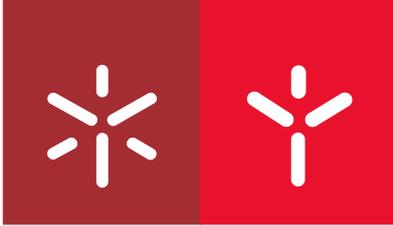


Universidade do Minho
Escola de Direito

Sara Raquel Azevedo dos Santos

**Paradigma da ponderação constitucional
legal da criação de bases de dados
genéticos para condenados**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Sara Raquel Azevedo dos Santos

**Paradigma da ponderação constitucional
legal da criação de bases de dados
genéticos para condenados**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho realizado sob orientação do
Professor Doutor Mário Ferreira Monte
e do
Juiz Conselheiro Simas Santos

outubro de 2013

Nome: Sara Raquel Azevedo dos Santos

Endereço Electrónico: sarasantos_9@hotmail.com

Título da Tese de Mestrado: Paradigma da ponderação constitucional legal da criação de bases de dados genéticos para condenados

Orientador: Professor Doutor Mário Ferreira Monte

Co- orientador: Juiz Conselheiro Simas Santos

Ano de conclusão:2013

Designação do Mestrado: Direito Judiciário

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, _____,de _____ de 2013.

Assinatura: _____

Agradecimentos

Aos meus pais, porque as minhas conquistas devem-se sempre a eles.

À Joana por ser a inspiração de todos os dias.

Ao Manel pelo amor.

Ao meu orientador, Juiz Conselheiro Simas Santos, por acalmar-me o arrebatamento típico de um primeiro trabalho em jovem idade.

Mestrado em Direito Judiciário

«Paradigma da ponderação constitucional legal da criação de bases de dados genéticos para condenados»

Autor: Sara Raquel Azevedo dos Santos

Orientador: Doutor Professor Mário Ferreira Monte

Co-Orientador: Juiz Conselheiro Simas Santos

Resumo

A perícia genético-forense apresentou-se ao Direito com toda a sedução e irresistibilidade que um meio de prova altamente fiável e determinista pode deter.

O séc. XX veio inverter a tendência garantística das legislações processuais penais, tais foram os acontecimentos causadores de medo e terror mundialmente conhecidos, como o terrorismo e a criminalidade altamente organizada. Os interesses securitários subverteram os postulados garantístico-humanísticos trazidos com os movimentos Constitucionais pós-guerras. À altura, as atrocidades cometidas pelo Estado à dignidade da pessoa humana exigiram a consagração de Direitos Fundamentais na Constituição da República inatingíveis pelo Estado. Esses Direitos devem estar ali reconhecidos, como garantia de defesa dos cidadãos perante o poder tirano e autoritário do Estado. Ainda que a mesma Constituição autorize restrições aos direitos submete-a a estritos pressupostos materiais – adequação, necessidade e proporcionalidade - previstos no artigo 18º nº 2 da CRP.

Ao processo penal, muitas vezes considerado o Direito Constitucional aplicado, compete a realização da justiça, no estrito respeito pelos DF, conciliação muitas vezes complexa que no entanto sempre se norteará pelos concretos interesses em confronto, tendo como limite a dignidade da pessoa humana. O que parece não encontrar legitimidade penal é a medida que prevê a inserção de perfis genéticos de condenados por crimes nos quais foi concretamente aplicada uma pena de prisão igual ou superior a 3 anos, uma vez que a inserção e permanência de dados altamente sensíveis e potencialmente reveladores de muitas outras informações em bases de dados Estaduais, supõe crimes futuros, que ainda não aconteceram, num de que os culpados por determinado crime, por terem delinquido voltarão a incidir na atividade criminosa e que por isso deverão suportar uma compressão permanente do seu direito à privacidade e autodeterminação informacional, à presunção da inocência (que lhe deverá ser novamente garantido mal se dê a condenação) e ao Princípio da não Autoincriminação. Tal medida enquanto restritiva de DF deverá forçosamente preencher os critérios materiais o artigo 18º s da CRP de idoneidade, necessidade e proporcionalidade e exige ainda um interesse que contra balance o suficiente com os interesses individuais constitucionalmente garantidos. Só assim a medida legislativa que impõe a inserção de perfis genéticos para condenados por crime cuja pena concretamente foi igual ou superior a 3 anos, não estará ferida de morte. Daí a urgência de uma proposta de alteração legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: ADN, Perfil Genético, Base de Dados, Condenados, Necessidade, Adequação, Proporcionalidade, Restrição de Direitos.

«Legal and Constitutional Paradigm of the creation of a Convicted Offenders' Genetic Data Base»

Abstract

Genetic and forensic expertise was introduced to Law with all the seduction and irresistibility that a highly reliable and deterministic means of proof may comprise.

The 20th century reversed the guarantee based trend of the criminal procedural legislations, such were the world renowned events that cause fear and terror, such as terrorism and highly organized crime. The safety interests subverted the postulates for humanistic guarantees brought by the post-wars Constitutional movements. At the time, the atrocities committed by the State to the dignity of the human person required the acknowledgement of Fundamental Rights in the Constitution of the Republic unattainable by the State. These rights must be recognized in it as guarantee of the protection of citizens before the authoritarian and tyrant power of the State. Even though the same Constitution allows restrictions to the rights, it submits to strict material preconditions – the appropriateness, necessity and proportionality - foreseen in article 18, paragraph 2 of the Constitution of the Portuguese Republic.

The criminal procedure, often considered the Constitutional Law applied, shall achieve justice while entirely respecting the Fundamental Rights, an often complex conciliation which, however, will always be guided by the concrete interests in confrontation, bearing the dignity of the human person as its limit. What does not seem to find criminal legitimacy is the measure that provides for the insertion of genetic profiles of convicted offenders in which a prison sentence of 3 or more years was specifically applied, since the insertion and endurance of highly sensitive data and potentially revealing of many other information in State databases presumes future crimes, which have not yet happened, on a Lombrosian assumption that the guilty, because they have committed an offense, will fall upon criminal activity again and therefore should bear a permanent compression of their right to privacy and informational self-determination, to the presumption of innocence (which they should be once again guaranteed as soon as they are convicted) and to the privilege against self-incrimination. Such measure restricting Fundamental rights must necessarily fulfill the material criteria of appropriateness, necessity and proportionality foreseen in article 18, paragraph 2 of the Constitution of the Portuguese Republic, and also requires an interest which sufficiently counterbalances with the constitutionally guaranteed individual interests. Only thus will the legislative measure, which requires the insertion of genetic profiles for convicted offenders whose penalty was not less than 3 years, not be condemned. Hence the urgent need for a legislative amendment.

KEY WORDS: ADN, Genetic Profile, Data Base, Convicted Offenders, Necessity, Adequacy, Proportionality, Restriction of Rights.

Índice

Agradecimentos:	Erro! Marcador não definido.
Resumo.....	IV
Abstract	V
Índice de ilustrações e tabelas	VIII
Lista de Siglas e abreviaturas	IX
Introdução	10
CAPÍTULO I.....	12
O ADN enquanto prova genético-forense	12
CAPÍTULO II	22
A base de dados de ADN em Portugal.....	22
Requisitos Formais Para a Inclusão de Perfis Genéticos da Base de Dados	32
CAPÍTULO III.....	34
A base de dados de perfis de ADN com finalidades identificativas à Luz do Paradigma Constitucional dos Direitos Fundamentais.....	34
A Dignidade da Pessoa Humana	41
Regime de Proteção Constitucional dos DF.....	44
O regime próprio dos DLG's do artigo 18º da CRP.....	45
Os Direitos Fundamentais afetados com a Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro	49
CAPÍTULO IV.....	73
A Crise Processual-Penal da Atualidade.....	73
O Enquadramento Probatório da Prova Genética.....	78
O CPP e a Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro	80
Ordem de Recolha em arguido e Ordem de Recolha em Condenado	87
As Finalidades da Pena como Limites às Intervenções Restritivas.....	93
Dificuldades hermenêuticas e omissões da Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro e a sua conexão com o CPP.....	95
O critério «condenados por crime dolosos com pena concreta igual ou superior a 3 anos» - nº 2 do artigo 8º da Lei nº 5/2008.....	97
O critério «pena concreta de 3 anos» para a inserção automática do ADN do arguido na base de dados».....	99
O Critério Reincidência.....	104
CAPÍTULO V	110
A Base de Dados de ADN na Cena Internacional.....	110
Critérios de Inclusão do Perfil de ADN	118

Critérios de Exclusão no Perfil de ADN da base de dados	125
Retenção da amostra de ADN	128
Críticas, Conflitos e Planos	132
CAPÍTULO ÚLTIMO	135
Uma Nova Proposta de Redação do Artigo 8º nº2 da Lei nº5/2008 de 12 de Fevereiro	135
Conclusões	139
Bibliografia	142

Índice de ilustrações e tabelas

Ilustração 1 - Molécula de ADN e constituição de um cromossoma.....	12
Ilustração 2 - Amplificação de ADN pela técnica de PCR.....	119
Tabela 1 - Critérios de Inclusão No Perfil de ADN: Áustria, Bélgica, Croácia, República Checa, Estónia, França e Finlândia	107
Tabela 2 - Critérios de Inclusão no Perfil de ADN: Alemanha, Grécia e Hungria	108
Tabela 3 - Critérios de Inclusão no Perfil de ADN: Itália, República da Irlanda, Holanda, Noruega, Irlanda do Norte, Portugal e Polónia.....	109
Tabela 5 - Critérios de Inclusão no Perfil de ADN: Escócia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido.....	110
Tabela 6 - Critérios de Exclusão do Perfil de ADN: Áustria, Bélgica, República Checa, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália.....	111
Tabela 7 - Critérios de Exclusão do Perfil de ADN: República da Irlanda, Holanda, Noruega, Irlanda do Norte, Portugal, Polónia, Escócia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido	112
Tabela 8 - Critérios de Retenção da Amostra de ADN: Áustria, Bélgica, República Checa, Estónia, Finlândia, França, Alemanha e Grécia	113
Tabela 9 - Critérios de Retenção da Amostra de ADN: Hungria, Itália, República da Irlanda, Holanda, Noruega, Irlanda do Norte e Portugal.....	114
Tabela 10 - Critérios de Retenção da Amostra de ADN: Polónia, Escócia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido	115

Lista de Siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão;
ADN – Ácido Desoxirribonucleico
AR – Assembleia da República
CFBD – Comissão de Fiscalização da Base de dados;
CNPD – Comissão Nacional para a Proteção de dados;
CODIS – Combined ADN Index System;
COI – Convicted Offenders Index;
CPP- Código do Processo Penal
CRP – Constituição da República Portuguesa
DESC's – Direitos Económicos, Sociais e Culturais;
DF- Direitos Fundamentais
DLG's- Direitos Liberdades e Garantias;
ENFSI - European Network of Forensic Science Institutes
HVR – Hiper Variable Region
INML – Instituto de Medicina Legal
LBD – Lei da base de dados
LPCOJ – Laboratório da Polícia Científica da Policia Judiciária
LPDP - Lei da Protecção de dados pessoais,
MP – Ministério Público
NADND – United Kingdom National ADN Database
NDDB – National ADN Data Bank
NDIS – National ADN Index System;
PACEA – Police and Criminal Evidence Act
PCR – Polymerase Chain Reaction
RFLP – *Restriction fragment length polymorphism*
STR – Short Tandem Repeat
TC – Tribunal Constitucional
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;
VNTR– Variable Number of Tandem Repeat.

Introdução

A Ciência ao serviço dos Tribunais não é recente, no entanto nos últimos anos a Ciência subiu às barras dos Tribunais e funciona como verdadeira *perita judicial*. Lacassagne afirmou inclusive, relativamente às perícias médico legais, que *o médico juntos dos tribunais é mais juiz do que perito*¹ tal é a determinabilidade das suas conclusões.

Compreende-se o melindre que o tratamento jurídico da Genética-Forense possa causar, dada a complexidade científica da matéria, mas diga-se que foi num pestanejar de olhos que tal discussão se assumiu para mim com toda a sua sedução inerente. É impossível, em breve considerações, descrever o extraordinário potencial científico que gira em torno do ADN. É certo que as repercussões éticas de um cada vez maior conhecimento científico do ADN sobressaem de cada vez que nos deparamos com um descobrimento científico mais relevante, tal o receio de que sejam ultrapassados os limites razoáveis de uma sociedade são baseada na dignidade humana. Um desses receios é exatamente a possibilidade de instrumentalização do ser humano, cuja preocupação é transversal à Ética e ao próprio Direito.

O presente trabalho propõe-se a indagar das questões que surgem da aplicabilidade da genética-forense no Direito, nomeadamente sobre a Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro, que aprova a criação de uma base de dados de ADN com fins de investigação criminal, da qual constarão, entre outros, perfis genéticos de condenados por crimes dolosos com pena concreta superior a 3 anos. Esta opção legislativa de medida de pena em concreto, será objeto de escrutínio doutrinal, conceptual e reflexivo. Sem prejuízo claro, de um esforço de abordagem mais superficial e genérico dos grandes problemas que a lei em si suscita, sejam problemáticas de carácter ético-jurídico, jurídico-penal e jurídico-constitucional.

A obtenção de perfis genéticos em condenados para inclusão numa base de dados, a ser-lhe atribuído uma função investigatória será sempre indireta, dado que o perfil vigorará no respetivo ficheiro para cruzamentos futuros com amostras-problema, e assim, pergunta-se, se estará aqui inerente um pressuposto segundo o qual quem cometeu já um crime terá tendência a comete-lo novamente, arrumando estes indivíduos condenados num grupo de pessoas de interesse criminógeno? Cumpre então averiguar,

¹ Lacassagne citado por Lopes, (1972, p.20);

se o pressuposto nos termos do qual é altamente provável que condenados reincidam na atividade criminalmente, para justificar motivações de investigação e identificação futura, de eficácia na investigação criminal e na realização da justiça, restringindo para tal os Direitos Fundamentais do cidadão, se dá com a mesma frequência para todos aqueles que cometam crimes e aos quais em concreto lhes foi aplicada uma pena de prisão superior a 3 anos ou se então a distinção entre pequena/alta criminalidade não é elemento definidor e diferenciador suficiente de um maior interesse persecutório destes indivíduos e já não daqueles. A verificar-se existir uma desadequada consideração por parte do legislador do elemento ‘medida concreta da pena’ como critério definidor de um grupo de indivíduos aos quais se deve prestar atenção, então discutir-se-ão outros critérios tendencialmente mais adequados. Permite-se ainda questionar se o cruzamento futuro poderá configurar um juízo de antecipação comportamental, quando o condenado, cumprida que está a pena, é um sujeito sem dívidas para com a sociedade e, não deverá, em princípio, ver-se estigmatizado pela inclusão do seu perfil numa base de dados de condenados, avaliação a ser feita tendo como suporte considerações relativas à finalidade de prevenção especial positiva da aplicação da pena;

Ter-se-á ainda em consideração, se está a base de dados rodeada de criteriosos mecanismos de segurança para que o seu acesso seja altamente restrito para finalidades de investigação criminal e civil para a qual foi criada. Serão critérios de extrema necessidade que justificarão e permitirão o armazenamento e tratamento de perfis de ADN e ainda a forma como este armazenamento e tratamento se concilia com a Lei de proteção de dados pessoais. Quem afinal controla os responsáveis pela sua manutenção? Por último e chegados ao núcleo essencial do presente trabalho, cumpre-nos analisar a legitimidade penal e a legalidade do ficheiro de perfis genéticos para condenados à luz do paradigma constitucional /legal português, aferindo do seu cumprimento pelos requisitos de admissibilidade de medidas restritivas de Direitos Fundamentais previstos no artigo 18º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e da sua integração e harmonia com a dogmática processual penal.

Ora perante este cenário e o pouco tratamento científico nesta matéria em Portugal, esgrimir-se-ão esforços de dotar o presente trabalho do maior rigor científico possível.

CAPÍTULO I

O ADN enquanto prova genético-forense

A importância do Ácido Desoxirribonucleico (ADN) para a ciência forense prende-se com a sua capacidade única de estabelecer a identidade de uma pessoa de forma inequívoca, dada a sua singularidade, irrepitibilidade, e exclusividade em cada ser vivo, tornando-o a ferramenta diferenciadora perfeita, aceite mundialmente pela sua segurança e precisão, em sede de identificação civil e criminal.

Foi Jeffreys quem pela primeira vez utilizou o termo *ADN fingerprints*, ou prova genética referindo-se a regiões do ADN que são características em cada indivíduo – os chamados polimorfismos de ADN.

O avanço da ciência e tecnologia forense culminaram em meados dos anos 80, quando as técnicas de identificação, fundadas na análise direta do ácido desoxirribonucleico, tornaram-se uma das mais poderosas ferramentas para a identificação humana e investigações criminais (BENECKE, 1997)². Normalmente associa-se a capacidade identificativa do ADN ao âmbito criminal, de determinação ou exclusão da culpabilidade de um suspeito, no entanto serve também para identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade com fiabilidade praticamente absoluta, elucidar trocas de bebés em berçários e detetar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica (PENA, 2005).

A identificação por perfis genéticos é alcançada através dos chamados marcadores genéticos ou também designados polimorfismos de ADN existentes em amostras biológicas. Significa isto que são analisadas regiões que apresentam maior variação individual e facilidade de estudo. (DUARTE, *et al.*; 2001)

Surge imperativo notar, quanto à tipagem molecular do ADN, aquilo que o torna a molécula quase perfeita: a sua alta estabilidade química mesmo após um longo

² Até então as tecnologias usadas nas perícias forenses baseavam-se em marcadores serológicos clássicos, como os grupos sanguíneos, os antígenos dos leucócitos humanos, proteínas, bem como enzimas polimórficas cuja tipagem era efetuada usando metodologias imunológicas ou electroforeticas. No entanto estes resultados conseguiam com forte fiabilidade excluir identificações mas não garanti-las., in *Genética Forense – Perspetivas da Identificação Genética; 2010; pág.: 22.23;*

período de tempo, e o facto de estar presente em todas as células nucleadas do organismo humano, o que facilita a obtenção do mesmo seja qual for a amostra biológica deixada numa cena de crime (MALAGHINI *et al.*, 2006).

A estrutura do ADN

O ADN é a molécula responsável pela transmissão das características genéticas dos seres vivos, de geração para geração, originando um código genético individual, organizado em cromossomas. O ADN de um indivíduo é igual em todas as células do seu organismo e é criado a partir da informação genética proveniente de seus progenitores, metade da mãe e metade do pai. Entre humanos, o ADN diferencia-se somente em 0,2% de pessoa para pessoa. Ainda assim, a sequência de ADN de uma pessoa nunca é igual à de outra. É uma diferenciação mais precisa do que as digitais das mãos humanas, que também não se repetem.

Estruturalmente uma molécula de ADN consiste em duas cadeias polipeptídicas compostas de quatro tipos de subunidades nucleotídicas. Cada nucleótido é constituído por uma base heterocíclica que pode ser adenina (A), guanina (G), citosina (C) e a timina (T). As duas cadeias mantem-se unidas através de pontes de hidrogénio.

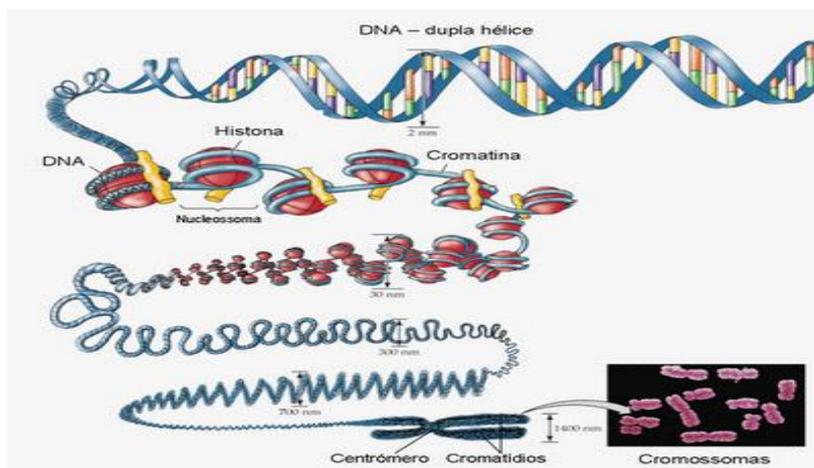


Ilustração 1 - Molécula de ADN e constituição de um cromossoma

O ADN encontra-se dividido por cromossomas e cada um deles consiste em nada mais do que uma única e enorme moléculas de ADN com proteínas associadas que se dobram e que comprimem a fina fita de ADN em uma estrutura mais compacta. A função destes é a de portar os genes - segmentos de ADN que contém as instruções para

produzir uma determinada proteína que são por isso mesmo as unidades funcionais da hereditariedade³ (PINHEIRO, 2010).

Em 1999 foi concluído o mapeamento do genoma humano e significou o conhecimento de todos os nucleótidos que constituem o organismo humano o que permitiu conhecer muitos aspetos acerca da organização dos genes nos cromossomas humanos, inclusive daquela pequena quantidade de genoma utilizado para codificar proteínas e por isso chamado de ADN codificante. O restante ADN que, à data, não parece ter função conhecida, é normalmente denominado de ADN lixo, ou *junky ADN* (ALBERTS *et al*, 2004);

O ADN de um organismo codifica todas as proteínas necessárias para a construção de todas as células de um organismo em todas as suas diferenciações, inclusive as responsáveis pelos caracteres físicos que cada um possui. Assim no processo de divisão celular, o seu material nuclear (cromatina) perde a aparência relativamente homogénea típica das células que não estão em divisão e condensa-se numa série de organelos em forma de bastão, denominados cromossomas. A mitose é o nome dado ao processo habitual de divisão das células somáticas, pela qual o corpo cresce, se diferencia e realiza reparos. A divisão mitótica resulta normalmente em duas células-filhas, cada uma com cromossomos e genes idênticos aos da célula-mãe. Partindo do conhecimento de que os genes comportam todas as características físicas dos seres vivos e sabendo que a reprodução humana se dá pela junção de duas células humanas (metade do progenitor e outra metade da progenitora), é através deles que se dá a transmissão à descendência dos traços típicos de característicos de cada espécie. Podemos assim atribuir ao ADN duas funções vitais à manutenção de uma espécie, por um lado contém uma espécie de códigos de produção de proteínas com vista ao cumprimento de todas as funções essenciais à vida, e por outro cumpre a sagrada função de perpetuação de uma espécie através do processo de replicação ou duplicação.

O ADN mitocondrial

Até agora referimo-nos ao ADN nuclear, aquele que existe no interior do núcleo de todas as células que compõem o organismo humano. No entanto, é de enorme relevância prática referir um outro tipo de ADN – o *ADN mitocondrial* (ADNm). Este,

³ A definição de gene não é linear uma vez que vários deles produzem moléculas de RNA e não apenas proteínas. Também essas executam uma série de funções catalíticas e estruturais nas células.

tal como aquele, existe em todas as células mas já não no seu núcleo mas antes nos organelos celulares do citoplasma, em particular, nas mitocôndrias. É de origem materna e numa mesma célula existem múltiplas cópias desta molécula, ao passo que cada núcleo celular possui apenas uma molécula de ADN nuclear. A sua importância na ciência genética forense prende-se exatamente com esta última característica relativa à sua quantidade em cada célula, uma vez que perante amostras já degradadas em que o ADN nuclear possa estar destruído, a probabilidade de se encontrar pelo menos uma molécula de ADNm intacto é elevada, face à sua maior quantidade numa única célula.

ADN codificante e ADN não codificante

A informação que o ADN fornece depende da sequência em que as bases estão dispostas. Sequências de ADN que determinam, segundo a ordem dos seus nucleótidos, dada proteína, constituem o chamado *ADN codificante*. Por sua vez, o *ADN não codificante*, que por sinal ocupa cerca de 90% de todo o genoma, é aquele que não codifica nenhuma proteína, e à data, desconhece-se a sua função. No entanto, atuando enquanto material intercalante, pensa-se que a sua função seja crucial para evolução ao longo do tempo e para a expressão correta dos genes. Estranhe-se aliás que tamanha percentagem de material genético persista ao longo da evolução sem qualquer função, dada a eficiência característica dos organismos vivos, pelo que esse desconhecimento passará antes por um ainda limitado conhecimento a respeito (ALBERTS *et al*, 2004).

Apesar da aparente irrelevância funcional no organismo é ao ADN não codificante que a ciência genética forense deve a sua sacralizada atuação no campo da identificação, devido à sua já referida variação inter-individual, o que permite que funcione enquanto instrumento de discriminação, diferenciação e identificação dado ser exatamente ao nível do ADN não codificante que cada humano é único e irrepetível. O culminar deste aparente requinte probatório reside no facto de que a partir dele não é possível se conhecerem (que se saiba à data) outras informações pessoais do indivíduo, nomeadamente propensões para determinadas patologias ou traços de personalidade, deixando incólume a sua utilização para fins de investigação criminal.

O ADN não codificante pode surgir apenas enquanto simples cópia preenchendo os espaços entre as regiões codificantes do genoma, ou *ADN repetitivo* que nos surge sob a forma de múltiplas cópias reiterando a mesma informação por vários exemplares. O Genoma Humano é aliás formado por curtas sequências organizadas em repetidas

séries de nucleótidos. Estas sequências podem ser moderadamente repetitivas (entre 10^3 a 10^5 cópias) ou altamente repetitivas (10^5 cópias).

Mini-satélites e Micro-satélites

Na Ciência Forense o número de repetições das sequências de nucleótidos ideal é o que se dá em *tandem*. Dentro deste podemos falar em sequências repetitivas de 2 a 6 pares de bases chamados de *microssatélites* ou STRs (*short tandem repeat*) ou sequências repetitivas de 10 a 60 pares de bases a que se dá o nome de *minissatélites*, VNTR (*Variable Number of Tandem Repeats*) ou ainda polimorfismos.

O ADN que forma as regiões hipervariáveis (HVR – *Hiper variable Regions*) do genoma, proporciona a existência de uma grande variação entre os indivíduos de uma população. Esta variação consiste no número de vezes que a sequência (*core*) se repete e é variável de indivíduo para indivíduo. Esta parte do genoma é a que tem maior interesse médico-legal.

Técnicas Forenses de Identificação Genética

As primeiras técnicas forenses de identificação humana eram convenientes apenas para análise de ADN de amostras biológicas que contivessem ADN de origem nuclear. Atualmente, com a implementação do sequenciamento do ADN mitocondrial, essa limitação tem sido superada (LEE LAAD, 2001). Se antes, impressões digitais e outras pistas eram usadas para desvendar crimes; hoje, são inúmeras as origens biológicas das quais o ADN pode ser extraído.

Podemos encontrá-lo em pequenas amostras de sangue, ossos, sêmen, cabelo, dentes, unhas, saliva, urina, entre outros fluidos, e análises cuidadosas desse material ajudam a identificar criminosos (BENECKE, 2002). As aplicações da Biologia Molecular no laboratório criminal centralizam-se, em grande parte, na capacidade da análise do ADN em identificar um indivíduo a partir de cabelos, manchas de sangue e fluidos corporais, entre outros itens recuperados no local do crime. Essas técnicas são conhecidas como datiloscopia genética (*genetic fingerprinting*), embora o termo mais preciso e utilizado para designá-las seja **perfil de ADN** (BROWN, 2001). O perfil de ADN baseia-se na segurança de que os gémeos idênticos são os únicos indivíduos que

possuem cópias idênticas do genoma humano, mas este, em indivíduos diferentes, contem muitos polimorfismos, regiões onde a sequência de nucleótidos difere em cada membro da população. Para ser considerado um polimorfismo, o alelo raro de um determinado *loco* deve estar presente em mais de 1% dos indivíduos da população. Assim, com esta grande variação no número e no tipo de variações, fica possível identificar uma pessoa com base no seu padrão de polimorfismos (BROWN, 2001). A tipagem do ADN para finalidades forenses baseia-se nos mesmos princípios fundamentais e usa as mesmas técnicas que são rotineiramente empregadas em uma ampla variedade de situações médicas e *genéticas*, tais como: o diagnóstico e o mapeamento genético (DUARTE *et al.*, 2001). O ADN é ainda resistente a muitas condições que destroem a maioria dos outros compostos biológicos, como as proteínas. Além disso, somente serão necessárias algumas células nucleadas, que contenham pequenas quantidades de ADN, para a identificação de um indivíduo. Por essas razões, as análises de ADN frequentemente originam resultados úteis em situações em que os métodos mais antigos, como os que empregavam grupos sanguíneos e enzimas, fracassavam (DUARTE *et al.*, 2001; SCHNEIDER, 1997).

Com uma incrível sensibilidade e poder de discriminação, a análise de ADN tem sido a “*figura-chave*” e promete grandes progressos no campo da ciência forense (LEE e LAAD, 2001). Por possuir um alto poder de discriminação a tipagem do ADN tem fornecido aos investigadores uma grande hipótese de excluir suspeitos que não estão relacionados com cenas do crime (BAECHTEL e COMEY, 1996). O número de tribunais que tem aceite evidências baseadas no ADN de forma quase cega cresce a cada dia. Porém, os resultados de tipagens devem reger-se por estritas regras de colheita, manuseamento, acondicionamento, e processamento. Nas últimas décadas, muitas técnicas foram desenvolvidas, objetivando a identificação genética precisa de indivíduos. Entre elas, as mais significativas são: RFLP, VNTR, PCR e STR (ALBUQUERQUE, 2004).

ADN fingerprinting

Inicialmente, para se detetarem os *loci minissatélites* foram utilizadas as sondas *multilocus* no sentido de se obter um ADN *fingerprint*, ou impressão digital. A técnica de ADN *fingerprinting*, apesar de atualmente não ser a técnica utilizada, tem sido fundamental em vários aspetos. O seu exponencial desenvolvimento no sentido de

identificação de cadáveres por comparação de sequências de ADN em amostras de ossos, dentes e amostras de cabelos tem-se verificado a vários níveis - desde na sequência de ataques terroristas passando também pelos crimes violentos (LEWIS, 2010). Para a execução da técnica são seguidos alguns passos. Inicialmente isola-se o ADN, onde se recupera o ADN a partir das células ou tecidos (apenas uma pequena quantidade de tecido é necessário, podendo ser sangue, cabelo ou pele, por exemplo). Seguidamente há o corte, dimensionamento e classificação: uso de enzimas de restrição para corte de ADN em locais específicos. Pela eletroforese, os fragmentos de ADN são separados e posteriormente analisados. Em terceiro lugar, transfere-se o ADN para o *nylon*. De seguida, a sondagem é feita pela adição de sondas radioativas produzindo um padrão chamado de impressões digitais de ADN. Cada sonda liga-se a locais específicos na folha de *nylon*. Por último, a impressão digital do ADN final é construído usando várias sondas simultaneamente (PRETTY and SWEET, 2001).

No entanto no que à investigação forense diz respeito, esta técnica fracassou quer pela dificuldade da sua standardização, pela dificuldade que revela na criação de base de dados, e a dificuldade de interpretação estatística dos seus resultados (RODRIGUES, 2009).

Electroforese

A eletroforese permite a separação das sequências nucleotídicas por tamanho, carga, forma e compactação com base na carga negativa de uma fita de ADN. Os fragmentos de ADN são colocados em um gel electroforético, fazendo passar uma carga elétrica pelos mesmos e analisando os que migram mais rapidamente mais lentamente em função do peso, permitindo um controlo daqueles fragmentos que migram maior distância do que migram menos distância. No final, moléculas de ADN com baixa massa estarão mais próximas do polo positivo e as com mais alta massa estarão mais próximas do polo negativo (COSTA, 2003).

RFLP, VNTR e STR associados à PCR

A tipagem de RFLP foi a primeira tecnologia usada em testes de ADN forense, sendo adotada para uso em diversos países. Apresenta como grande *handicap* o facto de

necessitar de grandes quantidades de amostras em bom estado de conservação e daí não ser adotada com frequência.

O método de PCR tem uma significativa vantagem sobre a técnica anterior de RFLP, baseada em *southern*, pois necessita de uma quantidade bem menor de ADN para análise e, além disto, é um teste muito mais rápido, podendo utilizar amostras muito degradadas, tendo a certeza de resultados satisfatórios (SHULLER *et al.*, 2001). Assim, todos os polimorfismos descritos anteriormente são, atualmente, investigados através de PCR. Quando a tipagem de ADN através de PCR é obtida, uma série de vantagens são adquiridas. A mais importante delas é a possibilidade de análise de amostras com elevado grau de degradação, uma vez que não se exige que as moléculas de ADN estejam intactas, dado que a extensão de ADN a ser investigada é muito pequena. Além disto, outras vantagens são também apontadas como a possibilidade de utilização de pequenas quantidades de ADN, a avaliação concomitante de um grande número de locos, garantindo um maior poder de discriminação, e a rapidez do procedimento. Enquanto, na análise de STR através de PCR, apenas a região de interesse será amplificada: com o *Southern*, era necessário que o ADN genómico inteiro estivesse no gel (KASHYAP *et al.*, 2004). Com o advento dos métodos automatizados, uma série de *kits* comerciais para tipagem de STR estão disponíveis, o que demonstra a importância destes marcadores na genética forense.

PCR

O processo de PCR foi descrito por Kary Mullis, em 1983, tendo-lhe sido posteriormente, em 1993, atribuído o Prémio Nobel da Química pelo seu trabalho. Em 1989, a Hoffman La Roche & Perkin-Elmer Corporation patenteou este processo.

O PCR permite que o ADN de uma região selecionada do genoma seja amplificado um bilião de vezes, “purificando” efetivamente este ADN, do restante do genoma. (LEWIS, 2010).

Dois conjuntos de *oligonucleótidos* de ADN, escolhidos para quebrar as ligações estabelecidas na sequência de nucleótidos desejada do gene, são sintetizados por métodos químicos, os *primers*. Esses *primers* são então utilizados para iniciar a síntese de ADN nas cadeias simples geradas pelo aquecimento do ADN do genoma inteiro. O ADN novo sintetizado é produzido numa reação catalisada *in vitro* por uma ADN polimerase purificada, e os *primers* permanecem nas extremidades 5' dos fragmentos

finais de ADN que são produzidos (base de nucleótidos são adicionados aos *primers* na direção 5' para 3'). Como cada ciclo requer um breve tratamento de calor para separar as duas cadeias de dupla hélice de ADN molde, a técnica requer a utilização de uma polimerase especial, isolada a partir de uma bactéria termofílica, que é estável a temperaturas muito mais altas que o normal, desta maneira esta não é desnaturada pelos tratamentos repetidos de calor. Após cada ciclo de síntese de ADN, os fragmentos novos gerados servem, por sua vez, como molde, e dentro de poucos ciclos o produto predominante é uma única espécie de fragmentos de ADN cujo comprimento corresponde a distância entre os dois *primers* originais.

Na prática, 20 a 30 ciclos de reação são necessários para a amplificação efetiva do ADN, com o produto de cada ciclo servindo como ADN-molde para o próximo, daí o termo “reação em cadeia” pela polimerase. Um único ciclo necessita somente cerca de cinco minutos, e o procedimento inteiro pode ser facilmente automatizado. A PCR, portanto, torna possível a “clonagem molecular livre de células” de um fragmento de ADN em poucas horas.

Esta técnica é agora utilizada como rotina para clonar diretamente ADN de genes de interesse, iniciando com ADN genómico, ou com RNAm isolado a partir de células. O método de PCR é extremamente sensível: pode detetar uma única molécula de ADN numa amostra. Os traços de ARN podem ser analisados da mesma maneira, transcrevendo-os primeiro em ADN com transcriptase reversa. Apesar de ser a técnica eleita pelos laboratórios forenses por bastar à sua realização uma amostra mínima de ADN, apresenta como limitação a possibilidade de contaminação da amostra (DUARTE *et al*; 2001).

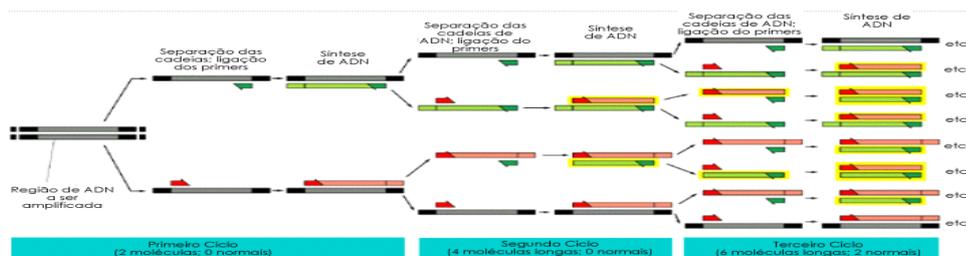


Ilustração 1- Amplificação de ADN pela técnica de PCR

Sequenciação de ADN

Por volta de 1970 foi possível a sequenciação de diversas cadeias de ADN através do método de *dideoxi*. Este método baseia-se no uso de *dideoxirribonucleotidos* como finalizadores da síntese de uma cadeia de ADN realizada *in vitro*. Os *dideoxirribonucleotidos* são derivados de *desoxirribonucleotidos* sem o grupo hidroxilo 3', impedindo a ligação de um outro *desoxirribonucleotido*.

Para iniciar a técnica são colocados num tubo de ensaio a cadeia simples de ADN de cadeia simples a ser sequenciado, ADN polimerase para sintetizar a nova cadeia, *desoxirribonucleotido* e *dideoxirribonucleotidos*. São necessários quatro tubos de ensaio: cada um apresenta um *dideoxirribonucleotidos* com uma base azotada específica (guanina, citosina, timina e adenina). Assim, a síntese da cadeia molde de modo aleatório, faz-se até ao surgimento de um *dideoxirribonucleotidos*. Ião, portanto, produzir-se um conjunto de cadeias de ADN de comprimento distinto. O comprimento exato de cada uma das cadeias irá ser analisado aplicando a técnica de eletroforese, em que cada poço conterà as amostras de cada um dos tubos de ensaio utilizados. Os novos fragmentos sintetizados são detetados por um marcador, radioativo ou fluorescente que foi incorporado no *primer* iniciador ou num dos *desoxirribonucleotidos*.

Para a análise do gel de eletroforese, tornando possível a sequenciação de ADN, sabe-se que cada coluna apresenta os fragmentos de ADN terminados por um único tipo de *dideoxirribonucleotidos*. Fazendo a leitura das bandas ordenadamente (dos fragmentos menores para os fragmentos maiores) e por todas as quatro colunas presentes no gel, a sequência do ADN em estudo, no sentido 5'-3', é então determinada.

Nos dias de hoje a sequenciação de ADN é feita de forma automática recorrendo a diversos programas existentes no mercado (ALBERTS *et al*, 2004).

Descoberto o ADN enquanto molécula biológica com características únicas em cada individuo permitindo uma identificação certa e segura abriram-se as portas à sua utilização no campo do Direito assentando no pressuposto de que, a partir desta molécula, poderiam fazer-se comparações entre amostras biológicas deixadas em locais de crime e os suspeitos do cometimento do mesmo para que a sua condenação assente em certezas científicas e intocáveis. Mais foi-se mais longe, até à criação de um banco de dados de perfis genéticos onde se armazenariam perfis genéticos de amostras biológicas encontradas em locais de crimes e onde constariam perfis genéticos de

suspeitos e/ou condenados a título permanente de forma a poderem fazer-se comparações.

Feita uma breve passagem sobre as características da molécula de ADN e sobre a actuação e procedimento laboratorial necessária à obtenção de perfis genéticos, cumpre agora passar à abordagem jurídica, esta sim de interesse para o presente.

A obtenção de perfis genéticos em sede de investigação criminal contra a vontade do arguido e/ou condenado e a sua inclusão em bases de dados de ADN não é pacífica do ponto de vista jurídico-constitucional, uma vez que a sua obtenção, a inclusão e tratamento de dados genéticos poderá suscitar questões de (in) constitucionalidade, no que toca ao momento da sua recolha quando interpretada como invasão corporal e violação da integridade física e moral do indivíduo, no momento da sua análise se interpretada enquanto invasão da vida privada e da autodeterminação informacional, no que toca ao seu enquadramento enquanto elemento probatório dado o Princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, assim como numa fase pós-sentença através da inclusão de perfis genéticos em bases de dados de ADN à luz do Princípio da Reserva da Intimidade da vida privada, da Autodeterminação Informacional, da Presunção da Inocência.

CAPÍTULO II

A base de dados de ADN em Portugal

Demonstrada a importância da informação genética no que toca à identificação de indivíduos enquanto ferramenta preponderante na solução de investigações criminais e na prevenção do crime, cumpre averiguar se a sua utilização se configura como atentatória dos Direitos Fundamentais da pessoa *«al punto de que se hace referencia frecuentemente a que el individuo se convierte para el Estado en un sujeto absolutamente transparente»* (ETXEBERRÍA GURIDI, 2003).

A base de dados de perfis genéticos de culpados por determinado crime surgiu em Inglaterra em 1995 e desde então quase todos os países ocidentais a implantaram, ainda que com diferentes âmbitos de aplicação. Uma base de dados genéticos pode ser entendido como um conjunto estruturado de resultados de testes de ADN, os chamados

perfis de ADN, que se conservam materialmente em registos manuais ou numa base de dados informatizada (MONIZ, 2002). Foi inicialmente pensada para o combate aos crimes sexuais, dado serem este tipo de crimes aqueles que permitem a obtenção de amostras biológicas dos criminosos e ainda porque para este tipo de crimes, na grande maioria das vezes, a única prova limitava-se ao depoimento da vítima. Contudo, logo se aproveitaram as vastas potencialidades da prova genética para a estender a outros crimes, como o homicídio, terrorismo e outros de maior poder lesivo. Para muitos outros crimes se seguiu a previsão da possibilidade do uso da prova genética, inclusive crimes de menor gravidade como o furto (MORA SÁNCHEZ, 2001).

Em Portugal a base de perfis genéticos está prevista desde Março de 2008 desde a entrada em vigor da Lei n.º 5/2008 de 12 de Fevereiro que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação, cujo objetivo é a identificação de pessoas através de perfis genéticos para finalidades civis e forenses. A finalidade de identificação Civil é conseguida através da comparação de perfis de ADN relativos a amostras de material biológico colhido em pessoa, em cadáver, em parte de cadáver ou em local onde se proceda a recolhas com aquelas finalidades. A finalidade da investigação criminal, é perseguida através da comparação de perfis de ADN de amostras de material biológico colhidas em locais de crimes com os perfis de arguidos ou com os perfis de condenados já inseridos na base com vista à obtenção de um *match* ou à sua exclusão

Note-se que a Lei n.º 5/2008 no seu artigo 4º relativo às *finalidades da presente lei*, e ao artigo 8º relativo à *recolha de amostras com finalidade de investigação criminal* são omissos quanto à finalidade da recolha e integração do perfil genético dos já condenados, portanto, fora do espaço temporal da atividade investigatória (a não ser a futura). Não servindo para estes ficheiros a finalidade prevista no artigo 4º, parece-nos ser uma mera omissão legal.

Pode ler-se na Apresentação da Proposta de Lei da base de dados de perfis de ADN, que ocorreu na delegação do Sul do Instituto Nacional de Medicina Legal, em Lisboa a 1 de Junho de 2006 que “*Esta medida contribuirá, com mais eficácia, para a descoberta dos verdadeiros autores dos crimes e para a dedução de uma acusação bem-sucedida. Não menos importante, contribuirá para inocentar quem tenha sido injustamente acusado. A criação desta base de dados insere-se também numa lógica de cooperação transfronteiriça com vista ao combate à criminalidade organizada. Num*

mundo em constante mutação e cada vez mais inter-conectado, o intercâmbio de informações entre Estados em matéria de segurança assume particular relevância, quando segurança interna, relações transfronteiriças e segurança externa se interrelacionam cada vez mais estreitamente. A criação de uma base de dados utilizável informaticamente permite a troca de informações e a mobilização de dados, e o seu cruzamento nos termos acautelados pela lei segundo padrões de rigorosos que estão a ser implementados no plano europeu.”

Foram objetivos de investigação criminal e exigências de eficácia da justiça norteadoras aliás, do Estado de Direito Democrático, que motivaram a criação em Portugal deste mecanismo de investigação criminal, aliada a compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português para com a Comissão Europeia que desde 1992 vem expressando desejos de que todos os países da União Europeia tenham a sua base de dados nacional, de que a desenvolvam e partilhem essa informação a nível europeu.

Na verdade, o objetivo inicial do Estado Português foi a criação de uma base de dados de ADN de carácter universal, que incluiria toda a população portuguesa, objetivo, a nosso ver, felizmente reavaliado, ainda que essa aspiração persista, tal é o objetivo de alargamento progressivo e gradual da base de dados de ADN. As propostas de alterações à Lei nº 5/2008 vão no sentido de a tornar menos restritiva, alargando, por exemplo, o leque de crimes que permitem a inserção do perfil de condenado na base de dados de ADN, diminuído o limite de pena concreta aplicada de três para dois anos, ou mesmo um ano. Quanto à aspiração de uma base de dados de carácter universal concordamos com FARIA COSTA, quando diz *“Podemos aceitar que se faça, coercivamente, o registo de ADN relativamente a criminosos altamente criminosos, depois do trânsito em julgado, mas já não aceitamos nem achamos que seja proporcional que se o faça para cidadãos comuns”* (COSTA, 2009). Numa orientação de pendor securitário disse o legislador que o objetivo de tal base de dados genéticos era essencialmente reconhecimento e identificação de corpos em caso de catástrofes, intenções que nos suscitam algumas reservas. Ainda assim somos da opinião, que a implementação de uma base de dados de carácter universal levantaria uma série de objeções constitucionais respeitantes à violação do núcleo essencial de Direitos Fundamentais e ao termos do artigo 18º nº 2 da CRP. (BRAVO, 2010)

A opinião de peritos é a de que «*Num país como Portugal, de brandos costumes e baixa criminalidade*» uma base de dados não universal se afigura como a mais adequada. (MACHADO, 2011).

Estabelece a lei que a obtenção de perfis de ADN 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 do Processo Penal, (cf. art.º8 n.º 1 da Lei nº5/2008). Este artigo 172º do CPP insere-se no regime previsto para os exames, nos termos do qual «*Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente*». Já na recolha de ADN em condenados, estabelece o art.º 8 n.º 2 da Lei que, esta é ordenada mediante despacho do juiz de julgamento, submetendo-a a dois requisitos: impossibilidade de recurso da decisão condenatória e condenação por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos. O conteúdo deste n.º 2 será criteriosamente discutido no Capítulo IV, por ser o objeto fulcral do presente trabalho pelo que nesta parte, abtemo-nos de mais desenvolvimentos

O artigo 5º da Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro estabelece como entidades competentes para as análises médico-forenses o Laboratório da Polícia Científica da Polícia Judiciária (LPCOJ), e o Instituto Nacional de Medicina Legal (INML), sendo que «A análise dos perfis de ADN pode ser realizada por outros laboratórios, mediante autorização do Ministério da Justiça e do ministério que exerça tutela sobre eles». Note-se que tal redação derivou da primeira alteração à lei 5/2008 de 12 de Fevereiro através da Lei n.º 40/2013 de 25 de Junho. Alteração essa que se limitou ao artigo 5º n.º 2 e 3º n.º 2, n.º 3 e n.º 4. Portanto, a primeira alteração à Lei nº 5/2008, face a todas as problemáticas que aquela levanta e que serão tratadas adiante, foi desanimadora, dado ter o legislador aí tido a oportunidade de dotar a lei de maior eficácia e aproximação/conformação constitucional. Deixamos no entanto tais considerações para os capítulos que se seguem.

Até essa alteração, sob proposta do Laboratório da Polícia Científica da Polícia Judiciária (LPCOJ), e do Instituto Nacional de Medicina Legal e com autorização do Ministério da Justiça e do ministério que tutela o laboratório proposto, a análise dos perfis de ADN podia ser realizada por outros laboratórios. Fomentando tal redação a violação das regras da concorrência por deixar ao dispor da entidade competente para a

realização de determinada tarefa a decisão de atribuir as mesmas competências a outros laboratórios.

Do artigo 6º ao artigo 13º da Lei nº 5/2008 regulam-se as especiais condições de recolha das amostras biológicas.

O artigo 10º demonstra, reconheça-se o esforço e a preocupação do legislador por reduzir ao mínimo a violação, aqui, do Direito à Integridade Física do agente, prevendo a zaragatoa bucal, (mera recolha de saliva) como método a realizar na colheita de material biológico.

O artigo 11º da Lei da Base de Dados (Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro) vem concretizar o Princípio do Contraditório - prevendo a conservação de uma parte bastante e considerável da amostra para a realização de contraprova. É esta a dimensão intersubjetiva inerente ao processo decisório penal português, nos termos dos quais tem de garantir-se a possibilidade permanente de refutação ou contraprova de hipóteses em que se sustenta a acusação, a que acresce o dever de participação na construção da decisão que identifica o modelo de audiência de julgamento, transmite-se igualmente ao modelo de fundamentação da sentença. Apesar da previsão legal, a sua concretização não vai para além do aqui referido. Exigia-se uma regulamentação mais detalhada nomeadamente sobre quem a pode requerer, se apenas o agente enquanto destinatário da proteção conferida pelo artigo, ou se acrescidamente o Ministério Público (MP), na qualidade de *dominus litis* da ação penal e /ou o juiz. Outro problema é o de saber, o que acontece, caso a amostra problema, por ser pouca a sua quantidade ou já avançado o seu estado de conservação, não permitir a contraprova. Quer porque não há mais material quer porque já não esta em condições de fornecer um resultado conclusivo, ou pense-se, na possibilidade de contaminação por qualquer erro ou acidente laboratorial. Ora nestas hipóteses, estaria vedado ao arguido a realização do contraditório, garantia de defesa constitucionalmente protegida (artigo 32º nº 2 da CRP). Infelizmente, as nulidades de prova em processo penal implicam a sua previsão expressa, (artigo 119º do CPP) acrescentando a isto o âmbito pouco concretizador do princípio do contraditório. Estabeleça-se o paralelismo com a também possibilidade de subversão do princípio do contraditório nas hipóteses mencionadas e o artigo 188º nº 6, que permite a destruição das escutas pelo juiz antes mesmo de as mesmas terem sido conhecidas pelo arguido. Sobre a constitucionalidade deste nº 6 já se pronunciou o Tribunal Constitucional⁴. Uma

⁴ Veja-se Ac TC 70/2008; Ac TC 660/2006; Ac TC 127/2009;

das possibilidades de ultrapassar tal fragilidade é a de, aquando do tratamento das amostras encontradas nos locais de crime, ser sempre feita a PCR (*Polymerase Chain Reaction*) que permite a criação de múltiplas cópias de ADN sempre que a amostra exista em pouca quantidade, zelando pela possibilidade se ser efetivado o Direito à contraprova.

O artigo 11º da Lei da Base de Dados (LBD) garante a exclusiva utilização dos marcadores de ADN absolutamente necessários à identificação do seu titular, sendo certo que será sempre utilizado ADN não codificante. A este respeito refira-se o parecer da Comissão Nacional para a Proteção de Dados (CNPd) 9/2013. Tenha-se sempre em conta a «*incerteza sobre a não revelação da informação do ADN não codificante, sobre a evolução da tecnologia e a certeza da obtenção de informação a partir desse aparte do ADN*». A potencialidade da informação fornecida através do ADN é ainda desconhecida, e dado o ritmo da evolução tecnológica e científica, aquilo que é hoje considerado uma certeza, pode deixar não o já ser amanhã, e cremos não haver uma correta ponderação, ou mesmo noção, entre os riscos que a existência de informação tão sensível em suportes informáticos comporta e as reais vantagens que atualmente se estão a retirar dessa realidade.

Nos termos do art.º 15 da Lei nº 5/2008 a base de dados de perfis genéticos é constituída por 6 tipos de ficheiros: um ficheiro contendo a informação relativa a amostras de voluntários, um ficheiro contendo a informação relativa a «*amostras-problema*» com finalidade de investigação civil⁵, um ficheiro contendo a informação relativa a «*amostras referência*» de pessoas desaparecidas, ou amostras dos seus parentes, um ficheiro contendo a informação relativa a «*amostras problema*»⁶, recolhidas em local de crime, um ficheiro contendo a informação relativa a amostra de pessoas condenadas em processo-crime, por decisão judicial transitada em julgado e por ultimo um ficheiro contendo a informação relativa a amostras dos profissionais que procedem à recolha e análise das amostras. Para o presente trabalho importarão apenas 2 desses ficheiros - os relativos a «*amostras problema*», recolhidas em local de crime e aquele que contém perfis genéticos de condenadas em processo-crime, por decisão

⁵ Amostras relativas a cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a recolhas, com finalidades de identificação civil;

⁶ *Amostra – problema*» reconduz-se a matéria biológica de origem humana como a saliva, sémen, cabelo, pelo, dentes, ossos, entre outros que são deixados no local de crime (*Da Prova Penal*; Rodrigues; Benjamin; Silva; 2009; pág. 342).

judicial transitada em julgado dado que são estes os ficheiros aqueles que existem permanentemente e que cumprem a finalidade de identificação criminal, essa sim de relevância teórico-prática para o Direito;

A base de dados e a sua operacionalização são da responsabilidade do INML nos termos do artigo 16º da Lei nº 5, este com sede em Coimbra e a sua atividade inspecionada por um conselho de Fiscalização da Base de Dados de ADN, requisito essencial para a sua legalidade. Note-se que também a Comissão Nacional de Proteção de Dados tem função fiscalizadora das condições de funcionamento da base de dados bem como das condições de armazenamento das amostras, para certificação do cumprimento das posições relativas à proteção de dados pessoais dada a sensibilidade que aos dados genéticos é comumente, e bem, atribuída.

Estando em causa a possibilidade de afetação e restrição de Direitos Fundamentais (DF) do cidadão e tendo em conta a determinabilidade probatória das perícias genéticas, a lei encontrou como forma de garantir a legalidade e independência da base de dados a previsão da existência de uma entidade que a controle, assim como que controle a atividade levada a cabo pela entidade responsável pela sua manutenção. Cabe à Assembleia de República a tarefa de designar um Conselho de Fiscalização da base de dados de perfis de ADN sem prejuízo da mesma poder fiscalizar a atuação deste Conselho nos termos constitucionais. Este Conselho é composto por três membros, cidadãos de reconhecida idoneidade, designados pela Assembleia da República, segundo o método da média mais alta de Hondt.

Em concreto cabe ao Conselho de Fiscalização: a) autorizar a prática de atos previstos na lei, designadamente permitir, após prévio parecer do conselho médico-legal, o acesso dos presumíveis herdeiros à informação constante da base de dados de perfis de ADN, após o falecimento do titular, desde que aqueles mostrem interesse legítimo e não haja sério risco de intromissão na vida privada do titular da informação; b) Limitar a comunicação dos dados ao titular apenas à informação, constante da base, que lhe diga respeito e que não ponha em causa a segurança do Estado, caso em que o direito de acesso é exercido através do conselho de fiscalização; c) Limitar a comunicação dos dados ao titular apenas à informação, constante da base, que lhe diga respeito e que não ponha em causa a prevenção ou a investigação criminal, caso em que o direito de acesso é exercido através do conselho de fiscalização; d) Emitir: i) Parecer sobre o regulamento de funcionamento da base de dados, quando o mesmo seja aprovado ou sujeito a alterações e, sobre qualquer outra matéria, sempre que para tal for

solicitado; *ii*) Parecer, a par da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), sobre qualquer legislação em matéria de utilização de dados genéticos com finalidades de investigação criminal, anterior ou posterior à instauração do respetivo processo, ou sobre qualquer legislação em matéria de utilização de dados genéticos com finalidades de identificação civil; *iii*) Parecer vinculativo, a par da CNPD, sobre a comunicação dos dados constantes da base de dados de perfis de ADN a outras entidades, para fins de estatística ou de investigação científica; *iv*) Parecer vinculativo prévio, a par da CNPD e perante requerimento fundamentado, sobre interconexões de dados não previstos no artigo 20.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro; *e*) Solicitar e obter os esclarecimentos e informações, por parte do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I. P. (INMLCF, I. P.), ou de qualquer entidade que detenha ou intervenha na obtenção de perfis de ADN com fins de investigação criminal ou de identificação civil, que considere necessários ao cabal exercício dos seus poderes de fiscalização; *f*) Obter do INMLCF, I. P., e do conselho médico –legal os esclarecimentos necessários sobre questões específicas de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, nomeadamente quanto ao cumprimento das regras de segurança impostas pelo artigo 27.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro; *g*) Efetuar visitas de inspeção destinadas a colher elementos sobre o modo de funcionamento da base de dados de perfis de ADN; *h*) Elaborar relatórios a apresentar à Assembleia da República, com regularidade mínima anual, sobre o funcionamento da base de dados de perfis de ADN; *i*) Ordenar ao presidente do INMLCF, I. P., a eliminação de perfis de ADN que revelem informação contra o disposto na alínea *e*) do artigo 2.º e no artigo 12.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro; *j*) Ordenar ao presidente do INMLCF, I. P., a eliminação de perfis de ADN, de acordo com o disposto no artigo 26.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro; *l*) Ordenar ao presidente do INMLCF, I. P., a destruição das amostras, nos termos do artigo 34.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro; *m*) Ordenar a destruição de bases de dados de perfis de

ADN não autorizadas ao abrigo da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, bem como ordenar a destruição das amostras correspondentes; *n*) Autorizar a comunicação de dados de perfis de ADN, numa fase anterior à fase de investigação, às entidades previstas na Lei n.º 74/2009, de 12 de agosto, que aprova o regime aplicável ao intercâmbio de dados e informações de natureza criminal entre as autoridades dos Estados membros da União Europeia, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2006/960/JAI, do Conselho, de 18 de dezembro de 2006, após

pedido fundamentado nos termos do artigo 7.º da referida lei; o) Fiscalizar o cumprimento do disposto no artigo 7.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, pelos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras quando estes procedam à recolha de amostras para obtenção de perfis de ADN com finalidades de investigação civil, ao abrigo do disposto nos n.os 1 e 4 do artigo 212.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, alterada pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto; p) Emitir instruções sobre questões específicas analisadas oficiosamente ou que lhe sejam colocadas; q) Apresentar sugestões de iniciativas legislativas sobre a matéria regulada pela presente lei e emitir parecer sempre que esteja em curso alguma iniciativa legislativa sobre a mesma matéria; r) Promover o relacionamento e intercâmbio de ideias e experiências com outros organismos internacionais com funções idênticas nos Estados membros da União Europeia;

Foi dura e longa a batalha travada pelos primeiros membros que compuseram o Primeiro Conselho de Fiscalização da base de dados de ADN a fim de a dotar de funcionalidade e constitucionalidade, não só porque funcionou durante 5 anos sem um estatuto constante de Lei Orgânica que previsse o seu funcionamento e organização, assim como que conferisse legitimidade às suas funções, bem como questões de independência administrativa, autonomia e a própria logística do seu funcionamento que apelava a uma alteração. Tal alteração deu-se com a entrada em vigor da Lei n.º 40/2013 de 25 de Junho, o que não deixa ainda assim de demonstrar a desconsideração por parte da Assembleia da República no que ao tema diz respeito, dada a morosidade em regular uma situação que foi constantemente levada ao seu conhecimento. Com a necessidade de um estatuto constante de lei orgânica para exercer convenientemente e legitimamente as suas funções, tendo estado o mesmo previsto ser publicado em seis meses desde a publicação da Lei da Base de Dados, conclui-se que durante todo esse tempo a base de dados de perfis genéticos em Portugal esteve em funcionamento de forma irregular. Podia efetivamente o Conselho fiscalizar não podendo no entanto atuar se confrontado com situações irregulares ou ilegais. Não bastando ser uma base de dados cujo conteúdo é sensível, por envolver informações íntimas e pessoalíssimas, a mesma existiu sem meios efetivos e legítimos de controlo.

Diga-se, em bom abono da verdade, que durante aqueles cinco anos, foram várias as solicitações feitas ao Parlamento e ao próprio Governo no sentido de alertar para aquela omissão. A inércia e a indiferença destas entidades para este assunto

desmotivaram e frustraram os seus membros que se sentiram desamparados, abandonados e negligenciados.

Referiu aliás o Juiz Conselheiro e membro da Comissão na Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais em 2012 que o «*Conselho de Fiscalização trabalha “sem rede”*». E referia que «*o Conselho pode fiscalizar a Base de Dados de Perfis ADN existente no Instituto Nacional de Medicina Legal (INML), mas que nada pode fazer se houver 10 bases de dados de ADN ilegais ao lado*».

No que toca à entidade competente para a análise laboratorial essa é da responsabilidade do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e ainda do Instituto Nacional de Medicina Legal.

Quanto ao âmbito de aplicação da base de dados de perfis genéticos com finalidades forenses, apenas condenados e não meros suspeitos ou arguidos podem constar permanentemente da base de perfis de ADN nacional, como aliás se retira do art.º 8º nº 2 da Lei n.º 5/2008 de 12 de Fevereiro onde pode ler-se que a recolha é “*é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída*». Se existiu recolha na fase de investigação e após constituição do arguido e se o mesmo foi ilibado esse perfil genético será apagado, já caso seja condenado deverá ser aproveitado evitando nova recolha e por isso nova lesão (ainda que diminuta) no direito à integridade física e moral.

Dada a sensibilidade dos dados a ser inseridos na base de dados de perfis genéticos, teve o legislador de chamar a Comissão Nacional de Proteção de Dados a emitir parecer⁷, enquanto entidade administrativa independente com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República para controlar e fiscalizar o processamento dos dados genéticos, sobre a legalidade de uma base de dados cujo conteúdo lida com o mais básico elemento identificativo do ser humano, à luz das proibições existentes para o tratamento de dados. O Instituto Nacional de Medicina Legal deverá, sempre que necessário, consultar este órgão a fim de esclarecimentos quanto ao tratamento dos dados genéticos, devendo cumprir as deliberações daquela Comissão. Veja-se por exemplo que para quaisquer cruzamentos de dados fora das permissões autorizadas no artigo 20º de Lei nº 5/2008 ou comunicações de dados nos

⁷ Veja-se Parecer 9/2013 da CNPD;

termos do art.º19º da mesma lei, tem de ser enviado à Comissão Nacional de Proteção de Dados requerimento fundamentando a pretensão de outros cruzamentos, que só mediante prévio parecer favorável daquele conselho poderá ser operado. É a entidade responsável por vigiar o respeito pelo tratamento a dar aos dados pessoais, como os dados genéticos enquanto garantia dos direitos individuais do cidadão.

Requisitos Formais Para a Inclusão de Perfis Genéticos da Base de Dados

No que respeita à inclusão de voluntários, qualquer cidadão, querendo, poderá fazer-se constar na base de dados de ADN ainda que na prática esta possibilidade não seja de facto uma possibilidade facilmente praticável pela maioria dos cidadãos, tendo em conta os valores monetários envolvido para o voluntário que pretende ver inserido o seu perfil genético na base. Alias, o preceito que vem dizer que *«a base de dados de perfis de ADN prevista no n.º 1 do artigo 3.º da lei é construída, de modo faseado e gradual, a partir da recolha de amostras em voluntários, para o que devem prestar o seu consentimento livre, informado e escrito»* ressaltando seguidamente a forma como o deve fazer segundo a qual *«O interessado deve endereçar, por escrito, o seu pedido de recolha de amostras às entidades competentes para a análise laboratorial, as quais, após a obtenção do perfil de ADN, o devem remeter ao INML para que seja inserido no ficheiro previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º»* é na verdade impraticável e inexecutável tendo em conta o poder económico médios para os cidadãos portugueses, apesar da lei ser omissa quanto à obrigatoriedade do voluntário custear tal inserção.

Para a inclusão do perfil genético nos outros ficheiros que não os relativos à identificação civil e de pessoal responsável pelo tratamento de amostras e dados, exigem-se requisitos de admissibilidade, legitimidade e até legalidade para a sua inclusão, pois o seu carácter coercitivo em conjugação com a sua aplicação para finalidades de intervenção penal envolverá ponderações, tendo em conta os direitos processuais do arguido e os Direitos Fundamentais do cidadão enquanto objeto de forte intervenção estadual numa esfera que, não fosse o interesse de realização da justiça, lhe estaria forçosamente vedado;

Daí que, para a inclusão de perfis genéticos relativos a amostras biológicas em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a recolhas, com finalidades de identificação civil ou criminal, é necessário despacho do magistrado competente no respetivo processo. Já para a recolha e inclusão de perfis genéticos de

condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ou para inimputável em processo-crime ao qual tenha sido decretada medida de segurança nos termos do nº2 do artigo 91.º do Código Penal, a recolha de amostra é realizada mediante despacho do juiz de julgamento quando não se tenha procedido à recolha em fase investigatória, sem prejuízo do magistrado continuar a ter que ordenar a sua inclusão, isto porque o Juiz de Instrução e mesmo o Juiz do Processo (para os condenados) é a entidade responsável pela sindicância de uma atuação investigatória conforme o respeito pelos Direitos Fundamentais e pela decretação de medidas restritivas penais tendo em conta as concretas especificidades do caso concreto;

A ordem de recolha em fase investigatória exige a constituição de arguido, não bastando a qualidade de suspeito, e exige que a mesma seja emanada por juiz, neste caso, o de instrução, a ordenar a recolha, seja oficiosamente, a requerimento do MP, ou ainda a pedido do arguido. Neste ponto em concreto e perante a recusa de arguido em sujeitar-se à recolha, manda a lei aplicar o disposto no art.º 172º do CPP, lei esta menos restritiva no que toca à entidade legitimidade para proceder à ordem de recolha coerciva, bastando-se nos termos daquela com uma «*entidade judiciária competente*» e sem fazer referencia ao estatuto do visado, se bastará a qualidade de suspeito, ou a de arguido para ser-se compelido a sujeitar-se à recolha de material biológico.

Assim e felizmente, ao logo do presente trabalho, deu-se a entrada em vigor da tardia Lei de Organização e Funcionamento da Comissão de Fiscalização da base de dados de ADN, obrigando a que algumas das críticas até aí apontadas relativas ao funcionamento da base de dados de ADN já não tenham razão de existir. No entanto a discussão central do presente trabalho que adiante se apresenta, exige, para uma melhor compreensão do tratamento que se seguirá, no que toca à recolha de material biológico para obtenção de perfis genéticos, distinguir aquela que é feita numa fase investigatória e como tal com relevância probatória para o processo em que é ordenada a fim de estabelecer um *match* ou não com uma amostra problema, e aquele que é feita após sentença condenatória transitada em julgado de pena concreta de prisão superior a 3 anos sem que tenha havido análise genética prévia, quer por falta de amostra problema quer por manifesta inutilidade da mesma, por já existirem indícios suficiente à condenação. Estes dois tipos de recolha, apesar de partilharem inquietações comuns, (veja-se o exemplo da configuração ou não de uma violação do direito à integridade física operada pela recolha quando contra a vontade do visado), apresentam também cada um deles problemáticas específicas consoante a fase processual em que são

ordenadas, à luz dos princípios e discursos que regulam cada momento do Processo Penal e o próprio Processo Penal em geral.

CAPÍTULO III

A base de dados de perfis de ADN com finalidades identificativas à Luz do Paradigma Constitucional dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais após conquistarem o seu digno lugar no espaço jurídico-constitucional em meados do séc. XX enfrentam agora a perda de superioridade e excelência no espaço jurídico-penal. Prova disso é a panóplia de previsões e concretizações legislativas que comungam na compressão que exercem aos direitos fundamentais. Vejam-se as escutas telefónicas, a interceção das comunicações eletrónicas, o agente infiltrado e, com plena relevância para o presente trabalho, as perícias genético-forenses. Prova dessa perda de consideração por parte dos legisladores e mesmo aplicadores do direito, são as cada vez mais recorrentes sentenças condenatórias proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativas a estados membros⁸ (MIREILLE DELMAS-MARTY, 1941).

Para aferir do grau de amizade de um Estado pelos Direitos Fundamentais basta folhear os preceitos constitucionais existentes da Constituição daquele, que por sua vez tenderão a demonstrar o rol de Direitos que historicamente foram sendo mais violentados ao longo do tempo e que deixando marcas traumáticas no sentido de justiça de um povo urgiu regulamentar⁹. Por sua vez, um Estado sem grandes atentados históricos aos Direitos Fundamentais não necessitará de elencos tão extensos, uma vez que deles sempre resultou uma consciência cultural e inata de valores e princípios norteados pelo

⁸ Não se esqueça que as interpretações e conceptualizações de cada direito fundamental diferira de Estado para Estado assim deverá reconhecer-se sempre uma «margem nacional de apreciação» que tente conjugar a componente universal dos Direitos Humanos com as maiores e menores sensibilidades histórico-cultural e social das tradições nacionais. In *A imprecisão do Direito – do código penal aos direitos humanos*; Mireille Delmas-Marty; Prefácio; 1941;

⁹ Veja-se o exemplo das Constituições Europeias onde se deu relevo aos Direitos políticos e democráticos depois de um contexto autoritário e ditatorial; já nas Constituições Latino Americanas são marcadas mais fortemente preocupações com as proibições de tortura e tratamentos desumanos e no Direito à vida, assim como se podem ver nas Constituições Africanas a tónica empregue na proibição de discriminação racial ou qualquer forma de escravatura.

respeito e salvaguarda da dignidade humana. Daí que erroneamente se associe a amizade de um Estado pelos Direitos Fundamentais aferindo do grau de positividade que os mesmos apresentam ou pelo grau de proteção que a eles é conferido na Constituição. Erroneamente porque pode acontecer que um Estado consiga assegurar na prática uma efetiva proteção de Direitos Fundamentais através de um conjunto de preceitos processuais, dispensando assim a sua alusão Constitucional.

Os primeiros esboços do Processo Penal Contemporâneo surgiu em meados do séc. XIX com a transposição da figura que urgia proteger, do Estado para o cidadão (MATA-MOUROS, 2011) como reflexo de uma submissão daquele a este. Essa preocupação pelos Direitos Fundamentais não se limita hoje aos planos nacionais tendo-se alastrado a contextos internacionais, nomeadamente e começando pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, e a Declaração Islâmica dos Direitos do Homem. Assim, e se a evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais acompanham o processos histórico, poderá dizer-se que quanto mais nos distanciamos temporalmente das grandes conquistas sociais e humanas, mais difícil se torna perceber a sua necessidade e o valor que a cada uma delas merecer ser reconhecido. A liberdade do indivíduo enquanto ser impenetrável e dono de um espaço no qual o Estado deveria abster-se de invadir, e nenhum outro interesse que não o individual se lhe impunha, vai perdendo terreno e importância enquanto outros valores ganham espaço. Hoje, às exigências do passado somam-se novas, entregando ao legislador uma árdua tarefa de *concordância prática*¹⁰ entre o interesse comunitário de realização de justiça e segurança (que agora mais se aproxima de um interesse individual tal é a exigência por parte do povo) e os Direitos Fundamentais do cidadão titular de uma dignidade humana inerente e inatingível. «O processo penal constitui um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do conflito entre as exigências

¹⁰ O termo concordância prática foi já utilizado por Figueiredo Dias em *o Novo Código do Processo Penal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº 369, Lisboa; 1987, onde se pode ler «os estudos realizados nas duas últimas décadas sobre a diversidade das realidades processual levaram a concluir pelo carácter irremediavelmente antinómico e antitético, in casu, daquelas finalidades, substituindo a tarefa impossível da sua harmonização integral por aquela outra – infinitamente mais penosa e delicada - de operar a concordância prática das finalidades em conflito: de modo a que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais (pág.: 12-13);

comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual. Aquelas podem postular, em verdade, uma agressão na esfera desta; Agressão que ganha espaço na cena penal, que vai esmiuçando a imunidade do corpo social que agora a tolera, a permite, e que se espelha na utilização de meios coercivos (prisão preventiva, exames, buscas, apreensões) cada vez mais utilizados, com medidas menos apertadas de decretação, com causas justificativas cada vez mais abstratas e arbitrárias, e que para nós, que preservamos na alma a doçura punitiva de Beccaria, mais difícil é de justificar e suportar, por se dirigirem, não a criminosos convictos mas a meros suspeitos - tantas vezes inocentes – ou mesmo terceiros (...)» (FIGUEREDO DIAS, 2004). A dicotomia *interesses comunitários/interesses individuais* é intemporal, *inter-espacial*, e é-lhe característico um muito ténue equilíbrio, cuja fórmula tem escorregado pelos dedos do legislador. Relembre-se, e relembre-se por de uma obra com mais de duzentos anos de tratar, aquele que é o «Manifesto do Garantismo» de Beccaria que já dizia *não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa*. E entendemos que homem tornou-se *coisa* quando o excesso de securitarismo causou um retrocesso nas orientações político-criminais e nos vemos subverter o conatural liberalismo humano em prol de estado de sujeição intolerável.

O paradigma constitucional/legal da aplicação de conhecimentos de genética forense na investigação criminal que culmina na criação de uma base de dados de perfis genéticos de ADN tem levantado, porque não poderia deixar de levantar, árdios debates no cenário nacional e internacional, tanto no que respeita ao funcionamento da base de dados como sobre que tipo de informações nela se poderão incluir, com que fundamento e com que finalidade; sendo certo que as medidas processuais penais só podem ser legítimas e legais se perseguem finalidades do processo penal. Mas não se esgota aí o debate, tanto mais que a própria recolha de material biológico dos arguidos ou condenados *per si*, contende com inúmeros Direitos Constitucionalmente garantidos, que só deverão ser restringidos nos estritos termos do artigo 18º nº 2 e nº 3 da CRP. Tanto no acto de recolha de material biológico para fins de investigação criminal como na inclusão dos perfis genéticos na base de dados para ali ficarem inseridos a fim de se acautelarem investigações futuras, depara-se o Processo Penal com novas formas de ingerência e intervenção na esfera privada e particular do indivíduo deixando a descoberto novas formas de violações de determinados DF que urge regulamentar e tutelar juridicamente. Reiteramos Maria de Fátima Mata-Mouros quando diz que *apesar*

da consciência existente de que os meios coercivos constituem interferências em direitos fundamentais, os ensinamentos desenvolvidos no direito Constitucional neste domínio, designadamente ao nível dos especiais cuidados a acautelar, tanto na legislação como na sua aplicação pratica não foram ainda devidamente assimilados pela dogmática processual penal nacional (MATA-MOUROS, 2011). Os desafios inerentes ao legislador penal quanto à proibição do excesso, à garantia da proteção jurídica, ou a proporcionalidade das medidas, não são novos para o legislador uma vez que tem sido recorrentemente chamado a este mesmo género de considerações aquando da regulamentação do regime previsto para as escutas telefónicas ainda num passado recente, na Reforma Penal de 2007, regime que ainda deixa algumas reservas aos aplicadores do Direito e aos defensores dos ideias humanístico-liberais ou mesmo para a complexa regulamentação do cibercrime.

A dogmática das medidas restritivas de DF está completamente ausente da legislação processual penal na medida em que nenhum preceito se refere a ela em concreto. É a Reis Novais que devemos a delimitação dogmática da temática das intervenções restritivas de Direitos Fundamentais na doutrina Constitucional Nacional, matéria cuja individualização se exigia mas que é omissa no Código do Processo Penal (NOVAIS, 2010). Na definição de Gomes Canotilho as restrições aos Direitos Fundamentais configuram-se como «*cargas coativas impostas concreta e individualmente ao titular de um Direito Fundamental através de um ato de poder público*» (GOMES CANOTILHO, 2006). Porque de facto, subjacente a medidas de carácter restritivo, como o é a recolha e inserção de perfis genéticos em bases de dados de ADN está o confronto entre direitos individuais e os direitos comunitários. Quanto à natureza das medidas restritivas de DF apontam-se duas teorias, a teoria interna ou teoria dos limites imanentes, defendida por civilistas e constitucionalistas, e a teoria externa ou teoria da intervenção e de limites. A primeira defende que inerentes aos direitos e à liberdade está a ideia de limitação dos mesmos como sacrifício suportável em nome da coletividade. As segundas defendem que direitos e liberdades são absolutos e ilimitados e qualquer acto público de controlo do individuo deve ser «*limitado, mensurável, calculável e qualquer controle estatal suscetível de controlo*» (Schimtt, 1932). Saber se direito e restrição se fundem enquanto dependência desta áquele é querela doutrinária já explorada. Os dois grandes blocos de ideias convergentes situam-se nas duas teorias supra identificadas, a interna e a externa, de onde resultam subdivisões pois que enquanto teorias puras são *per si* in comportáveis. São vários os

argumentos que se tecem num e noutro sentido¹¹, apesar de ser certo que as suas conclusões *«não podiam chegar a soluções materiais muito diferentes nos quadros da mesma ordem jurídica livremente constituída e no quadro da mesma ordem axiológica-jurídica. Se alguma diferença hoje existe, talvez seja a de que a teoria externa permite adaptar-se melhor os desafios da inclusividade ou da multiculturalidade com que hoje se defronta a justiça Constitucional do que as teorias internas, sedimentadas em sociedades civis tendencialmente mais homogéneas»* (CANOTILHO, 2006).

Ainda que seja de esperar que o ordenamento jurídico ordinário, por imposição Constitucional e particularmente o Direito Processual Penal enquanto Direito Constitucional aplicado, garanta a proteção os direitos individuais, como o direito à autodeterminação individual dos cidadãos face à utilização dos seus dados, estejam estes ou não já informatizados, é aquando da incorporação, manutenção e tratamento dos dados na base de dados informatizada que estes adquirem eficácia, de tal forma que a ingerência nos direitos fundamentais do indivíduo, que já se pode ter dados numa fase prévia à inclusão do perfil no sistema se a recolha foi feita contra a vontade do visado, se acentua significativamente *«com la combinacion del tratamiento de los resultados obtenidos»* (ETXEBERRÍA GURIDI, 2003). A incorporação de perfis de ADN com fins de investigação criminal permite realizar de forma automática a comparação sistemática de perfis de ADN obtidos através de amostras do indivíduo ou de vestígios encontrados

¹¹ Nada mais, nada menos do que onze são os argumentos derivados destas duas. O argumento da contradição logica, é o argumento base das teorias internas que parte do pressuposto da cisão entre o direito e a restrição uma vez que *«o direito termina onde acaba o abuso»*; O argumento de ideias irrealistas, assume que não há direitos ilimitados porque o homem não está sozinho no mundo, ainda assim *«tudo vale apenas dentro de certos limites»*; o argumento de ideais extra jurídicos, distingue direito de ideias de valor jurídico-político, e assim *«os simples deveres ser não são normas de ordem jurídica»* (Canotilho, 2006); o argumento da vinculação comunitarista, defende que a teoria externa é uma teoria normativa de posições individualistas que desprezam as dimensões comunitárias, servindo para dizer que as restrições são imanentes dos direitos; o argumento da liberdade constituída, nos termos do qual os direitos existem e cabe ao legislador restringi-los a partir de valorações concretas; o argumento do pensamento espacial, os direitos ocupa um espaço a ser reduzido em consequência de intervenções de leis restritivas; o argumento da hierarquia das normas defende que certos direitos constitucionalmente consagrados e por isso hierarquicamente superiores que depois são restringidos por leis ordinárias inferiores; o argumento da deslealdade defende que existe apenas uma aparência de que certos atos, comportamentos ou situações são direitos mas na prática não o são; o argumento da força legitimadora questiona a força legitimadora de um direito sobre o qual existe sempre a possibilidade de redução do seu espectro ;o argumento de inflação de pretensões subjetivas e o argumento da força vinculativa.

numa cena de crime, não só relativamente ao processo em que se encontra e do qual partiu a ordem de recolha, mas ainda relativamente a todos os processos por resolver cujas amostras-problemas possam constar no respetivo ficheiro e de onde pode resultar um *match*. Poderá levantar-se a questão da retroatividade da lei penal sem prejuízo do previsto no artigo 34º nº 2, que proíbe a utilização das amostras colhidas a arguidos fora do processo para o qual foi ordenada a recolha. Surgem debates ético-jurídicos sobre a oportunidade da sua criação perante os riscos que a sua utilização indevida comporta e os perigos que essa possa representar para os direitos fundamentais do indivíduo.

«Imagine-se uma sociedade em que as autoridades tenham arquivado amostras de tecidos e fluidos de toda a comunidade e um banco de dados informatizado do perfil de ADN de cada uma das pessoas dessa comunidade. Imaginemos então que não são só agentes da autoridade mas também as companhias de seguros, empregadores, escolas, agências de adoção e muitas outras organizações, possam ter acesso a esses arquivos de acordo com a sua necessidade de conhecer certos dados e justificando tal acesso num interesse público. Imagine-se a continuação deste cenário, onde se pode negar trabalho, seguros, adoção, e outros serviços e prestações sociais baseando-se na informação contida no perfil de ADN seja sob a forma de uma doença genética, de uma propensão genética ou a ideia subjetiva de alguém que constitua um defeito genético» (HOEFFEL J.C, 1996).

Hipoteticamente, existirá sempre uma tentação incontornável, de utilizar o perfil de ADN para uma finalidade diferente da de investigação, ainda que a base de dados de perfis de ADN, nos termos em que hoje existe, obste à concretização de tais perigos. Para além da especulação da sua utilização para outros fins, sempre se diga que a base de dados de perfis genético assenta sempre em valores probabilísticos, e portanto os resultados dos exames genéticos movem-se no campo das probabilidades, ainda que altas. Na verdade, os seus resultados excluem com 100% de segurança, mas não confirmam com a mesma veemência, ou seja, não havendo coincidência, está o arguido excluído de ter cometido ou estar relacionado com o crime em investigação, já havendo coincidência o que existe é a probabilidade de que a amostra-problema seja do arguido, que por sua vez será tanto mais elevada quanto maior a raridade das características da amostra tendo em conta o seu tamanho, estado de conservação e número de marcadores a analisar, e ainda tendo em conta a população de referência (FIDALGO, 2006).

Perante a ordem de recolha de material biológico de arguido (s) em processo penal em fase investigatória pelo MP muito se tem dito e muito se deve ainda dizer face às múltiplas problemáticas que a conduta suporta. Desde a configuração de uma violação da integridade física e moral que a recolha pode comporta, até à verificação da legitimidade de uma entidade incumbida de perseguir a investigação criminal, mas cuja legitimidade cede face a atuações que violem Direitos, Liberdades e Garantias. Nesses casos deverá ser chamado o crivo do juiz de instrução criminal. De todas as violações que se possam considerar operar perante a recolha de material biológico para obtenção do respetivo perfil de ADN de arguido ou condenados, a integridade física e moral será sempre aquele que ficará mais lesada (RODRIGUES, 2009). Sobre este assunto já existe algum produto doutrinal e jurisprudencial. Tanto o TC como o STJ foram já chamados a pronunciar-se sobre estas questões (veja-se o Ac Tribunal Constitucional n.º 155/2007, Processo n.º 695/06, o Ac. n.º 228/2007 no Processo n.º 980/2006 e Acórdão STJ no Ac de 15/12/2011 Processo n.º 912-B/2002.C1).

A dificuldade prende-se logo com a falta de regulação ordinária expressa que trate a questão de saber se a recolha de ADN contra a vontade do arguido ou condenado é autorizada. Ora, o Código do Processo Penal parece fazer funcionar, quanto à admissibilidade da recolha coativa de ADN para a perícias genéticas, o regime previsto para os exames nos termos do art.º172º n.º 1 do CPP que estipula, «*se alguém pretender eximir-se ou obstar a exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão de autoridade judiciária competente*». Este preceito aplica-se às perícias sobre as características físicas ou psíquicas das pessoas que não hajam prestado consentimento, é ordenada por juiz, que pondera a necessidade da sua sujeição tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da vida íntima do visado. No caso de análises sanguíneas ou de amostras de células corporais, os exames efetuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado (...) - cf. art.º 172º n.º2.

Tem-se assistido a um TC inimigo dos DF, e como tal as suas posições tem-se revelado sempre distantes de posições que acolham argumentos tendentes a assumir que este tipo de ingerências na esfera privada dos arguidos possam estar a ser desencadeadas à margem dos critérios constitucionais. Sobre a jurisprudência do TC teceremos adiante considerações.

A Dignidade da Pessoa Humana

Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca como um meio. No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade;

Kant,

Fundamentação da Metafísica dos Costumes.

Falar em restrições de Direitos Fundamentais à luz do paradigma constitucional legal nunca poderá ser feito sem aludir ao primeiríssimo dos Princípios Constitucionais da CRP – O Princípio da dignidade da pessoa humana. Não é por acaso que nos surge como Princípio introdutivo no texto Supremo. Servirá enquanto limite e critério de atuação processual penal e significa tão só que é o Estado que existe para o homem e que se deve moldar a ele e não o contrário. (CANOTILHO e MOREIRA, 2007). Apesar da indeterminabilidade do seu conceito e da heterogeneidade com que é encarado internacionalmente, o que nunca poderá ser duvidoso é a sua universalidade – ela vale para todos os homens, e deve ser respeitada por todos os indivíduos e por todos os Estados, independentemente das controvérsias que a sua definição suscite, com especial cuidado na sua interpretação em assuntos relacionados com a biologia e a medicina (BOTELHO, 2010).

A pessoa humana nunca poderá ser um meio mas deverá ser sempre encarada enquanto sujeito das relações jurídico-sociais. Historicamente, este Princípio significou um limite contra totalitarismos políticos, sociais e contra tentativas de aniquilação de seres humanos, através da escravatura, estalinismo, nazismo, genocídios étnicos, entre outros, mas ainda não pode atualmente tal Princípio estar reduzido a algo abstrato e idealista, mas antes adaptado e interpretado em função das exigências da pessoa humana de cada tempo. Das três dimensões que doutrinariamente J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira atribuem à dignidade da pessoa humana – i) como uma vertente intrínseca do

ser humano, ii) como uma vertente carecedora de prestações para irradiação espirituais e físicas dos ser humano e iii) como uma vertente intersubjetiva de um ser que se relaciona com os demais - aquela que a criação da base de dados de ADN poderá comprometer é a primeira, o comprometimento da pessoa enquanto valor autónomo e específico que exige sempre respeito (CANOTILHO e MOREIRA, 2007).

É exatamente o reconhecimento de uma especial dignidade ao ser humano por simplesmente o ser que desencadeou o surgimento dos DF e a sua tradução no campo jurídico¹². A consagração dos DF como os conhecemos hoje deu-se em Inglaterra no séc. XVIII através da *Glorious Revolution* ou *Bill of Rights* de 1689 onde se começou pelo elenco do direito à petição, à proibição de tribunais de exceção e de penas cruéis e à liberdade de expressão no Parlamento.

Desde esse primeiro vislumbre de uma compilação de DF ainda restrito a preocupações com a liberdade, com a segurança e com propriedade¹³ até à importância e densificação que os DF ganharam nos sistemas jurídicos estaduais atuais, foram feitos esforços nacionais e internacionais de dotar as meras consagrações em garantias jurídicas efetivas, positivadas e apetrechadas de mecanismos de tutela.

O nascimento dos DF no plano jurídico deu-se dentro das fronteiras estaduais como reflexo, maior ou menor, das preocupações histórico-culturais específicas de cada população, consoante as áreas de maior ou menor tormentos experienciados pelos povos, provocadas pelo poder público. Foram as grandes guerras que por sua vez alastraram a discussão e o tratamento dos DF à cena internacional, passando a ser uma preocupação alargada, cuja efetividade cumpria garantir, não apenas pelos próprios estados internamente. E assim surgem em 1945 a Carta das Nações Unidas e a Carta de S. Francisco como manifesto da necessidade de cooperação transfronteiriça na defesa dos DF. Desde então múltiplos instrumentos internacionais surgiram com o objetivo de se reconhecerem internacionalmente e de se garantir um mínimo homogéneo de tutela

¹² A origem da ideia de especial dignidade humana não surge do Direito mas antes da Filosofia;

¹³ Estas eram as matrizes europeias dado que na tradição americana as primeiras consagrações de DF contam já com o direito à resistência, direito de voto, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, liberdade de reunião e petição, justa indemnização, Princípio *nulla poena sine legem*, presunção de inocência assim refletindo uma preocupação americana com as leis do processo penal e assim manifestando necessidade de se protegerem face a um poder legislativo, ao passo que a tradição europeia reflete uma preocupação face ao poder executivo e à Administração;

de DF encontrada no conceito de *dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inigualáveis* – preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Este processo de reconhecimento de DF foi gradual e progressivo. Os direitos hoje catalogados não surgiram em conjunto, num rol, porque são eles produtos culturais temporalmente localizados. Assim, nos primórdios das exigências humanas perante o Estado estarão compreensivelmente aspirações de defesa e liberdade do indivíduo face à atuação daquele. O direito a uma esfera privada que o cidadão quer ver reconhecida e protegida das investidas Estaduais e que este deverá respeitar e não violar.

Conquistada esta esfera privada, iniciou-se um borbulhar de vontade de intervir na administração do seu próprio país, de autoadministrar o seu Estado através do poder de voto, do direito à manifestação, à reunião, à associação e à sindicalização – portanto, uma segunda geração de Direitos agora de intervenção política e pública;

Numa terceira geração de Direitos surgiram os direitos sociais como reflexo de um povo cada vez mais exigente e consciente de ser titular de uma especial condição humana que lhe deverá garantir condições mínimas de sobrevivência. São consagrados o direito à saúde, à educação, à habitação, à segurança social - um conjunto de direitos de caráter prestacional exigidos ao Estado.

Num contexto mais recente surgiram preocupações relacionadas com o meio ambiente expressando preocupações de caráter coletivo e transgeracional.

Hoje, face às conquistas nas áreas técnico-científicas da biologia molecular, da genética, da engenharia bioquímica entre outras, surgem exigências de proibições contra manipulações genéticas, o reconhecimento de uma identidade genética ao indivíduo que é inviolável, o direito a uma autodeterminação bioética e a defesa dos direitos de personalidade face à informática

Do enunciado, facilmente se compreende que o processo de conquista do reconhecimento e das garantias dos DF é resultado de um natural processo de evolução humana, científica, tecnológica, social e intelectual, processo inacabado onde se somam, às exigências antigas e já colmatadas, outras, atuais, que surgem como cruciais a cada momento vivencial.

Regime de Proteção Constitucional dos DF

Os Direitos Fundamentais encontram consagração e expressão na Constituição da República Portuguesa e estão divididos em Direitos Liberdades e Garantias (DLG'S) e Direitos Económicos e Sociais e Culturais (DESC's). Na base desta distinção estão razões ligadas à própria evolução histórica dos DF, e o entendimento de que os primeiros pressupõem um dever de não ingerência por parte do Estado, enquanto os segundos pressupõem exigências prestacionais do Estado perante os cidadãos, divisão aliás assumida pelos próprios textos internacionais. No entanto a consagração constitucional dos DF não é suficientemente densificadora e operacional para os fazer valer e garantir efetivamente, daí a necessidade de uma intervenção normativa posterior, quer esclarecendo ou aclarando o seu sentido, quer concretizando-o. Muito raramente a CRP basta-se em si mesma para regular Direitos Fundamentais. O caso mais evidente é o da liberdade de reunião, direito que não se fica pela mera consagração Constitucional mas encontra densificação, acrescentando que a reunião deve ser «*pacífica e sem armas, livre e não dependente de autorização das autoridades públicas*». A distinção entre DLG's e DESC's não se esgota numa análise meramente teórica e explanativa, comportando ainda regimes diferentes na prática para os DLG's e para os DESC'S. Regime diga-se, mais protetivo nos primeiros. Não é unânime a diferenciação de tratamento e peso de DLG'S e DESC'S, defendendo-se que a diferenciação de regimes e os consequentes âmbitos de proteção para DLG'S e DESC'S afetam a própria noção de DF em Estado de Direito e não se compatibiliza com a «*vivência prática destes direitos*»¹⁴. Não é unânime também, a exigência de reserva relativa de competência legislativa parlamentar para DLG's e a competência concorrential da AR e do Governo para os DESC's (BACELAR GOUVEIA, 2013).

Vislumbra-se, em certos DF's, a enunciação simultânea de limites de conteúdo e de objeto, não sendo nesse caso necessária a intervenção legislativa. Mas, diga-se, não é esta de todo a regra, competindo à legislação ordinária regular os limites de conteúdo e de objeto dos DF's. Nessa regulação haverá de estar implícito o *quantum* restritivo mínimo e necessário para garantir o alcance de outro DF em colisão, sendo nessa

¹⁴ Veja-se as críticas tecidas por Jorge Reis Novais em «*Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*», 2010;

atividade legislativa que, na tentativa de honrar o preceituado no artigo 18º da CRP muitas vezes se originam verdadeiros descabros constitucionais e incongruências com consequências para o processo processual penal enquanto área de especial sensibilidade e de especiais prejuízos para os Direitos Individuais. O mesmo processo penal que se exige harmonioso, consensual e coerente na articulação das soluções adotadas com os Princípios que o norteiam. O artigo 18º da CRP expressa um princípio de autorização constitucional expressa de restrição de Direitos Fundamentais, como manifestação de preocupações de segurança jurídica e garantia de estrita obediência e consagração das previsões constitucionais. O alcance e sentido deste 18º da CRP tem sido doutrinariamente e mesmo jurisprudencialmente suavizado, sob pena, de uma fidelidade absoluta daquele consubstanciar-se-ia num bloqueio excessivo à intervenção legislativa restritiva não resultando numa equacionalização adequada e justa dos interesses em confronto. *É uma das normas constitucionais que mais profundamente implica com os limites da relevância da constituição no contexto da ordem jurídica Global* (CANOTILHO e MOREIRA; 2007);

O nº 2 do artigo exige ainda um critério de proporcionalidade *latu sensu* que deverá estar equacionado aquando da adoção de qualquer medida restritiva de DLG's. Facilmente se demonstra num único artigo todo o regime especial especifica dos DLG's.

O regime próprio dos DLG's do artigo 18º da CRP

I) *«Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos liberdades e garantias são diretamente aplicáveis (...)»* (Artigo 18º n.º 1 da CRP). Esta imediatividade de aplicação significa que as normas constitucionais consagradoras de DLG's não necessitam de leis que as concretizem para ser invocáveis e aplicáveis. Não significa porém uma existência em absoluto e autonomamente, mas concebem-se e valem constitucionalmente como norma concretamente definidora de posições jurídicas individuais e não apenas como norma de produção jurídica e *prima facie*, *aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, designadamente do legislador* (CANTOILHO e MOREIRA, 2007).

II) *«Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos liberdades e garantias (...) vinculam as entidades públicas e privadas.* Entendam-se entidades públicas, o

legislador, que não pode criar normas incompatíveis com os DF, o Estado-administração enquanto instância executiva que está vinculado ao respeito e a dar satisfação aos Direitos Fundamentais, os Tribunais que estão adstritos à obrigação de decidir e que essa decisão esteja conforme os DF, bem como na sua função hermenêutica que deverá aprimorar e afinar a interpretação que é feita dos mesmos, na aplicação das leis ordinárias. Quanto aos entes privados, quer este artigo dizer que também eles estão vinculados ao dever de respeito pelo exercício dos DF dos outros. Está ultrapassada a teoria liberal clássica onde os DF pressupunham uma esfera de não ingerência pelo Estado e apenas ele. Hoje entende-se que essa esfera de não ingerência limita-se não só à atuação estadual como se estende-se a atuação dos privados¹⁵.

Qualquer restrição obedecerá ao Princípio da Proteção do núcleo essencial do Direito, Proporcionalidade, Generosidade, Abstração, e ao princípio da Prospetividade (OLIVEIRA e MACCRORIE, 2009/2010).

O Princípio da Proteção do núcleo essencial, ainda que seja talvez o mais importante é aquele que apresenta maiores dificuldades de densificação pois que, definir o núcleo essencial de um direito, a partir do qual estaremos no âmbito das restrições absolutamente inconstitucionais, não é de fácil alcance. Tudo se resume a não permitir o esvaziamento total de um direito. A questão é que, desde o limite a partir do qual estamos dentro núcleo essencial até ao ponto do seu esvaziamento total, estamos ainda num espaço jurídico. De forma que não basta impedir o esvaziamento total, mas aferir da delimitação desse núcleo, e isso só se conseguirá aferindo das circunstâncias do caso concreto e, opinião nossa, prevalecendo sempre a conceção subjetivista do preceito.

III) «A Lei só pode restringir DLG's nos casos expressamente previstos na CRP (...)» (nº 2 1ª parte do artigo 18 da CRP). O consentimento constitucional para a restrição de DF está rodeado de apertados requisitos materiais que hoje se estendem também às chamadas de *intervenções restritivas*. Não só as leis podem restringir DF como meras medidas, atuações e decisões podem restringir DF. Veja-se a decisão de

¹⁵ Qual o alcance desta eficácia aos «entes privados» é assunto debatido doutrinariamente. Saber se a eficácia dos direitos fundamentais se estende a todos os privados ou só aquelas relações privadas que pressupõem uma relação de poder ou dependência, como as relações entre trabalhadores e entidades patronais ou senhorios/Arrendatários. A resposta a esta questão debater-se-à entre aqueles a quem dão supremacia à autonomia privada e a liberdade contratual ou os defensores de que a previsão da norma constitucional não diferencia, pelo que não deverá o legislador diferenciar;

prisão preventiva, a decisão de autorizar escutas telefônicas e a decisão de ordenar a recolha de material biológico para determinação de perfil genético. Também as medidas ficam vinculadas a uma reserva de previsão legal sob pena de serem inconstitucionais.

«*A Lei só pode restringir DLG's (...), devendo as restrições limitar-se ao necessário*» (artigo 18º n.º 2 *in fine*), figurando aqui mais um requisito material para a restrição de DF. Consiste no conhecido Princípio da Proporcionalidade e aquele que mais dificuldades levanta. Desdobra-se em 3 subprincípios, e a dificuldade situa-se na interpretação, conteúdo e alcance e desses subprincípios por não serem líquidos nem rígidos, podendo depender mais ou menos da subjetiva sensibilidade dos seus intérpretes. Ora, o princípio da Proporcionalidade *latu sensu* desdobra-se em três subprincípios: o da necessidade, adequação e proporcionalidade *strictu sensu*. A necessidade de uma medida restritiva significa que esta tem de mostrar-se essencial e indispensável para alcançar determinado fim, não havendo outra menos onerosa para alcançá-lo; A adequação afere da aptidão / idoneidade do meio para o fim que se propõe atingir a partir de um juízo de razoabilidade, mostrando que aquele meio é apto a atingir aquele fim de interesse público que justifica a intervenção do Estado; A proporcionalidade em sentido estrito afere do equilíbrio e correspondência axiológica entre a restrição e o bem jurídico que se pretende proteger evitando a excessividade em relação aos fins obtidos.

Um outro requisito material deste nº 2 do artigo 18º da CRP é que a restrição só será admitida «*para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*». Significa que «*o sacrifício, ainda que parcial, de um direito fundamental, não pode ser arbitrário, gratuito, desmotivado. Interesses infraconstitucionais não encontrarão acolhimento para justificarem restrições de DF. Só outros DF legitimarão a imposição de limitações a outros DF*» (CANOTILHO, 2007).

É a partir de uma ponderação dos interesses em conflito que se admite a possibilidade de adoção de uma medida restritiva de DF, como é o caso da criação de uma base de dados de perfis genéticos para condenados em pena de prisão superior a 3 anos após trânsito em julgado, ponderação que o presente trabalho se propõe discutir.

A lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro impõe uma restrição de DF's. Em concreto, o Direito à reserva da vida íntima e privada, o direito à autodeterminação informacional e mais especificamente a autodeterminação informacional genética, o direito à não auto-incriminação e o direito à presunção da inocência. Uma vez prevista a restrição propomo-nos aqui a avaliar se à previsão legal daquela medida e à sua decretação por parte

do órgão jurisdicional, estão inerentes os princípios de necessidade, adequação e proporcionalidade bem como se assim à mesma corresponde um interesse digno de tutela Constitucional.

A base de dados de perfis de ADN em Portugal existe desde 2009. Quatro anos depois e constavam na base cerca de 1000 registos de condenados e 11 registos de amostras-problema. Perante o manifesto insucesso da medida, ou pelo menos perante a lentidão do alcance do seu potencial, cumpre averiguar numa vertente pragmática e utilitária a real necessidade desta medida, num país cuja criminalidade apresenta-se baixa para crimes contra as pessoas (enquanto aqueles mais idóneos a deixar vestígios biológicos e por essa razão os crimes-alvo desta base de dados) e ainda a necessidade e adequação de uma base de dados quando tão poucos perfis estão inseridos, podendo mesmo questionar-se da discriminação existente daqueles que constam dos que não constam. Existindo cerca de 11 amostras-problema passíveis de cruzamento¹⁶, questione-se, se se mostra útil e adequada uma medida cujo fim que se pretende atingir é o de acautelamento de investigações futuras, face ao grau enormíssimo de afetação de DF que com ela se aplica? Face ainda aos valores despendidos neste tipo de exames e manutenção dos respetivos ficheiros, será adequado manter-se uma base de dados esquecida pelos magistrados que simplesmente não ordenam a inclusão quando tais verbas poderiam perfeitamente ser aplicadas em medidas de prevenção e luta contra o crime?

Não restam dúvidas que as perícias genético-forenses para fins de investigação e identificação criminal, constituem uma ingerência estatal no campo dos DLG's. O que não é consensual é se essas restrições estão legitimadas pelo superior interesse da realização da justiça. Quando o objeto de prova é o próprio ser humano pode estabelecer-se o confronto entre o direito à prova e à realização da justiça e o direito à resistência à prova, já que a Constituição considera invioláveis a dignidade, a vida privada e a intimidade. É quando do surgimento destes tipos de confrontos que urge regular, regulação apenas possível restringindo um deles a partir de juízos de ponderação valorativa em concreto;

¹⁶ À data de 24 de Outubro de 2012.

Os Direitos Fundamentais afetados com a Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro

O Direito à Integridade Pessoal

Estipula o artigo 25º da CRP que «*A integridade moral e física das pessoas é inviolável*» (nosso negrito e itálico), e «*Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos*».

Apoiamos o entendimento de Paula Faria quando diz que este preceito abraça um entendimento «*estritamente somático, corporal-objectivo da incolumidade pessoal, na pluralidade das suas dimensões*» (FARIA, 1999).

O direito à integridade física constitui num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo, ao passo que a integridade moral configura-se como uma agressão ao espírito, operada por exemplo através do enxovalho público, humilhação racial, exposição e discussão pública de assuntos íntimos e pessoalíssimos a obrigação a actuar contra as duas ideologias religiosas e morais entre outros.

O ficheiro contendo amostras-referência e perfis de ADN de condenados previstos na Lei nº 5/2008 implica uma recolha de material biológico do seu titular. A lei quis, diga-se, reduzir ao mínimo possível o grau de invasão operado com esta recolha, impondo que a mesma seja feita através de zaragatoa bucal, evitando a recolha de sangue ou outros meios mais invasivos. Sabemos que perante a concreta recusa do arguido em submeter-se a exames com a finalidade de obtenção do seu perfil de ADN a fim de por cruzamento, confirmar ou ilibar a sua culpabilidade num dado processo-crime, dois interesses se guerreiam, o interesse do Estado na Administração da Justiça e os Direitos individuais consagrados na Constituição sob o nome de Direitos Fundamentais, que só poderão e deverão ser restringidos em confronto com valores e direitos de ordem valorativa igual ou superior, e ainda assim nunca atingindo o seu núcleo essencial.

A violação do bem jurídico *integridade física e moral* tanto se dá numa recolha de material biológico em arguido numa fase prévia a qualquer juízo decisório, como, quando tal não ocorreu previamente, na recolha de material biológico para inserção de perfil de condenado, uma vez que em ambos o arguido não consentindo, a recolha faz-se coercivamente.

Se por um lado o processo penal português protege o arguido através de um Estatuto processual que lhe atribui uma série de *direitos processuais autónomos, legalmente definidos como o direito de defesa, de presença, de audiência, de silêncio, de assistência por defensor, de oferecer e de requerer provas, de recorrer e, finalmente, de ser informado dos direitos que lhe assistem*, por outro só nessa qualidade serão toleradas violações aos Direitos Fundamentais de qualquer cidadão, como o seja, a privação da liberdade (através da aplicação de medidas de coação), e no caso concreto, a sujeição a recolha coerciva de material biológico do seu corpo para criação do seu perfil de ADN) (CANOLTILO e MOREIRA, 2007). Foi a ponto de equilíbrio encontrado pelo legislador para conciliar os interesses da realização da justiça e a inviolabilidade dos Direitos Fundamentais do cidadão, que a nosso ver, equilíbrio plenamente conseguido.

Figueiredo Dias vem reconhecer ao arguido duas qualidades: uma enquanto sujeito processual e outra enquanto meio de prova autónomo, dada a possibilidade do seu corpo poder ser objeto de exames, dos quais se podem salientar juízos sobre as qualidades ou características da pessoa e por isso mesmo, suscetível de coação processual, na medida em que a entidade competente para a investigação criminal pode ordenar com o auxílio da força a sujeição e exames.

É certo que o artigo 61º n.º 3 al. d) do CPP impõe um dever de sujeição do arguido às diligências de prova desde que não proibidas por lei. No entanto as proibições de prova constantes na lei não são taxativas¹⁷ sendo aplicadas a todas aquelas que ofendam a integridade física ou moral das pessoas sob a forma de perturbação da liberdade da vontade ou de decisão de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza entre outros. Assumindo a possibilidade de cair na previsão deste preceito a recolha coativa de qualquer vestígio biológico ao arguido, são várias as vozes que se pronunciam sobre uma diferenciação a ter em conta, entre intensidades de ofensa e o tipo de extração a que se proceda. Assim parece que o artigo 126º n.º 2 do CPP, que prevê os modos de obtenção de prova vem limitar a cláusula aberta do artigo 32º n.º 8º da CRP segundo o qual *são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*. Acresce que de

¹⁷ Apoiamos a posição de COSTA ANDRADE quanto à não taxatividade dos métodos proibidos de prova constantes do artigo 126º do CPP («*Sobre as proibições de prova em Processo Penal*»; Coimbra: Coimbra Editora, 1992 pag: 216);

nenhum lado de retira do artigo 62º nº 3 do CPC a impossibilidade de recusa do arguido em sujeitar-se a diligências de prova quando estas se demonstrem manifestamente ilegais. Nas palavras do professor Dr. Mário Monte *o artigo 61º nº 3 al) d não prevê um dever geral de sujeição a diligência mesmo que o meio de prova seja ilegal.* (MONTE, 2006).

Em Acórdão do Tribunal de Relação do Porto datado de 13 de Setembro de 2006 em similaridade com a posição do professor Figueiredo Dias vem defender-se a subsidiariedade e excepcionalidade da sujeição coerciva do arguido a meios de prova só decretada quando a realização da Justiça não possa alcançar-se através de outras formas. Ora, a forma como a recolha é operada pode configurar diferentes intensidades de violações ao direito à integridade física. Podemos falar na mera recolha de saliva através de zaragatoa bucal, passando pelo arrancar de um cabelo humano até à colheita sanguínea. E mediante este mesmo tipo de recolha encontramos diferentes posições quanto à configuração de uma violação ou não da integridade física do visado. A verdade é que a medida em que a ofensa à integridade física pode operar-se não é líquida na lei, havendo apenas que não contender com direitos fundamentais nos termos do artigo 126º do CPP. Ali releva apenas a existência ou não de uma atuação contendente com direitos fundamentais sob a forma de violação do direito à integridade física e moral dos visados e, se assim se verificar, estaremos na esfera da prova proibida que não pode ser valorada, por limitar direitos fundamentais, nomeadamente quele que vem previsto no artigo 25º da CRP, nos termos do qual a integridade física e moral das pessoas é inviolável. Assim, a recolha coativa de material biológico para finalidades de investigação criminal só é legítima mediante as exigências de previsibilidade legal, previsão legal conseguida através Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro. Ainda assim, a maioria da doutrina considera a recolha de material biológico por zaragatoa bucal, contra a vontade de arguido, uma lesão insignificante. Veja-se Gomes Canotilho que defende que *a recolha de material biológico para análise do ADN, embora possa ser entendida como uma restrição do direito à integridade pessoal não colide com nenhuma das suas dimensões essenciais, podendo justificar-se de acordo com critérios de proporcionalidade, desde em ordem à prossecução de uma finalidade constitucionalmente legítima* e ainda Jorge Miranda e Rui Medeiros (,2005), em comentário ao artigo 25º da Constituição, se pronunciam sobre o alcance constitucional do direito à integridade pessoal. Depois de acentuarem que “a importância constitucional da tutela da integridade pessoal está bem evidenciada na referência à sua

inviolabilidade, na inexistência de autorização expressa de leis restritivas, e na proibição de afetação do direito à integridade pessoal nas situações de suspensão de direitos fundamentais em estado de sítio ou de emergência (artigo 19º, nº 6, da Constituição)” [...], bem como na “imposição da nulidade de provas obtidas mediante violação da integridade física e moral da pessoa”, acrescentam, sintetizando o essencial da jurisprudência constitucional sobre a matéria, que: “[...] Na sua expressão mais simples a proteção da integridade física e moral consiste no **direito à não agressão ou ofensa ao corpo ou espírito**, por quaisquer meios (físicos ou não). Consagra-se assim uma tutela constitucional firme, quer contra quaisquer ofensas à integridade física – independentemente da sua gravidade (Acórdão nº 616/98) – quer contra violações do direito à integridade moral [...]. A intensidade da tutela jusfundamental da integridade pessoal – e, em particular, da integridade física – impõe **limites estritos a quaisquer intervenções não consentidas das autoridades públicas**.[...] O Tribunal Constitucional, no acórdão nº 319/95, concluiu, no entanto, que a norma que admite a imposição do chamado teste do álcool [...] não ofende materialmente a Constituição [...]. Todavia, se a obrigatoriedade de tais testes resiste, em si mesma, ao crivo do juízo de inconstitucionalidade, o mesmo não se pode dizer em relação à realização forçada dos mesmos sobre o corpo do condutor contra a vontade deste. A questão não pode deixar de ser equacionada à luz do princípio da proporcionalidade. [...]”.

A este respeito, concordámos que a zaragatoa bucal constitua uma lesão insignificante. O que nos parece constituir uma lesão à integridade física, perante a recusa do arguido é que exista uma execução forçada sobre o corpo do arguido, essa sim violadora da integridade física do visado. No mesmo sentido vai Sónia Fidalgo quando diz *há que referir que os avanços tecnológicos verificados na área da engenharia genética permitem a análise de ADN a partir de outras amostras biológicas para além do sangue (esperma, saliva, urina, pêlos). Por este motivo, há quem considere que a colheita de material biológico, em si mesma considerada, não chega a constituir, verdadeiramente, um atentado à integridade física – tratar-se-á de agressão insignificante. Haverá ofensa à integridade física apenas no caso de o arguido recusar a colaboração e a colheita ser feita com recurso à força sobre o corpo do arguido. Deste modo, o que poderá constituir um atentado à integridade física não será propriamente a colheita do material, mas o modo como a colheita é realizada* (FIDALGO, 2006);

No que à integridade moral diz respeito a resposta à questão da existência ou não de violação desse direito com a recolha de material biológico contra a vontade do visado não nos suscita dúvidas. A violação dar-se-á sempre e logo que a recolha seja contrária à liberdade da vontade e decisão do arguido e assim à sua dimensão ontológica. A integridade moral não é mais do que a liberdade para autodeterminar-se, decidir-se, por tudo aquilo que lhe é permitido escolher ou decidir por ato consciente e voluntário (FIDALGO, 2006).

Direito à Privacidade

«Nenhuma época acumulou sobre o homem conhecimentos tão numerosos e tão diversos como a nossa... e nenhuma época conseguiu tornar este saber tão prontamente e tão facilmente acessível. Mas também nenhuma outra época soube menos o que é o Homem...»
Heidegger

O surgimento da informática veio colocar novos problemas jurídicos independentemente de pertencermos àqueles que privilegiam as suas vantagens e mais-valias, ou àqueles que enfatizam o seu potencial perigoso para a privacidade. Há inclusive, constatadas que estão as permanentes violações da privacidade que a informática permite, o surgimento de um novo ramo de Direito (GARCIA, 1989). Com estas novas formas de ingerência na vida privada, são inúmeras as situações contundentes com o artigo artigo^a 26º da CRP, garante um direito à reserva da intimidade da vida privada. (MONIZ, 1997).

A massificação de meios de agressão e devassa através de gravadores, teleobjetiva, aparelhos de escuta e captação de imagem e, agora mais recentemente, a utilização da engenharia genética veio trazer ao processo penal diversos problemas (FIDALGO, 2006).

A manutenção de uma esfera privada por parte dos cidadãos nunca conheceu terras tão gélidas como são as atuais. As tecnologias oferecem-se aos investigadores com jogos de sedução irresistíveis e facilmente o dia-a-dia de qualquer um é posto a nu e em praça pública trazendo novos desafios ao Direito, ao qual não poderá ser

indiferente este escrutínio manifesto pela privacidade alheia, mesmo legitimados por interesses securitários. Exemplo desses instrumentos são as bases de dados pessoais que contêm informações de carácter pessoal de indivíduos identificados ou identificáveis. Relevante para o presente é a base de dados de perfis genéticos cujo conteúdo contém informação pessoal. Não se desacreditem as Constituições e os instrumentos internacionais que visam a proteção de DF. A este é-lhes reconhecido o mérito pelo esforço constante em prever formas de concordância prática entre interesses securitários e garantísticos (GOMES, 2006). A falha, se foi durante muito tempo a do legislador¹⁸, é agora do aplicador do Direito que pouco conhece da matéria e ignora, irreleva ou descredibiliza a *invasão pessoal* como coisa sem importância.

Sempre se louvem os ensinamentos do Tribunal Constitucional Alemão, com referência em concreto ao Aresto deste Tribunal de 3 de Março de 2004 que afirma que *o progressos técnico-científicos tornaram possíveis novas e diversificadas formas de intromissão e devassa que afrontam a esfera de privacidade/intimidade que o direito quer proteger com a inviolabilidade do domicílio – que tem em comum a circunstância de não pressuporem a entrada e presença física ou corpórea do agente no espaço físico da habitação.*

Foi Portugal o primeiro país do mundo a consagrar um direito à privacidade sob a forma de «limites e condições da utilização da Informática, fixando o princípio do livre acesso e da proibição, não só do tratamento de dados sensíveis mas também da atribuição de um número nacional único aos cidadãos»¹⁹. Ora, contendo informações do foro pessoal e íntimo do indivíduo, e estando o tratamento automatizado de dados pessoais referentes à vida privada, à base de dados de perfis genéticos exige-se uma cuidada avaliação sobre a afetação deste direito constitucionalmente plasmado. São aliás, estas bases de dados genéticas, que porventura constituirão os riscos que mais profundamente podem ser concebidos relativamente ao valor *privacidade* por constarem dos genes as informações mais básicas e elementares de cada indivíduo. A violência que a existência de uma base de dados genéticos pode exercer sobre o artigo 26º da CRP e mais concretamente sobre o artigo 35º n.º 3 não pode deixar de ser analisada.

¹⁸ Dado que retrospectivamente falando, após a consagração meritória deste artigo 35º na CRP só 15 anos depois o legislador concretizou e materializou em legislação necessária para a efetivação deste preceito constitucional, Veja-se o Ac. do TC 182/89 de 1/02.

¹⁹ In Resolução n.º 318/79 de 12/11

O reconhecimento de uma esfera pública e de uma esfera privada do indivíduo remonta já à Civilização Grega ainda que o verdadeiro nascimento de um direito à privacidade previsto hoje no artigo 26º da CRP surja com a publicação em 1890 do «*The Right of Privacy*» por Samuel Warren e Louis Brandeis (GOMES, 2006). Este direito consagrado nos no artigo 26º nº1 da CRP surge como expressão direta do Princípio da Dignidade Humana, trave mestra de toda a edificação de Direitos Fundamentais enquanto valor básico anterior a qualquer ideia de Estado de Direito Democrático (MIRANDA e MEDEIROS, 2005). Ora, no que ao tema que é objeto deste trabalho diz respeito, sabemos que a criação de uma base de dados de perfis de ADN, ainda que à partida legitimada pela descoberta da verdade material, e a inclusão e permanência de dados genéticos na mesma constitui uma intromissão na reserva da vida privada do sujeito que deverá dar-se sob a égide do artigo 18º da CRP segundo o qual Direitos Fundamentais só serão restringidos à luz de juízos de ponderação, adequação e proporcionalidade.

Uma definição do termo «*privacidade*» será uma aspiração fantasiosa. Ainda assim, o artigo 26º nº 1 da CRP surge como expressão e garantia de um direito à privacidade sob o conceito de «*Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*», ao qual GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA defendem comportar dois direitos menores: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Aqueles determinam, «*A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.*» (CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007).

A abrangência e delimitação deste direito é, no rol de todos os direitos de personalidade, a que levanta mais dificuldades dada a variabilidade de entendimentos possíveis do que seja esta esfera privada digna de tutela constitucional. A doutrina das 3 esferas acolhida da Alemanha pelos doutrinários portugueses distingue uma esfera íntima, uma esfera privada e a esfera social. A primeira corresponderá ao núcleo do direito à intimidade da vida privada; a segunda admitirá juízos de proporcionalidade e a última já fora do âmbito de abrangência do direito à intimidade da vida privada (que se relaciona mais como direito à imagem e à palavra) (MIRANDA e MEDEIROS, 2006).

Já GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA desdobram o direito à reserva da vida privada e familiar em dois direitos menores: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Reconhece ainda que outros direitos funcionarão enquanto garantes deste, como o direito à proibição de tratamento de dados referentes à vida privada consagrado no art.º 35º n.º 3 e 4 da CRP (CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007).

Alguma doutrina e jurisprudência distingue *esfera pessoal íntima* (absolutamente protegida) e *esfera privada simples* (apenas relativamente protegida podendo ter que ceder em conflito com outro interesse ou bem público) (CANOTILHO e MOREIRA, 2007).

Ainda que com vários tratamentos doutrinários, o conceito de esfera privada de cada pessoa não é unívoco, e o seu entendimento poderá originar respostas diferentes perante formas de restrição do mesmo, como será o caso da inclusão de perfis genéticos em base de dados de ADN para fins de investigação criminal e ainda à luz de uma proibição de tratamento de dados referentes à vida privada consagrada no artigo 35º n.º 3 da mesma. Como garante deste direito à reserva da vida íntima e privada, o artigo 35º n.º 3 proíbe o tratamento de dados da vida privada. Serão os perfis de ADN dados pessoais privados?

Ora, coloca-se a questão: que dados são estes cujo tratamento estará vedado? Sabemos que serão os referentes à vida privada, e então, interroga-se, o que está dentro e fora desta «*vida privada*» do indivíduo?

Desde logo a letra da lei suscita dúvidas quanto à distinção entre *reserva da intimidade da vida privada* enunciado no artigo 26º de CRP e à *vida privada* para efeitos de aplicação do artigo 35º n.º 3. Parece inequívoco que o art.º 26º ao utilizar a expressão «*reserva da intimidade da vida privada*» parece querer restringir o conteúdo do conceito «*vida privada*» do indivíduo. E esta distinção importa, dada a dupla possibilidade de violação deste artigo 26º da CRP, que garante a inviolabilidade de uma reserva de intimidade da vida privada – uma referente à fase da investigação criminal de onde poderá resultar a recolha de material biológico para obtenção de perfil genético a ser comparado com uma amostra problema, outra que se dá num momento em que o perfil de ADN passa a constar de uma base de dados de forma permanente, devidamente identificativo do seu titular enquanto dado pessoal a ser tratado e armazenado de forma suscetível de ferir a esfera privada de cada do seu titular. Ora, no primeiro momento

debater-se-ão os problemas específicos que se colocam quando a realização da justiça penal exige uma intromissão na reserva da intimidade da vida privada, que obviamente usa do regime previsto para as proibições de prova enquanto expressões dos limites constitucionais. O segundo momento prender-se-á com saber, que núcleo da vida privada é considerado para efeitos de aplicação do artigo 35º nº 3 enquanto expressão e garantia do artigo 26º da CRP. Será que podemos integrar os dados genéticos no âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada previsto no 26º da CRP? Nas palavras de Helena Moniz cumpre distinguir para aferir do alcance da proteção prevista no artigo 35º nº 3 (que é mais extensa do que a prevista no artigo 26º da CRP) dados *sensíveis*, como aqueles que são colocados no âmbito da reserva da intimidade da vida privada e *dados pessoais*, integrados na reserva da vida privada, havendo proibição do tratamento informático dos primeiros e já não dos segundos.

O nº 2 do artigo 35º da CRP, vincula o legislador a um dever de prever garantias contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana de informações relativas às pessoas e famílias. Ora, resulta que o limite da intervenção será sempre a dignidade humana, a partir do qual estaremos no campo da violação.

Mas o que é isto de dados pessoais? Previsivelmente a CRP não define o que são estes dados pessoais, devendo procurar-se esta definição na lei ordinária de regulação específica no que a este assunto diz respeito. Assim, estabelece a Lei nº 67/98 de 26 de Outubro que *dado pessoal é qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social (artigo 3º al a) da Lei nº 67/98 de 26 de Outubro). Sendo o conceito de «pessoa identificável» é de difícil compreensão foi este nº 3, al. a) buscar a sua concretização à Diretiva 95/46 CE de 24 de Outubro de 1995 que esclarece é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira dados são a representação convencional de informação sob a forma digital ou analógica, possibilitadora os eu tratamento automático. Louvem-se os mecanismos protetivos dos*

ficheiros da base de dados genéticos em Portugal operados pelo INML. Os laboratórios enviam os perfis encriptados para a sede do INML. Separadamente, são enviados os dados pessoais dos seus titulares e ainda o envio, também em separado, de um código que *inter-conexiona*, os perfis ao seu titular. Os três ficheiros distintos são entregues e depositados em 3 locais espacialmente separados, onde ficarão a constar. Segundo o Professor Dr. Francisco Corte-Real²⁰, Diretor da Delegação do Centro do Instituto de Medicina Legal e de Ciências Forenses, *o sistema mais seguro do plano internacional*. Esta mesma constatação foi feita por uma Comissão de Peritos Internacionais que avaliou as condições de segurança da base de dados em Portugal, dada a previsão de que tais dados sejam trocados no plano internacional em cooperação transfronteiriça da luta contra o crime. No entanto, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, na voz da sua presidente Prof. Doutora Filipa Galvão, defende que tais condições não são excessivas, como têm querido fazer parecer as críticas internacionais. Todas as medidas de que se rodeiam bases de dados com informação deste cariz são poucas, dadas a potencialidade das informações neles contidas!

O Acórdão nº 368/2002, defende que “há que ter presente que, após a revisão constitucional de 1997, o artigo 26º nº 1 da Constituição passou a consagrar expressamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, «englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida» (Acórdão nº 288/98, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 40º vol., pág. 61), o que implica o reconhecimento da liberdade geral de Ação, sendo certo que, nesta sua dimensão, o «direito ao desenvolvimento da personalidade não protege, nomeadamente, apenas a liberdade de atuação, mas igualmente a liberdade de não atuar (não tutela, neste sentido, apenas a atividade, mas igualmente a passividade, com uma garantia não unidimensional de atuação, mas pluridimensional, de liberdade de comportamento, enquanto decorrente da ideia de desenvolvimento da personalidade» (PINTO, 2000);

²⁰ Conferencia «Bases de Dados Genéticos – A Ética, o Direito e a Investigação Criminal»; a 8 de Março de 2013 na Escola de Direito da Universidade do Minho;

A Lei nº 10/91- A Lei da Proteção dos Dados Pessoais

A Lei nº 10/91 veio concretizar a garantia constitucional do direito à proteção da intimidade da vida privada no plano informático. Ficheiros de dados pessoais informatizados causam grande melindre tendo em conta a suscetibilidade de lhe serem acedidos para qualquer fim que não aquele a que se destina o armazenamento. O terreno informático é movediço e por mais que se invistam em sistemas de segurança, sempre diligenciando por garantir as ultimas tecnologias e conhecimentos no que respeita à segurança, na verdade é do conhecimento público que a rede é objeto diversas vezes de rompimentos e invasões por parte de profissionais da área. Assim tais ficheiros deverão limitar-se ao mínimo indispensável e necessário para a organização da sociedade como se entende que o sejam os ficheiros dos estabelecimentos de saúde. *A informatização de dados de saúde não é, como em muitos outros casos, um mero armazenamento de informação relativa às coisas do homem, mas de informação relativa ao próprio homem em si* (LOBATO DE FARIA, 1991). Relativamente à proibição constante da mesma lei relativamente a alguns dados pessoais, serão esses os relativos à intimidade da vida privada pelo que essa proibição apenas abrange os dados sensíveis (a não ser mediante o consentimento do seu titular). Prevê o artigo 7º n.º 1 da LPDP a proibição do tratamento de dados relativos à saúde e à via sexual incluindo os dados genéticos contornável apenas mediante disposição legal ou autorização da CNPD, por motivos de interesse público, quando esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento livre e expresso para esse tratamento. O n.º 3 do mesmo artigo vai mais longe permitindo o tratamento dos dados referidos em 1 quando se verificar uma das seguintes condições i) *ser necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e ii) for efectuado exclusivamente com essa finalidade*. Partilhamos a orientação de Helena Moniz quando defende que as exceções à proibição de tratamento de dados serão no entanto para casos isolados e de forma alguma permitem a constituição de uma base de dados de tal ordem.

Enquanto garantia do DF consagrado no artigo 26º da CRP este tratamento de dados deve estar sujeito ao regime previsto para os DLG'S e por isso mesmo só pode ser restringido nos casos limite impostos pelo artigo 18º da CRP. Por sua vez, o artigo 35º n.º 3 apresenta uma proibição absoluta de tratamento de dados sensíveis, prevendo taxativamente que dados são estes: dados relativos à convicção pessoal do visado, dados

relativos à esfera de opção política e sindical e dados relativos à esfera íntima da vida privada, onde se inserirão certamente os dados genéticos. Parece ser este o catálogo de dados sensíveis, *máxime* protegidos em absoluto. Existindo expressamente uma proibição absoluta de informatização destes dados *sensíveis*, parece não poderem ser informatizados os dados genéticos. A este respeito, já em anotação datada de 1993 se dava conta da fragilidade desta questão, sendo que em alteração à LPDPL se retirou essa possibilidade de tratamento dos dados genéticos através da eliminação do n° 4 do artigo 11°. No entanto o problema manteve-se uma vez que o artigo 17° n° 2 prevê a constituição de bases de dados sensíveis por entidades privadas desde que exista prévio consentimento do visado. Daqui decorre que os dados sensíveis cujo tratamento lesaria irremediavelmente o direito à intimidade da vida privada apenas poderão ser utilizados para fins estatísticos (por deles constar a identificação do seu titular).

A Comissão Nacional para proteção de Dados é uma entidade competente para a regulação da atividade responsável pelo tratamento dos dados genéticos, e devem ser ouvidos os seus pareceres vinculativos relativamente à autorização de comunicação de dados genéticos a outras entidades, e para o cruzamento de informações constantes em diferentes ficheiros da base e para a fixação dos marcadores genéticos de ADN a integrar no ficheiro de perfis de ADN. Não poderia aliás ser de outra forma, dado ser ela a entidade responsável pela fiscalização e controle do cumprimento da legislação respeitante ao tratamento de dados pessoais. Louvem-se as posições adotadas por esta Comissão no que diz respeito à tendência atual de enaltecer interesses da coletividade asfixiando os direitos pessoais que avalia com cautelas a pertinência e a legalidade da base de dados genéticos. A CNPD posiciona-se com muitas reservas quanto à constitucionalidade de uma base de dados genética quando incorporada por perfis genéticos, obtidos sem o consentimento do seu titular. No seu parecer 18/2007 denota-se essas mesmas reticências, dando nota de que é com muita prudência que o Estado se pode apropriar de dados tão sensíveis como os genéticos. Corremos um sério risco de vivermos um «*ditadura informativo-genética*». Aquela, defende a abominação de qualquer coercibilidade física ou sancionatória perante a recusa do arguido em sujeitar-se à recolha de material biológico.

O direito à autodeterminação informacional, é um direito moderno, o *habeas data* como já lhe chamaram, que aglutina o *direito de cesso das pessoas aos registos informáticos para conhecimentos dos seus dados pessoais deles constantes, bem como a retificação e complementação dos mesmos, um direito ao sigilo em relação aos*

responsáveis de ficheiros automatizados e a terceiros dos dados pessoais informatizados e direito à sua não interconexão, e por último o direito ao não tratamento informático de dados pessoais e sua interconexão (CANOTILHO e MOREIRA, 2007). Estando agora a ganhar cada vez mais relevância este direito geral à *autodeterminação informacional* cujo conteúdo se funde com aquilo que o artigo 35º n° 3 alcança - a faculdade de o particular controlar a utilização dos seus dados pessoais. Enquanto garantia ou instrumento de um direito fundamental deverá acercar-se de meios jurisdicionais, e sempre se diga, parece ser esse o sentido das convenções internacionais e de um Direito de *Habeas Datas*²¹.

Conclui Helena Moniz que o regime referente ao tratamento de dados pessoais pretende proteger o direito à reserva da vida privada em sentido amplo e cumulativamente um direito à autodeterminação informacional (MONIZ, 1997).

Direito à Autodeterminação Informacional

A designação de direito à autodeterminação informacional veio pela primeira vez a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Alemão²² numa sentença de 15 de Dezembro de 1983 que o considerou como a «*capacidade de o individuo, a partir da ideia de autodeterminação, decidir basicamente sobre si mesmo quando e dentro de que limites pode revelar situações referentes à sua vida*» e acrescenta «*o direito à autodeterminação informacional constitui um direito fundamental que garante ao individuo a competência para em Princípio ser ele próprio a decidir sobre a utilização e divulgação dos seus dados pessoais*»

Visa, nas palavras de Rita Castanheira Neves, proteger o «*individuo nos momentos informatizados de recolha, armazenamento, utilização e transmissão dos seus dados pessoais*» (NEVES, 2011).

Ora constituindo este artigo 35 n° 5 uma garantia de proteção do direito à reserva da vida privada, então o seu regime de restrição deve ser feito nos termos do artigo 18º

²¹ Este Direito de *Habeas Datas* foi utilizada pela primeira vez por MAISL que pretende referir-se a um direito à autodeterminação informacional;

²² A jurisprudência alemã percebeu que a tutela da esfera privada poderia não ser suficiente para proteger o individuo do poder Estadual. Criou o Direito à autodeterminação informacional no sentido de que todo o cidadão tem o direito a decidir, ele próprio quando e dentro de que limites os seus dados pessoais podem ser revelados;

da CRP – ou seja, segundo critério de necessidade, adequação e proporcionalidade como aliás defende BACELAR GOUVEIA (1993). A consideração de um «*direito à autodeterminação informacional*» como expressão do direito à reserva da vida privada é uma verdadeira novidade no plano internacional. Este direito concretizar-se-á num *direito de acesso aos dados pessoais informatizados*, um *direito ao esclarecimento* (quanto aos fins, objetivos ou finalidades que preside aquela recolha), um *direito de contestar ou rectificar*, *direito à actualização*, *direito de eliminação*, o *direito à não difusão dos dados*.

Foi na década de 60 que se estendeu o alcance do direito à reserva da vida privada aos dados pessoais, quando até aí apenas se dirigia mais para a questão da privacidade, fundamentalmente a sexual.

Tratando-se de dados genéticos os problemas relativos ao direito à autodeterminação informacional intensificam-se, uma vez que possivelmente nada poderá ser mais íntimo e genuíno do que a informação contida nos genes humanos e a potencialidade de informação que o exame genético pode constituir.

O Direito à Identidade Genética

Resulta inequívoca que a criação de uma base de dados de perfis genéticos com finalidades de investigação criminal não chocará com o direito à identidade genética uma vez que a recolha e a utilização de perfis genéticos não afeta a integridade genética nem a identidade genética dos indivíduos deixando-a intacta. Essa afetação dar-se-á no campo da engenharia genética, especificamente aquando da manipulação genética, capaz de criar clones ou por exemplo alterar característica física através da manipulação dos genes. O seu tratamento nesta fase servirá apenas para reforçar o alcance e a consciência de uma identidade genética humana enquanto bem jurídico constitucionalmente previsto e como tal tutelado. Ainda que caiba ao legislador a densificação e materialização de garantias de respeito por esta recente faceta do direito à identidade pessoal, a verdade é que a sua consideração nos textos constitucionais funciona já como reforço positivo de um dever de respeito pela identidade genética do ser humano – artigo 35 n.º 3 da CRP Não nos focamos, neste ponto, na problemática que a criação de base de dados de perfis genéticos para condenados faz surgir, dado que, como dissemos, não há aqui qualquer ataque à identidade genética na medida em que a

utilização das informações genéticas estarão vedadas e o seu acesso impossibilitado, para outros fins que não especificamente enumerados na LBD. A verdade é que os atentados à identidade genética dos indivíduos encontra-se hoje em constante iminência dadas as conquistas da engenharia genética e as manipulações que já são possíveis operar a nível genético, de forma a permitirem-se perfeitas artificializações de identidades genéticas (veja-se por exemplo a clonagem, a escolha do sexo de um filho, as inseminações artificiais in vitro, a criação de seres híbridos ou quimeras, entre outros) (BARBAS, 1998). O reconhecimento e a consagração de uma identidade genética legitimarão proibições de práticas de manipulação genética tendentes à criação de seres humanos²³ ou à modificação de embriões de forma a criarem-se indivíduos com estas e aquelas características²⁴ (RODRIGUES, 2009).

STELA BARBAS defende que não se podem abrir quaisquer exceções ao direito fundamental de património genético não manipulado. Isto porque, permitindo a escolha, mesmo que só para evitar a propagação hereditária de, por exemplo, doenças, verificar-se-ia sempre a violação do princípio fundamental do direito à diferença, o direito de nascer segundo «o acaso», das leis biológicas naturais (STELA BARBAS, 1998). Na sua tese de mestrado coloca aquela autora várias questões pertinentes relativamente a esta verdadeira encarnação na figura de Deus por parte de pais e cientistas. «*Serão como a reação do produtor em relação ao produto, o domínio do fabricante sobre o objeto fabricado, quase uma ideia de produção industrial*», sem prejuízo das questões éticas que se levantam com a escolha de embriões para serem implantados, deixando que os restantes sejam rejeitados²⁵. Poderão configurar uma violação da liberdade de um ser humano que está no início da sua existência e ainda não se pode manifestar? Que

²³ A clonagem de embriões humanos foi realizada por cientistas da Universidade George Washington em 1993

²⁴ Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS o cerne desta consagração de uma identidade genética prende-se exatamente com a proibição de escolha, previsão em manipulação genética de embriões com vista a que uma criança nasça com estas e aquelas características, cfr CRP Anotada, TOMOI;

²⁵ A Lei almeja fornecer uma manifesta defesa do embrião punindo com pena de prisão todo aquele que realizar uma fecundação de um ovulo humano com uma célula seminal que tenha sido escolhida em função do cromossoma de sexo nele contido. Já a lei espanhola 35/1988 de 22 de Novembro considera este comportamento uma infração muito grave. Em comum ambas as legislações permitem a escolha de determinada célula seminal em função do cromossoma nela contido quando o objetivo seja proteger a criança de uma doença grave transmitida por cromossoma sexual como o é por exemplo a distrofia muscular do tipo Duchesse, cfr STELA BARBAS, *Direito ao Património Genético*, pags181;

legitimidade enquanto seres humanos teremos para escolher uns e eliminar outros à morte? Questões de interesse que deverão ser discutidas em sede adequada.

Direito à não autoincriminação

Não é só no plano sensível de harmonização com os princípios da própria dignidade da pessoa humana e da sua inviolabilidade e integridade e no confronto com Direitos Fundamentais que a aplicação de conhecimentos de ciência forense coloca problemas, mas também perante os Princípios Clássicos que norteiam o processo penal.

Reiteramos Costa Andrade na defesa de que «*a não caírem, sob a censura direta da tortura ou coação, as provas obtidas em contravenção no princípio nemo tenetur, configurarão impreterivelmente um atentado contra a integridade moral da pessoa – um atentado particularmente qualificado, na medida em que redunde na degradação da pessoa em mero objeto ou instrumento contra si próprio numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade*» (COSTA ANDRADE., 1992).

O privilégio ou princípio (a garantia) da não auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente. (FIGUEIREDO DIAS *et al* 2009).

Ora, como harmonizar o dever de cooperação do arguido com o direito ao silêncio amplamente considerado e constitucionalmente consagrado?

Este dever de cooperar pode ser alargado, numa amplitude máxima, a todas as situações de cooperação com a justiça com carácter incriminatório, como o seja a sujeição a uma busca ou a um exame? O direito ao silêncio, se interpretado restritivamente, abarca tão-somente a liberdade de declaração do arguido; porém, em sentido amplo, essa declaração poder ter qualquer forma não-verbal/oral de expressão. Veja-se a efetuada por meio de um documento, da sua entrega, da indicação do lugar onde ele se encontra, ou mesmo através de uma atuação (v.g. entregar a arma do crime).

“Os princípios estruturantes do processo penal e, especialmente, os atinentes ao conteúdo essencial do direito de defesa, não permitem a descaracterização indireta, mediada por terceiros, do direito do arguido a não responder a perguntas ou a não prestar declarações (artigo 61º, nº 1 e artigo 343º, nº 1 do CPP), enquanto tradução da garantia contra a auto-incriminação ("privilege against self-incrimination"), que significa que o acusado não pode ser constituído, contra a sua vontade, em fonte de prova contra si próprio, e que não pode ser compelido a testemunhar em seu desfavor.

Ac STJ de 05.01.2005²⁶

Nas palavras do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *o privilégio contra a autoincriminação significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos (v. g., documentos) que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória*²⁷.

A sua consagração no plano jurídico remonta à Tradição Jurídica Anglo-saxónica, aquando da viragem do processo inquisitório para o processo acusatório e a primeira concretização legal em Portugal deu-se aquando do Decreto de 28.12.1910 onde se lia *«a finalidade do interrogatório é o exercício do direito de defesa e não a comprovação da acusação»*²⁸.

²⁶ Proc. 04P3276 disponível em www.dgsi.pt;

²⁷ Cfr. Acórdão de 3 de Maio de 2001, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso J. B. c. Suíça.

²⁸ Ainda que sua origem fora do plano jurídico seja muito antiga, porque fundado no instinto natural de preservação (ou autoconservação). De forma bastante clara pode-se afirmar que ele nasceu (na era moderna) como refutação (civilizadora) dos horrores gerados pela inquisição (Idade Média), conduzida pelo absolutismo monárquico e pela Igreja, que tinha na confissão a prova mais suprema (a rainha das provas), podendo-se alcançá-la inclusive por meio da tortura. A cultura civilizatória foi-se posicionando gradativamente contra as atrocidades do sistema inquisitivo (procedimento secreto, desrespeito ao sistema acusatório, ausência de advogado, obrigatoriedade da confissão etc.), destacando-se nesse papel crítico (denunciador), desde logo, o iluminismo e o seu prócer máximo, que foi Beccaria (que dizia: com a tortura, enquanto o inocente não pode mais que perder, porque opondo-se à confissão e sendo declarado inocente, já sofreu a tortura, o culpado, por seu turno, pode até ganhar, se no final resiste à tortura e é declarado inocente).

Desde o CPP de 1987²⁹ que se consagra expressamente o *nemo teneur se ipsum accusare* e o acompanha de normas que garantam a sua efetividade, nomeadamente a Proibição de valorização negativa do silêncio, a Proibições de prova, a obrigação de fundamentação das decisões e até à última reforma do CPP, a proibição de utilização de declarações anteriores do arguido que se remete ao silêncio. A partir da reforma do CPP de 2013, é permitida a reprodução ou leitura das declarações anteriores de arguido bastando que sejam feitas perante autoridade judiciária, refletindo-se aqui a tendência para uma redução das garantias de defesa do arguido.

Nas palavras de Costas Andrade, no direito processual penal português é inequívoca a vigência do Princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, sendo unânime a defesa de uma consagração constitucional implícita do *nemo tenetur*. A este respeito salientamos duas correntes, uma substantiva e uma processual, esta última com prevalência no ordenamento jurídico português. Este *nemo tenetur* reflete a estrutura acusatória do processo e das garantias de defesa³⁰ (COSTA ANDRADE, 1992).

Para o TC³¹ o direito ao silêncio é uma componente das garantias de defesa, cujo objetivo último é a proteção da posição do arguido como sujeito do processo. Podemos encontrar expressão deste Princípio, seja a sua garantia, seja a sua queda, nos artigos 61.º, n.º 1, al. d), 132.º, n.º2, 141.º, n.º4 al.a), 143.º, n.º 2, 144.º, n.º 1, 343.º, n.º 1 do CPP, no regime para as infrações rodoviárias aquando da colheita de ar expirado e exame médico, na recolha de ADN para determinação do perfil genético do arguido e comparação com vestígio no local do crime. Como exemplos práticos veja-se o art.º

De (mero) objeto de prova o investigado passou a ser sujeito de direitos, presumindo-se em seu benefício a inocência (art.º 9º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789). Antes de Beccaria, claro, existem vários antecedentes importantes, merecendo destaque o do juiz inglês Dyer (citado por Jauchen), que concedeu um habeas corpus a um cidadão que havia sido forçado a prestar juramento, que o compelia a se incriminar.

²⁹ Durante a inquisição a tortura era permitida e ainda se exigia do suspeito o juramento (conspurcatório) de que falaria a verdade (isso foi obra do papa Inocêncio III). No tempo da República romana o réu não tinha a obrigação de confessar ou de declarar. Isso começou a mudar com o Direito Canônico, que via na confissão arrependimento e expiação (submetimento a uma pena e suplício). Esse cenário sombrio para os direitos fundamentais do acusado (que monopolizou toda a Idade Média) sofreu profundas modificações (ulteriormente) durante os séculos XVII e XVIII.

³⁰ Veja-se ACTC 695/95 (inconstitucionalidade do antigo art.º 342.º, n.º 2, CPP).

³¹ Posição reiterada sucessivamente (AcTC n.º 55/2007, 181/2005 e 304/2004). A Jurisprudência recente: referencia e faz uso das posições defendidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) - Saunders c. Reino Unido;

172.º do CPP «*se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente*», o art.º 6.º n.º 1 da Lei nº 45/2004: «ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostre necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei, a Lei 5/2008 nomeadamente no seu artigo art.º 8.º/1 “*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*”, art.º 10.º “*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, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente, no estrito cumprimento dos princípios e regime do Código de Processo Penal.*” e artigo 38º , “*Em caso algum é permitida uma decisão que produza efeitos na esfera jurídica de uma pessoa ou que a afete de modo significativo, tomada exclusivamente com base no tratamento de dados pessoais ou de perfis de ADN.*”

Já no que toca à jurisprudência do TC veja-se o Ac. 155/2007 (utilização coerciva de zaragatoa bucal para recolha de vestígios de ADN segundo o qual não colide com o *nemo tenetur* – recolha de dados existentes independentemente da vontade do arguido – jurisprudência Saunders do TEDH), o Ac. 181/2005 (depoimento como testemunha do anterior co-arguido, sem consentimento, com proc. separado já transitado “não julgar inconstitucional o artigo 133.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, interpretado no sentido de não exigir consentimento para o depoimento, como testemunha, de anterior co-arguido cujo processo, tendo sido separado, foi já objeto de decisão transitada em julgado”), Ac. 304/2004 (depoimento como testemunha do anterior coarguido, sem consentimento expreso, com processo separado “133.º, n.º 2, do Código de Processo Penal – que este “visa, exclusivamente a proteção dos direitos do coarguido, enquanto tal, no processo pertinente, em ordem a garantir o seu direito de se não auto-incriminar”), Ac. 695/95 (“Julgar inconstitucionais as normas do artigo 89º, nº 3 [...] e do artigo 342º, nº 2, ambas do Código de Processo Penal, por violação do

princípio das garantias de defesa ínsito no artigo 32º, da Constituição da República Portuguesa³².

Direito ao silêncio e direito à não autoincriminação

O direito ao silêncio é uma fragmentação do direito à não autoincriminação. Questão complexa é a de saber o alcance deste direito ao silêncio, se deve ser interpretado em sentido literal em que ao arguido assiste apenas o direito a não prestar declarações ou se emanam do espírito da norma outras formas de autoincriminação, sejam elas através da voz ou de elementos biológicos ou mecânicos que derivem naturalmente do indivíduo. Parece-nos no entanto que estará incluída no espírito do Princípio *nemo tenetur* o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal, o direito de não declarar contra si mesmo, o direito de não confessar e o direito de não falar a verdade.

Perante a definição do alcance deste Direito ao silêncio acompanhamos Costa Andrade « (...) *o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, a carrear ou a oferecer meios de prova contra sua defesa. Quer no que toca aos factos relevantes para a chamada questão da «culpabilidade» quer no que respeita aos atinentes à medida da pena. Em ambos os*

³² Para um recorte de entendimento deste Princípio na cena nacional veja-se :Sentença proc. n.º 4907/06.3TFLSB, do 1.º Juízo TPIC de Lisboa, de 11.01.2008 (CMVM) “LJ Carregosa” (revogado pelo TRL); Sentença proc. n.º 3839/06.0TFLSB, do 2.º Juízo TPIC de Lisboa, de 16.10.2008 (CMVM) “Lisbon Brokers” (revogado TRL); Sentença do 1.º Juízo TPIC Lisboa, de 22.04.2010, ACTRL (5.ª Secção) de 15.02.2011, (proc. 3501/06.3TFLSB.L1-5) “Edp”; ACTRL (9.ª Secção), de 30.10.2008, proc. n.º 4907/06.3 (Valores Mobiliários) “LJ Carregosa”; .ACTRL (3.ª Secção) de 22.07.2009, proc. 3839/06.0TFLSB. L1 (Valores Mobiliários) “Lisbon Brokers”; .ACTRL (5.ª Secção), de 25.11.2008. Proc. 1050/06.9TYLSB (AdC) “SIC/PT”; ACTRL, de 15.03.2007, proc. n.º 261/06.1TYLSB (AdC) “AGEPOR”; Sentença do TCL de 08/05/2007, Proc. 205/06.0TYLSB “Moageiras”: Despacho TCL, de 08.04.2008, proc. 350/08.8TYLSB –1.º Juízo, “Abbot tLaboratórios e outros”; Acórdão TRL (5.ª Secção), de 25.11.2008 (Concorrência) “SIC/PT” Acórdão TRL (9.ª Secção), de 30.10.2008 (Valores Mobiliários) “LJ Carregosa” (transitou); ; Acórdão TRL (9.ª Secção), de 15.03.2007 (Concorrência) “AGEPOR” (recurso pendente); Sentença proc. n.º 261/06.1TYLSB, do 3.º Juízo Tribunal de Comércio, de 28.07.2006 (Concorrência) “AGEPOR”; Acórdão TRL de 25.11.2008

domínios, não impende sobre o arguido um dever de colaboração nem sequer um dever de verdade» (COSTA ANDRADE, 1992).

Essas cinco dimensões acham-se coligadas diretamente ao silêncio, que afeta a produção da prova. Disso decorre a evidente conclusão de que o direito ao silêncio implica uma relevante questão probatória; constitui, aliás, um dos limites ao princípio da liberdade de provas. Todas as demais dimensões do direito à não autoincriminação reconhecidas pela jurisprudência têm essa mesma origem limitativa ao direito à prova.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em sentença proferida em 17 de Dezembro de 1996 (caso *Sauders vs. Reino Unido*), concluiu que o direito à não autoincriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio, acrescentando que esse direito se não estende ao uso, em processo penal, de elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, por exemplo as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidade de análises de ADN.

No mesmo sentido daquele, o Tribunal Constitucional Espanhol, a propósito da obrigatoriedade de submissão a testes de alcoolémia, afirmou que a realização dos mesmos *não constitui, em si mesmo, uma declaração ou incriminação, para efeitos de nemo tenetur*, uma vez que não se obriga o agente a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo a sua culpa, mas apenas a tolerar que sobre ele recaia uma especial modalidade de perícia (STC 103/1985).

Reiterando tal doutrina, comentou em 1997 (STC 191/1997) - depois de citar jurisprudência do TEDH, onde se reconhece que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação, embora não expressamente mencionados pelo artigo 6º da CEDH, se situam no coração do direito a um processo equitativo e se relacionam estreitamente com o direito à defesa e à presunção da inocência. Para aquele parece assim que as garantias face à autoincriminação limitam-se às contribuições do arguido de conteúdo diretamente incriminatório, *não tendo o alcance de integrar no direito à presunção da inocência a faculdade de se poder subtrair a diligências de prevenção, indagação ou de prova. A configuração genérica de um tal direito a não suportar nenhuma diligência deste tipo deixaria desarmados os poderes públicos no desempenho das suas legítimas funções de proteção da liberdade e convivência, lesaria o valor da justiça e as*

garantias de uma tutela judicial efetiva [...] (Ac TC n.º 228/2007, Processo n.º 980/2006...);

O Tribunal Constitucional no que ao direito à não auto-incriminação se refere diz que a não «*auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo, como igualmente se concluiu na sentença do TEDH supra citada, o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de A.D.N. Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação, cfr Ac TC n.º 228/2007, Processo n.º 980/2006;*

O direito ao silêncio exprime, acima de tudo, que do acusado não se pode exigir que contribua ou que produza ou que participe ativamente de qualquer procedimento probatório que o incrimine. Não faria sentido que ao arguido assistisse um direito ao silêncio como decorrência do *Privilege against self incrimination*, quando teria de ser compelido a fazer o seu corpo falar.

O que não é consensual hoje é o alcance prático do *nemo tenetur*. Como bem diz Sónia Fidalgo, «*há situações e que não é fácil decidir se esta no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coercivamente impostos, ou quando se invade já o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva*». A solução parece estar na conduta ativa ou omissiva do lesado, isto é, se ele se deixa submeter à recolha, ainda que contrariado, tolerando a atividade de terceiro ou se torna necessário recorrer à força para o forçar à recolha. Lembre-se que para os dois casos o lesado expressa a oposição em submeter-se à recolha de material biológico, seja sob a forma de recolha de zaragatoa bucal ou outra. Reiterando Wolfslast «*não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante um conduta ativa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova. De resto será difícil discernir*

porque é que a dignidade humana do arguido só é atingida quando forçado a uma ação e já não quando compelido a ter de tolerar uma ação»³³ (cit in COSTA ANDRADE, 1992).

Como bem defende DINGELDEY «o individuo não será reduzido a mero objeto da atividade estadual» e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade visa «realizar uma proteção completa da liberdade individual de cada cidadão». Esta liberdade, segundo COSTA ANDRADE, «é posta em perigo quando o arguido é convertido em meio de prova contra si mesmo. Só quando se reconhece ao individuo um direito completo ao silêncio no processo penal, se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estadual» (DINGELDEY, 1992).

Já RUPING³⁴ vê no *nemo tenetur se ipsum accusare* expressão do direito à autodeterminação do arguido em «íntima conexão com a doutrina da dignidade humana».

A resposta à questão de saber se a recolha de material biológico do arguido de forma coativa para posterior obtenção de um perfil genético configurará uma violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* será, no nosso entender positiva, e o fundamento para tal posição prende-se com o seu carácter *anti natura*, de contrariedade ao conceito de auto-preservação, de obrigar determinado arguido oferecer prova contra si mesma. É da natureza do ser humano não se incriminar, lutar pela sua liberdade (inclusive pela fuga), defender-se de agressão injusta. Tudo derivação de um instinto de conservação (da preservação da existência ou da liberdade etc.). E o Direito não pode impor-se à natureza. Como se vê, o direito de não autoincriminação tem fundamento natural (instinto de preservação ou de auto preservação, como dizia Bentham). O suspeito pode até contribuir para a produção de uma prova incriminatória, mas isso fará se quiser. Obrigado, ele não é, mesmo porque ele é presumivelmente inocente. E este instinto de conservação não se estende apenas ao direito ao silêncio mas estender-se a todas as formas de autoincriminação.

Partilhamos a posição de COSTA ANDRADE segundo a qual «a não caírem sob a censura direta (...) da coação, as provas obtidas em contravenção do Princípio *nemo tenetur*, configurarão inescapavelmente um atentado à integridade moral da

³³ WOLFAST, *apud* COSTA ANDRADE, 1992;

³⁴ RUPING, *apud* COSTA ANDRADE, pag125; 1992;

pessoa. E um atentado particularmente qualificado na medida em que redundando na degradação da pessoa como mero objeto ou instrumento contra si numa área onde cabe assegurar a expressão plena da liberdade e auto-responsabilidade (COSTA ANDRADE, 1992).

Concordámos com a doutrina segundo a qual a consagração do direito ao silêncio como expressão do *nemo tenet* serve para proteger DF, designadamente a dignidade humana e a liberdade individual de forma de evitar um reducionismo da natureza humana a um objeto de atividade probatória. São várias as previsões legais de limitação a este direito: o arguido está obrigado a realizar determinados exames, como os de alcoolemia e de substâncias psicotrópicas; a obrigatoriedade de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-forenses quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, e através de meios de investigação como são as escutas telefónicas e os agentes encobertos.

Pelo exposto resulta inequívoca a complexidade jurídica que a medida restritiva de criação de uma base de dados de perfis genéticos com finalidades de investigação criminal importa, à luz do paradigma constitucional Português. As soluções e as respostas às questões serão sempre marcadas pelo maior ou menor valor axiológico dado aos interesses comunitários e aos interesses individuais. Citemos Jellinek, que no que toca à proibição do excesso como princípio fundamental do direito público dizia «*o Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos*» (JELLINEK, 1984). É indubitável que a intervenção preventcionista do estado tem limites, e deve conter uma ordem perfeita de enfrentamento crítico dos problemas penais. A este respeito diz D'ÁVILA:

«E se assim é, podemos facilmente perceber que eventuais pontos de tensão entre os interesses preventivos e a guarda de direitos fundamentais deverá atender a uma lógica bastante diversa daquela percebida em teorizações funcionais. Não a lógica do bom ou ideal em termos administrativos, mas a do possível em termos de legitimidade. É dizer: não importa o peso do interesse estatal a ser buscado, seja ele a simples otimização económico-administrativa, seja o combate ao terror. Todo

e qualquer interesse só poderá ser perseguido se estiver de acordo com e nos limites da legitimidade da normatividade penal e constitucional.»

E assim, emaranhemo-nos na concreta ponderação axiológica que ao ficheiro reservado para condenados na base de dados de ADN deverá corresponder.

CAPITULO IV

A Crise Processual-Penal da Atualidade

SECURITISMO VS GARANTISMO

«...Quando em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa - nenhuma transação é possível, havendo pois que dar prevalência à finalidade do processo penal que dê total cumprimento àquela garantia constitucional»

*Figueiredo Dias, Direito
Processual Penal Coimbra
1988-9*

O legislador penal, por imposição constitucional, deverá garantir o livre exercício de Direitos Fundamentais, quer punindo quem os ofende, quer regulamentando de que forma esse *ius puniendi* deve ser exercido. E é exatamente este

o grande desafio que se coloca ao Direito penal da Pós-Modernidade, que sente a pressão de responder a uma sociedade globalizada, onde o crime trespassa fronteiras nacionais, complexando-se e sofisticando-se, acabando o Direito Penal por perder a sua componente liberal e humana em defesa de um direito «*penal do inimigo*»³⁵ (SUSANO, 2009). Reconheça-se que a incorporação das técnicas científicas pelo Direito promove a sua visibilidade e credibilidade já muito abalada. Pensávamos nós que a maioria racional do homem tinha sido operada com aquele momento histórico do Iluminismo. E entendemos que tal salto o foi de facto. Acontece que, continuando a analogia da longevidade humana, parecemos ter chegada agora à velhice da razão humana. Mas não aquela velhice sábia, mestre e experiente, mas antes aquela velhice senil, demente e decadente. Mais do que a previsão de novos crimes ou de reformulação dos já existentes, a sociedade pós-moderna desafia o Direito Penal no que aos concretos meios ao dispor das autoridades para investigar os crimes, preveni-los e antecipa-los, diz respeito (LOUREIRO, 2009). E sempre se dirá que a crise de valores atual não se restringe ao Direito Penal mas a todas as instituições sociais e em variados domínios, o da alma principalmente, que se empobreceu em doçura e humanidade e se engrandeceu em calculismo e autoritarismo. O endurecimento do coração humano trespassa as fronteiras do corpo, refletindo-se em tudo que toca e em tudo que cria. Nas Palavras de José de Faria Costa, «*o local convoca o global, o ontem confunde-se com o amanhã que já é presente, o universal parece só ter sentido se passear de mão dada com o particular*» e no que em concreto diz respeito à ordem jurídico-penal parece que, medidas com carácter de exceção, ainda que indubitável seja a sua necessidade, são aplicadas quase como regra numa manifesta diminuição das garantias processuais, exacerbando um securitismo que arriscamos chamar de perverso (FARIA, 2009). «*O estado de direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade sem as restrições do direito de necessidade*» (CANOTILHO, 2009). Como resposta a uma criminalidade organizada e a formas mais sofisticadas de crime, o Direito Penal de hoje reforça meios invasivos e ocultos de investigação criminal restringindo as esferas íntimo-privadas dos visados. Esta crescente contração de Direitos Fundamentais aquando dos meios de obtenção de prova deverá ser sempre desencadeada com o respeito pelo Princípio da legalidade e tendo como balizas o artigo

³⁵ O CPP foi concebido e pensado em função de uma determinada relação entre o cidadão e o Estado, herdeira das tradições do Humanismo e do Iluminismo do séc. XVII e XVIII em III Congresso de Processo Penal, 2010 pág.: 120;

18º da CRP. A reflexão reside em averiguar até onde pode a investigação criminal avançar na esfera individual, privada e constitucionalmente tutelada de cada um, seja com base numa argumentação securitária seja mediante as exigências de realização da justiça. Somos da opinião que *a busca pela inovação e modernidade e o acompanhamento das evoluções tecnológicas e científicas não se faça com o sacrifício indiscriminado de instituições e princípios que são sinais identificadores de uma maneira autónoma de estar no mundo, de fazer história e de criar cultura* e sem que se ultrajem irremediavelmente as bases de todo o regime protetivo e garantístico dos desígnios fundamentais, que não desejamos caíam (exposição constante do Decreto de Lei nº 78/87 de 17 de Fevereiro).

Os defensores das ideologias securitárias apontam o dedo à «*cultura hipergarantística*» acusando-a de «*ideologia jurídica de suporte às organizações criminosas*», referindo-se ao «*direito penal do cidadão como o direito penal do criminoso e o direito constitucional dos Diretos Liberdades e Garantias como o Direito constitucional à liberdade do crime*» (CANOTILHO, 2009). Muitos acusam o espírito garantístico de congelar e paralisar o processo penal na sua função de realização da justiça.

Foram três sectores que vieram derrubar os dogmas garantísticos, colocando-lhes desafio: O terrorismo, a criminalidade organizada³⁶ e os crimes sexuais (pedofilia pornografia *online*). A perversidade destes veio a reformular princípios orientadores e estruturantes do Direito Constitucional tornando-o hoje desarmonioso em muitos dos seus institutos. Tudo é revisto e reavaliado e ao que parece já nem a finalidade da pena assenta na prevenção geral preventiva, socialmente integradora mas voltou-se a assumir a tendência expiatória, e repressiva, onde a tónica assenta na neutralização e isolamento do criminoso, inimigo do Estado e como tal indigno (LOUREIRO, 2009). Têm sido abundantes as orientações e soluções de cariz securitário nos últimos anos do

³⁶ Este tipo de crimes pela sua complexidade e desenvoltura tecnologia implica que meios mais complexos sejam desencadeados pelas autoridades judiciárias, assim a única forma de lhes fazer frente será a utilização de meios tecnológicos igualmente avançados e sofisticados onde podem estar e estão quase sempre implícitos formas de inerência e invasão da esfera privada dos indivíduos, veja-se as escutas telefónicas, utilização e meios de videovigilância, o acesso a e-mail e comunicações em rede etc...).

processo penal em concreto no que concerne ao regime de detenções, buscas, revistas exames ou perícias.

Assiste-se atualmente a uma dramatização excessiva da violência considerada grave e complexa, e com isso como afirma Win Fried Hassemer, *«os direitos fundamentais já não são direitos de defesa contra o Estado. De um certo modo eles deixaram de cumprir essa função. Os Direitos Fundamentais tendem a constituir um obstáculo na luta eficaz do Estado contra a criminalidade»*³⁷.

Assumindo uma posição manifestamente garantística, não podemos deixar que o sentimento de insegurança emergente na sociedade de hoje, fruto de toda a potencialização tecnológica e mesmo intelectual venha justificar o repensar de toda uma conquista humana de cânones humanístico-liberais. Porque a crise atua é antes de mais uma crise de valores humanos e o Direito não deve fomentá-la, estimulá-la, ou praticá-la nas barras dos tribunais, passando a ser regra ações de carácter preventivo e repressivo dos arguidos que não podem ser numa fase prévia à punibilidade serem tratados como culpados; No extremo de preocupações securitárias equacionar-se-á a hipótese de inversão da presunção de inocência para uma presunção de culpabilidade que facilitaria em muito as investigações, pois que o verdadeiro acto probatório estaria já do lado dos arguidos. Lembre-se a posição de Roxin na qual o Estado deverá manter as tendências securitárias do poder legislativo dentro dos limites toleráveis, dizendo para mais que, relativamente à adequação ao Direito, da preterição do particular por interesse da coletividade que *«um ordenamento jurídico para o qual o particular não é objeto, mas sim o titular do poder estatal, não o pode desvirtuar convertendo-o em meio de intimidação. As qualidades de sujeito e pessoa do homem a tal se opõem»* (ROXIN, 2004). Reconhece-se a necessidade de um Direito Constitucional e de um Direito Penal apto a responder aos desafios da criminalidade pós-moderna, mas não invertendo e pervertendo as orientações humanísticas e liberais como se elas tivessem deixado de ser louváveis.

Marquês Beccaria num pequeno trecho apenas, resumiu todas aquelas que foram e deveriam continuar a ser as orientações da Política Criminal *«...para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena nas circunstâncias dadas,*

³⁷ Em Processo Penal e Direitos Fundamentais; Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina; Coimbra; 2004; pág. 22.

proporcional aos delitos, fixada pelas leis». Numa obra com mais de dois séculos, constam já os postulados essenciais de todo o direito penal – o Princípio da legalidade, da publicidade, da proporcionalidade, e da intervenção penal limitada apenas aos comportamentos cuja danosidade social suficiente a justifiquem.

À Política Criminal deve corresponder uma *«necessária e adequada expressão da política social geral e, portanto, de uma determinada conceção do Estado e das relações deste com a sociedade e com a pessoa humana, os seus princípios – norteados pela eficácia e limitados pela validade»* (TAIPA DE CARVALHO, 1985).

Para os defensores de orientações iluministas, sempre se apontará a lacuna de argumentação na defesa de ideais securitários, pois regredir no raciocínio evolutivo que deu origem ao paradigma humanístico liberal não envolve grandes esforços mentais, e é verdade que o esforço reflexivo e crítico é trabalhoso, daí que se perceba que o caminho mais fácil seja o regresso às ideologias repressivas, ainda que há muito ultrapassadas. A resposta aos novos problemas jurídico-processuais penais encontrar-se-á na harmonização e coordenação da necessidade gritante da sociedade por segurança e justiça com a autonomia e liberdade da personalidade, que o Direito deve sempre garantir e já não a adesão a um processo penal cada vez mais *«secretista, imediatista, intrusivo e desleal»* (MILITÃO, 2012).

Essa retração garantística encontra-se espelhada na adoção de inúmeras medidas nos últimos anos que vão no sentido da constrição de direitos individuais apoiados em promessas de maior seguridade e eficiência na justiça. Exemplos dessas são o regime previsto para as escutas telefónicas, a permissão de recolha de material genético para fins de identificação criminal e a criação de uma base de dados genéticos para condenados que se pretende gradual e universal e a mais recente alteração ao Código do Processo Penal que valida as primeiras declarações do arguido em fase de inquérito, quando até aqui não podiam ser consideradas. Há Autores que relativamente criação de uma base de dados genéticos como ferramenta de identificação criminal, equiparam o ADN à impressão digital e que sendo assim, poderia o Estado formar um banco de dados genéticos a partir de toda a população. Sempre discordaremos dessa posição. O ADN é muito mais do que uma ferramenta identificativa. É a unidade de personalidade do indivíduo, com informações não só individuais, como também dados genéticos relacionados com as características hereditárias, e até traços de personalidade e que, por isso, de acesso limitado ao mínimo exigível para garantia de interesses igualmente importantes, sendo certo que a efetividade da justiça o é.

Tenha-se sempre presente que o âmago do Processo Penal não é a verdade a todo o custo mas a verdade processualmente aceitável e ainda que uma das suas funções a par da descoberta da verdade material e da realização da Justiça seja a proteção dos Direitos Fundamentais encontrar a fórmula quase mágica de conciliação destas três funções o desafio com que se depara qualquer legislador penal.

O Enquadramento Probatório da Prova Genética

«Não tenho medo de más leis se tiverem bons aplicadores e bons intérpretes; tenho medo de bons leis se tiverem maus aplicadores e maus intérpretes»

*Bismark*³⁸

Os exames genéticos configuram-se como instrumentos de investigação criminal. São um meio híbrido que reúne características de exame enquanto meio de obtenção de prova (quando o visado fornece o corpo ou partes dele de forma a obtenção de um perfil) e ainda como perícia, meio de prova que exige especiais conhecimentos técnicos, científicos e culturais. O Código do Processo Penal, ao contrário do que fez para escutas telefónicas, não previu na Lei Ordinária a alusão a este específico meio de prova que tanto melindra os intérpretes do Direito. Desde logo não foi pacífica a resposta (ainda que nos pareça agora arrumada) à questão de saber se os perfis genéticos, enquanto prova processual, se integrariam no regime dos exames ou das perícias. A resposta a esta questão implica a distinção entre ambas. Os exames configuram-se como meios de obtenção de prova – *«instrumento de que se servem as autoridades, para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do thema probandi, são instrumentos para recolher no processo esses meios»* (MARQUES, 2002);

Por sua vez, as perícias são meios de prova e dão-se quando a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, quando a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou

³⁸ Citado por Costa Andrade em *«Das escutas telefónicas»*, 2005, pag:215-224;

artísticos. O exame é assim, descritivo, fruto de observação, visionamento ou percepção direta, relatada ou registada e a perícia é conclusiva, mercê de interpretação, apreciação ou juízo científico ou artístico relatado ou registado também (MARQUES, 2002). Muitas vezes, se não na maioria das vezes, a perícia depende de um exame. Posto isto, parece haver uma absorção de características quer atinentes ao exame quer atinentes à perícia, da medida de recolha de material biológico para a obtenção de um perfil de ADN, dada a instrumentalização do corpo humano, que é usado e analisado e do qual se obtém um meio de prova cuja análise dos resultados é operada por pessoal com especial conhecimento técnico-científico. Saliente-se que serão por meras imprecisões nominais, que muitas vezes se refere ao termo «*exame*» em sentido técnico-jurídico referindo-se a perícias médico-legais. Não apoiamos a doutrina que aponta uma dupla caracterização da prova genética enquanto meio de obtenção de prova e enquanto meio de prova. Apesar dos dois momentos (recolha e análise do perfil genético) serem complementares, o objeto de prova que relevará para a elaboração de uma convicção por parte do juiz circunscreve-se ao produto da leitura dos resultados, esses sim com relevância para o processo penal, desencadeada por técnicos especializados, pelo que o procedimento deverá enquadrar-se no âmbito da perícia genético-forense.

O regime previsto para a prova pericial é também diferente, estejamos a referirmo-nos ao Direito Penal ou ao Processo Civil. Naquele é em certas circunstâncias obrigatório o recurso a testes periciais, no segundo já é facultativo, naquele o juízo técnico científico ou artístico inerente à prova está subtraído à livre apreciação do julgador, neste aplica-se o Princípio da livre apreciação da prova pelos juízes. Esta distinção revela-se pertinente dada a aplicação do regime civilista a um específico teste genético-forense – o efetuado para investigações de paternidade. Ainda que neste tipo de testes, as condições de recolha e tratamento das amostras biológicas sejam feitos de forma muito mais controlada pelas entidades competentes para o efeito e como tal, os seus resultados muito mais fiáveis, a verdade é que é no processo penal que a prova pericial tem um estatuto muito mais enaltecido ao ponto de se prever a sua obrigatoriedade.

Na verdade, as promessas de objetividade, neutralidade, verdade absoluta e a infalibilidade do método experimental revelam-se tentadores de mais para o direito, que tenta fugir à subjetividade. Por isso o direito converge no sentido da «*submissão do aparelho jurídico à racionalidade cognitiva e instrumental da ciência*», falando-se hoje num processo de «*isomorfização do direito e da ciência*» quem vem transformando

práticas judiciais, discursos e modos de concluir a inquirição judicial (COSTA et al; 2002). Espante-se que, apesar da cegueira que o brilho da prova genética enquanto área da ciência e como tal objetiva, segura, certa e infalível, outras áreas científicas como as avaliações psicológicas, os estudos ambientais, parecem sofrer de um estigma no que toca à receção pelos legisladores e aplicadores do Direito (SANTOS; 2000); Ao que parece, este estado de coisas deve-se ao facto de, mesmo dentro dos entes com especiais conhecimentos técnicos, científicos e artísticos, existirem uns mais especialistas que outros, e matérias mais distantes ou mais próximas do conhecimento do juiz tem da matéria. Por exemplo, avaliações psicológicas tendem a ser mais desvalorizadas face ao conhecimento que o juiz tem de enviesamento por subjetividade dos cientistas ou pessoas exteriores, enquanto exames e relatórios de técnicos de Medicina Legal não costumam ser sequer postos em causa. Ao que parece, também a consideração das provas científicas é fruto de experiências empíricas (COSTA *et al* 2002);

A sobrevalorização das promessas tecnológicas e a suavização dos riscos produzem determinados efeitos sociais, culturais e éticos que convergem para dispositivos retóricos destinados a apoiar mecanismos de construção da confiança pública (MACHADO, 2011); Ao que parece, começa a estar enraizado na coletividade a supremacia da segurança e proteção face à criminalidade, a progresso da justiça baseada na ciência e a necessidade de se acompanhar os demais na evolução tecnológica e científica (COSTA, 2003);

Constata-se que a base de dados de ADN é unanimemente encarada como a maior das promessas na prevenção, deteção e dissuasão do crime, (WILLIAMS; 2004); o que com efeito não ignoramos. Aquilo que isso sim nos causa fortes reservas são os critérios que subjazem à decretação da medida a necessidade da mesma face a uma cultura criminal cujas taxas de criminalidade contra pessoas, aqueles crimes para os quais a prova genética se apresenta mais proveitosa, são baixas.

O CPP e a Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro

Seria expectável que após a reforma penal de 2007, face aos avanços científicos na área genética, ao valor probatório que os perfis genéticos atingiram e às ordens de recolha de material biológico contra a vontade do examinado, o CPP previsse em concreto e especificamente preceitos ordinários densificadores destinados a

regulamentar esta matéria de melindre para os aplicadores e intérpretes do Direito. Acompanhamos Costa Andrade e Jorge dos Reis Bravo ao afirmar que a Reforma Penal acabou por fazer pouco quando deveria e podia ter feito mais, enganando quem dela esperava que trouxesse as respostas no que à prova por ADN dizia respeito, que à altura dessas palavras já vinha suscitando incongruências ao Tribunal Constitucional e dissonâncias doutrinárias perante as solicitações de (in) constitucionalidade de hermenêutica de determinados preceitos processuais penais e da (i) legalidade de ordens de sujeição a exames genéticos a fim de se obterem perfis genéticos (ANDRADE, 2009 e BRAVO, 2010). Mas diga-se mais. Já na fase final da presente dissertação fomos confrontados com a Vigésima Alteração o Código do Processo Penal aprovada pelo Decreto -Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. Expectantes de que seria desta vez que o legislador daria o devido tratamento legislativo-ordinário à matéria das perícias genético-forenses, pudemos verificar que ainda não podemos dar parte do problema por resolvido. Assim, o preenchimento das eventuais omissões, lacunas ou contradições é fruto de entendimentos constitucionais e doutrinários que vão estabelecendo tendências mais ou menos adotadas pela maioria, acentuando com rigor a já aceite fragmentariedade da ordem jurídica positiva portuguesa (ANDRADE, 1992); E assim o é tanto em matéria de princípios materiais de fundamentação axiológica político-criminal como no que respeita às variadas formas de se entender os casos da vida. (ANDRAE 1992);

Nas palavras de COSTA ANDRADE «(...) *Pela sua especificidade e tendo em contas as exigências de reserva de lei - com os corolários de clareza e determinabilidade – o recurso ao ADN em processo Penal reclamava uma consagração expressa e preferencialmente na lei processual codificada. Logo pelo seu conhecido e qualificado potencial de intromissão e devassa na perspetiva de Direitos Fundamentais à luz dos quais podem antecipar-se e compreender-se que a lei condicione o acesso ao ADN à investigação de crimes acima de determinado limiar de gravidade e danosidade social*» mediante uma concreta e razoável ponderação (ANDRADE, 2009);

A obrigatoriedade de sujeição do agente à recolha vem expressa no artigo 172º do CPP dispondo que se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária. Ainda que este artigo se insira no título III da prova, previsto para os meios de obtenção de prova, é aplicável, por remissão do nº2, também à prova pericial quando esta incide sobre características físicas ou psíquicas da pessoa que não haja prestado consentimento, nas quais se incluem as

análises sanguíneas ou a extração de cabelo ou saliva. O mesmo artigo estabelece quem tem legitimidade para tal ordem, cabendo ao juiz a ordem de recolha, ponderando a necessidade da sua realização. Este artigo torna pertinente a questão de saber se, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 5/2008, a sujeição a exames genéticos contra a vontade do agente era já possível ao seu abrigo. A resposta a esta questão será obrigatoriamente, e no nosso entender, negativa por imposição constitucional no artigo 18º n.º 2 da CRP, dado o elevado grau de lesão de Direitos Fundamentais inerentes à prova genética, que exige como garantia constitucional a previsão legal e expressa da medida. Isto porque não nos parece que a norma, enquanto restritiva de Direitos Fundamentais tenha um grau de determinação suficiente no que ao seu conteúdo diz respeito. Desde logo porque cremos que aquela norma não foi pensada para as perícias genético-forenses, mas sim para os exames. E porque, enquanto reguladora de matéria respeitante a restrição de Direitos Fundamentais, se exigia que ela previsse concretamente e determinantemente a obrigação de sujeição a exames médico-forenses. Acompanhamos Vieira de Andrade quando diz que *“apesar de não estar expressamente referida, deve considerar-se que a lei restritiva, em função da reserva de lei formal, tem de apresentar uma densidade suficiente, isto é, um certo grau de determinação do seu conteúdo, pelo menos no essencial, não sendo legítimo que deixe à Administração espaços significativos de regulação ou de decisão”*³⁹.

³⁹ A este propósito, especificamente sobre o problema do grau de densidade normativa exigível à lei habilitante da restrição de direitos fundamentais que ocorra *no âmbito do processo penal*, pronunciou-se o citado Acórdão nº 7/87, para, fazendo suas as palavras de Figueiredo Dias (*Direito Processual Penal*, 1º Vol., reimpressão, 1984, § 2, II, 1), afirmar a exigência de “uma estrita e minuciosa *regulamentação legal* de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos”. *Fora do âmbito do processo penal*, a questão da restrição de direitos fundamentais foi abordada, com mais algum desenvolvimento, no Acórdão nº 285/92, em processo de fiscalização preventiva em que foram apreciadas normas de um Decreto aprovado em Conselho de Ministros relativo à “Racionalização do Emprego dos Recursos Humanos na Administração Pública”. Aí, ponderou o Tribunal: “[...] a questão da relevância do princípio da precisão ou da determinabilidade das leis anda associada de perto à do princípio da reserva de lei e reconduz-se a saber se, num dado caso, o âmbito de previsão normativa da lei preenche ou não requisitos tidos por indispensáveis para se poder afirmar que o seu conteúdo não consente a atribuição à Administração, enquanto executora da lei, de uma esfera de decisão onde se compreendem elementos essenciais da própria previsão legal, o que, a verificar-se, subverteria a ordem de repartição de competências entre o legislador e o aplicador da lei [...]. Ora, atento o especial regime a que se encontram sujeitas as restrições aos direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 18º da Constituição [...], forçoso se torna reconhecer que [...] o grau de exigência de

determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos pressupostos de atuação da Administração; e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o «núcleo essencial» da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos em sede de definição do âmbito de previsão normativa do preceito [...]”.

Na doutrina nacional, o tema foi, como dissemos, tratado de forma desenvolvida por Jorge Reis Novais. Este autor, após analisar as razões justificativas do instituto da reserva de lei e não obstante assinalar que faz todo o sentido que “a hetero e pré-determinação da atividade administrativa no que respeita aos domínios mais sensíveis ou relevantes para a comunidade, *maxime* os direitos fundamentais, se faça privilegiadamente através de decisões oriundas dos representantes diretamente escolhidos para o efeito” (*ob. cit.*, p. 834), reconhece a inevitabilidade de, em certos casos, a norma habilitante ter de recorrer a “a conceitos indeterminados com remissão, expressa ou implícita, para juízos de prognose, prerrogativas de avaliação e ponderação de caso concreto, bem como [à] outorga de significativas margens de decisão administrativa num domínio que, à partida e segundo os ditames clássicos da reserva de lei, lhes seria tendencialmente avesso” (*ob. cit.*, p. 845). E, assim sendo (*ob. cit.*, p. 851), “a densidade normativa exigível varia em função de diferentes parâmetros só definitivamente valoráveis nas circunstâncias do caso concreto”, pelo que o que sempre importa apreciar é se, nas circunstâncias do caso concreto, “é exigível, no sentido não apenas de ser objetiva e tecnicamente possível, mas, também, constitucionalmente adequado, que o legislador dote a lei restritiva de uma maior densificação ou determinação normativa.” Concretizando esta ideia, Reis Novais acrescenta ainda (*ob. cit.*, pp. 852) que, nesta tarefa, a chamada *teoria da essencialidade - as decisões essenciais nos âmbitos normativos mais relevantes, maxime nos referentes ao exercício dos direitos fundamentais, devem ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado* - se tem revelado “capaz de orientar o controlo constitucional de densidade normativa”, e conclui que (*ob. cit.*, págs. 854-855) “serão diferentes os patamares exigidos de densidade consoante lidamos com restrições de direitos fundamentais que conferem uma proteção específica a bens de liberdade precisamente delimitados ou direitos fundamentais potencialmente recetivos aos múltiplos condicionamentos e limitações derivados da sua necessária integração e compatibilização social com outros bens, como sejam a liberdade geral de ação ou ao livre desenvolvimento da personalidade; consoante se trata da afetação de aspetos essenciais da dignidade da pessoa humana ou da restrição de faculdades marginais todavia cobertas por proteção jusfundamental; consoante está em causa uma lei conformadora que, incidentalmente, contém elementos restritivos ou uma lei que se dirige, a título principal, a restringir um direito fundamental; conforme uma restrição é controversa, grave e duradoura ou constitui uma bagatela pacificamente tolerada. Por sua vez, na valoração do grau de densidade escolhido pelo legislador deverão ser ponderadas, não apenas a forma como a indeterminação normativa em apreciação afeta o direito à tutela judicial efetiva [...] como também a forma como se reflete num exercício repartido e funcionalmente adequado do poder público, na

Poderá debater-se ainda se o conteúdo deste «*compelir*» previsto no artigo 172º n.º 1 permitirá o uso da força ou significará apenas que o agente não pode recusar-se à diligência. Seremos sempre de partilhar a opinião de Sónia Fidalgo nos termos da qual o uso da força está sempre vedado, podendo admitir-se isso sim a livre apreciação por parte do juiz da recusa do agente ou até a imputação do crime de desobediência⁴⁰. Como bem diz Benjamin Silva Rodrigues, «*o legislador, em lugar algum, alude à possibilidade dos exames, melhor dito, da recolha de substância biológica humana poder ser levada a cabo mediante o uso da força, seja mediante o arrancar de um cabelo pela policia, seja através do arrancar de dentes, seja através da raspagem da pele, seja através da retirada de sangue*». Poderemos indagar qual terá sido o juízo subjacente ao legislador aquando da previsão deste «*compelir*» na norma. Resulta claro que o legislador quando previu este «*compelir*», movia-se na área dos exames. Os exames permitem a apreensão direta, através dos sentidos, por parte do juiz dos factos relevantes para a decisão, ao passo que as perícias são um meio de prova cuja perceção ou apreciação exige especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos - artigo 151º CPP⁴¹ - (JESUS, 2011). Ora, a mera visualização bastante aos exames, não implica uma intervenção invasiva do corpo pelo que, este *compelir*, previsto para os exames, não tem subjacente a possibilidade da lesão do bem integridade física. Daí que o termo «*compelir*» deverá ser interpretado apenas e só no âmbito dos exames e já não para as perícias. Porque quando confrontado o artigo com uma situação de perícia corporal, o artigo atira-nos para a redação do 154 n.º 3⁴² nos termos do qual «*o juiz pondera a*

eficiência da administração ou na otimização das condições orgânicas da composição dos bens em conflito.»

⁴⁰ ”Se necessário pode, ainda ser ordenada a detenção do examinando pelo tempo indispensável à realização de exame presidido por autoridade judiciária, em caso de falta injustificada a anterior diligência (Ac. TC n.º 161/2005 e acórdão do TEDH Nowicha v. Polónia de 3/12/2002, que se pronunciou sobre detenção para exame psiquiátrico a arguido, mas cuja doutrina é aplicável a qualquer pessoa que tenha o dever de se submeter a exame, à semelhança do que acontece com a unmitelbarer Zwang prevista no SS81c VI da StPO Alemã e com o artigo 354º n.º 3 do CPP Italiano, depois da modificação operada pelo decreto –lei sobre o antiterrorismo n.º 144 de 2005. “ em Comentário do Código do Processo Penal de Pinto Albuquerque; 2008: pág: 464;

⁴¹ O Código de Processo Penal de 1929 não distinguia os exames da perícia, sendo ambos realizados por peritos;

⁴² Nos termos da Nova Redação do artigo 172º n.º 2, alterado pela Lei n.º 20/2013 de 21 de fevereiro;

necessidade da realização da perícia» tendo em conta a integridade pessoal e a reserva da vida íntima».

Não é pacífica doutrina e jurisprudencialmente a questão de, sendo os exames uma forma de coação processual e tendo em conta os direitos do arguido⁴³, saber se o arguido pode ser coagido a submeter-se a exames médico-forenses nos termos da Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro. Apesar da tendência do TC⁴⁴ ser a da possibilidade de sujeitar o arguido coativamente a submeter-se a exames médico-legais não partilhamos essa interpretação por violação do artigo 18º n.º 3 da CRP, do Princípio *Nemo Tenetur*, e do 27º n.º 3 al f) CRP. No entendimento daquele tribunal, *a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal (no caso, saliva), ainda que não lesiva ou atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma “intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos” (a expressão é de Costa Andrade, Direito Penal Médico, 2004, p. 70), uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25º da Constituição, (...) no entanto cumpre averiguar se tal intromissão não estará legitimada pela finalidade a que se destina tendo em conta a intensidade da lesão, conforme Ac do Tribunal da Relação nº 155/ 2007. Nesse acórdão são tecidos argumentos para admitir a sujeição coerciva dos arguidos a exames médico-forenses uma vez que a Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coactiva de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da utilização da técnica da zaragatoa bucal) e a sua posterior análise genética não consentida para fins de investigação criminal, no caso concreto para subsequente comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime. Decisivo é, no entanto, verificar se os normativos que concretizam os termos dessa possibilidade respeitam as exigências constitucionais de adequação, de exigibilidade e de proporcionalidade em sentido estrito que, como vimos, decorrem, designadamente, da segunda parte do nº 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa. (...) Para aquele, a potencialidade lesiva dos comportamentos em causa, por todos em geral reconhecida e que se verifica não tanto no momento da recolha do material biológico com base no qual será feito o exame, mas, fundamentalmente, na*

⁴³ Principalmente o Princípio *Nemo tenetur*.

⁴⁴ Veja-se Ac. Tribunal da Relação do Porto de 13 de Setembro de 2006;

quantidade e qualidade de informação a que a análise poderia permitir aceder, fica significativamente reduzida. E, reduzida a potencialidade lesiva do comportamento, diferente será também o patamar de densidade normativa que é constitucionalmente exigível à regulamentação que o autorize. Em outro acórdão daquele Tribunal, agora com o nº 228/2007, que no mesmo sentido do anterior, considera que face aos interesse do Estado na realização da justiça, e a medida diminuta de afetação dos direitos à autodeterminação corporal e à própria intimidade pessoal, a par da utilização exclusiva para tais fins do material biológico recolhido, não existirá desproporcionalidade na utilização de métodos invasivos do corpo da pessoa (mas não lesivos da integridade física), da sua liberdade e privacidade, naquele caso por ser ainda o único meio para obtenção da prova em situações de extrema gravidade dos factos perpetrados, com base numa ponderação de todas as circunstâncias a efetuar por um juiz imparcial que não tem a seu cargo ou sob o seu domínio a investigação do processo, e sendo assegurado o controlo de todo o aproveitamento possível dos resultados de tal intervenção. Note-se que fez questão aquele acórdão ainda assim, de relevar a gravidade do crime para aquele caso, elemento ponderativo na avaliação da proporcionalidade da recolha coerciva. Cite-se Costa Andrade ao afirmar que apesar da prova genética poder fornecer irrefutavelmente a autoria de um crime, «suscitam todo um cotejo de interrogações, atenta nomeadamente a frustração da autonomia sobre a informação dos suspeitos ou terceiros. E a reclamar, por isso, uma legitimação que, a não passar necessariamente pelo consentimento, não vemos em qualquer caso que possa pura e simplesmente pedir-se às normas que preveem a submissão a exames da pessoa» (COSTA ANDRADE, 1992). Atente-se a justificação do Tribunal da Relação do Porto quando defende que o resultado da análise da saliva colhida através de zaragatoa bucal contra a vontade do arguido não é prova proibida. Para aquele nos termos do artigo 63º nº 3 do CPP recai sobre o arguido os deveres de sujeição a diligências de prova, ordenadas e efetuadas por entidade competente, tidas por necessárias à descoberta da verdade e à realização da justiça, desde que não estejam proibidas por lei. Aqui é chamada à colação a velha dicotomia «dever de cooperação VS direitos do arguido». Qual a regra e qual a exceção. Onde acaba o dever de cooperação do arguido e começa o seu estatuto processual? A Teoria Tradicional Alemã delimita a distinção entre a exigência de colaboração e o Privilégio contra a autoincriminação na dicotomia ação/omissão. Wolflast adianta uma teoria nos termos da qual pode haver uma violação da dignidade humana também perante a colaboração passiva e não apenas

na colaboração ativa. No entanto aquela justificação pelo TC parece-nos simplista uma vez que, tal como diz o professor Doutor. Mário Monte, «*o facto do artigo 61º nº 3 d) referir o dever do arguido se sujeitar a diligências de prova ordenadas e efetuadas por entidade competente não significa que o arguido não se possa opor à realização dessas diligências quando forem manifestamente ilegais, v.g., por atentatórias de direitos fundamentais, e de essa medida recorrer aos meios que a lei lhe confere, nomeadamente o recurso judícia.*». O artigo 61º nº 3 d) prevê a obrigatoriedade no caso de a sujeição ser legal. Ora só porque os exames feitos por zaragatoa bucal contra a vontade do arguido não constam na taxatividade prevista no artigo 126º do CPP, para as proibições de prova, não significa que não sejam ilegais porque inconstitucionais, uma vez que o Direito Processual Penal enquanto Direito Constitucional aplicado deverá conciliar-se com o 32º nº 8 da CRP cujo corolário se encontra no artigo 156º do CPP. Basta que uma atuação/medida possa integrar a previsão do artigo 126º e não estejam proibidas por lei para que se possa questionar a sua legalidade.

Os mesmos argumentos valem para a questão de saber se já no âmbito do 154º nº 3 se admite a ordem de recolha coativa mesmo quando o juiz ponderou a «*necessidade da tal realização*» uma vez que ainda ponderando nesses termos está sempre limitado a um dever de respeito pela Constituição.

Ordem de Recolha em arguido e Ordem de Recolha em Condenado

O artigo 8º nº1 da Lei da Base de dados estabelece que «*a recolha de amostras em processo-crime é realizado a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz a partir da constituição de arguido, ao abrigo do artigo 172º do CPP*»; já o numero 2 do mesmo artigo estabelece que «*quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento e apos trânsito em julgado, a recolha de amostra em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída*». A letra da lei nada diz quanto à necessidade de fundamentação do despacho a que alude o nº 2 que ordena a recolha para arguidos em fase de investigação criminal e *in casu*, se reporta ao juiz de instrução crimina. No entanto tal dúvida está doutrinamente ultrapassadas. Será de entender-se sempre que tal despacho é fundamentado, por imposição aliás do 205º nº 1 da CRP e

será sempre recorrível (32º nº 1 da CRP). Saber os contornos dessa fundamentação, isso sim já parece não ser tão líquido. Bastará uma alusão a que, preenchidos que estejam os requisitos 8º nº 2, deverá incluir-se o perfil ou deverá fazer uma ponderação concreta segundo critérios de necessidade e adequação da medida para aquele caso em concreto. Veja-se por exemplo, se estamos perante um crime passional, muitas vezes encarado como ato isolado? O dever de fundamentação dos tribunais funde-se com um direito de fundamentação dos cidadãos, enquanto garantia da tutela efetiva dos Direitos Fundamentais. E cite-se aliás a este respeito o Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol que honrosamente considera *«la motivación de la resolución o las resoluciones judiciales impugnadas bajo el prisma del art.º 24.1 CE, sino que, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre los derechos afectados determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales. En consecuencia, en casos como el presente hemos de aplicar los cánones de constitucionalidad propios de dichos derechos a los hechos establecidos por los Jueces y Tribunales, que nuestro examen debe respetar escrupulosamente»*⁴⁵;

«No processo penal não é atualmente sustentável uma decisão judicial não fundamentada» (LOPES, 2011), como expressão de um processo decisório intersubjetivo. Entendemos que o despacho deverá definir o porquê daquela ordem lesiva com base na gravidade do crime, aferir da necessidade e utilidade da inclusão para a identificação futura que se pretende acautelar, suportado por uma avaliação do risco levada a cabo pelos psicólogos forenses⁴⁶. Só estes três elementos, conciliados, podem justificar a ordem de recolha de material biológico para condenados, sob pena da mesma ser arbitrária e desproporcional e nesses termos inconstitucional, por imposição do artigo 18º nº 2 da CRP. Quanto à obrigatoriedade da inclusão ou não, a fim de restringir a discricionariedade das decisões a respeito, entendemos que deve a ordem de inclusão ser obrigatória, sem prejuízo das condições exigíveis à sua decretação da ordem de recolha, que adiante exporemos.

⁴⁵ Tribunal Constitucional Espanhol 128/2007 de 14 de Julho;

⁴⁶ Já é regra este tipo de relatórios serem requeridos em sede de ofensores conjugais, ofensores sexuais e jovens ofensores;

Podem portanto distinguir-se relativamente à ordem judicial de recolha de material biológico para determinação de perfil genético, aquela que é ordenada para arguido em fase de investigação criminal com a finalidade de cruzamento com determinada amostra-problema de forma a uma comprovação-demonstração factual do ato criminoso ou pelo menos de qualquer relação com ele, ou aquela que é ordenada para condenado por crime doloso superior a 3 anos já transitado em julgado onde a determinação do perfil genético acontece numa fase pós produção de prova (por não se ter revelado necessária a sua obtenção na fase investigatória) apenas para inserção no respetivo ficheiro previsto no art.º 15º nº1 al) e da Lei nº 5/2008. As duas, apesar de há primeira vista parecerem medidas muito similares, diferem etiologicamente, afetam diferentes de DF, atuam em momentos processuais diferentes e por isso obedecendo a Princípios processuais penais distintos, e perseguem finalidades distintas. A primeira, é aplicada ainda na fase de investigação, onde é manifesta a desigualdade de armas entre aquele que é o *dominus* da investigação e o arguido. O objetivo da medida é a comprovação ou a ilibação da autoria ou conexão a determinado crime. Exerce essencialmente funções de identificação criminal no processo sob investigação para o qual é ordenada, através da comparação com amostra-problema encontrada na cena do crime. Torna-se necessário que exista uma amostra-problema sob pena da ordem que ordena a recolha ser inadequada por ineficaz e desnecessária. A entidade com legitimidade para ordenar a recolha é o juiz de instrução criminal e condição de legalidade é que haja prévia constituição de arguido. A última, servirá finalidades de identificação criminal preventivas, pensadas para futuras investigações, de antecipação à atividade criminosa para um agente cuja intervenção institucional já se operou. A sua origem remonta à constatação de personalidades criminógenas e carreiras delinquentes, cujas investigações futuras se pretendem acautelar. A natureza desta medida não é de fácil apreensão. Muitos são os que, a nosso ver por mera facilidade de argumentação, a assemelha ao registo criminal e assim, um mero efeito da pena. Tal comparação é de fraco esforço cognitivo e reflexivo. O grau de afetação que tal medida comporta ao Direto Fundamental da privacidade, da autodeterminação individual e informacional, ao Princípio da presunção da inocência é, quanto a nós considerável, , o grau de desadequação com que no caso português a mesma é aplicada contende profundamente com caracter garantístico e humanístico da Constituição Portuguesa, atentando o conteúdo do artigo 18º nº 2 da CRP. Assim não pode subsumir-se a um mero efeito da pena, limitado a uma mera consequência necessária ou pendente de apreciação judicial

determinada pela aplicação de uma pena principal ou acessória dada o grau de retração que tal medida comporta para a esfera individual. Tão pouco é uma pena acessória ou uma medida de segurança dado que pela leitura dos artigos 100º e 103º do CP, para aquelas bastarão o preenchimento dos pressupostos previstos que a medida é aplicada não variando na sua configuração. A ser como querem fazer parecer um mero efeito de pena, afastar-se-ia a necessidade de fundamentação ou recorribilidade da mesma. O que defendemos ser insustentável, por óbvio, é que o arguido, achando a medida desproporcional e inadequada nos termos do artigo 18 n.º 2 da CRP não possa dela recorrer, dado o grau de lesão aos direitos individuais que se opera. Jorge dos Reis Bravo defendeu que esta medida quanto à sua natureza será uma medida sancionatória, preventiva ou uma medida que absorve estas duas componentes. Chamemos a este respeito os dados do estudo da Dr. Professora Helena Machado, junto dos prisioneiros portugueses a fim de aferir da opinião daqueles relativamente a verem os seus perfis genéticos incluídos numa base de dados, concluindo-se que os mesmos não se importam de ficar ali contidos como salvaguarda de que, por terem sido já condenados uma vez, não possam sofrer de estigmas policiais e serem de imediato associados a um crime, servindo-se dessa medida para os ilibar de responsabilidades. Assim, concluiu-se que a inserção dos seus perfis não tem um efeito retributivo sobre eles nem sobre a comunidade. A aceitação demonstrada para estas bases de dados prende-se antes com razões de segurança. Razão pela qual afastamos o carácter sancionatório da medida não estando ainda convencidos também do seu carácter preventivo dada a sua limitada aplicabilidade e utilidade a determinados tipos de crimes que por sinal são aqueles para os quais a medida nem se afigura necessária por não se lhes ser característica a reincidência. Atente-se que os indivíduos que são afetados com a medida (os prisioneiros) aceitam-na como medida garantística de (re) ativação do seu Direito à Presunção de Inocência, logo que são condenados por um crime. A presunção da inocência deve *refuncionar* de imediato após uma condenação, e a experiencia diz que assim não costuma ser encarado pelos órgãos de policia criminal. E como tal os prisioneiros preterem o seu direito à autodeterminação informacional e à privacidade, em prol de garantia de isenção das investigações criminais que deveriam estar em absoluto e sempre garantidas sem necessidade de qualquer custo.

A ordem de recolha em condenados para conseqüente inserção no ficheiro previsto para condenados abarca outras problemáticas, sendo esse o núcleo central do presente, sejam elas as de carácter ético-jurídico, jurídico-penal e jurídico-

constitucional. Colocam-se reservas quanto à admissibilidade da inserção de perfis genéticos em ficheiros para condenados previsto no artigo 15º nº 1 al. e), ao abrigo do preceituado no artigo 156º nº 6 nos termos do qual «quando se tratar de análises de sangue ou de outras células corporais, os exames efetuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam necessários» e do artigo 34º nº 2 da Lei nº 5 nos termos do qual «As amostras colhidas ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 8.º só podem ser utilizadas como meio probatório no respetivo processo»⁴⁷. Isto é, a lei ordinária restringe a utilização e o uso de análises de células corporais ao processo para as quais foram ordenadas ou em outro já instaurado, a Lei nº 5 parece ir além daquele restringindo a utilização das amostras biológicas apenas ao processo para a qual foi ordenada e depois, quando o arguido se veja condenado, nos termos do nº 2 do artigo 8º da Lei nº 5, primeira parte, *a contrário*, vê o seu perfil genético obtido através daquelas amostras ser inserido na base de dados para ser usado em outros processos futuros. A intenção legislativa inerente a tal restrição de utilização de amostras para outros processos que não aquele para o qual for ordenada, enquadra-se no âmbito da prova proibida, onde está implícita a consciência de que «o processo penal - realizando interesses de inquestionável dignidade e estando preordenado à preservação dos bens jurídicos fundamentais da comunidade - redunde, não raro, na compressão e sacrifício drásticos de valores de não menor significado» (COSTA ANDRARDE; 2006). Mas a questão da admissibilidade desta inserção e tratamento de dados genéticos para condenados não se esgota na contradição normativa, mas levantam-se verdadeiras objeções de cariz jurídico-constitucional.

Se tivermos em conta que deste 2008 existem apenas 11 amostras problemáticas na base de dados genéticos (aquelas amostras encontradas em cenas de crimes das quais se desconhece origem e que são necessárias para que exista um cruzamento) é notória a desnecessidade de imputar aos arguidos uma medida tão intolerável quanto é patente a improbabilidade de se atingirem resultados práticos com a dita base de dados de ADN. E então, a ser-lhe atribuído uma função investigatória, como decorre da Lei nº 5/2008 será sempre de carácter indireto e, à data, precário, dado que o seu perfil vigorará no respetivo ficheiro para cruzamentos futuros com amostras-problema que se pretendam

⁴⁷ Veja-se que a Lei nº 5 vem restringir o nº 6 deste artigo 156º do CPP pois este permite a utilização daquelas amostras para processos já instaurados;

ser um número suficiente para que delas seja provável resultar alguma coincidência. Indaga-se ainda, se não está inerente a tal medida uma perversão à presunção de inocência de que devem todos os cidadãos gozar, uma vez que se parte do princípio que quem cometeu já um crime terá tendência a cometê-lo novamente, colocando estes indivíduos condenados num grupo de pessoas de interesse criminógeno e judicialmente «marcados». E aceitando-se que haja uma tendência criminógena intrínseca e inata, cumpre averiguar se o pressuposto nos termos do qual é provável que condenados reincidam criminalmente, para justificar motivações de investigação futura e objetivos de eficácia na investigação criminal, se dá com a mesma frequência para todos aqueles que cometam crimes e aos quais em concreto lhes foi aplicada uma pena de prisão superior a 3 anos ou se então a distinção entre pequena/alta criminalidade não é elemento definidor e diferenciados de um maior interesse persecutório destes indivíduos e já não daqueles. Nas palavras de Jorge dos Reis Bravo, «*deverá reconhecer-se que, afinal, a lei contempla essa possibilidade relativamente a uma categoria de indivíduos a quem atribui um especial interesse em elencar a respetiva informação, de uma forma indireta, para fins de “investigação criminal”*» (Bravo, 2010). Coloca-se o problema da proporcionalidade *striuctu sensu*, na medida em que, perante tal estrangulamento do direito à reserva da vida privada, à presunção da inocência e à autodeterminação informacional cumpre averiguar em concreto de que forma o eficaz funcionamento do sistema de justiça justifica uma restrição tão esmagadora, tendo ainda em conta e a dignidade penal do crime para o qual é ordenada. Colocam-se, no confronto do perfil obtido em processo de condenação com amostra-problemas passadas, considerações relativas à aplicação da lei penal no tempo. O que é deverá ser desde já assente e indubitável é que a ordem de recolha e de inserção dos perfis genéticos em base de dados de identificação criminal tem de comportar um conteúdo útil e funcional para a obtenção do tão essencial requisito de legitimidade penal.

A verificar-se existir uma desadequada consideração por parte do legislador do elemento ‘*medida concreta da pena*’ como critério definidor de um grupo de indivíduos aos quais se deve prestar «*atenção*», então discutir-se-ão outros critérios tendencialmente mais adequados.

Como já supra referenciado, Jorge Novais pensa ter estado na origem desta medida um interesse criminalístico de certos indivíduos assente em princípios de reincidência, um universo de pessoas que pelo facto de terem sido condenados pela prática de um crime lhes imputa um elevado grau de probabilidade de que voltem a

delinquir. Não chegará no entanto, partir de conhecimento superficiais sobre a matéria para neles se justificar determinar opção legislativa uma vez que a mesma só se legitima se perseguir as finalidades do processo penal e se mostrar idónea à perseguição dessas mesmas finalidades.

As Finalidades da Pena como Limites às Intervenções Restritivas

Falar no Sistema de Justiça Penal sem chamar à discussão a temática da finalidade da pena criminal seria mutilar a compreensão que se pretende alcançar numa discussão acerca de medidas penais restritivas. Concordamos com Mário Monte quando considera que esta matéria pode fornecer muito mais considerações práticas do que à partida possa parecer, uma vez que se lhes costuma atribuir apenas interesse teórico (MONTE, 2006). Só partindo do conhecimento das finalidades da punição se poderá esquadriñar questões de legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal para que, consoante a posição adotada por cada regime se possam retirar juízos de concordância prática entre aquela posição e a atuação do Sistema de Justiça Penal (FIGUEIREDO DIAS, 2001).

Saber qual a finalidade da pena confunde-se com o próprio surgimento do Direito Penal e segue sendo tema de escrutínio dada a relevância pratico-jurídica da posição encontrada. Qualquer medida só poderá ser tomada se perseguir as finalidades do processo penal. São elas a proteção de Direitos Fundamentais, a realização da justiça e a conquista da verdade material, a Paz Jurídica e a concordância prática de todas elas. Podem dividir-se em duas as grandes respostas dadas doutrinariamente a esta grande querela: as teorias absolutistas, assentes em ideias de retribuição ou expiação e teorias relativistas assentes em ideais de prevenção. Desta última subdividem-se em duas posições essenciais, i) que defendem uma prevenção geral e ii) posições que defendem uma prevenção especial. Não querendo esmiuçar em demasia o que a esta parte diz respeito, poderemos de forma sintética dizer que a teoria absolutista, já ultrapassada para a maioria dos sistemas penais, assente no popular *postulum* de «*justa paga pelo mal que cometido*». Assenta no princípio talião - «*olho por olho dente por dente*» - numa lógica de correspondência entre a pena e o facto ou a culpa do agente. A dificuldade dessa posição residia na determinação de uma igualização da pena ao mal do crime, tendo-se solucionado tal contenda através da *medida da culpa do agente*, isto

é, a pena seria aplicada em função da culpa do agente e não do mal que cometeu. Não poderia aliás ser outro entendimento à luz da exigência de Justiça que impõe o tratamento em função da culpa a não segundo outros quaisquer critério arbitrários ou subjetivos. Aqui remonta o Princípio da culpa como máxima incontornável a todo o direito penal humano, no qual culpa é pressuposto da punição e esta nunca poderá ultrapassar a medida da primeira. Ainda que seja digno reconhecer-se às posições retributivas ou de expiação o mérito de ter trazido este Princípio da culpa, a verdade é que esta posição é atualmente insustentável. Isto porque a finalidade do que quer que seja há de sempre comportar relevância prática das suas soluções. Basta pensar-se no que oferece à comunidade a retribuição a um criminoso pelo mal que ele lhe operou? E quem é o Estado democrático, laico e pluralista, para se achar no poder de julgar vícios e pecados furtando a cada pessoa a liberdade? Ora, a fazê-lo terá de nortear-se e por meios eticamente legítimos e idóneos.

As teorias relativas vieram desafiar as teorias absolutistas e são em si mesmas teorias de fins. Reconhecem que a pena não deixa de ser um mal para aquele que é punido, mas o mal em si não bastará. Para se justificar «*terá de usar desse mal para lançar a finalidade principal de toda a política criminal - a prevenção ou profilaxia criminal*» (FIGUEIREDO DIAS, 2001). As doutrinas de prevenção geral concretizam a pena como instrumento político-criminal destinado a reforçar a norma violada perante a comunidade. Isto é, «*vendo-se o exemplo do que aconteceu àquele porque transgrediu não o faças*» numa lógica de ameaça penal estatuída pela lei. E esta intenção de afastamento dos cidadãos da prática de crimes pode ser entendida como uma forma de intimidação falando-se aqui numa prevenção geral negativa⁴⁸, ou, sendo entendida como um reforço da confiança nos cidadãos na validade e vigência das normas, fala-se em prevenção geral positiva.

O artigo 40º do CP descreve a finalidade da pena através da proteção de bens jurídicos e de reintegração do delinquentes na sociedade «*fazendo funcionar ao mesmo tempo a culpa como limite fora do qual tais considerações serão ilegítimas*» (MONTEIRO, 1999), conciliando assim a finalidade de prevenção geral positiva com a

⁴⁸ Esta perspetiva fica a dever-se a Paul Johann Anselm v. Feuerbach cuja doutrina é ainda hoje conhecida por «doutrina da coação psicológica» defendendo que a finalidade das penas seria o de criar no espírito de potenciais criminosos um contra motivo suficientemente forte para os desmotivar à prática do crime, veja-se v. FEUERBACH, *Lehrbuchdesgemeinen in Deutshlangeltendenpeinlichen Rechts* (1847; 13 e 16);

de prevenção especial positiva de reintegração do agente na Sociedade. A primeira atuará na delimitação dos mínimos e máximos de moldura abstrata para cada crime, a segunda atuará dentro desta moldura para determinação do *quantum* concreto a aplicar ao agente.

«O Direito penal de hoje, ao afirmar-se como ultima ratio da proteção dos bens jurídicos, ao colocar como finalidade primordial da pena a reafirmação da validade da norma violada apesar do crime e ao preocupar-se com a socialização dos delinquentes, tem conseqüentemente de interrogar-se sobre o seu output» o que, «não poderá deixar de ter conseqüências a nível processual, imprimindo pelo menos um novo sentido e uma maior plasticidade à ideia da legalidade da perseguição'» (COSTA ANDRADE, 1988-1989).

Como bem explica Helena Moniz, todo o sistema de política criminal subjacente às normas de Direito Penal não poderá seguir uma lógica de intimidação, retribuição, expiação ou reparação do mal do crime pois são *«finalidades básicas das nossas reações criminais a finalidade de prevenção geral de integração e a de prevenção especial de socialização»* (MONIZ, 2002).

A epígrafe da política Criminal é a prevenção. O Direito Penal forçosamente será um direito penal de proteção de bens jurídicos e assim a Política Criminal é a ciência aplicada e deverão, as suas orientações, ter em conta a realidade social em que as normas jurídicas se integram (MIRANDA RODRIGUES, 1995).

Dificuldades hermenêuticas e omissões da Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro e a sua conexão com o CPP

Não existe um *interface* entre as normas do processo penal e a Lei nº 5/2008. À data da sua entrada em vigor, muitos se pronunciaram, dos quais magistrados, acusando a criação da base de dados de ser *um presente envenenado* ⁴⁹. Aqueles dizem que a restrição de só poder ser ordenada a recolha em arguidos, a pedido destes ou por ordem do juiz, quando o artigo 172º do CPP já permitia este tipo de exames, bastando meros suspeitos e ordem do MP, vem limitar o CPP. Ou seja, vem limitar os poderes do MP.

⁴⁹ In http://www.jn.pt/PaginaInicial/Policia/Interior.aspx?content_id=1524887 de notícias online em consultado em 16/10/2012 pelas 14:14;

Quanto a isto cumpre dizer que tais considerações pecam por inexatidão, nem o artigo 172º foi pensado para as perícias genético-forenses nem pode o artigo ser interpretado rigidamente no seu sentido literal. Aliás, da remissão operada pelo n.º 2, salienta-se bem que quando o legislador previu a artigo pensou-o para os exames enquanto meios de apreensão e inspeção direta e visual de factos que podem influenciar a decisão da causa e não para as perícias genéticas que como bem manda o 172º n.º 2º depende de despacho do juiz, avaliando em concreto a sua necessidade (por remissão para o 154º n.º 2 e 156º n.º 5 e 6). Assim, mesmo antes de existir a Lei n.º 5 /2008, a obrigatoriedade de sujeição a exames genéticos não escorria do artigo 172º do CPP, se não apenas na parte em que manda aplicar o 154º n.º 2 e 156º n.º 5 e 6. Assim a Lei veio complementar, neste ponto, o Código do Processo Penal, e não restringi-lo. Não podia sequer ser de outra forma sob pena de estarmos a derogar uma das garantias do processo penal prevista na própria Constituição - no que diz respeito à exigência de despacho por juiz, nunca esqueçamos que nos movemos no plano de restrições de Direitos Fundamentais e como tal só na reserva do Juiz de Instrução Criminal (artigo 32º n.º4 da CRP).⁵⁰

O artigo 3º n.º 4 da Lei n.º 5 impõe como Princípio geral da Lei que *«qualquer pessoa tem o direito a não ficar sujeita a nenhuma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afete de modo significativo tomado exclusivamente com base num tratamento de dados»*. Perante a recolha e inclusão de perfis genéticos de condenados em bases de dados de ADN sempre se diga que aquilo que se aspira é que através de um match em futuras investigações se resolvam todos os problemas ao órgão titular da investigação. Sempre se dirá ainda que, tendo em conta que medidas restritivas de DF devem ser sempre subsidiárias relativamente a outras menos onerosas para os visados, e que por isso só serão decretadas quando não existam outros meios de prova suficientes, se naquela hipotética investigação futura em que apenas temos uma amostra problema e um perfil de condenados retirado num outro processo em clara violação do artigo 156º n.º 6, e nenhum outro elemento probatório, como conciliar esse carácter de excecionalidade com o estipulado no artigo 3º n.º 4 da lei 5/2008, que restringe o determinismo conseguido pela prova de ADN aos casos em que ela não seja a única prova no processo. Veja-se a incoerência de uma medida excecional que apenas deve

⁵⁰ É nesta aspeto que o sistema processual penal alemão e o português partilham dos princípios fundamentais centrais – a reserva de lei e a exigência de decisão judicial em todas as medidas restritivas da liberdade como notado por Roxin, «Sobre o desenvolvimento do Processo Penal Alemão»; Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias; Pág. 286-387;

ser permitida quando nenhum outro meio de prova existe, ou a existir, é manifestamente insuficiente, que exatamente por ser o único meio de prova confere ao agente 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.

Questione-se ainda se, quando o nº 2 do artigo 8º exige despacho do juiz para a recolha do material biológico se este mesmo despacho vale também para a inclusão do perfil no ficheiro ou se deverá exigir-se um outro para a respetiva inserção, nos termos do artigo 18º nº 3 da Lei nº 5. Pensamos que, por mera economia procedimental, (e porque não estamos viciados na crítica operada ao legislador e ao intérprete de direito) se a ordem de recolha, que não se deu numa fase investigatória, por desnecessária ou por inexistência de amostra problema, visa apenas a determinação do perfil para posterior inclusão, não estando o resultado dessa determinação sujeito a qualquer condição que possa influir na decisão de inclusão, o mesmo despacho, num só, pode servir para os dois efeitos. Devidamente fundamentado nos termos anteriormente discutidos, o mesmo despacho pode ordenar a recolha e conseqüente inserção. Não vemos razões para que se exijam dois despachos distintos, ainda que se exijam duas ordens distintas.

O critério «condenados por crime dolosos com pena concreta igual ou superior a 3 anos» - nº 2 do artigo 8º da Lei nº 5/2008

É o nº 2 do artigo 8º da Lei 5/2008 aquele que levanta maiores reservas quanto à sua (in) Constitucionalidade. Em torno da Lei podem atacar-se várias frentes, uma relativa às condições de admissibilidade e validade da prova por ADN quando a amostra biológica foi conseguida contra a vontade do arguido, cuja opinião variará conforme a maior ou menor preocupação de cada um pelos Direitos Fundamentais e pelos interesses comunitários, podem discutir-se as questões éticas de fazer um individuo ver-se traído pelo seu próprio corpo quando não o autoriza à luz da dignidade humana e de um Direito Natural e discutir-se a possível instrumentalização do ser humano, no entanto no que a este trabalho diz respeito, a legitimidade de uma medida pós sentença condenatória, e por isso fora, há, muito do âmbito investigatório, que lesa por um elevado período de tempo permanente e ininterruptamente o direito à autodeterminação

informativa, corolário de um direito à privacidade, o Princípio da Presunção de Inocência, o Princípio *In dubio pro reo*, o Princípio do privilégio contra a não autoincriminação, por si só não encontra acolhimento nem suporte constitucional nos termos em que, em Portugal está determinada. É na nossa opinião, o grande calcanhar de Aquiles da Lei da base de dados. Desde logo porque a existência de um ficheiro para condenados não persegue fins de investigação criminal, quando o próprio artigo 4º da Lei da Base de Dados afirma que as análises do ADN visam exclusivamente fins de investigação criminal. Foi o próprio Tribunal Constitucional Alemão⁵¹ quem defendeu que a não constitucionalidade de ficheiros com perfis genéticos de condenados deve-se apenas porque (no caso alemão) se restringe a um elenco de crimes graves e porque o juiz é chamado a fazer o juízo sobre o «*perigo da continuação criminosa*» do arguido. (ALBUQUERQUE, 2008). Esta ponderação concreta tem em conta relatórios psicológicos sobre o risco de reincidência - a chamada *avaliação de risco* que em Portugal se faz sempre para ofensores conjugais, sexuais e jovens ofensores - grau de perigosidade do arguido, circunstâncias em que ocorreu o crime, modo de vida e relatório de personalidade, entre outros. Nessa decisão pode ler-se que não basta que o arguido seja condenado por um dos crimes do elenco legal, é necessário que em relação a esse arguido se tenham dado como provadas na sentença as circunstâncias que justifiquem a recolha da amostra e a integração no ficheiro, o que não acontece. A este respeito atente-se à parte final nº 2 do artigo 8º da LBD, onde pode ler-se «*ainda que esta tenha sido substituída*» (a prisão efetiva). Ora, parece que, ainda que ao arguido tenha sido aplicada a suspensão da execução da pena, tal não invalida a sua inclusão no ficheiro de perfis de ADN desde que lhe tenha sido aplicada em *quantum* superior a 3 anos. Sabendo que a suspensão de execução da pena é uma medida penal de conteúdo pedagógico e reeducativo que pressupõe uma relação de confiança entre o tribunal e o arguido condenado e que na base de uma decisão de suspender a execução de uma pena está sempre uma prognose social favorável ao agente, baseada num risco prudencial, é manifesta a incongruência e a desarmonia deste artigo com o Processo Penal em geral e em particular com o objetivo inerente à inclusão de um perfil de condenado, que assenta na ideia de que este, por ter cometido um crime provavelmente cometerá outros, cuja resolução estará facilitada. O legislador, no caso concreto, manda indagar e avaliar sobre a personalidade do agente, sobre as condições da sua vida, sobre a sua conduta

⁵¹ Decisão de 14-12-2000 pelo *Bundesverfassungsgericht*;

ante et post crimen e sobre o circunstancialismo envolvente da infração e, pasme-se, deverá ordenar posteriormente a inclusão do seu perfil genético numa base de dados altamente castradora do sentido de privacidade e intimidade do agente, porque contrariamente ao que decidiu, o agente criminoso é em geral altamente tendencioso à manutenção da atividade criminosa. Uma vez mais parece que o legislador português legisla tarde e mal sempre que se depara com novos conhecimentos técnicos e científicos, tal é a ânsia e a urgência de acompanhar comunitariamente os outros países. As críticas não se dirigem ao atraso em regular matérias, mas à pressa e impulsividade com que o faz. A letra da lei, já referimos, não explicita o alcance da fundamentação e o grau de discricionariedades do juiz permitido para o despacho de recolha e inclusão a que alude o artigo 8º nº 2 da Lei nº 5/2008. Veja-se a lei alemã que tem em conta o agente em concreto, e onde aí sim se pode confiar numa justiça proporcional, necessária e adequada. É esta inclusive a posição da Comissão Nacional para a Proteção de Dados onde no seu parecer nº 18/2007 pode ler-se *«Não se ignora, porém, que os dados pessoais, os dados pessoais biométricos e, designadamente, os dados pessoais genéticos – o ADN – são provas deveras importantes na perseguição criminal que não podem ser dispensadas numa sociedade que também assiste a uma progressiva complexidade dos métodos criminosos (...) No entanto, essa proporcionalidade, porque estamos perante direitos fundamentais pertencentes aos direitos, liberdades e garantias, porque estamos em face dos direitos gerais de personalidade e porque se joga a dignidade da pessoa humana, deve ser aferida em concreto, caso a caso, perante cada homem e cada mulher. A previsão legal dessa restrição deve, também, ser formulada em termos bem definidos e circunstanciados, em razão do princípio da proporcionalidade.»*.

São portanto várias as inquietações e implicações deste nº 2, o qual tentaremos desmembrar e dissecar criticamente.

O critério «pena concreta de 3 anos» para a inserção automática do ADN do arguido na base de dados»

O nº 2 do artigo 8º da Lei nº 5/2008 exige que subjacente à ordem de recolha e inserção de perfis genéticos para condenados esteja um despacho do juiz de julgamento e o trânsito em julgado e que ao arguido tenha sido decretada pena concreta para crime doloso igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída.

O limite «*pena concreta igual ou superior a 3 anos*» pensávamos querer refletir o marco para o legislador, a partir do qual considerou estarmos naquela esfera de crimes com dignidade penal suficiente para legitimar a aplicação de uma medida de controlo sobre o património genético individual dos indivíduos - o seu específico, único e inigualável perfil genético – sem prejuízo dessa adoção estar a nosso ver bem pensada. Afinal, quanto mais nos emaranhávamos na investigação científica e doutrinária a que o presente trabalho obrigou, nos apercebemos que nenhuma consideração sobre a distinção pequena, média ou alta criminalidade ou no geral dignidade penal estava subjacente à adoção deste critério⁵². Afinal, subjacente estava um juízo utilitarista e calculista da base de dados, alheio a quaisquer considerações da dogmática jurídico-penal. O objetivo inicial da base de dados para condenados era estender-se a todos aqueles por crimes em pena concreta superior a 1 ano. E só assim não foi porque os números de condenados sujeitos a estas molduras concretas era insustentável e incomportável numa fase inicial para os laboratórios que procediam à determinação dos perfis genéticos tendo em conta os valores avultados que tais exames comportam. Preferiu-se jogar pelo seguro e aumentar a moldura, diminuindo consideravelmente o número de condenados cuja condenação exigiria tratamento laboratorial e garantias de efetiva resposta pelos laboratórios. Note-se que nem assim os perfis foram sendo obtidos e incluídos, uma vez que em meados de 2012, três anos após a sua instalação, a base de dados contava apenas com 400 perfis de condenado. Penso ser este concreto ponto onde reside a mais notória demonstração de uma desconsideração e desprezo total pelo grau de lesão que uma base de dados de perfis genéticos para condenados implica. Só uma tal ignorância e desatenção justifica, que subjacente à criação de uma medida altamente restritiva, não esteja estado associados juízos de adequação, de necessidade e de proporcionalidade, cumprindo os limites do 18º nº 2. A base de dados de ADN foi pensada pelos seus apoiantes para ser extensiva a todos como decorrência do contrato social originário qua a Humanidade fez, em que estão inerentes aos direitos individuais um certo grau de limitação. Declarámos a nossa plena adesão à negação de um carácter absoluto dos direitos fundamentais. Mas as limitações variam em graus e alcances, afetam de forma distinta diferentes DF, e consideramos que a inclusão e permanência de informações genéticas de um individuo numa base de dados pertencente ao Estado,

⁵² Conhecemos destas intenções através do Dr. Francisco Corte Real na Conferencia sujeira ao tema ‘Bases de Dados Genéticos – a Ética, o Direito e a Investigação Criminal’, em 6 de Março de 2013 na Escola de Direito da Universidade do Minho.

independentemente do grau de segurança ou falta dele que lhes esteja associado, não integra esse âmbito de limitações inatas e naturais aos direitos individuais. Esse âmbito de limitação será suportável em nome de interesses axiologicamente iguais ou superiores àqueles cuja limitação visa proteger, a proteção da vida e liberdade do outro, como aliás bem já impõe a velha máxima «*A minha liberdade termina onde começa a do outro*». Assim se entende a proibição de condução sobre efeito de álcool e estupefacientes uma vez que a sua execução poderá contender com a integridade física e no seu limite a vida dos outros, assim se entende a prisão por crimes graves e muito graves e mesmo o instituto da legítima defesa, cuja violação que opera ao direito *vida*, vê-se justificado em prol de um outro direito axiologicamente idêntico. Ora, o direito que bases de dados de perfis genéticos visam proteger são direitos comunitários de realização de justiça, o direito de necessidade, sob pena da existência dos DF bloquearem a atividade da perseguição do crime. São direitos axiologicamente inferiores como decorre do Princípio da dignidade humana que faz isso mesmo, submete todos os outros interesses ao superior interesse da dignidade humana. Desta forma nunca se entenderá tais aspirações legislativas ou mesmo comunitárias.

Defendemos assim que a previsão de recolha e inserção do perfil genético de condenados só será legítima e por isso constitucional se a finalidade da mesma for a proteção de bens jurídicos com dignidade penal suficiente, que é o mesmo que dizer «*cuja lesão se revela digna da medida*», equivalente ou superior à dos interesses que se pretende acautelar, com base num juízo de necessidade e adequação e tendo em conta a probabilidade de àquele crime se seguir um outro operado pelo mesmo agente.

Ainda que estivesse associada à opção legislativa do artigo 8º nº 2 da Lei nº 5/2008, os três anos como critério distintivo entre pequena/alta criminalidade, esta opção seria face aos regimes existentes no processo penal português, que têm também em conta essa mesma diferenciação com base num critério temporal, excessiva e desproporcional. Veja-se a título de exemplo o nº do artigo 1º f) e h) do CPP, 202 CPP, 299º, 300º e 301º do CP, alíneas a) a c) do nº 1 do artigo 118º do CP, alínea b) do nº 2 do artigo 14º e alínea b) do nº 2 e, sobretudo o nº 3 do artigo 16º do C.P.P., artigo 15º da Lei do Registo Criminal – Lei 57/98, de 18 de Agosto). Em todos eles, está implícito na intenção do legislador, atribuir a distinção entre pequena e alta criminalidade no critério temporal de 5 anos.

Atente-se ainda que na Reforma Penal em 2007 o legislador veio aumentar o limite mínimo de pena a partir da qual se admite recurso de segundo grau para o

Supremo Tribunal de Justiça passando assim de 5 para 8 anos os crimes com merecimento penal suficiente para permitir uma segunda sindicância da decisão tomada em 1ª instância.

A legitimidade penal da recolha e inclusão do perfil de ADN de condenados, só se atingirá face aos crimes mais graves, a cuja dignidade penal corresponderá uma justa medida de restrição. Mas não se fica por aqui. A medida deverá ainda ser o meio adequado para a prossecução do fim visado com a mesma – a catalogação de criminosos dos quais já se dispõe de perfis genéticos, pressupondo crimes futuros a fim de facilitar a sua investigação. Assim, para crimes aos quais não corresponda uma pena de crime, veja-se crimes informáticos, crimes patrimoniais, nem perante os quais seja expectável que se deixem restos biológicos por a esses contornos não corresponder os elementos do tipo de crime, a inclusão dos seus titulares não se mostra de todo justificável. Dificilmente, no futuro que o legislador pretendeu antecipar, para essa categoria de crimes, o agente, reincidindo no mesmo tipo de crime, deixará amostra-problema das quais depende e eficácia da existência de um ficheiro para condenados. Para eles a medida não conseguirá obter resultados práticos e produtivos. Será interessante convocar, a par do que se faz na Alemanha, o critério *reincidência* para preencher as condições de legitimidade da medida prevista no nº 2 do artigo 8º da Lei nº 5/2008, afinal é apoiando-se nele, que se justificou a adoção da medida. «*O risco deve ser avaliado à luz do ato em si mesmo ou do modo operativo da personalidade do individuo envolvido ou qualquer outro motivo particular. O que interessa é que estes critérios – ao estarem presentes – levem a supor que procedimentos penais, relativamente a uma infração de uma particular gravidade, serão suscetíveis de serem desencadeados, no futuro, contra uma da pessoa*» (RODRIGUES, 2009). Será forçosamente a conjugação destes três elementos que o legislador deverá convocar na determinação de uma previsão legal para a decretação de tal medida, sob pena da mesma não encontrar qualquer acolhimento no paradigma constitucional Português. Tenhamos sempre presente que quaisquer medidas processuais penais derivam de um condicionalismo sociocultural, e por isso, divergir daquilo que é tendência europeia não pode ser encarado como algo forçosamente negativo, mas antes como demonstração de uma *autopreservação* da identidade cultural e histórica, que não pode ser tão facilmente preterida, não sem uma discussão pública empenhada e entendida sobre o assunto. É verdade que Portugal, a par de outros países, estão a sofrer uma «*pressão aglutinadora e niveladora*» no que toca a objetivos de uniformização legislativa em matérias de

perícias de ADN, no entanto é nesta hora que se convoca a sensatez e a ponderação dos custos/benefícios de uma adesão que pode implicar todo um rompimento constitucional e legal.

E em verdade se adiante, e que abone a favor do legislador, que a conjugação e concordância prática dos critérios supra referidos não se afigura tarefa fácil, uma vez que, note-se a título de exemplo, a idoneidade da medida é maior para crimes contra as pessoas, por nos locais de crimes ser de se prever a existência vestígios biológicos, do que para crimes patrimoniais. Mas por sua vez a taxa de reincidência nestes é bem superior à daqueles. Note-se que segundo as estatísticas em 2000 a percentagem de processos saídos da Polícia Judiciária relativos a crimes contra as pessoas é de 6,5% ⁵³. Este valor deve ainda ser retalhado uma vez que, para efeitos de aferição em concreto da necessidade e utilidade da criação de uma base de dados para condenados, só alguns tipos de crime contra as pessoas relevarão. Note-se, não faz sentido considerar para o efeito, o homicídio por negligência em acidente de viação, o homicídio por negligência em outras circunstâncias ou o aborto ou a ofensas à integridade física por negligência quer foram contabilizados para aqueles valores. Assim a percentagem de crimes contra pessoas com interesse prático para a inclusão de perfis genéticos de condenados em bases de dados reportados pela PJ é de uns pobres 1.5% (80 homicídios voluntários consumados, 79 ofensas à integridade física graves e 147 ofensas à integridade física simples sendo que relativamente a este último seja expectável o não preenchimento do critério estabelecido no nº 2 do artigo 8º da Lei 5/2008 a para um total 19 298 crimes cometidos). As estatísticas criminais em Portugal, se é verdade que existem também é verdade que são deficitárias, desatualizadas e ainda subvalorizadas. Face a estes valores e face à constatação de que para crime patrimoniais dificilmente a base de dados para condenados realizará os objetivos para que é criada, questione-se da necessidade em Portugal, da criação de uma base de dados de ADN para condenados, medida esta altamente pervertedora de DF e contundente com a dignidade humana e que por isso só constitucional se imprescindível, indispensável e essencial face aos interesses em jogo. Acrescente-se a isto que o número de perfis genéticos de condenados à data é cerca de 1000, isto 5 anos após a sua criação. Questiona-se ainda o gasto de dinheiros públicos em exames que comportam custos tal avultados, direcionados para objetivos

⁵³ Segundo estatísticas criminais oficiais da Direção Geral da Política de Justiça (DG PJ) in <http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica/informacao-estatistica/estatisticas-criminais/estatisticas-criminais9930/> visitado em 05/03/2013;

fantasiosos, quando na prática poderiam ser canalizados para a melhoria de meios de investigação de outras áreas como a criminalidade informática, essa sim criminalidade do futuro e para a qual, note-se, a base de dados genéticos nada serve. Se até 2008 Portugal esteve numa *anomia legislativa*⁵⁴ no que respeita a legislar sobre bases de dados genéticos, dado que tardou mas lá legislou, agora experiencia-se uma anomia de aplicabilidade da lei. Ainda que uma alternativa à opção legislativo do artigo 8º n.º 2 possa passar por um elenco de crimes para os quais seja admitida a inclusão dos perfis genético do ADN numa base de dados para efeitos de investigação criminal, cumpre ainda questionar se, a par do que acontece na Alemanha, se deverá exigir uma ponderação em concreto por parte do aplicador do Direito ou se aquela a previsão do n.º 2 é «*uma previsão automatizada de mecanismos excepcionais sem uma avaliação de conjunto da sua necessidade e dos valores colidentes*» (MESQUITA, 2010: 439).

O Critério Reincidência

São vários os países que tiveram em conta o critério da reincidência para determinação dos tipos de crime para os quais serão de incluir o perfil de ADN do seu autor na base de dados de ADN para fins de investigação criminal, veja-se a exemplo a Alemanha e Espanha⁵⁵. Para estes países facilmente se entendeu que, se são finalidades de investigação criminal que estão inerentes à existência de uma base de dados de ADN para condenados, investigação que a existir será futura e hipotética, então deverá ter-se em conta por uma questão de necessidade e eficácia da medida, que nem todos os crimes apresentam a mesma taxa de reincidência. Aliás, limitar-se-á a esta, a razão e finalidade da inclusão dos perfis de ADN de condenados. Limitando-se as razões de

⁵⁴ MORENO VERDEJO, Jaime/GUILLÉN VÁZQUES, M. «*ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos, Necesidad de superar la actual situación de anomia*»; Prática Penal; SEPIN, N.º1, Enero-Febrero 2003;

⁵⁵ A primeira justificação legislativa para a criação da base de ADN Americana foram exatamente as taxas de reincidência. Os defensores daquela demonstraram estatisticamente que muitos agentes de certo tipo de crimes têm altas probabilidades de repetição da atividade criminoso, principalmente os ofensores sexuais. (Steeve Niezgod, Comments at the Meeting of the National Commission on the Future of ADN Evidence; *in* Proceedings, at <http://www.ojp.usdoj.gov/nij/ADNmtgtrans/trans-e.html> visitado em 22/02/2013 citado por (PURI, Allison, *Na Internacional ADN Database; Balancing Hope, Privacy and Scientific Errors*; Boston College International and Comparative Law Review; Volume 24; Article 6; pp. 357-361; 2001;

existência deste ficheiro à prevenção perante a possibilidade e que o autor de dado crime possa voltar a delinquir e possa estar implicado em algum crime futuro, então só fará sentido se nos referirmos àqueles crimes para os quais, os estudos demonstram, seja de prever que o autor volte a delinquir. E de facto nem sempre essa probabilidade se afere a partir da moldura abstrata prevista para eles. Nem sempre os crimes para os quais se prevê uma pena concreta pesada, são os que apresentam maior taxa de reincidência, pelo contrário.

Seria difícil para o legislador aferir da reincidência quando os estudos sobre a mesma em Portugal são praticamente inexistentes (PEDROSA, 2003). Mas sempre se diga que tal défice é de enorme relevância para a Política Criminal uma vez que os dados revelados pelos estudos de reincidência fornecem informação elementar para otimizar a aplicação da justiça, e para avaliar a eficácia das sanções criminais. Se os dados sobre reincidência demonstram a qualidade de um sistema sancionatório, também demonstrarão de que forma atuou a sanção sobre o comportamento desviante do condenado - se o anulou ou se o condenado «*desconsiderou a solene advertência contida na condenação anterior*» (FIGUEIREDO DIAS, 1993).

Como demonstra WOLFGANG, «*uma proporção significativa de crimes são cometidos por criminosos reincidentes, daí que estudos sobre reincidência fornecerão instrumentos muito mais eficazes à política criminal para a compreensão dos crimes e a atividade levada a cabo pelos criminosos fornecendo indicadores do estado atual do Sistema de Justiça Penal que se propõe perseguir, controlando e reduzindo, o a atividade criminal*» (WOLFGANG, 1987). A relevância de se conhecerem dados relativos à reincidência consoante os tipos de crimes, sexo, idade, relaciona-se diretamente com uma melhor resposta por parte do sistema penal;

Como ficou supra mencionado, tomar decisões legislativas sobre a atuação na esfera de condenados através da inclusão do seu perfil genético numa base de dados, ainda que à altura da sua decretação seja ela rodeada de toda as formas e garantias de segurança existentes, implicam, ou deverão comportar, um juízo explícito ou implícito acerca da probabilidade de comportamento criminal futuro, afinal de contas, é partindo

de juízos preventivos de eficácia nas investigações criminais futuras que estão na base de sua legitimação⁵⁶;

São já conhecidos hoje os fatores associados ao comportamento criminoso, a ainda que a previsão do seu comportamento não se alcance através de uma qualquer formula matemática já é possível determinar com precisão a previsibilidade desse comportamento (ANDREWS e BONTA, 2006). E é com alguma pena que se denota por parte de todo o Direito uma fidelidade cega pelas ciências genéticas e uma manifesta desconsideração pela Psicologia Criminal e Forense enquanto área científica com o objetivo de ajudar na descoberta da real configuração de um comportamento, capaz de relatar a versão mais fiel possível relativamente aos fatos acontecidos, por meio do estudo do comportamento do indivíduo analisado. Se é verdade que as perícias forenses sobre perigosidade e personalidade ao arguido incluem já a avaliação do risco de reincidência, também é verdade que as mesmas são quase sempre requeridas só para determinados tipos de ofensores, digam-se os ofensores sexuais, os ofensores conjugais e para jovens ofensores, para os quais o tribunal ainda sente alguma esperança de salvação e apenas para determinação da pena. Para os demais casos, não é usual o pedido de avaliação psicológica onde serão englobadas as avaliações de risco e de perigosidade.

O direito deve convocar, e convoca, as demais áreas do saber científico a intervir no processo de forma a delas retirar as máximas da experiência possíveis, pois de tudo não sabe nem pode saber. Aliás, cada vez mais a análise dos factos não se reconduz ao senso comum nem às regras da experiência. *«Segun revelan estúdios criminológicos llevados a cabo en Estados Unidos, el nivel de esclarecimiento de los delitos aumenta consideravlemnete en aquellos casos en los que se recurre a la scientific evidence»* (BACHMAIER WINTER, 2007). A psicologia, ainda assim, é de todas as ciências a mais menosprezada. Essa tendência para a desconsideração da psicologia, ainda que vá finalmente agora sendo ultrapassada, não se fica apenas pelo Direito, mas é extensível a outras áreas do saber, bem como à população em geral dado tratar de *«factos humanos que tradicionalmente, e durante séculos, fizeram apenas parte do senso comum e não eram consideradas como científicos»* (TARUFFO, 2005). Ainda assim Psicologia e Direito debruçam-se sobre um mesmo objeto - o comportamento humano - prevendo-o,

⁵⁶ Juízos idênticos estarão na base de decisões relativas à libertação de um recluso, à aplicação de uma medida de segurança, ou ao nível de supervisão que um ofensor necessita na comunidade (cfr NEVES, 2010).

explicando-o e controlando-o. Assim os conhecimentos daquela deverão ser chamadas aquando de opções de regulação social, à tarefa de criação legislativa, à definição de políticas de prevenção, e acima de tudo, às decisões judiciais, que se pretendem sejam ajustadas aos especiais contornos daquele caso e às especiais singularidades do agente (MATOS *et al*; 2011).

No direito processo penal é recorrentemente pedido o relatório social do agente, que se destina a fornecer informações acerca do seu ambiente familiar, socioeconómico, profissional e social, no entanto estes relatórios (e não avaliação) destinam-se apenas a fornecer informações ao tribunal acerca da determinação da sanção e para efeitos de manutenção, substituição ou revogação de medidas de coação.

Na verdade o elemento reincidência intervém já no sistema penal enquanto elemento agravante na determinação da medida concreta da pena, e a sua prevenção é um dos principais objetivos das instituições penitenciárias.

A avaliação do risco de reiteração do comportamento criminal é aspeto central para por exemplo, os agressores conjugais e os agressores sexuais em Portugal. Terá sido por estes comportamentos estar associado uma prática continuada associada mesmo, no último, a psicopatologias, que a Psicologia é chamada mais preponderantemente pelos Tribunais. No entanto, já internacionalmente a avaliação de risco é um elemento fundamental e consensual para psicólogos e outros profissionais que operam no processo de tomada de decisão judicial (BONTA, 2002) razão pela qual deveria extensível a outros ofensores.

Sendo a principal atribuição da base de dados de perfis genéticos para condenados o interesse criminógeno de um determinado grupo de indivíduos para o sistema penal, o preenchimento do critério «*idoneidade*» da medida para o fim que se propõe alcançar, exige que tal juízo sejam baseados em dados empíricos e validados cientificamente, *in casu*, uma avaliação técnica e especializada de avaliação de risco e perigosidade feita em concreto para aquele individuo (NEVES, 2010). Assim, a decisão jurisdicional que manda recolher e incluir o perfil genético de um condenado na base de dados genéticos deveria estar assente numa avaliação pericial do risco de reincidência dado os fatores associados ao comportamento criminal permitem garantir a previsibilidade do comportamento de forma válida e precisa (ANDREW E BONTAS; 2006).

Não sabemos qual o alcance da compreensão de reincidência que o legislador quis imputar aos condenados enquanto grupo de indivíduos com interesse em

acompanhar de perto. Se a compreendeu como forte probabilidade de cometer no futuro um crime de natureza comum, ou a probabilidade de cometer um crime, seja de que natureza for. A resposta a esta questão poderá ser crítica bastante à posição que acabamos de manifestar. Isto porque, o legislador que considera o homicida passional como alguém desviado da conformação social e revelador de uma tendência para não controlar impulsos, então achará que da mesma maneira que cedeu uma vez, poderá perante outros desejos e outras paixões, e vendo-se frustrado e traído por esses mesmos desejos, comportar-se de forma desviante mas investindo num outro qualquer objeto. Assim, sendo estancas as características da personalidade e por isso a tendência, alterando-se as condições do meio o agente não terá porque não investir numa qualquer atuação criminosa. E aí a inclusão de perfis genéticos de ADN de condenados, não necessita de averiguar a idoneidade da medida tendo em conta o crime cometido porque poderá não ser idónea para aquele do qual resultou a condenação, mas sê-lo-á para um outro qualquer que ele venha a cometer. No entanto sempre diremos que o legislador, se não conhece deveria conhecer, que o comportamento reincidente não é aleatório e arbitrário, mas está associado a padrões. Os estudos demonstram que a reincidência raramente se refere a crimes de natureza diversa. Por regra, a reincidência dar-se-á para crimes da mesma natureza, variando apenas em função dessa natureza. A reincidência é manifestamente maior em crimes de natureza patrimonial do que em crimes contra as pessoas (acima dos 50% para aqueles). Explorando a relação entre a natureza do crime pelo qual estavam condenados e o crime pelo qual reincidiram, a maioria reincide sempre no mesmo tipo de crimes, no entanto, escalando em gravidade para os crimes patrimoniais e diminuindo na gravidade das ocorrências de reincidência para crimes contra as pessoas (NEVES, 2010, BONTA et al 1998)⁵⁷. Conclui-se assim que a reincidência não pode ser avaliada em termos gerais, porque a mesma não é geral, variando em forma e intensidade para os diferentes tipos de crimes e portanto revelador de diferenças de personalidade dos seus titulares.

Desta forma, a inserção de perfis de ADN de condenados, partindo do princípio de que os estes são um grupo de indivíduos com interesse criminógeno e que em nome da segurança jurídica devem ser «controlados», só se justifica para aqueles cujas

⁵⁷ Em Dados de uma investigação Portuguesa, Parte IV; Capítulo 13; Ana Cristina P. Neves; Dissertação sujeita ao tema: Reincidência Criminal e Violência – Compreender e avaliar o risco; 2010;

estimativas apontam ser realmente verdade que reincidam, e não a mera especulação. E esses serão os condenados por crime patrimoniais.

No que toca ao tempo que os perfis genéticos ficam a integrar a base de dados genéticos o legislador adotou no artigo 26º nº 1 al. f) da Lei nº 5 o regime que existe para o cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal. Neste sentido concordámos com a opção legislativa uma vez que todo o regime previsto para o registo criminal assenta em considerações de prevenção geral positiva e de prevenção especial positiva de ressocialização. A finalidade do cancelamento é a uma finalidade de reabilitação do delincente, de forma a permitir-lhe um readquirir a sua imagem social pelo que a base de dados de perfis genéticos deverá assentar exatamente nessas mesmas premissas. As informações deverão ser automaticamente canceladas ao fim de 10 anos. Tempo que consideramos razoável dado que consideramos só serem de incluir perfis genéticos de crimes com determinado merecimento penal, ao qual corresponderão necessariamente penas elevadas. *«Só assim será possível evitar a estigmatização do delincente, impedir a criação de um obstáculo à sua reintegração, e com isto prosseguir as finalidades básicas das penas (e medidas) penais»* (MONIZ, 2002);

Pelo exposto, seria necessário uma enorme esforço para se compreender a opção legislativa pelos critérios constantes no artigo 8º nº 2 da Lei nº5/2008 de 12 de Fevereiro. Isto porque para confirmar a prognose de perigo há que fundamenta-lo, sob pena de o legislador se tornar um verdadeiro déspota. E só o conseguirá provar atendendo a todas as circunstâncias do específico caso, do tipo de crime, não bastando ser possível o cometimento do crime mas devendo ser provável. Por força do artigo 18º nº 2 a medida deve ainda ser necessária, revelar-se útil para a identificação num futuro caso. Nesse caso distinguir-se-ão os crimes *«ordinários»* nos quais o seu autor não fornece elementos corporais (burlas, cumplicidade, crimes informáticos,) e os crimes que parece terem nascido para a perícia de ADN. Deverá ainda a medida ser decretada para crimes com dignidade penal suficiente para contra balançar a restrição aos DF que tal medida provoca no respeito pela proporcionalidade exigido no artigo 18º nº 2.

CAPÍTULO V

A Base de Dados de ADN na Cena Internacional

Aqui chegados e realçada a dificuldade de conciliação prática de todos os critérios que devem ser considerados aquando da adoção da medida de inclusão e permanência de perfis genéticos de condenados em bases de dados genéticos, cumpre averiguar como na cena internacional as legislações se posicionaram a respeito. Obviamente as legislações deverão refletir a maiores ou menores bases humanístico-liberais assentes nas respetivas Constituições. Adiantamos que não existem duas soluções idênticas, tal é a heterogeneidade normativo-axiológica internacional, assim como não há Estados iguais.

As análises genéticas forenses, reitere-se, abalaram e transformam as premissas em que se baseavam as condições de admissibilidade e validade das provas científicas nos sistemas judiciais. O grau de fiabilidade destas levou à criação de bases de dados de perfis genéticos a fim de confiar às investigações criminais um grau de determinabilidade único e sem precedentes. Dada a irresistibilidade do ideal de sistemas de justiça capazes e infalíveis foram inúmeros os países vulgarmente considerados de primeiro mundo a adotarem procedimentos e medidas, mais ou menos homogêneos de obtenção de amostras biológicas para determinação dos perfis de ADN a fim de verem resolvidas as investigações criminais, que são armazenadas em ficheiros de dados genéticos e aí ficam a existir temporariamente. O tipo de ficheiros que são armazenados assim como o seu alcance ainda é muito variado de país para país não havendo um único que se assemelhe a outro. A tendência mundial tem sido a de expansão do alcance das bases de dados ainda que a questão, em parte nenhuma do globo, seja pacífica. De um lado existem aqueles que sustentam a necessidade da utilização de métodos científicos adequados para combater o crime. Do outro lado, estão Estados mais sensíveis aos DF e defensores de limites à ingerência estadual na esfera inatingível de cada um, divergindo nos critérios e princípios que devem regular a intromissão estadual neste âmbito da vida privada.

Expressão dessa mesma dualidade de posições, é a diversa regulamentação sobre o tema encontrada pelos diversos países que já legislaram a respeito, aproximando-se uma mais de um limite e outras de outro. Compreendemos as aspirações comunitárias a

uma Justiça una, igualitária, rígida e determinável. Compreendemos mas não apoiamos. Isto porque concordámos em pleno com Delmas-Marty segundo o qual a imprecisão e a indeterminabilidade «ordenam o múltiplo», evita a dispersão, a incoerência, a eclosão que ameaça todo o pluralismo. «Ordenar o múltiplo, sem reduzi-lo ao Uno, à ordem única, que normalmente tende para o totalitarismo carismático do Chefe, é verdade, o desafio lançado por qualquer sociedade presa à imagem do homem como ser livre mas fixo a um mundo que pretende ser ao mesmo tempo pluralista e solidário» (DELMAS-MARTY, 1941).

O presente capítulo propõe-se expor as diferenças abismais de entendimento que a medida de criação e manutenção de uma base de dados de perfis genéticos para condenados implica e a dificuldade que os mesmos terão, face aos paradigmas constitucionais/legais de cada um, justificar a adoção de conceitos normativos homogêneos, e nessa medida coadunantes e legais. É transversal a necessidade e a utilidade da medida, o que já não é transversal é o entendimento sobre dentro de que limites a medida é suportável fora dos quais se torna ilegítima e inconstitucional. Assim Estados como:

Reino Unido

Foi pioneiro no uso da prova genética na resolução de uma investigação criminal. Desde então, foi um dos primeiros países a utilizar os exames genético-forenses na identificação criminal. O parlamento britânico criou um complexo normativo que regula em específico, a obtenção e análise do ADN e criou uma das bases de dados nacionais mais extensa do mundo.

A *police and criminal evidence Act*⁵⁸ (PACEA), regula, entre muitas outras questões, a obtenção das impressões digitais e amostras genéticas pela polícia britânica. A PACEA pode obter as amostras genéticas de qualquer pessoa que seja detida pela polícia. As amostras podem ser recolhidas e armazenadas sem limite de tempo, a não ser que a pessoa detida ou suspeita seja posteriormente acusado e condenada pelo

⁵⁸ Foram uma série de erros judiciais que tornam urgente regular especificamente em matéria probatória. Decorrência dessa urgência foi o “Police and Criminal Evidence Act” revisto pelo “Police and Criminal Evidence Act de 1991, bem como o “Criminal Justice and Public Order Act” de 1994;

cometimento do crime em que foi investigada. A regra é a de que a polícia mantém esse perfil genético até que a pessoa cumpra os 100 anos de vida ou faleça.

Em 1995 estabeleceu-se no Reino Unido a primeira base de dados de ADN. Apesar de não ter existido nenhuma norma que previsse a criação de uma base de dados genéticos a verdade é que a mesma foi aceite pacificamente pela maioria da população e se expandiu de forma sistemática através de diversas leis que foram modificando a PACEA entre outras destaca-se a *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, que regula em que casos deverá corresponder a obtenção de amostras biológicas a fim de se estabelecer o perfil genético, a *Criminal Justice and Police Act* de 2001 que estabelece a obrigação de guardar de forma indefinida os perfis genéticos de ADN mesmo para aquelas que não hajam sido condenadas por delito algum. Nos últimos anos, instaurou-se na Inglaterra a discussão sobre a criação de uma base de dados de cariz universal, pensada para todos os cidadãos. Esta conteria a informação genética de todos os cidadãos britânicos, assim como dos estrangeiros que visitassem aquele país. Até à presente tal proposta não foi ainda aceite pelo Parlamento Britânico. A 31 de Março de 2009 a NADND continha já na sua base cerca de 4.859.934 perfis genéticos.

Nova Zelândia

Foi um dos primeiros países a legislar sobre a criação de uma base de dados genéticos nacional. Esta consiste na realidade, na cominação de outras duas bases de dados - a *National ADN Database* (NDD) que contém perfis genéticos elaborada com base em amostras biológicas de indivíduos, e a *Crime Sample Database*, que contém perfis de ADN obtidos a partir de amostras biológicas deixadas em cenas de crime. A base de dados de perfis genéticos na Nova Zelândia é administrada por uma sociedade de Responsabilidade Limitada, *The Institute of Environmental Science and Research* em representação da polícia neozelandesa, a NDD foi criada em 1995 através da *Criminal Investigations (Blood Samples) Act*, que regula entre outras, a obtenção de amostras biológicas para análise. Essa mesma lei foi modificada em 2003 pela *Criminal Investigations (Bodily Samples) Act*, que ampliou o tipo de amostras que podem ser obtidas para a obtenção de perfis de ADN. Atualmente, a questão encontra-se regulada pela *Criminal Investigations (Bodily Samples) Amendment Act* em 2009. Esta última norma amplia a categoria de crimes para os quais se pode ordenar a obtenção de perfis de ADN. De acordo com a legislação vigente na Nova Zelândia, todas as amostras

biológicas devem ser destruídas uma vez obtidos os perfis de ADN. Os perfis de ADN por sua vez, podem ser eliminados do banco de dados se i) se retirem as acusações contra os arguidos; ii) ou que tendo havido condenação esta seja revogada por um Tribunal de instância superior.

EUA

Em 1989 o estado da Virgínia criou a primeira base de dados de ADN. Dez anos depois quarenta e nove estados legislaram sobre a autorização da conformidade da base de dados de ADN para condenados por determinado tipo de delitos (principalmente os crimes violentos e sexuais)⁵⁹. Em linhas gerais, a legislação dos distintos estados americanos impõe a condenados que lhe seja feita zaragatoa bucal quando seja ditada a sentença, ou quando deixam o sistema prisional uma vez cumprida a pena, a fim de obter o perfil genético, seguindo-se a inclusão num ficheiro. Atualmente já diversos Estados se encontram em revisões legislativas a fim de ampliar os crimes para os quais se exige a recolha e obtenção de perfis genético ou para incluir a recolha de material genético a detidos ou meros suspeitos.

⁵⁹ Ainda que todos os Estados dos EUA tenham implementado a base de dados de ADN para fins de investigação criminal, o alcance e os termos em que são ordenadas recolhas e inserções é muito diversa. Alguns Estados permitem a recolha e inclusão na base para quaisquer condenados, sejam por crimes violentos ou não violentos, para outros o simples cometimento de crime de pequena gravidade justifica tal ordem e no limite outros ordenam a recolha para meros suspeitos. A variação não ocorre apenas quanto ao tipo de crime cometido ou ao estatuto processual do agente. A variação ocorre ainda na permissão de, para que tipo de investigação se permite o acesso e a utilização da infirmação genética. Alguns permitem que os dados possam ser usado para investigações criminais de qualquer ordem, outros restringem o acesso para certos tipos de investigação, sendo que há-os que exigem para o acesso à informação genética exista uma ordem do juiz. No entanto, apesar destas bases de dados estaduais e independentes, em 1994 com a criação de uma base de dados nacional controlada pelo FBI fez com as opções legislativas de cada Estado, na prática, possam ser subvertidas causando para estados com ideologias mais liberais e humanísticas um melindre justificado pelos abusos que são cometidos pela estipulação de uma base de dados naqueles termos e preocupações com o Direito à Privacidade; (PURI, Allison, *Na Internacional ADN Database; Balancing Hope, Privacy and Scientific Errors*; Boston College International and Comparative Law Review; Volume 24; Article 6: pag: 357-361; 2001;

Em 1998 pôs-se em marcha o *Combined ADN Index System* (CODIS) a cargo do FBI. O CODIS integra o *National ADN Index System* (NDIS) que é a base nacional de dados composta por perfis biológicos obtidos em cenas de crimes e de perfis genéticos de condenados. Previamente, o *ADN Identification Act* de 1994 outorgou formalmente a competência e autoridade ao FBI para administrar essa base de dados, na qual todos os Estados Norte-americanos participam, colaboram e partilham os dados dos seus cidadãos com o governo federal. O uso e métodos científicos como o é exemplo a análise de ADN, na resolução de casos criminais tem um elevado grau de aceitação nos Estados Unidos. Tal como se explica na Secção 11 da *ADN Analysis Backlog Elimination Act* ditada nos anos 2000, as análises de ADN converteram-se na mais fiável técnica forense na hora de resolver crimes onde se encontra material biológico nas cenas de crime: devido à sua fiabilidade científica, em muitos casos, as análises de ADN são determinantes no âmbito judicial norte-americano na determinação da culpa ou inocência das pessoas acusadas ou suspeitas do cometimento de um crime.

Nos EUA ocorre algo similar ao que ocorreu na Grã-Bretanha no que toca à expansão das suas bases de dados. Foi-se ampliando o universo de pessoas das quais se pode extrair uma amostra biológica para a elaboração de um perfil genético. A *ADN Fingerprint Act* de 2005 permite a obtenção de amostras biológicas de pessoas detidas por um crime de carácter federal assim como os de qualquer estrangeiro detido pela autoridade federal competente. Esta lei entrou em vigor em 9 de Janeiro de 2009. A *ADN Fingerprinting Act* estabelece que i) no caso de uma condenação que seja revogada por instância superior ou ii) que a pessoa acusada seja finalmente absolvida, pode solicitar-se a eliminação ao NDIS dos perfis de ADN previamente obtidos. Sem prejuízo, afirma-se que «poucas dúvidas podem restar de que, tal como no Reino Unido, o propósito último da lei é aumentar o número de perfis genéticos na NDIS e fazer com que a obtenção de amostras e perfis genéticos se converta em algo muito mais generalizado e comum. O NDIS é a base de dados de ADN mais extensa do mundo. Em julho de 2010 contava com 8.649.605 perfis de suspeitos e/ou condenados pelo cometimento de um crime.

Holanda

Foi também um dos primeiros países a legislar ativamente sobre a questão. Em 1994 criou-se a *Forensic ADN Typing Law*, que autorizava a extração de amostras

biológicas de suspeitos de ter cometido um crime grave. Sem prejuízo do artigo 11 da Constituição Holandesa estabelecer que toda a pessoa tem direito à inviolabilidade do seu corpo, essa mesma lei estabeleceu diversas garantias de forma a assegurar que só se pode obter amostras biológicas de ADN quando a prova se mostrar indispensável para a resolução do caso criminal, incluindo o requerimento, prévio e reiterado para que a pessoa coopere voluntariamente com a extração.

Em 2001, saiu a *Forensisc ADN Typing in Criminal Proceeding Amendemnt* que modificou substancialmente a legislação existente e ampliou o tipo de delitos para os quais se permite a extração de ADN. A legislação holandesa complementa-se com o *ADN Testing (Convicted Persons) Act* que entrou em vigor a 1 de Fevereiro de 2005. Segundo esta, as pessoas condenadas por certos crimes também estão obrigadas a entregar amostras de ADN às autoridades competentes.

O artigo 67 do Código do Procedimento Penal Holandês estabelece quais os delitos que estão cobertos pelo *ADN Testing Act* e são eles: todos aqueles em que seja de prever a detenção do acusado antes mesmo do juízo de culpabilidade, ou seja, todos aqueles delitos, cuja pena máxima estabelecida por lei seja de pelo menos 4 anos, assim como para aqueles de pena inferior mas previamente determinados (como por exemplo a violação da integridade física qualificada). Todas as pessoas condenadas por estes delitos, sem importar o número de anos a que efetivamente hajam sido condenados, estão obrigados a entregar amostras biológicas para análise genética. Para tal, a lei estabelece como método único a zaragatoa bucal.

O *DENA Testing Act* estabelece que as amostras de ADN e os perfis correspondentes devem ser guardados até um máximo de 30 anos para certos delitos graves (aqueles que revejam uma pena mínima de 6 anos) e até 20 anos para os restantes. Só podem ser destruídas as amostras e removidos os perfis quando os condenados se vejam ilibados por uma instância superior. A análise das amostras biológicas e a obtenção dos perfis genéticos de ADN são feitas pelo *Netherlans Forensic Institute* que administra a base nacional de dados de ADN. Em Junho de 2010, segundo a informação passível de recolha, esta base de dados com mais de 100.000 perfis de ADN⁶⁰.

Espanha

⁶⁰ In [HTTP://dutchnews.nl/news/archives/2010/06/](http://dutchnews.nl/news/archives/2010/06/) visitado em 10 de janeiro de 2013

Foi um dos países europeus que mais tardou em legislar sobre a matéria (a par de Portugal). Em outubro de 2007 o Parlamento Espanhol decretou a lei orgânica nº 10/2007 que regula a base de dados da polícia sobre identificadores obtidos a partir de ADN. O principal objetivo desta lei é determinar os sujeitos que podem ser investigados mediante intervenção corporal e estabelecer uma lista de crimes perante os quais se possam aferir dos perfis genéticos dos seus autores e consolidar um sistema que permita unificar as diversas bases de dados policiais que existem no país até ao momento. Atualmente e desde 2007 existem já 134.088 perfis genéticos a partir da atuação das várias polícias, a Policia Nacional, a Guarda Civil, os «Mossos D'esquadra», la Ertzaintza e o Instituto Nacional de Toxicologia y Cioencias Forenses. Até então cada organismo detinha a sua própria base de dados (RODRIGUES, 2009); Das distintas bases de dados existentes nas polícias daquele país, a lei orgânica, no seu artigo 1º impõe " *se crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrara los ficheros de esta naturaleza de titularidade de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado tanto para investiación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas*".

A par da Alemanha, a lei 10/2007 determinou para que crimes se podem decretar a inclusão do condenado na base de dados de ADN apesar de se ter optado por uma fórmula imprecisa que deixa um ampla margem de manobra à polícia. A lei determina que se podem recolher amostras sempre que estejamos perante crimes que afetem a vida e a liberdade, a liberdade sexual, a integridade das pessoas e o patrónimo. Como resulta claro de tal elenco, é o mesmo demasiado extenso e por certo pouco crimes ficarão de fora da previsão legal. No entanto bastarão suspeitos para que seja possível a inserção na base de dados.

Por sua vez, o artigo 3 da mesma lei estabelece a obrigação de inscrever na base de dados de ADN a seguinte informação: i) dados identificativos extraídos a partir do ADN de amostras ou fluídos que no âmbito de uma investigação criminal, foram recolhidas e obtidos a partir da análise das amostras biológicas dos suspeitos, detido ou condenado quando por crimes graves, e todos aqueles que afetem a vida, a liberdade e a liberdade sexual, a integridade das pessoas, o património, sempre que fossem realizados com violência ou intimidação em pessoas, assim como nos casos da criminalidade organizada e ii) os padrões identificativos nos processos de identificação de restos

cadavérico ou de averiguação de pessoas desaparecidas. Os perfis de ADN podem ser conservados na base de dados i) até ao prazo de prescrição do delito; ii) até ao prazo fixado para o cancelamento do registo criminal. A lei orgânica dispõe ainda que devem remover-se todos os perfis de ADN quando não resulta daquela investigação uma sentença condenatória. Cabe destacar que a Espanha faz parte dos estados que subscreveram o tratado de Prum juntamente com a Alemanha, Áustria, Bélgica, França e os Países Baixos. Através dele os países que aderiram aquele acordaram cooperar na luta contra o terrorismo, a delinquência transfronteiriça e a emigração ilegal. Este tratado permite aos Estados Membros partilhar a informação incluída nas respetivas bases de dados de ADN (GOMEZ SANCHEZ; 2007).

Canadá

A criação da *National ADN Data Bank* do Canadá foi autorizada pelo *ADN Identification Act* de 1998⁶¹. O NDDDB estabeleceu em 30 de Junho de 2000 e compõem-se por dois índices: o *Convicted Offenders Index* (COI) e o *Crime Scene Index* (CSI). O COI integra os perfis de ADN de pessoas condenadas por determinados delitos. Por sua vez CSI compõe-se de perfis de ADN elaborados a partir de amostras biológicas encontradas em cenas de crimes. A obtenção de amostras biológicas e a elaboração de perfis de ADN requerem ordem judicial prévia conforme se especifica no *ADN Identification Act* e no Código Penal Canadense. Atualmente a legislação canadense obriga os juízes a requerer a extração de uma amostra biológica e a elaboração do perfil de ADN correspondente somente para os casos de crimes mais graves, entre os quais se incluem o homicídio, o sequestro e o assalto sexual com arma. Para os restantes delitos a elaboração de um perfil de ADN fica ao critério do poder do juiz. A *ADN Identification Act* estabelece que as amostras biológicas e os perfis de ADN de um condenado devem conservar-se até ao cumprimento da pena e/ou até à revogação da sentença condenatória por uma instância jurídica superior. Terminado este prazo os perfis devem ser removidos do COI e as amostras devem ser destruídas. Cada dia se elimina por média, uns 10 ou 20 perfis de ADN e dezoito outras tantas amostras biológicas no CSI.

⁶¹ In <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/collection> visitado em 10 de Janeiro de 2013;

O COI contava até 31 de março de 2009 com cerca de 158.493 perfis de pessoas condenadas por ter cometido um delito e o CSI com cerca de 48268 perfis obtidos nas cenas de crime⁶².

Feita uma breve passagem por alguns dos principais países considerados de «primeiro mundo», abordagem essa mais centrada na evolução legislativa do que nos concretos critérios adotados para a inserção de condenados nas bases de dados veja-se, em complemento a tabela que se segue do *European Network of Forensic Science Institutes* (ENFSI) relativo aos critérios utilizados pelas legislações dos diversos países membros para a inclusão dos perfis genéticos em bases de dados de ADN.

Critérios de Inclusão do Perfil de ADN

	Condenados⁶³	Suspeitos	Amostras-Problema
Áustria	Para todos.	Qualquer ofensa classificada como “grave”	Sim
Bélgica	Limitado a ofensas específicas contra pessoas.	Não há base de dados de suspeitos.	Qualquer amostra pode entrar se for requerida por um magistrado.
Croácia (Legislação pendente)	O Governo transferiu a legislação para o Parlamento.	O Governo transferiu a legislação para o Parlamento.	O Governo transferiu a legislação para o Parlamento.
República Checa	Todos os condenados estão incluídos;	Amostras comparativas podem ser obtidas	Amostras de cenas de crime inexplicáveis apenas. O perfil deve

⁶² In <http://www2.le.ac.uk/ebulletin/news/2010> visitado em 10 de Janeiro de 2013;

⁶³ Análise do ENFSI sobre a Inclusão, Exclusão e Retenção de Perfis de ADN de Países Membro com Bases de Dados forenses de ADN – versão para investigação traduzida e revista. Título original: “*ENFSI Survey on the ADN Profile Inclusion, Removal and Retention of Member States’ Forensic ADN Database: Chris Asplen.*”, consultado em <http://www.enfsi.eu/about-enfsi/structure/working-groups/ADN>.

		a partir de suspeitos, mas só podem ser submetidas na base de dados se forem acusados do crime.	ser removido se for comparado com a base de dados e houver uma correspondência.
Estónia (Legislação pendente)	Legislação pendente	Legislação pendente	Legislação pendente
França	Previsto para ofensas específicas: ofensas sexuais, crimes contra a humanidade, terrorismo, roubo, violências deliberadas, tortura, apropriação de bens roubados, dinheiro falsificado, lavagem de dinheiro, tráfico de narcóticos, intermediários de prostituição, todos os crimes contra a vida (homicídio, etc.), crimes contra a liberdade (a aplicação está pendente).	Baseado em ofensas específicas (ver condenados).	Qualquer amostra não identificada encontrada em casos relevantes na lista de crimes.
Finlândia	Baseado em ofensas específicas: violação, ofensas	Quando a pena máxima para o crime de que é	Legalmente, quaisquer perfis de amostras podem entrar na base

	sexuais, sedução a crianças, homicídio, homicídio qualificado, homicídio involuntário, furto, roubo, coerção, ofensas com narcóticos.	acusado exceda um ano. Inclui tentativas de ajuda e cooperação ou aliciação a qualquer condenado nas ofensas enumeradas.	de dados. Na prática, o número mínimo de <i>loci</i> requerido é 6 e perfis mistos com mais de 2 pessoas não entram.
--	---	--	--

Tabela 1 - Critérios de Inclusão No Perfil de ADN: Áustria, Bélgica, Croácia, República Checa, Estónia, França e Finlândia

Critérios de Inclusão no Perfil de ADN

	Condenados	Suspeitos	Amostras-Problema
Alemanha	Condenados devem apresentar um risco de reincidência em ofensas específicas. As ofensas incluem: todos os crimes contra a vida, contra a integridade sexual, contra a liberdade; terrorismo, roubos e ameaças, furtos, roubo de automóveis, fogo posto, outros crimes que preencham o critério de crimes graves (o mesmo critério que para os perfis de suspeitos).	Suspeitos devem supor risco de reincidência em ofensas específicas pela polícia/justiça. As ofensas incluem: todos os crimes contra a vida, contra a integridade sexual e contra a liberdade, todos os roubos, ameaças, furtos e burlas, roubo de automóveis, fogo posto, outros crimes que preencham o critério de crimes	Limitadas a ofensas enumeradas, e a análise deve ser ordenada por um juiz. As ofensas permitidas: todos os crimes contra a vida, contra a integridade sexual e contra a liberdade, terrorismo, roubo, ameaças, furtos, burlas e roubo de automóveis, outros crimes que preencham o critério de crimes graves (o

		graves (o mesmo critério que para os perfis de condenados).	mesmo critério que para os perfis de condenados e de suspeitos).
Grécia	Sim	Em todos os casos penais “quando há indicações sérias de que a pessoa cometeu a ofensa”	Sim
Hungria	Em crimes puníveis com penas superiores a 5 anos. Inclui: ataque sexual com violência, crimes relacionados com atividades internas, crimes contra crianças, crimes organizacionais, crimes relacionados com drogas, crimes relacionados com falsificações, crimes cometidos com armas, terrorismo, crimes contra a nação, abuso de energia nuclear, lavagem de dinheiro, preparação	Em crimes puníveis com pena superior a 5 anos. (ver critérios para condenados).	Sem restrições.

	para atividade terrorista, crimes contra forças policiais, violação de lealdade internacional (o mesmo que o critério de suspeitos).		
--	--	--	--

Tabela 2 - Critérios de Inclusão no Perfil de ADN: Alemanha, Grécia e Hungria

Critérios de Inclusão no Perfil de ADN

	Condenados	Suspeitos	Amostras-Problema
Itália	Legislação aprovada pelo Parlamento – Implementação pendente.	Legislação aprovada pelo Parlamento – Implementação pendente.	Legislação aprovada pelo Parlamento – Implementação pendente.
República da Irlanda (sem legislação)	Não especificado.	Não especificado.	Não especificado.
Holanda	A inclusão do perfil baseia-se em penas máximas acima dos 4 anos. Contudo, a amostra de ADN dos	A inclusão do perfil baseia-se em penas máximas acima dos 4 anos. Requerimentos	Quaisquer perfis armazenados por 18 anos devem ser removidos após condenação.

	condenados deve ser retirada durante o original. (A legislação pendente para incluir todos os condenados de crimes puníveis por mais de 4 anos).	adicionais pelo promotor público ou juiz de investigação devem evidenciar que o teste pode levar à resolução do caso.	
Noruega	Crimes graves incluem: abuso sexual, crimes contra a vida e saúde, roubo, ameaças, crimes de perigo para o público, devem ter sentença mínima de 2 anos.	Não há <i>input</i> para suspeitos. Uma mudança na legislação está pendente.	Limitações: não mais do que 2 pessoas numa mistura e as amostras devem estar relacionadas com o ato criminoso.
Irlanda do Norte	Não prevista: aqueles a quem forem retiradas amostras como suspeitos e subsequente condenação. Correntemente a considerar amostras na população prisional.	Suspeitos para todas as ofensas registadas, que são aquelas que podem resultar numa condenação de segurança.	Sem limitações legais.
Portugal	Para quaisquer crimes com pena superior a 3 anos.	Não especificado.	Sim.
Polónia	Perfis de pessoas previstas no art.º74 e 192ª no Código de Condutas Criminais incluem eliminação, suspeito, acusado e condenado mas só até	Perfis de pessoas previstas no art.º74 e 192ª no Código de Condutas Criminais incluem eliminação, suspeito, acusado e condenado mas só	Sim.

	ordem do tribunal ou da Autoridade Policial do território.	até ordem do tribunal ou da Autoridade Policial do território.	
--	--	--	--

Tabela 3 - Critérios de Inclusão no Perfil de ADN: Itália, República da Irlanda, Holanda, Noruega, Irlanda do Norte, Portugal e Polónia

Critérios de Inclusão no Perfil de ADN

	Condenados	Suspeitos	Amostras-Problema
Escócia	Não previsto;	Qualquer detido ou prisão precária. Contudo o critério usado pela polícia é: crimes de natureza sexual, crimes de violência, tentativas de burla e a maioria dos furtos. Sempre que o agente considerar necessário.	Sem restrições.
Espanha	Sim.	Sim.	Sim sem restrição.
Suécia	Baseado em penas máximas superior a 2 anos.	Todos os suspeitos.	Todas as amostras.
Suíça	Se a pena é superior a 1 ano;	Quaisquer pessoas suspeitas em relação a um crime.	Todas as amostras.

Reino Unido	Para qualquer ofensa registrada.	Para qualquer ofensa registrada, na qual um inspetor tem bases razoáveis para o envolvimento do suspeito na ofensa e a amostra de ADN tende a confirmar ou refutar o seu envolvimento.	Todas as amostras da cena do crime.
--------------------	----------------------------------	--	-------------------------------------

Tabela 5 - Critérios de Inclusão no Perfil de ADN: Escócia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido

Critérios de Exclusão no Perfil de ADN da base de dados

	Condenados	Suspeitos
Áustria	Nunca.	Suspeitos devem requerer a exclusão se for inocente.
Bélgica	10 anos após a morte do condenado.	Não há base de dados para suspeitos.
República Checa	Os perfis são sujeitos a uma revisão a cada 3 anos. Removidos após 80 anos.	Não há base de dados para suspeitos.
Estónia (legislação planeada)	5 anos após a morte.	Aquando declarado inocente.
Finlândia	1 ano após a morte do condenado.	A amostra deve ser destruída e o perfil removido 1 ano após se concluir que não há prova do crime, as acusações foram retiradas ou o julgamento de sentença foi anulado.

França	Amostras desconhecidas: 40 anos após a análise de ADN. Condenados: perfis são removidos 40 anos após a última sentença ou o indivíduo atinge o limite de idade (80 anos).	A remoção do perfil deve ser pedida pelo responsável do caso ou pelo suspeito quando o armazenamento do perfil não é mais útil (não há provas para o crime ou o ofensor não é condenado).
Alemanha	10 anos para adultos, 5 anos para jovens. Se há risco de reincidência ou há cadastro a extensão da data é possível. Armazenamento por tempo indeterminado é possível em casos de homicídio e crimes sexuais. Caso contrário o perfil é removido.	10 anos para adultos, 5 anos para jovens. Se há risco de reincidência ou há cadastro a extensão da data é possível. Armazenamento por tempo indeterminado é possível em casos de homicídio e crimes sexuais. Caso contrário o perfil é removido.
Grécia	Após a morte.	Após inocência.
Hungria	Até abandono dos procedimentos ou inocência.	Se condenado, o perfil é retido por 20 anos a partir da expiração da sentença. Se sujeito a tratamento médico, ou em centros correcionais o perfil é retido até ao fim do tempo determinado para o mesmo.
Itália	Não especificado.	Não especificado.

Tabela 6 - Critérios de Exclusão do Perfil de ADN: Áustria, Bélgica, República Checa, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália

Critérios de Exclusão no Perfil de ADN da base de dados

	Condenados	Suspeitos
República da Irlanda	Não especificado.	Não especificado.
Holanda	O armazenamento dos perfis varia: 20 anos se condenado por crimes com sentenças de 4 a 6 anos. 30 anos se condenado por crime com sentença superior a 6 anos.	Se condenado, o perfil é mantido segundo o tempo da pena máxima. 20 anos se condenado por crimes com sentenças de 4 a 6 anos. 30 anos se condenado por crime com sentença superior a 6 anos.
Noruega	Perfis devem ser removidos após 2 anos da morte do condenado ou se for o caso reaberto e a pessoa é declarada inocente.	Não especificado.
Irlanda do Norte	Não há requerimento legal para a impugnação. Perfis daqueles já falecidos ou com mais de 100 anos de idade são removidos por exercício administrativo.	Não há requerimento legal para a impugnação. Perfis daqueles já falecidos ou com mais de 100 anos de idade são removidos por exercício administrativo.
Portugal	Não especificado.	Não especificado.
Polónia (legislação pendente)	Não especificado.	Não especificado.
Escócia	Perfis são retidos indeterminadamente.	Perfis são retidos na base de dados até inocência ou as

		acusações são retiradas.
Espanha	Não especificado.	Não especificado.
Suécia	Removidos 10 anos após a sentença ser cumprida.	Guardados até ser permitido o registo do suspeito como condenado.
Suíça	Após 30 anos se o indivíduo não for condenado novamente. Em caso de morte após requerimento. 20 anos após libertação ou término de medidas de internamento.	Se os suspeitos excluem circunstâncias concretas. Em caso de morte após requerimento. Um ano após o fim do julgamento aquando inocente. 5 anos após o tempo de liberdade condicional ou pagamento da fiança-
Reino Unido	A Lei permite retenção indeterminada de perfis na base de dados.	A Lei permite retenção indeterminada de perfis de suspeitos, mesmo que este seja libertado ou declarado inocente.

Tabela 7 - Critérios de Exclusão do Perfil de ADN: República da Irlanda, Holanda, Noruega, Irlanda do Norte, Portugal, Polónia, Escócia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido

Retenção da amostra de ADN

	Condenados	Suspeitos
Áustria	A amostra é retida.	O suspeito deve candidatar-se para a remoção do perfil e a destruição da amostra quando inocente.
Bélgica	A amostra deve ser destruída logo após a obtenção do perfil.	A amostra deve ser destruída quando há informação de que nenhum outro tipo de especialista foi requerido.

República Checa	Nenhuma legislação especifica a retenção da amostra ou a sua destruição. O destino da amostra usualmente segue o destino do perfil.	Nenhuma legislação especifica a retenção da amostra ou a sua destruição. O destino da amostra usualmente segue o destino do perfil (sem base de dados de suspeitos).
Estónia (legislação planeada)	Não especificado.	Não especificado.
Finlândia	A destruição da amostra está ligada à remoção do perfil. A amostra deve ser removida 1 ano após o processo ser identificado como insuficiente para prova, acusações são retiradas e o julgamento foi anulado. Ou um ano após a morte do condenado.	A destruição da amostra está ligada à remoção do perfil. A amostra deve ser removida 1 ano após o processo ser identificado como insuficiente para prova, acusações são retiradas e o julgamento foi anulado. Ou um ano após a morte do condenado.
França	As amostras são retidas 40 anos após a sentença ou até o indivíduo atingir o limite de idade (80 anos).	A amostra dos suspeitos deve retornar ao magistrado ou ao agente da polícia encarregue e é mantida como qualquer outra prova. Se o suspeito for condenado é posteriormente armazenada no SCPPB.
Alemanha	Todas as amostras de referência devem ser destruídas após a análise de ADN.	Todas as amostras de referência devem ser destruídas após a análise de ADN. Contudo, as amostras retiradas para fins do X caso, têm que ser mantidas até os procedimentos criminais terminarem numa decisão

		final.
Grécia	Após morte.	Após inocência.

Tabela 8 - Critérios de Retenção da Amostra de ADN: Áustria, Bélgica, República Checa, Estónia, Finlândia, França, Alemanha e Grécia

Retenção da amostra de ADN

	Condenados	Suspeitos
Hungria	Deve reter-se amostras biológicas de referência desde que o direito exista para manter o perfil na base de dados.	Deve reter-se amostras biológicas de referência desde que o direito exista para manter o perfil na base de dados.
Itália	Não especificado.	As amostras são armazenadas.
República da Irlanda	Não especificado.	Não especificado.
Holanda	As amostras biológicas são mantidas desde que o perfil seja mantido. O armazenamento de perfis varia: 20 anos se condenado por crimes com sentenças de 4 a 6 anos. 30 anos se condenado por crime com sentença superior a 6 anos.	Se o suspeito é condenado, a amostra é armazenada desde que o perfil exista. O armazenamento de perfis varia: 20 anos se condenado por crimes com sentenças de 4 a 6 anos. 30 anos se condenado por crime com sentença superior a 6 anos.
Noruega	A amostra deve ser destruída quando o perfil é incluído na base de dados.	A amostra deve ser destruída quando o perfil é incluído na base de dados.

Irlanda do Norte	Não há requerimento legal para a destruição de amostras.	Não há requerimento legal para a destruição de amostras. As forças locais direcionam a destruição de amostras em algumas circunstâncias após a inocência ou fim dos procedimentos criminais.
Portugal	Não especificado. (A base de dados atual inclui amostras de cenas de crime apenas).	Não especificado. (A base de dados atual inclui amostras de cenas de crime apenas).

Tabela 9 - Critérios de Retenção da Amostra de ADN: Hungria, Itália, República da Irlanda, Holanda, Noruega, Irlanda do Norte e Portugal

Retenção da amostra de ADN

	Condenados	Suspeitos
Polónia	As amostras biológicas e os perfis de ADN são armazenadas durante 20 a 35 anos para alguns crimes. Ou os perfis podem ser removidos pela comissão designada, ou o comandante da polícia quando inocente.	As amostras biológicas e os perfis de ADN são armazenadas durante 20 a 35 anos para alguns crimes. Ou os perfis podem ser removidos pela comissão designada, ou o comandante da polícia quando inocente.
Escócia	As amostras são retidas indeterminadamente.	As amostras são retidas indeterminadamente.
Espanha	Assim que a possível análise para contra prova expirar, as amostras são destruídas com autorização judicial.	Assim que a possível análise para contra prova expirar, as amostras são destruídas com autorização judicial.

Suécia	Guardados por 2 anos após morte do condenado ou por 25 anos caso contrário.	Guardados por 2 anos após morte do suspeito ou por 25 anos caso contrário.
Suíça	Todas as amostras e o ADN adjacente devem ser destruídos 3 meses após a amostra perfil já não seja necessária para propósitos de comparação.	Todas as amostras e o ADN adjacente devem ser destruídos 3 meses após a amostra perfil já não seja necessária para propósitos de comparação.
Reino Unido	A Lei permite a retenção de todas as amostras legalmente obtidas indeterminadamente.	A Lei permite a retenção de todas as amostras legalmente obtidas indeterminadamente (mesmo quando inocente.)

Tabela 10 - Critérios de Retenção da Amostra de ADN: Polónia, Escócia, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido

Críticas, Conflitos e Planos

Toda a legislação apresentada no presente capítulo, assim como o alcance das diversas bases de dados existentes, não está isenta de críticas. Pelo contrário, tem sido alvo de diversas críticas e questões vindas das mais variadas direções, tanto por organizações não-governamentais como pela comunidade académica e científica (WALLACE, 2006).

Numa declaração do Parlamento Britânico o próprio criador da prova genética através da descoberta do ADN, Sir Allec Jeffreys, criticou duramente a inclusão de pessoas inocentes neste tipo de bases de dados. Jeffreys afirmou que entre outras coisas, existia a possibilidade remota de existiram falsas coincidências entre perfis de ADN e amostras biológicas obtidas em cenas de crimes⁶⁴.

A respeito veja-se o artigo de Jason Felch e de Maura Dolan para o Times Staff Writers onde pode ler-se no título " *a crime lab's finding raise doubts about the reliability of genetic profiles. The bureau pushes back*". Este artigo dá nota de uma

⁶⁴ <http://www2.le.ac.uk/ebulletin7news72010-201972010/027nparticle> visitado em 10 de Janeiro de 2013;

cientista Kathrin Troyer que em 2001, no seu laboratório de ADN do Arizona, encontrou dois indivíduos com marcadores genéticos similares não sendo parentes.

Os dois homens coincidiam em 9 dos 3 *loci* que estão legalmente previstos para serem objeto de análise e traçamento de perfil genético. O FBI defende que a probabilidade de duas pessoas irrelacionadas partilharem marcadores genéticos é de 1 em 113 biliões. Nos anos que se seguiram Troyer encontrou dezenas de coincidências todas elas em teoria altamente improváveis. Quando a notícia se espalhou levantaram-se questões sobre a viabilidade dos dados estatísticos apresentados pelo FBI e iniciou uma discussão legal acerca da transparência da base de dados genéticos nacionais que a partir daí foi alvo de forte escrutínio. Segundo o artigo, o FBI tentou impedir a proliferação de tal descoberta e iniciou uma batalha por traz das cortinas de forma a impedir que testes desta ordem fossem feitos pelos laboratórios. Em cima da mesa estava a credibilidade das probabilidades atribuídas aos casos onde o ADN foi elemento essencial para a investigação criminal.

As críticas eram muitas vezes despoletadas por casos concretos de decisões judiciais. Exemplo disso é o caso britânico «*S&Marper v. United Kingdom*» de 4 de dezembro de 2008 onde a postura do governo motivou a denúncia no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O TEDH interveio com base numa denúncia conjunta apresentada em 2004. O fundamento de tal denúncia era a negação do governo britânico em destruir a amostra biológica e perfis genéticos de dois indivíduos que tinham sido acusados de cometer delitos menores, e posteriormente absolvidos.

O Tribunal europeu susteve-se num facto unânime de que a legislação britânica que autoriza a extração e a conservação de amostras de ADN, assim como a conservação dos perfis genéticos que se elaboram sobre a base de amostras é desproporcionalmente ampla. O Tribunal entendeu que a legislação Britânica violava o direito à intimidade protegida pelo artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Acrescentou a natureza ampla e indiscriminada dos poderes do governo não é aceitável numa sociedade democrática, já que não estabelece um equilíbrio adequado entre o interesse público e os interesses privados.

O Tribunal considerou que a retenção por si, de amostras biológicas deve entender-se como uma ingerência no direito da privacidade das pessoas. Adicionalmente a corte susteve que a diferença das provas dactilares do perfil genético é que este tem a potencialidade de identificar relações genéticas entre as pessoas e que esta circunstância era motivo suficiente para concluir que a conservação dos perfis de

ADN também interferiria com o Direito à Privacidade dos cidadãos e, não menos importante, que os perfis de ADN permitem aferir da origem étnica de uma pessoa, o que atribui um carácter mais sensível e íntimo à informação genética.

Em "*S. & Marper*" reconhece-se que o combate ao crime é de facto um fim legítimo do Estado, que deve perseguir através das políticas criminais e legislativas. Ainda assim, o ponto a incidir é saber se a conservação de amostras biológicas e perfis de ADN de pessoas acusadas de ter cometido um crime e que por fim acabam por ser absolvidas justifica-se ou não numa sociedade democrática. O tribunal teve em conta que só em Inglaterra, Gales e Irlanda do Norte permitem a conservação indefinida de amostras e perfis genéticos de ADN e que, pelo contrário, os restantes estados membros da União Europeia preveem e garantem, isso sim, a necessidade e a forma de destruição das amostras e remoção dos perfis de ADN das respectivas bases de dados se não houver condenação. Não espantará com certeza a posição que contrapõe os países da *common law* à dos países da Europa Continental Ocidental, dada a forma como aqueles repelem a desigualdade do tratamento do criminoso e a arbitrariedade, ao passo que estes reforçam a individualização do juiz penal.

O Tribunal concluiu que o Reino Unido não ponderou adequadamente o equilíbrio que deve existir entre o fim legítimo da Segurança e Eficácia e o direito à Intimidade e à privacidade das pessoas e assim violava o artigo 8 da Convenção dos Direitos do Homem. Esta decisão demonstra o grau de afetação e lesão da prova científica usada no contexto criminal quando permitida a todo o custo, sem mediação metódica dos benefícios desse uso perante o impacto que pode ter no interesse da vida privada. A decisão alcançada nesse caso obrigou o Reino Unido a rever a legislação e a sua política de conservação das amostras biológicas e perfis genéticos.

Consequentemente o Parlamento Britânico modificou a PACEA através da sanção da *Crime and Security Act*⁶⁵ que recebeu o assento dela a 8 de abril de 2010. Ainda que resulte clara a diminuição dos prazos de conservação das amostras biológicas e perfis genéticos de ADN, o alcance e o impacto desta norma ainda não são claros.

No caso dos EUA a expansão das Bases de dados a nível estadual e federal para a inclusão de perfis de ADN de pessoas condenadas é objeto de um debate aceso que está longe de estar encerrado. A título de exemplo veja-se a decisão recente do caso

⁶⁵ In www.gov.uk/acts/acts2010 consultado em 15 de Março de 2013;

"United States v. Mitchell", na qual a Corte Federal de Distrito de Pensilvânia declarou inconstitucional a *ADN Fingerprinting Act*.

CAPÍTULO ÚLTIMO

Uma Nova Proposta de Redação do Artigo 8º nº2 da Lei nº5/2008 de 12 de Fevereiro

Esperemos a esta altura ter já demonstrado a nossa posição relativamente à base de dados genéticos no que em particular aos condenados por crimes com pena concretamente aplicada superior a 3 anos e depois de transitada em julgado diz respeito. Aquela é indiscutivelmente controversa dada a dificuldade de legitimação penal que a medida enfrenta por assentar em premissas de antecipação futura numa atividade de quase adivinhação futuroológica para legitimar a intervenção Estadual numa esfera que lhe está vedada. Não chegará um dia em que, sem mais regras do que a própria fantasia, o capricho de infinitos fins e políticas, a vida controlada pela tecnologia não será um simples produto, perdendo irremediavelmente o seu carácter distintivo que é ser um «DOM»? Há-que disciplinar os avanços da ciência no domínio da genética, acolhendo claro, como bênção os seus resultados positivos, mas não tolerando que se ponham em causa os grandes princípios e valores que definem a nossa civilização. Negamos assim, o carácter constitucional do artigo 8º nº 2 da Lei nº 5 /2008 de 12 de Fevereiro dado o manifesto e notório desrespeito pelo artigo 18º nº 2 da CRP, uma vez que «a excecionalidade das restrições constitucionalmente autorizadas implicam que as restrições legais e as intervenções restritivas decididas ou autorizadas pelo juiz estejam sujeitas aos princípios jurídico-constitucionais das leis restritivas referidas no artigo 18º (necessidade, adequação, proporcionalidade e determinabilidade) (CANOTILHO e VOTAL MOREIRA, 2007). O Tribunal Constitucional nunca foi chamado a pronunciar-se sobre este nº 2 do artigo 8º da Lei nº 5, apesar de já se ter pronunciado sobre a constitucionalidade do nº 1º do mesmo, relativamente à admissibilidade da recolha de material biológico de arguidos contra a sua vontade, entendendo aquele não estarmos perante uma lesão da integridade pessoal do indivíduo pois considera a recolha

por zaragota bucal uma invasão de carácter mínimo e insignificante. Não temos portanto qualquer indicação de qual seja a posição do Tribunal Constitucional a respeito, apenas conhecemos das intenções e aspirações legislativas, e digam-se sempre, a nosso ver, inaceitáveis. Entendemos que esta medida só será de admitir, à luz do paradigma constitucional e legal Português, quando os critérios subjacentes à previsão e aplicabilidade partam de uma seleção dos crimes com dignidade penal suficientemente para justificar um interesse comunitário axiologicamente igual ou superior aos Direitos Fundamentais afetados com a determinação da medida. À balança da ponderação terão de ser levados por um lado o valor subjacente à administração da justiça, à gravidade do crime – em abstrato e em concreto –, a idoneidade da medida enquanto adequação e utilidade para os fins que pretende alcançar, a necessidade, e a avaliação do risco de reincidência para aquele condenado, enquanto instrumento utilizado pela psicologia forense de alta determinabilidade a ser considerado sempre pelo juiz na decisão e fundamentação de decretação da medida. Em concreto, essas considerações obrigam a uma alteração substancial ao artigo 8 ° nº 2 da Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro. Admitimos a dificuldade prática de concordância entre a proporcionalidade *strictu sensu* da medida, a idoneidade e a reincidência uma vez que veja-se, os crimes com maior dignidade penal como o sejam os crimes contra as pessoas são os privilegiados pela medida, por ser provável a existência de vestígios biológicos na cena do crime. E isto tornaria a medida adequadíssima ao fim que se propor atingir - um futuro cruzamento do perfil com amostras deixadas no local - No entanto, a medida torna-se excessiva e desproporcional no exato ponto em que conhecemos que a probabilidade de um crime contra pessoas ser repetido é baixa, sendo do que apresentam menores taxas de reincidência, sentenciando a base de dados de ADN ao insucesso pratico e por essa razão carecendo do critério necessidade. Por sua vez, os crimes patrimoniais, aqueles para os quais não seja provável conseguir uma amostra problema em cenas de crimes, levantam problemas de preenchimento do critério utilidade e idoneidade da inserção de perfis genéticos dado que dificilmente haverão amostrar para cruzamento, esvaziando a medida de praticabilidade. Só que são estes os criminosos com maior interesse criminológico em acompanhar pois são aqueles cujos estudos de reincidência indiciam como altamente prováveis de delinquir novamente pelo mesmo tipo de crimes sob formas aliás mais gravosas.

Basta dar uma vista de olhos pelas opções legislativas internacionais para notar a dificuldade em encontrar um modelo perfeito, tal é a diversidade e amplitude das

soluções encontradas. Aquilo que parece transversal é uma esfera mínima de crimes que estão presentes a todas as bases de dados – os crimes contra a vida e a liberdade, os crimes sexuais, o terrorismo e a criminalidade altamente organizada por serem os de maior merecimento penal e no caso dos crimes sexuais⁶⁶, aqueles para os quais a medida de mostra mais idónea, dado normalmente derivar da vítima ao única prova do crime – e diga-se sempre, foram exatamente alguns destes crimes que desencadearam o *Estado polícia* que se quer impor.

A solução será encontrada pela potencialização da eficácia da medida e minimização dos seus custos para os Direitos Fundamentais do Cidadão. Urge resgatar este artigo 8º nº 2 do melindre que provoca. E por não esperarmos que esse resgate seja apenas um almejo arriscamo-nos a propor, humildemente e conscientes das limitações que nos estão inerentes, uma nova solução legislativa cujo conteúdo, pensamos, ser a forma mais aproximada de conciliação dos interesses em jogo e do respeito cego ao artigo 18º nº 2 da CRP enquanto legado humanístico-liberal que dotou a Justiça, e que hoje se encontra indefeso face aos novos fundamentalismos.

Como dito supra, a solução chamará a considerações a dignidade penal ou *merecimento penal* do crime enquanto correspondência entre esta e os bem/interesses que se pretendem acautelarem pela adoção da restrição, a idoneidade da medida enquanto meio útil e adequado a atingir o fim que se propõe alcançar e a reincidência enquanto elemento integrante desta utilidade e necessidade da inserção de medidas de perfis de ADN para condenados. O primeiro, - a Dignidade Penal – poderá colmatar-se estipulando-se uma medida concreta de pena aplicada, que se situará entre os 5 e os 10 anos, e nunca menos, sob pena de fragmentação, incoerência e desarmonia da dogmática processual penal, uma vez que a distinção operada entre baixa e alta criminalidade refletida nos regimes e medidas do Código de Processo Penal assentam exatamente no limite temporal de 5 anos. Referimos «entre 5 e 10 anos pois tivemos em conta a alteração legislativa penal em 2007 que aumentou este limite de 5 para 8 anos, no caso concreto da possibilidade de Recurso para o Supremo Tribunal de Justiça em Direito Penal tendo sido considerado que 8 anos seria o mínimo exigível como indicativo de crimes com merecimento penal suficiente para a uma segunda via de recurso. Pois se o é para desmerecimento de uma segunda forma de sindicância numa

⁶⁶ Foi aliás este exato tipo de crime que suscitou as primeiras alusões a bases de dados genéticos para fins de investigação Criminal.

área tal sensível como o é a área Penal, onde estão em jogo os mais básicos direitos humanos do cidadão, também o será para aplicação de medidas altamente castradoras de Direitos Fundamentais. A medida concreta da pena é já atualmente considerada para efeitos de determinabilidade da medida de inclusão do perfil de ADN na base de dados, no entanto entendemos o critério aí previsto- 3 anos – excessivamente baixo. Implicaria que condenados por crimes de baixa dignidade penal vissem os seus perfis genéticos incluídos numa limitadora de liberdades individuais constitucionalmente protegidas. A idoneidade da medida aferir-se-ia em concreto, tendo em conta se para aquele tipo de crime seja de prever que a medida se mostre capaz de suceder, a sua viabilidade prática. Daqui se excluíam os crimes informáticos, os crimes desprovidos de cena de crime, que não implicam uma atuação humana num espaço físico contornado e delimitado onde se dá a lesão. Para este não são juízos de proporcionalidade ou excessividade, mas pura e simplesmente de desadequação da medida penal, uma vez que para aqueles tipos de crimes não há justificação prática para incluírem estes perfis genéticos. Ainda que o bem jurídico afetado com o crime seja plenamente digno de merecimento penal ao ponto de justificar uma restrição desta ordem, a viabilidade da medida é nula, não há quaisquer concretas e reais possibilidades da medida ter algum resultado funcional. O cruzamento futuro, só poderá ser legítimo, se ao arguido estiverem imputados factos capazes de em abstrato configurar um crime cuja moldura abstrata contenha aquele mínimo concreto adotado, que se situará entre os 5 e os 10 anos. Deparamo-nos com uma relevante dificuldade prática desta solução. Veja-se que para a maioria dos crimes sexuais estão previstas molduras de pena abaixo dos 5 anos. A solução terá também este elemento em conta.

Assim propomos a seguinte redação:

Artigo 8.º

Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal

(...)

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

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

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

Conclusões

Não se nega a enorme sedução com que os exames genéticos se apresentam aos agentes ao sistema judicial. Não se nega a fiabilidade e a facilidade que trazem aos processo de investigação se ficassem arrumados *ab initio* por um cruzamento genético podendo evitar-se meses de investigação e mesmo o risco de impossibilidade e insuficiência probatória de reunião de provas suficientes para imputar a determinado agente a pratica de um crime. Não se nega o avanço científico-tecnológico que um Estado deve sempre perseguir a fim de não se tornar obsoleto e atrasado numa aldeia global nem o peso dos interesses presentes de realização da justiça e prevenção de crimes.

No entanto esses avanços científicos e tecnológicos não se farão com o sacrifício do avanço civilizacional no campo ético-jurídico e humano, nem num retrocesso normativo-axiológico da ordem jurídico-penal. O «endurecimento repressivo para almas endurecidas deveria ser o triste privilégio», segundo Beccaria, de um “povo recém-saído do estado selvagem”, enquanto nas “sociedades onde cresce a sensibilidade” e onde as almas se aplacam “deve reduzir-se a força da pena”. Assiste-se a um regresso a um “estado selvagem” em roupagem moderna e tecnológica: onde – como diz Beccaria com encantador exagero metafórico – “para abater o feroz leão que se revolta contra o tiro da espingarda”, “é preciso o raio” (José de Faria Costa, 2007).

A irresistibilidade da prova por ADN faz muitos esquecerem o contrapeso da balança punitiva - a dignidade humana e a sua inviolabilidade e integridade. Daí que respostas e soluções apressadas assentem na ilusão de acompanhamento e parceria comunitária

devam ser acauteladas e evitadas. Portugal não deve aspirar ser um país dotado da última tecnologia de ponta quando em simultâneo detém um sistema punitivo causador de medo e perversão por não garantir aos cidadãos um tratamento condigno e proporcional. Pelo contrário, a evolução histórica do processo penal português pautou-se pela afeição a princípios liberais e humanísticos, em certos momentos terá sido das compilações mais garantísticas do mundo ocidental, e enquanto correto reflexo da cultura e mentalidade lusa, em que o bem-feito faz-se sempre lá fora, lá tenderíamos a seguir a multidão, independentemente se ser o rumo a tomar. Quando se olhassem com atenção os problemas processuais penais situam-se noutros âmbitos, no âmbito da impunibilidade das classes políticas, da morosidade da justiça cuja solução vem quase sempre tardiamente e já inutilmente, da desigualdade de armas entre o pequeno litigante e os litigantes de topo, entre outros.

Uma vez mais o legislador quis criar a aparência de desencilhamento e de acompanhamento internacional, fazendo crer com isso que a justiça vai no «bom caminho». No entanto nada mais ilusório. A justiça anda hoje de braços dados com o poder político e enquanto assim for as suas urgências não serão correspondidas.

Num Estado Social de Direito Democrático que tem como pressuposto e limite a dignidade da pessoa humana, medidas penais atentatórias de Direitos Fundamentais com o grau de afetação que uma base de dados de ADN para condenados implica, não será de aceitar nos termos em que está configurada. Tais medidas só deixarão de «coisificar» e «numerizar» a espécie humana se preencherem os critérios materiais constantes no artigo 18.º n.º 2 da CRP, adequação, necessidade e proporcionalidade. A violação que tal medida configura para o Direito à Integridade Pessoal do Indivíduo, o direito à privacidade, o Direito à autodeterminação corporal e informacional, o *Privilege Against Self Incrimination*, e o Princípio da presunção da Inocência devem ser contrabalançadas com o interesse de eficácia e realização da justiça. A solução chamará a considerações o conceito de *dignidade penal* ou *merecimento penal* do crime enquanto correspondência entre esta e os bem/interesses que se pretendem acautelar pela adoção da restrição, a idoneidade da medida enquanto meio útil e adequado a atingir o fim que se propõe alcançar e a reincidência enquanto elemento integrante desta utilidade e necessidade da inserção de medidas de perfis de ADN para condenados. A dignidade Penal – poderá colmatar-se estipulando-se uma medida concreta de pena aplicada, que se situará entre os 5 e os 10 anos, e nunca menos, sob pena de fragmentação, incoerência e desarmonia da dogmática processual penal. A idoneidade da medida

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

Propomos a seguinte redação:

Artigo 8.º

Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal

(...)

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

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

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

Bibliografia

- ALBERTS, B., JOHNSON, A., LEWIS, J., RAFF, M., ROBERTS, K., WALTER, P; *“Biologia Molecular da Célula”*. 4ª Edição, São Paulo, ARTMED Editora, 2004; páginas: 498-500, 503-507.
- ALBUQUERQUE, Paula Ribeiro de Faria; *A Adequação Social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*; Porto. Publicações da Universidade Católica; pág.: 316; 2005;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de: *Comentário do Código Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção dos Direitos do Homem*; 4ª Edição; Universidade Católica Portuguesa; Lisboa; Comentário ao artigo 172º do CPP; 2011;
- ANDRADE, Manuel, da Costa; *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*; Coimbra Editora 1992;
- ANDRADE; Manuel, da Costa; *«Bruscamente no Verão Passado» - a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas de um Lei que podia e devia ter sido diferente*; Coimbra Editora; 2009
- ANDREWS, D.A., BONTA, J. & Wormith, J.S.; *The recent past and near future of risk and/or need assessment. Crime and Delinquency*; 52(1), 7-27; 2006;
- BACELAR GOUVEIA, António; *«A proteção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal»*; Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; VOL. XXXIV; pag:181 e ss. 1993;
- BACELAR GOUVEIA, Jorge; *Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais*; em www.estig.ipbeja.pt visitado em 17/02/2013;
- BACHMAIER WINTER, L.; *Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos da América y Alemania*; Jueces para la Democracia; nº 66; pág. 119; Nov. 2007;
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida; *Direito ao Património Genético*; Coimbra; Almedina; 1988;

- Beccaria; Cesare; *Dos delitos e das penas*; Fundação Calouste Gulbenkian; 2ª Edição; Trad. José de Faria Costa; 1766;
- BONTA, J.; *Offender risk assessment: Guidelines for selection and use*; Criminal Justice and Behaviour; 29; 335-379; 2002;
- BONTA, J.; LAW, M.; & HANSON, R. K.; *the prediction of criminal and violent recidivism among mentally disordered offenders. A meta analysis*; Psychological Bulletin; 123; 123- 142; 1998;
- BOTELHO, Catarina, Santos; *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*; Almedina; Janeiro; 2010;
- BRAVO, Jorge dos Reis, *Perfis de ADN de arguidos-condenados (o artigo 8º nº 2 e 3 da Lei nº 5/2008 de 12/02; Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 20, N.º 1 (Jan-Março, pp. 97-126. 2010;*
- BRAVO, Teresa Maria da Silva; *Revistas e Busca: O processo Penal da Era da Globalização»*; III Congresso de Processo Penal; Coordenação de M.M. Guedes Valente; Almedina; 2010
- CABRAL, Amaral; *O Direito à Intimidade da Vida Privada (Breve reflexão acerca do art.º 80º do Código Civil)*; Lisboa; 1988;
- CANOTILHO, J.J, Gomes; MOREIRA, Vital; «CRP – Constituição da Republica Portuguesa Anotada – art.º 1º a 107º»; Volume I; 4ª Edição Revista; Coimbra Editora; 2007
- CANOTILHO, J.J. Gomes; «Terrorismo e Direitos Fundamentais»; em «Criminalidade Organizada e Criminalidade de massa – Interferências e ingerências mútuas»; Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente; Centro de Investigação do ISCPsi; Almedina; pág.: 19 – 30; 2009;
- CARVALHO, Américo, Taipa; *Direito Penal – Parte Geral – questões Fundamentais – I, Publicações da Universidade Católica*; Porto: 2003; pág. 22;
- COSTA ANDARADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*; Coimbra; Coimbra Editora; 1992;

- COSTA ANDRADE, *A vítima e o Problema Criminal*; Coimbra; pág.: 80; 1980;
- COSTA, José de Faria; «o Direito Penal, a linguagem e o mundo globalizado (Babel ou esperanto universal»); *Revista de Legislação e Jurisprudência*; Ano 138; nº 3955; pág.: 218-228; Março-Abril; 2009;
- COSTA, Susana., MACHADO Helena Cristina., NUNES, João Arriscado; *o ADN e a Justiça_ Biologia Forense e o Direito como mediadores entre ciência e os cidadãos*; CAP- 5; In GONÇALVES, Maria Eduarda (organizadora) - *Os Portugueses e a Ciência*. Dom Quixote: Lisboa, 2002.
- D'ÁVILA; Fábio Roberto; *O Direito e a Legislação Penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal*; Criminologia e Sistemas Jurídico-penais Contemporâneos; Org. Ruth Maria Chittó Gauer; Porto Alegre, Edipucrs; 2008;
- DELMAS-MARTY, Mireille; *A imprecisão do Direito – Do Código Penal aos Direitos Humanos*; Manole ; 2005;
- DIAS, Jorge de Figueiredo; *Direito Penal Português – Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*; 2009;
- DUARTE, F.A.M. *Conselho Nacional de Pesquisa. Comité sobre a avaliação do ADN como prova forense*; Funpec RP; 2001;
- ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.; «Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas» (PARTE I), *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 19; pág.111; 2003;
- Faria, Paula; *Comentário Conimbricense*, Tomo I, Coimbra Ed., 1999, pág. 203. Sobre o problema no país vizinho, Vivés Anton, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo blanch, 1999, 121, Juan Rus, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Marcial Pons, 1996, I, pág. 140;
- FIDALGO, Sónia; «Determinação do perfil genético como meio de prova em Processo Penal»; *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*; nº 16; Janeiro-Março; pág.: 122- 147; 2006;

- FIGUEIREDI DIAS, J.; *Direito Penal Português - As consequências jurídicas do crime*; Volume II; Lisboa; Editorial Notícias; 1993;
- FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*; Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito; 1988-9;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, ANDRADE, Manuel da Costa, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da prova*; Almedina; 2009;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; *Temas Básicos de Doutrina Penal – Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal sobre a doutrina geral do crime*; Coimbra Editora; 2001;j
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; *Direito Processual Penal; Reimpressao*; Coimbra Editora; pág.: 59; 2004;
- GARCIA; Isabel, Reis; «*Do Direito da informática a um anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais*»; ROA;Ano 49; pág.: 123 – 124; Vol. III; 1980;
- GERSTEIN, Robert S. «*Intimacy and Privacy*; *Chicago Journals*; Vol. 89; nº1; pág.: 76; 1978;
- GOMES CANOTILHO, José; Joaquim; *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado*; em *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*; Revista e Ampliada; 2ª Edição; Org: Ingo Wolfgang Sarlet; Porto Alegre; Livraria do Advogado; 2006;
- GOMES; Mário M., Vargas; «*O Código da Privacidade e da Proteção de dados pessoais na lei e na jurisprudência (Nacional e Internacional)*»; Centro Atlântico; 2006;
- GOMEZ SANCHEZ, Y. " *LOS DATOS GENETICOS EN EL TRATADO DE PRUM*" Revista de Derecho Constitucional Europeo nº 7 janeiro-junho de 2007.
- GUEDES VALENTE,M.M; «*Das escutas telefónicas*», I Congresso de Processo Penal; Coordenação; Coimbra; Almedina: 2005;

- HOFFEL, J.C., in *TheDarksideof ADN profiling: UnreliableScientificEvidenceMeets the Criminal Defendandt*, pesquisado em NIELSEN, L.: *PruebasGeneticas y derecho a la intimidad: una perspective europea*; Revista de Derecho y Genoma Humani nº 4, pág. 67; 1996;
- JELLINEK, Georg; *Teoria do Direito e do Estado*; 4ª Edição; 1984;
- JESUS, Francisco, Marcolino; *Os meios de obtenção da Prova em Processo Penal*; Almedina; pág.: 113-143; 2011;
- KASHYAP, V.K.; SITALAXIMI T.; CHATTOPADHYAY P.; TRIVEDI R. *ADN Profiling Technologies in Forensic Analysis*. Int. J. Hum. Genet, v. 4, n. 1, p 11 - 30, 2004.
- LEWIS, R.; *Human Genetics Concepts & Applications*. 9ª Edição, 2010; páginas: 16-18.
- LOBATO DE FARIA, Paula; *Proteção Jurídica dos Dados Médicos Informatizados*; Direitos da Saúde e Bioética; Lex; Lisboa; 1991; pag:155;
- LOPES, Carlos, Ribeiro da Siva; *Guia de Perícias Médico-Legais* ; 5ª Edição; 1972;
- LOPES, José António; *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português – Legitimar, Diferenciar, Simplificar*; Almedina; 2011;
- LOUREIRO, Flávia Novera; *A (I) mutabilidade do Paradigma Processual Penal respeitante aos Direitos Fundamentais em pleno séc. XXI*; in Simposio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Cóigo Processual Penal; Coord: Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Cone Monteiro e Flavio Novera Loureiro; Coimbra Editora; 2009;
- MACHADO, Helena; *Construtores da Bio-segurança*; nº 15; Fevereiro; 2011; 153-166;
- MARQUES DA SILVA, Germano; *Curso de processo penal*; Vol.II, Lisboa: Editorial Verbo; pág.: 209; 2002

- MATA-MOUROS; Maria de Fátima; *Juiz das Liberdades – Demonstração de um Mito do Processo Pena -TESES*; Edições Almedina S.A; 2011;
- MATOS, Marlene; GONÇALVES; Rui Abrunhosa; MACHADO, Carla; *Manual de Psicologia Forense – Contextos Praticas e Desafios*; Psiquilibrios Edições; Coleção Psicologia da Justiça; 1ª Edição; 2011;
- MILITÃO, Renato; Lopes; *A propósito da prova digital no processo penal.*, in Revista da Ordem dos Advogado; Ano 72; Vol. I; Jan-Março; 2012;
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela; *A determinação da medida da pena privativa da Liberdade*; Coimbra Editora; pág.: 237-238; 1995;
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui; «*Constituição da Republica Portuguesa Anotada*» TOMO I – Artigos 1º a 79ª; Coimbra Editora, 2005;
- MIRANDA; Jorge; *Manuel de Direito Constitucional*; Tomo IV; Direitos Fundamenais; 4ª Edição; Coimbra Editora; 2008;
- MONIZ, Helena; “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Abril-Junho de 2002,
- MONIZ, Helena; «Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática» - *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*; anoº 7º; nº2; 1997;
- MONIZ, Helena; «Notas sobre biobancos com finalidade de investigação biomédica» em «*LexMedicinae*», *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*; Ano 5; nº 10; pág.: 51-66; 2008;
- MONTE, Mário Ferreira; *Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão*», *Que futuro para o Direito Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código do Processo penal Português*; Coord. Mário Ferreira Monte, TradInes Fernandes Godinho; Coimbra Editora; 2009;pg 393,
- MONTE, Mário, *O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida? – Acórdão Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Fevereiro de 2006*; Revista do Ministério Publico; Ano 27 nº 108; 2006

- MONTEIRO, Fernando Conde; *As Finalidade das Penas no Âmbito do artigo 40º do Código Penal*; Estudos em Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha; Universidade Portucalense Infante D. Henrique; pág. 336; 1999;
- MORA SANCHEZ, *Aspetos substantivos y procesales de la tecnología del ADN*; Bilbao; Fundacion BBVA; 2001;
- MORA SÁNCHEZ, J. M.; *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del and*. Bilbao Granada: Comares: 2001;
- MORENO VERDEJO, Jaime/GUILLÉN VÁZQUES, M. «ADN y processo jurisdiccional: excesos y defectos, Necesidad de superar la actual situação de anomia»; *Pratica Penal*; SEPIN, Nº1, Enero-Febrero 2003;
- MUNIZ, Simone dos Santos; SILVA; Paulo Queiróz da; *A utilização de marcadores moleculares de ADN aplicados nas Investigações Forenses*;
- NEVES, Ana Cristina P.; *REINCIDENCIA CRIMINAL E VIOLÊNCIA – COMPREENDER E VALIAR O RISCO*; Dissertação De doutoramento não publicada. Universidade do Minho; 2010;
- NEVES, Rita Castanheira; *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal - Natureza e respectivo regime jurídico do correio eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*; Coimbra Editora; 2001
- NOVAIS, J.R; «*Direitos Fundamentais: triunfos contra a maioria*»; Coimbra Editora, Coimbra; 2006;
- NOVAIS, J.R; «*As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*»; Coimbra Editora; Coimbra; 2ª Edição; 2010;
- OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; MACCRORIE, Benedita; «*Direitos Fundamentais – elementos de Apoio*»; AEDUM (Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho); 2009/2010;
- OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; MACCRORIE, Benedita; *Direitos Fundamentais, Elementos de Apoio*; AEDUM (Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho); pág.: 66-76; 2009/2010;

- OUBIÑA, Ana Mercedes da Silva Claro; *As telecomunicações, a vida privada e o direito penal*; Organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira; *Direito Penal hoje – Novos Desafios e novas respostas*; Coimbra Editora; pág.: 9 – 41; 2009;
- PEDROSA, C.J; *Resolução de problemas de perceção de controlo pessoal em indivíduos com comportamentos criminais recorrentes: estratégias de resolução de problemas em situações de stress e locus de controlo em indivíduos com comportamentos criminais*. Manuscrito não publicado; Faculdade de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra;
- PINHEIRO, M. F.; *Genética Forense – Perspectivas da Identificação Genética*; Edições Universidade Fernando Pessoa; Porto; 2010;
- PINTO, Paulo Mota; «*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*»; BFDUC; nº69; pág.: 69; 1993;
- PINTO, Paulo Mota; “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, Portugal – Brasil, *Studia Juridica - Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, 1999, págs. 149 e segs.); 2000;
- Pretty IA, Sweet D. *The scientific basis for human bite mark analyses – a critical review*. Science & Justice 2001a;
- PURI, Allison, *Na Internacional ADN Database; Balancing Hope, Privacy and Scientific Erros*; Boston College International and Comparative Law Review; Volume 24; Article 6: pág.: 357-361; 2001;
- QUEIRÓS, M. M. Cristina; *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*; Teses e Monografias 4; Coimbra Editora; 2002;
- REIS NOVAIS, Jorge; «*Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*»; WoltersKluwer – Coimbra Editora; Coimbra; 2010;
- RODRIGUES, Benjamin, Silva; *Da Prova Penal, A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de AND? Controlo de velocidade, álcool e substâncias*

psicotrópicas; Tomo I; 2ª Edição da Revista Atualizada e Aumentada; Coimbra; 2009;

- RODU B. New approaches to the diagnosis of oral soft-tissue disease of viral origin. *Adv Dent Res* 1993; 7(2):207-212.
- ROXIN Claus; *Problemas Fundamentais de Direito Penal*; Coleção Vega Universidade; 3º Edição; pág.: 26-35; 2004;
- SANTOS, Boaventura de Sousa; *Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiencia*; Porto; Afrontamento; 2000;
- SANTOS, Simas; LEAL-HENRIQUE, M.; *Código do Processo Penal Anotado*; 3ª Edição; I VOLUME; Editora Rei dos Livros; 2008;
- SCHMITT; Carl; *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung*; Tübingen : J.C.B. Mohr (P.Siebeck), 1932;
- Silva., Germano Marques; *Curso de Processo Penal*; Vol. II; Lisboa; Verbo; pág.:209; 2002;
- SUSANO, Helena; *Escutas telefónicas – Exigências e Controvérsia do actual Regime*; Coimbra Editora; 2009;
- TAIPA DE CARVALHO, Américo. A.; *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal – Análise histórica. Sentido e limites*; Coimbra; 1985;
- TARUFO, M.; *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*; Jueces para la Democracia; nº 52; pag:64/65; Marzo; 2005;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; *Escutas Telefónicas – Da excepcionalidade à vulgaridade*; 2º Edição; Almedina; 2008;
- WALLACE, Helen, "The UK national ADN Database. Balancing crime, detencion, human rights and privacy "; European Molecular Biology Organization Reports VOL. 7 pág. 26 e ss. (2006)).
- WILLIAMS, Robin, Paul JOHNSON e Paul Martin; *Genetic Information and Crime Investigation*, disponível em <http://www.dur.ac.uk>; 2004; (acesso em 25-01-2013);

- WOLFGANG, M. E; *From boy to man, from delinquency to crime*; Chicago: University of Chicago Presse, 1987;