

*Jorge dos Reis Bravo*

- I. O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética
- II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN

**Abordagens preliminares**

**Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN**

**Coimbra, 7 de março de 2014**



*Jorge dos Reis Bravo*

# **I. O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN**

## **Abordagens preliminares**

### **Introdução**

- I. O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética**
  - I.1. Os modelos de cooperação: o modelo vigente**
  - I.2. Os principais instrumentos de cooperação**
  - I.3. Sobre a execução(-implementação) das Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI do Conselho da União Europeia, de 23 de junho de 2008**
  
- II. A ordem de recolha de perfis de ADN de condenados**
  - II.1. Algumas notas introdutórias e referências comparadas**
  - II.2. A natureza e o regime jurídico da ordem de recolha de amostra e inserção de perfil de ADN de [arguidos-]condenados em Portugal: pressupostos, automaticidade e coercibilidade**
  - II.3. Aspectos jurídico-processuais relativos à ordem de recolha de amostras para obtenção de perfil genético de condenados**
  
- III. Considerações conclusivas**
  
- IV. Referências**
  - IV.1. Doutrina**
  - IV.2. Jurisprudência**

*Estranha justiça essa, na verdade, à qual  
um rio ou uma cordilheira podem servir de fronteira.*

Pascal

## **Introdução<sup>1</sup>**

A intensificação de fenómenos globais como a massificação das tecnologias de comunicação e informação, as migrações e a desterritorialização do crime, vêm suscitando uma acrescida preocupação dos Estados, no sentido de tentar reduzir o impacto das suas nefastas consequências. Num mundo globalizado, assistimos a uma «*Globalização do crime*»<sup>2</sup>. Assim como na globalização económica não se visa conquistar países mas *mercados*, na criminalidade global (organizada) visa-se adquirir o maior lucro possível.

De uma matriz nacional de criminalidade, evolui-se hoje para um paradigma de criminalidade *post* estadual.

---

<sup>1</sup> O presente texto serviu de base à comunicação apresentada no Encontro de Trabalho promovido pelo Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, realizado no dia 7 de março de 2014, em Coimbra, contando com a participação da Ex.ma Senhora Conselheira Procuradora-Geral da República, dos Presidente e Vice-Presidente do INMLCF, I.P., dos Procuradores-Gerais Distritais, dos Diretores dos DIAP, dos Membros dos CFBDPADN, do Diretor do LPC e de alguns Colegas magistrados do Ministério Público. Honrado pelo convite do Ex.mo Presidente do CFBDPADN, Desembargador António João Latas, para participar no referido Encontro, temos noção dos limites e incipiência do presente contributo, sobre estimulantes questões que, não sendo pacíficas, em todo o caso, nos foi grato refletir.

Agradeço à Senhora Juíza Conselheira Professora Doutora Helena Moniz, as observações, críticas e sugestões que formulou após uma leitura atenta, cujo rigor e densidade muito contribuíram para melhorar o conteúdo deste trabalho.

<sup>2</sup> Sobre o tema, em geral, FARIA COSTA, *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

De uma forma algo incipiente, pode propor-se uma tentativa de delimitação do conceito de criminalidade organizada como as formas de aparecimento de fenómenos criminosos dotados de certo grau de racionalidade organizativa, com recurso a planos e meios pessoais e materiais geralmente sofisticados, com o objetivo de obtenção de avultados lucros ilegítimos e com possíveis conexões a mais de um Estado, recorrendo quando necessário à violência ou à sua iminência, dotados de mecanismos de apagamento ou dissimulação dos vestígios dos processos criminosos.

A doutrina tem maioritariamente adotado um critério conceitual, de acordo com o qual se estabelece uma ligação de tais atividades ilícitas com a tutela de bens jurídicos determinados. Significa isso que se considerará estar perante uma manifestação de criminalidade organizada, desde que reportada a uma dada tipologia penal – cujo *catálogo* é cada mais uniforme, dado o processo de integração europeia (e mesmo de outros processos de integração regionais) e de cooperação internacional nos domínios do crime organizado e do terrorismo –, e não a específicos tipos de crime.

No âmbito dos trabalhos da Convenção da ONU sobre o Crime Organizado Transnacional, de 15 de Novembro de 2000, foi possível chegar a um consenso quanto ao conceito de *criminalidade organizada*<sup>3</sup>.

Havendo que fazer um diagnóstico sincrético das manifestações de um tal tipo de criminalidade, podem surpreender-se alguns dos aspectos mais evidentes:

---

<sup>3</sup> Define-se no seu art. 2.º, al. a) “grupo criminoso organizado” como «um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material». Por seu turno, nos termos da al. c), estabelece-se que, por “grupo estruturado” se entenderá um «grupo não formado de maneira fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida». Por último, ainda, a al. b) classifica como “crime grave” o «acto que constitua uma infracção punível com uma pena privativa de liberdade não inferior a quatro anos ou com pena superior». Cfr. o texto oficial da Convenção em versão portuguesa, no site <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>.

trata-se de uma criminalidade que aproveita as potencialidades de um *mercado global* ou *transnacional* – aqui se compreendendo as formas de exploração de mercados de produtos e de trabalho –, o que tem tradução, desde logo, na própria constituição e natureza das organizações criminosas detentoras dos instrumentos de controlo dos mercados de droga, de armas, de corrupção, de branqueamento de capitais, do tráfico de pessoas e de órgãos, *etc.* Para além disso, são ainda marcas distintivas destas formas contemporâneas de crime organizado, a sua versatilidade, invisibilidade e capacidade de influência (e dominação) de sensíveis pontos dos sistemas económico, político e financeiro mundial, a sua mobilidade e capacidade de regeneração.

A insidiosa instalação destas fenomenologias criminosas à escala global – e, necessariamente, europeia – veio reclamar uma especial atenção para a dotação de meios adequados a contrariar essas realidades, por parte dos Estados. Só com uma efetiva, oportuna e solidária cooperação transnacional se tornará possível esse desiderato de controlo de tais fenomenologias criminosas, sob pena de total sucumbência dos Estados e seus Povos aos ditames de interesses de cartéis criminosos. Recorde-se que estes se mostram cada vez mais aptos a “fagocitar” e “capturar” os sistemas económicos e financeiros dos Países, confundindo a fisiologia e natureza de fenómenos como a contratação pública, tráfico de influências, corrupção, transferências de bens públicos para a órbita de privados.

Consequentemente, um dos instrumentos a que importará recorrer para alcançar um nível satisfatório para contrariar esses fenómenos, no plano da investigação e repressão criminal, passa pela adoção de meios de cooperação judiciária – coenvolvendo a cooperação e entre-ajuda inter-policial e entre autoridades judiciárias *stricto sensu* –, em distintos níveis, quer no tocante à sua dimensão territorial, quer no que concerne à sua incidência material e objetiva. Aspetos que aparecem hoje em dia como cruciais, no que respeita a qualquer investigação criminal – onde avulta a procura da identificação da componente corporal na marca (“pegada”, *fingerprint* ou vestígio) individual da conduta criminosa –, assentam no contributo do estudo e análise partilhados, pelas autoridades de

diversos países, de informações resultantes das bases de dados dactiloscópicas ou de perfis de ADN, entre outras.

As análises de ADN, com vista à identificação de perfis genéticos, constituem atualmente um meio probatório consensualmente seguro e cientificamente confirmado, sendo o seu estatuto epistemológico que lhe tem permitido a afirmação generalizada e reconhecimento nos mais variados domínios, ao nível de decisores nacionais, supra-nacionais e mundiais. Em grande medida, pode dizer-se que os contributos da genética forense em matéria de ADN significam, no último século, o maior avanço científico no âmbito da Medicina Legal e das Ciências Forenses.

O valor do meio probatório dos perfis de ADN, não sendo já cientificamente questionável<sup>4</sup>, suscita, contudo, a montante alguns problemas ainda não satisfatoriamente resolvidos, quer a nível nacional, quer a nível da cooperação transnacional, assistindo-se a uma progressiva expansão da influência deste meio de prova nos mais variados sistemas jurídicos, onde, se torna difícil encontrar entendimentos, práticas e regimes rigorosamente idênticos. É importante sublinhar, a esse respeito, a grande preocupação que deve merecer, no quadro da cooperação técnica e laboratorial no âmbito das análises de ADN, a harmonização de procedimentos de acordo com uma norma internacional aceitável, como a ISO/IEC 17025 ou, mais recentemente, a ISO 15189, enquanto pressupostos da própria acreditação das instituições laboratoriais<sup>5</sup>.

Reconhece-se que as questões éticas, jusfundamentais – essencialmente respeitantes à harmonização dos interesses da administração da justiça penal, da

---

<sup>4</sup> Todavia, as notas de credibilidade ou fiabilidade *científica* dos resultados das análises genéticas não significam infalibilidade, devendo concitar sempre a maior cautela. Pense-se, p. ex., no que ocorreu nos EUA, em que, por virtude do aumento de sete para doze marcadores genéticos, 197 pessoas que haviam sido condenadas com base em provas desse tipo, foram inocentadas (arquivamento de processos, absolvição ou revisão de decisões condenatórias), sendo que catorze delas estavam condenadas à morte (cfr. CARLOS FARINHA, «Comunicação», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, Org.), Húmus, Lisboa, 2013, p. 24.

<sup>5</sup> MARIA ADELINA C. AMARAL GOMES, «Relevância da Qualidade na Actividade dos Laboratórios de Genética Forense», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 328-329.

perseguição dos crimes e da responsabilização dos culpados, por um lado, e da proteção da integridade pessoal, da liberdade, da intimidade e da autodeterminação informacional e genética, por outro –, profissionais e estritamente processuais, ligadas ao estatuto da defesa, devem suscitar a maior reflexão na ponderação da prevalência dos valores em causa; isso, porém, não deve bloquear o legislador, em termos de se manter numa posição de hesitação e não compromisso com opções transparentes e resolutas, como vem ocorrendo.

Ao nível supra-nacional, o Conselho da Europa e a União Europeia têm sido pioneiros no que concerne a uma aparente preocupação com as referidas questões, exortando os Estados-Membros a aprovar e adotar regulamentação interna e a aderir a um conjunto de mecanismos e instrumentos aptos a atingir um estado de cooperação policial e judiciária reforçando a eficiência na prevenção e repressão do crime, essencialmente do crime organizado transnacional.

Algumas questões de auxílio judiciário mútuo em matéria penal foram, entretanto, objeto de regulamentação, aprofundada por Decisões-Quadro e Decisões adotadas pelo Conselho da União Europeia. Estas Decisões-Quadro e decisões são baseadas no princípio do reconhecimento mútuo, instituído pelo Conselho Europeu de Tampere, como a pedra angular da cooperação judiciária civil e penal da União Europeia (cfr. § 33 das Conclusões)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr., igualmente, as conclusões 40.<sup>a</sup> e 43.<sup>a</sup> da Declaração Final do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999: «C. LUTA CONTRA A CRIMINALIDADE A NÍVEL DA UNIÃO 40. O Conselho Europeu está profundamente empenhado em reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade organizada e transnacional. Para se alcançar um elevado nível de segurança no espaço de liberdade, de segurança e de justiça, é necessária uma abordagem eficaz e abrangente da luta contra todas as formas de criminalidade. Deverá desenvolver-se a nível da União um conjunto equilibrado de medidas contra a criminalidade, protegendo simultaneamente a liberdade e os direitos legais dos indivíduos e dos operadores económicos»; «43. A cooperação entre autoridades dos Estados-Membros nas investigações sobre actividades criminosas transfronteiras em qualquer Estado-Membro deverá traduzir-se num máximo de benefícios, pelo que o Conselho Europeu apela à criação, como primeira medida e o mais rapidamente possível, de equipas de investigação conjuntas, tal como previsto no Tratado, para combater o tráfico de drogas e de seres humanos e o terrorismo. As regras a estabelecer neste contexto devem permitir a participação, como reforço dessas equipas, de representantes da Europol, quando adequado».

Algumas matérias, entre as quais a da prova genética, têm vindo a ser motivo de acrescida preocupação e interesse, por revestirem significado e relevo essenciais no contexto de uma investigação criminal contemporânea e leal, comprometida no todo de um processo penal equitativo.

Iremos aflorar – de forma necessariamente breve e esquemática – numa primeira parte, algumas questões respeitantes aos problemas colocados no âmbito da cooperação judiciária em matéria de intercâmbio da prova genética, numa aproximação nacional, e, num segundo momento, alguns aspetos que contendem com a ordem de recolha de amostra biológica de condenados tendente à determinação de perfil de ADN com vista à sua inserção na base de dados.

## **I. O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética**

### **I.1. Os modelos de cooperação: o modelo vigente**

A constituição de bases de dados, de qualquer natureza, suscita questões de índole ética e jurídica.

As bases de ficheiros contendo dados pessoais e perfis de ADN de cidadãos surgiram na Europa, nos EUA, Canadá e Austrália, na década de 90 do séc. XX, cada uma delas regulada por finalidades distintas, gerida e preenchida segundo critérios diferenciados, sendo a utilidade das mesmas crescentemente indiscutível, no plano da identificação civil e, sobretudo, no campo da investigação criminal.

As bases criadas no espaço jurídico europeu, encontram-se em estádios muito diferentes de desenvolvimento e eficiência, devido aos critérios distintos de inserção, de cruzamento, de manutenção, de cancelamento e de administração dos perfis constantes dos ficheiros.

Uma das primeiras interrogações – ou perplexidades – com que deparamos no contexto da problematização da articulação das bases de dados de perfis de ADN é a de entender a razão pela qual, tratando-se de uma forma de identificação automática que interessa às autoridades estaduais da UE, não se optou pela sua

completa integração, permitindo a inserção e manutenção de perfis de ADN, o acesso e a consulta diretos, a todas essas autoridades, de acordo com o estabelecimento de critérios e regras uniformes e comuns, a que não se oporiam os ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados em que já se encontram implementadas.

O certo é que, neste, como noutros domínios, os Estados ainda não abdicaram de uma – porventura mais pretensa do que efetiva – autonomia de gestão de bases de informação que recolhem no âmbito da prevenção e investigação criminal. Estas preocupações são, de resto, comuns a outros domínios de informação criminalmente relevante, como os dados dactiloscópicos e os elementos de identificação de veículos, entre outros.

É bom de ver os limites e, até, desperdícios que a coexistência de várias bases autónomas – apesar de colocadas em rede – podem apresentar, desde logo, ao permitir que o mesmo indivíduo possa ter o seu perfil de ADN inserido em ficheiros de várias bases, numa(s) a título de mero suspeito ou de arguido, noutra(s) de condenado. Apesar disso, a existência de um perfil da mesma pessoa em várias bases, pode trazer um acréscimo de segurança.

Assim, parecendo-nos uma inevitabilidade a tendência para um quadro de cooperação em que a integração será cada vez mais preponderante, não é esse o modelo ainda vigente, mas sim o modelo da manutenção da autonomia de cada ordenamento nacional para definir internamente os critérios de preenchimento e administração das bases de dados genéticas, e o intercâmbio da informação com os demais estados membros, com base no princípio da disponibilidade<sup>7</sup>.

O modelo prevalecente foi o da «colocação em rede das bases de dados nacionais dos Estados-Membros». Foi essa a opção política e é esse o panorama atual com que temos de contar.

---

<sup>7</sup> Que significa que «(...) um funcionário responsável pela aplicação da lei de um Estado-Membro da União que necessite de informações para poder cumprir as suas obrigações pode obtê-las de outro Estado-membro, e que as autoridades de aplicação da lei do Estado-membro que detém essas informações as disponibilizarão para os efeitos pretendidos, tendo em conta a necessidade dessas informações para as investigações em curso nesse Estado» (ponto 4 do Preâmbulo da Decisão 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de Junho).

## I.2. Os principais instrumentos de cooperação

Ao aludirmos aos principais instrumentos de cooperação no domínio da partilha e intercâmbio de prova genética, importa realçar que nem sempre a ênfase colocada nos referidos instrumentos recai na cooperação judiciária, o que, podendo perceber-se pela “urgência” na obtenção dos dados pretendidos – que nem sempre se compadece com os ritmos de intervenção das autoridades judiciárias –, não deverá significar um risco de excessiva “policialização” da cooperação, ou seja, o deferimento preponderante de competências a autoridades policiais.

Importa, em primeiro lugar, fazer uma breve referência ao quadro da cooperação entre Portugal e os EUA, em matéria de intercâmbio de prova genética, admitida pelo Acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para Reforçar a Cooperação no Domínio da Prevenção e do Combate ao Crime, assinado em Lisboa em 30 de Junho de 2009, aprovado pela Resolução da AR n.º 128/2011, de 31-08-2011<sup>8</sup>, e que abrange, igualmente, a troca de informações sobre dados dactiloscópicos.

Pretendendo reforçar a cooperação entre as Partes na prevenção e na luta contra o crime, em especial o terrorismo, o referido Acordo deverá «abranger apenas os crimes que constituem uma infracção punível nos termos do direito interno das Partes com pena privativa de liberdade de duração máxima superior a um ano ou com uma pena mais grave» (art. 2.º, n.º 3).

Os termos da consulta automatizada de perfis de ADN (art. 8.º) são, em princípio, semelhantes aos estabelecidos nos instrumentos comunitários de cooperação, dos quais nos ocuparemos *infra*.

**A cooperação judiciária europeia em matéria de prova genética** foi inicialmente impulsionada pelo Conselho da Europa, que exortou aos Estados-

---

<sup>8</sup> Pub. DR 1.ª Série, N.º 199, de 17-10-2011. Ignoramos se na presente data o mencionado Acordo já foi aplicado, uma vez que não temos notícia de terem sido aprovados os documentos de execução que definem os pormenores técnicos relativos às consultas efetuadas nos termos do art. 8.º (artigos 10.º, n.º 3 e 25.º, n.º 2).

Membros a institucionalizar o uso de análises de ADN com diversas finalidades admissíveis, bem como a adoção de sistemas de armazenamento de amostras biológicas (biobancos) e dos perfis genéticos obtidos (bases de dados de perfis de ADN), embora de acordo com regulamentação doméstica de cada Estado.

Trata-se da **Recomendação n.º R (92) 1**, adoptada pelo Comité de Ministros do **Conselho da Europa** de 10 de Fevereiro de 1992, que é, ainda hoje, vista como um instrumento referencial no contexto da cooperação judiciária em matéria de prova genética<sup>9</sup>.

Aludia a mencionada Recomendação à possibilidade de o «armazenamento» de perfis genéticos relativamente a condenados por crimes contra a vida, integridade ou segurança das pessoas.

Também no quadro da cooperação da CE e da EU, importa destacar variados esforços com a mesma finalidade, visando dotar os ordenamentos jurídicos nacionais de uma certa coerência e harmonização no que toca a alguns aspetos essenciais, como os de âmbito técnico-científico – uniformização e certificação de kits de marcadores de ADN, procedimentos analíticos, credenciação de entidades laboratoriais – e jurídico, como a definição das condições para a implementação de tais métodos, enquanto meios de prova no âmbito da investigação criminal (pressupostos de admissibilidade, competência, *etc*).

No quadro da **União Europeia (UE)**, deve destacar-se a **Resolução 97/C 193/02**, do Conselho, de 9 de junho de 1997 (relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN), como o instrumento que primeiramente incentivou os Estados-membros a criar bases nacionais de dados de ADN – apenas não-codificante –, de forma compatível, tendo em vista o (futuro) intercâmbio dos resultados das análises de ADN. Sugere-se ali que os Estados estruturassem esses resultados de acordo com os mesmos marcadores e tivessem em conta a possibilidade de tratamento informático dos referidos resultados.

---

<sup>9</sup> Essa Recomendação não limitava, curiosamente, as análises de ADN à parte não-codificante.

Por seu turno, a **Resolução 2001/C 187/01, do Conselho**, de 25 de junho de 2001, relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN – de cariz muito linear e datado –, reforçou o convite para que os Estados adotassem, na análise e tratamento de ADN para fins judiciais, uma série normalizada de marcadores de ADN (os sete marcadores *ESS: European Standard Set*, previstos no Anexo I), com vista a facilitar o intercâmbio de tais resultados.

Por isso, foi entretanto, aprovada a **Resolução 2009/C 296/01 do Conselho**, de 30 de novembro de 2009, a qual ampliou de sete para doze os marcadores de ADN<sup>10</sup> da Série Uniformizada Europeia (ou *ESS*)<sup>11</sup>. A este propósito, convém salientar que a Portaria n.º 270/2009, de 17-03 (anterior à dita Resolução 2009/C 296/01) – e que fixa, nos termos do art. 12.º da Lei n.º 5/2008, os marcadores de ADN a integrar nos ficheiros da base de perfis de ADN – apenas contempla seis dos doze marcadores indicados na Resolução como de «inserção obrigatória»<sup>12</sup>.

Um outro passo muito relevante no sentido da convergência de esforços de intercâmbio no domínio da prova genética (ao lado de outros aspetos de cooperação de fornecimento de informações, como os dados dactiloscópicos e os registos de veículos), foi o **Acordo (ou Tratado) de Prüm**, de 27 de maio de 2005, encontrando-se em vigor nos Estados-Membros signatários, a saber: o Reino da Bélgica, a Alemanha, a Espanha, a França, o Luxemburgo, os Países Baixos e a

---

<sup>10</sup> Nos termos da definição dessa Resolução, «Marcador de ADN» consiste numa molécula de ADN que, tipicamente, contém informações diferentes para indivíduos diferentes.

Um **marcador genético** é uma região variável do genoma, ou seja, um sistema de variantes normais (polimorfismos), que se apresenta de forma diferente em cada pessoa. A utilidade de um polimorfismo genético enquanto «marcador» é tanto maior quanto maior for o número de variantes possíveis e quanto mais aproximadas forem as frequências repetitivas de cada uma delas, i. e., quanto mais frequentes forem as suas formas mais raras e individualizáveis. Os polimorfismos podem conter-se na região codificante (exões) ou na região não-codificante (intrões) dos genes, ou fora deles, podendo até ser simples substituição de uma base (Adenida, Citosina, Guanina e Timina) ou a variação numa sequência repetitiva de duas ou mais bases (nesse caso, o polimorfismo será o número de repetições, muito variável, dessa sequência).

<sup>11</sup> O elenco de marcadores de ADN indicados no Anexo I é um “elenco mínimo”, podendo os Estados adotar outros. São os seguintes: D3S1358, VWA, D8S1179, D21S11, D18S51, HUMTH01, FGA, D1S1656, D2S441, D10S1248, D12S391, D22S1045.

<sup>12</sup> A Portaria n.º 270/2009 fixa os seguintes marcadores de «inserção obrigatória»: D3S1358, VWA, D8S1179, D21S11, D18S51, FGA, TH01 e Amelogenina, além de 16 marcadores de «inserção complementar». Parece-nos, s.m.o., carecer de rápida atualização para se compatibilizar com a Resolução 2009/C 296/01 do Conselho, de 30 de novembro.

Áustria, bem como nos Estados-Membros que a ele aderiram: Finlândia, Hungria e Eslovénia, Bulgária, Eslováquia e Itália. Portugal não chegou a aderir ao Tratado de Prüm, embora tenha um estatuto de observador.

O **Tratado de Prüm** visa aprofundar a cooperação transfronteiras, entre as Partes Contratantes, através, e em particular, das seguintes medidas:

- **Consulta e comparação automatizadas de perfis de ADN e dados dactiloscópicos** em bases de dados de outra ou outras Partes Contratantes, e subsequente troca de informações em caso de comparação positiva no quadro de um caso concreto (artigos 2.º a 11.º), de prevenção em geral (artigos 13.º a 15.º) ou de prevenção de actos terroristas (art. 16.º);

- **Consulta automatizada mútua das bases de dados de matrículas de veículos automóveis**, nos outros Estados (art. 12.º);

- **Troca de informações de natureza pessoal ou não pessoal, para prevenir a ocorrência de acções terroristas**, e para a **manutenção da ordem e segurança públicas em caso de grandes eventos, catástrofes ou acidentes graves** (artigos 16.º a 19.º);

- coordenação e **apoio mútuo em caso de agentes de segurança armados** em voos dos Estados Contratantes (artigos 17.º e 18.º);

- coordenação e apoio mútuo na **luta contra a imigração ilegal**, nomeadamente pelo uso de consultores em documentação falsa e aquando da expulsão (artigos 20.º e 21.º);

- reforço da cooperação policial transfronteiras ao nível operacional, nomeadamente pela implementação de **operações conjuntas e de intervenções transfronteiriças a pedido, ou por iniciativa própria em caso de urgência** (artigos 24.º, 25.º e 27.º).

Na sua estrutura, o **Tratado** consiste, além do preâmbulo, de 8 capítulos e dois anexos, de regulamentação relativa às seguintes matérias.

Capítulo I: Parte geral (artigo 1.º);

Capítulo II: **Perfis de ADN, dados dactiloscópicos e outros dados** (artigos 2.º a 15.º);

Capítulo III: Medidas para a prevenção de atentados terroristas (artigos 16.º a 19.º);

Capítulo IV: Medidas relativas à luta contra a migração ilegal (artigos 20.º a 23.º);  
Capítulo V: Outras formas de cooperação (artigos 24.º a 27.º);  
Capítulo VI: Disposições gerais (artigos 28.º a 32.º);  
Capítulo VII: Disposições gerais sobre protecção de dados (artigos 33.º a 41.º);  
Capítulo VIII: Disposições de aplicação e disposições finais (artigos 42.º a 52.º).

Anexo I: Informações; Anexo II: Armas de serviço (na Decisão 2008/615/JAI, os Estados podem proibir o uso de armas de agentes policiais estrangeiros)

Para uma adequada implementação e aplicação do **Tratado**, porventura fruto da vocação programática de muitas das suas disposições, as Partes podem celebrar acordos de execução (artigo 44.º), bem como instituem um órgão encarregado da implementação e aplicação do **Tratado** (artigo 43.º), funcionando, se bem se avalia, como um órgão de supervisão e controlo do mesmo<sup>13 14</sup>.

Não se tendo vinculado ao Tratado de Prüm, Portugal viria a ser, no entanto, abrangido como os demais Estados-Membros não subscritores do mesmo, pela Decisão-Quadro 2008/615/JAI, relativamente a aspetos nucleares naquele previstos, designadamente na esfera da cooperação transnacional em matéria de prova genética.

Como **principais instrumentos jurídicos em vigor na UE, e vinculando o Estado português, em matéria de intercâmbio de prova genética**, podem citar-se os seguintes:

---

<sup>13</sup> Sobre o Tratado e a sua compatibilidade com a ordem jurídica constitucional e legal nacional, cfr. o **Parecer do CC PGR 1/2006, de 26-07-2007**: «1.ª - A ratificação para adesão ao Acordo celebrado entre a Alemanha, a Áustria, a Bélgica, a Espanha, a França, o Luxemburgo e os Países Baixos, assinado, a 27 de Maio de 2005, em Prüm (Alemanha) «**Tratado de Prüm**», afigura-se compatível com as normas e princípios que enformam o sistema jurídico português; 2.ª - Os compromissos decorrentes daquela eventual adesão suscitam as observações e a produção de declarações, nos termos constantes do texto da presente informação-parecer, nomeadamente nos pontos 5.6, 8 e 9 do Ponto III.».

<sup>14</sup> Cumpre dizer que o Tratado de Prüm continua em vigor, e os demais Estados-membros podem a ele aderir, não obstante a aprovação das «Decisões Prüm», que vieram aplicar a todos os Estados-Membros alguns dos aspetos essenciais, dos quais falaremos *infra* no texto.

- A **DECISÃO-QUADRO 2006/960/JAI do CONSELHO**, de 18 de dezembro de 2006 - relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-Membros da UE. Trata-se de um importante instrumento, cuja exigência de exequibilidade já foi objeto de adequação/implementação no ordenamento nacional por via da Lei n.º 74/2009, de 12-08 Aprova o regime aplicável ao intercâmbio de dados e informações de natureza criminal entre as autoridades dos Estados membros da União Europeia). Este diploma suscita, de resto, algumas cautelas na sua aplicação, essencialmente relacionadas com o teor do art. 3.º, n.º 2, a que *infra* se fará referência mais detalhada.

- A **DECISÃO 2008/615/JAI do CONSELHO**, de 23 de junho de 2008 (relativa ao aprofundamento da cooperação transfronteiras, em particular no domínio da luta contra o terrorismo e a criminalidade transfronteiras). Trata-se do estabelecimento de **regras mínimas para todos os Estados-Membros** sobre as matérias de que se ocupa o Tratado de Prüm, circunscritas à prova genética, aos dados dactiloscópicos e ao registo de matrículas de veículos, e de outros meios de cooperação respeitantes a «Eventos importantes», «Prevenção de atentados terroristas», «Operações conjuntas», «Manifestações de massa, calamidades e acidentes graves», «utilização de armas de serviço, munições e equipamento», sem prejuízo da vigência das restantes disposições do Tratado entre os Estados aderentes<sup>15</sup>.

Esta Decisão contém, pois, disposições que são baseadas nas principais disposições do Tratado de Prüm, concebidas para melhorar o intercâmbio de informações, nos termos das quais os Estados-Membros se concedem reciprocamente direitos de acesso aos ficheiros de **análise automatizada de ADN**,

---

<sup>15</sup> As matérias reguladas no Acordo que não foram integradas no ordenamento jurídico da União Europeia, por via da Decisão referida no texto, são as matérias relativas à **intervenção de agentes armados a bordo de aeronaves** (artigo 17.º do Acordo), ao **porte de armas de serviço, munições e equipamento** daqueles agentes (artigo 18.º, *idem*), bem como as medidas atinentes à **luta contra a imigração ilegal** (artigos 20.º e seguintes, *idem*), as medidas em caso de **perigo iminente** (artigo 25.º, *idem*) e as obrigações de **prestação de assistência a pedido** (artigo 27.º, *idem*).

**aos sistemas automatizados de identificação dactiloscópica e aos dados de registo de matrícula de veículos<sup>16</sup>.**

No caso de dados provenientes de ficheiros nacionais de análise de ADN e dos sistemas automatizados de identificação dactiloscópica, um sistema de acerto/não acerto deverá permitir ao Estado-Membro que efectua a consulta solicitar, numa segunda fase, dados pessoais específicos ao Estado-Membro que administra o ficheiro e, se necessário, solicitar informações adicionais mediante procedimentos de assistência mútua, incluindo os que foram adoptados no âmbito da Decisão-Quadro 2006/960/JAI. A referida Decisão prevê, pois, prerrogativas de acesso recíproco aos ficheiros de análise automatizada de ADN, aos sistemas automatizados de identificação dactiloscópica e aos dados de registo de matrícula de veículos

- A **DECISÃO 2008/616/JAI do CONSELHO**, de 23 de junho de 2008, que fixa os detalhes e **pormenores técnicos de execução da Decisão 2008/615/JAI**, da mesma data<sup>17</sup>.

- A **DECISÃO-QUADRO 2009/905/JAI do CONSELHO**, de 30 de novembro de 2009, relativa à acreditação de prestadores de serviços forenses que desenvolvem atividades laboratoriais (relativas a perfis de ADN e dados dactiloscópicos) e de reconhecimento de resultados de acordo com a EN ISO/IEC 17025<sup>18</sup>.

O LPC-PJ, o INMLCF, I.P. e os laboratórios previstos no n.º 2 do art. 5.º da

---

<sup>16</sup> Os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para dar cumprimento às disposições da referida Decisão, relativamente ao capítulo 2 (ADN, dados dactiloscópicos e de registo de matrículas de veículos) no prazo de três anos após o início da produção de efeitos da decisão 2008/615/JAI do Conselho e da Decisão 2008/616/JAI do Conselho, ou seja no prazo de três anos a contar de 20 dias após a publicação de ambas, em 6 de Agosto de 2008 (art. 36.º, 1 da Decisão 2008/615/JAI).

<sup>17</sup> A estes instrumentos, acresce o mosaico jurídico de que faziam parte a Acção Comum 97/339/JAI, relativa à cooperação em matéria de ordem e segurança públicas e a Decisão-Quadro, de 13 de Junho de 2002, relativa às equipas conjuntas de investigação, sucessivamente enriquecido com novas componentes, com destaque para a Decisão-Quadro do Conselho relativa ao intercâmbio de informações com base no princípio da disponibilidade e a Decisão-Quadro relativa à protecção dos dados pessoais no âmbito do terceiro pilar.

<sup>18</sup> Todavia, chama-se a atenção para a aprovação de uma Norma Internacional mais avançada, a ISO 15189 (MARIA ADELINA C. AMARAL GOMES, «Relevância da Qualidade na Actividade dos Laboratórios de Genética Forense», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, p. 328.

Lei n.º 5/2008 adotarão condições necessárias para satisfazer os requisitos internacionalmente fixados para a acreditação da área laboratorial de análises de ADN em sede de controlo de procedimentos, validação de análises, padronização de metodologias e certificação de equipamentos (art. 40.º da Lei n.º 5/2008).

Deve, igualmente, mencionar-se a **DECISÃO-QUADRO 2009/948/JAI do Conselho**, de 30 de novembro de 2009, que visa a **prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal**, prevê a criação de uma obrigação de contacto entre as autoridades competentes do Estados-Membros, com vista a confirmar a existência de processos penais paralelos relativos aos mesmos factos respeitantes à mesma pessoa, bem como um mecanismo de intercâmbio de informações, mediante consultas diretas entre aquelas autoridades para definir uma solução desejável que poderá, eventualmente, levar à concentração dos processos conduzidos em paralelo num único Estado Membro<sup>19</sup>.

Há, ainda, a ter em consideração a **DECISÃO-QUADRO 2008/978/JAI do CONSELHO**, de 18 de dezembro, relativa a um **mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objectos, documentos e dados** para utilização no âmbito de processos penais<sup>20</sup>. A relevância deste instrumento é a de ter introduzido no quadro jurídico da UE o Mandado Europeu de Obtenção de Provas (**MEOP**), o qual visa permitir a obtenção e transferência de objetos, documentos e dados em determinadas condições.

Porém, as suas condições e finalidades, limitam o seu âmbito ao fornecimento de *elementos de prova já recolhidos no Estado de execução*, sendo aplicáveis quer a processos criminais, quer a processos relativos a contra-ordenações e outras classes de ilícitos desde que a decisão proferida seja passível de recurso para um órgão jurisdicional (art. 5.º)<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> O termo do prazo de implementação desta Decisão-Quadro ocorreu em 15 de junho de 2012.

<sup>20</sup> O termo do prazo da respetiva implementação ocorreu em 19-01-2011 (art. 23.º); consultável no sítio do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da PGR (cfr., [http://guiaajm.gddc.pt/Decisao-Quadro\\_2008\\_978\\_JAI.html](http://guiaajm.gddc.pt/Decisao-Quadro_2008_978_JAI.html), acedido em 18-11-2013).

<sup>21</sup> A produção *ex novo* de elementos de prova ficaria remetida para o âmbito dos procedimentos de auxílio judiciário mútuo, que continua(va)m a ser aplicáveis aos elementos não abrangidos pela Decisão MEOP.

Seria suposto que este instrumento pudesse prever no seu dispositivo, a solicitação de realização de recolha de bioamostra e análise para determinação de perfis de ADN. No entanto, **um importante aspeto do mesmo, consiste exatamente no que nele se prevê, relativamente à exclusão do seu âmbito, da obtenção (ou transmissão) de prova genética, nos termos da al. b) do n.º 2 do seu art. 4.º, com *infra* se verá.**

Em todo o caso, a dita **Decisão MEOP veio a ser ultrapassada pela Diretiva DEI (Decisão de Execução de Investigação)**, aprovada em 27 de Fevereiro de 2014, pelo Parlamento Europeu – contando, em princípio, com a corresponsabilização do Conselho da UE –, da qual ficarão apenas excluídos a Irlanda e a Dinamarca. Esta exclusão pode significar que a estes Estados-Membros não serão aplicáveis as disposições da Diretiva DEI, sobre cujas implicações em matéria de prova genética adiante nos debruçaremos com maior detalhe.

Importa, neste passo, proceder a uma abordagem tópica (e insegura) sobre um ponto suscitado pela Lei n.º 40/2013, 25-06, no tocante à **competência do CFBDPADN para a autorização de comunicação de dados de perfis de ADN numa fase anterior à fase de investigação**, às entidades previstas na Lei n.º 74/2009, de 12-08 – que são, como se sabe, «autoridades competentes de aplicação da lei de outros Estados membros da União Europeia, para efeitos da realização de investigações criminais ou operações de informações criminais» –, após pedido fundamentado, nos termos do art. 7.º da referida lei – **art. 2.º, n.º 3, al. n) da Lei n.º 40/2013.**

A Lei n.º 74/2009, de 12 de agosto, aprova o regime aplicável à simplificação e celeridade do intercâmbio de dados e informações de natureza criminal entre as autoridades dos Estados membros da União Europeia (“transpondo” para a ordem jurídica interna a Decisão-Quadro 2006/960/JAI, do Conselho, de 18 de dezembro de 2006).

Apesar de em parte alguma da referida Decisão-Quadro ou da Lei n.º

---

Entre as características principais do regime do MEOP, figura a dispensa da verificação do controlo da dupla incriminação relativamente às infrações constantes da lista do art. 14.º, n.º 2, tal como descritas no direito do Estado de emissão.

74/2009 se fazer expressamente menção à inclusão de perfis de ADN no conjunto de dados abrangidos, a verdade é que, dada a abrangência da sua definição no art. 2.º, al. *d*) da Decisão-Quadro e no art. 2.º, al. *d*) da Lei n.º 74/2009<sup>22</sup>, parece que os mesmos se não poderão subtrair à sua previsão. Esta conclusão seria pacífica, se o intercâmbio de informação se realizasse no quadro de investigações criminais instauradas, correspondentes a processos penais já instaurados.

Sucede que a referida Decisão-Quadro e a Lei n.º 74/2009 distinguem expressamente a fase de «investigação criminal» da fase de «operações de informações criminais»<sup>23</sup>.

Ora, o art. 2.º, n.º 3, al. *n*) da Lei n.º 40/2013, faz depender de autorização do CFBDPADN a «comunicação de dados de perfis de ADN numa fase anterior à fase de investigação», o que inequivocamente, remete para o conteúdo da definição de «operações de informações criminais».

Em termos nacionais (para além de operações dos serviços de informação), parece-nos que o único instituto legal suscetível de caber no conceito de «operações de informações criminais» ou «fase anterior à fase de investigação», seriam as ações de prevenção, previstas na Lei n.º 36/94, de 29-09, cujo âmbito de aplicação – essencialmente a corrupção e criminalidade económico-financeira (art. 1.º) – se afigura pouco consentâneo com a necessidade de intercâmbio de dados de perfis de ADN. Com efeito, aí, as «autoridades competentes de aplicação da lei» nacionais estão legalmente habilitadas a recolher, a tratar e a analisar informações sobre infrações ou atividades criminosas com o objetivo de determinar se foram ou poderão vir a ser cometidos atos criminosos concretos – antes, portanto, da instauração de um procedimento criminal –, apenas no quadro de ações de

---

<sup>22</sup> De acordo com as referidas disposições, entende-se por «dados ou informações»: *i*) Qualquer tipo de dados ou informações na posse das autoridades de aplicação da lei; e *ii*) Qualquer tipo de dados ou informações na posse de autoridades públicas ou entidades privadas, a que as autoridades de aplicação da lei tenham acesso sem recorrer à aplicação de meios de obtenção de prova a que se referem, respetivamente, o n.º 5 do art. 1.º da Decisão-Quadro e a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 74/2009 (medidas de coação).

<sup>23</sup> Cfr. art. 2.º, alíneas *a*) e *b*) da Decisão-Quadro 2006/960/JAI e art. 2.º, alíneas *b*) e *c*) da Lei n.º 74/2009: *b*) «Investigação criminal» uma fase processual em que por uma autoridade competente de aplicação da lei são feitas diligências na aceção do artigo 1.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto; *c*) «Operação de informações criminais» uma fase processual, anterior à fase da investigação criminal, em cujo âmbito uma autoridade competente de aplicação da lei está legalmente habilitada a recolher, a tratar e a analisar informações sobre infrações ou actividades criminosas, com o objectivo de determinar se foram ou poderão vir a ser cometidos actos criminosos concretos.

prevenção com aquele recorte.

De acordo com a lei, porém, não oferecerá discussão que possam caber no âmbito do conceito de «operações de informações criminais» as «medidas de polícia» e as «medidas especiais de polícia» previstas no Cap. V da Lei n.º 53/2008, de 29-08 (Lei de Segurança Interna).

É o art. 3.º, n.º 2 da Lei n.º 74/2009<sup>24</sup> que prevê, expressamente, que os únicos dados ou informações que podem transmitidas a autoridades de aplicação da lei de outros Estados-Membros, sem autorização das autoridades judiciárias, são exatamente os que resultam das medidas de polícia do capítulo V da Lei n.º 53/2008, de 29-08 (al. *c*) do art. 2.º da Lei n.º 74/2009), tratando-se de dados ou informações obtidos “fora do inquérito, da instrução ou do procedimento de averiguação preventiva admitido pela Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro”.

Em tais casos, podendo estar em causa a transmissão de dados de perfis de ADN, terá de interceder a autorização do CFBDPADN, dada a inviabilidade da exigência de «autorização das autoridades judiciárias competentes», nos termos do art. 2.º, n.º 3, al. *n*) da Lei n.º 40/2013. cremos, no entanto, que a maior dificuldade consistirá na justificação da delimitação entre essas fases – anteriores à fase de investigação criminal, ou seja, no quadro de um procedimento de medidas de polícia ou de medidas especiais de polícia, em que as autoridades nacionais carecessem de requisitar um perfil de ADN às autoridades de outro Estado-Membro – e a fase de investigação criminal propriamente dita, controlada já por uma autoridade judiciária.

De notar, contudo, que os dados de ADN não estão na posse das autoridades referidas no art. 2.º, al. *a*) da Lei n.º 74/2009 (*ex vi* art. 2.º, al. *d*) i) da mesma Lei), nem estão na posse das autoridades previstas no art. 2.º, al. *d*) ii) do mesmo diploma, dado que os perfis de amostras de ADN de arguido são colhidos através das regras quanto aos meios de obtenção de prova, uma vez que o art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008 remete para o art. 172.º do CPPen. Por isso, tratando-se de um

---

<sup>24</sup> Que prevê: «Quando sejam obtidos fora do inquérito ou da instrução, ou do procedimento de averiguação preventiva admitido pela Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, só podem ser transmitidos, sem autorização das autoridades judiciárias competentes, a autoridades previstas no artigo 1.º, os dados ou informações a que se refere a alínea *c*) do artigo anterior cuja obtenção tenha decorrido das medidas de polícia consagradas no capítulo V da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto».

caso em que o acesso a tais dados depende da autorização da autoridade judiciária competente, os mesmos devem ser requeridos pela autoridade (de aplicação da lei) requerida àquela, de acordo com o que dispõe o art. 4.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 74/2009.

Quanto aos perfis de ADN de condenados, encontrando-se os mesmos em ficheiro da base de dados, a comunicação teria que ser feita ao abrigo do art. 4.º, ou seja, nos mesmos termos em que seria feita, por exemplo, para a PJ ou outra autoridade de aplicação da lei internas, visto que o art. 9.º, n.º 1 remete para o art. 4.º, n.º 1.

Por outro lado, as autoridades (nacionais) de aplicação da lei, enquanto entidades requeridas, não podem recusar o fornecimento de dados e informações – em qualquer fase (anterior ou posterior à instauração de procedimento criminal) –, aí se incluindo os dados de perfis de ADN, exceto se a infração em causa for punível com pena de prisão igual ou inferior a um ano ou se existirem razões factuais para presumir que o fornecimento dos dados ou informações: *a*) iria afectar interesses essenciais de segurança nacional da República Portuguesa; ou *b*) iria pôr em risco o êxito de uma investigação em curso, de uma operação de informações criminais ou ainda a segurança das pessoas; ou *c*) seria claramente desproporcionado ou irrelevante em relação aos fins para os quais foi solicitado (art. 9.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 74/2009).

No que concerne a **perspetivas futuras**, como é sabido, nos termos do Tratado de Lisboa, nos domínios da cooperação judiciária em matéria penal o Parlamento Europeu e o Conselho, em co-decisão, adotam diretivas através do processo legislativo ordinário nos termos e com as especialidades constantes dos artigos 82.º e 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Em casos específicos podem adoptar regulamentos.

Em 27 de fevereiro de 2014 foi aprovada pelo Parlamento Europeu, a Diretiva relativa à «**Decisão Europeia de Investigação**» – DEI (Documento 16868/10, de 26 de novembro de 2010 e corrigenda 1 - documento 16868/10, COR

1, de 1 de Dezembro)<sup>25 26</sup>.

Com esta Diretiva, pretende-se a substituição dos instrumentos de auxílio judiciário em matéria penal existentes no quadro da União Europeia por um só instrumento de âmbito omnicompreensivo, abrangendo, tanto quanto possível e com eventuais exceções, todos os tipos de elementos de prova<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> O anúncio do processo de aprovação deste documento pode ser consultado em: <http://www.consilium.europa.eu/searchresults?lang=pt&search=Documento%2016868/10,%20de%2026%20de%20Novembro%20de%202010>.

A DEI é uma iniciativa que foi apresentada em Maio de 2010 por sete Estados-Membros: Áustria, Bélgica, Bulgária, Estónia, Eslovénia, Espanha e Suécia. O Reino Unido decidiu participar na DEI utilizando a opção de inclusão prevista no Protocolo 21 do Tratado de Lisboa. A Irlanda e a Dinamarca não tomam parte. O objetivo principal da iniciativa é o de possibilitar a um Estado-Membro da UE ("o Estado de emissão") emitir uma *Decisão Europeia de Investigação* e enviá-la a outro Estado-Membro ("o Estado de execução") de modo a que sejam aplicadas uma ou várias medidas de investigação específicas com vista à obtenção de provas. As medidas de investigação podem incluir, por exemplo, a audição de testemunhas, buscas e apreensões bem como, com garantias adicionais, interceções de telecomunicações, observação, infiltração e vigilância de contas bancárias. Segundo informações recentes, a proposta de Diretiva DEI foi aprovada pela Comissão de Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Internos do Parlamento Europeu, em 05-12-2013, tendo sido aprovada por este órgão em 27 de fevereiro de 2014, estando em falta a co-aprovação pelo CUE e sua publicação.

<sup>26</sup> Não tendo, todavia (em 10-03-2014), sido ainda publicada no JOUE.

<sup>27</sup> De acordo com o seu preâmbulo «A DEI deverá ter um âmbito horizontal, aplicando-se, por conseguinte, a todas as medidas de investigação que visam recolher elementos de prova. Todavia, a criação de equipas de investigação conjuntas e a recolha de elementos de prova por essas equipas requerem regras específicas que é melhor tratar separadamente. Sem prejuízo da aplicação da presente diretiva, os instrumentos existentes deverão portanto continuar a aplicar-se a esse tipo de medidas de investigação.

(9) A presente diretiva não se deverá aplicar à vigilância transfronteiras referida na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

(10) A DEI deverá centrar-se na medida de investigação que deve ser executada. A autoridade de emissão é a mais bem colocada para decidir da medida de investigação a utilizar, com base no conhecimento que tem dos dados da investigação em causa. No entanto, a autoridade de execução deve recorrer, sempre que possível, a outro tipo de medidas de investigação, caso a medida indicada não exista no seu direito nacional ou não esteja disponível em processos nacionais semelhantes. A disponibilidade deverá remeter para as ocasiões em que a medida de investigação indicada existe na lei do Estado de execução mas só está legalmente disponível em determinadas situações, por exemplo, quando a medida de investigação só pode ser aplicada por infrações de certa gravidade, contra pessoas a respeito das quais já existe um certo nível de suspeita, ou com o consentimento da pessoa em causa. A autoridade de execução deverá ser autorizada a recorrer a outro tipo de medida de investigação que conduza ao mesmo resultado que a medida de investigação indicada na DEI mas utilize meios que impliquem uma menor interferência nos direitos fundamentais da pessoa em causa.

(11) A DEI deverá ser escolhida quando a execução de uma medida de investigação parecer proporcionada, adequada e aplicável no caso concreto. A autoridade de emissão deverá por conseguinte confirmar se os elementos de prova procurados são necessários e proporcionados para efeitos do processo, se as medidas de investigação escolhidas são necessárias e proporcionadas para a recolha dos elementos de prova em causa e se, no âmbito da emissão da DEI, outro Estado-Membro deveria participar na recolha desses elementos de prova. Deverá ser efetuada a mesma avaliação no processo de validação, sempre que a validação da DEI seja exigida ao abrigo da presente diretiva. A execução de uma DEI não deverá ser recusada por outros motivos que não sejam os estabelecidos na presente diretiva. Todavia, a autoridade de execução deverá poder optar por uma medida de investigação menos intrusiva do que a indicada numa DEI, se esta permitir atingir o mesmo resultado.

(12) Ao emitir uma DEI, a autoridade de emissão deverá prestar especial atenção a que fique assegurada a plena observância dos direitos consagrados no artigo 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União

Esse instrumento, baseado no princípio do reconhecimento mútuo, deverá preservar a flexibilidade do sistema tradicional de auxílio judiciário mútuo que visa substituir.

A Diretiva DEI, pretendendo ser omnicomprensiva das múltiplas formas de cooperação judiciária em matéria penal, *maxime* de obtenção de prova, omite qualquer referência à medida probatória de recolha de amostra biológica, com vista à determinação do perfil de ADN.

Salvo melhor entendimento, afigura-se-nos que deverá continuar a considerar-se que a recolha de amostra biológica em pessoa, análise de ADN e transmissão do respetivo perfil se acham previstos e regulados no art. 7.º da Decisão 2008/615/JAI.

---

Europeia («Carta»). A presunção de inocência e o direito à defesa em processo penal, são uma pedra angular dos direitos fundamentais reconhecidos na Carta no domínio do direito penal. Qualquer limitação desses direitos por uma medida de investigação ordenada nos termos da presente diretiva deverá obedecer aos requisitos estabelecidos no artigo 52.º da Carta no que diz respeito à necessidade, à proporcionalidade e aos objetivos dessa medida, em especial a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

(...)

(24) A DEI estabelece um regime único para a obtenção de elementos de prova. Todavia, são necessárias regras adicionais para certos tipos de medidas de investigação que deverão ser indicadas na DEI, como sejam a transferência temporária de pessoas detidas, a audição por videoconferência ou conferência telefónica, a obtenção de informações relacionadas com contas ou operações bancárias, as entregas vigiadas, ou as investigações encobertas. A DEI abrange medidas de investigação que impliquem a recolha de elementos de prova em tempo real, de forma ininterrupta e durante um determinado período, embora sempre que necessário devam ser acordadas disposições práticas entre o Estado de emissão e o Estado de execução a fim ter em conta as diferenças existentes entre as legislações nacionais.

(25) A presente diretiva estabelece regras para a execução de medidas de investigação, em todas as fases do processo penal, inclusive a fase de julgamento, se necessário com a participação da pessoa em causa com vista à recolha de provas. Por exemplo, a DEI pode ser emitida para a transferência temporária dessa pessoa para o Estado de emissão ou para uma audição por videoconferência. No entanto, se essa pessoa deve ser transferida para outro Estado-Membro para efeitos de ação judicial, incluindo apresentação a julgamento, há que emitir um mandado de detenção europeu em conformidade com a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho.

(26) Por forma a assegurar uma utilização proporcionada dos mandados de detenção europeu, as autoridades de emissão deverão ponderar se a DEI será um meio eficaz e proporcionado de conduzir o processo penal. As autoridades de emissão deverão ponderar, em especial, se a emissão de uma DEI para audição de um suspeito ou arguido, por meio de videoconferência, poderá constituir uma alternativa eficaz.

(27) Pode ser emitida uma DEI para obter elementos de prova relativos às contas de qualquer tipo em bancos ou instituições financeiras não bancárias, de que é titular a pessoa sujeita a processo penal. Esta possibilidade deve ser entendida em sentido lato, de forma a incluir não só os suspeitos ou arguidos como também quaisquer outras pessoas relativamente a quem tais informações sejam consideradas necessárias pelas autoridades competentes no decurso do processo penal».

Cfr. teor do documento em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20140227+ITEMS+DOC+XML+V0//PT&language=PT#sdocta2>.

### I.3. Sobre a execução(-implementação) das Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI do Conselho

O impacto das duas Decisões do Conselho em apreço, no nosso ordenamento jurídico, constituem objeto primordial da nossa abordagem, dadas as vicissitudes que apresenta o seu processo de execução/implementação.

A nossa preocupação, relativamente ao cumprimento das disposições das **Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI do Conselho**, de 23 de junho de 2008, circunscrever-se-á, como anunciado no título deste trabalho, às questões respeitantes ao intercâmbio da prova genética, ou seja, o acesso em linha e pedidos de acompanhamento entre ficheiros de perfis de ADN.

As Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI, no fundo, alargam aos Estados-Membros da UE não aderentes ao Tratado de Prüm, as suas disposições fulcrais<sup>28</sup>.

Importará observar que uma primeira impressão que fica, após a leitura combinada das duas referidas Decisões, é a de que pretendendo embora destinar-se à cooperação judiciária e intercâmbio de informações prioritariamente no âmbito da «criminalidade grave», do “miolo” normativo não resulta claramente essa preocupação, parecendo que poderá estar em causa (primordialmente) a cooperação no quadro da «média criminalidade».

Como acima se referiu, o art. 4.º, n.º 2, al. *b*) da Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho, de 18-12-2008 (MEOP) exclui expressamente do seu âmbito «exames físicos ou recolha de elementos materiais ou dados biométricos directamente de um corpo humano, incluindo amostras de ADN ou impressões digitais»<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Também por isso sendo designadas «Decisões Prüm».

<sup>29</sup> É o seguinte o teor da referida disposição:

#### Artigo 4.º

#### **Âmbito de aplicação do mandado europeu de obtenção de provas**

1. Sem prejuízo do n.º 2 do presente artigo, o mandado europeu de obtenção de provas pode ser emitido nas condições referidas no artigo 7.º, tendo em vista obter, no Estado de execução, objectos, documentos ou dados de que o Estado de emissão necessite para efeitos dos processos a que se refere o artigo 5.º. O mandado europeu de obtenção de provas abrange os objectos, documentos ou dados nele especificados.

Exclusivamente para o que nos importa no presente estudo, a recolha de amostra biológica (diretamente do corpo humano) – p. e.x, através de uma zaragatoa bucal – é insuscetível de constituir objeto de pedido de execução/obtenção ao abrigo de tal instrumento<sup>30</sup>.

Contudo, essa matéria parece ter sido explicitamente incluída na Decisão 2008/615/JAI, no que respeita ao intercâmbio em matéria de ADN<sup>31</sup>, concretamente no seu art. 7.<sup>º</sup><sup>32</sup>. De acordo com este preceito, será viável, no

---

2. O mandado europeu de obtenção de provas não é emitido para requerer à autoridade de execução que:

- a) (...);
- b) Efectue exames físicos ou recolha elementos materiais ou dados biométricos directamente de um corpo humano, incluindo amostras de ADN ou impressões digitais;**

- (...)
- 3. (...);
- 4. (...);
- 5. (...);
- 6. (...).

<sup>30</sup> Muito menos se afigura viável outro tipo de colheita de amostras biológicas, como recolha de sangue, urina ou tecidos.

<sup>31</sup> Ficando, aparentemente, excluídas as impressões digitais, que não são passíveis de recolha nem pela Decisão 2008/615/JAI nem pela Decisão-Quadro 2008/978/JAI.

<sup>32</sup> É o seguinte o teor do preceito em causa:

#### Artigo 7.º

#### **Recolha do material genético e transmissão de perfis de ADN**

Se, no decurso de uma investigação ou processo penal, não se dispuser do perfil de ADN de uma determinada pessoa que se encontre no território do Estado-Membro requerido, este deve prestar auxílio judiciário **mediante a recolha e a análise do material genético da pessoa em causa, bem como a transmissão do perfil de ADN obtido**, sempre que:

- a) O Estado-Membro requerente comunique o fim a que se destina o procedimento requerido;
- b) O Estado-Membro requerente apresente uma ordem ou declaração de investigação da autoridade competente, necessária por força da sua legislação nacional, da qual se depreenda que estariam reunidas as condições para a recolha e análise do material genético se a pessoa em causa se encontrasse no território do Estado-Membro requerente;
- e
- c) Em conformidade com a legislação nacional do Estado-Membro requerido, estejam reunidas as condições para a recolha e análise do material genético e para a transmissão do perfil de ADN obtido.

decurso de uma investigação ou processo penal em que não se disponha do perfil de ADN de uma determinada pessoa que se encontre no território do Estado-Membro requerido, solicitar a este auxílio judiciário **mediante a recolha e a análise do material genético da pessoa em causa, bem como a transmissão do perfil de ADN obtido.**

A obtenção deste elemento de prova é efetuada *ex novo*, relativamente a uma situação em que poderá haver necessidade de comparar um ou mais perfis de amostras-problema recolhidas em locais de crime, ou outras hipóteses.

Torna-se, por conseguinte, pertinente, indagar se a Decisão 2008/615/JAI do Conselho não comporta, mais do que um objetivo de estrita cooperação no domínio do intercâmbio da prova genética já recolhida, uma disposição relativa à obtenção (e produção) de prova genética *ex novo*.

No nosso modesto entendimento, a Decisão 2008/615/JAI traz no seu conteúdo algo mais do que a previsão de «disposições relativas às condições a ao procedimento para a transferência automatizada de perfis de ADN» (art. 1.º, al. *a*). O art. 7.º prevê um procedimento de cooperação e prestação de auxílio judiciário em matéria de obtenção de provas, designadamente, a recolha e análise de material genético de pessoa que se encontre no Estado-membro requerido, bem como a transmissão (não automatizada) do perfil de ADN obtido.

Face a esses dados, torna-se ainda pertinente indagar sobre se as ditas Decisões Prüm carecem de “disposições de aplicação”, e em que termos.

HELENA MONIZ pronuncia-se pela “imprescindibilidade” de “transposição” da Decisão 2008/615/JAI, de 23-06<sup>33</sup>; no mesmo sentido se pronuncia, também,

---

<sup>33</sup> «Condições e Limites da Utilização da Prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, p. 81. Deve, contudo, registar-se que o referido é transcrição da preleção oral, documentando uma espontaneidade terminológica em que se admite que «transposição» signifique adoção de medidas normativas que tornam integralmente exequíveis as determinações da Decisão-Quadro. Da mesma Autora, cfr., com muito interesse, «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiriça em matéria de transferência de perfis de ADN», *RMP*, N.º 120, Ano 30 – Out.-Dez. 2009, pp. 145-156, embora aqui não se pronuncie sobre a questão referida no texto.

SIMAS SANTOS<sup>34</sup>. Ainda no mesmo sentido, vão as Recomendações proferidas na sessão de encerramento da Conferência do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012 *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal*, que decorreu no dia 13 de abril de 2012, no Auditório da FDUC<sup>35</sup>.

Estas posições carecem, salvo o devido respeito, de alguma precisão.

Em primeiro lugar, como se sabe, no quadro da teoria geral dos atos jurídicos da UE, a «Decisão» é um dos atos através dos quais o Conselho (da União Europeia) exerce o seu poder de decisão; é, talvez, um dos mais emblemáticos, ao lado dos regulamentos e das diretivas<sup>36</sup>.

De acordo com o art. 288.º do Tratado da UE (nova numeração, correspondente ao art. 249.º do Tratado CE), a «**Decisão**» é **obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar** (tal como o regulamento). Distingue-se da «Diretiva» – que também impõe o resultado a atingir –, mas, diversamente dela, a decisão obriga quanto às modalidades de execução (não apenas quanto ao resultado)<sup>37</sup>.

As decisões podem dirigir-se aos Estados, e, numa certa modalidade, podem obrigá-los a adotar, na sua ordem interna, as medidas legislativas, regulamentares ou administrativas que a própria decisão prescreve<sup>38</sup>.

Este enquadramento conceitual, permite-nos concluir pela impropriedade técnica da utilização do termo «transposição» ao falar-se de uma Decisão; **a Decisão**

---

<sup>34</sup> «Mecanismos de verificação e Fiscalização (na Base de dados de Perfis de ADN)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, p. 75.

<sup>35</sup> «Recomendações», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, p. 199.

<sup>36</sup> Sendo certo que as Decisões podem ser do Conselho, mas também do Parlamento e do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu (Cfr. JOÃO MOTA DE CAMPOS - JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS - A. PINTO PEREIRA, *Manual de Direito Europeu*, Coimbra Editora, 7.ª ed., 2014, pp. 338 e ss.

<sup>37</sup> JOÃO MOTA DE CAMPOS - JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional – A Ordem Jurídica – O Ordenamento Económico da União Europeia*, 5.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 2007, pp. 332-334.

<sup>38</sup> O objeto das decisões em causa não contende, à partida, com a eventualidade de efeitos diretos e imediato na esfera jurídica dos cidadãos, pelo que não se abrirá aqui a problemática relativa ao esbatimento das diferenças entre regulamento e decisão, quanto aos seus efeitos na ordem interna dos Estados-membros.

**não exige nem tolera «transposição»** enquanto providências legislativas ou de outro tipo, para a sua validade e eficácia na ordem jurídica interna<sup>39</sup>.

Porém, **pode demandar a adoção de medidas legislativas, regulamentares ou administrativas** que a própria decisão prescreve, se não estiverem (já) previstas na ordem jurídica interna e se tornem necessárias para a sua plena aplicabilidade nesta mesma ordem jurídica. Pode ser necessário adequar a legislação ou regulamentação interna (revogando ou aprovando novos atos) ao conteúdo da Decisão, se entre eles houver incompatibilidade insanável.

É isso, no fundo, que pode, no presente caso, ser questionado.

A «Decisão comunitária» não modifica, em princípio, por si própria, a ordem jurídica interna dos Estados a que se pode dirigir, nem as posições jurídicas individuais<sup>40</sup>; essa modificação resultará normalmente, da aplicação pelos Estados-Membros destinatários da decisão, das medidas que a decisão lhes impõe que adotem. Pode ser, assim, necessária «mediação normativa nacional», caso o ordenamento jurídico interno dos Estados careça de dispositivos legais, regulamentares ou administrativos para que a Decisão possa ser plenamente eficaz, mas não de «transposição», categoria normativa exclusivamente aplicável e reservada às diretivas (que fixam obrigações de resultados, mas não de meios).

Assente que está a desnecessidade da sua «transposição» (propriamente dita, enquanto conceito técnico-jurídico), cumpre, por isso, averiguar se, face às disposições da Decisão 2008/615/JAI, *maxime* das concernentes ao intercâmbio de prova genética, cumprirá ao legislador nacional a adoção de algumas medidas com vista à sua plena execução na ordem jurídica interna<sup>41</sup>.

A própria **Decisão 2008/615/JAI** prevê a possibilidade de os Estados-Membros tomarem as «medidas necessárias para o cabal cumprimento» das suas

---

<sup>39</sup> JOÃO MOTA DE CAMPOS - JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional – A Ordem Jurídica – O Ordenamento Económico da União Europeia*, cit., pp. 333-334.

<sup>40</sup> O *efeito direto* dos atos jurídicos comunitários é, em princípio, reservado aos regulamentos.

<sup>41</sup> Cabe acrescentar que a **Decisão do Conselho 2011/472/UE reconheceu que** «Para efeitos de consulta e comparação automatizada de dados de ADN, **Portugal aplicou integralmente as disposições gerais** relativas à **protecção de dados** previstas no capítulo 6 da Decisão 2008/615/JAI, estando habilitado a receber e a transmitir dados pessoais nos termos dos artigos 3.º e 4.º dessa decisão, a partir da data de entrada em vigor da presente decisão» (**negrito** nosso).

disposições (art. 36.º, n.º 1), onde podem caber medidas de cariz legislativo, regulamentar ou meramente administrativo.

Percorrendo as disposições respeitantes à matéria de intercâmbio de perfis de ADN, poderemos adiantar, perfunctoriamente, as seguintes observações:

Quanto ao art. 2.º (**Criação de ficheiros nacionais de análise de ADN**): afigura-se-nos que os critérios de criação e preenchimento da base de dados de perfis de ADN, da Lei n.º 5/2008, satisfazem os requisitos ali enunciados.

Artigos 3.º (**Consulta automatizada de perfis de ADN**) e 4.º (**Comparação automatizada de perfis de ADN**): não parece tornar-se necessária a adoção de especiais medidas para a sua aplicação.

Art. 5.º (**Transmissão de outros dados pessoais e de outras informações**): o regime da transmissão dos dados pessoais e de outras informações relacionadas com os índices de referência, parecem poder satisfazer-se com os critérios e garantias da Lei n.º 5/2008, que salvaguarda a anonimização dos dados pessoais, separados dos perfis de ADN.

Art. 6.º (**Ponto de contacto nacional e medidas de execução**): o art. 3.º, n.º 2, al. j) do Dec.-Lei n.º 166/2012, de 31-07 (Orgânica do INMLCF, I.P.) preveja que ao INMLCF, I.P. compete «Assegurar a articulação com entidades similares estrangeiras e organizações internacionais» e o art. 16.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 atribua ao INML(CF) a responsabilidade pelas operações aplicáveis à base de dados de perfis de ADN; temos conhecimento que o INMLCF, I.P. foi já designado como «ponto de contacto» nacional para a transmissão de dados referida nos artigos 3.º e 4.º, não se afigurando que qualquer outra entidade pudesse reunir os necessários requisitos para o efeito<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> De notar que devem, igualmente, ser indicados os pontos de contacto em matéria de dados dactiloscópicos (art. 11.º) e dados de registo de matrícula de veículos (art. 15.º). Sem prejuízo de outro poder vir a ser o entendimento dos decisores, parece-nos que as entidades mais habilitadas para desempenharem as funções de “ponto de contacto nacional” para estas matérias, serão, respetivamente, o Laboratório de Polícia Científica (LPC-PJ) e o Instituto de Registos e Notariado, I.P. (IRN, I.P.). É, aliás,

Art. 7.º (**Recolha do material genético e transmissão de perfis de ADN**): nesse particular, parece resultar evidente a necessidade de adoção de algumas medidas de execução do preceito, que terá de ser necessariamente «regulamentado», nomeadamente quanto à determinação dos critérios de aplicação do seu regime, *n.g.*, a definição dos órgãos judiciais competentes – em razão da hierarquia e do território – para proceder às diligências de prova requeridas, a previsão da disciplina procedimental, o eventual regime de recursos, definir se o perfil ficará a constar na base de dados nacional, entre outros aspetos.

Portanto, em bom rigor, se bem vemos as coisas, a necessidade de mediação normativa mais relevante é exigida por uma matéria – obtenção e transmissão de prova genética – que não deveria integrar a DECISÃO 2008/615/JAI, mas que nela se encontra prevista.

A **Decisão 2008/616/JAI** contém, essencialmente, as «disposições administrativas e técnicas necessárias à execução da Decisão 2008/615/JAI» (as «medidas de execução» a que se refere o art. 33.º desta Decisão), bem como uma Anexo com informações pormenorizadas sobre a execução técnica e administrativa, além de cometer ao secretariado do Conselho a elaboração de um Manual (art. 18.º da Decisão 2008/616/JAI).

Relativamente à matéria de transmissão de dados de ADN, salvo melhor opinião e estudo mais aprofundado, não há aspetos em desconformidade com ordem jurídica interna, que obrigassem à revisão ou atualização da legislação nacional para a adequação ao conteúdo da Decisão.

---

esta a entidade designada para ponto de contacto nacional para efeitos da Lei n.º 4/2014, de 07-02, respeitante ao intercâmbio transfronteiriço de informações relacionadas com a prática de infrações rodoviárias com utilização de veículo matriculado num Estado membro distinto daquele onde a infração foi cometida, e transpõe a Diretiva n.º 2011/82/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro, que visa facilitar o intercâmbio transfronteiriço de informações sobre infrações às regras de trânsito relacionadas com a segurança rodoviária (art. 7.º).

Por fim, convém referir que o legislador nacional já presume como vigentes – pelo menos, nas partes em que não carecem da mediação normativa – as DECISÕES 2008/615/JAI e 2008/616/JAI, uma vez que, nos artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 4/2014, de 07-02 (que respeita ao intercâmbio transfronteiriço de informações relacionadas com a prática de infrações rodoviárias com utilização de veículo, e transpõe a Diretiva n.º 2011/82/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro) já alude à suscetibilidade de aplicação do seu regime na respetiva esfera material.

*«(...) é preciso que fique clara a distinção entre o DNA (uma molécula que contém muitas informações) e o perfil genético (uma pequena informação extraída do DNA). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, obtido a partir das regiões não-codificantes do DNA é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização».*

Guilherme S. Jacques e Aline Minervino

## **II. A ordem de recolha de perfis de ADN de condenados**

### **II.1. Algumas notas introdutórias e referências comparadas**

Os problemas colocados pela necessidade (ou indispensabilidade) de obtenção de perfis por análises de polimorfismos de moléculas de ADN, normalmente associada às exigências de investigação criminal – podendo dizer-se que se trata de um novo paradigma de *identificação genético-criminal* –, colocam-se em diversos níveis.

Desde logo, no plano da investigação criminal, enquanto meio de prova, a identificação através de perfis genéticos, configurando-se como meio probatório já indispensável (ou, mesmo, insubstituível), suscitam problemas de admissibilidade e de validade de produção (e de valoração).

No âmbito da inserção de perfis genéticos em ficheiros (de bases) de perfis dessa natureza, encontram-se questões de outro tipo, que vão da própria definição das autoridades competentes para determinar e efetuar a recolha de amostras de desconhecidos (no local do crime), de colheita de amostras em suspeitos e em arguidos, e da colheita em condenados, bem como da admissibilidade do seu

tratamento (análise e determinação do perfil, e eventual comparação) e dos pressupostos de transição para as bases de dados de perfis<sup>43</sup>.

Por sua vez, no que especificamente respeita à constituição (“povoamento” e “esvaziamento”) das bases de dados de perfis de ADN, resolvidas aquelas questões, podem elencar-se outras, que se prendem concretamente com os critérios respeitantes a: 1) tipos de perfis a inserir; 2) possibilidades de cruzamento dos perfis; 3) termos de conservação dos perfis; 4) remoção dos perfis; 5) tratamentos das amostras biológicas (problemas sobre “biobancos”) e 6) entidades administradoras das bases.

Relativamente a todas estas problemáticas, vigoram na Europa e noutros continentes, modelos muito díspares e diferenciados, sendo difícil encontrar dois modelos idênticos.

Ilustraremos comparadamente, de forma esquemática, alguns sistemas com certa proximidade geográfica e jurídico-cultural relativamente ao nosso.

Parecendo-nos um exemplo a referir, por se tratar de um dos modelos com maiores taxas de sucesso na resolução de casos de identificação criminal – apesar de não ter grandes afinidades com o nosso sistema jurídico –, o **Reino Unido** (Inglaterra e País de Gales) desenvolveu o seu UK NDNAD, em vigor desde a sua implementação, em abril de 1995, da *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, que conta com mais de 4,5 milhões de perfis<sup>44</sup>. Gerida pelo *FSS (Forensic Science Service)*, passou a contar com uma inclusividade crescente: desde a admissão inicial de condenados (1995), alargou-se a acusados por crimes suscetíveis de figurar em registo criminal, ainda que não acusados ou absolvidos (2001), até se permitir a recolha de amostras a pessoas detidas ou conduzidas à esquadra de polícia por

---

<sup>43</sup> Para além das questões atinentes à proteção de dados pessoais, que não encontram particulares especificidades neste âmbito, havendo aí uma tutela partilhada entre a CNPD e o CFBDPADN (cfr. artigos 17.º, n.º 2, 19.º, n.º 2, 24.º, n.º 2 e 38.º da Lei n.º 5/2008 e art. 30.º da Decisão 2008/615/JAI, do Conselho, de 23-06).

<sup>44</sup> Estimando-se que todos os meses são entre 40.000 a 50.000 novos registos (amostras biológicas, perfis de suspeitos, acusados e condenados).

infrações passíveis de figurar em registo criminal (2003). Esses perfis permanecem na base, que é gerida pelo *Home Office*, por período virtualmente indefinido<sup>45</sup>.

Na **Alemanha**, o sistema de recolha de bioamostras é fundamentalmente regulado pelos §§ 81a<sup>46</sup>, 81e<sup>47</sup>, 81f<sup>48</sup> e 81g da StPO e § 3 da DNA-Identitätsfeststellungsgesetz<sup>49</sup> (Lei de Identificação Genética ou de Identificação por DNA), enquanto a base de dados e a inserção de perfis genéticos é essencialmente disciplinada pelo § 3 da DNA-IFG e pelos §§ 2, 7 e 8 da Bundeskriminalamtgesetz (BKAG – Lei da Polícia Judiciária da União), uma vez que está cometida à BKA a administração da base.

Convém dizer que na lei processual alemã – *maxime* nos §§ 81a e 81b da StPO –, se encontra expressamente admitida a utilização da força ou meios coercivos, mediante despacho judicial autorizativo, para a recolha de amostras biológicas, já que a extração de sangue ou outras ingerências corporais podem ser levadas a cabo por pessoal médico sem o consentimento do sujeito passivo, sempre que não resulte para este prejuízo ou perigo para a saúde. Como refere C. ROXIN, o suspeito pode ser conduzido, mediante uso da força física, ao hospital ou local adequado, onde se procede à recolha da amostra biológica, o que faz presumir que o mesmo deverá tolerar passivamente a “*Körperliche Untersuchung*” (“*investigação corporal*”, que não afete a substância corporal) ou a “*Körperliche Eingriffe*” (“*intervenções corporais*”, as ingerências que potenciam a criação de risco para a saúde, que devem ser realizadas por pessoal médico, de acordo com as *leges artis*)<sup>50</sup>. Estas ingerências devem ser, sempre que possível, levada a cabo mediante a autorização do «Ermittlungsrichter» (uma figura

---

<sup>45</sup> Apesar do Ac. TEDH S. e Marper c. Reino Unido, de 04-12-2008, este Estado ainda não tomou qualquer providência respeitante à limitação e cancelamento da manutenção de perfis de ADN na NDNAD. Na Escócia, porém, as amostras de suspeitos são retidas apenas até à absolvição ou arquivamento.

<sup>46</sup> Respeita a exames físicos e análises e sangue, a serem pedidas por um juiz («Ermittlungsrichter», figura próxima no Juiz de instrução do nosso sistema), e, em caso de urgência, pelo MP.

<sup>47</sup> O material biológico obtido ao abrigo do disposto no § 81a pode ser utilizado para exames moleculares e genéticos, mas apenas para as finalidades previstas no § 81c, ou seja, e de forma muito genérica, apenas no âmbito da investigação de um certo processo.

<sup>48</sup> Perante o não consentimento do visado, as medidas previstas no § 81e apenas podem ser pedidas perante um tribunal e dentro de apertadas circunstâncias.

<sup>49</sup> Que prevê a possibilidade de armazenamento dos dados colhidos ao abrigo daqueles artigos da StPO.

<sup>50</sup> *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, C.H. Beck, München, 1995, p. 247, *apud* BENJAMIM S. RODRIGUES, *Da prova penal ...*, cit., p. 654 (nota 789).

de juiz cuja competência é próxima da do juiz de Instrução do nosso sistema processual), embora em casos de urgência e de perigo na demora, as mesmas (colheita de sangue ou arrancar um cabelo pela raiz) possam ser determinadas pelo MP ou por autoridades policiais, devendo o «Ermittlungsrichter» intervir posteriormente, validando a realização de tais procedimentos e decidindo sobre a pertinência e oportunidade de realização da subsequente perícia (cfr. §§ 81a (2) e 81c (5) da StPO).

No tocante à recolha de elementos corporais do cenário do crime, apesar de não se colocar um problema de consentimento do titular dos vestígios biológicos (abandonados), que é desconhecido, também é exigida a autorização judicial (“*Richtervorbehalt*”) - § 81f(1) 2.ª frase, da StPO<sup>51</sup>.

Em ambos os casos – na recolha coerciva de “amostra-referência” do visado e na recolha de vestígios não determinados (“amostras-problema”), não se verifica qualquer limitação quanto ao tipo de infração a investigar, competindo apenas ao juiz avaliar da pertinência e adequação da medida – sem necessidade de esgotar outros meios probatórios – para conduzir à identificação do(s) autor(es) do(s) facto(s).

Uma alteração legislativa do regime do ficheiro BKA de perfis genéticos contempla a exigência de determinação/autorização judicial para a conservação dos perfis<sup>52</sup>.

Nos termos da alínea (3) do § 81g, estipula-se que o juiz pode ordenar a recolha para conservação e comparação futura de impressões genéticas – mesmo relativamente a pessoas exoneradas de responsabilidade criminal ou insuscetíveis de serem julgadas, por vicissitudes processuais –, podendo as mesmas ser conservadas

---

<sup>51</sup> Após alteração introduzida pela Lei de 6 de agosto de 2002, alvo de forte contestação, dada a carga acrescida de formalismo que comporta.

<sup>52</sup> Na Alemanha, é a BKA (equivalente à Polícia Judiciária Federal) que administra o ficheiro de perfis de ADN, criado desde a Lei de Identificação Genética (DNA-IFG), de 17 de abril de 1998. A Bundeskriminalamtgesetz atribui à BKA a possibilidade de administrar os ficheiros de outras polícias anteriormente constituídos, pelo que assume a responsabilidade de definir e gerir as características dos mesmos, por regulamento, o que vem sendo objeto de contestação, procurando-se sujeitar esse regime a uma reserva de lei, face aos interesses envolvidos, que podem vulnerar direitos fundamentais dos cidadãos (direito à presunção de inocência, direito à não auto-incriminação, direito de autodeterminação informacional, *inter alia*).

no caso de 1) o facto cometido possa ter particular gravidade, 2) o risco de reiteração esteja documentado, e 3) a medida seja necessária.

O § 81g da StPO consagra a hipótese de recolha de amostra para determinação de perfil genético relativamente a pessoas já condenadas (*“rechtskräftige Verurteilte”*) ou sobre arguido na pendência de processo, enquanto não for absolvido – declarado não culpado ou exonerado de responsabilidade –, com vista a permitir a resolução de “casos futuros”.

Por outro lado, apesar de a Lei de 19 de dezembro de 2003 sobre criminalidade sexual, admitir a inserção de perfis genéticos de condenados por qualquer tipo de infração sexual, o juiz não deixa de se pronunciar em concreto sobre a necessidade, pertinência da inserção dos respetivos perfis de ADN dos condenados, em função da gravidade do delito e do risco de reincidência.

A situação relativamente à admissibilidade da produção de prova genética e à inserção de perfis genéticos em **Espanha** ganhou alguma maior densidade normativa após a publicação da Ley Orgánica 10/2007, de 08-11 (*Reguladora da base de dados policial sobre identificadores obtidos a partir do ADN*), mas não pôs termo à assinalável controvérsia doutrinal e jurisprudencial relativamente a aspetos cruciais, como, p. ex., no regime de recolha de bioamostras, concretamente no tocante à admissibilidade da força física.

Com a entrada em vigor da Ley Orgánica 10/2007 – administrada pela Secretaria de Estado de Seguridad do Ministério do Interior, integrando todos os ficheiros das Forças e Corpos de Segurança do Estado –, seria de presumir que o legislador clarificasse definitivamente a situação relativamente à ambiguidade do conteúdo dos artigos 326 *in fine* e 363 da LECrim, assim como o art. 778. 3 do mesmo diploma. Contudo, isso não aconteceu<sup>53 54</sup>.

---

<sup>53</sup> Como notaria M. de HOYOS SANCHO, a «(...) notable insuficiencia de estos preceptos, que tampoco fue solventada por la entrada en vigor de la LO 10/2007 – ni siquiera por su Disposición Adicional 3.ª, como quisieron entender algunos (...)» («Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», *Curso La Ilícitud de las Pruebas en Proceso Penal*, 1.ª ed., Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p. 4).

<sup>54</sup> Que a questão está, ainda hoje, longe de ter sido “pacificada” e consensualizada, mostram-no-lo a abundante doutrina, em que se destacam J. F. ETXEBERRIA GURIDI, «Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal», *Revista de Derecho y Genoma*

Alguma doutrina, e mesmo alguma jurisprudência, perante a Disposição Adicional Tercera da LO 10/2007<sup>55</sup>, continuam a entender não existir suficiente e satisfatória base legal ou *norma legal habilitante* para tornar lícito o emprego da força física para obter amostras biológicas com fins de determinar o perfil de ADN, relativamente a suspeitos, detidos, imputados ou acusados que não prestem o seu consentimento, ainda que mediante a intercessão de uma autorização ou ordem judicial. E, sem embargo, tais Autores e jurisprudência consideram, inclusivamente, existir nos procedimentos previstos legalmente (unicamente por meio de zaragatoa bucal) uma mínima ou quase inexistente ingerência na integridade física<sup>56</sup>.

Note-se que a referida Disposição Adicional Tercera da LO 10/2007 admite expressamente que, relativamente ao catálogo de crimes enumerados na letra a) do § 1.º do artigo 3.º possa, na ausência de consentimento do afetado, ser efetuada recolha de amostras e fluidos do suspeito que requeiram inspeções,

---

*Humano*, N.ºs 27/2007 y 28/2008, pp. 39 ss., e pp. 105 ss., e do mesmo Autor, «La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», *Diario La Ley*, N.º 6901; I. C. IGLESIAS CANLE, «La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad», *Investigación y prueba en el proceso penal*, Dir. N. González-Cuéllar, Madrid, 2006, pp. 175 ss.; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial*, VI-2004, Dir. C.J. Pérez del Valle, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 211 ss.; S. ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Granada, 2008; M. ARMENTEROS LEÓN, «Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal», *Diario La Ley*, N.º 6738, 2007, pp. 1 ss.; F. J. MARTIN PASTOR, «Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)», *La Ley Penal*, N.º 46, febrero 2008, pp. 1 ss.; J. MORENO VERDEJO, «ADN y proceso penal: análisis de la Reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Nuevas técnicas de investigación del delito, intervenciones corporales y ADN*. Madrid, 2004, pp. 1801 ss.; F.J. MUÑOZ CUESTA, «Obtención de muestras del inculcado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N.º 25/2006 - Comentario; M. A. PEREZ MARÍN, «Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 95, 2008, pp. 131 ss., e do mesmo Autor, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Valencia, 2008; DE HOYOS SANCHO, M.: «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 35, enero-abril 2010, pp. 93-116.

<sup>55</sup> É o seguinte o teor da referida Disposición Adicional Tercera: «*Obtención de muestras biológicas*. Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

<sup>56</sup> M. de HOYOS SANCHO, «Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», cit. p. 10.

reconhecimentos ou intervenções corporais, requerendo autorização judicial mediante auto motivado (fundamentado) de acordo com o estabelecido na LECrim.

O critério normativo encontrado para a desnecessidade de obtenção do consentimento do visado (imputado) para a recolha de amostra é o da suspeita da prática de «delito grave», conceito que vem especificado no art. 13.º, n.º 1 do Código Penal espanhol<sup>57</sup> especificando tratar-se das infrações sancionadas com «pena grave», cuja relação se acha plasmada no art. 33.º, n.º 2 do mesmo diploma<sup>58</sup>.

Em resumo, pode dizer-se que, em Espanha, a controvérsia doutrinal e jurisprudencial sobre a (in)admissibilidade e licitude da recolha coativa de amostras biológicas, ainda que “judicialmente legitimada”<sup>59</sup>, não se encontra definitivamente estabilizada.

---

<sup>57</sup> Trata-se dos seguintes: «(...) delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados».

A expressão «en todo caso» aporta dificuldades de interpretação no sentido de descortinar se alguns tipos de crime contra as pessoas, p. ex., o homicídio por negligência (art. 142.º, 1), cuja moldura penal não excede 4 anos de prisão, sendo que a duração da pena não atinge muitas vezes, metade do limite da pena considerada “grave”, que é a pena de prisão superior a cinco anos (art. 33.º, n.º 2, a)). Sobre a questão, ETXEBERRIA GURIDI, «La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», *Diario La Ley*, N.º 6901, Sección Doctrina, 11 Mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-78, Editorial La Ley.

<sup>58</sup> Que prevê, entre outras, a pena de prisão superior a cinco anos (al. a)), a proibição de comunicar com a vítima ou outros familiares que o juiz determine por mais de cinco anos (al. i)), a privação do poder paternal (al. j)).

<sup>59</sup> Note-se que o projeto (Borrador) de Código Procesal Penal, entretanto já transformado em Projeto de Ley de Enjuiciamiento Criminal pelo Governo espanhol, elaborado por uma comissão de peritos presidida por M. Marchena Gómez, magistrado do TS, apresentado em 2013 para discussão (com vista a substituir a Ley de Enjuiciamiento Criminal), vem regular expressamente a matéria da, «Investigación mediante ADN» (artigos 287.º a 290.º), designadamente a recolha de amostras biológicas; de acordo com o disposto no art. 288.º, n.º 4, se para a recolha de amostras se tornar necessário a prática de uma intervenção corporal, aplicar-se-ão as disposições pertinentes da secção anterior. De acordo com o art. 281., n.ºs 1 e 4, se a recolha de amostra biológicas tiver de ser feita através de intervenção que não exija anestésicos ou sedação, na falta de consentimento do suspeito (encausado), o juiz poderá determinar a sua sujeição forçada, aplicando-se o disposto no art. 48. 2, relativamente à coercibilidade e uso da força: «Artículo 48.- Obligaciones del encausado - 2.- El encausado está obligado a someterse los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en este Código. En caso de incumplimiento de la obligación podrá utilizarse de la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada para la ejecución de la medida».

Em suma, o projeto de novo Código de Processo Penal (ou de LECrim) espanhol admite inequivocamente a utilização da força coativa, em medida estritamente indispensável e proporcional.

Em **França**, o sistema normativo de produção de prova genética e de inserção de perfis na base de dados, encontra-se disperso pelo Code de la Santé Publique, na Loi sur la Bioéthique (Lei n.º 2004-800, de julho de 2004, alterada e, 6 de agosto desse ano) e decretos regulamentares, nos artigos 706-54 a 706-56-1 do Code de Procédure Penale e na Loi sur la Sécurité Intérieure (Lei n.º 2003-239, de 18 de Março).

O principal instrumento é o Ficheiro Nacional Automatizado de Impressões Genéticas (FNAEG), disponível para a Polícia e magistrados, de forma automatizada, o que concita fortes críticas de alguns setores da doutrina e do Conseil d'État e do CNIL<sup>60</sup>.

O sistema legal que autoriza a composição da base de dados foi-se expandindo por força de várias leis desde 1998, em que se destacam a Loi Guigou de 17-06-1998 (para perseguição de ofensores sexuais), a Loi Vaillant de 15-11-2001 (que alargou a base de dados a crimes contra a vida, atos terroristas e atentados a bens com violência) a Loi Sarkozy de 18-03-2003 (alargando o leque de crimes abrangido e denegando a possibilidade de redução de pena face à recusa da recolha de amostras em condenados, e autorizando a inclusão em ficheiro de suspeitos), até à Loi Perben II (que criou um ficheiro nacional automatizado de agentes de infrações sexuais – art. 48 da Lei de 09-03-2004, convertido em art. 706-53-1- do CPP francês).

A ordem de recolha de bioamostra pode ser feita por iniciativa de agente da polícia judiciária, ordem do Ministério Público ou do juiz de instrução, relativamente a pessoas contra quem existam razões plausíveis para pensar que é suspeito de um crime ou delito, embora o perfil não seja conservado indefinidamente; é o art. 706-56 do CPP francês que fixa o elenco dos crimes relativamente aos quais podem ser inseridos em ficheiros de impressões genéticas<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Essencialmente através da(s) Deliberação(ões) n.º 99-052, de 28-10-1999 (e posteriormente, n.º 02-008, de 07-03-2002 e n.º 2008-113, de 14-05-2008) emitidas pela Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

<sup>61</sup> Que são os seguintes: 1. Os crimes sexuais que se refere o artigo 706-47 do Código e do delito previsto no artigo 222-32 do Código Penal; 2. Crimes contra a humanidade e crimes de atentados intencionais contra a vida da pessoa, tortura e atos de barbárie, de agressão, ameaças de danos a pessoas, tráfico de drogas, de atentados às liberdades do indivíduo, o tráfico de pessoas, lenocínio, a exploração da mendicidade e colocação em perigo de menores, previstos nos artigos 221-1 a 221-5, 222-1 a 222-18,

A recolha de bioamostra pode ser coativa, mediante requisição escrita do Procurador da República, relativamente a pessoa condenada por crime ou delito punido com pena desde 10 anos de prisão ou medida de internamento da mesma duração mínima.

Para quem recuse a recolha de amostra biológica, comina-se uma pena de prisão de um ano e € 15.000,00 de multa, se tiver sido condenado por um delito, ou de prisão até 2 anos e multa de € 30.000,00, se o for por crime (com pena inferior a 10 anos de prisão).

Na **Confederação Helvética** vigoram a DNA-Profil Gesetz (Regime Jurídico dos Perfis de ADN), de 20-06-2003 e a DNA-Profil Verordnung (Regulamentação conexa), de 03-12-2004.

Nos termos desse diploma, são passíveis de inserção perfis de pessoas desaparecidas, falecidas e que não estão em condições de fornecer a sua identidade, amostras de locais de crime, bem como de pessoas condenadas (art. 5.º), por crime doloso com pena privativa de liberdade superior a um ano, delito intencional contra a vida, a integridade corporal ou contra a integridade sexual, ou em que seja determinada a execução de medida de internamento (art. 7.º, n.º 4).

Como se viu, virtualmente, é possível conceber diversos modelos e combiná-los entre si, quer no tocante aos critérios da inserção, da conservação, da remoção e do biobanco (conservação das amostras biológicas)<sup>62</sup>.

---

222-34 a 222-40 , 224-1 a 224-8 , 225-4-1 a 225-4-4 , 225-5 a 225-10 , 225-12-1, 225-12-3 a 225 - 12-5 a 227-18 a 227-21 e 225-12-7 do Código Penal; 3. Os crimes e delitos de furto, extorsão, peculato, destruição, dano, danos e ameaças de danos à propriedade nos termos dos artigos 311-1 a 311-13 , 312-1 a 312 -9, 313-2 e 322-1 a 322-14 do Código Penal; 4. Os atentados aos interesses fundamentais da nação, atos de terrorismo, moeda falsa, e a associação criminosa e os crimes de guerra, nos termos dos artigos 410-1 a 413-12, 421-1 a 421 - 4, 442-1 a 442-5, 450-1 e 461-1 a 461-31 do Código Penal; 5. Delitos previstos nos artigos L. 2353-4 e L. 2339-1 para L. 2339-11 Código de Defesa; 6. Os crimes de receptação ou branqueamento do produto de uma infracção prevista nos números 1.º a 5.º, nos termos dos artigos 321-1 a 321-7 e 324-1 a 324-6 do Código Penal.

<sup>62</sup> Para uma visão sinóptica e atualizada sobre os diversos sistemas, cfr. CÍNTIA ÁGUAS, «Estudo Comparado da Legislação Internacional», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 119-142. Uma visão mais desenvolvida e crítica, em BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal T. I – A Prova Científica: Exames, Análises ou*

O nosso Código de Processo Penal, não sendo totalmente omissivo quanto aos problemas da genética forense, mesmo após as oportunidades de eleição que teriam constituído a *Reforma Penal de 2007* e as “micro-reformas” do processo penal posteriores, não contempla, efetivamente, de forma minimamente satisfatória, a sua previsão e regulação<sup>63</sup>. Pense-se, p. ex., nos problemas que podem suscitar-se a propósito da omissão de expressa previsão da recolha de bioamostras em suspeitos, da recolha de bioamostras em terceiras pessoas, da recolha de bioamostras em massa, num feixe de outros problemas que a lei silenciou.

Como se disse, as bases de dados de perfis de ADN suscitam problemas específicos e autónomos<sup>64</sup>, diversos dos que são suscitados a propósito do recurso às análises genéticas como meio de prova em investigação criminal e processo penal.

---

*Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas (à luz do Paradigma da Ponderação Constitucional Codificado em Matéria de Intervenção no Corpo Humano, face ao Direito à Autodeterminação Corporal e à Autodeterminação Informacional Genética)*, 3.ª Ed. revista, actualizada e aumentada, Rei dos Livros, Lisboa, 2010, pp. 613-723.

<sup>63</sup> Em escrito anterior a todos estes momentos legislativos, SÓNIA FIDALGO já avisara que «O regime das perícias do nosso CPP não foi estabelecido a pensar nas análises de ADN» («Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *RPCC*, Ano 16.º, N.º 1, Janeiro-Março 2006, p. 145), situação que, se era inteiramente compreensível em 1987, aquando da sua versão originária, se torna menos sustentável com o sucessivo esquecimento a que estas matérias parecem ter sido votadas pelo legislador ordinário em matéria de processo penal.

<sup>64</sup> Para um aprofundamento das perspetivas sobre a temática, em geral, entre nós, cfr. HELENA MONIZ, «Os problemas jurídico-criminais da criação de uma base de dados genética para fins criminais», *RPCC*, Ano 12.º, N.º 2, Abril-Junho 2002, pp. 237-264, JORGE DOS REIS BRAVO, «Perfis de ADN de Arguidos-Condicionados (O artigo 8.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)», *RPCC*, Ano 20, Fasc. 1.º, Janeiro-Março 2010, pp. 97 – 126, FLORENTINA M. DE FREITAS, «Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança versus privacidade», in *Lusíada – Série II*, n.º 7, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2010, pp. 247 a 290, HELENA MACHADO-ANTÓNIO AMORIM-SUSANA SILVA, «Políticas de Identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Vol. XLV, (196), 2010, pp. 537-553, MARTA MADALENA BOTELHO, *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico. Em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 195-219, RUI NUNES, *GeneÉtica (Cap. 6. Bases de Dados genéticos)*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 109-123, INÊS TORGAL M. PEDROSO DA, «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 8, N.º 15, 2011, pp. 159-188, CÍNTIA ÁGUAS, «Estudo Comparado da Legislação Internacional», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 119-142.

Cfr., ainda, numa perspetiva integrada e com contributos comparatísticos, *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012.

Para uma visão algo datada (de 2007), em que a alusão à situação portuguesa era ainda a de inexistência de base de dados, cfr. N. VAN CAMP *et al.*, «National Forensic DNA Databases – Socio-Ethical Challenges and Current Practices in the EU», *European Ethical-Legal Papers*, N.º 9, Leuven, 2007.

Contudo, os problemas que em ambos os contextos se suscitam não podem ficar em sistemas “estanques”, sendo por vezes necessário equacionar o regime da sua solução de forma integrada e dentro de uma certa continuidade sistémica.

Não pretendendo deixar uma caracterização exaustiva do nosso sistema, ensaiaremos algumas considerações sobre um dos tópicos potencialmente mais tumultuosos em sede de discussão doutrinal e jurisprudencial: o problema da natureza e regime jurídico da ordem de recolha de amostra e inserção de perfil de ADN de [arguidos-]condenados.

## **II.2. A natureza e o regime jurídico da ordem de recolha de amostra e inserção de perfil de ADN de [arguidos-]condenados em Portugal: pressupostos, automaticidade e coercibilidade**

Como se observou *supra*, nos sistemas jurídicos mais próximos, as soluções quanto aos critérios de inserção de perfis de ADN em bases de dados, são díspares, havendo quem aponte para a necessidade de uma maior harmonização no espaço jurídico europeu, precisamente no sentido de uma maior eficiência da cooperação judiciária em matéria de prova genética.

A obtenção do perfil de ADN relativamente a arguidos-condenados destina-se a integrar o “ficheiro de condenados”, com vista a ulteriores comparações com perfis de amostras-problema - artigos 8.º, n.ºs 2 e 3, 15.º, n.º 1, al. e), e 20.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2008. A ordem de recolha de amostras de condenados não tem como escopo a produção de prova no processo em que é determinada<sup>65</sup>, destinando-se, antes, a integrar ficheiro da base de perfis de ADN, para cruzamento futuro com amostras-problema ou de outro tipo.

Nas considerações subsequentes tomar-se-á em atenção, fundamentalmente, alguns problemas respeitantes à ordem de recolha de amostras em condenados imputáveis, uma vez que a recolha em inimputáveis condenados a medida de

---

<sup>65</sup> Apenas poderia revestir tal propósito, no caso de ser no interesse do arguido, para em sede de recurso de revisão, afastar a sua culpabilidade anteriormente estabelecida no próprio processo.

segurança (nos termos do n.º 3 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008<sup>66</sup>) suscita um feixe de questões algo distintas, em que se identificam, entre outros, a dos pressupostos formais da ordem e as dos aspetos respeitantes ao próprio modo técnico da recolha, ao cumprimento das obrigações de informação do art. 9.º da Lei n.º 5/2008, à des/necessidade de assistência por defensor e à da intervenção do (eventual) representante legal.

A doutrina nacional tem-se inclinado maioritariamente para a **classificação da ordem de recolha de bioamostra para obtenção de perfil de ADN do arguido condenado** (ou inimputável perigoso) e respetiva inserção na base, como **efeito substantivo da decisão condenatória e da sentença de aplicação de medida de segurança**, pelo que se subordinam ao disposto no art. 29.º, n.º 3 da CRPort, aplicando-se apenas aos factos cometidos após a entrada em vigor da Lei n.º 5/2008<sup>67</sup>. Não nos parece que a ordem de recolha seja compatível com a sua classificação enquanto pena acessória (não prevista) ou como sanção administrativa conexa, ou outra espécie de reação penal.

Importa, em todo o caso, buscar algum sentido útil na inserção da epígrafe «Recolha de amostras com finalidade de investigação criminal», na norma do referido art. 8.º da Lei n.º 5/2008.

A possibilidade da recolha da amostra e a obtenção do respectivo perfil de ADN tem de encerrar um conteúdo útil ou funcional, parecendo-nos que a única interpretação plausível para o facto de a previsão dos n.ºs 2 e 3 se encontrar no art. 8.º, se ficará a dever à necessidade de reconhecer que, após a inserção no ficheiro a que alude o art. 15.º, n.º 1, al. e), será viável proceder à sua comparação e cruzamento com os perfis de ADN obtidos a partir de outro tipo de amostras, designadamente as dos artigos 8.º, n.º 4 e 15.º, n.º 1, als. a) (perfis de «amostras de voluntários»), b) (perfis de «amostras-problema» do art. 7.º, n.º 1: cadáver ou parte de cadáver, coisa ou local com fins de identificação civil); d), (perfis de «amostras em

---

<sup>66</sup> À qual, nos termos do n.º 2 do art. 91.º do Código Penal, para onde remete a dita disposição, terá de corresponder uma duração mínima de três anos, apesar de o n.º 1 pressupor a existência de «fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie».

<sup>67</sup> Por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.º. ed. actualiz. Universidade Católica Ed., Lisboa, 2009, p. 467.

cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal»), *e*) (perfis de outros condenados) e *f*) (perfis de «amostras de profissionais») da Lei n.º 5/2008. cremos, por outro lado, que será de assumir que a ordem de recolha de material biológico com vista à obtenção do perfil de ADN pressupõe sempre, em última análise, um intuito de fazer inserir este perfil no ficheiro a que alude o art. 15.º, n.º 1, al. *e*) da Lei n.º 5/2008<sup>68</sup>.

Não se destinando a servir de meio de prova no processo em que é ordenada a recolha da amostra, o perfil de ADN obtido integrará, apesar disso, um ficheiro da base de perfis (art. 15.º, n.º 1, al. *e*)), devendo reconhecer-se que, afinal, a Lei contempla essa possibilidade relativamente a uma categoria de indivíduos a quem atribui um especial interesse em elencar a respetiva informação, de uma forma indireta, para fins de «investigação criminal». Partindo do pressuposto que a específica relação de tais indivíduos com a prática de certos tipos de ilícito encerra interesse criminalístico relevante, admite, assim, face a tal universo de pessoas, pela sua qualidade (arguido) e posição (condenados, por decisão transitada em julgado, por crime, em pena concreta igual ou superior a três anos de prisão, mesmo que substituída) processuais, que lhes seja imposta ou ordenada a recolha de amostras de material biológico para determinação de perfis de ADN.

Ao prever a ordem judicial de recolha de amostras (biológicas) em indivíduos condenados por crime, a lei parece exprimir uma ponderação abstrata e genérica do legislador sobre a existência de uma categoria de agentes criminosos relativamente aos quais se verifica o interesse na obtenção dos respetivos perfis de ADN, dependendo de um critério particularmente exigente, qual seja o da sua prévia condenação, dentro de certos condicionalismos, pela prática de crime.

Aqui se pode colocar um problema de fundo que nem sempre se tem visto esgrimir nas discussões em torno da ordem de recolha de amostra de ADN em condenados – nomeadamente em sede de jurisprudência do TEDH<sup>69</sup> –, e que

---

<sup>68</sup> Apesar de ser assim, o juiz terá de determinar expressamente a inserção do perfil de ADN obtido através da amostra, no ficheiro da base (art. 18.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008), determinação que nos parece poder ser concomitante com a ordem de recolha, apesar de ter uma execução de «efeito aparelhado».

<sup>69</sup> Em rigor, a argumentação expendida no ac. do TEDH *S. e Marper c. Reino Unido* versa situações de arquivamento de processo, assimiláveis a situações de absolvição, o que em tudo se distingue das hipóteses, versadas no texto, de condenação.

respeita a uma eventual «violação do princípio da presunção de inocência para o futuro»: se é certo que a medida que se pretende concretizar (recolha de amostra) resulta de um juízo de prognose sobre o interesse criminalístico que nada tem a ver [já] com a investigação criminal do processo em que o arguido foi condenado, então a inserção do seu perfil genético com virtual utilidade futura, poderia ser violador do princípio da presunção de inocência.

Se, num primeiro momento, o argumento parece proceder, não pode esquecer-se que a inserção do perfil genético de condenados, pode também servir para a resolução de casos anteriores, e não apenas de hipóteses criminais futuras. Por outro lado, não nos parece que o princípio da presunção de inocência seja definitivamente vulnerado com a recolha da bioamostra e a obtenção do respetivo perfil de ADN com vista à sua inserção num ficheiro, em virtude da condenação por um (certo tipo de) crime, desde que sejam salvaguardados limites temporais da sua permanência.

Para se tentar caracterizar a sua natureza jurídica substantiva, podemos enunciar os **pressupostos objetivos da ordem de recolha**, do seguinte modo:

- i. Inexistência de procedimento prévio de recolha de amostra; torna-se evidente que a ordem de recolha de amostra, nos termos do art. 8.º, n.º 270 da Lei n.º 5/2008 pressupõe que não tenha sido precedida pela anterior recolha de amostra, no processo, nos termos do n.º 1;
- ii. A exigência de decisão condenatória por crime doloso, o que admite qualquer das modalidades do dolo, excluindo a forma negligente;
- iii. A medida concreta da pena aplicada ao crime tem de ser pelo menos de três anos de prisão, não podendo tratar-se de pena única, resultante de um cúmulo jurídico;
- iv. Admissibilidade da substituição da pena de prisão por outra reacção penal (a nosso ver, admitindo a interpretação de se tratar de pena de suspensão de execução da pena de prisão);
- v. O trânsito em julgado da decisão condenatória.

---

<sup>70</sup> O funcionamento do mecanismo, em sede de aplicação de medida de segurança a inimputáveis perigosos, nos termos do n.º 3 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, comporta particularidades que justificariam considerações autónomas, mas que deixaremos de lado no âmbito deste trabalho.

No que respeita à indicação do limite de três anos da pena [de prisão] aplicada, reconhecemos que o critério é discutível, podendo recordar-se que no Parecer n.º 18/2007, de 13-04<sup>71</sup>, emitido pela CNPD, se apontava para a fixação do limite da pena em 5 ou 10 anos de prisão.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE também defende que o limite deveria ser o de cinco anos de prisão, pronunciando-se pela inconstitucionalidade da fixação em medida inferior aquele limite, o qual deveria ser proporcional e necessário, combinado com o do conceito legal de “criminalidade grave” do art. 1.º, al. j) do CPPen<sup>72</sup>. A mesma opinião é comungada por MARTA MADALENA BOTELHO, que questiona a opção do legislador nacional, ao afastar-se daqueles limites que apontam para os graus de gravidade da criminalidade, de algum modo normativizados – penas de 5 e 10 anos de prisão – afigurando-se-lhe excessiva e desproporcional a fixação no limite de 3 anos, para habilitar o juiz a ordenar a inserção do perfil genético na base de dados<sup>73</sup>.

É certo que outros critérios teriam sido possíveis, p. ex., fixar um limiar inferior, de 3 anos, para crimes que atentem contra bens jurídicos pessoais (crimes contra a vida, contra a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade de autodeterminação sexual, terrorismo) e um limite superior para crimes que atentem contra outros bens jurídicos. Enfim, é possível congeminar uma constelação virtualmente infindável de combinações.

Segundo cremos, o critério que prevaleceu e tomou forma de lei – a fixação do limiar de três anos de pena de prisão – terá ficado a dever-se fundamentalmente a razões de praticabilidade-exequibilidade de inserção de perfis por parte do INMLCF, I.P., em face de dados estatísticos das condenações ocorridas em anos anteriores à publicação da Lei n.º 5/2008.

Não tendo uma posição de princípio adversa à opção por tal limite, apenas deveremos advertir que a fixação de um qualquer limite (de pena concreta) – de três

---

<sup>71</sup> Consultável em [http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/par/40\\_18\\_2007.pdf](http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/par/40_18_2007.pdf).

<sup>72</sup> *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., pp. 466 e 467.

<sup>73</sup> *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico. Em Especial, os Problemas Jurídico-Penais da Criação de Uma Base de Dados de ADN para Fins de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 254 e 255.

anos de prisão, inferior ou superior –, não deverá interferir na consideração dos pressupostos autorizativos da determinação de recolha de amostras para obtenção de perfis de ADN como meio de prova, em sede de investigação criminal.

Uma outra questão que tem sido glosada, ainda relativamente ao que se poderia entender serem os pressupostos [mais] objetivos da ordem de recolha de bioamostras relativamente a condenados, contende com a possibilidade de se determinar a ordem, relativamente a condenados em pena de prisão suspensa na sua execução, o que pode, após a *Reforma Penal de 2007*<sup>74</sup>, como se sabe, ocorrer em penas de prisão entre 3 e 5 anos, significando um número expressivo de condenações.

Alguns entendimentos vêm-se inclinando – surpreendentemente ou não –, para a solução negativa, sendo de destacar, nesse sentido, o Ac RP de 16-10-2013 (relat. Desemb. Castela Rio)<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Em função da alteração ao art. 50.º, n.º 1 do CPen, pelo art. 1.º da Lei n.º 59/2007, de 04-09.

<sup>75</sup> O referido aresto parece também fazer depender a ordem de recolha do trânsito em julgado da decisão condenatória. Na verdade, resulta do mesmo que: «I - A ordem de recolha de amostra biológica contendo ADN, quando «efeito substantivo» da condenação penal, só pode ser determinada em despacho do juiz posterior ao trânsito: i) da sentença ou acórdão condenatório em pena de prisão efetiva não inferior a 3 anos; ou ii) do despacho que revogar a pena de suspensão da execução da prisão e determinar o cumprimento de pena de prisão não inferior a 3 anos».

Neste acórdão, justifica-se a interpretação de a ordem de recolha de amostras não ser aplicável à pena de suspensão da execução da pena privativa de liberdade, por razões de ordem intra-sistemática e extra-sistemática, que não nos parecem definitivamente procedentes. Ali se refere que: «(...) apesar do lexema «... ainda que esta tenha sido substituída» se seguir ao lexema «... a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos...», entende-se que aquele não abrange o caso, como o sub judicibus, de condenação do Arguido em «Decisão Final» na pena «SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PRISÃO» quantificada pelo menos em 3 anos de substituição da pena principal de prisão contínua e ininterrupta em Estabelecimento Prisional prevista na norma cominadora correlativa da incriminadora violada pelo agente, sob pena de incongruência na Ordem Jurídica por duas ordens de razões:

Intra-sistemática: em complemento dos arts 26-1-d e 15-1-d e 8-4 da Lei 5/2008 conforme o qual “Os perfis de ADN e os correspondentes dados pessoais são: Eliminados, quando a amostra for identificada com o arguido, no termo do processo crime ou no fim do prazo máximo de prescrição do procedimento criminal, previsto no Código Penal, quando integrados no ficheiro ...» «...contendo a informação relativa a amostras problema», recolhidas em local de crime...» «... em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal ... de acordo com o disposto no artigo 171º do Código de Processo Penal», o art 26-2 prescreve que “... quando o termo do processo crime conduza a uma condenação por crime doloso, com trânsito em julgado, em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, o perfil de ADN e os respectivos dados pessoais, actualizados, transitam para o ficheiro previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 15.º, de acordo com o disposto no artigo 8.º” que é o «... ficheiro contendo a informação relativa a amostras, obtidas nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8º, de pessoas condenadas em processo crime, por decisão judicial transitada em julgado» do qual não consta o lexema «... ainda que esta tenha sido substituída» pelo que o critério de selecção é a «...pena igual ou superior a 3 anos de prisão ...» efectiva aplicada na «Decisão Final» seja «Acórdão» ou

Dentro de um quadro de coerência sistémico-conceitual, parece nada fazer rejeitar a hipótese afirmativa, sobretudo num quadro dogmático em que a pena de suspensão de execução da prisão assume autonomia no tocante à sua “*execução*” e à sua teleologia, podendo classificar-se como pena de substituição<sup>76</sup>. Cremos que, em definitivo, será de aceitar a ordem de recolha de bioamostra para obtenção de perfil genético, ainda que a pena (entre três e cinco anos) de prisão tenha sido suspensa.

Intimamente associado à questão de definição da natureza da ordem de recolha e obtenção do perfil<sup>77</sup>, está o problema da **automaticidade**, ou não, de tal ordem (contemplada no art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008<sup>78</sup>).

A formulação literal do preceito é indutora da conclusão de se tratar de uma consequência automática da condenação por crime doloso punido com pena de prisão igual ou superior a três anos, ainda que tenha sido substituída, ao referir: «*Quando não se tenha procedido (...) é ordenada (...)*», prefigurando-se não ser deixada margem de ponderação casuística para o julgador emitir a ordem.

Em vez de outro critério, como o alarme ou ressonância social do crime cometido<sup>79</sup>, a reincidência ou o seu risco ou tendência do arguido para o crime, a natureza da infração<sup>80</sup>, o receio de continuação da atividade criminosa ou outro, o

---

«Sentença» transitada ou a «...pena igual ou superior a 3 anos de prisão ...» exequenda mercê do trânsito do «Despacho» que revoga ut art 56-1-a-b-2 do Código Penal de 15.9.2007 a pena «SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PRISÃO» quantificada pelo menos em 3 anos de substituição da pena principal de prisão contínua e ininterrupta em EP prevista na norma cominadora correlativa da incriminadora violada;».

<sup>76</sup> Neste sentido, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte geral II – As Consequências Jurídicas do Crime*, Ed. Notícias, Lisboa, 1993, pp. 337 ss.

<sup>77</sup> Parece-nos que o mecanismo processual não comunga das características de nenhuma das espécies de penas acessórias, das medidas de segurança (não privativas da liberdade) ou das imposições.

<sup>78</sup> No texto, privilegia-se, como se disse, o problema respeitante à ordem de recolha de amostras em condenados imputáveis.

<sup>79</sup> Note-se que se encontra excluída a possibilidade de um ficheiro de perfis de arguidos (não condenados), e que, mesmo relativamente a condenados, só após o trânsito a ordem pode ser executada, o que pode implicar um desfasamento temporal entre a data da prática dos factos, a da decisão de 1.ª instância e a da efectiva recolha de amostra.

<sup>80</sup> Caberia questionar, a este propósito, se não haverá maior conveniência e adequação em ordenar a recolha de amostras de um condenado por crimes contra o património – mesmo em pena de prisão de três anos, ainda que suspensa na sua execução, – com antecedentes criminais, do que um homicida ocasional, sem antecedentes criminais.

legislador optou pelo da medida concreta da pena aplicada, como indicador do interesse na inclusão do perfil de ADN do arguido-condenado na base de dados<sup>81</sup>.

Uma diversa conceção do instituto, enquanto exercício casuístico de apreciação crítica e analógica no tocante à ordem de recolha de amostras, seria, quanto a nós, inconveniente, podendo resultar em atentado aos princípios da igualdade e da legalidade criminal, o que igualmente aponta no sentido da opção pela automaticidade.

Convirá, neste passo, aludir a um aspeto que pode sustentar a tese da automaticidade: referimo-nos ao regime do art. 26.º, n.ºs 1, al. *d*) e 2 da Lei n.º 5/2008. O regime definido por estas disposições remete-nos para uma situação em que, na sequência da condenação de arguido por crime doloso, com trânsito em julgado, em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, o perfil de ADN e os respetivos dados pessoais, atualizados, “transitam” para o ficheiro previsto na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 15.º, de acordo com o disposto no artigo 8.º. Trata-se de hipóteses processuais de «amostras problemas» recolhidas em local de crime – cujo perfil de ADN foi, portanto, obtido no decurso da investigação criminal –, relativamente às quais haja sido identificado o autor (artigos 26.º, n.º 1, al. *d*), e 15.º, n.º 1, al. *d*) da Lei n.º 5/2008) e se encontre já no respetivo ficheiro da base. Será este um caso inequívoco de *inserção automática* na base de perfis de ADN de condenados?

A norma do n.º 2 do art. 26.º da Lei n.º 5/2008 alude à *transição* («transitam») «para o ficheiro previsto na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 15.º, de acordo com o disposto no artigo 8.º», o que parece prescindir de qualquer critério de necessidade, conveniência, proporcionalidade e adequação. Exigirá, apenas, a mediação judicial, enquanto garante da verificação formal dos respetivos pressupostos.

Por outro lado, ainda, pode argumentar-se que o facto de a eliminação de perfis de ADN e dados pessoais de condenados se efectuar, nos termos do art. 26.º, n.º 1, al. *f*) da Lei n.º 5/2008, na mesma data em que se proceder ao cancelamento

---

<sup>81</sup> E não deve ignorar-se que, uma vez inserido na base de perfis de ADN, o perfil do arguido-condenado permitirá esclarecer não apenas crimes futuros, mas, igualmente, crimes ocorridos anteriormente à sua inserção na base, porventura ainda em fase de investigação.

definitivo das respetivas decisões no registo criminal<sup>82</sup>, parece indicar estar-se em presença de um sistema indexado ao do registo criminal, o qual é enformado, como se sabe, por critérios de automaticidade.

Há, ainda, razões decorrentes do princípio da igualdade – ou, negativamente, pela impossibilidade prática de se imporem ao decisor critérios uniformes a serem observados por todos – para sustentar que a mediação judicial se impõe somente para efetivar a garantia jurisdicional de uma ingerência significativa nos direitos fundamentais, podendo aceitar-se que, em casos concretos, o julgador afastasse a ordem de recolha e inserção, com base naqueles princípios, mas por entender que a ordem de recolha e inserção no ficheiro violariam o disposto no art. 18.º da CRPort.

Também aqui, a questão vem sendo controvertida, na doutrina e na jurisprudência.

INÊS FERREIRA LEITE, aponta inequivocamente para a natureza automática da ordem: «Não parece que a redacção da Lei dê margem para dúvidas sobre esta conclusão. Se a recolha de material biológico em arguidos será, e bem, meramente facultativa durante a pendência do processo, devendo ocorrer apenas quando haja necessidade para efeitos de produção de prova ou a pedido do arguido, já a recolha em condenado a pena de prisão igual ou superior a 3 anos é obrigatória. Os juízes do julgamento têm, assim, o dever legal, de emitirem despacho no sentido de que seja realizada a recolha do material biológico»<sup>83</sup>.

PAULO P. ALBUQUERQUE parece apontar para a natureza automática da ordem, apesar de considerar tal solução inconstitucional, na medida em que se aplique a arguido condenado pela prática de crime punido<sup>84</sup> com pena de prisão inferior a cinco anos ou a «arguido em relação ao qual se não tenha estabelecido na

---

<sup>82</sup> Regime da Lei n.º 57/98, de 18-08 (na versão conferida pela Rect. n.º 16/98, de 30-09, pelo Dec.-Lei n.º 323/2001, de 17-12, e pelas Leis n.ºs 113/2009, de 17-09, 114/2009, de 22-09 e 115/2009, de 22-09.

<sup>83</sup> «A nova base de dados de perfis de ADN», Boletim Informativo da FDUL-IDPCC, Ano 1, Ed. 5, Outubro-Novembro 2009, acessível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=XFmkf-Zy5pM%3D&tabid=622> (nota 16).

<sup>84</sup> O Autor usa o termo «punível», que nos parece ser manifesto lapso (cfr. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.º ed. actualiz. Universidade Católica Ed., Lisboa, 2009, p. 467.

sentença um perigo de continuação da actividade criminosa e, designadamente, quando se aplique a arguido condenado em pena de prisão suspensa»<sup>85</sup>.

No sentido da defesa de que a obtenção de um perfil genético pode ser um dado irrelevante em certos crimes puníveis com pena de prisão igual ou inferior a 3 anos se pronuncia MARTA M. BOTELHO, que entende que «Um despacho judicial nesse sentido nunca poderá ter como fundamento um critério de aplicação “automática” no que respeita à sua proporcionalidade como é o da medida concreta da pena aplicada. Antes haverá de encontrar respaldo na, já referida, pertinência da prova de ADN para aquele particular crime – considerando, em primeira linha, o bem jurídico violado pela conduta do agente – e na necessidade da disponibilização daquele perfil genético para servir fins de prevenção especial ou de investigação de outros crimes cometidos pelo mesmo agente»<sup>86</sup>.

Propendemos até a aceitar como bom o entendimento de que um crime punido com pena inferior a 3 anos de prisão poderá – dada a carreira criminosa do agente, o bem jurídico violado, o modo de execução do crime – justificar até mais a ordem de recolha de amostra para obtenção de perfil genético do condenado do que um crime punido com pena superior a tal limite. Todavia, não nos parece ter sido essa a opção legislativa e, em definitivo, não cremos que tais critérios possam ficar inteiramente na disponibilidade de um casuísmo subjetivista do julgador, eventualmente violador dos princípios da legalidade e da igualdade e dos propósitos do preenchimento de uma base de dados de perfis de ADN.

---

<sup>85</sup> *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., pp. 466 e 467; o Autor expressa o entendimento segundo o qual «(...) a norma do art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008 é uma norma de aplicação geral e automática, que não supõe a realização pelo juiz de julgamento de qualquer juízo sobre “o perigo de continuação criminosa”, sendo até aplicável em relação a crimes em que não há, de acordo com a ciência criminológica, qualquer perigo de continuação criminosa (para uma crítica semelhante, o parecer n.º 18/2007, da Comissão Nacional de Protecção de Dados). Ela é, nessa medida, desnecessária e desproporcional, pondo em causa de forma insuportável o princípio constitucional da protecção de direitos pessoais (art.º 26.º, da CRP, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, lidos à luz da jurisprudência do acórdão do TEDH no caso S. e Mayer v. Reino Unido, de 4.12.2008)» [a alusão a Mayer trata-se de lapso, devendo reportar-se à conhecida decisão do TEDH *S. e Marper c. Reino Unido*].

<sup>86</sup> *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico. Em Especial, os Problemas Jurídico-Penais da Criação de Uma Base de Dados de ADN para Fins de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 254.

Nessa sequência, houve já oportunidade de a jurisprudência nacional se pronunciar, entre uma posição que propende para o carácter automático ou de automaticidade prática da ordem – o Ac RE de 15-05-2012 (relat. Desemb. António J. Latas) – e a posição contrária, encabeçada pelo Ac RL de 11-10-2011 (relat. Desemb. Agostinho Torres).

Em todo o caso, já houve também lugar, quanto a nós, a uma certa mistificação de conceitos entre *automaticidade* e necessidade de fundamentação da ordem de recolha de ADN.

Convém recordar que o despacho de determinação da ordem deve ser sempre fundamentado, ao menos verificando os pressupostos negativos da ordem, pelo que não se deverá confundir a necessidade de fundamentação – por não revestir carácter de despacho de mero expediente (artigos 205.º, n.º 1 da CRPort e 97.º, n.º 5 do CPPen) – de uma tal decisão e a automaticidade (ou não) da mesma<sup>87</sup>.

Portanto, vigoraria a regra da automaticidade, sem prejuízo de, excecionalmente, mediante requerimento do arguido e o juiz o entendesse, poder afastar-se a ordem de recolha de amostra<sup>88</sup>.

Isso não significa que o despacho do juiz do julgamento prescindia de fundamentação, que é atributo de qualquer decisão jurisdicional. O problema é, então, o de saber em que termos se manifestará tal fundamentação. Caberá ao juiz indagar se, no caso, se verificam os pressupostos que o legislador contemplou em termos gerais e abstratos para justificar a ordem de recolha ou se, ao invés, intercederia alguma razão que, excecionalmente, desaconselhasse ou tornasse desnecessária a ordem de recolha de amostra (*v.g.*, ordem de recolha já ordenada noutro processo há menos de cinco anos, perfil do condenado a inserir no ficheiro respectivo por transição a partir do ficheiro de “amostras-problema”, idade ou fase terminal de doença do condenado).

---

<sup>87</sup> Esta confusão parece evidenciada na decisão que deu ensejo ao recurso do MP, e, de certa forma, nesta mesma peça, transcrita em HUGO LUZ DOS SANTOS, «Recurso de Apelação. Falta de Fundamentação da Decisão de Extração de ADN. Derrogação do Mandado de Esgotante Apreciação do Ilícito», *RMP*, N.º 135, Ano 34, jul.-set. 2013, pp. 189-228.

<sup>88</sup> Podendo, no fundo, ver-se aí um *lugar paralelo* ao contemplado no art. 17.º da Lei n.º 57/98, quando o juiz autoriza a não transcrição da decisão para certos fins, dos certificados de registo criminal a que se referem os artigos 11.º e 12.º daquele diploma.

Pensamos, no entanto, que os termos em que o legislador expressou o seu pensamento não são inequívocos no sentido de uma *automaticidade estrita*, não nos repugnando admitir uma construção diversa, conquanto nos pareça não encontrar tanto apoio na letra – e, porventura, no “espírito” – da lei.

Em conclusão, o recorte da ordem de obtenção de amostra aproximar-se-ia, assim, quanto a nós, de um regime de ordem judicial **quase automática**, enquanto efeito substantivo derivado de uma condenação penal<sup>89</sup>, não dispensando a concreta exigência constitucional da respetiva fundamentação (art. 205.º, n.º 1 da CRPort). A alternativa a este modelo, redundaria num casuísmo gerador de assimetrias de critérios, não previstos legalmente, a que a jurisprudência dificilmente daria uma resposta satisfatória.

Relativamente a outra questão, estreitamente ligada às anteriores, e que, quanto a nós, se constitui como verdadeira questão nuclear enformadora de todo o paradigma das ingerências corporais probatórias – em que as análises de ADN inquestionavelmente se integram –, que é a do **consentimento e da coercibilidade**, deixaremos algumas breves nótulas, conscientes de que o problema suscita muitas outras implicações<sup>90 91</sup>.

Ordenada a recolha de ADN relativamente a condenado, pode o mesmo recusar-se injustificadamente a sujeitar-se aos procedimentos necessários? Sendo

---

<sup>89</sup> Em nada se assemelhando a uma operação de mero automatismo burocrático de transcrição e registo de decisão condenatória em ficheiro de antecedentes criminais, como é o preenchimento do boletim de registo criminal.

<sup>90</sup> É evidente que o tratamento em geral destas questões – que poderia envolver a problematização do «dever de cooperação» ativa ou passiva, do arguido, do recorte das categorias do consentimento e da coercibilidade – suscitaria todo um outro alcance de abordagem, que não cabe nas finalidades deste trabalho.

<sup>91</sup> Quando se coloca a questão relativamente aos “inimputáveis perigosos”, o problema apresenta-se ainda muito mais sensível, mas que, de algum modo, pode auxiliar a compreensão do problema relativo aos imputáveis. Será que aqueles arguidos (inimputáveis perigosos) podem expressar um consentimento “livre” e informado, e, como tal, dispensar a intervenção de um eventual representante? Será este que deve(ria) suprir a «impossibilidade de manifestação de vontade» do inimputável, prestando ou recusando o consentimento? Ou não haveria, quanto a eles, possibilidade de “recusa”, estabelecendo-se assim uma situação de desigualdade de tratamento para com os imputáveis (se lhes fosse reconhecido a prerrogativa de se oporem à recolha)?

O papel do representante legal (que eventualmente exista) e do defensor, são, aqui, aspetos que assumem especial relevo, cuja consideração importa não ignorar.

ordenada a recolha, perante a recusa do condenado em sujeitar-se à mesma, é lícito o uso da coação ou da força física para a recolha?

Preambularmente, deve recordar-se que os problemas do consentimento e da coercibilidade se colocam quer no que respeita à análise de ADN como meio probatório na investigação criminal, quer como efeito (substantivo) de uma condenação, eventualmente em termos diferentes.

Na doutrina nacional, encontramos autores que admitem a coercibilidade através da utilização da força física, bem como autores que a rejeitam em absoluto, havendo ainda um terceiro grupo de autores a assimilar a coercibilidade a uma cominação sancionatória (de prática do crime de desobediência), mas não admitindo a utilização da *vis physica*.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE surge como um dos autores que sufraga a posição de a coercibilidade poder assumir diferentes faces, consoante se esteja na primeira ou na segunda das modalidades, defendendo que só na primeira, pela circunstância de se tratar de uma medida excecional, se pode fazer uso da força física, esclarecendo que «para realização do exame a autoridade judiciária deve (...) proceder do seguinte modo: primeiro, ordena a realização do exame com a cominação do artigo 348.º, n.º 1, al.ª b), do CP, e, caso a recusa persista, ordena o uso da força (“ser compelido”). Ao recusar a ordem, o examinando comete o crime de desobediência cominado e torna justificável o uso da força. O uso da força é uma medida de última instância, mas indispensável, pois de outro modo seria fácil ao examinando impedir a recolha de prova em casos graves, se isso só custasse a punição, menos grave, a título de desobediência. Se necessário, pode ser ainda ordenada a detenção do examinando pelo tempo indispensável à realização de exame presidido por autoridade judiciária, em caso de falta injustificada a anterior diligência (acórdão do TC n.º 161/2005 ...) (...). Estas regras não prejudicam legislação, como a que resulta do artigo 158.º do CE (a recusa de sujeição a exame para detecção do álcool ou de drogas é punida como crime de desobediência)»<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., p. 463.

Mas, curiosamente, o mesmo Autor, quando confrontado com a admissibilidade da utilização de coercibilidade com recurso à força física, no tocante à recolha de amostras biológicas de condenados (nos termos do art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008), rejeita tal hipótese, sustentando a natureza excepcional da norma do art. 172.º, n.º 1 do CPPen, enquanto meio de obtenção de prova, restando ao «(...) tribunal fazer acompanhar a ordem de recolha da amostra com a incriminação do artigo 348.º, n.º 1, al.ª b) do CP»<sup>93</sup>.

Entre os Autores que defendem a inadmissibilidade da utilização da força ou constrangimento físico, nos casos de recolha de amostras biológica para determinação de perfil de ADN, nos casos em que o visado não preste consentimento veementemente, pode indicar-se a posição de MARIA DO CARMO S. DIAS, em pronúncia anterior à jurisprudência dos Acórdãos TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e à Lei n.º 5/2008<sup>94</sup>. Há outro Autor a defender – já no quadro normativo *post* Acórdãos TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e Lei n.º 5/2008, firme e veementemente tal posição, já no que respeita à medida que se reconheça como necessária e conveniente em sede de investigação criminal, quer no que respeita a arguidos condenados, para execução da ordem de recolha prevista no art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008. Trata-se de BENJAMIM DA SILVA RODRIGUES, que repetida e insistentemente sufraga a inadmissibilidade da utilização de meios de coerção com utilização da força física, notando que «(...) **o legislador português, com a Lei n.º 5/2008 não pretendeu “legitimar” a recolha coactiva, contra a vontade do visado, de elementos biológicos com vista a posterior perícia de ADN. (...)**. Não cremos que, face à actual redacção da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, se possa legitimar, quer o uso da força no caso de recusa do visado pela intervenção corporal, já [que] a lei apenas refere, no art. 8.º, n.º 1 que a recolha de amostras em

---

<sup>93</sup> *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., p. 468.

<sup>94</sup> Afirmando que «(...) não havendo lei ordinária expressa que regule esta forma de “intromissão no direito à autodeterminação informacional”, o julgador, “aplicando directamente os preceitos constitucionais, devidamente interpretados e concretizados”, terá de concluir que é ilegítima a “recolha de impressão digital genética” sem o consentimento (esclarecido e informado) do arguido» («Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial», *RCEJ*, N.º 3 – 2.º Semestre 2005, p. 211).

processo-crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido. Nem se diga que a remissão para o artigo 172.º, n.º 1, do CPP resolve o assunto, já que, como vimos defendendo, tal artigo trata dos exames e não das perícias genéticas e aborda as situações em que se proceda a “exame exterior dos vestígios no corpo” sem qualquer intervenção que altere o equilíbrio bio-psicológico do indivíduo. Apesar do teor da letra – «Se alguém pretende eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente» –, o que é certo é que o legislador não explicita o que se deve entender por “compelir”<sup>95</sup>.

Discutindo, depois, o significado normativo do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2005, de 19-08 (que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses), BENJAMIM DA SILVA RODRIGUES entende que deve o mesmo sofrer uma redução teleológica, a que chama de «interpretação restritiva», devendo a expressão «Ninguém pode eximir-se ...» significar, ao invés «Ninguém deve eximir-se», em nome do que o Autor sugere uma «cidadania activa e colaboradora da justiça, mas não é exigível que alguém não possa “eximir-se” em nome do seu irrenunciável direito de defesa, presunção de inocência e *privilege against self-incrimination* ou proibição de auto-incriminação»<sup>96</sup>.

O mesmo Autor, ao longo da obra citada, reitera e reforça, recorrentemente o mesmo entendimento<sup>97</sup>, manifestando, naturalmente, a sua discordância face ao sentido dos acórdãos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007, por deixarem aberta a possibilidade de uma interpretação conforme à Constituição da utilização da força física para recolha de amostras biológicas com vista à determinação de perfis de ADN, apesar de – não se tendo efetivamente pronunciado sobre hipóteses de emprego da força física, mas apenas de iminência da força – consagrarem a reserva

---

<sup>95</sup> *Da Prova Penal T. I – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas (à luz do Paradigma da Ponderação Constitucional Codificado em Matéria de Intervenção no Corpo Humano, face ao Direito à Autodeterminação Corporal e à Autodeterminação Informacional Genética)*, 3.ª Ed. revista, actualizada e aumentada, Rei dos Livros, Lisboa, 2010, pp. 546-547.

<sup>96</sup> BENJAMIM S. RODRIGUES, *Da Prova Penal T. I...*, cit., p. 549.

<sup>97</sup> Cfr. BENJAMIM S. RODRIGUES, *Da Prova Penal T. I...*, cit., pp. 500, 503, 505 e *passim*.

jurisdiccional absoluta para a sua autorização, em homenagem ao que teoriza como o seu «Modelo Dinâmico-Reversivo de Ciência Forense Genética»<sup>98</sup>.

Por outro lado, o referido Autor insurge-se contra qualquer tentativa de “reabilitar processualmente” a utilização de amostras biológicas do arguido obtidas para outros fins que não os do concreto processo penal (p. ex., de saúde ou de procriação artificial), bem como de amostras obtidas sem conhecimento do visado, através de pontas de cigarros ou de copos facultados ao arguido com o propósito de obter vestígios de saliva para analisar e fixar os perfis genéticos<sup>99</sup>, assimilando tais procedimentos à hipótese de perturbação da liberdade de vontade ou decisão, enquanto “meios enganosos” ou “desleais”, ao abrigo dos artigos 25.º, n.º 1 e 32.º, n.os 1 e 2 da CRPort, e 126.º, n.º 2, al. a) do CPPen. É certo que o Autor não se pronuncia sobre a hipótese sugerida por alguma doutrina espanhola – face ao que entendem ser o quadro normativo que impede a recolha coativa de amostras –, no sentido de admitir a recolha posterior de amostras biológicas sem o conhecimento do arguido, ainda que forma “não desleal” (recolha documentada de amostras biológicas do arguido em situações de inadvertência), quando o sujeito passivo “abandone” espontaneamente tais amostras, através de cuspo, excrementos, secreções, abandono de objetos pessoais contendo restos ou vestígios corporais (lenços, copos, talhares, pontas de cigarros), com garantia da “cadeia de custódia” da amostra<sup>100</sup>, o que, obviamente, acarreta mais esforços, despesa e tempo à Polícia e entidades de investigação. Esta posição encontraria fundamento na jurisprudência do TEDH no caso *Jalloh v. Alemanha*, de 11-07-2006 – em que se considerou inaceitável, por se tratar de um tratamento desumano ou degradante não permitido

---

<sup>98</sup> *Da Prova Penal T. I...*, cit., pp. 712-723.

<sup>99</sup> *Da Prova Penal T. I...*, cit., p. 553.

<sup>100</sup> É a posição de alguns Autores espanhóis, entre os quais se conta M. de HOYOS SANCHO, que expressa o entendimento seguinte, mesmo após a Ley Orgánica n.º 10/2007: «En conclusión, al día de hoy, ante la negativa del sospechoso, detenido, imputado o acusado a prestar las muestras celulares para obtener el ADN no codificante, incluso con orden judicial acordándolo, no le quedará más remedio a la Policía que seguir esperando al “abandono” de muestras indubitadas – esputos, excrecencias, abandono de objetos personales con restos corporales... –, ya que seguimos sin disponer de la norma habilitante para la obtención coactiva de tales muestras corporales del sospechoso, actuación que como hemos expuesto conllevaría una mínima injerencia en la integridad física, por no decir casi inexistente» («Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», *Curso La Ilícitud de las Pruebas en Proceso Penal*, 1.ª ed., Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p. 10). No mesmo sentido, SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, «El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores, Parte I», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 34, 2011, pp. 51-98.

pelo artigo 3.º da CEDH, a provocação forçada de vômitos, mediante a ingestão coerciva, através de um tubo, de substâncias farmacológicas que foram introduzidas para obtenção do produto estupefaciente (0,2182 gr. cocaína) que o arguido tinha, entretanto, ingerido –, não se podendo ignorar que o uso de técnicas de ADN, para além de poderem colocar em causas os referidos direitos fundamentais à integridade corporal e à autodeterminação informativa, podem ainda gerar riscos em relação à obtenção e aplicação das respectivas técnicas. Por isso, e nos casos de recusa obstinada e injustificada em ceder fluidos bocais, é muitas vezes aconselhável, designadamente quando o uso da força coativa possa redundar num tratamento desumano ou degradante, que no período de detenção para a recolha de saliva bucal, se espere que o visado “liberte” qualquer outra mostra de fluido orgânico ou secreção, que possa ser devidamente recolhido para determinação do ADN.

Para outro grupo de autores, a questão da coercibilidade assume uma *nuance* em termos de não contemplar a possibilidade de recurso à utilização da força física. Nele, podem incluir-se AGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS<sup>101</sup>, que manifestaram a sua adesão à posição de SÓNIA FIDALGO, entendendo que, efetivamente, os artigos 172.º, n.º 1 do CPPen e 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, estipulam a obrigatoriedade de sujeição a “exames” ou “perícias” para determinação do perfil genético: o primeiro dispondo que «se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente», e o segundo, que «ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostre necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei». E sufragam a posição de que, não cominando a lei qualquer consequência para a recusa à sujeição ao exame médico-legal, «(...) deverá entender-se que ela consiste também na sua realização forçada por decisão da autoridade competente», recaindo tais obrigações sobre qualquer pessoa, ainda que não arguido, só suscitando problemas

---

<sup>101</sup> Já após os Acs. TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e a Reforma Penal de 2007; Cfr., *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 30 (nota 60).

quando o objeto do exame (ou da perícia, nos termos da remissão do art. 172.º, n.º 2 do CPPen) é a própria pessoa e ela a isso se opuser<sup>102</sup>.

SÓNIA FIDALGO<sup>103</sup>, ao questionar inicialmente os dados do problema – em data anterior à dos arestos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 bem como da *Reforma Penal de 2007* –, pusera frontalmente a questão sobre o significado da expressão «ser compelido», nomeadamente sobre se poderia implicar a admissibilidade do «recurso à força» na situação concreta, respondendo negativamente à mesma. Afirmaria, contudo, que o relutante poderia ser «compelido», sem que lhe seja reconhecido o «direito de recusar o exame» e que a recusa poderia fazê-lo incorrer em crime de desobediência, se tal lhe fosse cominado pela autoridade processual.

Assim, nesta posição doutrinal, a *coercibilidade* é assimilada, apenas à cominação sancionatória, exautorando-se, no entanto, o recurso à utilização da força física.

INÊS TORRAL PEDROSO DA SILVA, por seu turno, pronuncia-se no sentido da existência de uma habilitação legal para que a recolha coerciva de amostras biológicas possa implicar o recurso à força física, distanciando-se da construção de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, apesar de lhe reconhecer aparente correção no seu raciocínio, defendendo existir «(...) um mínimo de suporte legal para sustentar uma extensão teleológica no sentido de aos condenados também ser possível a colheita coerciva, sem enveredar pelo domínio da analogia proibida (...)»<sup>104</sup>. Com essa asserção, a Autora parece alargar a admissibilidade da coercibilidade, com uso de força física, quer à medida de recolha de amostra biológica para determinação de perfil genético em sede de investigação criminal – que concorda ser excecional, de restrição de direitos fundamentais, como tal não comportando a aplicação analógica –, quer relativamente à colheita de amostras em condenados. Essa ideia é retomada e reforçada adiante, quando refere que «(...) ainda existe um mínimo de suporte

---

<sup>102</sup> AUGUSTO SILVA DIAS - VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, cit., pp. 30-31.

<sup>103</sup> Cfr., «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *RPCC*, Ano 16.º, N.º 1, Janeiro-Março 2006, p. 135 e (nota 74).

<sup>104</sup> «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 8, N.º 15, 2011, p. 178.

legal para sustentar uma interpretação extensiva no sentido de aos condenados ser também possível a colheita coerciva. Tratar-se-á de interpretação e não de analogia (...), ou, nas palavras do Professor CASTANHEIRA NEVES (que não distingue interpretação de analogia) de analogia permitida e não analogia proibida (...)»<sup>105</sup>.

ARTUR PEREIRA pronuncia-se no mesmo sentido, argumentando – quanto a nós, de modo precedente –, com a orientação dos trabalhos preparatórios da Reforma Penal de 2007 e o conteúdo final das alterações introduzidas ao Código de Processo Penal em 2007 (*maxime*, ao art. 172.º), na decorrência dos Acs. TC n.ºs 155/2007 e 228/2007. Lembra este autor que o descartar das versões propostas nos projetos de lei do CDS-PP e do PCP, de idêntica redação, para o art. 172.º, n.º 1 («se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão do juiz»<sup>106</sup>), deveriam ter inequivocamente esse sentido: o de consagrar o entendimento de que «ser compelido a fazer um exame só pode significar poder sê-lo pela força»<sup>107</sup>. Acrescenta ainda que «(...) o entendimento generalizado, que as alterações ao CPP [pela *Reforma Penal de 2007*], vieram reforçar, vai no sentido de que, apesar de se reconhecer que a recolha de amostras biológicas colide com o direito à integridade física e, eventualmente, a realização da perícia com o direito à autodeterminação informacional, a sua lesão se considera proporcional (suspeitas fundadas, intervenção mínima e adequada ao fim) face aos interesses contrapostos de realização da justiça e descoberta da verdade material»<sup>108</sup>.

Por outro lado, ainda, tomando este autor a natureza da ordem de recolha de bioamostras em condenados como «(...) “pena acessória” a que o condenado haverá que submeter-se», opõe-se ao entendimento de PAULO P. ALBUQUERQUE, sufragando a admissibilidade da sua recolha coativa, sob pena de, se assim fosse, se

---

<sup>105</sup> *Loc. cit.*, p. 179.

<sup>106</sup> Projecto de Lei n.º 368/X, in DAR, II. Série A, Número 52, de 09-03-2007, pp. 24 e 53.

<sup>107</sup> ARTUR PEREIRA, «Da Prova. Âmbito, Especificidades e Valor Probatório», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, p. 406 (nota 106).

<sup>108</sup> *Idem, loc. cit.*, p. 406.

esvaziar «(...) um dos objectivos principais da própria Lei n.º 5/2008», que é o de povoar a base de dados de perfis de ADN com ... perfis de ADN<sup>109</sup>.

Pressupondo que a alusão a “pena acessória” se tratou de mera fórmula de comodidade de expressão, não correspondendo ao conceito jurídico expresso, aderimos, neste *conspectu*, ao entendimento deste Autor.

Afigura-se-nos que no contexto da recolha de amostra biológica enquanto meio de prova em investigação criminal, se torna mais inequívoco este posicionamento, no sentido de existir habilitação normativa bastante admitindo um paradigma autorizativo do recurso à força, emergente do complexo das normas dos artigos 61.º, n.º 3, al. *d*), 269.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), 154.º, n.º 2, 172.º, n.º 2, do CPPen, do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, de 19-08 e 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, entendimento que não nos parece encontrar nenhum definitivo óbice à sua sustentação, nomeadamente de índole constitucional ou de ordem jusinternacional.

Uma idêntica solução, no âmbito da recolha de amostras biológicas relativamente a condenados, pode não exibir a mesma solidez no plano do direito positivo; todavia, o quadro legal vigente não nos parece impeditivo, de um ponto de vista da ponderação dos interesses e direitos fundamentais envolvidos, de se chegar à sua admissibilidade. É certo que a configuração da ordem de recolha como efeito substantivo de uma decisão condenatória, deveria ser rodeada de algumas cautelas procedimentais quanto à sua execução ou produção, atenta a necessidade de ingerência corporal, o que será conveniente que o legislador se apresse a esclarecer. Em todo o caso, uma solução contrária, pareceria, além do mais, inviabilizar o propósito da constituição da base de dados de perfis genéticos.

Afastamo-nos, pois, daquela proposta de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, no sentido de admitir a acumulação da cominação do crime de desobediência e o uso da força física, pois que nos parece que a cominação sancionatória – qualquer que ela seja, advertência de incursão em sanção processual, em crime de desobediência, em inversão de ónus de prova –, será sempre, em nosso

---

<sup>109</sup> Idem, *loc. cit.*, p. 406 (nota 107).

entender, alternativa ou subsidiária, para além de deverem ser predeterminadas legalmente, afigurando-se que assim deveria ser face aos interesses e direitos fundamentais em presença.

Todas estas considerações em torno das categorias do consentimento e da coercibilidade, testando e invocando os paradigmas normativos da identificação genético-criminal ajudam-nos a perceber que as questões não podem ser entendidas de um modo unívoco ou monolítico, sendo passíveis de uma “geometria variável” consoante a matriz normativa em que se inscrevam, de acordo com as opções político-criminais em sede de relevância do consentimento e da possibilidade ou inadmissibilidade de coação [física] sobre os sujeitos passivos, o que, no limite, está integralmente na esfera de disponibilidade do órgão legiferante legitimado para o efeito.

Os argumentos dogmáticos no contexto destas temáticas, são, no entanto, agudizados por uma não rara e incompreensível ambiguidade do legislador. Falamos em “ambiguidade” naqueles casos em que, apesar de decantadas as questões por controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, o mesmo teima em as deixar em aberto, como é o caso de Espanha – e de Portugal –, no que concerne à admissibilidade de utilização da força física para recolha de amostras biológicas com fim de determinação de perfil de ADN.

Devemos ainda esclarecer que, ao falar-se em recurso à força física, perante a recusa do condenado em colaborar (passivamente<sup>110</sup>) na diligência a que se pretende submetê-lo, nos referimos à utilização de meios coercivos estritamente necessários e adequados à finalidade pretendida (recolha de bioamostra) e com respeito pela dignidade pessoal e sem consequências irreversíveis, podendo integrar, dessa forma, ofensa à integridade física justificada.

O recurso à força física terá de ser concebido como um expediente que há-de salvaguardar sempre a dignidade pessoal e o pudor do visado, o que nos parece francamente compatível com o emprego do método de esfregaço da mucosa bucal, através de zaragatoa bucal (emprego de um “cotonete”), para recolha de células do

---

<sup>110</sup> Já um comportamento como cuspir numa lâmina integraria um tipo de colaboração ativa.

epitélio bucal. Não será este procedimento que, em si mesmo considerado, constituirá o emprego da força<sup>111</sup>, mas os meios coercivos necessários a realizá-lo, o que, efetivamente, pode variar em função do grau de resistência ou rejeição do visado.

Será, quanto a nós, discutível que outras modalidades de recolha de amostras biológicas não possam, igualmente acolher-se a um tal critério, como p. ex., arrancar um cabelo pela raiz, fazer uma punção sanguínea na ponta de um dedo ou uma raspagem subungueal, parecendo-nos ser de admitir estas modalidades no quadro de uma autorização da recolha coerciva de amostras biológicas com recurso a força física.

Pode objetar-se que, não partilhando a ordem de recolha de amostra para obtenção de perfil de ADN de arguido-condenado das características das penas (principais ou acessórias), no limite, a sua concretização pode envolver o emprego da força física, sem que tal contenda de forma inconciliável com a prerrogativa da manutenção dos direitos fundamentais à integridade física, à privacidade e à autodeterminação informacional, tratando-se de medidas inerentes à respetiva execução (cfr. art. 30.º, n.º 5 da CRPort).

A aceitação de um modelo que fizesse depender a efetividade da ordem de recolha do consentimento do condenado – ou, alternativamente, se o mesmo não se verificasse, de uma consequência penal – defraudaria o que parece ter sido o propósito assumido do legislador de preencher a base de dados de perfis de ADN de forma «faseada e gradual» (art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008), para já não falar do propósito originário da intenção da «base universal».

### **II.3. Aspetos jurídico-processuais relativos à ordem de recolha de amostras para obtenção de perfil genético de condenados**

Devemos precisar que a ordem de recolha de amostras de arguido condenado não se confunde com a decisão de inserção na base respectiva do perfil

---

<sup>111</sup> Entendemos que o método de recolha de ADN por zaragatoa bucal não integra comportamento típico de ofensa à integridade física.

de ADN obtido a partir de tal amostra: uma coisa é a ordem judicial de recolha de amostras, outra, é a decisão de inserção dos perfis de ADN resultantes da análise das amostras recolhidas nos termos do art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008, bem como os correspondentes dados pessoais, na base de dados de perfis de ADN, por despacho do juiz do julgamento – art. 18.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008.

Considerando a natureza da ordem judicial de recolha de amostra de condenados, uma primeira questão prático-procedimental surge: a (des)necessidade de alegação dos pressupostos e justificação da sua ordem; saber se deve haver um “pedido formulado” – mormente em sede de acusação, pelo Ministério Público ou assistente – no sentido de a mesma ser decretada, na eventualidade do preenchimento, a final, dos pressupostos objectivos do art. 8.º, n.º 2 (e n.º 3) da Lei n.º 5/2008.

Com vimos acima, a ordem não comunga da natureza de pena acessória, pelo que nos parece não ser procedente a aplicabilidade de uma doutrina semelhante à do Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 7/2008, de 25-06-2008<sup>112</sup>.

Outra razão que apontará no sentido negativo, prende-se com a circunstância de a imposição da ordem aparentemente só ser admissível após o trânsito em julgado da decisão condenatória; significará isto que a determinação da ordem de recolha se tratará necessariamente de um incidente pós-sentencial, o que implicaria que se promovesse e/ou decidisse apenas depois do trânsito em julgado?

De acordo com o que atrás defendemos, relativamente à natureza “quase automática” da ordem de recolha de amostra de condenado, seria, assim, dispensável a alegação e «pedido» da sua determinação.

Assim, haverá que equacionar em que momento processual deve ser determinada a ordem. Apesar de, como se viu, haver motivos que permitam sustentar solução diversa, parece-nos que o regime dos recursos admitirá a opção

---

<sup>112</sup> De acordo com o qual «Em processo por crime de condução perigosa de veículo ou por crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, não constando da acusação ou da pronúncia a indicação, entre as disposições legais aplicáveis, do n.º 1 do artigo 69.º do Código Penal, não pode ser aplicada a pena acessória de proibição de conduzir ali prevista, sem que ao arguido seja comunicada, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 358.º do Código de Processo Penal, a alteração da qualificação jurídica dos factos daí resultante, sob pena de a sentença incorrer na nulidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 379.º deste último diploma legal.»; pub. DR n.º 146 Série I, de 30-07-2008.

por um procedimento no sentido de a ordem ser determinada – ainda que condicionadamente ao estabelecimento definitivo (transitado em julgado) da medida concreta da pena, a fixar em sede de decisão do recurso – na decisão condenatória final.

E, neste passo, passa a questionar-se os termos da recorribilidade da decisão de ordenar a recolha de amostras. Pensamos que uma conceção sobre a natureza “quase automática” da ordem de recolha de amostras não pode deixar de condicionar a perspetiva sobre a recorribilidade, ou não, da decisão de ordenar a recolha; poderia inadvertidamente intuir-se, num primeiro olhar, que aquela natureza “quase automática” da ordem de recolha prejudicaria a possibilidade de recurso da sua determinação, e que apenas se admitiria a hipótese de recurso (por parte do Ministério Público) no caso da sua não determinação.

Será que a natureza da ordem de recolha contraria o princípio geral da recorribilidade dos acórdãos, sentenças e despachos cuja irrecorribilidade não esteja prevista (art. 399.º do CPPen)? Ou, antes, justificar-se-á limitar a recorribilidade da decisão de ordenar, ou não, a recolha de amostras<sup>113</sup> ?

Como anteriormente se viu, a “quase” automaticidade da ordem pode ser excecionalmente derogada ou dispensada, quando seja entendida como desnecessária (*v.g.*, casos em que o arguido foi anteriormente sujeito a recolha noutros processos) ou inadequada e desproporcional (*v.g.*, caso de doente em estado terminal) e noutras situações virtualmente violadoras do art. 18.º da CRPort.

Nos casos em que o juiz determine a ordem e o arguido não se conforme com ela, naturalmente que poderá recorrer de tal decisão, por se lhe prefigurar ser um caso de dispensa, por desproporcionalidade ou desnecessidade<sup>114</sup>.

Pelo contrário, tratando-se de um caso que se contenha no regime-regra da “quase automaticidade» da ordem, mas em que o tribunal se decida pela dispensa de

---

<sup>113</sup> Deve notar-se que se suscitaram idênticas interrogações no âmbito da ordem de recolha em sede de investigação criminal, aí se podendo equacionar as consequências da produção de tal meio de prova em sede de nulidade.

<sup>114</sup> Pensamos que, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, o arguido não tem qualquer dever de requerer a dispensa da ordem de recolha de amostra antes da leitura da decisão final. No entanto, nada impede que o faça espontaneamente, «alertando» o tribunal para a hipótese de poder vir a ser condenado.

ordenar a recolha (oficiosamente ou mediante requerimento do arguido em tal sentido), pode também, o Ministério Público interpor recurso da decisão de não ordenar a recolha, no sentido de assegurar a validade do regime-regra.

Parece-nos, contudo, que cabendo recurso de tais decisões, as mesmas devem ser inseridas na decisão condenatória, ainda que a sua concreta eficácia fique naturalmente condicionada ao trânsito em julgado e ao estabelecimento da medida concreta da pena, que terá de se fixar, em termos finais da decisão do recurso, pelo menos em três anos de prisão. Assim se evitará que, após a decisão de um recurso de uma decisão condenatória em primeira instância que não contemple a ordem de recolha de amostra, venha a ser possível interpor novo recurso de uma decisão posterior restrita a essa questão. O princípio da unidade e concentração dos actos processuais recomendam que assim seja entendido e se proceda em conformidade com esta opção prática.

Parece-nos que a suscetibilidade do estabelecimento de um incidente “pós-sentencial” ficaria reservada para as hipóteses de recurso em que, tendo havido absolvição ou condenação em pena concreta inferior a três anos de prisão em primeira instância, o tribunal de recurso concluísse pela condenação do arguido em pena de pelo menos três anos de prisão, caso em que a ordem deveria ser, então, proferida em 1.<sup>a</sup> instância, para garantir a possibilidade de interposição de recurso.

Por outro lado, devemos equacionar as hipóteses de **«recolha voluntária»** de amostras, as quais abrem distintos feixes de questões.

Em primeiro lugar, tomemos a hipótese da admissibilidade da recolha voluntária de amostra por arguido condenado, caso o tribunal entenda dispensar oficiosamente tal ordem.

A possibilidade de recolha voluntária por arguidos em processo-crime, é regulada no art. 6.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008, o qual parece excluir esta hipótese<sup>115</sup>, na

---

<sup>115</sup> Aliás, toda a disciplina legal da admissibilidade da recolha voluntária de amostras para determinação de perfil de ADN relativa a arguidos em processo-crime, parece eivada por um propósito de tal meio probatório ser do seu exclusivo interesse – tendo em vista a demonstração da sua não culpabilidade – respeitando a proibição da auto-incriminação. O arguido não pode pedir para ficar no ficheiro de voluntários na pendência do processo.

medida em que subtrai a utilização das respetivas amostras a fins de investigação criminal, o que parece contrariar o disposto no art. 9.º, al. *d*). Mas só aparentemente é assim, porque a advertência desta norma – da possibilidade geral 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 –, é a que respeita à regra do regime geral, ao contrário da hipótese em que os arguidos pretendam ser “voluntários”, que são a exceção, o que parece configurar uma decorrência do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Do cotejo de todo este complexo normativo, julga-se legítima a conclusão de que a recolha voluntária de amostras em processo crime, ou em vários, nos termos do art. 8.º, n.º 6<sup>116</sup> – relativamente a arguido que o requeira –, apenas é passível de servir para a perícia nesse(s) processo(s), não podendo o respetivo perfil integrar qualquer base de perfis, antes da sua condenação. E, de qualquer modo, é o perfil de ADN obtido a partir da «amostra problema» recolhida em local de crime, nos termos do art. 8.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2008 que é transferido, e não o da amostra obtida nos termos do n.º 1 do art. 8.º. Ou seja, pode transitar, “indiretamente”<sup>117</sup>, o perfil da amostra de arguido «voluntário», desde que a amostra problema venha a ser com ele identificada.

Não obstam a tal conclusão as normas do art. 9.º, als. *a*) e *c*) da Lei n.º 5/2008 – que excepcionam da inserção em ficheiros os dados pessoais e perfis de ADN relativos a pessoas referidas no art. 8.º, n.º 1 (que abrange a recolha “voluntária” de amostras a pedido do arguido) –, uma vez que tal previsão respeita aos «sujeitos passivos da colheita». Ora, os perfis das “amostras problema” resultam de procedimentos em que não é viável observar o dever de informação do art. 9.º,

---

<sup>116</sup> Esta norma entra, também, em aparente contradição com a do art. 34.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008 – segundo a qual «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» – podendo solucionar-se o impasse considerando esta uma regra geral, face à norma excepcional do art. 8.º, n.º 6. Outra interpretação de possível compatibilização, é entender que essa norma se reporta apenas a arguidos-condenados nos termos do art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008 (neste sentido, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., p. 466). Para uma ideia de compatibilização, também HELENA MONIZ, «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiriça em matéria de transferência de perfis de ADN», *RMP*, N.º 120, Ano 30 – Out.-Dez. 2009, pp. 150-151.

<sup>117</sup> Cfr. art. 26.º, n.ºs 1, al. *d*) e 2 da Lei n.º 5/2008, e *supra*.

só posteriormente podendo ser identificadas, pelo que não se lhes aplica tal regime excecional.

Portanto, parece que, “indiretamente” (a partir de uma eventual identificação), o perfil de ADN obtido numa recolha “voluntária” poderá integrar ficheiro da base, desde que o «arguido-voluntário» venha a ser condenado dentro dos pressupostos do art. 8.º, n.º 2<sup>118</sup>.

Assim, sendo embora discutível a opção aqui proposta, se o arguido condenado solicita a recolha de amostra – sem que tenha precedido nenhuma recolha ou determinação de perfil no âmbito do processo – cremos dever admitir-se a sua pretensão, caso se verifiquem os demais pressupostos objetivos do art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008, e desde que observado o dever de esclarecimento e informação do art. 9.º, alíneas *a)* e *d)* do mesmo diploma: possibilidade de cruzamento dos dados pessoais e 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, após a sua [eventual] condenação.

De resto, a idêntico resultado se chegaria se, obstando-se à “recolha voluntária” de amostras a arguido condenado em processo-crime, se procedesse, lateralmente, à recolha voluntária de amostras de material biológico seu, nos termos do art. 6.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 5/2008.

Mais controversa poderá ser a admissibilidade de recolha voluntária de amostras em arguido condenado relativamente ao qual não se verifiquem os respetivos pressupostos legais, p. ex., condenação em pena de prisão inferior a três anos, condenação em pena única igual ou superior a três anos de prisão (embora as penas parcelares sejam inferiores a tal medida), pedido de recolha em momento anterior ao trânsito em julgado.

Tratando-se aí de uma intervenção não coerciva, pareceria não ser decisiva a exigência da verificação dos pressupostos legais objetivos do art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º

---

<sup>118</sup> De notar que os perfis de ADN de arguidos, obtidos nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, podem, de resto, ser cruzados (comparados) com os das «amostras-problema» de cadáver, parte de cadáver, coisa, ou local onde proceda a recolhas (com finalidades de identificação civil ou criminal), e de profissionais (artigos 20.º, n.º 1 e 15.º, n.º a, als. *b)*, *d)* e *f)*, 7.º, n.º 1 e 8.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2008).

5/2008 – que serão sempre imprescindíveis na ordem de recolha coerciva – até porque não pode ignorar-se ou menosprezar-se o papel de demonstração de inocência que a comparação de perfis de ADN pode significar. Mas, cremos, apesar de tudo, que nessas situações, não se mostrando preenchidos os pressupostos legais do regime do art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008, se deverá denegar tal pretensão, restando ao condenado (em pena de prisão inferior a três anos ou em pena única igual ou superior a três anos de prisão embora as penas parcelares sejam inferiores a tal medida) o recurso ao regime do art. 6.º da Lei n.º 5/2008<sup>119</sup>.

Considerando a existência de bases de dados pessoais respeitantes aos diversos ficheiros de perfis, entre as quais as dos arguidos condenados nos termos do art. 8.º, n.os 2 e 3 da Lei n.º 5/2008, afigurar-se-á que a ordem de recolha de amostras dos condenados possa ser precedida de consulta à entidade responsável pela base (o INMLCF, I.P.), no sentido de se indagar se a amostra de arguido condenado – porventura reincidente ou pluriocasional – já se encontra nos ficheiros, assim se evitando a duplicação de recolhas, relativamente a um mesmo arguido.

Além destas questões, que se poderão classificar de introdutórias, outras se poderão suscitar, quando se ponderem os termos da exequibilidade/execução da ordem de recolha de amostras de condenados, nos termos do art. 8.º, n.os 2 e 3 da Lei n.º 5/2008, mesmo para além das questões sobre a coercibilidade na recolha de amostras dos indivíduos condenados, relativamente ao que já atrás nos pronunciarmos.

Se o problema pode não se colocar com especial seriedade no caso dos condenados reclusos ou em regime de permanência na habitação, nos termos do disposto nos artigos 44.º, n.os 1, al. *b*) e 2<sup>120</sup> ou 62.º do CPen, já outro tanto pode não suceder quando surja a necessidade de proceder à recolha de amostras relativamente aos condenados em pena cuja execução foi suspensa (pena de substituição).

---

<sup>119</sup> Caso não esteja pendente qualquer outro processo contra ele, caso em que cairia no âmbito do art. 6.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008.

<sup>120</sup> Ou seja, quando o condenado passe a cumprir a pena de prisão em regime de permanência na habitação, situações admissíveis nos casos de condenação em pena de prisão igual ou superior a três anos.

O procedimento coercivo observará o preceituado nos artigos 10.º a 12.º da Lei n.º 5/2008. Uma vez transitada a decisão de ordenar a recolha de amostra, proceder-se-á em termos que não se distinguirão, quanto a nós, do procedimento coercivo – se houver necessidade – adotado no âmbito da investigação criminal (art. 172.º, n.º 1 do CPPen)<sup>121</sup>.

Diferentemente, nos casos de suspensão de execução da pena, o condenado terá, em princípio, paradeiro declarado, nos termos do art. 52.º, n.º 1, al. a) do CPen, o que possibilitará a sua localização e notificação para a realização da recolha de amostra, podendo, em caso de recusa injustificada, ser ordenada a sua detenção para condução ao local onde se proceda à colheita.

O procedimento concreto de recolha de amostras observará, necessariamente, o estatuído nos artigos 7.º a 13.º da Deliberação do Conselho Médico-Legal n.º 3191/2008, de 15-07-2008<sup>122</sup>, devendo atentar-se no teor do formulário do seu Anexo II - C.

Uma última questão nos parece merecer a devida atenção: relaciona-se com a plausibilidade de suprir a omissão da ordem de recolha de amostras biológicas para obtenção do perfil genético dos condenados. Pode haver casos que – certamente existem em número não desprecioso –, reunindo os pressupostos legais, nos quais o tribunal omitiu a ordem, e não houve recurso.

Parece-nos nada impedir a possibilidade de a omissão da ordem ser suprida, ordenando-se agora, ainda que a pena tenha, eventualmente, começado ou cessado já a sua execução.

De todo o modo, dada a configuração e natureza da mesma como efeito substantivo da condenação, parece-nos que a ordem de recolha de amostra com vista a suprir a sua não decretação, só poderá ocorrer em processos relativos a factos

---

<sup>121</sup> Importa relembrar a distinção que PAULO P. ALBUQUERQUE estabelece entre o carácter excepcional da recolha de amostra biológica, ordenada nos termos dos artigos 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 e 172.º, n.º 1 do CPPen – em que defende admitir-se o recurso à força física – e a ordem de recolha em condenados, em que se lhe afigura inviável tal expediente, entendimento do qual, em princípio, nos distanciamos.

<sup>122</sup> Pub. DR II Série, n.º 234, de 03-12-2008.

que tenham ocorrido em momento posterior à entrada em vigor da Lei n.º 5/2008, ou seja, em 13 de março de 2008 (cfr. art. 41.º). Essa conclusão parece ser a que melhor se compatibiliza com os princípios da legalidade e da não retroatividade de lei penal desfavorável. É certo que esta posição pressupõe estar resolvida a questão da natureza processual ou penal material das normas relativas à recolha de bioamostras e de inserção na base de dados do perfil de pessoas condenadas. Apesar de enquanto medida de investigação criminal, a extração/obtenção de identificação de pessoas por análise de ADN nos parecer um problema de aplicação de novos meios tecnológicos ao serviço da investigação criminal, a sua imposição como consequência de uma condenação, na medida em que envolve o agravamento de uma posição do arguido, deverá estar prevista aquando da prática do facto.

Face a decisões já transitadas, deve o MP promover a prolação de despacho ordenando a recolha.

Em decisões ainda não transitadas, poderá ser prudente aguardar pela confirmação, em eventual recurso, dos pressupostos objetivos da ordem de recolha, após o que o MP deverá promovê-la.

### **III. Considerações conclusivas**

A manter-se o modelo vigente na União Europeia de cooperação judiciária em matéria de prova genética – em que se mantém a autonomia das bases nacionais de perfis de ADN e sua conexão «em rede» –, os esforços de intercâmbio e entreajuda devem aprofundar-se e vulgarizar-se, evoluindo para um sistema de consulta recíproca de ficheiros de perfis de ADN mais partilhada e acessível. Para isso, deverão concorrer a harmonização de critérios de inserção de perfis, dos procedimentos e das metodologias usados.

No quadro europeu, o modelo pelo qual optou o legislador nacional – consagrado na Lei n.º 5/2008 –, é um dos modelos mais “garantísticos”<sup>123</sup>, apesar de, mesmo assim, poder ser merecedor de críticas que recomenda(ria)m a sua revis(itaç)ão.

Como se viu, tem havido uma relutância de alguma doutrina e jurisprudência em enveredar por um entendimento mais próximo de uma construção como a que propomos – a de a ordem de recolha de ADN de condenados se tratar de um efeito substantivo da condenação de forma quase automática, nos termos *supra* enunciados – o que deveria concitar alguma preocupação do legislador.

A esse respeito, considerando que a jurisprudência nacional se poderá continuar a dividir entre as posições do Ac RE de 15-05-2012 (relat. Desemb. António J. Latas), e a posição contrária, encabeçada pelo Ac RL de 11-10-2011 (relat. Desemb. Agostinho Torres) – em que, respetivamente, se sustenta o carácter automático e não automático da ordem –, atendendo a que os processos podem não subir em recurso ao STJ (decidindo as Relações definitivamente quanto a tal matéria), deverá o MP suscitar a **oportuna resolução do diferendo jurisprudencial através do recurso extraordinário de fixação de jurisprudência**, reunidos que estejam os pertinentes pressupostos processuais.

Entre outros tópicos, indicar-se-ia um aspeto que nos parece verdadeiramente nuclear, qual seja o de regular separadamente – que não de forma “estanque” – as questões da obtenção de perfis genéticos com finalidades de investigação criminal e para efeito de os integrar em bases de dados. Naquelas se deveria definir expressamente os pressupostos e modalidades de ingerência corporal, da admissibilidade de colheita de bioamostra para determinação do perfil: apenas mediante o consentimento livre e informado, ou de forma coativa, com recurso à força física, legitimada por despacho fundamentado, e de forma adequada, proporcional, residual, cuja ingerência se pautar pelo mínimo grau de vulneração da

---

<sup>123</sup> Ordenamentos jurídicos vistos como dispensando níveis de proteção mais elevados dos direitos fundamentais, como a França e a Alemanha, apresentam sistemas bem mais intrusivos em matéria de regime de prova genética e de bases de dados de perfis de ADN.

integridade e dignidade pessoal, sem colocar em risco a saúde, com garantia de tratamento para o fim a que se destina.

A simplificação técnica e a maior coerência das disposições normativas e procedimentais, deveria ser outra das preocupações do legislador.

Para além dessas sugestões, deixam-se alguns tópicos que, quanto a nós, justificam uma reflexão, com vista à sua modificação:

- A ponderação da necessidade de um “catálogo de crimes”, onde se admitiria a prova genética;
- A clarificação das condições de recolha de amostras-problema em crimes de cenário, com eventual dispensa da intervenção judiciária;
- A utilização da *fenotipagem* em sede de investigação criminal;
- O alargamento dos critérios de inserção de perfis e da sua permanência, eventualmente a arguidos (durante o inquérito) até ao momento do arquivamento do processo ou mesmo até à sua absolvição;
- Simplificação dos critérios de inserção de perfis de suspeitos e de arguidos voluntários (casos de *genetic profiling in bonam partem*);
- A clarificação dos critérios para a inserção de perfis de condenados.

Subsistem, ainda, alguns aspetos de índole jurídico-processual da ordem de recolha de amostras biológicas em condenados para obtenção do perfil genético, relacionados com o funcionamento do ficheiro respetivo, que se mostra necessário ver mais discutido na prática jurisprudencial, como a questão da coercibilidade, da retroatividade admissível da ordem de recolha em processos em que não foi determinada, entre outros.

Deixámos enunciadas algumas questões sobre as quais não se acham estabilizados entendimentos e práticas. Não temos a certeza que os tenhamos ajudado a resolver, mas também não era nosso propósito solucioná-las.

## IV. Referências

### IV.1. Doutrina

- AA. VV., *A Base de dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012.
- AA. VV., *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, Org.), Húmus, Lisboa, 2013.
- AA. VV., *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Pactor, Lisboa, 2013.
- AA. VV., *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008.
- AA. VV., *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003.
- AA. VV., *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010.
- AA. VV., *Genoma e Dignidade Humana* (RUI NUNES, HELENA MELO e CRISTINA NUNES orgs.), Colectânea Bioética Hoje, V, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto - Serviço de Bioética e Ética Médica, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2002.
- ÁGUAS, CÍNTIA, «Estudo Comparado da Legislação Internacional», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 119-142.
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.<sup>a</sup> Ed. actualizada, Universidade Católica Ed., 2009 (anotações aos artigos 126.º, 127.º, 151.º a 177.º)
- BORRY, PASCAL, «Ethical principles and Forensic Databases», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 23-36.

- BOTELHO, MARTA MADALENA, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico. Em Especial, os Problemas Jurídico-Penais da Criação de Uma Base de Dados de ADN para Fins de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2013.
- BRAVO, JORGE DOS REIS, «Perfis de ADN de Arguidos-Condensados (O artigo 8.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)», *RPCC*, Ano 20, Fasc. 1.º, Janeiro-Março 2010, pp. 97-126.
- CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado*, Coimbra Editora/Kluwer, Coimbra, 2010.
- CORTE-REAL, FRANCISCO, «Base de dados genéticos com fins forenses», *Direito e Justiça*, Volume Especial, 2004, pp. 141-146.
- , «A Base de Dados Forense Portuguesa (Lei n.º 5/2008)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 59-67.
- COSTA, SUSANA, *A Justiça em Laboratório. A Identificação por Perfis Genéticos de ADN. Entre a Harmonização Transnacional e a Apropriação Local*, Almedina, Coimbra, 2003.
- CRUZ, CARLA, «Genética Forense – Uma Ciência com passado, presente e futuro», *Investigação Criminal* (Revista semestral da ASFIC), N.º 4, 2012, pp. 88-110.
- FARINHA, CARLOS, «Base de Dados - da Amostra-problema à “Amostra-solução”, através da Amostra-referência», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 171-183.
- , «Comunicação», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, Org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 21-24.
- FIDALGO, SÓNIA, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *RPCC*, Ano 16.º, N.º 1, Janeiro-Março 2006, pp. 115-148.
- FREITAS, FLORENTINA MARIA DE, «Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança versus privacidade», in *Lusíada – Série II*, n.º 7, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2010, pp. 247-290.
- GONÇALVES, MANUEL, «Recolha de amostras de ADN para fins de investigação criminal. Suspeito», *RMP*, Ano 34, N.º 136, Out.-Dez. 2013, pp. 199-224.
- LEITE, INÊS FERREIRA, «A nova base de dados de perfis de ADN», Boletim Informativo da FDUL-IDPCC, Ano 1, Ed. 5, Outubro-Novembro 2009, acessível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=XFmkf-Zy5pM%3D&tabid=622>

- MACHADO, HELENA - AMORIM, ANTÓNIO - SILVA, SUSANA, «Políticas de Identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Vol. XLV, (196), 2010, pp. 537-553.
- MACHADO, HELENA - COSTA, SUSANA, «Biolegalidade, imaginário forense e investigação criminal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N.º 97, junho 2012, pp. 61-84.
- MACHADO, HELENA - PRAINSACK, BARBARA, *Tracing Technologies. Prisoners' Views in the Era of CSI*, Ashgate, 2012.
- MACHADO, HELENA - SILVA, SUSANA, «Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética», In C. Fróis (org.), *A Sociedade Vigilante: Ensaios sobre Identificação, Vigilância e Privacidade*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2008, pp. 151-171.
- MACHADO, HELENA - SANTOS, FILIPE, «Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal», in *Polícia, Segurança e Ordem pública. Perspetivas portuguesas e brasileiras* (Susana Durão e Marcio Darck, org.), Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2012, pp. 154-165.
- MARÍN, MARÍA ÁNGELES PÉREZ, *Inspecciones, registros e Intervenciones Corporales – Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Monografía, 527, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- , «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *RMP*, N.º 132, Out-Dez. 2011, pp. 127-164.
- MONIZ, HELENA, «Os problemas jurídico-criminais da criação de uma base de dados genética para fins criminais», *RPCC*, Ano 12.º, N.º 2, Abril-Junho 2002, pp. 237-264.
- , «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiriça em matéria de transferência de perfis de ADN», *RMP*, N.º 120, Ano 30 – Out.-Dez. 2009, pp. 145-156.
- , «Condições e Limites da Utilização da Prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 79-86.
- MORGADO, MARIA JOSÉ, «Perigos e Certezas. Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 153-159.
- PEREIRA, ARTUR, «Bases de Dados Genéticos», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 95-130.

- , «Da Prova. Âmbito, Especificidades e Valor Probatório», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 361-412.
- , «Desafios Ético-Jurídicos da Prova Pericial», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 1-61.
- PINHEIRO, MARIA DE FÁTIMA, «Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais», *RMP*, N.º 74, Ano 19 Abril-Junho 1998, pp. 145-153.
- , «Aplicação do estudo do DNA em Criminalística», *Polícia e Justiça, (Revista do ISPJCC)*, N.º 3 - III Série: Janeiro-Junho 2004, pp. 157-193.
- , «A Identificação genética; passado, presente e futuro», *RMP*, Abril-Junho 2009, N.º 118, pp. 157-196.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008.
- RODRIGUES, BENJAMIM SILVA, *Da Prova Penal T. I – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas (à luz do Paradigma da Ponderação Constitucional Codificado em Matéria de Intervenção no Corpo Humano, face ao Direito à Autodeterminação Corporal e à Autodeterminação Informacional Genética)*, 3.ª Ed. revista, actualizada e aumentada, Rei dos Livros, Lisboa, 2010.
- SANTOS, HUGO LUZ DOS, «Recurso de Apelação. Falta de Fundamentação da Decisão de Extração de ADN. Derrogação do Mandado de Esgotante Apreciação do Ilícito», *RMP*, N.º 135, Ano 34, jul.-set. 2013, pp. 189-228.
- SANTOS, MANUEL SIMAS, «Mecanismos de Verificação e Fiscalização (na Base de Dados de Perfis de ADN)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 69-78.
- SCHNEIDER, PETER M., «Legal aspects of forensic DNA analysis in Germany», in *Forensic Science International, Special Issue: Proceeding of the European Symposium: Ethical and Legal Issues of DNA Typing in Forensic Medicine*, Editorial Elsevier, Vol. 88, N.º 1, July 1997, pp. 95-98.
- , «DNA Databases: International Reality and Perspectives», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 87-103.
- SILVA, INÊS T. M. PEDROSO DA, «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 7*, N.º 15, 2011, pp. 159-188.
- SILVA, PAULA MARTINHO DA, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, Edição Cosmos, Lisboa, 1997.
- , «Parecer n.º 52/CNECV/2007 - Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o “Regime Jurídico da base de Dados de Perfis de

A.D.N.”, Junho de 2007», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 37-47.

VUILLE, JOËLLE, *L'ADN - Reine des preuves ou roi des canulars?*, De L'hèbe Eds., La Question N.º 74, Charmey, 2011.

VUILLE, JOËLLE - TARONI, FRANCO, «Non è tutto oro quel che luccica. Il giudice penale e il valore probatorio dell'indizio scientifico», *Questione Giustizia – Bimestrale promosso da Magistratura democratica*, N.º 1 - «Bioetica: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013, pp. 82-100.

WALLACE, HELEN, «Is Every Citizen a Suspect?», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 49-56.

## **IV.2. Jurisprudência**

No sentido de a determinação da recolha de amostra biológica de arguido condenado pressupor um juízo de «perigo de continuação criminosa»:

- **Ac RL de 11-10-2011** (relat. Desemb. Agostinho Torres): *«Funda-se esta posição em antecedentes jurisprudenciais similares surgidos na Alemanha (decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 14.12.2000) na medida em que este entender só não haver inconstitucionalidades da Lei ALEMÃ DE 7.9.1998- § 2º da DNA-Identitätsfeststellungsgesetz) (e que o artº 172º do nosso CPP teria assimilado em alguns aspectos mas com alterações) desde que se restringisse a um elenco de crimes graves, na esteira do que vem afirmado pela ciência criminológica, e o juiz fosse chamado a fazer um juízo sobre o “perigo de continuação criminosa”, baseado nas circunstâncias do caso, demonstradas e justificativas da recolha de amostras de DNA, sob pena de desproporcionalidade e desnecessidade. Também neste argumentário o ilustre anotador segue o mesmo ponto de vista já anotado no parecer nº 18/2007 da CNPD em matéria de fundamentação do despacho naqueles critérios, subordinados ao art. 29º, nº 3 da CRP e uma vez que os efeitos da sentença condenatória, nesta parte, são de natureza substantiva e não automáticos.»*

No sentido de a determinação da recolha de amostra biológica de arguido condenado não se aplicar a condenados em pena de prisão suspensa na sua execução (entre 3 e 5 anos):

- **Ac RP de 16-10-2013** (relat. Desemb. Castela Rio): *«I - A ordem de recolha de amostra biológica contendo ADN, quando «efeito substantivo» da condenação penal, só pode ser determinada em despacho do juiz posterior ao trânsito: i) da sentença ou acórdão condenatório em*

*pena de prisão efetiva não inferior a 3 anos; ou ii) do despacho que revogar a pena de suspensão da execução da prisão e determinar o cumprimento de pena de prisão não inferior a 3 anos.»*

No sentido de, na determinação da recolha de amostra biológica de arguido condenado, ser bastante que o juiz verifique estarem preenchidos os pressupostos formais consignados no art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008:

- **Ac RE de 15-05-2012** (relat. Desemb. António J. Latas): *«uma opção (...) que implicasse a apreciação crítica e analógica em cada caso, com vista ao preenchimento de critérios materiais como o alarme ou ressonância social do crime, a reincidência ou tendência do condenado para o crime, poderá mesmo considerar-se inconveniente por poder resultar em graves atentados ao princípio da igualdade e legalidade criminal, o que igualmente aponta para a adequação do critério formal acolhido pelo legislador».* (Bravo, 2010).

*«Antes de mais, não nos parece rigorosa a afirmação de que o n.º2 do art. 8º prevê uma decisão automática, na medida em que a lei exige despacho judicial que não dispensa fundamentação (em obediência ao disposto no art. 205º da CRP), embora limitada à verificação dos requisitos formais a que se reporta a letra do preceito.*

*A questão colocada é, antes, como referido, a de saber se a recolha de amostra nos termos do n.º 2 se basta com a verificação dos pressupostos formais considerados, ou se os preceitos da CRP citados exigem ainda a verificação de um pressuposto material, questão que não se confunde com a desnecessidade de fundamentação da sentença.*

*A suficiência de requisitos desta natureza e, portanto, a legalidade da decisão judicial que se limite a invocá-los ou a remeter para o n.º 2 do art. 8º, como se verifica no caso concreto, resulta, em síntese, das seguintes ordens de razões.*

*Em **primeiro lugar**, o n.º 2 do art. 8º exige a verificação de requisitos orientados para o cumprimento das exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade (art. 18º n.º2 CRP).*

*Em **segundo lugar**, o perigo que a recolha de mostra de ADN em arguido condenado e a inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados criada pela Lei n.º 5/2008, representa para o direito à intimidade da vida privada (art. 26º n.º 2 da CRP) e da autodeterminação informacional do cidadão (art. 35º n.º2), podem considerar-se mitigados e são suficientemente prevenidos pelo regime legal a que se encontra submetida aquela recolha e inserção, bem como a utilização dos dados obtidos, em função do fim a que se destinam.*

*Em terceiro lugar, o mesmo se diga em relação ao Direito ao respeito pela vida privada e familiar, acolhido no art. 8º da CEDH, tendo em conta a jurisprudência do TEDH, designadamente no acórdão S. e Marper vs. Reino Unido, igualmente invocado pelo MP recorrentes».*

Coercibilidade em sede de investigação criminal (a obtenção da amostra como meio de prova).

- **Ac RP de 10-07-2013** (relat. Desemb. Joaquim Gomes): « I - As intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de **ADN** e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime.

II – Mostram-se aceitáveis e legitimadas se estiverem legalmente previstas (i), perseguirem uma finalidade legítima (ii), mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos (iii), revelando-se idóneas (a), necessárias (b) e na justa medida (c).

III - Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v), não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi), optando-se, neste caso e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do **ADN** (vii)».