

A intervenção judicial na Lei 5/2008¹

I - Intróito

§ 1 A Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro (que aprovou a base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal), estabelece um conjunto de normativos que, directa, ou indirectamente, “convocam” uma apreciação judicial.

Em sùmula, a exigência de uma intervenção judicial *imediata* é imposta ao nível da recolha de amostras, dispensa de recolha, inserção e comunicação de dados.

Em termos *mediatos* existem determinados normativos que condicionam a valoração judicial da *prova por ADN*.

Iremos centrar-nos na intervenção judicial *directa*.

II – Recolha de amostras

§ 2 O capítulo II da Lei 5/2008 disciplina normativamente a recolha de amostras. Vejamos as situações em que é exigida uma intervenção judicial no âmbito criminal.

a) Recolha de amostras em processo-crime, ao abrigo do disposto no art. 172.º do Código de Processo Penal

§ 3 O art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008 dispõe que a recolha de amostras em processo-crime, ao abrigo do disposto no art. 172.º do Código de Processo Penal, apenas é admissível por despacho judicial, oficiosamente ou por requerimento.

Muitas questões se suscitam a propósito deste normativo, que já tivemos a oportunidade de salientar em anterior estudo².

¹ O presente texto serviu de suporte à intervenção no Colóquio "Bases de Dados de Perfis de ADN e a investigação criminal – balanço e perspetivas", realizado no Auditório do Novo Edifício, na Assembleia da República, no dia 27 de Março de 2015. Alguns acrescentos e reflexões emergem da discussão e debate que ali existiu. Mais uma vez se agradece ao Colega António Latas, Presidente do Conselho de Fiscalização de Perfis de ADN, a inteira disponibilidade que sempre demonstrou para prestar esclarecimentos sobre a Lei 5/2008 e debater, discutir e reflectir sobre aquele diploma.

² “Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal”, que pode ser consultado no site do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN - http://www.cfbdadosadn.pt/pt/conexoes/adndireitos/Paginas/ADN_DireitosFundamentais.aspx.

Iremos cingir-nos a algumas *temáticas* mais relevantes.

§ 4 A recolha de amostras no âmbito do processo-crime, na fase de inquérito, instrução e julgamento, até à condenação, não obstante a L 5/2008 *continua* a efectivar-se verificados os *requisitos* vertidos no código de processo penal.

A Lei 5/2008 não é *inovatória* neste aspecto. Poderá indagar-se se seria preferível que esta matéria fosse “regulamentada” na íntegra no âmbito desta lei, com as suas *especificidades próprias*, contudo não foi essa a opção³.

§5 Trata-se essencialmente de uma norma *remissiva* para normas processuais penais. E ressalte-se que o art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008 apenas se refere à recolha de amostras propriamente dita, que se trata de um *exame*, e se *distingue da* comparação de *perfis de ADN*, que configura uma perícia (cfr. o refere expressamente art. 13.º, n.º 4 da L 5/2008: “A *obtenção de perfis de ADN e os resultados da sua comparação constituem perícias (...)*”).

§ 6 A intervenção de um juiz na fase de inquérito apenas se impõe quando o arguido ou suspeito *recusarem* a recolha da amostra, já que *consentindo*, torna-se *desnecessário*.

Na fase de instrução e julgamento, mesmo que consentida pelo arguido, ou requerida por este, só é possível mediante decisão judicial, se *relevante para a descoberta da verdade*.

§ 7 Questão de extrema relevância é se o art. 8.º, n.º 1 apenas abrange uma recolha para interconexão. Ou seja, se é intenção do legislador através daquele normativo disciplinar a recolha de amostras a arguido com *único propósito* de realizar uma interconexão com perfis de ADN que se encontram na base de dados⁴.

³ Opção que na nossa óptica demonstra que o legislador no que concerne ao art. 8.º, n.º 1 pretendeu manter uma “ligação umbilical” à comparação directa prevista no processo penal.

⁴ Por exemplo, numa situação em que o MP já tem indícios de que o arguido é o autor do roubo, tendo conhecimento de que roubos similares foram realizados com o mesmo modus operandi, pretende uma interconexão para tentar estabelecer matches com amostras problemas recolhidas em locais dos crimes, de modo a identificar o autor em outros inquéritos. Ou o arguido num processo-crime, pede uma recolha apenas com objectivo de interconexão. Ou seja, a amostra não seria para usar no processo em curso, mas para se estabelecer interconexões com perfis de ADN que existem na base de dados, visando ilibar-se de outros processos, ou tentar demonstrar no inquérito em curso, enquanto estratégia de defesa, que não tem propensão para a prática de ilícitos criminais.

Não partilhamos este entendimento.

O art. 8.º n.º 1 da L 5/2008, tem como pressuposto inultrapassável uma recolha de amostras para o *concreto processo que se investiga*, visando uma *comparação directa*⁵.

A recolha de amostras é um exame, que enquanto meio de obtenção de prova, deverá ser necessário, e pertinente, para a descoberta da verdade material⁶. **Ora, esse juízo de necessidade só é possível realizar atendendo a um determinado circunstancialismo fáctico, ao concreto crime que se investiga e a provas que existem num determinado processo**⁷.

Não pode o MP ou o arguido pedir a realização de recolhas de amostras com o *único objectivo* de estabelecer interconexões. Não significa que essas interconexões não venham a ser feitas, ou que juntamente com o pedido de recolha de amostras para uma comparação directa, se *alegue* da sua relevância para descobrir outros crimes praticados pelo arguido⁸, mas trata-se de um *plus* que acresce a um pressuposto inultrapassável: *a recolha de amostras deve ter por fundamento o processo em curso, ou seja, pressupõe sempre uma comparação directa*.

Aliás, ao abrigo do princípio da legalidade⁹ e previsibilidade, uma hipótese de recolha de amostras com o único objectivo de interconexão deveria estar devidamente regulamentado no art. 8.º. Ao invés, remete-se para o processo penal, para normativos processuais penais, que se reportam à utilização de meios de obtenção de provas para descoberta da verdade no inquérito que se investiga.

O que ficou dito, leva-nos a outra conclusão: o pedido de recolha de amostras deve passar sempre pelo crivo do magistrado competente, que decide sobre a relevância para o processo em curso.

⁵ Também o art. 34.º, n.º 2 estabelece uma interligação com um concreto processo-crime e não com hipotéticos processos pendentes conhecidos através do recurso à base de dados.

⁶ Princípio da necessidade plasmado no art. 340.º do CPP, mas que é um princípio geral de produção de prova, e a que se alude no art. 154.º, n.º 3 do CPP, aplicável ex vi art. 172.º, n.º 2 do mesmo diploma legal.

⁷ Conforme parecer n.º 41/2007, da Comissão Nacional de Protecção de Dados, página 12, a necessidade, adequação e proporcionalidade reportam-se à investigação criminal **em causa, ao crime que se investiga e se pretende provar**.

⁸ Ex: O DIAP de Braga pede recolha de amostras a um alegado violador. Sabe, através de contactos com o superior hierárquico, polícias e Colegas, que nos últimos meses em vários pontos do país têm existido ataques de um violador com utilização do mesmo *modus operandi*. Perante tais factos, considera que a recolha de amostras será relevante para descoberta da verdade material em outros inquéritos, já que a interconexão permitirá confirmar ou infirmar as suas suspeitas. Deverá salientar-se que estes pedidos de interconexão poderão ser coordenados com os superiores hierárquicos, caso centralizem informação quanto a investigações cujo *modus operandi* seja similar.

⁹ Tanto mais que a recolha coerciva é uma norma processual material. E é de certo modo evidente que a recolha de amostras visando uma comparação directa é distinta da recolha de amostras para efeitos de interconexão, desde logo porque na comparação directa o juiz pode fazer um juízo de proporcionalidade em concreto. Uma recolha somente para efeitos de interconexão implicaria um juízo hipotético e abstracto, já que se desconhece se vai existir hit, e se houver, qual o crime em causa, e necessidade probatória daquela recolha para o concreto processo.

Relembre-se que o art. 8.º, n.º 1 elenca duas situações.

- a) Recolha de amostras a pedido do arguido.
- b) Recolha de amostras ordenada por despacho do juiz ao abrigo do art. 172.º do CPP, a partir da constituição como arguido.

Na primeira situação, o arguido pode pedir uma recolha de amostras para demonstrar a sua inocência na investigação em curso. Se estiver na fase de inquérito o pedido deve ser feito ao MP, na fase de instrução ao juiz de instrução criminal e na fase de julgamento ao juiz de julgamento (v.g. num crime sexual arguido pretende demonstrar que os vestígios biológicos encontrados na vítima não correspondem ao seu perfil de ADN).

Compete ao magistrado titular da fase processual decidir da pertinência para a descoberta da verdade *no processo em causa* (v.g. pode ser desnecessário por existir prova bastante no sentido de que não foi o arguido a cometer o crime, ou indeferir por ser diligência probatória de realização impossível, v.g. vestígios biológicos degradaram-se). Naturalmente que, deferida a recolha, posteriormente poderá ser realizada uma interconexão. Também no pedido o arguido pode manifestar vontade que seja realizada uma interconexão para demonstrar que está inocente em todos os processos “que correm contra ele no país”. Mas como referimos pressuposto inultrapassável é a comparação directa. É a *condição sine quo non* para a recolha¹⁰.

Concluiu-se na nossa perspectiva de análise que: a) não é admissível ao arguido pedir uma recolha de amostras apenas visando a interconexão¹¹ b) a necessidade de realização da recolha depende sempre da decisão de um magistrado¹².

Por maioria de razão, essa estreita relação com o processo em curso ainda é mais premente nas recolhas coercivas, já que o juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade a fazer pelo juiz, reporta-se ao circunstancialismo *daquele* processo.

¹⁰ Ao contrário da posição de Paulo Pinto de Albuquerque – Comentário ao Código de Processo Penal, 8.ª edição, página 466, entendemos que é possível compatibilizar o art. 8.º, n.º 1 e 6.º, n.º 3. Significa, no nosso entendimento, que o arguido pode pedir uma recolha de amostras, por ex. para provar a inocência, mas não pode ser “catalogada” essa amostra, como amostra “voluntária”, e consequentemente não pode ser inserida na base de dados de perfis de ADN, no ficheiro de amostras de voluntários – art. 15.º, n.º 1, al. a) – sem prejuízo de poderem ser interconexionados – art. 20.º, n.º 1 – e em caso de condenação, o perfil de ADN vir a ser inserido na base de dados (arts 8.º, n.ºs 2 e 3 e 18.º, n.º 3).

¹¹ V.g. O arguido praticou o crime de violação em investigação. Não lhe interessando uma recolha de amostras naquele processo, mas visando, enquanto estratégia de defesa, demonstrar que não é suspeito de ter praticado tal crime em qualquer processo que exista no país, pede uma recolha, mas apenas para interconexão.

¹² Pelo que não podem fazer-se pedidos directos ao INML para o efeito.

Desconhecendo os processos a que estão “ligados” os perfis de ADN na base de dados, afigure-se-nos ser incompatível um juízo *abstracto*¹³.

Aliás, esta posição é o que coaduna mais com a prática, já que o MP titular do inquérito procura descobrir os agentes do crime do “seu processo”. E se existir o *mesmo modus operandi* em outros crimes praticados, suspeitando que tenham sido praticados pelo arguido do “seu processo” procurará apensar os inquéritos. Assim, a recolha de amostras surge como uma necessidade probatória no processo que investiga.

Portanto, um dos pressupostos prévios de um pedido de interconexão é que tenha sido recolhida uma amostra, visando uma comparação directa, de modo a apurar o autor do crime. Feita a recolha, o MP poderá depois pedir a interconexão daquele perfil de ADN. Ou seja, a recolha de amostras para efeitos de comparação directa é *prévia, instrumental e (não necessária) da interconexão*.

Quer nos casos em que no pedido de recolha é manifestado propósito de uma *posterior* interconexão, quer naqueles casos em que apenas se alude a uma comparação directa, *necessariamente deverá cumprir-se o dever de informação previsto na Lei 5/2008* (art. 8.º, n.º 5 e 9.º), de modo a viabilizar a utilização probatória dos resultados da interconexão que se venham a efectuar.

§ 8 O perfil de ADN obtido a partir de uma recolha de amostra nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008, **não pode ser inserido** num ficheiro de dados pessoais, nem ser integrado num ficheiro de perfis de ADN (cfr. art. 9.º, alíneas a) e c), 15.º e 18.º *a contrario*), podendo, contudo, **ser cruzado com os dados contidos nos ficheiros previstos nas alíneas b), d) e f) do n.º 1 do artigo 15.º** (ou seja, perfis de ADN obtidos em virtude de amostras recolhidas em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a recolhas, com finalidades de identificação civil, pelas autoridades competentes nos termos da legislação aplicável- art. 7.º, n.º 1 -, «amostras problema», recolhidas em local de crime, obtidas nos termos do n.º 4 do artigo 8.º e amostras dos profissionais que procedem à recolha e análise das amostras).

¹³ O controlo judicial no que se reporta à interconexão é sempre feita à *posteriori* pelo juiz, aquando da decisão da comunicação de dados pessoais nos termos do art. 19.º.

§ 9 O supra exposto salienta uma questão que tem sido debatida. A L 5/2008 é apenas a lei da base de dados? Mantemos a posição que já manifestámos¹⁴. A L 5/2008 contempla normas que *necessariamente*, através de uma interpretação conjugada e sistémica, deverão ser aplicadas aos casos de comparação directa e complementam normas do processo penal. Ou pelo menos, *determinadas* normas da Lei 5/2008 não se apresentam “neutrais” relativamente às normas processuais de comparação directa, impondo uma interpretação unitária e interligada entre todas elas.

Por exemplo, as normas relativas ao direito de informação, modo de recolha, princípio do contraditório e necessidade de existir prova corroborante (arts. 9.º, 10.º, 11.º e 38.º da L 5/2008), são aplicáveis quer nos casos de comparação directa, quer nos casos de recolha e comparação com perfis de ADN existentes na base de dados^{15 16}, por inexistirem motivos para diferenciar.

§ 10 Iguualmente tem levantado celeuma se o art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008 veio impor a proibição de recolha de amostras a *suspeitos*, o que apesar de ser uma situação mais teórica

¹⁴ “Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal”, que pode ser consultado no site do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN - http://www.cfbdadosadn.pt/pt/conexoes/adndireitos/Paginas/ADN_DireitosFundamentais.aspx.

¹⁵ O modo como se faz a recolha é uma norma genérica, aplicável a todos os casos de recolha, quer visem uma comparação directa, ou inserção e interconexão. E a salvaguarda do direito ao contraditório também se justifica em ambas as situações. O mesmo se diga quanto à exigência de prova corroborante, já que a questão da infalibilidade se coloca em ambos os casos – gémeos, contaminação de ADN na recolha de vestígios nas cenas dos crimes, degradação, etc.. Também o parecer 41/2007, da CNPD, refere que a prova por ADN deve ser vista como “*meio complementar de prova, ou pelo menos, de ser complementada por outros meios de prova*” (página 13). Contaminação, degradação, mistura podem levar a resultados falsos, coincidências casuais de código genéticos, principalmente pessoas do mesmo agregado ou populações com características semelhantes, gémeos homozigóticos (parecer fls 13 e 14). A este propósito não resulta que a intenção do legislador (cfr. actas de discussão parlamentar) tivesse como pressuposto uma maior falibilidade da comparação através do recurso à base de dados (o que determinaria que aquela restrição ao princípio da livre apreciação da prova apenas fosse aplicável aos casos de interconexão. E seria uma justificação plausível já que quanto maior a base de dados maior a possibilidade de existir erro), mas uma argumentação “generalista” quanto aos riscos de uma prova baseada exclusivamente na prova por ADN (quer se trate de comparação directa, quer se trata de comparação por interconexão). Por fim, o direito à informação também se justifica na comparação directa e é essencial, para permitir a valoração posterior dos resultados de interconexões que venham a ser realizadas.

¹⁶ Questão diversa é se para efeitos de inserção na base de dados a recolha das amostras pode ser indirecta ou através daquilo que os brasileiros chamam prova descartada. Assim, caso o arguido recuse a recolha de amostras, nada impede que através de uma busca, se apreendam peças de roupa no quarto do mesmo, que tenham cabelos que permitam a obtenção do perfil de ADN. Também nada impede que ao ser objecto de uma vigilância policial, se apreenda o cigarro que o arguido deixou num cinzeiro de um café (prova descartada, que apenas será inadmissível nos termos do art. 126.º do CPP se foi obtida através de meio enganoso ou fraudulento). No entanto, nestes casos não só tem que se assegurar a cadeia de custódia, como existe prova suplementar (v.g. testemunhas que indicam que era só o arguido que utilizava o quarto ou no segundo exemplo testemunhos dos polícias que fizeram a vigilância), para demonstrar que aquele perfil de ADN é daquele concreto arguido. Ora, essa prova adicional não existe numa base de dados, pelo que entendo que os perfis de ADN que sejam inseridos ou interconexionados através da base de dados, pressupõem uma recolha pessoal ao arguido ou condenado (tal também resulta da conjugação do art. 10.º da Lei 5/2008 e do art. 12.º do regulamento de funcionamento de base de dados de perfis de ADN que apontam no sentido de que a recolha tem que ser na pessoa do visado).

do que prática (já que quando se faz uma recolha de amostras, em regra, existem suspeitas fundadas, pelo que o visado é constituído arguido), deve ser esclarecida¹⁷.

b) Recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, quando não se tenha procedido à recolha nos termos do art. 8.º, n.º 1 (cfr. art. 8.º, n.º 2).

§ 11 Se no decurso do inquérito, instrução ou até mesmo durante julgamento, não se tiver recolhido amostras ao arguido, para efeitos de prova, nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008, o art. 8.º, n.º 2 *impõe* que mediante despacho judicial, o juiz de julgamento *ordene* tal recolha, caso o mesmo venha a ser condenado “*por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída*”.

Várias questões se levantam na interpretação desta norma.

Tentemos sinteticamente abordá-las.

O normativo *impõe dois pressupostos formais* para que se determine a recolha de amostras:

1.º - A recolha não tenha sido feita anteriormente, nos termos do art. 8.º, n.º 1¹⁸ 19. Contudo, a recolha pode ser dispensada no caso do art. 8.º, n.º 6.

2.º- O arguido tenha sido condenado por crime *doloso* com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que tenha sido substituída. Excluem-se os crimes *negligentes* e os *dolosos cuja pena concreta tenha sido inferior a 3 anos*. Todos os demais, desde que correspondam a uma pena igual ou superior a 3 anos de prisão admitem a recolha. Se substituída a pena de prisão é indiferente qual a pena substitutiva (atenta a pena concreta

¹⁷ Para mais desenvolvimentos sobre estas e outras questões veja-se o nosso estudo acima citado. Não insistiremos mais nesta questão, já que abordada em intervenções anteriores.

¹⁸ O perfil de ADN e os respectivos dados pessoais do ficheiro contendo informações relativa a “amostras problema”, quando o processo-crime conduza a uma condenação por crime doloso, com trânsito em julgado, em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, transitam para o ficheiro contendo a informação relativa a pessoas condenadas por decisão transitada em julgado (cfr. art. 26.º, n.º 2 da Lei 5/2008). Será pois relevante determinar a comunicação ao INML da condenação transitada em julgado, para que este *efective* a transmissão. Ou ordenar a transmissão ao INML, ou Laboratório de Polícia Científica. É pertinente, neste domínio, a observação de Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário ao Código de Processo Penal, 8.ª edição, pág. 466, que nos parece apontar para a necessidade de estabelecer normas de guarda destas amostras. A PJ não tem quadro legal para o efeito e os serviços médico-legais têm à sua guarda, as amostras que colhem do arguido e outros intervenientes processuais, pelo período de dois anos, salvo decisão judicial em contrário (art. 25.º, n.º 2 da L 45/2004, de 19.8). Questão tanto mais pertinente quando podem decorrer vários anos até existir uma decisão transitada em julgado.

¹⁹ Nos casos em que não existiu coincidência entre a amostra referência recolhida e a amostra problema, não será necessário um despacho de recolha, mas apenas um despacho de inserção do perfil de ADN recolhida ao arguido (que ou estará no processo, ou junto das entidades com competência para a análise laboratorial – INML ou LPCPJ).

está em causa a pena substitutiva de suspensão de execução da pena de prisão e a pena substitutiva de proibição de exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas – artigos 43.º, n.º 3 e 50.º do CP).

§ 12 Discute-se se a recolha de amostras, verificados tais *pressupostos formais*, é *automática*, ou depende de um juízo de *proporcionalidade ou necessidade*, para que seja legítima.

§13 Quem defende a *não automaticidade* entende que, sob pena de inconstitucionalidade, deverá fundamentar-se a necessidade e proporcionalidade da recolha de amostras, *destarte* pelo perigo de continuação da actividade criminosa do arguido ou outros perigos devidamente justificados²⁰.

Não cremos ter sido essa a intenção do legislador. Na verdade, a norma é *imperativa*, o que resulta da sua *literalidade*, quando se menciona que a recolha de amostras “é *ordenada*”, verificados os pressupostos formais acima mencionados.

O preceito *não exige* nenhum juízo de proporcionalidade, *inexistindo* qualquer elemento interpretativo (histórico, racional, teleológico, sistemático) que aponte no sentido de que o legislador se exprimiu de forma indevida²¹. Na verdade, sopesando o direito à segurança e os direitos individuais dos cidadãos, o legislador entendeu que **é proporcional determinar** a recolha de amostras nos casos de condenações por crimes dolosos, cuja pena concreta é igual ou superior a 3 anos de prisão²².

Repare-se que não estamos perante uma pena acessória, já que a recolha de amostras não tem nenhuma função coadjuvante da pena principal, nomeadamente fins de prevenção

²⁰ Foi a posição manifestada no parecer n.º 41/2007 da CNPD, exigindo um despacho fundamentado, justificando a pertinência, adequação, relevância, necessidade e proporcionalidade, da recolha de amostras. Só a fundamentação legítima que o condenado não se recuse à recolha. Argumenta-se que a recolha independentemente do crime e pertinência de ADN para esse tipo de crime, das necessidades de registo para efeitos de prevenção especial ou para investigação de outras infracções, é um automatismo “cego”, que fere o princípio da proporcionalidade. A dispensa de fundamentação seria admissível para penas concretas de 5 ou 10 anos. Também Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário ao Código de Processo Penal, 8.ª edição, pág. 468 exige um juízo de perigo de continuação de actividade criminosa, pelo que nunca as penas suspensas na execução poderiam legitimar uma recolha. Entende que a constitucionalidade da norma sempre dependeria da bitola da criminalidade grave – pena igual ou superior a 5 anos de prisão.

²¹ O juízo de proporcionalidade é relegado para um momento ulterior, aquando da execução da decisão de recolha, se o condenado recusa acatar a ordem judicial. É nesse momento que sobressai com pertinência decidir da força que se revela proporcional in casu.

²² Aliás, geraria situações de desigualdade com aqueles arguidos, em que a recolha de amostras ocorreu em fase anteriores, e cujos perfis de ADN transitam automaticamente para o ficheiro contendo informação relativa a pessoas condenadas, caso seja aplicada pena igual ou superior a 3 anos (cfr. já citado art. 26.º, n.º 2 da Lei 5/2008).

geral ou especial. Norteados pela necessidade de combate à criminalidade, e eficaz descoberta de crimes, o legislador entendeu que se revela *adequado impor* uma recolha de amostras nestes casos.

Assim, verificados tais pressupostos, é *obrigatório* o juiz de julgamento, determinar essa recolha, sob pena de irregularidade, que deve ser sanada, oficiosamente ou a requerimento (cfr. art. 123.º do CPP).

§ 14 Por outro lado, **não é imperioso** aguardar o trânsito em julgado para o juiz proferir o despacho a determinar a recolha de amostras²³. O que a norma exige é que exista um trânsito em julgado da condenação para que se concretize a recolha²⁴.

Contudo, nada impede que por uma questão de *economia de actos*, evitando que na *fase de execução* da pena não seja cumprido o preceito (por omissão²⁵), e permitindo condensar todos os efeitos da condenação na mesma peça processual, **na própria sentença**, o juiz determine a recolha de amostras²⁶, *após o trânsito em julgado*, sendo que, quiçá, um meio de estimular estas determinações judiciais, seria a cominação da omissão como nulidade da sentença²⁷.

§ 15 Visando acautelar a *concretização* da recolha de amostras poderá advertir-se o condenado de que o não acatamento da decisão judicial implica a prática de um crime de desobediência. A ausência injustificada no dia agendado para a recolha, por aplicação do artigo 116.º, n.º 1 do CPP, determinará o pagamento de uma pena de multa. Também se pode justificar a emissão de mandados de detenção²⁸.

²³ Conclusão a que poderia induzir o normativo ao referir que “é, ordenada, mediante o despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado” (art. 8.º, n.º 2).

²⁴ O trânsito em julgado permitirá aferir se os pressupostos formais se mantêm. Se em sede de recurso o arguido é condenado em crime negligente, quando foi condenado por um crime doloso em 1.ª instância, ou quando a pena é reduzida para uma pena concreta inferior a 3 anos de prisão, já não se poderá efectivar essa recolha. A decisão na sentença deve ser condicional à manutenção da pena aplicada, ou que em sede de recurso, não seja aplicada pena inferior a 3 anos de prisão, e se mantenha a punição pela prática de crime doloso.

²⁵ A perda de contacto com o processo, nomeadamente após uma subida ao Tribunal Superior, pode potenciar a omissão do despacho.

²⁶ Também Paulo Pinto de Albuquerque (Comentário ao Código de Processo Penal, 8.ª edição, pág. 468) é do entendimento que a decisão de recolha deve ser proferida na sentença, constituindo o artigo 8.º, n.ºs 2 e 3 efeitos substantivos da sentença condenatória e da sentença de aplicação de uma medida de segurança.

²⁷ Ficaria elencado como um requisito da sentença e a nulidade reportava-se somente à omissão da decisão quanto à recolha e inserção, a suprir pelo tribunal a quo, a requerimento ou oficiosamente, ou pelo Tribunal Superior.

²⁸ Essencialmente para comparecer nas instalações do INML. De todo o modo, a maioria das recolhas são efectuadas por elementos do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária que se deslocam às residências e estabelecimentos prisionais. O juízo de proporcionalidade não é feito aquando da determinação da recolha, mas sim à posteriori quando o condenado recuse

O entendimento de que o desrespeito de tal despacho não tem qualquer sanção fragiliza as ordens da autoridade pública e impede o alargamento da base de dados, defraudando a intenção da Lei 5/2008 aumentar a eficácia na descoberta de crimes. No entanto, seria aconselhável concretizar-se na lei a punição por desobediência, nomeadamente nas disposições sancionatórias (que não faz referência a este crime – arts. 35.º e ss).

c) Recolha de amostras em condenado a medida de segurança, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal, quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do art. 8.º n.º 1 (art. 8.º, n.º 2).

§ 16 Também o juiz de julgamento *deve* determinar a recolha de amostras ao arguido inimputável se o facto pelo qual foi condenado corresponder a crime contra as pessoas ou crime de perigo comum punível com pena de prisão superior a cinco anos.

Valem aqui as considerações acima expendidas, excepto no que se reporta à cominação pela prática de um crime de desobediência, não obstante mantenha relevância a prática do facto ilícito típico.

d) Dispensa na recolha de amostras.

§ 17 Importa chamar à colação três normas e interpretá-las de forma conjugada. O art. 156.º, n.º 7 do CPP, segundo o qual os exames efectuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado. O art. 8.º, n.º 6 da Lei 5/2008, que preceitua que quando se trate de arguido em vários *processos, simultâneos ou sucessivos*, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável. E o art. 34.º, n.º 2 da L 5/2008, segundo o qual as amostras recolhidas ao abrigo do disposto no n.º 1 do art. 8.º da L 5/2008, só podem ser utilizadas como meio probatório no respectivo processo.

Se estiver em causa recolha de amostras a condenados, as normas são perfeitamente conciliáveis, já que o art. 156.º, n.º 7 do CPP e 34.º, n.º 2 da Lei 5/2008 se referem aos

uma recolha voluntária. Nestes casos deve expor-se a situação ao juiz, que decidirá do uso da força e da proporcionalidade da mesma, despacho esse notificado ao arguido, e passível de recurso. Sobre a legitimidade do uso da força veja-se nosso estudo já citado, sendo certo que se dirá que estamos perante um exame que consubstancia um meio de obtenção de prova, pelo que se ancora a legitimidade no “compelir” previsto no art. 172.º do CPP.

arguidos (não condenados), pelo que nenhuma dificuldade interpretativa suscita o art. 8.º, n.º 6 da Lei 5/2008. Assim, por exemplo, num caso de duas condenações por furto qualificado em 5 anos de prisão, sendo os processos simultâneos ou sucessivos, pode o juiz de julgamento da segunda condenação, porque decorreram poucos meses da primeira recolha (desnecessidade), ou porque entretanto o condenado se ausentou para paradeiro desconhecido (inviabilidade), decidir a dispensa de recolha (oficiosamente ou a requerimento), utilizando a amostra recolhida no 1.º processo, para obter perfil de ADN e inseri-lo na base de dados²⁹.

Mais controverso é a recolha de amostras em arguido (não condenado). Aparentemente, nesta situação as normas são inconciliáveis. Paulo Pinto de Albuquerque entende que o art. 34.º, n.º 2 da Lei 5/2008, revogou o art. 156.º, n.º 7 do CPP, pelo que as amostras apenas podem ser usadas no processo onde foi ordenada a recolha e o art. 8.º, n.º 6 apenas é aplicável aos condenados³⁰.

Sem dúvida que seria uma interpretação que facilitaria bastante a conciliação das normas, mas cremos que nem o art. 34.º, n.º 2 teve a intenção de revogar o art. 156.º, n.º 7 do CPP, nem a norma do art. 8.º, n.º 6 permite extrair a conclusão de que apenas é aplicável a condenados. Na verdade, o n.º 6 menciona “arguido”, o n.º 1 refere “arguido”, o n.º 2 “condenado” e o n.º 3 “arguido”. Por outro lado, em nenhuma parte do n.º 6 se faz menção que apenas é aplicável aos n.ºs 2 e 3, o que seria relativamente “simples”, pois bastava iniciar a redacção da norma com os dizeres “Nos casos do n.º 2 e 3”, pelo que, presumindo que o legislador se soube exprimir, salvo devido respeito pela opinião contrária, não acolhemos essa interpretação.

Também não partilhamos a posição de que o art. 34.º, n.º 2 tenha tido a intenção de revogar o art. 156.º, n.º 7 do CPP, já que não existe nenhuma norma que mencione essa revogação, pelo que se tratando de questões relevantes, a ausência de norma revogatória deverá ser interpretado no sentido dessa *não intencionalidade*.

É possível fazer uma interpretação conjugada e conciliável, no que se reporta à dispensa de recolha de amostras em processo penal, relativamente a arguido (não condenado), nos seguintes termos:

O art. 8.º, n.º 6 da Lei 5/2008, veio introduzir *pressupostos adicionais* ao que constam no processo penal no art. 156.º, n.º 7 do CPP.

²⁹ A cada condenação deve corresponder necessariamente uma inserção (uma condenação para aquele perfil). A inserção tem que ser sempre feita, só a recolha é que pode ser dispensada nos termos do art. 8.º, n.º 6.

³⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário ao Código de Processo Penal, 8.ª edição, pág. 467.

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

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

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

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

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

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

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

1 – Autorização judicial;

2 - Não terem decorrido mais de cinco anos e

3 - A recolha se mostre desnecessária ou inviável;

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

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

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

Por último, cabe, referir que o art. 34.º, n.º 2 da Lei 5/2008, de 12.02 (que se situa no capítulo Biobanco, e numa norma com a epígrafe destruição de amostras), não obstante preceituar que as amostras colhidas ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 8.º só podem ser utilizadas como meio probatório no respectivo processo, numa interpretação sistemática e presumindo que o intérprete sabe exprimir o pensamento (art. 9.º do CC), apenas pode ser entendido no sentido de que, **em regra**, as amostras colhidas no âmbito de um processo-crime apenas podem ser usadas neste, **excepto** no caso de se verificar o previsto no art. 8.º, n.º 6 da mesma lei (que consagra os requisitos para o aproveitamento de tal amostra em outros processos-crimes)³¹.

II – Inserção de dados

§ 18 A secção II do capítulo III disciplina normativamente as questões de inserção, comunicação, interconexão e acesso de dados.

³¹ Aliás, veja-se o paradoxo por exemplo em que o arguido se encontra no estrangeiro, ou está num estado físico ou padece de patologia que não permite a recolha de amostras e pretende que essa amostra seja usada para demonstrar a sua inocência em processo simultâneo ou sucessivo, fazendo um requerimento ao JIC, com fundamento no art. 156.º, n.º 7 do CPP e art. 8.º, n.º 6 da L 5/2008. Verificados os pressupostos nessas normas não vemos razões para não deferir a dispensa. Aliás, também não vislumbramos a coerência da possibilidade de dispensar recolhas em condenados, e não em arguidos (não condenados). É que em ambas as situações, quer seja através de posterior interconexão ou comparações directa, um arguido pode vir a ser condenado com base naquela amostra. Trata-se de um caso que os brasileiros denominam de prova “emprestada”. Acresce que seria uma importante restrição à descoberta da verdade. V.g. MP tem dois processos de violação. Num deles fez recolha, comparação directa, descobrindo o violador. No outro processo a prova testemunhal aponta para ser agente do ilícito a mesma pessoa, tornando-se impossível a recolha porque fugiu. Entender que não seria possível dispensar a recolha de amostras impediria ditar a justiça no caso em concreto.

Analisemos as situações em que se exige uma intervenção judicial a nível da **inserção** de dados.

- a) **Os perfis de ADN resultantes da análise das amostras recolhidas ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 8.º, bem como os correspondentes dados pessoais, quando existam, são integrados na base de dados de perfis de ADN, mediante despacho do magistrado competente no respectivo processo, que será o juiz, caso se esteja na fase processual de instrução ou de julgamento (art. 18.º, n.º 2).**

§ 19 No âmbito de um processo criminal, a inserção dos perfis de ADN resultantes da recolha de amostra problema, ou seja, recolha dos vestígios biológicos nos locais do crime, coisa, objectos, vítimas, cadáveres, etc, depende de despacho do magistrado competente no respectivo processo (art. 8.º, n.º 4, 15.º, n.º 1, al. d) e 18.º, n.º 2, da Lei 5/2008), pelo que, na fase de inquérito, tal será da competência do MP, **apenas competindo ao juiz em fase de instrução ou julgamento.**

Uma vez que a lei não determina expressamente que o pedido de inserção seja indelegável, afigura-se-nos defensável uma interpretação no sentido de que, no âmbito da delegação de competências do MP aos órgãos de polícia criminal, seja possível a estes praticar tal acto³².

É certo que o art. 18.º, n.º 2 da Lei 5/2008 alude a “despacho de magistrado competente”. No entanto, nenhum segmento do texto normativo aponta no sentido da indelegabilidade³³. Pelo contrário.

Na verdade, o facto de o legislador referir que estes perfis “*são integrados*” (cfr. art. 18.º, n.º 2 da L 5/2008), demonstra que estamos perante um *dever* de determinar a inserção. A inserção das amostras problemas deverá ter como pressuposto que tenha sido mantida a

³² A inserção tem sempre como objectivo a descoberta dos agentes do crime, pelo que é um acto de investigação criminal.

³³ E não estamos perante uma perícia praticada nos termos do art. 154.º do CPP, submetida aos requisitos ali previstos. Embora o resultado da interconexão seja considerado uma perícia (cfr. art. 13.º, n.º 4), o pedido de inserção (art. 18.º, n.º 2) não é equiparável ao art. 154.º do CPP, tratando-se de um acto automático e obrigatório, e que não impõe nenhuma fundamentação. Aliás, se assim fosse o acto de determinar a inserção sempre teria que ser praticado por um juiz (cfr. art. 154.º, n.º 3 do CPP). Assim sendo, não é possível enquadrar o acto de pedido de inserção no art. 270.º, n.º 2, al. b) do CPP, razão pelo qual o mesmo é susceptível de ser delegado. Sintomático ainda no sentido de que não foi intenção do legislador consagrar a indelegabilidade do acto, o facto das reformas ao processo penal de 2010 e 2013, não terem acrescentado ao art. 270.º, n.º 2 do CPP, a prática do acto previsto no art. 18.º, n.º 2 da Lei 5/2008, de 12.2. Acresce que (a entender-se que é uma perícia do art. 154.º do CPP), quanto à Polícia Judiciária, o art. 12.º, n.º 1, al. a) da Lei 37/2008, de 6.08, atribuiu expressamente competência para a “*realização de perícias a efectuar por organismos oficiais, salvaguardadas as perícias relativas a questões psiquiátricas, sobre a personalidade e de autópsia médico-legal;*”. Por fim, diga-se, que o pedido de inserção pelas polícias não dispensa a imediata comunicação ao MP.

cadeia de custódia da amostra respectiva (cfr. 18.º, n.º 4 da Lei 5/2008), não se exigindo que o crime investigado revista determinada gravidade. Ou seja, embora pudesse ter estabelecido um conjunto de critérios, quer em termos de tipos de crime, ou de molduras abstractas, que legitimassem a inserção de amostras problemáticas, o legislador português pretende que **todos** os perfis de ADN de tais amostras sejam inseridos na base de dados. E não prevê qualquer juízo de proporcionalidade, é um acto automático³⁴. Portanto, não existe qualquer motivo de ordem material ou de defesa de direitos fundamentais para que não *deva ser* praticado pelas polícias.

Aliás, se atentarmos na discussão parlamentar, nunca houve qualquer receio quanto ao facto das polícias poderem determinar a inserção de perfis de ADN de amostras problema. A questão foi sempre quanto ao *acesso directo* à base de dados e protecção de direitos fundamentais. Nas actas de discussão na generalidade na AR em 27 de Setembro de 2007, o então Ministro da Justiça, ao apresentar a proposta de lei referiu *“Ao contrário do que sucede em países como Inglaterra ou Espanha e para não falar nos Estados Unidos da América, em Portugal as polícias não terão acesso directo à base de dados!”*. No entanto, o pedido de inserção não dá acesso à base de dados, já que a comunicação de dados pessoais concretos dependerá do juiz (cfr. art. 19.º), que assim tutelarà à *posteriori* os direitos fundamentais, como o direito à autodeterminação informacional³⁵. Por fim a possibilidade consagrada no art. 19.º, n.º 1, al. b) do juiz poder comunicar os dados pessoais aos **órgãos de polícia criminal**, pressupõe a possibilidade destes pedirem a inserção dos perfis de ADN na base de dados.

- b) Os perfis de ADN resultantes da análise das amostras recolhidas ao abrigo do disposto nos n.os 2 e 3 do artigo 8.º, bem como os correspondentes dados pessoais, são introduzidos na base de dados de perfis de ADN, mediante despacho do juiz de julgamento (art. 18.º, n.º 3).**

§ 20 A principal interrogação é o motivo pelo qual o legislador cinde o momento da recolha, do momento da inserção, e se tal se revela necessário.

³⁴ O despacho basta-se com um “Proceda-se à inserção nos termos do art. 18.º, n.º 2 da L 5/2008”, pelo que a remessa do inquérito ao MP pelos OPC para determinar aquela inserção, sempre que recolhidas amostras problema, apenas aumenta a burocracia. Aliás, se as polícias pedissem a inserção ao INML, e este entendesse que o acto era do MP, “perguntariam” a esta entidade se era sua intenção a sua inserção. Mas sendo um acto obrigatório e automático, cuja omissão consubstancia uma irregularidade, seria perfeitamente redundante e burocrático, porque a resposta só poderia ser positiva... De todo o modo, para quem entenda que não pode ser delegado, para evitar que o MP por lapso, não cumpra o art. 18.º, n.º 2, será boa prática ou as polícias enviarem os inquéritos para efeitos de inserção, ou aludirem nos relatórios finais à necessidade de dar cumprimento ao art. 18.º, n.º 2, alertando que foram recolhidas amostras problema.

³⁵ Na verdade, é mais tutelador do que a base de dados de impressões digitais, a que os polícias têm acesso directo.

Não vislumbramos qualquer motivo para separar processualmente os dois despachos. Na verdade, a recolha de amostras ao condenado tem justamente como *escopo* a sua integração na base de dados de perfis de ADN.

O único pressuposto exigido pela L 5/2008, de 12. 2, é que seja respeitada a *cadeia de custódia* (art. 18.º, n.º 4)³⁶.

No entanto, nada impede que *ab initio*, aquando da prolação do despacho que determina a recolha, se imponha a inserção na base de dados de perfis de ADN, exceptuando o caso de não ter sido respeitada a cadeia de custódia³⁷.

III. A interconexão e comunicação de dados

§ 21 Sintetizemos as questões referentes à interconexão.

Não há ficheiro que permita inserir as amostras referência recolhidas aos arguidos (não condenados) nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008 (cfr. art. 9.º, al. a), 15.º e 18.º da Lei 5/2008, de 12.02).

Não obstante, tais perfis de ADN podem ser cruzados com ficheiros previstos na base de dados (cfr. art. 20.º, n.º 1 da Lei 5/2008).³⁸

Questão diversa é quem tem competência para fazer tal pedido.

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

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

A lei está “pensada” para actos sequenciais de recolha, inserção e interconexão.

³⁶ A garantia da cadeia de custódia encontra-se disciplinada no art. 12.º do regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, do Instituto Nacional de Medicina Legal (deliberação n.º 3191/2008).

³⁷ Aliás, quando a recolha de amostras é feita em momentos anteriores, e for identificado com o arguido, com o trânsito em julgado da decisão condenatória e verificados os demais pressupostos formais, o perfil de ADN transita para o ficheiro dos condenados, desde que tenha sido respeitada a cadeia de custódia (art. 26.º, n.º 2). Deve o juiz determinar a transição.

³⁸ Ex. Num inquérito de furto qualificado é encontrado um cabelo no local do crime. Após uma busca a casa de A são encontrados objectos furtados da casa onde se encontrou o cabelo e vários outros, de que não tem qualquer comprovativo documental da sua propriedade. Existem fortes indícios de ser material furtado. O MP pede, para além da comparação directa, a interconexão do seu perfil de ADN, dos quais resulta match com amostras problema de outros inquéritos onde também se investigava furtos qualificados.

Ora, no que se reporta à amostra problema feita a inserção automaticamente o programa fará as interconexões.

O mesmo sucede na inserção de perfis de ADN de condenados.

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

Para quem interprete que o art. 8.º, n.º 1 não abrange a recolha de amostras para comparação directa, e que apenas é possível uma recolha com o objectivo de interconexão, então concluir-se-ia que estes actos estão incidivelmente ligados.

No entanto, já expressamos a nossa posição de que o art. 8.º, n.º 1 tem como pressuposto prévio a comparação directa e que o interesse pela interconexão apenas possa surgir posteriormente. V.g. É pedida recolha para comparar o perfil de ADN de um cabelo deixado no local do crime com o perfil de ADN do arguido, num processo de furto qualificado, em que existem testemunhos que declararam ter visto pessoa com características semelhantes a “rondar” a casa assaltada. Posteriormente, e falando com Colegas, o MP apura que existem assaltos pelo país inteiro com o mesmo *modus operandi* e que foram deixados vestígios biológicos em vários deles, tendo sido inseridas amostras problema na base de dados, considerando pertinente uma interconexão. Nesta situação o 1.º acto de recolha encontra-se dissociado no tempo e em termos funcionais com o subsequente acto de interconexão.

Posto isto, cremos que em fase de inquérito o mesmo pode ser pedido pelo MP, já que o art. 20.º da Lei 5/2008, de 12.02, ao contrário do art. 19.º da mesma Lei, não impõe a intervenção do juiz.³⁹

³⁹ E até porque, ao abrigo do art. 9.º, al. d), o sujeito passivo da recolha é informado da possibilidade de cruzamento do perfil com outros existentes na base de dados. Sobre a possibilidade deste pedido de interconexão poder ser delegado ao OPC suscitam-se as mesmas questões abordadas. Mantemos a posição de que o facto da comunicação de dados pessoais ser triada por um juiz, através de um controle à posteriori permite evitar qualquer lesão de direitos fundamentais desnecessária e desproporcional. E repare-se que o art. 19.º, al. b) prevê a possibilidade do juiz comunicar directamente aos órgãos de polícia criminal, só compreensível se tiver sido este a fazer o pedido. Aliás, também as polícias a quem está delegado o inquérito solicitam ao laboratório de polícia científica interconexões resultantes do AFIS (Automated Fingerprint Identification System) no que se reporta às impressões digitais para tentar identificar o criminoso ou IBIS (Integrated Ballistics Identification System), com a inserção e interconexão de exames de balística – que também poderão resolver processos pendentes.

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

Afigura-se-nos que não, já que tal normativo, parece não se referir aos *resultados da interconexão* (art. 13.º da Lei 5/2008, de 5.12), mas sim a informação de um concreto perfil de ADN e dados pessoais da pessoa em causa (cfr. art. 19.º da Lei 5/2008, de 12.02). Ou seja, pode-se comunicar que existiu match ao MP e OPC, mas a comunicação dos dados pessoais, destarte a identificação da pessoa, dependerá de despacho fundamentado do juiz.

Os elementos identificativos pessoais são comunicados pelo INML ao juiz⁴⁰, após requerimento fundamentado do MP (nos termos do art. 19.º da Lei 5/2008). Em termos práticos, após a inserção, verificando-se um hit o INML comunica ao “MP da amostra problema”. Compete depois a este, em requerimento fundamentado, pedir ao juiz que ordene ao INML a comunicação dos dados pessoais (v.g. por ser prova essencial para descobrir o agente do crime). É precisamente nesta fase que o MP tem que justificar a necessidade de conhecer os dados pessoais. O legislador não estabeleceu quaisquer critérios quanto à decisão do juiz deferir ou indeferir a comunicação. Poderia ter previsto um catálogo de crimes, ou limitar a comunicação pela gravidade dos mesmos. Assim, o juízo de ponderação terá por fundamento do art. 18.º, n.º 2 da CRP: proporcionalidade, adequação e necessidade da comunicação, para a descoberta da verdade material no inquérito da amostra problema. Dependerá pois da fundamentação que aduzir o MP⁴¹.

A interconexão admissível é a prevista no art. 20.º da Lei 5/2008, de 12.02, pelo que, outros cruzamentos, acarretarão uma proibição de valoração de prova, por utilização da informação genética em violação do condicionalismo legal, casos que não devem ser comunicados pelo juiz.⁴²

⁴⁰ É necessário evitar práticas rotineiras e adoptar as máximas cautelas pois está em causa a autodeterminação informacional. Ao invés de ofício ao processo com essa informação melhor seria envio das informações em envelope fechado dirigido ao juiz. Aliás, questiona-se se seria necessário uma comunicação ao processo ou uma interligação entre o juiz, e em caso decidir comunicar, o DIAP, ou DCIAP. De todo o modo, a forma de comunicação deveria ficar regulamentada (no regulamento do INML).

⁴¹ Em casos de urgência, deveria prever-se a possibilidade da decisão do juiz ser em 24 horas, a praticar em dias não uteis e em férias judiciais. Na impossibilidade de aguardar pela decisão do juiz, deveria prever-se a possibilidade do INML comunicar os dados pessoais ao MP ou OPC, ficando o acto sujeito a posterior validação do juiz.

⁴² Em suma, os perfis de arguidos não condenados podem ser cruzados com amostras problemas recolhidas em locais de crime ou amostras de profissionais; igualmente as amostras problemas podem ser cruzadas com outras amostras problemas – o que não permitindo identificação directa, poderá permitir descortinar espaço geográfico de actuação, perfil do agente e modus operandi, por ex. caso em que um indivíduo em diversos furtos qualificados deixa cabelos – podem ser cruzadas com amostras de arguidos condenados – permitindo a identificação directa - e com amostras dos profissionais.

IV. Nota final

§ 23 Uma pequena nota no que se reporta à recolha de amostras a menores ou incapazes para fins de identificação civil e a necessidade de intervenção judicial.

Nos termos do art. 7.º, n.ºs 2 e 3 da Lei 5/2008, deverá existir uma autorização judicial, nos termos do art. 1889.º do Código Civil, para recolha de amostras a menores ou incapazes para fins de identificação civil, designadamente se forem parentes de pessoas desaparecidas.

Resulta de tal normativo que o consentimento e vontade de um menor de 18 anos ou incapaz para a recolha de amostras para fins de identificação civil, é ineficaz.

No que se reporta a alusão a incapazes afigura-se-nos que Lei 5/2008 não só visou abranger os casos de interdição ou inabilitação, mas igualmente incapacidades ainda não reconhecidas judicialmente, mas que de facto impossibilitam o visado de exprimir conscienciosamente a sua vontade.

Na prática, o representante legal do incapaz deverá pedir uma autorização ao tribunal para a recolha de tais amostras.

Mas necessariamente terá que ser um juiz a autorizar essa recolha?

Afigura-se-nos que uma interpretação sistemática e interligada da lei conduz à conclusão que a autorização é da competência do MP (a unidade do sistema jurídico é justamente um dos elementos que o interprete se deve socorrer na tarefa de interpretação da lei cfr. art. 9.º, n.º 1 do CC).

A Lei 5/2008 alude a “uma autorização judicial, nos termos do art. 1889.º do Código Civil”, norma que estabelece quais os actos de “cuja validade depende de autorização do tribunal”.

Sucedo que o DL 272/2001, de 13.10, que operou a transferência de competência decisória em determinados processos de jurisdição voluntária dos tribunais judiciais para o MP e as conservatórias, estabelece no art. 2.º, n.º 1, al. a) que são da competência exclusiva do MP as decisões relativas a pedidos de suprimento do consentimento, sendo a causa de pedir a incapacidade ou a ausência da pessoa.

Como se escreve no preâmbulo a intenção é transferir “processos cujo principal rácio é a tutela dos interesses dos incapazes ou ausentes, do tribunal para o Ministério Público, estatutariamente vocacionado para a tutela deste tipo de interesses, sendo este o caso das

acções de suprimento do consentimento dos representantes, de autorização para a prática de actos, bem como a confirmação de actos em caso de inexistência de autorização”.

Perante o acima expendido, a melhor interpretação à luz da unidade do sistema jurídico, vai no sentido de que a autorização para recolha de amostras a menores ou incapazes para fins de identificação civil, é um processo da competência do MP, tanto mais que o DL 272/2001, de 13.10, recentemente alterado pelo DL 122/2013, de 26.08, não excluiu do seu âmbito de aplicação estas recolhas. Não desconhecendo o legislador a Lei 5/2008, de 12.2, se fosse essa a sua intenção, certamente o teria expresso na letra da lei.

Vila do Conde, Abril de 2015