerado “neutro do ponto de vista dos direitos da personalidade”. Não revela traços de personalidade, nem estados ligados à pessoa como a saúde ou predisposição para patologias, nem outros dados atinentes com o foro íntimo dos indivíduos”.

<sup>508</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, op. cit., p. 965.

<sup>509</sup> *Idem*. Nas palavras de ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, op. cit., pp. 24-25, o direito a não saber justifica-se porque a “comprovada predisposição para determinada doença ou para outros defeitos não representa apenas uma informação irreversível: desencadeia também consequências drásticas sobre a auto-compreensão e o comportamento futuro, podendo mesmo predeterminar toda a trajectória pessoal. (...) o direito a não saber vale apenas (pelo menos só assume relevância prático-jurídica) numa direcção: na direcção dos factos negativos (...)”.



Aqui chegados, parece-nos que a operatividade de todos estes sub-direitos impõe à informatização de dados pessoais um conjunto de princípios essenciais como o a) princípio da publicidade (conhecimento da existência da base de dados), b) princípio da justificação social (criação de bases de dados deve ter um objetivo e usos socialmente aceites), c) princípio da transparência (clareza quanto à categoria de dados, a forma como foram recolhidos e tratados, a identidade do responsável do ficheiro e o tempo de tratamento), d) princípio da especificação de finalidades (finalidades devem ser referidas no momento da recolha), e) princípio da limitação da recolha (recolha deve ser feita por meios lícitos e deve restringir-se aos dados necessários para as finalidades especificadas), f) princípio da fidelidade (os dados devem ser exatos, completos e atuais), g) princípio da limitação da utilização (os dados devem ser usados exclusivamente para a prossecução das finalidades previamente especificadas), h) princípio das garantias de segurança (proteção dos dados contra perda, destruição e acesso de terceiros), i) princípio da responsabilidade (imposição de deveres legais e deontológicos aos responsáveis pelos ficheiros), j) princípio da política de abertura (as bases de dados devem garantir a transparência da ação administrativa) e, por fim, o l) princípio de limitação tempo (os dados devem ser cancelados mal sejam obtidas as finalidades a que se destinavam)<sup>510</sup>.

No que concerne ao nosso país, compete à Comissão Nacional de Proteção de Dados exercer o controlo da comunicação dos dados e informações, podendo, para tanto, realizar diligências de auditoria aos procedimentos e às plataformas de suporte tecnológico utilizados, bem como exercer todas as competências de fiscalização<sup>511</sup>.

Nas situações em que Portugal é o Estado-membro requerido, os dados pessoais são protegidos de acordo com a lei interna sobre a matéria.

Nos últimos anos, a União Europeia tem vindo a desenvolver um conjunto de instrumentos legislativos que visam a proteção dos direitos dos cidadãos que têm os seus dados pessoais armazenados, de modo a permitir que estes exerçam um controlo autónomo sobre os mesmos, com o objetivo de prevenir intrusões abusivas na sua privacidade que podem, em última análise, provocar consequências insanáveis<sup>512</sup>.

---

<sup>510</sup> Seguimos de perto CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit.*, pp. 552-553.

<sup>511</sup> *Ibidem*, p. 316. As específicas atribuições e competências da CNPD encontram-se previstas no art. 6.º da LPDP.

<sup>512</sup> MATOS, Sara, "Biometria e privacidade: desafios bioéticos na cooperação policial e judicial na União Europeia", in SOL, Ana Figueiredo e GOUVEIA, Steven S., *Bioética no Século XXI*, disponível online em [http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55791/3/biometria\\_e\\_privacidade\\_255-286.pdf](http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55791/3/biometria_e_privacidade_255-286.pdf), consultado a 18/11/2019, p. 259.

Em primeiro lugar, podemos destacar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que consagra nos seus artigos 7.º e 8.º o respeito pela vida privada e a proteção dos dados pessoais como direitos fundamentais. Esta Carta integra-se no Tratado de Lisboa e é juridicamente vinculativa nos Estados-Membros. Para além deste diploma, é de salientar a Convenção do Conselho da Europa n.º 108, de 28 de janeiro de 1981, para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal e a Recomendação do Conselho da Europa n.º R (87) 15, sobre a utilização de dados no setor policial.

Por outro lado, podemos apontar a Convenção Europeia dos Direitos Humanos que estabelece no seu art. 8.º o direito ao respeito pela vida privada e familiar e a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais (Diretiva 95/46/CE) que remete para o processamento e partilha de dados<sup>513</sup>. Relativamente à proteção de dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, tem-se a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008<sup>514</sup>, que foi revogada em maio de 2018.

Em 2012, a Comissão Europeia apresentou um novo pacote legislativo com o intuito de reformar e unificar a legislação relativa à proteção de dados da UE, uma vez que existia fragmentação entre os Estados-membros<sup>515</sup>. Com efeito, foi apresentada a proposta para o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, que revoga a Diretiva 95/46/CE e que, apesar de ter entrado em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia, só começou a ser aplicável a partir de 25 de maio de 2018.

O Regulamento Geral sobre a Proteção estabelece um conjunto de prerrogativas concedidas ao titular dos dados pessoais, como a possibilidade de lhe serem facultadas diversas informações como a identificação e contacto do responsável pelo tratamento dos dados, as finalidades do tratamento a que os dados pessoais se destinam (art. 13.º, n.º 1), o prazo de conservação dos dados, o direito de acesso aos dados pessoais que lhe digam respeito (art. 15.º), o direito de retificação e ao apagamento dos dados (artigos n.º 16 e 17), o direito à limitação do tratamento (art. 18.º), o direito à portabilidade dos dados (art. 20.º), bem como o direito de se opor ao tratamento (art. 21.º). Acresce que o referido Regulamento consagra a transparência das informações, das comunicações e das regras para exercício

---

<sup>513</sup> *Idem.*

<sup>514</sup> *Idem.*

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 260.

dos direitos dos titulares dos dados, sendo que as informações são fornecidas a título gratuito, de acordo com o n.º 5 do seu art. 12.º.

Neste âmbito, devemos ainda referir a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho<sup>516</sup>. Esta Diretiva faz referência expressa aos dados genéticos e insere-os nas categorias especiais de dados pessoais, exigindo que o seu tratamento esteja sujeito a um regime mais restritivo, ao estipular que o tratamento destes dados apenas é “ (...) autorizado se for estritamente necessário, se estiver sujeito a garantias adequadas dos direitos e liberdades do titular dos dados, e se: a) For autorizado pelo direito da União ou de um Estado-Membro; b) Se destinar a proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; ou c) Estiver relacionado com dados manifestamente tornados públicos pelo titular dos dados”, ao abrigo do disposto no seu art. 10.º.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem vindo a ser chamado a intervir em processos que contendem com a privacidade, como por exemplo no processo de *S. and Marper v. The United Kingdom*<sup>517</sup>, onde se decidiu que a retenção ilimitada de perfis de ADN não é justificável, traduzindo-se numa violação do direito à privacidade<sup>518</sup>.

Por outro lado, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, nos seus vários pareceres, revela-se consciente da especial atenção que merece o intercâmbio transfronteiras de informações na União Europeia, uma vez que o tratamento de dados pessoais em mais do que uma jurisdição potencia os riscos para os direitos e os interesses dos cidadãos envolvidos, tanto mais que os dados pessoais serão objeto de tratamento em várias jurisdições cujos requisitos jurídicos e enquadramento técnico não são necessariamente iguais<sup>519</sup>.

Destarte, a partilha transnacional de perfis de ADN veio exacerbar os receios relativos à eventual violação dos direitos que acabamos de anunciar.

---

<sup>516</sup> Disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>, consultado a 12/12/2019.

<sup>517</sup> *S. and Marper v. The United Kingdom* (2008), disponível *online* em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90051%22%5D%7D>.

<sup>518</sup> MATOS, Sara, “Biometria e privacidade: desafios bioéticos na cooperação policial e judicial na União Europeia”, *op. cit.*, p. 273.

<sup>519</sup> GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, *op. cit.*, p. 337.

Por fim, cumpre-nos destacar a escassez de estudos empíricos sobre as questões de privacidade que podem ser suscitadas pela criação de bases de dados forenses nacionais e pela partilha transnacional de informação genética<sup>520521</sup>.

---

<sup>520</sup> MATOS, Sara, “Biometria e privacidade: desafios bioéticos na cooperação policial e judicial na União Europeia”, *op. cit.*, p. 273.

<sup>521</sup> Encontra-se atualmente em curso um projeto (Exchange), financiado pelo Conselho Europeu de Investigação, em que uma equipa de nove investigadoras das áreas da Sociologia, do Direito e da Criminologia se encontram a estudar o modo como os Estados-membros da União Europeia utilizam as bases de dados ADN para investigação criminal, regulam esse uso através dos sistemas de justiça nacionais e como partilham essa informação no âmbito do sistema baseado no Tratado de Prüm. Este projeto teve início em Outubro de 2015 e tem conclusão prevista para 30 de Setembro de 2020. Para mais desenvolvimentos sobre o Projeto Exchange, consulte-se o sítio *online* do mesmo, através do endereço <http://exchange.ics.uminho.pt/>.

## Considerações finais

Cada vez mais se espera que as ciências biológicas e exatas forneçam a certeza que o fator humano de *per si* não garante, esquecendo-se que elas próprias são uma construção humana<sup>522</sup> e que apenas traduzem probabilidades. Em virtude do nosso estudo, concluímos que, não obstante todas as virtualidades já bem conhecidas do ADN, este também padece de várias limitações, sejam elas de índole científica, em virtude da insuficiência ou degradação do material biológico, pela possibilidade de contaminação das amostras biológicas, por ocorrência de erros na cadeia de custódia e de «falsos positivos».

Por outro lado, percebemos que, apesar de o ADN ser atualmente um dos métodos de identificação individual mais utilizados, existem outros meios de identificação humana que se afiguram essenciais na identificação civil. No entanto, reconhecemos que no âmbito das ações de estabelecimento da paternidade são inúmeras as vantagens da utilização da tecnologia de ADN, designadamente os interesses do indivíduo que pretende conhecer a sua ascendência biológica, os testes de ADN serem idóneos a estabelecer com rigor a derivação biológica e o facto de os seus custos económicos serem reduzidos comparativamente aos exames sanguíneos.

Percebemos igualmente que os dados genéticos constituem dados pessoais sensíveis, contrariamente aos dados atualmente integrados no cartão de cidadão, pelo que consideramos que estes não devem nele integrar-se, para além de que existem outros métodos de identificação igualmente eficazes e menos lesivos do núcleo essencial do leque de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Relativamente ao desígnio de criação de uma base de dados genéticos alargada à população em geral com finalidades de identificação civil, depreendemos que esta seria desnecessária, desproporcional e excessiva, considerando os direitos fundamentais que seriam comprimidos, bem como atendendo à existência de outros dados pessoais biométricos cujo tratamento é universal e que continuam perfeitamente idóneos a prosseguir as finalidades de identificação civil. Por outro lado, demonstramos que o número de perfis genéticos de voluntários inseridos na base de dados de perfis de ADN portuguesa, ao longo dos últimos anos, traduzem a sua inoperabilidade.

---

<sup>522</sup> SANTOS, Rui, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, op. cit., p. 19.

Após retratarmos o contexto em que surgiu a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, e após a analisarmos pormenorizadamente, concluímos que esta deveria ser reformulada, uma vez que padece de várias deficiências e incongruências, não só do ponto de vista das descontinuidades sistémicas e da desarmonização de conceitos, como também das soluções jurídicas.

Concluímos igualmente que coexiste no nosso ordenamento jurídico um regime comum de perícias de identificação genética, com base na «comparação direta», previsto no Código de Processo Penal, com um regime específico em que é necessário o recurso à consulta e cruzamento de perfis genéticos dos ficheiros da base de dados, estabelecido na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

Ao longo do presente trabalho, tentamos demonstrar que é imprescindível associarmos a atividade da Genética Forense a uma ponderação axiológica, reafirmação de valores éticos e atentarmos principalmente ao princípio da proporcionalidade (em sentido amplo). A utilização do ADN no âmbito criminal surge na sequência de uma tendência alargada de «genetização» da vida social, cultural, política e legal. Neste contexto de dominação paradigmática da ciência moderna, existem consequências complexas para a emancipação social e para os direitos humanos<sup>523</sup> que tentamos realçar, apresentando propostas de alteração ao presente *status quo*.

No que concerne à eventual admissibilidade de colheita de vestígios biológicos em suspeitos, entendemos que esta é inconcebível, na medida em que, se não há suspeita suficientemente fundada para a constituição formal de arguido, logicamente também não sobrevirão razões que justifiquem a ingerência corporal.

Relativamente à recolha de amostras biológicas em arguido não condenado, alertamos para a condição e estatuto processuais peculiares deste, uma vez que, nestes casos, ainda não existe condenação, pelo que a obtenção de matéria biológica com vista à determinação do seu perfil genético pode contender com o princípio da presunção de inocência do arguido, com o seu direito à não autoincriminação e com o seu direito ao silêncio corporal.

No que diz respeito à recolha de amostras biológicas em arguidos condenados e consequente inserção dos respetivos perfis de ADN na base de dados genéticos, concluímos que o critério do art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008 não se afigura ajustado, propondo que seria preferível que o critério de inserção do perfil na base de dados fosse em função do tipo

---

<sup>523</sup> MACHADO, Helena, "Geopolítica do DNA", *op. cit.*, p. 2.

legal de crime, bem como que o regime vigente não respeita a presunção de inocência para o futuro nem o direito à não autoincriminação futura do arguido condenado. Por outro lado, depreendemos que a recolha de amostras e a inserção dos perfis genéticos dos arguidos condenados constituem atualmente um efeito da sentença condenatória em pena de prisão igual ou superior a três anos (ainda que substituída) e que este se consubstancia num efeito automático, na medida em que o legislador não deixou margem de ponderação casuística ao julgador.

Quanto à questão da (in)admissibilidade da sujeição coerciva do arguido à recolha de amostras, após a ponderação axiológica que levamos a cabo, nomeadamente da dignidade da pessoa humana, do direito à reserva da vida privada, do direito à intimidade genética e corporal, percecionamos que, perante a recusa do arguido em sujeitar-se à recolha de amostras, não restará outra alternativa às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal se não a ameaça com a prática de um crime de desobediência.

No que concerne à recolha de amostras biológicas em condenados inimputáveis e conseqüente inserção dos respetivos perfis genéticos na base de dados, observamos que este regime é distinto e bem mais restrito do estabelecido quanto aos condenados imputáveis, na medida em que a condenação do arguido imputável pode suceder em virtude da prática de crimes dolosos de qualquer natureza. Já no caso dos inimputáveis, a recolha de vestígios biológicos está limitada às situações em que o inimputável tenha praticado um crime contra as pessoas ou crime de perigo comum, e que esses crimes sejam puníveis com pena de prisão superior a cinco anos. Por outro lado, constatamos que, dada a especial vulnerabilidade dos inimputáveis, é necessária a presença de defensor no momento de recolha de amostras para determinação dos perfis de ADN.

Refletindo sobre a globalização do crime e as subseqüentes ameaças aos bens jurídicos individuais e supraindividuais, concluímos que a procura de soluções para esta problemática favorece diversas discussões em torno do movimento de «lei e ordem», Direito Penal do inimigo e do ressurgimento do punitivismo que, na nossa perspetiva, constituem um retrocesso civilizacional e jurídico.

Com o intuito de dar resposta ao flagelo da criminalidade organizada e transnacional, intensificou-se a cooperação policial e judiciária em matéria penal, através do estudo e análise partilhados das informações resultantes das bases de dados de perfis de ADN, bem como

das bases de dados dactiloscópicas, pelas autoridades dos diversos Estados-membros da União Europeia.

Sucedem que, para que a cooperação interestadual seja exequível, eficaz e não gere desigualdades, é imprescindível fazer um esforço no sentido de uma harmonização de todas as legislações dos Estados-membros, no que respeita aos critérios de obtenção de perfis, de inserção dos perfis nas bases de dados, bem como aos critérios de eliminação de registos e destruição de amostras.

Com a globalização da criminalidade e conseqüente intercâmbio de informações, percebemos a forte acentuação do controlo estadual e supraestadual da vida privada, que acarreta diversos riscos para a intimidade genética e corporal, que urgem ser salvaguardadas, sob pena de todos nós nos convertermos em «cidadãos transparentes ou de cristal». Destarte, se é certo que, para nos adaptarmos a uma nova realidade, temos de tolerar limitações aos nossos direitos, sob pena de nos tornarmos inábeis na luta contra a criminalidade, não é menos certo que só temos de o fazer até à exata medida do que é necessário para o bem-estar coletivo<sup>524</sup>.

A resposta ao sentimento de insegurança subjetiva deve passar por mecanismos que salvaguardem a “equilibrabilidade do triângulo liberdade, segurança e justiça”<sup>525</sup>, pilares essenciais de um Estado de Direito. A compaginação dos instrumentos de liberdade da pessoa humana com os instrumentos de controlo do Estado no exercício do *ius punendi* é essencial, o que implica pensar, de um lado, a ação lesiva dos bens jurídicos e, de outro, a pessoa humana, mesmo quando esta assume a qualidade de arguido ou de condenado. Com efeito, reajustar a «concordância prática» entre os dois pontos de tensão: a eficácia no combate ao crime para defesa da comunidade e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos em geral, e dos arguidos em particular, é o desafio permanente que se coloca ao Direito Processual Penal.

Para terminar, constatamos que, curiosamente, existem poucas decisões judiciais nacionais e de tribunais internacionais superiores que se debruçam sobre a matéria objeto do nosso estudo. Na nossa ótica, a reduzida discussão jurisprudencial em torno deste problema não reflete, contudo, o relevo social do regime.

---

<sup>524</sup> Inspiramo-nos em LOUREIRO, Flávia Novosa - “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, *op. cit.*, p. 288.

<sup>525</sup> FARINHA, Carlos, *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, *op. cit.*, pp. 23-24.



Como última nota, depreendemos que a base de dados de perfis de ADN reveste não só um papel proficuo na identificação civil, como constitui um forte contributo para a investigação criminal. Assim sendo, e após quase uma década de funcionamento da base de dados de perfis genéticos portuguesa, entendemos que chegou o momento de relançar debates (que deverão envolver profissionais e não-profissionais de diferentes disciplinas e áreas de atuação), reunir entendimentos e proceder a uma reforma legislativa nesta matéria.

Chegou o momento de rentabilizar os consideráveis recursos financeiros despendidos com a implementação e a manutenção da base de dados. O que não significa, porém, que possamos menosprezar os direitos fundamentais e onerar excessivamente os cidadãos em prol do bem-estar comum almejado, o que redundaria em inqualificáveis abusos do poder. Muito mais problemático seria tudo valer e tudo ser possível a bem da investigação, da perseguição e da condenação.

## Referências bibliográficas

-AGOSTINHO, Patrícia Naré, “O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha de amostra biológica para inserção na Base de Dados- perspectivas”, *Revista do Ministério Público*. Ano 37, N.º 148, 2016.

-ÁGUAS, Cíntia, “Estudo comparado da legislação internacional” in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012.

-ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio 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) Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

-ANDRADE, Manuel da Costa:

“*Bruscamente no Verão Passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

*Direito Penal Médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

-AUFFRAY, Charles, *O Genoma Humano*, Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

-BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra: Almedina, 2007.

-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 e LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

-BRAVO, Jorge dos Reis:

*Recolha de amostra, inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados*, Colóquio “A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação da base de dados de perfis de ADN e a investigação criminal – balanço e perspetivas” realizado em 27/03/2015, na Assembleia da República.

“*Direito ao silêncio corporal: significado crítico de uma metáfora em processo penal*”, *Revista do Ministério Público*. Ano 39, N.º 155, 2018.

“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.

“Perfis de ADN de Arguidos-condenados (O art. 8.º, n.os 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 20, N.º 1, Coimbra Editora, 2010.

-BUTLER, John M., *Fundamentals of Forensic DNA Typing*, London: Academic Press, 2010, disponível *online* em <http://aboutforensics.co.uk/colin-pitchfork/>, consultado a 29/06/2019.

-CABRAL, Ana Sofia [*et al.*], “Da Psiquiatria ao Direito”, *Julgar*. N.º 7, 2009.

-CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, (4.ª edição revista). Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

-CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, (11.ª edição) Coimbra: Almedina, 2018.

-CLAYBOURNE, Anna, *Genes & ADN*, Enciclopédia da Ciência, Porto: Porto Editora, 2003.

-COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*. Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

-CORTE-REAL, Ana e VIEIRA, Duarte Nuno (coord.), *Identificação em Medicina Dentária Forense*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

-CORTE-REAL, Francisco, “A Base de Dados Forense Portuguesa (Lei n.º 5/2008)”, in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012.

-COSTA, Mariana [*et al.*], *Os padrões das rugas palatinas e a sua importância na identificação humana*, disponível *online* em <https://www.elsevier.es/en-revista-revista-portuguesa-estomatologia-medicina-dentaria-330-pdf-S1646289015000977>, consultado a 26/06/2019.

-COSTA, Susana e MACHADO, Helena, (org.) *A ciência na luta contra o crime: potencialidades e limites*, Edições Húmus, 2012.

-CUNHA, Elisabete [*et al.*], “Filhos de uma quimera”, *Boletim da Ordem dos Advogados*. N.º 120/121, 2014.

- DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo:  
*Direito Penal- Parte Geral, Tomo I Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.  
*Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974.  
*Direito Penal Português. Parte Geral II- As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16, N.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GALLAVOTTI, Barbara, *Segredos da Vida*. Vol. 9, Enciclopédia Pedagógica Universal, Asa Editores, 2001.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, “Direitos fundamentais” in GOUVEIA, Jorge Bacelar e COUTINHO, Francisco Pereira (coord.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa: Quid Juris?, 2013.
- GUIMARÃES, Ana Paula, *A Pessoa como Objecto de Prova em Processo Penal: Exames, perícias e perfis de ADN- Reflexões à luz da dignidade humana*, Porto: Universidade Portucalense, 2013. Tese de Doutoramento.
- HENRIQUES, Fernanda e SEQUEIROS, Jorge, *Relatório sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN*, 2007.
- LEBRE, Lúcia Teresa Sampaio Branco, *Dactiloscopia: identificação pela impressão digital*, 2013, disponível *online* em [https://www.academia.edu/38231051/Dactiloscopia - Identifica%C3%A7%C3%A3o\\_pela\\_Impress%C3%A3o\\_Digital](https://www.academia.edu/38231051/Dactiloscopia_-_Identifica%C3%A7%C3%A3o_pela_Impress%C3%A3o_Digital), consultado a 28/06/2019.
- LEITE, Inês Ferreira, “A nova base de dados de perfis de ADN”, *Boletim Informativo da FDUL-IDPCC*, Ano 1, Edição n.º 5, 2009, disponível *online* em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=XFmkf-Zy5pM%3D&tabid=622>, consultado a 23/01/2019.
- LOUREIRO, Flávia Novera - “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo penal português*, Coimbra, 2009.

- MACHADO, Helena e MONIZ, Helena (org.), *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem social*, (1.ª edição) Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MACHADO, Helena [et. al], “O "suspeito genético": desafios bioéticos da partilha transnacional de informação genética forense”, in SOL, Ana Figueiredo e GOUVEIA, Steven S., *Bioética no Século XXI*, disponível *online* em [http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55796/5/o\\_suspeito\\_genetico\\_315-336.pdf](http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55796/5/o_suspeito_genetico_315-336.pdf), consultado a 12/11/2019.
- MACHADO, Helena e SANTOS, Filipe, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal” in DURÃO, Susana e DARCK, Marcio (org.), *Polícia, Segurança e Ordem Pública: Perspectivas Portuguesas e Brasileiras*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2012, disponível *online* em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/41837/1/Entre%20a%20policia%20ficcional%20e%20a%20policia%20real.pdf>, consultado a 18/06/2019.
- MACHADO, Helena, “Geopolítica do DNA”, *Dicionário Alice*, disponível *online* em [http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/60453/1/MACHADO\\_2019\\_GEOPO\\_L%c3%8dTICA\\_DNA.pdf](http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/60453/1/MACHADO_2019_GEOPO_L%c3%8dTICA_DNA.pdf), consultado a 11/11/2019.
- MACHADO, Helena [et al.], *Base de dados genéticos forense em Portugal e identidades tecnocientíficas. Análise a partir de grupos focais com estudantes universitários*, Oficina dos CES, Oficina n.º 403, 2013.
- MATOS, Sara [et. al.], “Criminalidade e Geopolítica da Ciência na União Europeia”, in *Atas do IX Congresso Português de Sociologia: Portugal, território de territórios*, Universidade do Algarve, 2016, disponível *online* em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/80741/1/Criminalidade%20e%20geopol%c3%adtica%20da%20ci%c3%aaancia%20na%20Uni%c3%a3o%20Europeia.pdf>, consultado a 03/11/2019.
- MATOS, Sara, “Biometria e privacidade: desafios bioéticos na cooperação policial e judicial na União Europeia”, in SOL, Ana Figueiredo e GOUVEIA, Steven S., *Bioética no Século XXI*, disponível *online* em [http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55791/3/biometria\\_e\\_privacidade\\_255-286.pdf](http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55791/3/biometria_e_privacidade_255-286.pdf), consultado a 18/11/2019.
- MELO, Helena Gomes de, “O direito ao conhecimento da origem genética”, *Revista do Ministério Público*. Ano 36, N.º 142, 2015.

-MILHEIRO, Tiago Caiado:

*A intervenção judicial na Lei 5/2008*, disponível online em <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/juiz%20e%20interven%c3%a7%c3%a3o%20na%20lei%20de%20base%20de%20dados%20de%20adn.pdf>, consultado a 16/10/2018.

*Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal*, disponível online em <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20Juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>, consultado a 16/10/2018.

-MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira, *Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares*, Braga: Universidade do Minho, 2015. Tese de Doutoramento.

-MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV (5.ª edição), Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

-MONIZ, Helena:

“A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a coordenação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN”, *Revista do Ministério Público*. Ano 30, N.º 120, 2009.

“Condições e limites da utilização da prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)” in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012.

“Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal” in *A Base de Dados de Perfis de ADN Face ao Direito Penal e Processual Penal e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem- Conferência Parlamentar*, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, 2015.

“Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 12, N.º 2, Coimbra Editora, 2002.

-MONTE, Mário Ferreira, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?”, *Revista do Ministério Público*. Ano 27, n.º 108, 2006.

-MORGADO, Maria José, “Perigos e Certezas. Lei 5/2008 de 12 de fevereiro” in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012.

- NETO, Luisa, *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2004.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “A lei e o laboratório: observações acerca das provas periciais da filiação” in *Homenagem ao Prof. António de Arruda Ferrer Correia*, disponível *online* em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/A-lei-e-o-laboratorio.pdf>, consultado a 13/03/2019.
- OTERO, Paulo, “Dignidade da pessoa humana” in GOUVEIA, Jorge Bacelar e COUTINHO, Francisco Pereira (coord.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa: Quid Juris?, 2013.
- PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça*, Lisboa: Pactor, 2013.
- PINHEIRO, Maria de Fátima, “Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais”, *Revista do Ministério Público*. Ano 19, N.º 74, 1998.
- PINHEIRO, Maria de Fátima Terra (org.), *CSI Criminal*, Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2008.
- PINTO, Rosa Margarida Maia Alves, “Suspensão provisória do processo: questões controvertidas”, *Julgar*, 2018, disponível *online* em <http://julgar.pt/suspensao-provisoria-do-processo-questoes-controvertidas/>, consultado a 27/09/2019.
- RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras” in COSTA ANDRADE, Manuel da [et al.] (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV, Coimbra Editora, 2010.
- RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal I- A Prova Científica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- SANTOS, Manuel Simas, “Mecanismos de verificação e fiscalização (na Base de Dados de Perfis de ADN)” in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012.
- SCHWARK, Thorsten [et. al] “Reliable genetic identification of burnt human remains”, *Forensic Science International: Genetics* 5, 2011.
- SILVA, Aida Ferreira da, “Suspensão provisória do processo- Incumprimento de injunções/regras de conduta, cumprimento defeituoso e outras vicissitudes após a decisão. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual” in *Aplicação de Medidas de Coacção e*

*Suspensão Provisória do Processo*, (1.ª edição) Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível *online* em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_MedidasCoacao.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_MedidasCoacao.pdf), consultado a 23/09/2019.

-SILVA, Amparo Dias da [et al.], *Terra, Universo de Vida- 1.ª Parte Biologia*, (1.ª edição) Porto: Porto Editora, 2018.

-SILVA, Inês Torgal Mendes Pedroso da, “A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos”, *Lex Medicinæ- Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 8, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

-SILVA, Paula Martinho da, “Parecer n.º 52/CNECV/2007- Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o “Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de A.D.N.”, Junho de 2007” in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012.

-SILVA, Sandra Oliveira e, “O arguido como meio de prova contra si mesmo: Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Vol. 10, Coimbra Editora, 2014.

-SILVEIRA, Luís, “Proteção de dados pessoais e base de dados de ADN” in *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal- Conferências CNECV/2012*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012.

-TOOM, Victor [et al.] “The Prüm Decisions as an Aspirational regime: Reviewing a Decade of Cross-Border Exchange and Comparison of Forensic DNA Data”, in *Forensic Science International: Genetics*, 41(1), 2019, disponível *online* em [https://www.fsigenetics.com/article/S1872-4973\(19\)30068-7/pdf](https://www.fsigenetics.com/article/S1872-4973(19)30068-7/pdf), consultado a 14/11/2019.

-VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O «progresso ao retrocesso»* (2.ª edição portuguesa), Coimbra: Almedina, 2018.

-WATSON, James D.:

*A Dupla Hélice: Um Relato Pessoal da Descoberta da Estrutura do ADN*, (3.ª edição) Lisboa: Gradiva, 2003.

*DNA: The Secret of Life*, 2003.



## Referências jurisprudenciais

-Acórdão do TC n.º 155/2007, disponível *online* em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>.

-Acórdão do TC n.º 228/2007, disponível *online* em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html>.

-Acórdão do TC n.º 333/2018, disponível *online* em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180333.html>.

-Acórdão do STJ de 03/10/2017, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e1304e6b4f60c5f9802581ae004e99a4?opendocument>.

-Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06/02/2018, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/49bbb7753413416d8025824a0050f1f6?OpenDocument>.

-Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/09/2018, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a745e71e07ae14688025831900306264?OpenDocument>.

-Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/03/2019, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f8e8d34bb8bf2a0c802583ca00307117?OpenDocument>.

-Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/10/2013, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/C5759A8DFD1637F980257C1500551335>.

-*Olmstead v. United States* (1928), disponível *online* em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>.

-*Saunders v. United Kingdom* (1996), disponível *online* em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58009%22%5D%7D>.

-*S. and Marper v. The United Kingdom* (2008), disponível *online* em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90051%22%5D%7D>.

## Pareceres e relatórios

-Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados n.º 41/2007, disponível *online* em <https://www.cnpd.pt/bin/decisooes/2007/htm/par/par041-07.htm>, consultado a 04/01/2019.

-Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados n.º 18/2007, disponível *online* em <https://www.cnpd.pt/bin/decisooes/2007/htm/par/par018-07.htm>, consultado a 04/01/2019.

-Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 1/2006, de 26/07/2007, disponível *online* em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/4a44ee001f2cd86c802570ff005a9a4b> consultado a 01/11/2019.

-Parecer sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN n.º 52 da CNECV, 2007, disponível *online* em [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054082\\_Parecer\\_052\\_CNECV\\_2007\\_BasedadosADN.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasedadosADN.pdf), consultado a 04/01/2019.

-Relatório síntese do Ministério Público 2018, disponível *online* em [http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio-sintese-mp\\_2018\\_portal.pdf](http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio-sintese-mp_2018_portal.pdf).

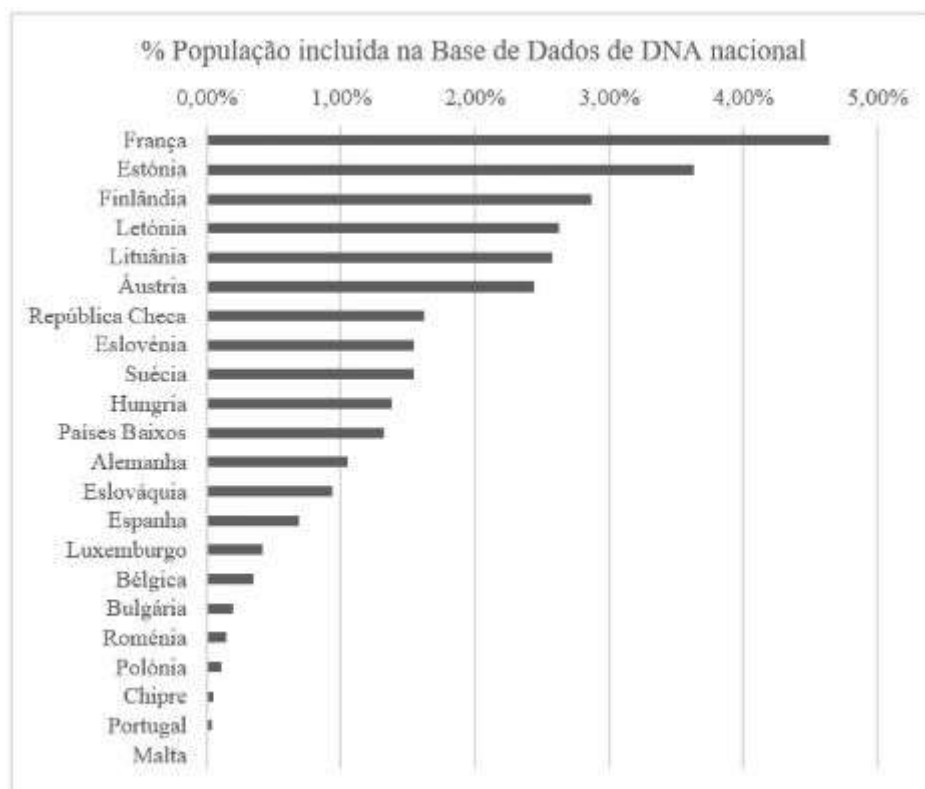
## Anexos

Quadro n.º 1- Perfis de ADN inseridos por categoria



Fonte: Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN

Quadro n.º 2- Proporção de população incluída nas bases de dados de ADN nacionais dos Estados-membros operacionais em Prüm



Fonte: ENFSI, 2016

## Figura n.º 1- Anexo I

### ANEXO I

Exmo. Senhor

1. (Nome) \_\_\_\_\_, (estado civil) \_\_\_\_\_,  
natural de \_\_\_\_\_, nascido no dia \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, titular do CC/BI n.º  
\_\_\_\_\_, válido até \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, (profissão) \_\_\_\_\_, residente  
em \_\_\_\_\_, (código Postal) \_\_\_\_\_  
(localidade) \_\_\_\_\_, com o telefone/telemóvel \_\_\_\_\_, requer a V. Ex.ª a recolha de  
amostras para a análise laboratorial, com fins de obtenção do perfil, nos termos e para os efeitos previstos  
na Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro.

2. O perfil de ADN destina-se a:

- Ficheiro de voluntários (alínea a), nº 1, art.º 15º) sem declaração prevista no nº 4, art.º 6º).
- Ficheiro de voluntários (alínea a), nº 1, art.º 15º) com declaração prevista no nº 4, art.º 6º), na qual declaro  
não autorizar o cruzamento do meu perfil para efeitos de investigação criminal, comprometendo-me a  
efetuar o pagamento de custos com a obtenção de perfil de ADN.
- Ficheiro relativo a amostras-referência para identificação civil (alínea c), nº 1 art.º 15º).
- \_\_\_\_\_

3. Informação relativa ao pedido (a indicar no verso desta folha).

\_\_\_\_\_, de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_  
(Assinatura conforme a do CC/BI)

Anexo: Fotocópia do documento de identificação

Fonte: Regulamento n.º 827/2019 do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.

Figura n.º 2- Anexo II- A (frente)

ANEXO II -A  
**Auto de colheitas de amostras e de identificação em voluntários**  
(artigo 6.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro)

Local da colheita: _____	Data da Colheita ____/____/____
Hora da colheita ____ h ____ m	Proc.º do Serviço nº _____

<b>Examinado:</b> _____
Cartão de Cidadão nº _____ Válido até ____/____/____
ou outro documento de identificação _____
Data de Nascimento ____/____/____ Nacionalidade _____
1 – Declaro que não recebi transfusão de sangue e/ou transplante de órgãos.
2 – Declaro que autorizo que me seja tirada uma fotografia, bem como sejam registados os meus dados pessoais relevantes para a perícia, com respeito pelo direito à reserva da vida privada e salvaguardando o segredo de justiça.
3 – Declaro que sou titular do documento de identificação apresentado e acima descrito, autorizando que seja efetuada cópia do mesmo.
4 – Declaro que recebi, por escrito, a informação prevista no art.º 9.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.
5 – Declaro que dou o meu consentimento livre e informado para a colheita de amostras biológicas e para a obtenção do meu perfil de ADN, bem como para a sua inserção, comunicação e interconexão, nos termos da Lei n.º 5/2008 de 12 de fevereiro.
6 – Declaro que não tenho conhecimento da existência de um irmão gêmeo monozigótico (verdadeiro).
Assinatura do examinado (conforme documento de identificação)
_____

O técnico responsável procedeu à(s) colheita(s) devidamente identificada(s):  
Nº \_\_\_\_ zangaratoa(s) bucal(is) / Nº \_\_\_\_ outras (especificar) \_\_\_\_\_

- Por este meio confirmo que:
- |   |                              |                              |
|---|------------------------------|------------------------------|
| - Verifiquei o documento de identificação e os dados retirados do mesmo | <input type="checkbox"/> Sim | <input type="checkbox"/> Não |
| - Foi retirada uma fotografia   | <input type="checkbox"/> Sim | <input type="checkbox"/> Não |
| - Foi colhida a impressão digital                                       | <input type="checkbox"/> Sim | <input type="checkbox"/> Não |
| - Foi assinado na minha presença o presente auto                        | <input type="checkbox"/> Sim | <input type="checkbox"/> Não |

Para constar lavrou-se este auto que depois de lido assinarei:  
Colheita efetuada por (nome/assinatura) \_\_\_\_\_  
Dados recolhidos por (nome/assinatura) \_\_\_\_\_

**Impressão digital do examinado** (indicador direito)

Fonte: Regulamento n.º 827/2019 do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.

Figura n.º 3- Anexo II- B (frente)

ANEXO II -B  
**Auto de colheitas de amostras para identificação civil**  
(artigo 7.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro)

Local da colheita: _____	Data da Colheita ____/____/____
Hora da colheita ____ h ____ m	Proc.º do Serviço nº _____

Tribunal: _____	Proc.º nº. _____
-----------------	------------------

<b>Examinado:</b> _____
Cartão de Cidadão nº _____ Válido até ____/____/____
ou outro documento de identificação _____
Data de Nascimento ____/____/____ Nacionalidade _____ Grau de Parentesco _____
1 – Declaro que não recebi transfusão de sangue e/ou transplante de órgãos.
2 – Declaro que autorizo que me seja tirada uma fotografia, bem como sejam registados os meus dados pessoais relevantes para a pericia, com respeito pelo direito à reserva da vida privada e salvaguardando o segredo de justiça.
3 – Declaro que sou titular do documento de identificação apresentado e acima descrito, autorizando que seja efetuada cópia do mesmo.
4 – Declaro que recebi, por escrito, a informação prevista no art.º 9.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.
5 – Declaro que dou o meu consentimento livre e informado para a colheita de amostras biológicas e para a obtenção do meu perfil de ADN, bem como para a sua inserção, comunicação e interconexão, nos termos da Lei n.º 5/2008 de 12 de fevereiro.
6 – Declaro que não tenho conhecimento da existência de um irmão gémeo monozigótico (verdadeiro).
Assinatura do examinado (conforme documento de identificação)
_____

O técnico responsável procedeu à(s) colheita(s) devidamente identificada(s):

Nº \_\_\_\_ zaragatoa(s) bucal(is) / Nº \_\_\_\_ outras (especificar) \_\_\_\_\_

Por este meio confirmo que:

- |   |                              |                              |
|---|------------------------------|------------------------------|
| - Verifiquei o documento de identificação e os dados retirados do mesmo | <input type="checkbox"/> Sim | <input type="checkbox"/> Não |
| - Foi retirada uma fotografia   | <input type="checkbox"/> Sim | <input type="checkbox"/> Não |
| - Foi colhida a impressão digital                                       | <input type="checkbox"/> Sim | <input type="checkbox"/> Não |
| - Foi assinado na minha presença o presente auto                        | <input type="checkbox"/> Sim | <input type="checkbox"/> Não |

Para constar lavrou-se este auto que depois de lido assinarei:

Colheita efetuada por (nome/assinatura) \_\_\_\_\_

Dados recolhidos por (nome/assinatura) \_\_\_\_\_

**Impressão digital do examinado** (indicador direito)

Fonte: Regulamento n.º 827/2019 do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.

Figura n.º 4- Anexo II- C (frente)

**ANEXO II -C**  
**Auto de colheitas de amostras e de identificação em condenados**  
(artigo 8.º, n.os 2 e 3 da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro)

Local da colheita: _____	Data da Colheita ____/____/____
Hora da colheita ____ h ____ m	Proc.º do Serviço nº _____

Tribunal: _____	Proc.º nº. _____
-----------------	------------------

<b>Examinado:</b> _____ Cartão de Cidadão nº _____ Válido até ____/____/____ ou outro documento de identificação _____ Data de Nascimento ____/____/____ Nacionalidade _____  1 – Declaro que não recebi transfusão de sangue e/ou transplante de órgãos. 2 – Declaro que autorizo que me seja tirada uma fotografia, bem como sejam registados os meus dados pessoais relevantes para a perícia, com respeito pelo direito à reserva da vida privada e salvaguardando o segredo de justiça. 3 – Declaro que sou titular do documento de identificação apresentado e acima descrito, autorizando que seja efetuada cópia do mesmo. 4 – Declaro que recebi, por escrito, a informação prevista no art.º 9.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. 5 – Declaro que não tenho conhecimento da existência de um irmão gémeo monozigótico (verdadeiro).  Assinatura do examinado (conforme documento de identificação)  _____
--

O técnico responsável procedeu à(s) colheita(s) devidamente identificada(s):  
Nº \_\_\_\_ zaragatoa(s) bucal(is) / Nº \_\_\_\_ outras (especificar) \_\_\_\_\_

---

Por este meio confirmo que:

- Verifiquei o documento de identificação e os dados retirados do mesmo	<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não
- Foi retirada uma fotografia	<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não
- Foi colhida a impressão digital	<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não
- Foi assinado na minha presença o presente auto	<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não

Para constar lavrou-se este auto que depois de lido assinarei:

Colheita efetuada por (nome/assinatura) \_\_\_\_\_

Dados recolhidos por (nome/assinatura) \_\_\_\_\_

**Impressão digital do examinado** (indicador direito)

Fonte: Regulamento n.º 827/2019 do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.

Figura n.º 5- Anexo II- D (frente)

**ANEXO II -D**  
**Auto de colheitas de amostras e de identificação em arguidos**  
(artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro)

Local da colheita: _____	Data da Colheita ____/____/____
Hora da colheita ____ h ____ m	Proc.º do Serviço nº _____

Tribunal: _____	Proc.º nº: _____
-----------------	------------------

<b>Examinado:</b> _____ Cartão de Cidadão nº _____ Válido até ____/____/____ ou outro documento de identificação _____ Data de Nascimento ____/____/____ Nacionalidade _____  1 – Declaro que não recebi transfusão de sangue e/ou transplante de órgãos. 2 – Declaro que autorizo que me seja tirada uma fotografia, bem como sejam registados os meus dados pessoais relevantes para a perícia, com respeito pelo direito à reserva da vida privada e salvaguardando o segredo de justiça. 3 – Declaro que sou titular do documento de identificação apresentado e acima descrito, autorizando que seja efetuada cópia do mesmo. 4 – Declaro que recebi, por escrito, a informação prevista no art.º 9.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. 5 – Declaro que não tenho conhecimento da existência de um irmão gémeo monozigótico (verdadeiro).  Assinatura do examinado (conforme documento de identificação)  _____
--

O técnico responsável procedeu à(s) colheita(s) devidamente identificada(s):  
Nº \_\_\_\_ zaragatoa(s) bucal(is) / Nº \_\_\_\_ outras (especificar) \_\_\_\_\_

---

Por este meio confirmo que:

- Verifiquei o documento de identificação e os dados retirados do mesmo	<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não
- Foi retirada uma fotografia	<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não
- Foi colhida a impressão digital	<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não
- Foi assinado na minha presença o presente auto	<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não

Para constar lavrou-se este auto que depois de lido assinarei:

Colheita efetuada por (nome/assinatura) \_\_\_\_\_

Dados recolhidos por (nome/assinatura) \_\_\_\_\_

**Impressão digital do examinado** (indicador direito)

Fonte: Regulamento n.º 827/2019 do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.



Figura n.º 6- Anexo III

ANEXO III

**Base de dados de perfis de ADN**

**Informação relativa ao Proc. N.º \_\_\_\_\_**

A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, estabelece os princípios de criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação e regula a recolha, tratamento e conservação de amostras de células humanas, a respetiva análise e obtenção de perfis de ADN, a metodologia de comparação de perfis de ADN extraídos das amostras, bem como o tratamento e conservação da respetiva informação em ficheiro informático. A base de dados de perfis de ADN serve ainda finalidades de investigação criminal.

É expressamente proibida a utilização, análise e tratamento de qualquer tipo de informação obtida a partir da análise das amostras para finalidades diferentes das previstas no artigo 4.º da Lei (exclusivamente finalidades de identificação civil e de investigação criminal). A informação obtida a partir dos perfis de ADN pode ser comunicada para fins de investigação científica ou de estatística, após anonimização irreversível.

O tratamento dos perfis de ADN, e dos dados pessoais deve processar-se de harmonia com os princípios consagrados nos termos da legislação que regula a proteção de dados pessoais, nomeadamente, de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada e autodeterminação informativa, bem como pelos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais. O tratamento de perfis de ADN, deve processar-se no estrito respeito pelo princípio da legalidade e, bem assim, pelos princípios da autenticidade, veracidade, univocidade e segurança dos elementos identificativos.

Qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a nenhuma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica, ou que a afete de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento de dados.

Qualquer pessoa tem direito a conhecer o conteúdo do registo ou registos que lhe respeitem. Qualquer pessoa tem o direito de exigir a correção de eventuais inexactidões, a supressão de dados indevidamente registados e o preenchimento de eventuais omissões, nos termos da Lei da Proteção de Dados Pessoais.

Assim, informa -se:

a) Que os seus dados pessoais vão ser inseridos num ficheiro de dados pessoais, consoante o caso, de acordo com o artigo 15.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro (ficheiro de voluntários, ficheiro de amostras-referência para identificação civil, ficheiro de condenados, ficheiro de arguidos);

b) Que o perfil de ADN a extrair da amostra será obtido segundo as técnicas cientificamente validadas e recomendadas a nível internacional, servirá para a identificação genética e não permitirá a obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas;

c) Que o seu perfil de ADN vai ser inserido num ficheiro de perfis de ADN, consoante o caso, de acordo com o artigo 15.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro (ficheiro de voluntários, ficheiro de amostras-referência para identificação civil, ficheiro de condenados, ficheiro de arguidos);

d) Da possibilidade de cruzamento do perfil recolhido com os existentes na base de dados de perfis de ADN, podendo os dados ser utilizados para fins de investigação criminal nos casos dos ficheiros de voluntários, ficheiros de condenados ou ficheiros de arguidos, de acordo com os artigos 19.º, 19.º-A e 21.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro;

e) Que a amostra recolhida pode ser conservada num biobanco, nos casos de familiares de pessoas desaparecidas, sendo imediatamente destruídas após a obtenção do perfil de ADN, nos casos dos voluntários e condenados, de acordo com o artigo 34.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

Assinatura do examinado  
(conforme documento de identificação)

Data

Fonte: Regulamento n.º 827/2019 do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.

Figura n.º 7- Anexo IV

ANEXO IV

**Auto de destruição de amostras**

Nossa referência \_\_\_\_\_

Processo nº: \_\_\_\_\_

Sua referência (se aplicável) \_\_\_\_\_

Entidade: \_\_\_\_\_

Ofício: \_\_\_\_\_ Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

No dia \_\_\_\_\_, de acordo com o artigo 34.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, procedeu-se à destruição da(s) amostra(s) correspondente(s) ao Processo \_\_\_\_\_ relativo a (nome) \_\_\_\_\_, em conformidade com o determinado através do ofício em epígrafe (se aplicável).

**Responsáveis pela destruição de amostras:**

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

312652324

Fonte: Regulamento n.º 827/2019 do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.