

**A LEI N.º 5/2008, DE 12 DE FEVEREIRO, FACE AO CÓDIGO DE  
PROCESSO PENAL — O problema dos regimes de recolha de amostras  
para efeitos de identificação de perfis ADN em processo penal<sup>1</sup>**

**Paulo Dá Mesquita**

**Sumário:** § 1. Razão de ordem e enquadramento sistemático; § 2. A identificação de perfis de ADN no processo penal em face da tradição racionalista da doutrina sobre a prova; § 3. O regime de obtenção de amostras para identificação de perfis de ADN no CPP de 1987; § 4. Problemas jurídico-constitucionais suscitados na recolha de amostras referência e a revisão de 2007 do CPP; § 5. A Lei n.º 5/2008, o diploma que aprovou a «criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal»; § 6. A recolha de amostras referência susceptíveis de interconexão com a base de dados ou de inserção nessa base; § 7. A recolha de amostras problema em processo penal pendente e a sua interconexão com ficheiros da base de dados de perfis de ADN e inserção em ficheiro específico dessa base

§ 1 Razão de ordem e enquadramento sistemático

A presente intervenção centra-se numa leitura sobre o regime de obtenção de prova por identificação de perfis de ADN de vestígios biológicos em processo penal, o que, nomeadamente, exclui a problemática da recolha de amostras com vista à identificação de perfis de ADN no quadro de medidas de polícia em sentido material.

Delimitação que não olvida dimensões comuns das operações materiais mas que se apresenta encerrada por uma divisão funcional conformadora da ordem constitucional portuguesa, entre prevenção de perigos ou actividade policial, por um lado, e repressão criminal e processo penal, por outro. Pelo que as componentes relativas aos serviços de informação também não serão aqui abordadas.

---

<sup>1</sup> O presente texto serviu de suporte a intervenção na sessão «Conferências sobre Bases de Dados de Perfis de ADN face ao Direito Penal e Processual Penal e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem», na Assembleia da República, no dia 24 de Abril de 2015. Esta versão é provisória, devendo o texto ser revisto, nomeadamente quanto a referências bibliográficas, para efeitos de publicação.

O domínio epistemológico-jurídico do nosso tema cinge-se, assim, à recolha de vestígios biológicos com vista à análise das células humanas e obtenção de perfis de ADN para os fins da descoberta da verdade no processo penal, pelo que também não se vai abordar o tema da inserção de perfis na base de dados de ADN desligado de um específico e concreto objectivo de indagação de factos previamente recortado, nomeadamente a inserção de perfis de condenados — objecto de outras conferências na presente sessão.

Tema da regulação jurídica da recolha de vestígios biológicos de origem humana destinada a análise de células humanas e identificação de perfis de ADN que envolve uma outra delimitação funcional: No plano dos resultados probatórios vamos ter como foco a identificação das pessoas singulares — opção que não olvida a importância de outras informações probatórias essenciais que podem ser recolhidas através das referidas perícias, nomeadamente, o estabelecimento de ligações familiares que constituam factos probandos, ou mesmo probatórios, em específicos processos penais.

Em sede de identificação das pessoas a que pertencem determinados vestígios corporais apresenta-se nuclear a discriminação analítica entre amostras problema e amostras referência. Destrição que constitui uma importante base epistémica, de que nos vamos socorrer, para abordar os regimes legais, terminologia acolhida na Lei n.º 5/2008, a «amostra problema» constitui a amostra cuja identificação se pretende estabelecer e a «amostra referência» a amostra utilizada para comparação<sup>2</sup>.

Distinção que nos serve para reflectir sobre o nosso tema a partir de um olhar que vá além da árvore (Lei n.º 5/2008) e aborde a floresta tendo como ponto partida três vertentes prévias sobre o regime de obtenção de prova que se aplica à recolha de amostras para identificação de perfis de ADN:

- 1.<sup>a</sup>- A identificação de perfis de ADN no processo penal em face da tradição racionalista da doutrina sobre a prova;
- 2.<sup>a</sup>- A admissibilidade e regime de obtenção de amostras para identificação de perfis de ADN no CPP de 1987;
- 3.<sup>a</sup>- Problemas jurídico-constitucionais suscitados e a revisão de 2007 do CPP.

## **§ 2 A identificação de perfis de ADN no processo penal em face da tradição racionalista da doutrina sobre a prova**

---

<sup>2</sup> Art. 2.º, alíneas c) e d), da Lei n.º 5/2008.

No seu monumental tratado de Direito Probatório, Bentham destaca a ideia de rectidão decisória como fim do processo jurisdicional relacionada com a ideia de obtenção de justiça sob o direito através da aplicação de normas legais válidas a factos verdadeiros<sup>3</sup>.

Na linha de continuidades entre as famílias anglo-americanas e continental John D. Jackson e Sarah Summers, sublinham como património comum dos direitos probatórios a tradição racionalista e a tradição dos direitos<sup>4</sup>.

A destriça metodológica entre dimensões epistémicas e políticas não obsta à existência interseções axiológicas nas raízes do direito probatório penal, pois, como lembra Ronald DWORKIN, um dos corolários do «direito profundo de as pessoas não serem condenadas por crimes de que são inocentes», é o «direito aos processos mais exactos possíveis para pôr à prova a sua culpa ou inocência»<sup>5</sup>.

Nessa medida a mais valia gnoseológica introduzida pelo desenvolvimento científico sobre a genética humana, por força dos imperativos epistemológico e jurídico-políticos do direito probatório, não podia deixar de ser integrada na regulação jurídica da aquisição de prova penal. Plano em que uma hipotética e genérica resistência do sistema legal a admitir a recolha de vestígios biológicos de origem humana para a identificação de pessoas através de comparação de perfis de ADN teria de ser submetida ao escrutínio da respectiva conformidade constitucional, atento o desenvolvimento da tutela sobre o direito à prova e a descoberta da verdade. A recusa das ilusões sobre um sistema probatório em que as provas centradas nas percepções de fontes pessoais seriam substituídas de forma massiva por prova científica, não legitima o radicalismo de sentido oposto que restringisse os meios de identificação de pessoas às provas tipificadas como a prova testemunhal ou outras baseadas em percepções de pessoas como a prova por reconhecimento (afectando, consequentemente, a fiabilidade dos veredictos sem especificadamente identificar valores atingidos por específicas operações de integração do exame de vestígios biológicos com vista à identificação de perfis de ADN).

O direito à aquisição da prova é o domínio em que tem sido com maior frequência suscitado o problema do direito constitucional à prova, o qual se apresenta conexo com o princípio da não taxatividade dos meios de prova. Com efeito, o direito de acesso à justiça (artigo 20.º, n.º 1, CRP) comporta o direito à produção de prova. Nessa medida, o legislador tem margem para estabelecer limitações na produção de certos meios de prova (como a que se

<sup>3</sup> BENTHAM, 1827: L. I, P. I, C. 2.

<sup>4</sup> JACKSON / SUMMERS, 2012: 14.

<sup>5</sup> DWORKIN, 1985: 105.

traduz, por exemplo, na limitação do número de testemunhas que podem ser indicadas por cada sujeito processual em determinadas tipologias de processo), mas já não pode impedir de forma absoluta o recurso a meios de prova sem que a proibição esteja fundada na protecção de valores fundamentais. A ideia matricial, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, é a de que «o direito à prova não implica a total postergação de determinadas limitações legais aos meios de prova utilizáveis, desde que essas limitações se mostrem materialmente justificadas e respeitadoras do princípio da proporcionalidade» (§ 4 do acórdão n.º 530/2008 do TC).

Tal implica que a proibição de determinado meio de prova relativamente a específicos factos e/ou tipologias de processo deva ser objecto de escrutínio jurídico-constitucional (ainda que possa concluir-se que constitua opção legítima derivada de operações de concordância prática).

### **§ 3 O regime de obtenção de amostras para identificação de perfis de ADN no CPP de 1987**

O Código de Processo Penal de 1987 não compreende previsões especiais sobre a recolha de vestígios biológicos para perícias genéticas. Ausência de regulação específica sobre a identificação de perfis ADN nesse diploma que não se apresentou problemática quando, a partir de meados dos anos noventa do século passado, em Portugal começou a recorrer-se para fins de investigação criminal e prova em processo penal à identificação de perfis de ADN de vestígios biológicos recolhidos, nomeadamente, em processos relativos a crimes sexuais.

Nesta sede, o regime processual penal de 1987 apresenta-se conformado em primeira linha pelo central princípio da relevância, que integra o núcleo da especificidade do direito probatório, pois reporta-se a duas categorias de incertezas: factual (o evento histórico cuja reconstrução se empreende) e sobre as provas (a admitir e/ou produzir). Princípio cuja aplicação prática envolve, para além da estrita conjugação de encadeamentos inferenciais lógico-jurídicos, específicos juízos probabilísticos e hipotéticos sobre elementos de prova resultantes de provas que ainda não foram admitidas ou produzidas.

Trata-se de um princípio com uma dimensão positiva, no sentido de os sujeitos processuais deverem poder apresentar todas as provas que suportam juízos sobre factos relevantes para as questões jurídicas objecto do processo e, conseqüentemente, se não houver um motivo fundado para recusar um meio de prova o mesmo deve ser admitido. E outra negativa, se o meio que se pretende introduzir carece de valor probatório em face de qualquer proposição factual susceptível de prova no processo concreto, consoante os poderes

judiciários de escrutínio, a respectiva admissão ou valoração deve ser recusada.

Princípio da relevância integrado pela materialidade, que se reporta à relação entre as proposições que aquele meio pretende provar e as questões que integram os enunciados factuais relevantes para o processo e, o que se apresenta essencial na presente sede, o valor probatório. Este valor, a traço grosso, coloca-se como a resposta a uma interrogação: a prova apresenta alguma aptidão para um juízo sobre a existência de um facto relevante para o processo de molde a que, com esse elemento, a proposição se afigure mais provável ou menos provável do que se afiguraria sem a existência dessa prova.

Neste domínio, a ponderação sobre a relevância de recolha de vestígios biológicos para identificação de perfis de ADN não se opera por referência ao valor abstracto da identificação de pessoas por essa via pericial, mas da operação pretendida de comparação ou interconexão dos perfis de ADN daquele vestígio (amostra problema) com uma ou mais amostras referência em face do específico vestígio corporal, do contexto em que a amostra problema foi recolhida e da específica proposição factual cuja probabilidade se pretende aferir (sem olvidar as provas já existentes ou susceptíveis, no caso concreto, de virem a ser obtidas ou produzidas). O juízo de relevância probatória exige sempre uma integração valorativa envolvendo uma cadeia de inferências com o conjunto de provas adquiridas ou susceptíveis de ser adquiridas no processo concreto.

Dimensão empírica relativa à *tradição racionalista* que envolve operações de concordância prática determinadas pela *tradição dos direitos* atentos, nomeadamente, os princípios da necessidade e proporcionalidade.

No Código de Processo Penal as referidas ponderações ocorrem em diferentes etapas do procedimento probatório, envolvendo também repartições de competências entre diferentes instâncias formais. O que se revela no regime que estabelece os parâmetros da recolha de amostras problema e referência quando não existe oposição do visado, a obtenção de prova através de exames previstos no art. 171.º, n.º 1 do CPP (que subsiste inalterado desde a redacção originária) objecto de valoração e iniciativa próprias analiticamente autónomas das subsequentes determinações para a realização de perícias genéticas (sendo estas últimas objecto de reservas judiciais que não constroem os actos de recolha de prova<sup>6</sup>).

Regime válido para a recolha de amostras referência com o acordo do visado que tinha de ser integrado ao nível da interpretação e aplicação do direito positivo com outras normas processuais penais, em particular sobre a

---

<sup>6</sup> Cf. artigo 270.º, n.º 2, al. b) e n.º 3, do CPP e artigo 13.º da Lei n.º 45/2004.

constituição de arguido e a assistência de defensor, cuja análise, contudo, não se compatibiliza com a economia da presente intervenção.

Por outro lado, o sistema era ainda integrado pela legislação sobre o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, que desde 2004 se encontra previsto na Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, estabelecendo-se por força do disposto no artigo 22.º, números 1 e 2, que os exames periciais de genética actualmente competem ao Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses e ao Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária.

#### **§ 4 Problemas jurídico-constitucionais suscitados na recolha de amostras referêcia e a revisão de 2007 do CPP**

Os problemas jurídico-constitucionais suscitados na vigência da redacção originária do CPP não se centraram, em primeira linha, na ausência de um regime legal especial para a recolha de vestígios biológicos com vista a perícias relativas à identificação de perfis de ADN mas no domínio das colisões com direitos individuais em face do exercício pelo visado da recusa de colaboração.

Domínio em que surgiu um *leading case* do Tribunal Constitucional o acórdão n.º 155/2007, seguido do acórdão n.º 228/2007 de outra secção do mesmo tribunal, onde se analisou se a recolha coerciva de amostras referêcia do arguido com vista a realização a exame pericial comparativo com amostras problema recolhidas no processo atingia os seguintes direitos fundamentais do arguido à:

- Auto-determinação informativa;
- Integridade física;
- Integridade genética;
- Não auto-incriminação compelida.

Relativamente à problemática da prerrogativa contra a auto-incriminação importa ter presente que, independentemente das divergências doutrinárias sobre a amplitude da prerrogativa, não existe nenhuma tese que sustente um direito à proibição da utilização de dados auto-incriminatórios, o problema conceptual e jurídico-prático centra-se, apenas, na obtenção compulsiva ou compelir indevido por confronto com um direito de recusa de colaboração fundado na prerrogativa.

Tendo presente esse pressuposto, a primeira questão em matéria de recolha de amostras referência suscita-se quanto ao âmbito objectivo da prerrogativa, em que se apartem as correntes entre os que centram a protecção apenas nos dados verbais, o testemunho forçado contra si mesmo, e no pólo oposto a tese que considera cobertas quaisquer colaborações coercivamente impostas. Existindo, ainda, várias correntes intermédias em particular no que concerne aos documentos — foram desenvolvidas, por exemplo, grelhas de leitura com subtis destrições analíticas entre dados para acesso a informações pré-existentes e dados sobre documentos pré-existentes cuja existência era desconhecida pelas autoridades.

A jurisprudência constitucional com maior lastro sobre a prerrogativa contra a auto-incriminação é a do *Supreme Court*, tendo sido durante a *revolução processual* dos anos sessenta do século passado que desenvolveu uma cisão analítica mais precisa entre a protecção da privacidade e o direito à não auto-incriminação, sendo o seu embrião o acórdão *Schmerber*: «Começámos pela constatação de que uma vez que a protecção contra a auto-incriminação não impede intrusões no corpo para a análise do álcool no sangue, a função do Quarto aditamento não é impedir todas as intrusões mas as intrusões que não são justificadas de acordo com as circunstâncias, ou que se realizaram de uma forma inadequada.» (384 U.S. 757, 767—768)

Ainda que recorrendo a jurisprudência do Supremo Tribunal norte-americano anterior aos anos sessenta, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão *Saunders c. Reino Unido*, de 17-12-1996, socorreu-se da matriz norte-americana e excluiu do âmbito da prerrogativa o acesso a um conjunto de material cuja existência é independente da vontade do arguido, ilustrando da seguinte forma, «por exemplo documentos apreendidos mediante um mandado, amostras de ar expirado, sangue, ADN e urina» (§ 69). Perspectiva retomada no acórdão *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, de 21-12-2000, no qual se se salientou que o «direito contra a auto -incriminação» está em primeira linha relacionado com o respeito do silêncio e «não se relaciona com um pedido, através de poderes compulsórios, de material que tem uma existência independente da vontade dos recorrentes, como documentos ou amostras de sangue» (§ 40).

Jurisprudência acolhida pelo Tribunal Constitucional português, considerando, conseqüentemente, que a tutela conferida pela prerrogativa não abrangia a recolha de saliva para efeitos de identificação de perfil de ADN do arguido e subsequente comparação com uma amostra problema. Sem embargo, nos acórdãos n.º 155/2007, e n.º 228/2007, considerou-se que a interpretação do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal seguida pelas instâncias judiciais, no sentido da admissibilidade, sem autorização do juiz, da «colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético quando este último tenha manifestado a sua expressa

recusa em colaborar ou permitir tal colheitas» era inconstitucional «por violação do disposto nos artigos 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição».

Então, considerou-se que as normas da lei processual e no regime sobre as perícias médico-legais e forenses sobre a recolha para efeitos estritos de identificação da pessoa a quem pertence uma amostra problema tinham uma densificação suficiente, na medida em que, segundo o Tribunal, a perícia se teria de «*restringir ao chamado ADN não codificante*»<sup>7</sup>.

O problema de violação constitucional identificado pelo tribunal derivou de se ter considerado que a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à liberdade geral de actuação, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informacional exigia que as decisões sobre a matéria integrassem o campo da reserva constitucional de juiz.

As questões analisadas pelo Tribunal Constitucional sobre a recolha de amostras referência com vista à obtenção de informação genética foram ponderadas na revisão de 2007 do CPP que introduziu alterações importantes nos regimes das perícias e exames tendo presente operações de concordância equacionadas pelo legislador<sup>8</sup>.

Alteração fundamental reportou-se ao estabelecimento e regulação de um incidente judicial obrigatório para os casos de recusa do visado, que pode ser qualquer pessoa (sem a posição de arguido), em recolha de amostras referência. Nesse regime, por via de remissões da norma sobre exames coercivos para a norma sobre perícias, estabelece-se que quando a «pessoa não haja prestado consentimento» o despacho é da reserva judicial devendo ser ponderada pelo juiz «a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado»<sup>9</sup>.

Estabeleceu-se também o princípio de que «os exames efectuados 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

---

<sup>7</sup> Não vamos cuidar nesta sede, atenta a economia do texto e a delimitação do seu objeto (*supra* § 1), da questão conceptual relativa aos critérios delimitativos dos exames não periciais e dos exames periciais — tema afectado em Portugal por um défice de análise doutrinária e jurisprudencial (cf. DÁ MESQUITA, 2011: 371-372).

<sup>8</sup> Defendidas na exposição de motivos da proposta de lei n.º 109/X: «Nas perícias sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não consintam na sua realização, exige-se despacho do juiz, uma vez que estão em causa actos relativos a direitos fundamentais que só ele pode praticar, por força do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição. O despacho do juiz deve ponderar a necessidade de realização da perícia tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado (artigo 154.º). Os exames pessoais têm de ser feitos por médicos ou pessoas legalmente autorizadas e não podem pôr em perigo a saúde do visado. Estando em causa tecidos humanos, os exames e as amostras devem ser destruídos quando não forem necessários (artigo 156.º).» No acórdão n.º 155/2007 a solução dessa proposta de lei foi expressamente destacada como conforme a Constituição.

<sup>9</sup> A remissão é estabelecida pelo n.º 2 do artigo 172.º para o artigo 154.º, n.º 3 do CPP, disposições que se conjugam, ainda, com o artigo 269.º, n 1, al. b).

que não sejam necessários»<sup>10</sup>, isto é, impedia-se a integração numa base de dados ou num biobanco de vestígios biológicos, e manteve-se a inibição de o perito extravasar o universo funcional do comando relativo à específica perícia<sup>11</sup>.

As soluções estabelecidas no CPP a partir da revisão de 2007 integraram na lei ordinária a via judiciária de acesso a fontes de prova e meios de prova importantes para a descoberta da verdade com um conjunto de ponderações sobre políticas constitucionais extrínsecas ao processo penal — em particular sobre integridade pessoal, privacidade e auto-determinação informativa tendo por referência os artigos 25.º, n.º 1, 26.º, n.º 1 e 35.º da Constituição — e uma reflexão sobre uma política intrínseca ao processo, quanto à delimitação do âmbito da prerrogativa contra auto-incriminação excludente de vestígios biológicos relevantes para a identificação do perfil de ADN.

Por outro lado, na moderação reguladora das vias para efectivar determinados resultados probatórios, o regime do código após a revisão de 2007 subsistiu sem uma fixação genérica e abstracta dos fins da prova sobre informação genética em processo penal. Para além de poder servir fins distintos da identificação da pessoa a que pertence uma amostra problema (por exemplo a identificação da paternidade do filho da vítima de violação para efeitos da qualificativa prevista no artigo 177.º, n.º 4, do Código Penal), ao nível da identificação de vestígios os mesmos podem não se dirigir apenas à associação de amostra problema a uma pessoa para subseqüentes inferências directas sobre a probabilidade de determinada pessoa ser o agente do crime, mas visar, por exemplo, a despistagem de amostra problema (por exemplo por comparação pericial com amostra referência de pessoa que não é suspeito do crime).

Neste contexto as fontes de amostras referência podem ser de um conjunto muito vasto de pessoas, em função de um juízo de relevância probatória relativo aos específicos vestígios biológicos recolhidos, tipo de crime investigado e contexto investigatório, que está para além da pessoa dos visados por «fundada suspeita» sobre a prática de crime, que, recorde-se, desde a revisão de 2007 do Código de Processo Penal, passou a ser um juízo que constitui pressuposto necessário para a constituição como arguido quando a mesma não decorre de um comando directo *ope legis*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Art. 156.º, n.º 7, do CPP.

<sup>11</sup> Dispondo o artigo 156.º, n.º 5, do CPP: «Os elementos de que o perito tome conhecimento no exercício das suas funções só podem ser utilizados dentro do objecto e das finalidades da perícia.» Essa norma constituía o n.º 4 do artigo 154.º, desde a revisão do CPP operada pela Lei n.º 59/98, de 25-8, tendo sido renumerada por força da introdução de um novo n.º 4 pela Lei n.º 20/2013, de 21-2.

<sup>12</sup> Sobre a obrigatoriedade da constituição como arguido vd., nomeadamente, artigos 58.º/1 a), 58.º/1 c), 59.º/1, 59.º/2, 60.º, 61.º/3 a), 61.º/3 d), 250.º/8 do CPP Não sendo, obviamente, admissível a

**§ 5 A Lei n.º 5/2008, o diploma que aprovou a «criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal»**

A admissibilidade de recolha de vestígios biológicos para identificação de perfis de ADN e o desenvolvimento de perícias com esse fim, contudo, não obstava ao reconhecimento de um campo carecido de regulação: A criação de base de dados de perfis de ADN, que teria de compreender regras sobre a inserção de perfis na base de dados e a interconexão e cruzamento de outros dados com os ficheiros da base.

A opção legislativa foi a de deixar a regulação da matéria para uma lei própria que aprovou, de acordo com o respectivo título, a «criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal», a Lei n.º 5/2008.

Focando-nos no espectro funcional do diploma, na vertente relativa ao processo penal revelam-se duas componentes expressas no título do diploma: (1) Trata-se da base de dados de perfis de ADN; (2) A mesma reporta-se a fins de identificação criminal, não servindo outros eventuais objectivos informativos para o processo penal que, em abstracto, podem ser perseguidos através de informação genética.

**§ 6 A recolha de amostras referência susceptíveis de interconexão com a base de dados ou de inserção nessa base**

As bases de dados de ADN e a inserção de amostras referência e amostras problema na mesma geram um conjunto de problemas, ao nível de princípios jurídico-constitucionais e epistemológico-jurídicos, novos e autónomos da simples recolha, exame e perícia de amostras para efeitos de identificação de perfis de ADN em específicos processos concretos e para os fins desses processos.

A necessidade de uma nova regulação jurídica de actos materiais susceptíveis de integrar o novo quadro funcional determinado pela interconexão e inserção na base de dados teve expressão, desde logo, em previsões sobre a recolha de amostras referência em processo penal que constam do artigo 8.º, números 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2008.

No que concerne à recolha de amostras em processo crime pendente prevista no número 1 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2008 consagrou-se um regime

---

constituição como arguido sem «fundada suspeita» apenas para sujeitar a pessoa a uma recolha de saliva para servir de amostra referência em subsequente perícia genética.

diferente do previsto nos artigos 171.º e 172.º do Código de Processo Penal para a recolha de amostras referência em dois pontos nucleares:

- A recolha de amostras referência no processo penal ao abrigo da Lei n.º 5/2008 exige a constituição como arguido, enquanto as recolhas de amostras referência ao abrigo dos artigos 171.º e 172.º do Código de Processo Penal podem ser feitas a qualquer pessoa.

- A recolha de amostras referência no processo penal ao abrigo da Lei n.º 5/2008 tem de ser sempre precedida de despacho judicial, excepto quando seja a pedido do próprio arguido visado, enquanto as recolhas de amostras referência ao abrigo dos artigos 171.º e 172.º do Código de Processo Penal havendo consentimento do visado não exigem despacho de autoridade judiciária, pelo que, na fase de inquérito apenas se impõe intervenção do juiz de instrução quando seja necessário compelir o visado.

Por outro lado, a Lei n.º 5/2008 também compreende um procedimento específico para a recolha de amostras referência, regulando-se o direito de informação do sujeito passivo da recolha de amostra referência tendo por referência o n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, devendo o sujeito passivo ser informado, por escrito, nomeadamente:

- a) De que os seus dados pessoais vão ser inseridos num ficheiro de dados pessoais, com excepção dos dados relativos às pessoas referidas no n.º 1 do artigo 8.º;
- b) Sobre a natureza dos dados que são extraídos da amostra, isto é, o perfil de ADN;
- c) De que o perfil de ADN é, nos casos admitidos na presente lei, integrado num ficheiro de perfis de ADN, com excepção dos dados relativos às pessoas referidas no n.º 1 do artigo 8.º;
- d) Da possibilidade de cruzamento do perfil recolhido com os existentes na base de dados de perfis de ADN, com menção expressa da possibilidade de utilização dos dados para fins de investigação criminal, quando aplicável;
- e) De que a amostra recolhida pode ser conservada num biobanco, nos casos admitidos na presente lei.

Sendo certo que no caso de recolhas de amostras referência ao abrigo do regime do Código de Processo Penal existem deveres de lealdade do Estado que impõem informação prévia do visado cujo consentimento é

solicitado (nomeadamente sobre a natureza e fins da perícia genética que se pretende realizar), não se visando interconexão ou inserção na base de dados, a mesma simplesmente é proibida caso não exista o procedimento de informação especial prevista no artigo 9.º da Lei n.º 5/2008.

Desde os primeiros tempos da entrada em vigor da Lei n.º 5/2008 desenvolveu-se uma corrente, no sentido de que a recolha de amostras referências para efeitos de identificação de perfis de ADN em processo penal passou a estar exclusivamente regulada na Lei n.º 5/2008<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Maria José Morgado considerou que a Lei n.º 5/2008 «veio revogar tacitamente o Código de Processo Penal» criticando a restrição operada em matéria de recolha de amostras referências (2012: 156). Tiago Milheiro defende que a recolha de amostras referências está exclusivamente estabelecida na Lei n.º 5/2008 (parecendo que, ao contrário de Maria José Morgado, concorda com a solução da Lei n.º 5/2008 em matéria de recolha): «Questão de extrema relevância é se o art. 8.º, n.º 1 apenas abrange uma recolha para interconexão. [...] Não partilhamos este entendimento.» (2015: 2-3). Esse autor sem explicitar, no plano hermenêutico, qual a sua perspectiva sobre relação do artigo 8.º, n.º 1 com as normas dos artigos 154.º, 171.º e 172.º do CPP, parece defender que aquela regra é a única aplicável em todos os casos de recolha de amostras referências, ainda que não visando a interconexão ou inserção na base de dados, «a recolha de amostras deve ter por fundamento o processo em curso, ou seja, pressupõe sempre uma comparação directa» (*op. cit.*, p. 3). Apenas referindo a determinação por autoridade judiciária não judicial no caso de impulso do arguido ao abrigo do artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008: «o arguido pode pedir uma recolha de amostras para demonstrar a sua inocência na investigação em curso. Se estiver na fase de inquérito o pedido deve ser feito ao MP, na fase de instrução ao juiz de instrução criminal e na fase de julgamento ao juiz de julgamento (v.g. num crime sexual arguido pretende demonstrar que os vestígios biológicos encontrados na vítima não correspondem ao seu perfil de ADN). Compete ao magistrado titular da fase processual decidir da pertinência para a descoberta da verdade *no processo em causa* (v.g. pode ser desnecessário por existir prova bastante no sentido de que não foi o arguido a cometer o crime, ou indeferir por ser diligência probatória de realização impossível, v.g. vestígios biológicos degradaram-se)» (2015: 4). Nesta vertente Tiago Milheiro parece não relevar que se se entender que a recolha de amostras referências está exclusivamente regulada no artigo 8.º, n.º 1, da Lei 5/2008 tal implica uma considerável restrição do âmbito dos casos de recolha admissíveis por confronto com o âmbito de aplicação dos artigos 171.º, n.º 1 e 172.º, n.º 1, do CPP — exigindo-se uma suspeita fundada prévia da prática de crime, atento o disposto no artigo 58.º, n.º 1, a), do CPP.

Por seu turno, Patrícia Naré Agostinho também coloca a questão de saber se a Lei n.º 5/2008 teria consagrado uma «proibição pura e simples do recurso à intrusão corporal com vista à comparação de perfis genéticos, sem que os requisitos previstos no artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008 estejam reunidos, encontrando-se vedada a colheita de amostras biológicas com tal desiderato fora deste quadro legal, designadamente ao abrigo das normas do CPP, mormente dos seus artigos 172.º e 154.º» mas não dá uma resposta conclusiva nesse ponto, no sentido de se aferir se a autora defende que se se aplica, exclusivamente, a Lei n.º 5/2008 nos «casos de falta de consentimento para a recolha de amostra biológica» independentemente do fim de comparação (2014: 27-31). Patrícia Naré Agostinho é mais enfática na crítica da disposição do artigo 154.º, n.º 3, do CPP: «o estudo de certos marcadores de ADN permite o conhecimento das características físicas de uma dada pessoa, não sendo porém o ADN, em si mesmo considerado, uma característica física, pelo que, e assumindo-se que a intenção do legislador de 2007 foi a previsão da possibilidade da recolha de amostras biológicas para posterior comparação de perfis de ADN, exprimiu-se de forma imperfeita» (2014: 28).

Neste ponto, parece-nos que o essencial é que a previsão do actual n.º 3 do artigo 154.º abrange a informação genética sobre a pessoa a que pertence o vestígio, independentemente de os marcadores empregues na perícia permitirem, num determinado momento do conhecimento científico dos

No plano hermenêutico tal via interpretativa teria o conforto quer do princípio da especialidade quer dos critérios sobre a sucessão de leis no tempo. Contudo, a aplicação desses critérios depende de um pressuposto que falece na articulação destes diplomas, a existência de um concurso de normas que impusesse de forma genérica a aplicação apenas de um dos regimes com exclusão do outro.

A interpretação sistemático-teleológica e histórico-teleológica dos dois regimes parece-nos impor um entendimento distinto no sentido de que os dois regimes são compatíveis e se distinguem, essencialmente, pelos fins envolvidos, regulando-se no artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008 apenas a especialidade de recolhas relativas a amostras susceptíveis de interconexão ou inserção em ficheiros da base de dados.

Os processos legislativos de revisão em 2007 do Código de Processo Penal, (no qual foram operadas alterações normativas visando o problema de recolha de amostras em pessoas para identificação genética em processo penal) e de preparação e aprovação da Lei n.º 5/2008 foram paralelos e preservou-se autonomia desta última pela especificidade dos seus fins em matéria de base de dados de perfis de ADN.

Isto é, a Lei n.º 5/2008 visou uma resposta legislativa a um conjunto de questões que não se suscitam em múltiplas recolhas de amostras e perícias genéticas em processo penal, nomeadamente para efeitos de comparação directa entre amostras problema e amostras referência recolhidas no mesmo processo, as quais continuam a ser reguladas no CPP e no regime jurídico das perícias médico-legais e forenses.

A especialidade das regras de recolha de amostras referência a arguidos em processos penais pendentes prevista no artigo 8.º, n.º 1, e 9.º da Lei n.º 5/2008 é indissociável do programa legislativo então prosseguido em sede para identificação criminal através da base de dados de perfis de ADN.

Programa com quatro coordenadas centrais:

- 1) Necessidade de uma base de amostras referência para comparar amostras problema;
- 2) Instrumentos internacionais que promovem a criação de bases de dados de perfis ADN;
- 3) Regular inserção na base de dados;
- 4) Interconexão com ficheiros de perfis que integram a base de dados.

---

operadores intervenientes, inferências reportadas apenas ao designado «ADN não codificante» — categoria contingente e discutível, pelo menos se associada a uma pretensa fronteira estanque e imutável, mas essa é matéria que escapa à presente reflexão.

Neste sentido importa distinguir dois regimes autónomos em matéria de recolha de amostras referência em processo penal pendente:

O regime geral sobre recolha de amostras referência em processo penal para efeitos de perícias relativas a identificação e perfis de ADN, previsto nos artigos 171.º e 172.º do CPP;

O regime especial sobre recolha de amostras referência em processo penal para interconexão com os ficheiros da base de dados que contém: (a) informação relativa a «amostras problema» obtidas em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a recolhas, com finalidades de identificação civil; (b) informação relativa a «amostras problema» obtidas em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal; e/ou (c) informação relativa a amostras referência dos profissionais que procedem à recolha e análise das amostras<sup>14</sup>.

A Lei n.º 5/2008 não pretendeu revogar ou restringir o campo de exames e perícias genéticas autónomas da base de dados, visando-se, em matéria de regras especiais sobre a recolha de amostras referência apenas regular as condições de recolha para amostras em processo penal pendente para interconexão e inserção na base de dados.

Nesta medida, existindo uma decisão sobre a relevância de recolha de amostra referência para fins de comparação directa com amostra problema recolhida no mesmo processo, não existe qualquer obstáculo a que a recolha se processe ao abrigo apenas do regime estabelecido nos artigos 171.º e 172.º do CPP<sup>15</sup>.

Não existindo um concurso de normas entre o artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008 e os artigos 171.º e 172.º do CPP tal implica que estes subsistam como regimes aplicáveis quando não se visa a interconexão com a base de dados, embora existam relações de complementaridade entre os dois diplomas que devem ser identificadas na interpretação e aplicação das concretas normas. Por exemplo, o artigo 10.º da Lei n.º 5/2008 compreende uma previsão abrangente de todas as recolhas de amostras referência em pessoas vivas

<sup>14</sup> Arts. 7.º, n.º 1, 8.º, n.ºs 1 e 4, 15.º, n.º 1 e 20.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008.

<sup>15</sup> Sem embargo, sendo necessário suscitar a intervenção do juiz para a recolha de amostra referência a arguido no processo (atento o disposto no artigo 172.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 154.º, n.º 3, do CPP) nada obsta a que seja, desde logo, determinado que a recolha se opere com cumprimento das exigências estabelecidas nos artigos 8.º, n.º 1, e 9.º, da Lei n.º 5/2008, pelo princípio da economia de meios permitindo que, caso o arguido venha a ser condenado, não seja necessário proceder a nova recolha ao abrigo do n.º 2 do artigo 8.º. Sublinhe-se que o perfil relativo a amostra recolhida ao abrigo do art. 8.º/1 deve ser inserido na base de dados, mediante despacho do juiz de julgamento, se e apenas se: O arguido tiver sido condenado em pena de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída (arts. 8.º/2, 15.º/1 e) e 18.º/2); Ao arguido tiver sido aplicada medida de segurança, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal (arts. 8.º/3, 15.º/1 e) e 18.º/2).

para efeitos de identificação de perfil de ADN, determinando que devem ser 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.

Relativamente ao cruzamento de amostras referência recolhidas em processo penal pendente com ficheiros da base de dados, atenta a específica danosidade potencial dessa operação e os valores jurídico-constitucionais suscitados, exige-se uma decisão judicial fundamentada sobre a sua necessidade e proporcionalidade, equacionando de forma especificada as componentes relativas à relevância da recolha e da interconexão com a base de dados em face da prova recolhida no processo<sup>16</sup>.

### **§ 7 A recolha de amostras problema em processo penal pendente e a sua interconexão com ficheiros da base de dados de perfis de ADN e inserção em ficheiro específico dessa base**

Passando ao tema das amostras problema, importa começar por analisar se os perfis ADN reportados a vestígios biológicos recolhidos ao abrigo do regime geral sobre exames do CPP constituem, de uma forma genérica, amostras problema susceptíveis de ser utilizadas para identificação de pessoas através da interconexão e/ou inserção na base de dados.

Primeiro aspecto que cumpre sublinhar é que as especificidades jurídicas dos procedimentos de recolha de amostras problema susceptíveis de inserção na base de dados são menores do que as estabelecidas pela Lei n.º 5/2008 para a recolha de amostras referência:

- O artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008 e em particular a reserva de juiz não se aplica às amostras problema;
- O direito de informação previsto no art. 9.º da Lei n.º 5/2008 vale apenas para as amostras referência e não se aplica, pela natureza das coisas, à recolha de amostras em que se desconhece previamente a identidade da pessoa a que pertencem os vestígios;
- O procedimento de recolha estabelecido no artigo 10.º na preferência estabelecida pela colheita de células da mucosa bucal ou outro método equivalente reporta-se à recolha de amostras referência em pessoa viva,

---

<sup>16</sup> Operação de concordância prática em que tem de ser ponderada ainda o acordo ou desacordo do arguido visado embora o mesmo não pareça constituir condição necessária da recolha.

embora os princípios do respeito da dignidade humana e integridade física e moral individual devam conformar todas as recolhas de amostras em pessoas, incluindo a recolha de amostras problema em terceiros (nomeadamente a vítima do crime).

Relativamente aos esquemas procedimentais e competências para a recolha de amostras susceptíveis de inserção e interconexão na base de dados não parece, assim, existir especificidade relativamente à obtenção de prova através de exames de vestígios do crime regulada no artigo 171.º do CPP<sup>17</sup>.

Sem embargo, existem particularismos que determinam, nomeadamente, que o universo de amostras problema susceptíveis de interconexão com a base de dados ou inserção seja mais restrito do que o campo das amostras problema recolhidas em processo penal.

Como ponto prévio, afigura-se nuclear um imperativo epistemológico-jurídico de destriça entre os juízos de recolha de amostras problema e os juízos sobre o respectivo cruzamento com ficheiros da base de dados, embora possivelmente com menos visibilidade do que a separação de planos reportada às amostras referência.

Quanto à separação de etapas, a Lei n.º 5/2008, embora com enfoque na componente procedimental da repartição de competências, parece ter implicitamente pressuposta a autonomia analítica das valorações exigidas na determinação da perícia de identificação do perfil de ADN da amostra problema e na sua interconexão com a base de dados.

A decisão da autoridade judiciária de interconexão dos perfis das amostras problema recolhidas ao abrigo do artigo 20.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2008, carece de uma ponderação específica sobre a relevância probatória desse acto, tendo presente, nomeadamente, a sua necessidade e proporcionalidade para o fim de identificação criminal prosseguido<sup>18</sup>.

Ao nível da epistemologia forense existem cânones distintos para a decisão de recolha de amostra problema e a decisão a sua submissão a perícia para identificação e perfil de ADN. A destriça jurídico-legal neste campo reflecte também destriças valorativas, sem embargo de nalguns casos a decisão inicial integrar as duas componentes!

---

<sup>17</sup> Apontando nesse sentido o artigo 8.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2008.

<sup>18</sup> Sublinhe-se, um juízo sobre o relevo probatório específico para o processo dirigido pela autoridade judiciária em que foi recolhida a amostra não pode ser substituído, por exemplo, por um juízo sobre o interesse para a operacionalidade da base de dados.

Neste campo, a Lei n.º 5/2008, num preceito que revela a autonomia dos regimes do CPP e do diploma sobre a base de dados de perfis de ADN, estabelece quanto a amostras problema recolhidas em locais de crime uma etapa preliminar, necessária e obrigatória, antes de se operar o eventual cruzamento com ficheiros da base de dados: a comparação directa de despistagem com pessoas que directa ou indirectamente possam estar associadas àqueles locais (artigo 4.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2008).

Em termos gerais, a recolha de amostras problema constitui muitas vezes um acto preliminar de investigação criminal (ao abrigo do art. 171.º do CPP) cuja utilização subsequente está dependente do desenvolvimento da investigação, por exemplo delimitação do universo de pessoas com acesso legítimo e insuspeito a um determinado local, e mesmo eventual comparação entre amostras problema para confirmar a unidade ou pluralidade de sujeitos a que se reportam.

O desenvolvimento e crescimento da base de dados de perfis de ADN e a conseqüente e potencial ampliação das inserções de amostras referência para interconexão com amostras problema amplia o problema epistemológico-jurídico do juízo de cruzamento da amostra problema com ficheiros da base, pois apresenta-se potenciado o surgimento de um suspeito por via de um automatismo procedimental sem quaisquer outros indícios prévios que conduzam a essa pessoa.

A dimensão axiológica da protecção da auto-determinação informacional em face de ficheiros automatizados exige juízos específicos sobre o cruzamento de amostras problema com ficheiros da base de dados de perfis de ADN, em que a decisão de interconexão tem de se sustentar de forma discriminada na relevância do eventual resultado probatório derivado da interconexão — em face da cadeia de inferências a desenvolver no concreto processo penal.

Isto é, a recolha e exame de uma amostra problema com o fim de eventualmente associar ao local do crime um suspeito ao qual se chega por via de outras provas não pode ser confundida com a decisão de inserção e interconexão com a base de dados. As responsabilidades decisórias atribuídas à autoridade judiciária visam cautelas preventivas contra automatismos operativos em que, sem uma inferência sobre a conexão do vestígio com o eventual agente do crime derivada de outras provas adquiridas, se crie um suspeito pela mera interconexão da amostra com ficheiros da base de dados.

Ilustrando, num local frequentado por consumidores de estupefacientes onde ocorreu um crime contra as pessoas, a existência de várias amostras problema pode justificar a respectiva recolha com o objectivo de as comparar com a amostra referência de um eventual suspeito (a que se chegue em virtude

de uma massa de outras provas, para associar a pessoa a quem a amostra referência foi recolhida ao local, sem que a amostra problema justifique inferências quanto ao facto criminoso para além da mera associação da pessoa ao local em data desconhecida), mas não legitima a inserção de todas essas amostras problema na base de dados.

Não se apresenta legítimo, no plano epistemológico-jurídico, cruzar todas as amostras problema recolhidas em exames e objecto de perícia com a base de dados, permitindo a sua potencial conexão com amostras referência aí inseridas. As *fishing expeditions* geram problemas que têm de ser especificamente ponderados quando se cruzam informações com ficheiros automatizados de dados pessoais, existindo restrições a cruzamentos sem prévios juízos probatórios sobre o cruzamento das concretas amostras problema com a base de dados. O juízo sobre a relevância da recolha de amostra problema para comparação directa com amostras referência (permitindo o estabelecimento de nexos probatórios entre amostras) não legitima que aquela amostra problema sem fundamento probatório específico seja objecto de inserção ou interconexão com a base de dados.

A exigência de valorações específicas não significa uma proibição genérica, mas uma exigência de ponderação probatória prévia. Ilustrando, sem embargo do princípio da presunção de inocência e da exigência de prova para além da dúvida razoável, justifica-se cruzar com a base de dados e inserir na mesma uma amostra problema reportada ao vestígio de sémen encontrado no cadáver de uma pessoa que se infere, com base em várias provas recolhidas no processo, ter sido vítima de violação. Sem olvidar as exigências de corroboração, pelo menos numa perspectiva falsificacionista de matriz popperiana, da inferência probatória que tem na origem a interconexão estabelecida a partir da base de dados entre a amostra problema e uma amostra referência.

A Lei n.º 5/2008, procede a uma cisão correcta de etapas e juízos sobre a recolha de vestígios (artigo 8.º, n.º 4), cruzamento de amostras problema com ficheiros da base de dados (artigo 20.º, n.º 4) e inserção de amostras problema na base de dados (artigo 18.º, n.º 2) — sem embargo de uma técnica legislativa que suscita algumas dúvidas, por exemplo, sobre a teleologia das descrições sobre os contextos de recolha de amostras problema susceptíveis de inserção e interconexão com a base de dados<sup>19</sup>. Neste domínio afigurar-se correcta a exigência legal estabelecida para a inserção de amostras problema na base de dados: um despacho do magistrado competente no respectivo processo, o que

---

<sup>19</sup> Enquanto o artigo 171.º do CPP tem uma previsão abrangente, incluindo exames fora do quadro de buscas, e pode compreender recolhas em pessoas mortas ou vivas que consentam, a letra do artigo 8.º, n.º 4, da Lei 5/2008 parece remeter apenas para a estatuição da lei processual e a sua previsão, aparentemente, cobre apenas recolha de amostras em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas.

implica uma decisão fundamentada com especificação dos motivos de facto e de direito (artigo 97.º, n.º 5, do CPP).

A Lei n.º 5/2008 até à data tem parecido uma lei quase morta em matéria de inserção de amostras problema. Eventual défice de aplicação que não pode, em contraponto, gerar um automatismo de sinal contrário com inserções massivas e acríticas. A decisão da autoridade judiciária deve compreender uma ponderação amadurecida das componentes de epistemologia forense sem olvidar a exigência de concordância prática dos valores jurídico-constitucionais envolvidos no cruzamento e inserção de amostras na base de dados<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Domínio em que, independentemente de pontuais intervenções do legislador, o desafio maior se coloca às organizações e membros das instâncias formais de controlo responsáveis, órgãos de polícia criminal, Ministério Público e tribunais. Campo em que, além do estabelecimento orientações vinculativas (nomeadamente através de directivas para os magistrados do Ministério Público ou acórdãos de uniformização de jurisprudência dos tribunais judiciais), devem ser desenvolvidas reflexões sobre boas práticas e eventuais complementos regulamentadores para estabelecer linhas de orientação, os quais exigem um trabalho prévio de intercâmbio multidisciplinar de perspectivas teóricas e experiências práticas.