

Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal ¹

1. Intervenção do Juiz de Instrução²

O JI intervém a nível do inquérito, enquanto ente que visa acautelar a defesa dos direitos fundamentais, cingindo-se a sua intervenção às decisões de carácter jurisdicional (cfr. art. 17.º do CPP), descritas genericamente nos artigos 268.º e 269.º do CPP, a que acrescem outras intervenções previstas no CPP (como seja a constituição de assistente, validação do segredo de justiça, decisão de concordância ou discordância relativamente ao arquivamento por dispensa de pena ou suspensão provisória do processo), competindo os demais actos ao MP, enquanto *dominus* do inquérito.

Assim, em respeito ao princípio do acusatório, a intervenção do JI é *residual* na fase do inquérito, nunca podendo *imiscuir-se* na investigação, mas apenas determinando, ou autorizando, diligências investigatórias que colidam com direitos fundamentais, se tal estiver previsto legalmente e se revelar proporcional aos fins do inquérito.

Encerrado o inquérito e aberta a fase de instrução pelo arguido, ou pelo assistente, o JI deverá realizar as diligências instrutórias que se revelem essenciais para apurar se a decisão do MP de acusar ou arquivar (ou do assistente de acusar nos crimes particulares) se revela ajustada face à prova indiciária (cfr. art. 286.º, 287.º, 289.º e 290.º, todos CPP). Não se trata de uma investigação suplementar, já que esta foi realizada pelo MP, mas apenas aferir e analisar se a prova indiciária existente nos autos, aliada às diligências instrutórias da instrução, permitem submeter um cidadão a julgamento, ou pelo contrário, concluir que os indícios não são suficientemente fortes no sentido de concluir por uma provável condenação.

¹ O presente texto serviu de base à intervenção no dia 6 de Junho de 2014, no Centro de Estudos Judiciários, no Curso de Especialização Temas de Direito Penal e Processual Penal, embora com algumas alterações resultantes da reflexão, inerente à discussão de ideias e troca de opiniões, que tal jornada propiciou. Manifesto os agradecimentos ao meu Colega António Latas, por todo o auxílio e sugestões para a elaboração deste escrito.

² Doravante será designado por JI (Juiz de Instrução).

Reconduzindo-nos à questão da *recolha de células humanas para obtenção de perfis de ADN, tendo em vista lograr uma identificação em processo criminal*, para melhor perceber a intervenção do JI e as especificidades do regime legal, há que distinguir se o processo *está em fase de inquérito ou de instrução, se existe consentimento ou não para a recolha das amostras e, por fim, se existe ou não, uma pessoa concreta a identificar.*

Igualmente pertinentes, pois que tal pode ser suscitado perante o JI, se revelam as *específicas questões da validade de tal prova, que a propósito podem surgir.*

2. Regime legal

A disciplina legal relativa à produção e valoração da prova por ADN, resulta essencialmente (para além da Constituição da República Portuguesa, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Convenção Europeia dos Direitos do Homem), da conjugação dos normativos legais do CPP atinentes às perícias e exames (artigos 154.º a 157.º, 171.º e 172.º do CPP), 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 civil e criminal³ e da Lei 45/2004, de 19.08, que estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses.

Como veremos, por vezes, a conjugação entre estes diplomas legais suscita algumas dificuldades interpretativas, destarte pelo facto da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, não contemplar todas as situações possíveis que poderão surgir no âmbito de um processo-crime.

Acresce que, em vários normativos, surgem dúvidas se os mesmos visam alterar, derrogar ou afastar normas do processo penal, se têm aplicabilidade quando existe pessoa concreta a identificar, ou se apenas se referem à identificação com recurso à base de dados.

³ E que, cfr. art.º 1.º, para além de estabelecer os princípios de criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN, que serve também finalidades de investigação criminal, igualmente regula a recolha, tratamento e conservação de amostras de células humanas, a respectiva análise e obtenção de perfis de ADN, a metodologia de comparação de perfis de ADN, extraídos das amostras, bem como o tratamento e conservação da respectiva informação em ficheiro informático.

Igualmente novas e complexas questões, relativas à validade de obtenção e valoração da prova, se colocam.

3. Existência de arguido no processo-crime. Comparação directa de perfis de ADN. Consentimento para realização da recolha da amostra e perícia.

Começemos por abordar a situação em que *existe um suspeito constituído arguido num processo criminal que se encontra em fase de inquérito*.

Competindo ao MP recolher toda a prova em ordem a decidir sobre a acusação, ou arquivamento, pode-se revelar necessário para a descoberta da verdade recolher cabelo, saliva ou sangue de uma pessoa, para aferir se o seu perfil de ADN coincide com a amostra colhida no local do crime, ou em outro local conexaso com o mesmo.

Tal diligência poderá ser essencial, em ordem a reforçar os indícios existentes ou, pelo contrário, abalá-los. E, naturalmente, que deverá ser conjugada com outros indícios, sendo que, o seu contributo para a formação da convicção, no que concerne à culpabilidade do arguido, dependerá das circunstâncias do caso concreto.

Esta prova poderá ser relevante em *diversos tipos de criminalidade*⁴ e, como dissemos, não tem que, necessariamente, visar uma comparação com amostras de células humanas colhidas *no local do crime*, podendo, também, estas serem recolhidas *em outros locais*, que relevem em termos de aferir se o arguido cometeu ou não o crime.

Cabe ressaltar que a colheita de amostras pode ser na própria vítima, não só para colher vestígios biológicos do agressor, mas também para comparar com os cabelos, pele, sangue que tenham sido deixadas, por exemplo, na arma usada pelo autor do ilícito, ou na roupa e corpo deste⁵.

⁴ Embora, essencialmente, seja usada em crimes sexuais, patrimoniais e que atingem a vida ou integridade física.

⁵ Por ex. num inquérito em que se investiga um crime de homicídio tentado, é realizada uma busca a casa do suspeito, encontrando-se uma faca e roupa com vestígios hemáticos. É relevante aferir se estamos perante sangue da vítima, através da comparação de perfis de ADN.

Como resulta das definições legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, amostra é qualquer *vestígio biológico de origem humana destinado a análise de ADN*, obtido directamente de pessoa ou colhido em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a recolha com finalidades de identificação (art. 2.º, al. b), «amostra problema» a amostra, sob investigação, *cuja identificação se pretende estabelecer* (art. 2.º, al. c)), «amostra referência» *a amostra utilizada para comparação* (art. 2.º, al. d)) e “perfil de ADN» o resultado de uma análise da amostra por meio de um marcador de ADN obtido segundo as técnicas cientificamente validadas e recomendadas a nível internacional (art. 2.º, al. f)).

Assim, a amostra pode ser cabelo, sémen, urina, pele, pelos, unhas, recolhida no local do crime, ou em local por onde o agente terá passado – *amostra problema*. Existindo um suspeito e colhida amostra das suas células humanas – *amostra referência* – a identificação far-se-á mediante a *comparação directa* de perfis de ADN. Essa recolha não tem que ser necessariamente no local do crime. Assim, poderá ser colhido sangue da roupa do arguido, onde for encontrado – *amostra problema* – para comparar com o perfil de ADN do agredido – *amostra referência* – visando comprovar que os vestígios hemáticos encontrados são da vítima. Ou, pelo contrário, recolher amostra de vestígio hemático na roupa do agredido (que foi apreendida por ex. no hospital) para comparar com o perfil de ADN do arguido.

A Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, distingue duas situações: quando são recolhidas amostras nos locais de crimes, em objectos e pessoas e se pretende comparar com o perfil de ADN de pessoas identificadas *no processo (comparação directa)*, ou quando não é possível fazer essa comparação, inexistindo a amostra referência, e se pretende fazer a comparação com os perfis de ADN que se *encontram na base de dados (comparação através de interconexão de dados no âmbito da base de dados de perfis de ADN)*.

Conforme resulta do artigo 4.º, n.º 3, da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, as finalidades de investigação criminal são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN, relativos a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes com:

- a) os das pessoas que, directa ou indirectamente, a eles possam estar associadas, com vista à identificação dos respectivos agentes (*comparação directa*);
- b) com os perfis existentes na base de dados de perfis de ADN, com as limitações previstas no artigo 20.º (*comparação por interconexão de dados*);

Tratam-se de modalidades distintas de identificação⁶.

Contudo, o art. 4.º, n.º 3 da Lei 5/2008, não contempla todas as hipóteses nos quais podem ser recolhidas as amostras, já que nos termos das medidas cautelares previstas no CPP, e atenta a disciplina do art. 171.º, n.º 1 do CPP, onde se encontrem esses vestígios biológicos, quer seja no *local do crime*, quer seja em *locais conexos ou outros em que se indície que tenham sido deixados tais vestígios* (autor do ilícito, vítimas ou testemunhas, independentemente de onde forem encontrados), poderá ser feita essa recolha para efeitos de comparação de ADN.

Assim, nos termos do art. 171.º, n.º 1 do CPP, os vestígios biológicos, podem ser encontrados, após exames, *nas pessoas, lugares, ou coisa*, competindo providenciar, desde logo, para que os mesmos não se apaguem ou alterem (cfr. art. 171.º, n.º 2 do CPP), dever que compete a qualquer agente de autoridade, enquanto não estiver

⁶ Atenta tal norma, entendemos que a Lei 5/2008, de 12.02, tem aplicabilidade, também, aos casos de comparação directa, naturalmente, no que concerne aos normativos que a ela se podem aplicar, devendo articular-se com as normas do processo penal. Na verdade, a Lei 5/2008, de 12.02, quer nos casos de comparação directa, sem inserção de perfis de ADN na base de dados e sem recurso a esta, quer nos casos em que exista interconexão, prevê um conjunto de normas materialmente processuais, disciplinando várias aspectos relativos ao iter probatório, modo de recolha de prova ou validade da mesma. Repare-se, contudo, que mesmo nos casos de comparação directa é admissível, nos termos do art. 18.º, n.º 2 da Lei 5/2008, determinar a inserção dos perfis de ADN resultantes da análise das amostras problema na base de dados, o que poderá permitir, eventualmente, recolher prova para outros inquéritos. Imagine-se uma situação em que descoberto um cabelo no local do crime, num inquérito de furto qualificado (processo 1), e feita a comparação com o perfil de ADN do arguido X, existe coincidência. Se a amostra problema for inserida na base de dados, e existir coincidência de perfis de ADN com outras amostras problema de outros inquéritos de furto qualificado (processos 2 e 3), existem indícios de que o agente dos ilícitos é X. Nesses processos 2 e 3, após o match, poderá ser determinada a recolha de amostras a X, ou, eventualmente, requerida dispensa, nos termos do art. 8.º, n.º 6., da L 5/2008. Note-se que, obviamente, os perfis de ADN das amostras problema, quando existe coincidência com o arguido, deverão ser eliminados decorrido o prazo previsto no art. 26.º, n.º 1, al. d), da L 5/2008, mas durante esse período temporal, podem-se revelar úteis para a investigação criminal de outros inquéritos.

presente no local a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal competente, caso exista o perigo de dissipação ou alteração de tais vestígios. Essas medidas cautelares podem passar pela detenção de pessoas que se pretendam afastar do local do crime, caso a sua presença se repute indispensável (art. 173.º do CPP).

Todas as diligências devem ser reduzidas a auto (art. 275.º do CPP), e as providências cautelares dos órgãos de polícia criminal, necessárias e urgentes para assegurar os vestígios e a sua recolha, são um dever, mesmo que ainda não tenham recebido ordens da autoridade judiciária competente para dar início às investigações (art. 249.º, n.º 1 e 2.º, al. a) do CPP), incumbindo-lhes elaborar relatório, a enviar ao MP ou JI, consoante os casos (art. 253.º do CPP).

Relembre-se ainda que, caso se revele necessário para a boa execução das perícias médico-legais, as delegações e gabinetes médico-legais do INML, podem praticar actos cautelares e urgentes para a preservação da prova, como seja exame, colheita e preservação de vestígios (art. 4.º da Lei 45/2004, de 19.08), considerando-se perícias urgentes as que visam assegurar a observação de vítima de violência, de modo a lhe serem colhidos vestígios ou amostras susceptíveis de se perderem ou alterarem rapidamente, bem como exame do local em situações de vítimas mortais de crime doloso, ou em que exista a suspeita de tal (art. 13.º da Lei 45/2004, de 19.08).

Posto isto, avancemos com quatro exemplos de relevância de recolha de vestígios biológicos, *existindo pessoa concreta a identificar através de perfil de ADN*:

1 - Num roubo foi deixado no local do crime pontas de cigarro. Nesse mesmo local, os vidros de uma montra encontram-se partidos. A 1Km é encontrado um veículo abandonado com sangue, cuja testemunha A identificou como sendo o automóvel que viu arrancar a alta velocidade do local do crime. Realizada uma busca à residência do suspeito, para além de uma arma que corresponde à descrição do ofendido, é encontrado um gorro com cabelos.

2 – Numa violação tentada, a vítima tem sémen do agressor nas suas cuecas, bem como pelos púbicos deste. Em virtude da descrição que fez do agressor, e atento o *modus operandi*, existe um suspeito. Ordenada uma busca ao domicílio deste, é encontrado no saco da roupa suja umas cuecas com sangue que se suspeita ser da vítima.

3 – A tenta matar B. No local do crime é apreendida a uma faca com vestígios de sangue. Igualmente, é detectado sangue nas mãos do arguido e nas suas calças. Na fuga, o agressor deixou vestígios de sangue num transeunte com que se cruzou (e que depôs no sentido de ter visto uma pessoa a sair a correr do jardim da vítima) e numa árvore em que embateu.

4 – A é injuriado na via pública por B que, seguidamente, o tenta agredir com um murro, atingindo uma parede, “deixando” ali a sua pele e sangue. É imediatamente chamada a polícia. Fruto de ser uma zona submetida a vídeo-vigilância consegue-se descobrir o veículo usado pelo B, sendo que, através de tal matrícula, se descobre a residência do proprietário. Realizada uma busca é encontrado B com ferimentos na mão.

O último caso, propositadamente, refere-se a um crime menos grave, cuja pertinência se acentuará a propósito do pressuposto da proporcionalidade, para admissibilidade de exames e perícias não consentidas, e que a seguir abordaremos.

De todo o modo, nestes casos, que poderiam ser situações da vida real, existem fortes indícios que apontam *para a prática do crime por determinada pessoa*.

Recolhido o material biológico pela entidade investigadora (No ex. 1 saliva da ponta de cigarro, sangue no veículo, cabelos no gorro. No ex. 2 sémen e pelo púbicos nas cuecas da vítima e sangue nas cuecas do arguido. No ex. 3 sangue na faca, nas calças e mãos do arguido; no transeunte e na árvore. No ex. 4 pele e sangue na parede), torna-se relevante, obter células humanas do visado ou da vítima, de modo a apurar o perfil de ADN, e aferir através do respectivo exame pericial se existe identidade de poliformismos.

Trata-se, pois, de uma prova que impõe passos distintos.

- a) Exame do local, objectos ou pessoa, onde se encontrem os vestígios (hemáticos, sémen, cabelos, etc) e recolha de amostras.
- b) Exame e recolha de amostras nas pessoas relativamente às quais se pretende analisar se existe coincidência do perfil de ADN.
- c) Subsequentemente realização da perícia, para que através de uma análise científica se possa concluir, ou não, pela identidade de poliformismos entre as amostras.

No que se reporta às recolhas de amostras, há que atender ao art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, que disciplina a *“Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal”*.

Questão bastante controversa é se a L 5/2008, passou a impor que toda a recolha de amostras, para obtenção de perfil de ADN, em processo-crime, apenas é admissível **após** a constituição como arguido. Será que o consentimento do visado, mesmo que *mero suspeito*, não será suficiente para tornar legalmente admissível tal prova?

Consideremos dois exemplos:

Caso 1:

A é morto à paulada por B. Os gritos alertam a população que chama a polícia. Quando chegam ao local, avistam um indivíduo perto do cadáver que se encontra a fumar, atirando o cigarro para o chão quando o elemento policial se abeira dele. Examinado o corpo do cadáver encontram cabelos e sangue nas suas mãos indiciando uma luta corporal. Pergunta-se a B se consente a recolha de amostras através de zaragatoa bucal para efeitos de determinação do perfil de ADN e este anui.

Caso 2: Uma aldeia na serra da estrela com 28 habitantes encontra-se isolada por um nevão. A polícia recebe uma chamada anónima referindo que um indivíduo foi morto à paulada. Logo que é desimpedido o acesso, a polícia é a primeira a chegar ao local. Depara-se com um homem cadáver no

Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal

centro da aldeia, com sangue e cabelos na mão indiciando ter estado envolvido em luta corporal. Todos os habitantes consentem em que se recolham amostras para determinação de perfil de ADN⁷.

Vejamos agora as diversas *interpretações jurídicas possíveis*.

Uma tese, que apelidaremos de *mais restritiva*, não admitiria a recolha de amostras para efeitos de determinação de ADN, pois que a alusão do art. 8.º, n.º 1 da L 5/2008 ao estatuto processual de arguido, demonstra que o legislador não terá pretendido abarcar os *meros suspeitos*.

Como primeiro parâmetro de raciocínio, dir-se-á que, *em princípio*, a decisão da recolha de amostra, *por si só*, demonstra *fundadas suspeitas*, pelo que, previamente, deve o suspeito ser constituído arguido, ser informado de todos os direitos processuais e beneficiar de todas as garantias constitucionais e processuais que emergem de tal estatuto processual⁸.

A recolha de vestígios biológicos, para obter o perfil de ADN do visado, tendo em vista comparar com outras amostras recolhidas em lugares, coisas e pessoas, relacionadas com o crime, demonstram, em regra, uma fundada suspeita da entidade investigadora, que impõe a constituição como arguido (tal, como em regra sucede, quando se determina a realização de uma perícia à letra).

Por exemplo, no caso 1, o facto de B estar perto do local do crime, e eventualmente outros indícios, como seja o facto de ter as mãos com aparência de que esteve envolvido numa luta corporal, apontam para fundadas suspeitas.

Mas poderá existir *um só indício*. No caso 1 o facto de estar perto do local do crime. No caso 2 serem habitantes de uma aldeia isolada onde ocorreu um crime. E aqui serão *meros suspeitos*.

Uma interpretação no sentido de que, mesmo com o consentimento dos visados, não é permitido pelo art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008 a recolha de amostras inviabilizaria essa diligência investigatória. A tendência será, diga-se, constituir arguido o visado para não se suscitarem proibições de prova, alargando o conceito de *fundadas suspeitas*⁹.

⁷ Este exemplo também coloca a questão da admissibilidade do exame de recolha de amostras para determinação de perfis de ADN em massa, que não está disciplinado no CPP, nem na Lei 5/2008.

⁸ Assim ensina a prática, já que em todos os processos em que tive intervenção, quer na qualidade de juiz de instrução, quer na qualidade de juiz de julgamento, aquando da recolha de amostras o visado ou já estava constituído arguido, ou era constituído, justamente por já existirem outros indícios que para si apontavam como agente do ilícito. Pelo que a discussão será talvez mais dogmática.

⁹ Aliás, diga-se, que para alguns autores (vide Paulo Pinto de Albuquerque, CPP anotado, 2.ª edição, pág. 172), não existem distinções entre os indícios suficientes para considerar uma pessoa suspeita e arguida, pelo que a distinção é meramente estatutária: “um suspeito é um arguido que ainda não foi reconhecido formalmente como tal e, por conseguinte, o arguido é um suspeito que já foi formalmente reconhecido como tal”. Assim, sendo, uma vez que a recolha de amostras pressupõe pelo menos que a pessoa em causa seja suspeita, por relativamente à mesma existir indício de que cometeu um crime, então nada obstará a que fosse constituída como arguida antes de realização da diligência, mesmo que consentida (direito que

Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal

Uma tese intermédia, admitiria que o art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008, não afasta as medidas cautelares previstas no CPP e regime das perícias médico-legais, que determinam a recolha da prova, onde se inclui os exames e colheita de amostras de células humanas, caso exista perigo de se dissipar ou alterar, numa fase de cariz preliminar onde a entidade investigadora procura percepcionar o que sucedeu. Neste momento, em que ainda podem não existir *fundadas suspeitas* sobre quem cometeu o ilícito, a recolha de amostras não estaria sujeita à obrigatoriedade de constituição como arguido^{10 11}.

Uma última tese possível seria mais ampla. No caso de consentimento do visado para a recolha de amostras não é necessário o mesmo já estar constituído como arguido – o que viria a suceder, em regra, em caso de match com a amostra problema¹². Embora ainda numa reflexão não totalmente consolidada, inclinamo-nos neste momento para esta interpretação.

Na verdade, o art. 8.º, n.º 1 da L 5/2008, não contempla a situação das recolhas das amostras consentidas. Se analisarmos o preceito o mesmo exige a constituição como arguido nas recolhas de amostras *pedidas por este, e nas recolhas de amostras coactivas*. Assim, a primeira parte do n.º 1 do art. 8.º reporta-se aos casos em que a recolha de amostras é realizada a pedido do arguido. Tratam-se de situações em que a iniciativa parte deste sujeito processual, tendo em vista permitir, nomeadamente, que este prove a sua inocência – pelo que já terá sido constituído arguido (distinguindo-se da recolha consentida em que a iniciativa parte da entidade investigadora). A 2.ª parte do preceito reporta-se aos casos em que é ordenada pelo juiz, oficiosamente (em fase de instrução ou julgamento), ou a requerimento (pelo MP ou assistente), a realização de uma recolha coactiva. Da análise do mesmo deriva que a recolha de amostras apenas será possível após a constituição como arguido, o que se revela coerente com a existência de um despacho judicial que coercivamente impõe uma diligência investigatória. Atendendo a que o preceito não regulamenta os casos em que existe consentimento, daqui poderá extrair-se que nos casos em que o suspeito consinta na realização da recolha de amostras, não será necessário a constituição como arguido. Na verdade, os interesses são livremente disponíveis, o visado tem direito a pedir a sua constituição como arguido (art. 59.º, n.º 2 do CPP), pelo que não se vislumbra motivos para ferir de prova proibida a recolha de amostras consentida pelo suspeito. Naturalmente que (tal como após

sempre teria nos termos do art. 59.º, n.º 2 do CPP), compatibilizando-se, assim, com esta interpretação restritiva do art. 8.º, n.º 1 da L 5/2008.

¹⁰ Outro exemplo: a polícia é chamada ao aeroporto, onde se depara com quatro indivíduos ao lado de um outro, que se encontra esfaqueado e com cabelos de outra pessoa na sua roupa. Os quatro indivíduos preparam-se para embarcar e dão o consentimento para recolha de amostras. Face à urgência, a mesma é imediatamente realizado, pelo OPC.

¹¹ Este tipo de interpretação, se em regra se reporta a uma fase pré-inquérito, também poderá ter aplicabilidade no decurso do próprio inquérito, já que do art. 171.º do CP, emerge a legitimidade de preservação da prova, o que só será possível, com a recolha de amostras. Note-se que a recolha de vestígios biológicos constitui um exame, devendo entender-se por perícia as técnicas usadas para determinação do perfil de ADN e a interconexão de dados.

¹² Pressuposto inultrapassável é que seja suspeito, ou seja, que exista pelo menos um indício de que cometeu o crime que se investiga.

uma busca a casa de um suspeito, em que se encontram objectos relacionados com o crime), a existência de um match, ou seja, coincidência de perfis de ADN com as amostras problema, determinarão essa constituição como arguido. Por fim, refira-se que no caso 1, em que é apreendido o cigarro com saliva do suspeito, também tais situações não estão contempladas no art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008 (aquilo a que os brasileiros denominam de amostras descartadas), pelo que também não vemos nenhum óbice a que se faça a recolha de amostras e comparação com as amostras problema. Repare-se que está aqui em causa exame em coisa, e não no corpo do suspeito. Igualmente, caso exista coincidência, tal motivará, em princípio, a constituição como arguido (sobre esta questões das amostras descartadas voltaremos à sua análise adiante).

No caso do arguido dar o seu consentimento, em fase de inquérito, nenhuma intervenção tem o JI. O MP, nos termos do art. 154.º, n.º 1 e 171.º do CPP, poderá ordenar o competente exame¹³ e perícia, sem intervenção do JI (cfr. art. 270.º do CPP).¹⁴

A admissibilidade do consentimento na realização dos exames e perícias resulta, desde logo, *à contrario*, do art. 154.º, n.º 3 e 172.º, n.º 2 do CPP, bem como pelo facto de não se enquadrar em nenhuma das situações do art. 126.º, n.º 2 do CPP.

E não obstante a recolha de amostras do arguido não possa ser considerada voluntária, nos termos e para os efeitos do art. 6.º da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, nada impede que de forma livre e esclarecida consinta na realização da mesma.¹⁵

Como salientámos, pois, nestes casos de recolhas de amostras e exame pericial *consentido* em fase de inquérito, o JI não tem qualquer intervenção¹⁶. No entanto,

¹³ Para recolha da amostra, em regra através da zaragatoa bucal, sendo que o exame consentido pode ser realizado também pelo órgão de polícia criminal competente.

¹⁴ Na fase de inquérito, no âmbito de uma delegação genérica, também a PJ poderá ordenar a realização da perícia, tal como em caso de urgência ou demora, o MP pode delegar na autoridade de polícia criminal o poder de ordenar a realização da perícia – art. 270.º, n.º 3 do CPP. Também o exame, colheita e preservação dos vestígios necessários e urgentes para conservação da prova podem ser praticados pelas delegações e gabinetes do INML, que no mais curto espaço de tempo possível, juntamente com a denúncia do crime, deve comunicar ao MP – art. 4.º da Lei 45/2004, de 19.08.

¹⁵ Numa interpretação coerente com o art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, já que, podendo requerer a recolha de amostras com a finalidade de investigação criminal, por maioria de razão, naturalmente poderá consentir na sua realização.

¹⁶ E igualmente não o terá quando em fase de inquérito o arguido requer que seja realizada recolha de amostras e perícia para determinação de perfil de ADN. Assim, conforme art. 8.º, n.º 1, da Lei 5/2008, de 12.02, o arguido pode requerer a recolha de amostras. Tal pedido deve ser feita ao dominus do inquérito,

naturalmente, se estivermos na fase de instrução, a prolação de tal despacho, mesmo que com consentimento do arguido, é da sua competência, caso entenda que a diligência instrutória se revela pertinente, em ordem a decidir sobre a submissão, ou não, do arguido a julgamento¹⁷.

Também para o exame e perícia de vestígios biológicos de pessoas, que não o arguido, em ordem a determinar o perfil genético, visando identificar o agente do crime, em caso de consentimento, o JI não tem qualquer intervenção, podendo o MP praticar tais actos.

Apesar de no art. 8.º da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, que disciplina a *recolha de amostras com finalidades de investigação criminal*, apenas se contemplar as hipóteses de recolha de amostras ao arguido, em lugares, coisa ou cadáveres (cfr. art. 8.º, n.º 1 e 4), tal não significa que se visa não permitir a recolha de vestígios biológicos *em outras pessoas, que não arguido, para determinação de perfis de ADN*, pois tal é admitido pelo art. 171.º, n.º 1 e 154.º, n.º 1 do CPP.¹⁸

De todo o modo, nos termos do art. 8.º, n.º 5 da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, a recolha de amostras de ADN implica a entrega, sempre que possível, no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e os direitos e deveres

que defere ou indefere a diligência, consoante entenda pertinente ou desnecessária para efeitos de investigação. Existe quem entenda que em respeito ao princípio do acusatório, em caso de indeferimento, o arguido apenas poderá fazer uma reclamação hierárquica. Caso não seja atendido o seu pedido, e tenha sido deduzida acusação, poderá sempre requerer a abertura de instrução, solicitando ao JI a realização de tal recolha e determinação do perfil de ADN, em ordem a demonstrar a sua inocência. Não obstante a controvérsia, cremos que poderá ser arguida a irregularidade perante o JI em fase de inquérito.

¹⁷ Por ex., num inquérito de crime sexual em que o suspeito estava contumaz, após dedução de acusação pública, o mesmo apresenta-se a juízo, requerendo no RAI a realização de exame e perícia para comparação do seu perfil de ADN com o sémén encontrada nas cuecas da vítima.

¹⁸ O que já nos parece *discutível* é equiparar a recolha de amostras biológicas a pessoas que não o arguido, de forma consentida, à recolha voluntária prevista no art. 6.º da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, pois esta norma não visa disciplinar a recolha de amostras no âmbito da investigação criminal (regulamentada no art. 8.º), mas sim casos em que uma pessoa voluntariamente requer a inserção na base de dados do seu perfil, com várias consequências que daí emergem, nomeadamente, identificação da pessoa e inserção na base e possibilidade de interconexão com qualquer dos perfis inseridos nos ficheiros previstos no n.º 1 do art. 15.º da Lei 5/2008, de 12.02 (cfr. art. 20.º, n.º 3 da mesma Lei e conservadas por tempo ilimitado – excepto se revogado o consentimento – cfr. art. 26.º, n.º 1, al. a) da Lei 5/2008, de 12.02). Algo distinto é tal amostra ficar “armazenada” como amostra problema para vir a ser comparada com uma amostra referência, de pessoa concreta, ou através de recurso à base de dados.

decorrentes da aplicação da presente lei e, com as necessárias adaptações, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais).

Para além da entrega de tal documento, nos termos do art. 9.º da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, antes da recolha da amostra, o sujeito passivo da colheita goza do direito de informação, previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, com as necessárias adaptações, devendo ser informado, por escrito, nomeadamente (...) *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*¹⁹;

Contudo, mesmo na fase de inquérito, *apesar do consentimento do arguido*, poderá ser suscitada a intervenção do JI invocando uma proibição de prova.

Na verdade, tal *consentimento deve ser livre e esclarecido, e não ser obtido por nenhuma das formas previstas no art. 126.º, n.º 2 do CPP*, sob pena de inquirar a prova.²⁰

Aliás, essa proibição de utilização de uma prova obtida através das formas consagradas no art. 126.º, n.º 2 do CPP, também resulta do estipulado no artigo 10.º da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, que disciplina o modo de recolha de amostras, preceituando que as mesmas devem ser realizadas *“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.”*

¹⁹ Esta norma, e a possibilidade prevista no art. 20.º, n.º 1 da L 5/2008 (interconexão dos perfis de ADN obtidos a partir de amostras colhidas em arguido, nos termos do art. 8.º, n.º 1, com as amostras problema), demonstra que, não pode ficar na disponibilidade do arguido, a realização dessa interconexão, quando apenas pretende uma comparação directa (para provar a sua inocência). Ou seja, quer nas recolhas de amostras a pedido, quer consentida, deverá sempre prestar-se tal informação, para ficar ciente desta possibilidade de interconexão. Significa pois, que, pedindo ao MP que lhe defira a realização de recolha de vestígios biológicos, para demonstrar que não corresponde ao perfil de ADN da amostra problema desse processo, e realizada essa diligência, poderá cruzar-se esse perfil com as amostras problema da base de dados. Ou seja, apesar dessa prova o poder inocentar nesse processo, poderá ser usada para o incriminar nos processos em que existiu match com as amostras problema.

²⁰ Nomeadamente obtenção do consentimento por meios que perturbem a liberdade de decisão ou de vontade, como seja a utilização de meios enganosos, maus tratos, hipnose, uso de meios cruéis, perturbação da capacidade de avaliação, ameaça com medida legal inadmissível ou promessa de vantagem legalmente inadmissível, utilização de força.

Assim, o consentimento deve pelo menos obedecer aos requisitos gerais. Deve traduzir uma *vontade, séria, livre e esclarecida do titular e pode ser livremente revogável até à execução do exame ou perícia* (cfr. art. 38.º, n.º 2 do Código Penal). E nunca o consentimento legitima que o exame e a perícia coloquem em causa a saúde do visado.²¹

De todo o modo, sendo suscitada a invalidade do exame e da perícia, pelo facto do consentimento estar *viciado*, ou o exame exceder o *âmbito do consentido*, caberá firmar que em termos de análise judicial deverá partir-se do princípio que o auto de consentimento faz fé (cfr. art. 99.º, n.º 1 do CPP), cabendo ao visado carrear para os autos a prova que permita concluir pela falsidade do mesmo (cfr. art. 169.º do CPP).

Cabe igualmente referir que, estando o consentimento viciado, e caso se revele necessário, e se verificarem todos os pressupostos legais, nada obsta a que se submeta o arguido a nova recolha de amostras e perícia.

Conexionado com o consentimento, encontra-se o dever de entrega do documento a que alude o art. 8.º, n.º 5 da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro²², *cuja omissão, consubstancia uma mera irregularidade processual, que poderá e deverá ser sanada com a entrega de tal documentação* (cfr. art. 123.º do CPP).

Mais problemático, é o incumprimento do dever de informação prévio à colheita, previsto no art. 9.º da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, nomeadamente, informação 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.

Afigura-se-nos que, tal não inquina o consentimento e a prova no que se refere à utilização no processo onde se realizou a comparação directa, mas, terá como consequência, que o perfil de ADN não possa ser cruzado com outros perfis da base de

²¹ Cfr. art. 156.º, n.º 5 e 172.º, n.º 2 do CPP, que embora se reportando a diligências probatórias não consentidas, por estar em causa a integridade física e dignidade humana, naturalmente, pelos motivos que lhe estão subjacentes serem idênticos, se aplica aos actos consentidos, sendo que o desrespeito de tal normativo se reconduz a uma proibição de prova - art. 126.º, n.º 1 do CPP e 32.º, n.º 8 da CRP.

²² Documento do qual consta a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação daquela lei e, com as necessárias adaptações, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais).

dados, *não podendo ser utilizado em outros processos*. Na verdade, presumir-se-á que, pelo menos, relativamente à investigação criminal em curso, a pessoa que dá o seu consentimento sabe que a amostra recolhida será usada em termos probatórios, já não se podendo presumir tal, no que se reporta ao cruzamento com perfis na base de dados, para comparação com amostras de outros processos, conhecimento que em regra *apenas* advém do cumprimento do dever de informação consagrado no art. 9.º da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro.

Podem ainda ser suscitadas, junto do JI, outras invalidades processuais, em virtude do desrespeito da tramitação prevista legalmente para a realização dos exames para recolha de vestígios biológicos, tendo em vista a realização de perícia para obter o perfil de ADN.²³

Naturalmente, a mais gravosa, *é a recolha de vestígios biológicos, sem lograr qualquer consentimento*, caso em que nos deparamos com uma situação de *proibição de valoração de prova do exame e da subsequente perícia*, nos termos dos artigos 126.º, n.º 1, 154.º, n.º 3, ambos do CPP, e 32.º, n.º 8 da CRP.

Ressalte-se, contudo, que *“O consentimento não é exigível quando a perícia incida exclusivamente sobre sangue ou outras células corporais de pessoa desconhecida, pelo que não se aplica a reserva de competência do juiz”*.²⁴

A não realização do exame e da perícia, quando relevante para efeitos de inquérito, consubstancia uma irregularidade, que pode ser invocada pelo arguido ou assistente²⁵, em sede de inquérito, ou, posteriormente, em fase de instrução, enquanto

²³ Para quem entenda que se tratam decisões de cariz jurisdicional, pois que existe posição diversa, no sentido de que apenas podem ser arguidas perante o MP, e objecto de reclamação hierárquica em caso de discordância.

²⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código do Processo Penal, pag. 435. Será o caso de sangue na roupa ou sapatos do arguido que os indícios demonstram ser da vítima cujo corpo ainda não se encontrou.

²⁵ Cfr. art. 122.º e 123.º do CPP, não se tratando de uma nulidade, por não se tratar de acto obrigatório a praticar pelo MP, que gere a invalidade prevista no art. 120.º, n.º 2, al. d) do CPP.

diligência instrutória omitida e que sustenta a discordância da decisão de acusar ou arquivar.

No que se reporta à recolha de vestígios ao arguido, não é obrigatória a presença de defensor, excepto se o mesmo for cego, surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou imputabilidade diminuída (cfr. art. 64.º do CPP).

Relativamente à perícia, o despacho a determiná-la deve ser *fundamentado*, e deverá ser notificado ao arguido, ao assistente e às partes civis, ressaltando-se os casos em que a perícia tiver lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária que a ordenar tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, poderia prejudicar as finalidades do inquérito – casos de segredo de justiça; ou no caso de urgência ou de perigo na demora (cfr. art. 154.º, n.º 4 e 5 do CPP).²⁶

Relembre-se que, o conteúdo do despacho, no caso de perícias médico-legais, ao abrigo da Lei 45/2004, de 19.08, não tem que obedecer ao previsto no art. 154.º, n.º 1 do CPP, atento o art. 3.º, n.º 1 daquele diploma.²⁷

O incumprimento deste ritualismo processual gerará uma irregularidade processual a suscitar perante o JI (na fase de inquérito e da instrução), no prazo previsto no art. 123.º, n.º 1 do CPP.

Note-se, ainda, que o art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, de 19.08, afasta a aplicabilidade do art. 155.º do CPP (que prevê a faculdade de nomeação de consultor

²⁶ Como é o caso das situações de urgência a que se reporta o art. 13.º da Lei n.º 45/2004, de 19.08 (colheita de vestígios e amostras de vítimas de violência susceptíveis de se perder ou alterar rapidamente, ou exame em local em caso de vítimas mortais de crime doloso ou que exista suspeita de tal.

²⁷ Que considera não aplicáveis às perícias médico-legais efectuadas nas delegações do INML, ou nos gabinetes, as disposições contidas nos artigos 154.º, o que deve ser lido com *granus salus*, já que, *obviamente*, nos casos do n.º 3 o despacho tem que ser do juiz e, apesar de não ter que existir notificação do dia da perícia, ao abrigo do contraditório, o despacho sempre terá que ser notificado aos sujeitos processuais, com excepção dos casos previstos no n.º 5 do art. 154.º do CPP.

técnico), o que ainda é mais justificável neste domínio, atendendo a que as perícias obedecem as técnicas cientificamente validadas e recomendadas a nível internacional.

Contudo, existe quem entenda ²⁸, que não admitir a nomeação do consultor técnico para assistir à realização da perícia, propor determinadas diligências, formular observações e objecções (art. 155.º do CPP), é inconstitucional (violação do art. 32.º, n.º 1, 5 e 7 e 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), por consubstanciar uma restrição injustificada das garantias de defesa do arguido e possibilidade deste interferir na adequada formação do iter e resultado probatório, tanto mais que a sua designação e desempenho nunca poderão atrasar a realização da perícia e andamento normal do processo. Tal já foi apreciado pelo Tribunal Constitucional, que decidiu pela não inconstitucionalidade (decisão n.º 133/2007), invocando, em suma, as garantias de independência e imparcialidade do INML, com elevados padrões de qualidade científica, que justifica uma distinção relativamente às outras perícias. Entendeu que, sendo facultada a possibilidade de pedir esclarecimentos aos peritos e os intervenientes poderem se pronunciar sobre o relatório pericial, acautela suficientemente o contraditório.

Prosseguindo.

A perícia deve ser fundamentada (art. 157.º do CPP), devendo, pois, justificar-se cientificamente o modo como foi realizada, o resultado e fiabilidade da mesma, à luz dos mais recentes conhecimentos científicos e técnicos, *o que é de extrema importância, considerando a força da prova pericial, cujo juízo técnico e científico se presume subtraído à apreciação do julgador, devendo fundamentar qualquer divergência (cfr. art. 163.º do CPP).*

A falta dessa fundamentação, ou de fundamentação bastante, ou apenas a existência da conclusão, trata-se de uma irregularidade que afecta o acto (art. 123.º, n.º 2 do CPP), pelo que deve ser ordenada a *motivação* da perícia. Diga-se que, neste domínio, é muito pertinente que a perícia não se baste com a conclusão da identidade de poliformismos, ou impossibilidade de chegar a tal conclusão, devendo explanar-se os

²⁸ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, pag. 439.

estudos científicos em que se baseou, a sustentabilidade científica dos resultados, a falibilidade dos mesmos, bem como o grau de probabilidade.

A não valoração da perícia, nos termos do art. 163.º, n.º 1 do CPP ²⁹, quer seja em favor do arguido³⁰, ou em seu desfavor ³¹, caso não seja devidamente justificado, em virtude de outros indícios, ou contraindícios, poderá motivar um requerimento de abertura de instrução, para o JI reanalisar essa prova. O que não pode consubstanciar é uma irregularidade a sanar pelo JI, sob pena de violação do princípio do acusatório, já que, o MP, enquanto *dominus* do inquérito, tem total autonomia na apreciação da prova e dos indícios, estando vedado ao JI impor a sua convicção.

4. Existência de arguido no processo-crime. Inexistência de consentimento para realização da recolha da amostra e perícia. Comparação directa.

Antes da reforma do CPP de 2007 discutia-se sobre a admissibilidade da recolha coactiva de vestígios biológicos, visando um exame pericial não consentido para determinação do perfil de ADN, invocando-se, em suma, a ausência de previsão legal que legitimasse tal, e a violação do direito do arguido à não autoincriminação, pelo que, a prova assim obtida, não poderia ser valorada.

Todas essas questões foram devidamente abordadas em dois acórdãos do TC (ac do TC 155/2007 e 228/2007).

E como resulta daquela jurisprudência do Tribunal Constitucional, em consonância com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, apesar de reconhecer que o *nemo tenetur se ipsum accusare* tem consagração constitucional, o direito à não autoincriminação, refere-se à liberdade do arguido em não prestar declarações, proibindo condutas que, de forma coactiva, ou fraudulenta, induzam aquele a declarar factos que o incriminam, contra a sua vontade ou, apenas proferidas por estar

²⁹ Que presume a mesma subtraída à livre apreciação.

³⁰ Por ex. arquivando o processo, apesar do perfil de ADN ser idêntico ao recolhido no local do crime.

³¹ Acusando por ex. por violação, apesar do sémen encontrado não corresponder ao seu perfil de ADN.

em erro. Contudo, o direito ao silêncio, não abrange *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, ou a colheita de saliva por zaragatoa bucal.*

Face a esta jurisprudência, qualquer requerimento perante o JI, para que se considere proibida a prova de recolha coactiva de ADN, atenta a violação do princípio da não autoincriminação, deverá improceder.

Igualmente importante, é que (socorrendo-se o nosso TC, de jurisprudência do TC Espanhol), haverá que distinguir *as meras inspecções e registos corporais* (imaginemos por ex. sangue da vítima que está no casaco do arguido) e *as intervenções corporais em que se tem que extrair elementos externos ou internos do corpo* (como seja cabelos, unhas, sangue, saliva), pois só estas, ainda que insignificantes (no acórdão do TC analisava-se a recolha de saliva por zaragatoa bucal), nos casos de recolha coactiva (mesmo que sem recurso à força), comprimem os direitos à integridade pessoal do arguido, contendendo ainda com a liberdade geral de não actuação, enquanto expressão do livre desenvolvimento da personalidade, direito à privacidade, e autodeterminação informacional (direito de decidir a quem ceder dados pessoais).

Mesmo sem norma expressa, reconheceu-se então, que a Constituição da República Portuguesa autoriza a restrição dos direitos fundamentais para a prossecução das finalidades específicas do processo penal; e reconheceu-se que as normas contidas nos artigos 61.º, n.º 3, alínea d), e 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e na Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto (que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses) – e que no fundo, estabelecem que ninguém pode eximir-se a exame e perícia ordenada no âmbito do processo penal -, constituíam habilitação legal suficiente para as restrições, salientando que a questão apenas se prendia com a densidade normativa. Concluiu que essa falta de densificação normativa não acarretava a inconstitucionalidade no caso concreto analisado: a colheita coactiva de material biológico—mais concretamente de saliva, através da utilização da técnica da zaragatoa bucal— realizada apenas para efeitos de determinação do perfil genético do arguido em termos de possibilitar a comparação com outros vestígios biológicos encontrados no local do crime. Ora, tratando-se da mera fixação de um perfil genético, na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável à identificação, restringido ao ADN não codificante, fica salvaguardada o direito do visado

a não serem obtidas outras informações não necessárias para os fins da investigação criminal.

Não obstante, entendeu-se a necessidade de intervenção do juiz nestes casos, já que o art. 32.º, n.º 4 da CRP o impõe em todos os actos em que haja de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Por consubstanciar uma intervenção significativa nos direitos fundamentais é imperativa a intervenção do JI, o que determinou que na decisão do TC n.º 155/2007, fosse julgada inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a 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 colheita; Consequencialmente, julgou-se inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 126.º, n.ºs 1, 2, alíneas a) e c), e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos.

Acompanhando esta jurisprudência, foi proferida outra decisão do TC (ac 228/2007), num caso de investigação de homicídios qualificados, sem testemunhas presenciais, considerando não existir desproporcionalidade na utilização de métodos invasivos do corpo da pessoa (mas não lesivos da integridade física), da sua liberdade e privacidade, como único meio para obtenção da prova em situações de extrema gravidade dos factos perpetrados, tendo em vista prosseguir o interesse do Estado na realização da justiça em face de um crime grave e a medida diminuta de afectação dos direitos à autodeterminação corporal e à própria intimidade pessoal, a par da utilização exclusiva para tais fins do material biológico recolhido. Embora reconhecendo uma menor densificação legal, entendeu-se que se deverá partir da “norma do caso”, e aferir se a mesma assegurou a adequação e proporcionalidade exigidas pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Igualmente, entendeu-se que a não densificação legal dos critérios de recolha de prova com esta natureza, não gera inconstitucionalidade, atenta a necessidade investigatória que se verificava no caso concreto, e o facto de não se tratar

de uma intervenção restritiva de direitos fundamentais arbitrária. Aderiu, no entanto, ao juízo de inconstitucionalidade, do ac. 155/2007, atenta a não intervenção do Juiz. Ressalte-se, contudo, voto vencido (Paulo Mota Pinto) no sentido da inconstitucionalidade da norma impugnada, também por falta de habilitação legal específica.

Quer a questão da exigência de intervenção do JI em recolhas de ADN sem consentimento, bem como a existência e densificação de uma habilitação legal específica, encontram-se actualmente acauteladas pelas alterações introduzidas pela reforma do CPP, de 2007, e a Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro (em conjugação com a Lei 45/2004, de 19.08, que estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses).

Assim, o CPP, com as alterações de 2007, disciplinou os pressupostos para a realização de exames e perícias coactivas, designadamente as relativas a recolhas de amostras para determinar o perfil de ADN para efeitos de investigação criminal. No sentido da jurisprudência constitucional citada, reconheceu-se que em respeito do n.º 4 do art. 32.º da Constituição, que tais exames e perícias coactivas dependem sempre do despacho do juiz por estarem em causa direitos fundamentais. Assim sendo, os artigos 154.º («Perícias») e 172.º («Exames») do Código de Processo Penal, passaram a exigir a autorização do juiz, «que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade do visado», sempre que se trate de exame ou perícia a «características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o consentimento», acrescentando, no n.º 6 do artigo 156.º, aplicável aos exames por força do n.º 2 do artigo 172.º, que as perícias e exames em causa «são realizadas por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado». E, conseqüentemente, também se alterou o disposto no artigo 269.º do Código de Processo Penal, que se refere aos actos a ordenar ou autorizar pelo juiz durante a fase de inquérito, preceito a que se acrescentou, nas alíneas a) e b) do n.º 1, a necessidade de ordem ou autorização do juiz para a realização de perícias e exames sobre características físicas ou psíquicas das pessoas que não consintam na sua realização».

Por seu turno, a Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.³²

Ora, atento os normativos e diplomas citados, aliado ainda à Lei 45/2004, de 19.08, que estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses, cremos que ninguém colocará em causa a existência de suficiente habilitação e densificação legal no que se reporta à recolha, exame e perícia de vestígios biológicos para determinar um perfil de ADN no âmbito de uma investigação criminal.

Resulta assim, da conjugação de tais normativos, que para *deferir* a realização de um exame e perícia coactiva e para a sua *validade probatória* terão que se verificar os seguintes pressupostos:

1.º - Autorização de um juiz (cfr. artigos 154.º e 172.º do CPP e 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro);

Deverá pois o Ministério Público promover no decurso do inquérito ao JI o deferimento da diligência, fundamentando a mesma com a verificação de todos os pressupostos legais, competindo a decisão a este, após conceder o contraditório, excepto se tal colocar em causa a concretização da diligência e os fins da investigação; Como já salientámos, a realização coactiva de tais exames e perícias sem autorização de um juiz determina a proibição de valoração de tal prova.

2.º - Ser realizada por médico ou pessoa legalmente autorizada e não colocar em risco a saúde do visado (cfr. art. 156.º, n.º 6, aplicável por via do art. 172.º, n.º 2 do CPP); Nos termos do art. 5.º da Lei 5/2008, de 12.02, as entidades competentes para a realização da análise da amostra com vista à obtenção do perfil de

³² E que, cfr. art.º 1.º, para além de estabelecer os princípios de criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN, que serve finalidades de investigação criminal, também regula a recolha, tratamento e conservação de amostras de células humanas, a respectiva análise e obtenção de perfis de ADN, a metodologia de comparação de perfis de ADN, extraídos das amostras, bem como o tratamento e conservação da respectiva informação em ficheiro informático.

ADN a nível nacional, são o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e o Instituto Nacional de Medicina Legal (INML). Tratam-se de requisitos estreitamente relacionados com a fiabilidade da perícia, cadeia de custódia e princípio da dignidade humana, bem como salvaguarda do direito à integridade física e vida do visado, pelo que o seu desrespeito igualmente determina uma proibição de valoração da prova (exame e perícia).

3.º - Com finalidade exclusiva de identificação no âmbito de uma investigação criminal em curso, ou em processos já instaurados;

Em respeito pelo princípio da necessidade consagrado pelo art. 18.º, n.º 2 do CRP, reduz-se o âmbito da análise *àqueles marcadores de ADN que sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular para os fins da presente lei* (cfr. art. 12.º, n.º 1 da Lei 5/2008). Estando em causa o direito à autodeterminação informacional genética, a compressão deste direito deve circunscrever-se ao absolutamente necessário à investigação criminal. A obtenção de outra informação para além desta, determina que, pelo menos, nessa parte, caso seja usada como prova, não possa ser valorada, para além de ter que ser erradicada tal informação da base de dados, por violação de tal norma.

Nos termos do art. 156.º, n.º 7 do CPP os exames efectuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado. *Os exames e amostras apenas podem ser valorados no processo em curso ou outro processo já instaurado, mas não podem fundamentar a abertura de outro processo e, designadamente, não podem ser comparadas com bases de dados desta natureza com vista a abrir outros processos*³³. Se tal suceder, verifica-se uma proibição da valoração da prova.

Consagrou-se a possibilidade, pois, de tal amostra ser usada como prova em outros processos, desde que já tenham sido instaurados.³⁴

³³ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, pág. 437.

³⁴ Clarifica-se neste domínio a questão que os brasileiros apelidam de prova emprestada, e que por exemplo também está disciplinada a nível das escutas telefónicas, a propósito dos conhecimentos fortuitos.

Imaginemos vários processos de furto qualificado, em que se encontrou sangue ou cabelos nos locais do crime. Num desses processos é detido um suspeito, cujo perfil coincide com o vestígio biológico analisado, após realização coactiva de exame e perícia. Atento o mesmo *modus operandi* dos outros furtos qualificados, em processos instaurados, esta amostra é usada para comparar com os vestígios deixados nos outros locais do crime, o que é admitido por aquela norma. O que não pode suceder é que, com base nessa amostra, se abram novos inquéritos para tentar apurar se aquele indivíduo cometeu mais crimes, nomeadamente com recurso à base de dados.

No entanto, o art. 8.º, n.º 6 da Lei n.º 5/2008, de 12.02, introduziu uma importante limitação que importa atentar. Em princípio, *quando se trate de arguidos em vários processos, simultâneos ou sucessivos (o que exclui, em coerência com a norma do processo penal, a utilização da amostra para instaurar novos processos), em cada um deles terá que ser recolhida a amostra do arguido.*

E bem se percebe, já que, nomeadamente, na recolha coactiva a análise é casuística, devendo ponderar-se em concreto se o exame e perícia se revelam proporcionais, adequados e necessários às finalidades da investigação criminal.

Caso se pretenda usar essa amostra em outros processos, destarte para comparar com os vestígios biológicos recolhidos nos locais dos crimes, de modo a identificar o agente do ilícito, o MP terá que promover ao JI a dispensa da recolha de prova³⁵, e a aproveitabilidade daquela amostra em outro processo.

O art. 8.º, n.º 6 da Lei 5/2008, de 12.02, impõe os seguintes critérios para a *dispensa de nova recolha de amostras*:

- 1 – Autorização judicial;
- 2 - Não terem decorrido mais de cinco anos e
- 3 - A recolha se mostre desnecessária ou inviável;

³⁵ Mesmo que os processos sejam apensados, sob pena de fraude à lei.

Também a decisão de dispensa de recolha de amostras deve ter em conta os interesses da investigação, mas sem aniquilar as garantias de defesa do arguido.

A recolha será desnecessária, quando por exemplo, existe proximidade temporal com a anterior, foi respeitada a cadeia de custódia, existe amostra suficiente para contra-análise, foi cumprido o dever de informação, está em causa crime de igual gravidade, não existe qualquer prejuízo desproporcionado para o arguido na utilização da mesma amostra.

Será inviável, quando por exemplo, entretanto o arguido se ausentou para parte incerta, ou se encontre em estado de saúde que não permita a recolha.³⁶

Por último, cabe, referir que o art. 34.º, n.º 2 da Lei 5/2008, de 12.02 *(que se situa no capítulo Biobanco, e numa norma com a epígrafe destruição de amostras)*, não obstante preceituar que *as amostras colhidas ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 8.º só podem ser utilizadas como meio probatório no respectivo processo*, numa interpretação sistemática e presumindo que o intérprete sabe exprimir o pensamento (art. 9.º do CC), apenas pode ser entendido no sentido de que, *em regra, as amostras colhidas no âmbito de um processo-crime apenas podem ser usadas neste, excepto caso se verifique o previsto no art. 8.º, n.º 6 da mesma lei (que consagra os requisitos para o aproveitamento de tal amostra em outros processos-crimes)*.

4.º - Seja preservada uma parte bastante e suficiente da amostra para realização de contra-análise, salvo em caso de manifesta impossibilidade, de modo a permitir o cabal exercício do contraditório (conforme artigo 11.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, salvo em casos de manifesta impossibilidade, é preservada uma parte bastante e suficiente da amostra para a realização de contra-análise. E acrescenta o n.º 2 que a quantidade da amostra for diminuta deve ser manuseada de tal modo que não impossibilite a contra-análise). Assim, nos casos

³⁶ Saliente-se, contudo, que não obstante a transmissibilidade da *utilização da amostra em processo distinto* daquele onde foi recolhida, a realização de perícia para comparar os perfis de ADN está sujeita às regras gerais. Ou seja, caso o arguido consinta, a perícia pode ser determinada sem intervenção do JI. Caso contrário, para além de ter que se pronunciar sobre a dispensa da recolha da amostra, também deverá decidir se a perícia se revela necessária e proporcional, ponderando, nomeadamente, a reserva da vida privada do visado e autodeterminação informacional e genética.

em que era possível preservar amostra suficiente para contra-análise, mas tal não foi feito, impossibilitando uma contra-análise requerida pelo arguido (relembre-se a possibilidade prevista no CPP de ser requerida a realização de nova perícia – cfr. art. 158.º do CPP), deparamo-nos com uma proibição de valoração de prova, por comprimir desproporcionalmente as garantias de defesa do arguido, concretamente a possibilidade de contraditar a fiabilidade da prova (art. 32.º da CRP).

5.º - O juiz deverá ponderar a necessidade da realização do exame e da perícia, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado (cfr. art. 154.º, n.º 3 e 172.º, n.º 2, ambos do CPP).

Antes de mais, em conformidade com o art. 18.º, n.º 2 da CRP, a diligência deve ser *necessária* para a descoberta da verdade material e realização da justiça, sendo que, actualmente se reconhece que a “impressão digital genética” é um auxiliar cada vez mais imprescindível da investigação criminal

Igualmente, numa interpretação conforme ao art. 18.º, n.º 2 da CRP, a compressão dos direitos fundamentais deve ser também adequada e proporcional para proteger outros interesses constitucionais.

Conforme ac. 187/2001 do TC, o princípio da proporcionalidade em sentido lato desdobra-se no princípio da adequação (a medida deve revelar-se adequada a prosseguir o fim visado, também tutelado constitucionalmente), exigibilidade (exige-se essa medida, por não ser possível utilizar medidas menos restritivas) e proporcionalidade em sentido estrito (as medidas não podem ser excessivas e desproporcionais ao fim visado).

Na realização de um exame e perícia coactiva de ADN estão em causa os direitos à integridade física, à autodeterminação corporal e autodeterminação informativa genética e privacidade do visado.

Como contraponto, o interesse punitivo estadual na descoberta da verdade material e punição dos agentes do crime ³⁷, bem como o interesse da vítima ³⁸.

Estando em causa interesses constitucionais juridicamente atendíveis, naturalmente que ao abrigo do art. 18.º, n.º 2 do CRP, a compressão dos direitos individuais apenas é legítima, caso se revele proporcional, adequada, necessária e não excessiva, como já salientado.

Contudo, em caso algum, se poderá afectar a dignidade da pessoa humana, na realização dos exames e subsequente perícia, devendo a recolha e exame pericial ser apenas o *necessário à identificação do perfil de ADN e não podendo a perícia apurar outra informação que não a necessária para a investigação criminal. Tal exigência consagrada na Lei n.º 5/2008, de 12.02, limita a utilização da informação genética ao absolutamente necessário, para a investigação criminal.*

Dir-se-á que, em princípio, uma colheita de cabelo, urina, saliva ou sangue, com o fito de apurar somente informação genética em ordem a lograr uma identificação, não será, por um lado, uma invasão desproporcionada ao corpo, liberdade de decisão corporal e informativa do visado, e por outro turno, em princípio, revela-se necessária à descoberta da verdade material.

Contudo, o juízo deverá ser *casuístico*, sendo que os pressupostos da necessidade, proporcionalidade, adequação e não excesso, dependem dos *contornos do caso concreto, da relevância e necessidade de tal diligência probatória, da compressão aos direitos fundamentais que é exigida para realizar a recolha, e não sendo despidendo atender à gravidade da criminalidade em causa.*

Quanto a este último aspecto, pese embora o legislador não tenha contemplado um catálogo de crimes ³⁹, o certo é que, a gravidade dos mesmos, será sempre um dos elementos a ponderar no indeferimento, ou deferimento, do exame e perícia coactiva.⁴⁰

³⁷ Interesse de ordem pública de bem-estar geral de realização da justiça e busca da verdade material.

³⁸ Interesse individual na realização da justiça no caso concreto, nomeadamente que no processo se esgotem as diligências investigatórias necessárias ao apuramento da identificação do agente e contornos do crime.

Eventualmente, poderia aventar-se que, em regra, o legislador ao apontar os três anos de prisão, como sendo a pena mínima que admite a inserção na base de dados do ADN do arguido condenado, na decisão a proferir a final, *apontaria* para esta moldura abstracta em termos de gravidade do crime, para deferimento da recolha e perícia coactiva.

No entanto, é nossa posição, que não tendo sido indicado como pressuposto uma determinada moldura abstracta ou tipo de crime ⁴¹, não está ao Tribunal vedado deferir a diligência, embora com um crivo de análise quanto aos pressupostos de necessidade, proporcionalidade, adequação e não excesso mais “apertados”, até porque, o direito à prova e à realização da justiça, também é um interesse constitucionalmente tutelado da vítima.

Cabe frisar que, muitas das vezes, a questão da proporcionalidade se colocará no momento da *efectiva* recolha coactiva das amostras e não aquando da ponderação em abstracto dos interesses constitucionais que estão em “jogo” (juízo esse realizado *ex-ante* aquando da prolação do despacho judicial).

Assim, em tal despacho, deverá sempre chamar-se à atenção para impossibilidade de colocar em risco a saúde do visado, caso em que a diligência não deverá prosseguir, bem como a necessidade de respeitar o art. 10.º da Lei 5/2008, de 12.02, que disciplinando o modo de recolha preceitua que “*A recolha de amostras em pessoas é*

³⁹ Como sucede nas escutas telefónicas, tal como não o fez por exemplo a nível das buscas, significando, portanto, que aprioristicamente não exclui nenhuma criminalidade.

⁴⁰ Assim, se nos exemplos dados (páginas 6 e 7), as hipóteses descritas de 1. a 3. não suscitarão grandes dúvidas, o mesmo não se dirá do enunciado no n.º 4, em que está em causa um crime de injúrias Sendo que o próprio crime de injúrias poderá revestir gravidades distintas, não só atento as expressões usadas, mas considerando o modo de divulgação e consequências. Imagine-se que o agente do ilícito de forma falsa, descredibiliza totalmente o visado, fazendo com que perca os clientes do seu negócio e cause um prejuízo de milhões, o que era a intenção do criminoso. Outro exemplo, existindo necessidade da prova, mas podendo existir dúvidas relativamente à proporcionalidade: quando A. circulava no metro, sem nada que o fizesse prever, e sem qualquer testemunha presente, B insultou-o e cuspiu-lhe, saliva esta recolhida do rosto do injuriado, pretendendo-se comparar com o perfil de ADN do alegado agente do ilícito.

⁴¹ Ao contrário da lei espanhola que utiliza um critério de gravidade material do delito investigado; já a lei brasileira apenas faz tal exigência a nível da execução penal – como em Portugal em que aos condenados se exige para recolha de ADN o mínimo de 3 anos de prisão - , erigindo como único pressuposto a necessidade para a investigação criminal – DENISE HAMMERSCHMIDT e GILBERTO GIACOIA, “BANCO DE PERFIS GENÉTICOS DOS CRIMINOSOS: TRATAMENTO NORMATIVO NA LEI ESPANHOLA E NA LEI BRASILEIRA”, consultado em www.publicadireito.com.br.

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.”

No que se reporta ao meio, consagra-se, pois, o princípio (em respeito da exigência constitucional da restrição mínima dos direitos fundamentais), de que deve usar-se o método menos invasivo, que respeite a dignidade humana, em regra através da utilização da zaragatoa bucal.

No entanto, pode suceder que não obstante tal despacho, o arguido se recuse a permitir a recolha de amostra.

Estando perante uma ordem legítima, emanada do órgão competente, sempre poderá constar de tal despacho que a recusa na recolha consubstancia um crime de desobediência, nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. b) do Código Penal.

Igualmente, caso a advertência se revele insuficiente, poderá *compelir-se* o arguido para a recolha da amostra, mas o uso da força deve ser a que se revele adequada, proporcional, necessária e não excessiva, nunca podendo colocar em causa a dignidade da pessoa humana.⁴²

Se é certo que, em princípio, ninguém colocará em causa que arrancar um cabelo com força, não excederá tais limites, a colocação de amarras para retirar sangue, ou a necessidade de abrir a boca com força, causando sangramento abundante na face e gengivas, poderão exceder, ou pelo menos atingir, os limites do constitucionalmente suportável.

Em todos esses casos, não obstante do despacho possa constar a cominação em desobediência e a possibilidade de uso da força absolutamente necessária, sem nunca colocar em causa a dignidade humana, perante dúvidas quanto à violação da

⁴² O que também pode ser salientado no despacho.

proporcionalidade no caso concreto, deverá tal questão ser dirimida pelo juiz, de modo não motivar nenhuma proibição de prova.⁴³

E no caso de se concluir que ofende o princípio da proporcionalidade e da dignidade humana, a força e o método que é *necessário* utilizar *em concreto* para fazer *quebrar a resistência* do arguido, coloca-se a questão se o mesmo (se cominado), apenas será sancionado com o crime de desobediência, ou se, essa recusa, pode ser valorada.

Embora podendo ser um entendimento controverso, temos para nós que tal comportamento deverá e poderá ser valorado como indício sobre a culpabilidade do arguido. Repare-se, como já salientado, que não está em causa o exercício de um direito à não autoincriminação, nem o direito ao silêncio.

Estamos perante a desobediência e uma postura do arguido que impossibilita o cumprimento de um despacho judicial que visa a descoberta da verdade material, comportamento esse, que tal como outros factores, não está vedado ao decisor analisar criticamente nos termos do art. 127.º do CPP, já que não se descortina qualquer prova proibida.

Como escrevem Denise Hammershimidt e Gilberto Giacoia⁴⁴ *“Caberá aos tribunais, em cada caso, apreciar se a justificação oferecida para a recusa é razoável ou não. A negativa injustificável, mesmo que não resulte em confissão, poderá constituir indício de certa importância e, assim, elemento utilizado para a formação da convicção judicial.”*^{45 46}

⁴³ Saliente-se, contudo, que a regra na prática é que o despacho judicial e a “ameaça” de possibilidade de recurso à força é suficiente para o arguido permitir a recolha de amostras.

⁴⁴ Banco de Perfis Genéticos dos Criminosos: Tratamento, normativo na lei espanhola e brasileira, consultado em www.publicadireito.com.br.

⁴⁵ Outra questão que se pode suscitar é aquilo que os brasileiros chamam de amostras descartadas. Ex: A não dá consentimento à recolha de amostras para determinação do seu perfil de ADN, mas é apreendido e utilizado para o obter, o cigarro que A. deitou ao chão. Tudo dependerá. Caso se verifique alguma das situações do art. 126.º do CPP, por exemplo, ter sido utilizado um meio enganoso, para provocar o arguido a expelir saliva, tendo em vista a ser utilizada para determinar o seu perfil de ADN, estamos perante um meio fraudulento, usado para torneir a recusa, que consubstancia uma proibição de prova. Caso contrário, nada impede a apreensão de tal meio de prova para efeitos probatórios, tal como, por exemplo, apesar da recusa do arguido de uma perícia à letra, nada impede a apreensão de documentos para prova de que é autor do documento falsificado.

Por último, cabe dizer que o despacho judicial do JI que ordena ou rejeita a perícia é recorrível (art. 399.º do CPP).

5. Inexistência de suspeito. Recurso à base de dados do INML para identificação do agente do crime.

Poderá suceder que, não obstante recolhidas amostras, cujos indícios apontam para que sejam pertencentes ao agente do ilícito, não foi possível identificar o mesmo, através da prova recolhida nos autos.

Nestas situações, poderá ser pertinente, tentar apurar se na base de dados do INML existe algum perfil de ADN idêntico, de modo a tentar identificar o agente do crime.

Naturalmente que, nestes casos, já tendo sido instaurado processo, o perfil de ADN que se encontra na base de dados pode ser utilizado.

No entanto, o recurso à base de dados, embora não se logrando um *match*, eventualmente poderá permitir *a conexão com outros processos e através da interligação de várias amostras problemas, e apurando o modus operandi e perfil do criminoso, conseguir descobrir o agente do ilícito.*

Mas convém, para melhor compreensão da matéria, salientar e distinguir entre o momento da *inserção* na base de dados dos perfis de ADN resultantes das análises das amostras recolhidas (art. 18.º da Lei 5/2008, de 12.02) e a *interconexão* de dados no âmbito da base de dados de perfis de ADN (art. 20.º da Lei 5/2008, de 12.02), nomeadamente, tendo em vista uma identificação, que resulta da coincidência entre o

⁴⁶ Relembre-se ainda que, apesar de estarmos sempre a mencionar a recusa por parte de arguido, pode verificar-se a recusa da vítima para recolha de vestígios biológicos. Por exemplo, imagine-se um crime sexual em que o arguido pede uma recolha de amostras visando comparar com o perfil de ADN do sêmen, mas a vítima recusa que se faça essa colheita. Também aqui, com intervenção do JI, e após o juízo de proporcionalidade, será admissível uma recolha e perícia coactiva.

perfil obtido a partir de uma amostra sob investigação e outro ou outros perfis de ADN já inscritos no ficheiro (art. 13.º, n.º 1, da Lei 5/2008, de 12.02).

Assim, *no âmbito de um processo criminal*, podem ser inseridos nos ficheiros os perfis de ADN resultantes da recolha de amostra problema, ou seja, recolha dos vestígios biológicos nos locais do crime, coisa, objectos, vítimas, cadáveres, etc, desde que exista despacho do magistrado competente no respectivo processo (art. 8.º, n.º 4, 15.º, n.º 1, al. d) e 18.º, n.º 2, da Lei 5/2008), ***pelo que, na fase de inquérito, tal será da competência do MP, apenas competindo ao JI em fase de instrução.***

Uma vez que a lei não determina, expressamente, que tal inserção seja praticada pelo MP, afigura-se-nos defensável uma interpretação no sentido de que, no âmbito da delegação de competências aos órgãos de polícia criminal, seja possível a estes praticar tal acto (cfr. art. 270.º, do CPP) (do mesmo modo que o JI, em fase de instrução, poderá delegar nos termos do art. 290.º, n.º 2 do CPP).

Também no âmbito do processo criminal é possível ao juiz de julgamento inserir os perfis de ADN de arguidos condenados, caso tenha sido aplicada pena de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída, ou medida de segurança a arguido inimputável, nos termos do art. 91.º, n.º 2 do Código Penal, criando ficheiro próprio com tal conteúdo (cfr. art. 8.º, n.º 3 e 4, 15.º, n.º 1, al. e) e 18.º, n.º 3, todos da Lei 5/2008, de 12.02).

A inserção das amostras problemas deverá ter como pressuposto *que tenha sido mantida a cadeia de custódia*⁴⁷ *da amostra respectiva* (cfr. 18.º, n.º 4 da Lei 5/2008), não se exigindo que o crime investigado revista determinada gravidade.⁴⁸

Importa, por último, salientar que não é permitido inserir em ficheiro, na base de dados de ADN, as amostras referência recolhidas aos arguidos não condenados nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008, de 12.02 (cfr. art. 9.º, al. a), 15.º e 18.º da Lei 5/2008, de 12.02).

Não obstante, tais perfis de ADN, obtidos a partir das amostras colhidas em arguido não condenado, ao abrigo do art. 8.º, n.º 1, da Lei 5/2008, de 12.02, podem ser

⁴⁷ A cadeia de custódia é essencial para manter a fidedignidade da base de dados de perfis de ADN.

⁴⁸ Ao contrário das amostras dos arguidos condenados apenas permitida se a pena de prisão for pelo menos igual a três anos.

cruzados com ficheiros previstos na base de dados (cfr. art. 20.º, n.º 1 da Lei 5/2008, de 12.02).⁴⁹

Questão diversa é quem tem competência para fazer tal pedido.

Na verdade, o art. 20.º da Lei 5/2008, de 12.02, é omissivo sobre quem tem competência para pedir a interconexão de dados no âmbito da base de dados de perfis de ADN ao INML.

Tal está estreitamente relacionado com a competência para inserir os perfis de ADN na base de dados, já que atento o programa CODIS utilizado, ao inserir-se o perfil de ADN, este irá realizar as interconexões – auto-search - admitidas pelo art. 20.º da Lei 5/2008, de 12.02.

Ora, no que se reporta às amostras problemáticas, já vimos que o art. 18.º, n.º 2 da Lei 5/2008, de 12.02, confere competência ao magistrado competente no respectivo processo, que será o MP em fase de inquérito, e o JI, em fase de instrução, e que tal pode ser delegado nos órgãos de polícia criminal.

Já no que se reporta às amostras recolhidas em arguidos não condenados, as mesmas não podem ser inseridas em ficheiro na base de dados, mas é admissível o pedido para cruzamento de dados (art. 20.º, n.º 1 da Lei 5/2008, de 12.02).

Posto isto, cremos que em fase de inquérito o mesmo pode ser pedido pelo MP, ou órgão de polícia criminal a quem tiver sido delegado, já que o art. 20.º da Lei 5/2008, de 12.02, ao contrário do art. 19.º da mesma Lei, não impõe a intervenção do Juiz.⁵⁰

⁴⁹ Ex. Num inquérito de furto qualificado é encontrado um cabelo no local do crime. Após uma busca a casa de A este é encontrado com os objectos furtados da casa onde se encontrou o cabelo, mas vários outros, de que não tem qualquer comprovativo documental da sua propriedade. Existem fortes indícios de ser material furtado. O MP pede, para além da comparação directa, a interconexão do seu perfil de ADN, dos quais resulta match com amostras problema de outros inquéritos onde também se investigava furtos qualificados.

⁵⁰ E até porque, ao abrigo do art. 9.º, al. d), o sujeito passivo da recolha é informado da possibilidade de cruzamento do perfil com outros existentes na base de dados). Aliás, também as polícias a quem está delegado o inquérito solicitam ao laboratório de polícia científica interconexões resultantes do AFIS (Automated Fingerprint Identification System) no que se reporta às impressões digitais para tentar identificar o criminoso ou IBIS (Integrated Ballistics Identification System), com a inserção e interconexão de exames de balística – que também poderão resolver processos pendentes.

Questão também diversa é se, o resultado da interconexão, tem que ser comunicado apenas ao juiz competente, consoante a fase do processo, nos termos do art. 19.º da Lei 5/2008, de 12.02.

Afigura-se-nos que não, já que tal normativo, parece não se referir aos *resultados da interconexão* (art. 13.º da Lei 5/2008, de 5.12), mas sim a informação de um concreto perfil de ADN e dados pessoais da pessoa em causa (cfr. art. 19.º da Lei 5/2008, de 12.02).

Ou seja, o MP poderá ser informado do match, mas a identificação da pessoa apenas pode ser comunicada pelo juiz. Ou o INML informa do match o MP, e este requererá ao JI que solicite ao INML os dados identificativos de tal pessoa. Ou o INML comunica, desde logo, esses elementos identificativos ao JI, que os comunicará ao MP, a requerimento deste, e se o entender (nos termos do art. 19.º da Lei 5/2008)⁵¹.

A interconexão admissível é a prevista no art. 20.º da Lei 5/2008, de 12.02, pelo que, outros cruzamentos, acarretarão uma proibição de valoração de prova, por utilização da informação genética em violação do condicionalismo legal.⁵²

Igualmente, cabe salientar, que a informação que for fornecida e que resulta da interconexão de dados no âmbito de dados de perfis de ADN, nunca pode, por si só, fundamentar uma decisão desfavorável ao arguido (quer seja acusação, pronúncia ou condenação), como resulta do art. 3.º, n.º 4 da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, que estabelece uma

⁵¹ A decisão do juiz será com fundamento na necessidade da comunicação para a investigação em curso, mas igualmente fazendo um juízo de proporcionalidade, permitindo um controlo jurisdicional à posteriori, sobre a adequação, necessidade, proporcionalidade, da comunicação de dados pessoais do visado, atendendo ao crime que se investiga e demais circunstâncias. E cremos que se trata de mais um argumento que permite sustentar que a inserção de perfis de ADN de amostras problema – e também o pedido de interconexão dos perfis de arguido não condenado – , com o subsequente auto-search, poderá ser delegado no OPC, já que mesmo existindo match, a comunicação dos dados pessoais sempre depende da ponderação que o juiz fará à luz dos princípios acima aludidos.

⁵² Em suma, os perfis de arguidos não condenados podem ser cruzados com amostras problemas recolhidas em locais de crime ou amostras de profissionais; igualmente as amostras problemas podem ser cruzadas com outras amostras problemas – o que não permitindo identificação directa, poderá permitir descortinar espaço geográfico de actuação, perfil do agente e modus operandi, por ex. caso em que um individuo em diversos furtos qualificados deixa cabelos – podem ser cruzadas com amostras de arguidos condenados – permitindo a identificação directa - e com amostras dos profissionais.

limitação ao valor probatório de tal interconexão, impondo a existência de prova corroborante.^{53 54 55}

Contudo, em regra, existem sempre mais indícios do que o resultante da prova por ADN.

Vila do Conde, Junho de 2014

Tiago Caiado Milheiro (Juiz de Direito)

⁵³ “Qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a nenhuma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento de dados”.

⁵⁴ Em termos similares, ao art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99 – protecção de testemunhas – segundo o qual, nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada.

⁵⁵ Esta limitação ao valor probatório justifica-se para evitar erros judiciários e estimular a investigação a não se bastar com essa interconexão. Como se escreveu no relatório do CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, de Junho de 2007, consultado em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328_Relatorio_base_dados_perfis_ADN.pdf, “à medida que aumenta o número de perfis armazenados aumenta a probabilidade de ocorrer uma coincidência, um falso emparelhamento”, ali se dando conta de dois casos divulgados pelo Le Monde de 23 de Dezembro de 2003, “de condenações feitas a partir da identificação genética, uma delas referente a um homicídio, cujos acusados vieram a ser inocentados porque uma contra prova veio demonstrar que a primeira identificação correspondia a um “falso positivo”. O articulista, Jean-Marc Manach, comenta estes erros como devendo ser tomados como alertas para a não infalibilidade da identificação genética, mito que pode levar a uma cegueira no processo de condução da própria investigação policial. Demasiada confiança no poder identificador do ADN pode impedir que se encontre realmente a pessoa implicada” (pag 28).