



Josefina Martins Brito Figueirôa da Silva

A RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS COM FINALIDADES DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – A DECISÃO (IM)PONDERADA DO JUIZ DE INSTRUÇÃO CRIMINAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob orientação do Senhor Professor Doutor Nuno Brandão.

Coimbra, 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Josefina Martins Brito Figueirôa da Silva

A recolha de vestígios biológicos com finalidades de investigação criminal

–

a decisão (*im*)ponderada do Juiz de Instrução Criminal

The collection of biological traces for purposes of criminal investigation –
the deliberate decision of the Criminal Investigation Judge

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob orientação do Senhor Professor Doutor Nuno Brandão.

Coimbra,

2018

Agradecimentos

A realização desta dissertação de Mestrado, contou com importantes apoios e incentivos, sem os quais não se teria tornado uma realidade. Assim, os meus profundos e sinceros agradecimentos:

Aos meus Pais e Irmã, pelo enorme amor que sempre me transmitiram, pela força e motivação constante, pelo apoio gratuito e paciente e essencialmente por lutarem comigo em todas as etapas importantes da minha vida, lembrando-me diariamente que o sucesso passa pelo trabalho realizado com amor e carinho. Também, por acreditarem plenamente nas minhas capacidades, no meu potencial, no meu esforço e empenho, demonstrando todo o orgulho e um incansável amor;

Ao meu orientador, Doutor Nuno Brandão, por disponibilizar a sua ajuda (constantemente) na realização da Dissertação, bem como nas indicações/orientações de material a encontrar para a mesma, com especial atenção, preocupação e exigência necessária para uma Dissertação Final complexa e excelente;

Aos meus amigos, por de uma maneira ou de outra, manifestarem uma palavra de alento e de força, sem nunca duvidarem das minhas capacidades e empenho;

Por fim, à minha grande amiga e “segunda Mãe”, D. Maria Antónia, pelas chamadas incansáveis com palavras sinceras e amigas, ensinando-me a relativizar a vida, vendo o melhor que dela existe!

RESUMO: O título da presente tese sugere, desde logo, o objeto de estudo que nos propusemos descortinar e compreender: o papel que ao juiz de instrução criminal cabe desempenhar na aplicação do regime legal relativo à recolha de vestígios biológicos para fins de investigação criminal. Ao longo da dissertação, será presença constante a tensão existente entre o interesse público na descoberta da verdade material e a proteção de direitos fundamentais dos sujeitos aquando da existência de uma necessidade processual em obter perfis de ADN. As questões com que nos ocuparemos girarão em torno do consentimento (ou da falta dele) na recolha de material genético, na dimensão *ratione personae* do problema debatido (arguido *versus* suspeito) e dos princípios norteadores pelos quais se deverá guiar a decisão do juiz de instrução criminal nas diligências instrutórias que envolvam a matéria ora perscrutada.

Palavras-chave: ADN; Recolha coativa; Investigação Criminal; Fase de Instrução Criminal; Juiz de Instrução Criminal;

ABSTRACT: The title of this thesis suggests, first of all, the object of study that we intend to discover and understand: the role that the criminal investigating judge should play in applying the legal regime regarding the collection of biological traces for the purpose of criminal investigation. Throughout the dissertation, the tension between the public interest in the discovery of material truth and the protection of the subjects' fundamental rights will be constant presence when there is a procedural need in obtaining DNA profiles. The issues we will be dealing with will be the consent (or lack thereof) in the collection of genetic material, the *ratione personae* dimension of the problem debated (accused *versus* suspect) and the guiding principles which will determine the decision of the criminal investigating judge when faced with this matter.

Key-words: DNA; Coactive collection; Criminal Investigation; Criminal Investigation Phase; Criminal Investigation Judge;

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS:

Ac. – Acórdão

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

Al.^a – Alínea

Art.^o - Artigo

CEDH – Convenção Europeia de Direitos do Homem

Cf. - Confrontar

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

INML – Instituto Nacional de Medicina Legal

JIC – Juiz de Instrução Criminal

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TR – Tribunal da Relação

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

“Ninguém escapa ao sonho de voar, de ultrapassar os limites do espaço onde nasceu, de ver novos lugares e novas gentes. Mas saber ver em cada coisa, em cada pessoa, aquele algo que a define como especial, um objeto singular, um amigo - é fundamental. Navegar é preciso, reconhecer o valor das coisas e das pessoas, é mais preciso ainda!”.

Antoine de Saint - Exupéry

ÍNDICE

Agradecimentos	2
Resumo/Abstract.....	3
Lista de siglas e abreviaturas	4
Introdução	8
CAPÍTULO I - Prova por ADN: questões preliminares	10
1. O conceito de ADN e a sua relevância na investigação criminal.....	10
2. Descoberta da verdade material e interesse público na investigação criminal.....	13
3. Os meios de obtenção de prova e os meios de prova	15
4. Exames <i>versus</i> Perícias.....	16
CAPÍTULO II - Do regime jurídico relativo à prova por ADN	20
1. A legislação portuguesa relativa à prova por ADN.....	20
1.1. A alegada insuficiência do quadro normativo anterior à Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro.....	20
1.2. O atual regime jurídico – as normas do CPP e a Lei n.º 5/2008	22
1.3. O Projeto de Lei n.º 484/XIII e as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto.....	23
2. A prova por ADN e os direitos fundamentais	25
2.1. A interpretação do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	26
2.1.1. O princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	27
2.1.2. O direito à integridade pessoal e à autodeterminação corporal	28
CAPÍTULO III - O papel do Juiz de Instrução Criminal na Recolha de Amostras de ADN	31
1. Do inquérito à instrução - competência para ordenar a recolha de amostras.....	31
2. A recolha de vestígios biológicos em suspeitos	34

3. A recolha de vestígios biológicos em arguidos.....	36
3.1. Recolha voluntária de bioamostras em arguidos.....	37
3.2. Recolha coativa de amostras em arguido	39
Conclusão.....	44
Bibliografia	46
Jurisprudência	49
Documentos	51

Introdução

A partir do tema apresentado no título da presente dissertação, pretendemos prestar um modesto contributo na compreensão do problema relativo à recolha de vestígios biológicos em pessoas durante a fase de instrução criminal. De facto, o ADN desempenha um papel fulcral na investigação criminal, na medida em que, através da comparação direta de amostras de material biológico colhido no local do crime com os das pessoas que, direta ou indiretamente, àquele possam estar associadas, permite a identificação dos respetivos agentes. Contudo, apesar da sua inegável importância na investigação criminal, inegável não deixa de ser também a controvérsia inerente à recolha do mesmo, quer quando a recolha de vestígios biológicos recaia sob um indivíduo que se recusa expressamente a fornecer uma amostra do seu ADN, quer em momento posterior aquando da análise e comparação das amostras extraídas.

Percetivelmente, esta técnica de cariz científico extrapola os poderes cognitivos do juiz, na medida em que carece de pessoal técnico especializado, quer para a recolha, quer para a posterior análise e respetivas conclusões. Assim, a eleição deste problema jurídico, já intensamente discutido pela doutrina e pela jurisprudência, foi feita com base na percepção de que tal tema permanece indubitavelmente atual, que mais não seja pela problemática subjacente à eventual violação de direitos fundamentais e à necessidade de ponderação judicial acrescida quando em causa está a recolha coativa de bioamostras.

Deste modo, torna-se relevante enunciar e problematizar os princípios e direitos fundamentais que protegem o arguido, de modo a que nenhum deles seja violado, pelo menos no seu núcleo essencial. Para tanto, iremos descortinar a argumentação usada pelo Tribunal Constitucional a este propósito, concluindo pela violação ou não dos princípios elencados.

Situando-nos numa fase processual anterior ao julgamento e que visa, em *ultima ratio*, determinar se são suficientes os indícios de prática do crime para a decisão de acusar ou arquivar o processo, compreende-se, desde logo, o papel que ao juiz de instrução criminal cabe desempenhar na obtenção deste concreto meio de prova, carecendo de uma decisão devidamente fundamentada nos casos em que o arguido se recuse à extração do seu material genético. Deste modo, uma das questões fundamentais que aqui se discute passará pela liberdade ou limitação das vias a seguir por parte do juiz de instrução criminal na

tomada da decisão concreta de recolha de ADN, cumprindo as exigências previstas expressamente na lei.

Assim, encetaremos um périplo inicial pela identificação do conceito de ADN, salientando a sua relevância na investigação criminal. Colocaremos, desde logo, em confronto os interesses que se opõem, designadamente e, por um lado, o da descoberta da verdade material alicerçada no interesse público da investigação, e, por outro lado, o dos direitos fundamentais que carecem de proteção. Antes de avançarmos, entendemos ser essencial iniciarmos o nosso estudo procedendo a uma distinção conceitual entre meios de prova e meios de obtenção de prova, por um lado, e exames e perícias, por outro, encaixando a recolha e análise de ADN nos conceitos explanados.

Esta primeira aproximação ao problema munir-nos-á da base teórica necessária para a segunda e mais relevante parte da presente dissertação: a análise da *praxis* judiciária na resolução do problema nos casos concretos. Com esse objetivo em vista, focar-nos-emos nas decisões proferidas pelo juiz nacional, bem como na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem cuja corrente jurisprudencial vem influenciando determinadamente as decisões internas.

CAPÍTULO I - Prova por ADN: questões preliminares

1. O conceito de ADN e a sua relevância na investigação criminal

Desde a década de noventa do século XX, assistiu-se a um avanço progressivo e decisivo da Ciência Forense que desembocou numa maior aplicabilidade do designado Ácido Desoxirribonucleico (ADN), cuja descoberta remonta à segunda metade do século XIX, na comparação de perfis genéticos com a finalidade de obtenção e valoração de prova no campo da investigação criminal.

Com a (r)evolução da genética forense, a resolução dos casos jurídico-criminais prometeu tornar-se mais célere e eficaz, concretamente através da análise de material biológico que, sendo único em cada indivíduo (com exceção dos gémeos homozigóticos), traduz-se na (quase) infalibilidade dos testes de ADN.

Assim se compreende que, no âmbito da investigação criminal, a recolha de vestígios biológicos poderá desempenhar um papel fundamental no processo de identificação do agente que praticou o crime, através da comparação de amostras de células humanas colhidas, entre outros, no *locus commissi delicti*, com o do perfil genético das pessoas a quem possam estar associadas. A coincidência de ambas é designada de *match*¹ e acarreta, como bem se percebe, um pré-juízo justificadamente sustentado de possível envolvimento do agente no cometimento do crime em causa. Trata-se de uma extração de um *pedaço* da informação genética do indivíduo que permite reconhecer e analisar comparativamente o seu perfil genético ligando-o ou desligando-o de outros vestígios recolhidos.

Contudo, há uma especificidade na análise de ADN que importa desde já explanar. Este pode ser *codificante* ou *não codificante*, sendo que é comumente aceite que aquele que é utilizado para fins de investigação criminal é o ADN *não codificante*. Esta distinção é essencial para compreendermos o grau de intrusão na esfera genética do agente sujeito a

¹ O designado *match* dá-se entre a chamada “amostra problema”, ou seja, aquela cuja identificação se pretende estabelecer, e a “amostra referência”, isto é, a amostra utilizada para comparação. Cf., a este propósito, PAULO DÁ MESQUITA, “A prova em processo penal e a identificação de perfis de ADN: da recolha para comparação directa entre amostra problema e amostra referência às inserções e interconexões com a base de dados”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 24, n.º 4 (outubro-dezembro 2014), p. 552.

um exame deste tipo². A restrição à utilização de marcadores de ADN apenas *não codificante* para obtenção de perfis genéticos justifica-se pelo facto de, a partir deste, ser apenas possível a identificação *simples* do agente, ou seja, a informação que se extrai da amostra não permite aceder a outros aspetos de inquestionável importância da esfera íntima do visado, como são os dados relativos à saúde ou características hereditárias. Assim o previu a Lei n.º 144/X e a Portaria conjunta n.º 270 de 2009, do Ministério da Justiça e da Saúde.

Frisando esta restrição ao ADN *não codificante*, encontramos também o Acórdão n.º 155/07, de 2 de março do Tribunal Constitucional (o qual teremos oportunidade de analisar em momento oportuno) que destaca que “fica excluída qualquer possibilidade legítima de tratamento do material recolhido em termos que permita aceder a informação sensível que exceda a absolutamente indispensável ao fim visado, ou seja, à comparabilidade referida”.

A nível internacional, o primeiro país a recorrer ao chamado teste de ADN como meio de prova em processo penal foi o Reino Unido, nos anos oitenta. Já no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal as técnicas de utilização de ADN para fins de investigação criminal têm conhecido desenvolvimentos notáveis. Em 1988 foi criado o *European DNA Profiling Group*, o primeiro grupo de investigação partilhada entre países europeus nesta matéria.

Em 1995, instituiu-se um organismo designado de Rede Europeia de Institutos de Ciências Forenses – Grupo de Trabalho de ADN (*European Network of Forensic Science Institutes – DNA Working Group*), que integra vários laboratórios forenses de diferentes países europeus, sendo um deles o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária Portuguesa. Esta instituição é integrada pelas diferentes organizações nacionais ligadas à investigação de métodos de análises forenses de ADN e tem como principal escopo permitir uma troca atualizada de informação entre elas, fomentando a discussão, a partilha e a harmonização das técnicas aplicadas, dos protocolos seguidos e das pesquisas levadas a cabo, estabelecendo graus de exigência de forma a assegurar a qualidade dos testes genéticos.

Ainda a nível Europeu, foi criado um projeto, em 1997, designado *Standardisation of DNA Profiling Techniques in the European Union*, que justifica a necessidade de

² Neste sentido, SÓNIA FIDALGO afirma que “a existência ou não de uma ingerência (inadmissível) na intimidade do sujeito em causa (e até de terceiros) está directamente relacionada com a quantidade de informação que se obtém a partir da análise da amostra em causa”, in “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.º 1, 2006, p. 128.

padronização das técnicas de ADN utilizadas na União Europeia na senda de uma perspectiva transnacional da criminalidade³. A ideia de que o crime adquiriu, nos últimos anos, uma dimensão transfronteiriça, que já não permite pensá-lo como um problema de uma única jurisdição, conduz a que os meios de obtenção de prova devam ser harmonizados, pelo menos dentro do recinto europeu.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América foram constituídas e desenvolvidas instituições como o Grupo de Trabalho Científico sobre Métodos de Análise de ADN (*Scientific Working Group on DNA Analysis Methods*) para alcançar uma maior fiabilidade das práticas dos laboratórios forenses norte-americanos e canadianos. Atualmente, é inclusive obrigatória a recolha do ADN em casos concretos.

Face ao exposto, a conclusão preliminar e imediata que podemos retirar é a indesmentível importância do ADN para a investigação criminal, na medida em que se trata de um caminho seguro, no sentido do diminuto risco de erro que envolve, na descoberta da verdade material. A prática forense, através do aperfeiçoamento da precisão e, conseqüentemente, das conclusões extraídas dos exames realizados, tornou o teste de ADN um auxílio essencial à decisão judicatória final.

³ Cf. o objetivo enunciado na página eletrónica da União Europeia dedicada ao projeto em causa: http://cordis.europa.eu/project/rcn/40479_en.html

2. Descoberta da verdade material e interesse público na investigação criminal

Ao longo dos tempos, o processo penal conheceu diferentes modelos estruturais: o modelo inquisitório, o modelo acusatório e o modelo misto ou reformado. Ligado às diferentes estruturas processuais penais, os sistemas de justiça conceberam diversas formas de olhar a designada *verdade material*, sendo mais rígidos face à mesma em momentos em que se entendeu que aquela deveria prevalecer face à segurança jurídica das decisões judiciais e, no limite, face aos direitos fundamentais dos arguidos.

Assim, o modelo inquisitório do processo penal corresponde a uma *concepção autoritária do Estado*⁴ e caracteriza-se pela *concentração do poder de investigar, acusar e julgar numa só entidade*⁵, segundo um modelo do juiz-julgador, não respeitando, portanto, a imparcialidade necessária e desejável das decisões judiciais, defendendo a busca da verdade material a *todo o custo, pura*⁶, procedendo a uma reconstrução dos factos com recurso, muitas vezes, a formas de violação dos direitos fundamentais. Neste modelo do processo penal, o arguido surge como mero *objecto da inquisição*⁷, sendo-lhe negado um verdadeiro estatuto de sujeito no processo, uma vez que o âmago da *persecutio criminis* reside apenas no interesse de investigar e dar uma resposta aos casos, justificando-se, deste modo, que a *regina probationum* fosse a confissão, obtida, se necessário se demonstrasse, através do recurso a formas de tortura. Para além disso, em nome do encontro da verdade material, derogava-se a força do caso julgado, havendo possibilidade de reabertura do processo a todo o tempo, caso surgissem novas provas.

Em total contraposição ao modelo anterior, a estrutura acusatória do processo penal nega a discricionariedade do julgador – que tudo podia em nome do interesse da investigação - e atribui ao indivíduo *igualdade de armas*⁸ face à acusação, munindo-o de amplas garantias de defesa e assegurando a presunção de inocência até à condenação.

⁴ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos da Universidade de Coimbra, 1988-9, p. 37. O Autor justifica esta expressão na medida em que esta estrutura do processo penal ligou-se às ideias do Estado-absolutista e do Estado-de-polícia totalitário.

⁵ Assim, PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2017, p. 29.

⁶ Cf. RICHARD VOGLER *apud* ANDRÉ VENTURA, *A nova justiça internacional*, Chiado Editora, 2015, p. 47.

⁷ Assim, FIGUEIREDO DIAS, cit. n.º [4], p. 38.

⁸ Termo comumente utilizado no Processo Civil no qual se desenvolve um *processo de partes*.

Ocorre ainda uma cisão entre a entidade que acusa, instrui e julga, tripartindo-a. As consequências estruturais mais relevantes que daqui podemos retirar para o nosso objeto de estudo é “a criação de um sistema estrito de legalidade da prova, na sua produção e na sua valoração”⁹ e a “ilegitimidade de quaisquer meios coercivos contra o arguido”. Conjugados estes axiomas, compreendemos que o processo penal deixa de poder procurar a verdade material a todo o custo, devendo, por um lado, respeitar as provas tipificadas na lei e, por outro lado, garantir que as provas recolhidas respeitem os direitos fundamentais do arguido, agora sujeito do processo.

Por último, no processo penal de estrutura acusatória integrado por um princípio de investigação, surgido no advento do Estado de Direito Social e no qual se revê o nosso atual Código de Processo Penal, a questão que se coloca é a da *tensão dialéctica*¹⁰ entre a proteção dos direitos do arguido e a prossecução dos interesses da sociedade, os quais o Estado democrático deverá, através do seu poder, satisfazer. Um modelo acusatório do processo penal integrado por um princípio de investigação traduz-se na “exigência de que a verdade material seja também processualmente válida”¹¹, isto é, que, em nome da mesma, não se sacrifiquem os direitos fundamentais dos indivíduos nem o contrário¹². A verificação de uma verdadeira *parificação do posicionamento jurídico*¹³ entre o acusador e o acusado, a que aludimos no breve resumo do modelo acusatório, é agora mitigada pela circunstância de “o tribunal de julgamento ter o poder-dever (...) de fazer a sua própria «instrução» sobre o facto (...), sem estar absolutamente vinculado pelas declarações das partes, a fim de determinar a verdade material”¹⁴. De facto, o modelo que agora preside ao Código de Processo Penal vigente é caracterizado por uma distribuição das competências de investigação pelos OPC, pelo Ministério Público e pelo Juiz de Instrução Criminal.

Rematando matricialmente este pequeno excursus pelo valor atribuído à verdade material, encontramos o Acórdão do TC n.º 212/93, de 16 de março, no qual foi sublinhado que “no seio de um Estado de direito como é o nosso, que se baseia, além do mais, 'no

⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, cit. n.º [4], p. 41.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 50.

¹¹ Idem, ibidem, p. 50.

¹² Referindo-se especificamente ao nosso objeto de estudo, transcrevemos as palavras certas de MARTA BOTELHO: “a tensão jurídica que se gera entre a busca da verdade material, a realização da Justiça e a prossecução dos objectivos da política criminal, por um lado, e a proteção dos direitos fundamentais das pessoas sujeitas à recolha de amostras biológicas, por outro, levam a que a utilização da informação genética seja perspectivada com algumas reservas e especiais cautelas”, *Utilização das técnicas de ADN no meio jurídico*, Almedina, 2013, p. 17.

¹³ Expressão retirada do Acórdão do TR do Porto, processo n.º 0641683 de 13 de setembro de 2006.

¹⁴ Vide Acórdão do TR de Guimarães, processo n.º 12/03.2TAFAG1, de 27 de abril de 2009.

respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais' (cfr. artigo 2.º da Constituição), se bem que se imponha, de um lado, que o *jus puniendi* do Estado seja realizado com vista a garantir a repressão das violações da legalidade e a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, o que consequencia a busca da verdade material, é por demais importante, por outro, que aquela realização se alcance com total respeito das garantias de defesa do arguido”.

3. Os meios de obtenção de prova e os meios de prova

Proceder à distinção entre meios de obtenção de prova e meios de prova revela-se essencial para descortinarmos o concreto regime jurídico-legal aplicável à designada prova por ADN.

De entre os meios de obtenção de prova previstos no CPP encontramos os exames, as revistas e buscas, as apreensões e as escutas telefónicas. Tratam-se de diligências levadas a cabo pelas autoridades competentes para obter “todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicadas” (artigo 124.º, n.º 1 do CPP). Como ensina Germano Marques da Silva¹⁵, os meios de obtenção de prova “são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias, para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses meios”.

De acordo com o estipulado no artigo 125.º do CPP, são admissíveis todas as provas que a lei não proíba. Assim, para além dos meios de prova tipificados no CPP, entre os quais encontramos a prova testemunhal (128.º a 139.º), as declarações do arguido, do assistente e das partes civis (140.º a 145.º), a prova por acareação (146.º), a prova por reconhecimento (147.º a 149.º), a prova por reconstituição do facto (150.º), a prova pericial (151.º a 163.º) e a prova documental (164.º a 170.º), existem ainda outros meios de prova *atípicos*¹⁶.

¹⁵ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa, Verbo, 2002, p. 209.

¹⁶ Cf. FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, Almedina, 2015, p. 146.

De acordo com o acórdão do TRG, de 29 de março de 2004, os meios de prova “são os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção sobre um facto”. No limite, os meios de prova permitem ao juiz, através da aplicação das regras da experiência e da livre apreciação da prova, fundamentar a decisão final de absolvição ou condenação.

Importa considerar aqui, como *trampolim* para as páginas que se seguem, as doudas palavras de Figueiredo Dias para quem o arguido, além de sujeito do processo penal, “pode constituir, também, meio de prova”¹⁷ e pode - continua o autor - tomar esta veste em sentido material ou formal. Em sentido formal, o arguido poderá constituir meio de prova, “na medida em que o seu corpo e o seu estado corporal podem ser objecto de exames”¹⁸.

4. Exames *versus* Perícias

No seguimento da distinção entre meios de obtenção de prova e meios de prova, importa, de igual forma, esclarecer a diferença entre exames e perícias, de modo a compreendermos o enquadramento legal da recolha de vestígios biológicos para obtenção de perfis de ADN em processo penal.

Enquanto os artigos 171.º a 173.º do CPP estabelecem o regime jurídico dos exames, a previsão legal das perícias resulta do vertido nos artigos 151.º a 163.º do mesmo código.

Prescreve o artigo 171.º que “por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspecionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido”. Resulta deste preceito que os exames tratam-se de *meios de obtenção de prova*¹⁹, na medida em que visam a recolha de elementos que possam vir a servir de *meios de prova*.

Ao abrigo dos artigos 172.º e 173.º é estabelecido um dever de sujeição a exames, na medida em que, se alguém pretender eximir-se à realização de um exame ou abandonar

¹⁷ Assim, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal*, Edição do CEJ, Almedina, 1997, p. 27.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ Neste sentido, MARTA BOTELHO, cit. n.º [12], p. 222.

o local onde se encontra a decorrer o mesmo, pode ser obrigado, inclusive através de recurso à força pública, a submeter-se a exame, exigindo-se, para tanto, decisão de autoridade judiciária²⁰. De notar que a realização de exames pode ser levada a cabo no inquérito, na instrução e na audiência de discussão e julgamento ou até em momento anterior à instauração de inquérito, enquanto medida de polícia²¹, caso a necessidade de preservação da prova o justifique.

Por sua vez, da conjugação dos artigos 151.º e 152.º do CPP resulta que “a prova pericial tem lugar quando a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos” e que é realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado. Neste sentido, a perícia (*rectius*, o relatório pericial) trata-se de um *meio de prova*, na medida em que a interpretação técnico-científica que resulta da análise dos vestígios ou factos recolhidos e sujeitos a avaliação pericial poderá determinar, chegados à fase de julgamento, a absolvição ou condenação do arguido²².

No que respeita à recolha de material biológico para obtenção de perfis de ADN, importa que tenhamos em conta as considerações precedentes para esclarecermos o seu concreto enquadramento jurídico.

De facto, parece-nos necessário segmentar a *prova* de ADN em duas fases²³: uma primeira fase que corresponde à concreta recolha de amostras e uma segunda fase que decorre da utilização de técnicas laboratoriais (e, portanto, de cariz científico) para obtenção de perfis genéticos²⁴. Estamos, assim, perante um exame e uma perícia²⁵, um meio de obtenção de prova e um meio de prova.

Esta posição justifica-se pela circunstância de a primeira fase de extração de material biológico *nas pessoas, nos lugares ou nas coisas* se enquadrar no preceituado no

²⁰ A consequência legal da falta de acatamento da decisão da autoridade judiciária que prescreva a sujeição a exame extrai-se do artigo 348.º do CP que estipula o crime de desobediência.

²¹ Assim prescreve o artigo 249.º, n.º 2, al. a) do CPP. Cf., quanto a este aspeto, FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, cit. n.º [16], p. 183.

²² De referir que, tratando-se do recurso a especiais conhecimentos científicos, a prova pericial encontra-se, em princípio, subtraída à livre apreciação do juiz.

²³ Em sentido distinto, cf. SÓNIA FIDALGO, cit. n.º [2], p. 139. A Autora entende tratar-se, no seu todo, de prova pericial.

²⁴ Assim, PAULO DÁ MESQUITA, “Regime de obtenção de prova de ADN em processo penal – enquadramento normativo”, p. 34, disponível em:

https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/PROVAADNComunicacao_PauloDaMesquita.pdf

²⁵ Como afirma a Ata n.º 21 da Comissão Revisora do Código de Processo Penal, de 16 de março de 1992, “na base de uma perícia está sempre um exame”.

artigo 171.º do CPP que estipula a definição de exame, não exigindo, naquele momento, como exprime a letra do artigo 151.º, que ocorra uma *perceção ou apreciação dos factos* por alguém com especiais conhecimentos científicos. Na verdade, a recolha de material biológico, tratando-se de um exame, é realizada pelos órgãos de polícia criminal²⁶, ao passo que a análise e determinação do respetivo perfil de ADN, ao constituir uma perícia forense, é feita pelo Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses. A realização das perícias por um organismo público é característica do nosso sistema de estrutura vertical, assente na perícia oficial (sob autoridade do Estado, *lato sensu*), não admitindo, assim, contra-perícia²⁷.

Apesar de a lei prever a possibilidade, nos termos do artigo 155.º do CPP, de o Ministério Público, o arguido, o assistente e as partes civis poderem designar um consultor técnico da sua confiança para assistir à realização da perícia, permitindo-lhe uma posição ativa no processo, nos termos do n.º 2 do artigo 155.º, designadamente formulando observações e objeções e propondo determinadas diligências, esta possibilidade é inaplicável às perícias realizadas no Instituto de Medicina Legal. Esta exclusão está prevista expressamente no artigo 3.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto e tem como consequência o que se atesta no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto²⁸, de 9 de julho de 2014 - “sendo a própria Lei a excluir o consultor técnico, o despacho que admite a assistência deste à realização da perícia, a requerimento do arguido, carece de objeto, sendo inexecutável e terá de se considerar como não escrito”.

Esta restrição já levantou dúvidas quanto à violação das garantias fundamentais de defesa do arguido, bem como do próprio princípio do acusatório, consagrados no artigo 32.º, n.º 1 e 5 da CRP. No entanto, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 133/2007²⁹, de 24 de abril de 2007, pronunciou-se acerca da questão de inconstitucionalidade suscitada perante a pretensão do requerido de lhe ser reconhecido o direito de indicar consultor técnico para acompanhar uma perícia médico-legal realizada pelo INML. O TC acabou por concluir que o artigo 3.º n.º1 da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto não está ferido de inconstitucionalidade, uma vez que as garantias de defesa do arguido e o princípio do

²⁶ Assim o afirmou o Acórdão do STJ, processo n.º 02P1391, de 5 de junho de 2002, referindo que “para os exames bastará, para cumprir tais finalidades (inspecionar vestígios, recolher indícios relativos ao modo, lugar e pessoas) os conhecimentos profissionais dos titulares dos OPC”.

²⁷ Cf. JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, “Exames e Perícias: (des)construir conceitos”, Publicações Ordem dos Advogados Portugueses, 2016, p. 5.

²⁸ Ac. do TRP, processo n.º 298/11.9IDAVR.P1.

²⁹ Processo n.º 847/05.

contraditório estão acautelados pela “autonomia e independência técnico-científica do INML”, revelando-se suficiente a obrigatoriedade, imposta por lei, de os peritos fundamentarem as suas respostas e conclusões, ao abrigo do artigo 157.º, n.º 1, do CPP, e de poderem ter de prestar esclarecimentos complementares, nos termos dos artigos 158.º e 350.º do CPP, quando levantados pelos intervenientes processuais.

A mesma questão foi alvo de discussão no TEDH, designadamente no caso *C.B. c. Austria*³⁰ e o *Khodorkovskiy and Lebedev c. Russia*³¹, alegando o recorrente a violação do artigo 6.º, n.º 1 e 3 da CEDH por lhe ter sido recusado o pedido de opinião de um perito particular no âmbito de um processo criminal. O Tribunal acabou por decidir no mesmo sentido do nosso TC, concluindo pela não violação dos preceitos da Convenção, afirmando que, na aceção do artigo 6.º, n.º 3, alínea d) da CEDH, os peritos são considerados *testemunhas* e, por isso, permite-se à defesa que os questione relativamente aos relatórios por eles elaborados³².

De igual forma, o artigo 3.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto exclui do regime aplicável às perícias médico-legais efetuadas pelo INML o disposto no artigo 154.º do CPP.

³⁰ Processo n.º 30465/06. Acórdão do TEDH de 4 de abril de 2013.

³¹ Processo n.º 5829/04. Acórdão do TEDH de 31 de maio de 2011.

³² Neste sentido, também JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, cit. n.º [27], p. 8.

CAPÍTULO II - Do regime jurídico relativo à prova por ADN

1. A legislação portuguesa relativa à prova por ADN

1.1. A alegada insuficiência do quadro normativo anterior à Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro

A principal querela doutrinal que se colocava antes da reforma do CPP de 2007 e da aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, residia na possível existência de um défice normativo em matéria de recolha de amostras para obtenção de perfis de ADN. Autores como Costa Andrade³³ e Gomes Canotilho³⁴, entre outros, constataram a inexistência de uma previsão legal que permitisse a recolha de vestígios biológicos em arguidos que recusassem fornecer um pedaço da sua informação genética para obtenção e comparação de perfis de ADN, ou seja, nos casos em que não se verificasse a prestação de consentimento, suscitando-se, deste modo, dúvidas sobre a constitucionalidade e validade da prova obtida nestas circunstâncias, por estar em causa uma possível violação do artigo 18.º da CRP, nos termos do qual é exigida norma habilitante específica para a restrição dos direitos fundamentais consagrados na norma superior.

A problemática levantada foi objeto de apreciação pelo TC num Acórdão de suma importância: o Acórdão n.º 155/2007, cuja jurisprudência foi posteriormente reforçada pelo Acórdão n.º 228/2007. O Acórdão versava sobre um caso de duplo homicídio qualificado em que, durante a fase de inquérito, foram recolhidas amostras biológicas no local do crime para posterior comparação direta com os perfis genéticos do

³³ Vide MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Parecer apresentado ao Tribunal Constitucional no âmbito do processo n.º 695/06*, citado no ponto 5 do Acórdão n.º 155/2007, “no direito positivo vigente em Portugal não é juridicamente admissível impor a recolha coactiva de substâncias biológicas nem a sua ulterior e não consentida análise genética com vista à determinação do perfil genético para fins de processo criminal, uma vez que não existe uma lei específica que as autorize e prescreva o respectivo regime”.

³⁴ Vide GOMES CANOTILHO, *Parecer apresentado ao Tribunal Constitucional no âmbito do processo n.º 695/06*, citado no ponto 10 do Acórdão n.º 155/2007, “o quadro normativo existente não é suficiente, por si só, para legitimar a recolha compulsiva de material biológico para efeito de recolha de DNA, sem prejuízo de a CRP não suscitar objecções de fundo à utilização deste método de investigação, desde que disciplinado em termos constitucionalmente adequados, salvaguardando sempre as dimensões essenciais dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados”.

sujeito constituído arguido no processo. Por despacho do Ministério Público, foi ordenada a realização de exame médico-legal na delegação do Porto do INML, a fim de obter a recolha de bioamostras do arguido que se havia oposto à consumação da diligência. Na origem da decisão do TC esteve o Acórdão do TRP³⁵, de 3 de Maio de 2006, que julgou improcedente o recurso do arguido, declarando “válida a prova obtida no inquérito através de exame à saliva do arguido, colhida contra a vontade deste, por determinação do Ministério Público.”³⁶

Os juízes do Tribunal Constitucional entenderam que, não obstante a ausência de norma expressa sobre a recolha de ADN, o texto constitucional permite que, para cumprir as finalidades específicas do processo penal, sejam restringidos alguns direitos fundamentais dos indivíduos. O Tribunal acabou por concluir que as normas do CPP conjugadas com o Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais (Lei n.º 45/2009, de 19 de agosto) formavam um quadro normativo suficiente, *continham aquele grau mínimo de concretização normativa*, para a restrição dos direitos fundamentais em causa, isto porque as disposições legais determinam inequivocamente que ninguém se poderá eximir a um exame ou perícia quando ordenados no âmbito de um processo penal, demonstrada a sua necessidade para o inquérito ou para a instrução.

No entanto, este Acórdão acabou por julgar inconstitucional o artigo 172.º, n.º 1 e, conseqüentemente, o artigo 126.º, n.º 1, 2 alíneas a) e c) e 3 do CPP. De facto, o artigo 172.º, n.º 1, quando interpretado no sentido de dispensar a autorização do juiz para a recolha de bioamostras em arguido que se recuse a que tal procedimento seja levado a cabo, viola a obrigação imposta pela norma constitucional do artigo 32.º, n.º 4, uma vez que daí resulta, a *contrario sensu*, a obrigação de o juiz de instrução exercer a sua competência no que toca a todos os atos instrutórios que contendam com direitos fundamentais, sendo, por isso, designado simbolicamente como *juiz dos direitos, liberdades e garantias*.

Na verdade, esta decisão do TC vai de encontro a uma jurisprudência mais antiga deste tribunal relativamente à disposição constitucional em causa que dava conta que “o n.º 4 do artigo 32.º da CRP prossegue a tutela de defesa dos direitos do cidadão no processo criminal e, nessa exata medida, determina o monopólio pelo juiz da instrução, juiz-garante

³⁵ Processo n.º 0546541.

³⁶ Sublinha e itálico nossos.

dos direitos fundamentais dos cidadãos (“reserva do juiz”)³⁷. Percetivelmente, sem essa intervenção judicial será inquinada a validade probatória.

No mesmo ano, foi proferido um Acórdão pelo mesmo TRP³⁸ que, respeitando a decisão do TC, declarou “*inválida* a prova obtida através de exame à saliva, pelo método de zaragatoa bucal, do suspeito de um crime de homicídio, contra a sua vontade, se o exame, *ordenado durante o inquérito pelo Ministério Público, não foi previamente autorizado pelo juiz de instrução*”³⁹.

1.2. O atual regime jurídico – as normas do CPP e a Lei n.º 5/2008

Após a reforma do CPP de 2007 e a entrada em vigor da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, responsável por aprovar a criação de uma Base de Dados de Perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, as duas questões discutidas nos acórdãos do TC supra mencionados ficaram acauteladas, designadamente passou a contemplar-se expressamente a possibilidade de recolha *coativa* de material biológico em *arguidos*. Desde logo, o artigo 8.º, n.º 1 da Lei supramencionada passou a estipular que “a recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal”⁴⁰.

Assim, o atual regime legal relativo à recolha de amostras de ADN encontra-se nos artigos 154.º e 172.º que, por sua vez, remetem para os artigos 268.º e 269.º todos do CPP, na referida Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro e na Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses. Nos dispositivos legais referidos está agora expressamente prevista a possibilidade de restringir os direitos fundamentais previstos nos artigos 25.º e 26.º da CRP e, para que tal aconteça no caso de recusa do arguido em colaborar com o exame, prevê-se expressamente a necessidade de

³⁷ Cf. Acórdão n.º 23/90, de 31 de janeiro.

³⁸ Ac. do TRP, de 2 de maio de 2007. Processo n.º 0546541.

³⁹ Sublinhado e itálico nossos.

⁴⁰ A partir da norma citada, VERA LÚCIA RAPOSO conclui que “do n.º1 do art. 8.º (...) pode concluir-se que as análises de ADN se efectuam mediante os seguintes pressupostos: i) apenas podem ser realizadas em arguidos, e não em meros suspeitos; ii) mesmo contra a sua vontade; iii) mediante uma prévia ordem judicial; iv) em qualquer tipo de crime”, “CSI - Quando a ficção se torna realidade”, *Lex Medicinae*, ano 5, n.º 10, 2008, p. 105.

intervenção do juiz, através de um despacho devidamente fundamentado, a autorizar a respetiva recolha.

1.3. O Projeto de Lei n.º 484/XIII e as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto

O projeto de lei n.º 484/XIII teve como principal motivação aprofundar a base de dados de Perfis de ADN que permite, no âmbito da identificação civil, a identificação de pessoas desaparecidas, de cadáveres não identificados e a colaboração internacional em processos de identificação de delinquentes. Já no âmbito da investigação criminal, aquele tem como principal objetivo a identificação de delinquentes, a exclusão de inocentes ou a interligação entre condutas criminosas, prevenindo assim a criminalidade e facilitando a cooperação transfronteiriça de combate à criminalidade organizada.

Deste modo, foram propostas alterações à Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, no sentido de proceder à identificação criminal de forma mais concreta e sem tamanha limitação, não afetando os direitos fundamentais do indivíduo e estabelecendo exceções imprescindíveis que permitem a ordenação da recolha de ADN.

Assim, remetendo a um paralelismo entre a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro e a nova lei recentemente aprovada - Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto - é possível contemplar algumas alterações relevantes: a referência específica, na versão atualizada da lei, aos suspeitos, nos termos do artigo 20.º, n.º 8, concretamente contemplando-se a possibilidade de realização de teste de ADN em suspeito de crime de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada. Uma segunda alteração recai, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, na obrigatoriedade de um juízo de ponderação por parte do juiz na recolha de amostras em arguido em processo pendente. A terceira e última alteração nesta sede encontra-se no n.º 4 do artigo 8.º, passando a ser estipulada a ordem de realização da recolha de amostra em caso de recusa do arguido nos termos do artigo 172.º do CPP.

Todas estas alterações apresentadas na presente lei recentemente aprovada permitem-nos entender a extensão que o legislador levou a cabo na tentativa de explicar diferentes situações concretas de forma eficaz e não restritiva. Neste sentido, pode apenas colocar-se a questão a nível da necessidade de um juízo de ponderação exigível ao juiz de

instrução, consagrada numa das alterações feitas, na medida em que será ou não necessário existir essa ponderação, atendendo à vasta jurisprudência nacional em que as questões levantadas se encontram sanadas e, portanto, poderia levar à redundância desnecessária das decisões judiciais.

Antes da alteração de lei, houve lugar a uma discussão pública que culminou na elaboração de pareceres por diferentes entidades que manifestaram a sua concordância ou relutância face às diversas opções legislativas previstas. Relativamente aos pareceres a favor, deparamo-nos com o Parecer do Conselho de Fiscalização de Base de Dados de Perfis de ADN⁴¹, o Parecer do Conselho Superior de Magistratura⁴² e o Parecer da Procuraria-Geral da República⁴³ que se assemelham numa posição favorável, defendendo a criação de um Base de Dados de Perfis de ADN mais eficaz, célere e que proporcione um bom funcionamento, exigível para uma melhor prática em matéria da investigação criminal.

Por outro lado, os Pareceres emitidos pela Comissão Nacional de Proteção de Dados e pelo Conselho de Administração da Assembleia da República⁴⁴ defenderam uma linha contrária com o fundamento de tratar-se de uma *violação* à informação pessoal do indivíduo que, para todos os efeitos, ainda que fique guardado numa Base de Dados, há um acesso possível, o que merece especial proteção. Outro argumento contra passa pela necessidade de averiguação do tipo de crime em causa, que o Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados afirma ser mais relevante para a obrigatoriedade da recolha de amostras do que propriamente a gravidade do crime.

Para além disso, o referido Parecer critica igualmente a manutenção do artigo 18.º, n.º 3 que permite a inserção automática, sem intervenção do juiz, na Base de Dados de Perfis de ADN das amostras recolhidas ao abrigo do artigo 8.º, n.º 5, ou seja, “em cadáver, em parte de cadáver, deixadas em pessoa, animal, coisa ou local, com finalidades de investigação criminal”. Assim, é questionada a constitucionalidade desta solução, uma vez que, cabendo “ao juiz a competência sobre «toda a instrução»”⁴⁵, não sendo respeitado esse imperativo, ferir-se-ão os direitos fundamentais dos indivíduos.

⁴¹ Cf. Parecer do Conselho de Fiscalização de Base de Dados de Perfis de ADN, de 5 de abril de 2017.

⁴² Cf. Parecer do Conselho Superior de Magistratura, de 5 de abril de 2017.

⁴³ Cf. Parecer da Procuraria-Geral da República, de 12 de junho de 2017.

⁴⁴ Cf. Parecer do Conselho da Administração da Assembleia da República, de 5 de maio de 2017.

⁴⁵ Cf. Parecer da Comissão Nacional da Proteção de Dados, de 5 de abril de 2017, p. 4.

Deste modo, mediante a discussão aprofundada de todos os pareceres referidos, foi possível chegar a uma conclusão que resultou na recente aprovação da Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto.

2. A prova por ADN e os direitos fundamentais

No texto constitucional podemos encontrar os direitos fundamentais que para o nosso objeto de estudo importam considerar, designadamente o direito à integridade pessoal⁴⁶, previsto no artigo 25.º, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, plasmado no artigo 26.º, o princípio da não auto-incriminação, sustentado no artigo 32.º, o direito à autodeterminação informacional, consagrado no artigo 35.º e, no limite, o direito norteador⁴⁷ de toda a investigação criminal: o direito à dignidade da pessoa humana⁴⁸, disposto no artigo 1.º da CRP. Importa referir que, do conjunto de direitos fundamentais elencados, a dignidade humana e a integridade pessoal, nas suas vertentes física e moral, encontram-se protegidos diretamente pelo próprio artigo 172.º, n.º 3 do CPP, estipulando-se que “os exames suscetíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a *dignidade* e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter”, bem como pelo artigo 10.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro que dispõe que “a recolha de amostras em pessoas é realizada através de método não invasivo, que respeite a *dignidade humana* e a *integridade física e moral individual*, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente, no estrito cumprimento dos princípios e regime do Código de Processo Penal”.

A nível Europeu, importa considerar os artigos 6.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nos termos dos quais são protegidos, respetivamente, o direito a um

⁴⁶ Em relação a este artigo, de destacar que parte da doutrina tem uma visão muito rígida no que concerne à sua violação, designadamente afirmando que “qualquer extração de amostras biológicas – independentemente da forma como é executada e do tipo de amostra que é extraída viola o direito em causa (...)”, só assim não ocorrendo se existir consentimento por parte do arguido. Neste sentido, cf. VERA LÚCIA RAPOSO, cit. n.º [40], p.101.

⁴⁷ Cf. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.103, janeiro/dezembro 2008, p.279.

⁴⁸ Na esfera internacional, este princípio abre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (artigo 1.º), bem como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (artigo 2.º) e figura no preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945.

processo equitativo e o direito ao respeito pela vida privada e familiar e os artigos 1.º, 3.º, 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que consagram, respetivamente, o direito à dignidade do Ser Humano, o direito à integridade, o direito pela vida privada e familiar e o direito à proteção de dados pessoais.

2.1. A interpretação do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

É perante o quadro jurídico delineado *supra* que nos debruçaremos, interligando os preceitos legais com os direitos fundamentais referidos, no sentido de compreender o alcance das restrições que estes últimos sofrem aquando da colheita de vestígios biológicos para efeitos de investigação criminal.

Verdadeiramente, como bem se compreende, só poderá vir a ocorrer uma compressão dos referidos preceitos constitucionais, nacionais e europeus, caso estejamos perante uma situação de não consentimento por parte do visado na recolha de material genético⁴⁹. Caso tal consentimento seja prestado, nos concretos termos dos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, conjugados com o disposto no artigo 10.º da Lei da Proteção de Dados Pessoais, parece-nos de admitir, desde já, timidamente, a admissibilidade da prova obtida.

⁴⁹ Neste sentido, seguimos VERA LÚCIA RAPOSO, afirmando a Autora que “quando a amostra de ADN seja extraída com o consentimento do titular, ou até a seu pedido, não se suscitam problemas de maior”, in “A vida num Código de Barras”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volume IV, Coimbra, 2010, p. 941. Esta conclusão preliminar é justificada, entre outras razões, pela possibilidade, por parte do visado, de limitar o direito à sua integridade física.

2.1.1. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

Começamos pelo direito em torno do qual a discussão acerca da sua possível violação constitucional foi mais premente. O Tribunal Constitucional, em momento anterior à reforma do CPP de 2007, proferiu um acórdão centrado, em parte, na questão de mitigar a relevância do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* em matéria de admissibilidade da prova por ADN, indo ao encontro dos acórdãos do TEDH *Saunders c. Reino Unido*⁵⁰ e *Jalloh c. Alemanha*⁵¹, respetivamente dos anos 1996 e 2006.

O princípio da proibição da auto-incriminação, enquanto *emanação normativa da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade*⁵², surge como corolário do direito a um processo equitativo, previsto nos artigos 6.º da CEDH e 32.º da CRP, e tem como ponto nevrálgico, quer no entendimento do TEDH, quer na conceção exposta pelo TC, o direito do arguido a permanecer em silêncio, *a ficar calado*, nas palavras de Gomes Canotilho⁵³, sem que tal circunstância seja valorada quer em seu prejuízo quer em seu benefício.

Em *Saunders c. Reino Unido*, o Tribunal de Estrasburgo chega inclusive a adensar este entendimento afirmando que é “comummente aceite nos sistemas jurídicos das Partes Contratantes da Convenção que não se aplica [o direito à não autoincriminação] aquando da obtenção de matéria probatória da esfera do acusado que requeira uma ordem judicial para esse efeito”⁵⁴, isto é, material que exista *independentemente da vontade do sujeito*, elencando exemplos como documentos adquiridos após um mandado de buscas, assim como *amostras de sangue, urina e tecido corporal para fins de testes de ADN*.

Seguindo este mesmo entendimento, o TC, no acórdão n.º 155/07, de 2 de março, catalogou o exame de ADN como uma “perícia de resultado incerto” que não viola o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* na medida em que não existe uma obrigação de declaração de culpa e, logo, de auto-incriminação por parte do arguido. A decisão do TRP que esteve na origem do Acórdão do TC já afirmava, a este propósito, que esta obrigação de sujeição a exames não pode ser catalogada como uma *obrigação de auto-incriminação*,

⁵⁰ Processos n.º 19187/91, de 17 de dezembro de 1996.

⁵¹ Processo n.º 54810/00, de 11 de julho de 2006.

⁵² Assim MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 131.

⁵³ Parecer de GOMES CANOTILHO ao Acórdão do TC n.º 155/07, de 2 de março.

⁵⁴ Ponto n.º 69. Tradução livre.

na medida em que não se assiste a uma declaração contra si mesmo ou uma confissão de culpa.

Na doutrina, Gabriele Wolfslast questiona esta redução do princípio sublinhando que “não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta ativa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova”⁵⁵.

É de salutar importância esta decisão, quer em termos específicos, por se ver declarada a constitucionalidade da realização de colheita de material biológico para fins de investigação criminal sem que tal viole o direito fundamental à não auto-incriminação do arguido, quer de um ponto de vista mais abrangente do processo penal, tendo em conta que este aresto reduz o princípio da não auto-incriminação à esfera do direito ao silêncio, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações sem que tal seja valorado contra si, que é verdadeiramente – parece-nos - o seu âmago. De facto, em termos pragmáticos, num Estado de Direito, não havendo recurso a formas de coação violadoras de direitos humanos, como o recurso à tortura, o sistema judicial não pode obrigar uma pessoa a falar. O mesmo já não se coloca quando se trata de recolha de vestígios biológicos, dado que, neste campo, como elucida Vera Lúcia Raposo, “o arguido não adopta qualquer actividade activa que o incrimine”⁵⁶.

2.1.2. O direito à integridade pessoal e à autodeterminação corporal

Intensamente discutido neste domínio, a par com o direito à não auto-incriminação, é o direito à integridade pessoal e à autodeterminação corporal. À primeira vista, parece-nos que a tese de Vieira de Andrade é a mais condicente com o regime de restrição de direitos fundamentais previstos na CRP. O Autor defende a existência de direitos, entre os quais se encontra o direito à integridade física, cuja violação, por menor que seja, não é admissível, uma vez que atingirá, em todos os casos, o núcleo essencial do direito fundamental. Enquanto bem na disponibilidade do seu titular (artigo 149.º, n.º1 do CP), a violação da integridade física só poderá eventualmente verificar-se se não houver

⁵⁵ Cf. GABRIELE WOLFSLAST *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, cit. n.º [52], pp. 127-128.

⁵⁶ *Vide* VERA LÚCIA RAPOSO, cit. n.º [40], p. 959.

consentimento livre e esclarecido (que opera como uma verdadeira causa de exclusão da ilicitude⁵⁷) por parte do arguido na limitação daquela e conquanto que esse consentimento não ofenda os bons costumes (artigo 149.º, n.º2 do CP).

A questão que se impõe é a de saber, como formulam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “se o direito à integridade pessoal impede o estabelecimento de deveres públicos dos cidadãos que se traduzem em intervenções no corpo das pessoas”⁵⁸. No comentário ao artigo 143.º do CP, Paula Ribeiro de Faria⁵⁹ afirma que “a lesão da integridade física poderá ser justificada excepcionalmente em nome de uma *dimensão social dos direitos fundamentais*”, podendo falar-se, neste caso, “de uma intervenção *coactiva* do Estado no sentido de impor ao cidadão o sacrifício do seu direito em nome de um outro interesse ou direito também constitucionalmente protegido”.

Contudo, fica por esclarecer quais de entre os *outros interesses constitucionalmente protegidos* poderão justificar a lesão da integridade física e qual a medida concreta ou o grau de intensidade em que é admissível essa lesão.

Quanto à primeira questão, o Acórdão n.º 128/92 do TC esclareceu o âmbito da tutela constitucional do direito à integridade pessoal no seguinte sentido: “o preceito em causa [artigo 25.º da CRP] não proíbe, porém, a actividade indagatória (judicial ou policial) em si mesma, quer o seu objectivo seja a averiguação de crimes e dos seus autores, quer seja o apuramento de condutas que (...) violam deveres contratuais e, assim, lesam direitos alheios. E não a proíbe porque, sendo o Estado de Direito um Estado de Justiça, o processo, tanto o criminal, como o civil, há-de reger-se por regras que, respeitando a pessoa em si mesma (na sua dignidade ontológica), sejam adequadas ao apuramento da verdade, pois só desse modo se podem fazer triunfar os direitos e os interesses para cuja garantia o processo é necessário”.

Quanto à segunda questão, podemos convocar o exemplo do corte de um fio de cabelo⁶⁰ ao arguido para logarmos aferir da sua relevância no tipo subjetivo de ilícito

⁵⁷ Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 2001, p. 211.

⁵⁸ Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 457.

⁵⁹ Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, cit. n.º [57], p. 213.

⁶⁰ Sobre esta questão concreta, pronunciou-se o TC espanhol, em sentença de 16 de dezembro de 1996, cuja jurisprudência foi citada pelo Acórdão do TC n.º 155/2007, reiterando que “no direito fundamental à integridade física e moral se protege a inviolabilidade da pessoa contra qualquer tipo de intervenção nesses bens que careça do consentimento (...) embora aquele direito se encontre relacionado com o direito à saúde, o seu âmbito constitucionalmente protegido não se reduz exclusivamente aos casos em que exista um risco ou

consagrado no artigo 143.º do CP. Na verdade, na esteira de Paula Ribeiro de Faria, entendemos que, fazendo o chamamento do princípio da *adequação social da conduta*, nos termos do qual, analisando e valorando a conduta em todas as suas vertentes face à norma, “as circunstâncias excepcionais em que a conduta tem lugar acabam por *distorcer* a imagem do facto de tal modo que ela deixa de coincidir com o sentido do tipo: deixa de ser uma lesão da integridade física”⁶¹. Quer isto dizer, como esclarece a Autora, que estas ações, v.g. o corte de um fio de cabelo, “por não adquirirem verdadeira dignidade penal do ponto de vista do bem jurídico tutelado são excluídas do próprio tipo legal”⁶².

O mesmo raciocínio já não nos parece poder ser válido no caso da recolha de ADN ser concretizada com a colheita de sangue ou de esperma. Aí, a intervenção no *corpo humano* (enquanto objeto da ação do crime de ofensa à integridade física) já não parece insignificante, na medida em que pressupõe um verdadeiro ato de intrusão na esfera física do arguido que pode, inclusive, causar medo, pudor ou receio na pessoa.

No entanto, no entendimento de alguns autores, designadamente de Helena Moniz⁶³, a recolha de amostras no corpo do arguido constitui *sempre* um comportamento que integra o tipo legal de crime de ofensa à integridade física, excetuando os casos em que exista consentimento livre e esclarecido. Neste sentido, também Sónia Fidalgo nega que só se possa falar em ofensa à integridade física se houver recurso à força no momento da recolha, uma vez que, segundo a Autora, dificilmente está em causa “uma insignificância de lesão a que esteja ‘conaturalmente’ ligada uma ausência de negação do sentido social contido no tipo de ilícito”⁶⁴.

Neste sentido, é necessário atender à argumentação utilizada pelo TC e sucessivamente reiterada nos Tribunais da Relação que analisaremos mais aprofundadamente no ponto relativo à recolha coativa de material biológico.

dano para esta, pois tal direito é afectado por qualquer intervenção (no corpo) que careça do consentimento do seu titular”.

⁶¹ Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal”, Tese de Doutoramento, Resumo, Coimbra, 2004.

⁶² Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, cit. n.º [57], p. 207.

⁶³ Cf. HELENA MONIZ, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 12, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p.250.

⁶⁴ Cf. SÓNIA FIDALGO, cit. n.º [2], p. 123.

CAPÍTULO III - O papel do Juiz de Instrução Criminal na Recolha de Amostras de ADN

1. Do inquérito à instrução - competência para ordenar a recolha de amostras

O Código de Processo Penal Português contempla, em homenagem ao princípio do acusatório consagrado no artigo 32.º, n.º 5 da CRP, três fases processuais: a fase de inquérito, de instrução e de julgamento, assumindo, as duas últimas, carácter jurisdicional⁶⁵.

O inquérito, ao contrário da fase de instrução e até de julgamento (que pode não vir a ocorrer), é uma fase obrigatória na forma de processo comum. O artigo 262.º, n.º 1 do CPP expressa as finalidades desta fase processual: descobrir quem foram os agentes do crime e recolher provas que sustentem a decisão de acusação. A direcção do inquérito, em respeito ao princípio do acusatório que subjaz ao modelo do processo penal adotado entre nós, cabe exclusivamente ao Ministério Público. Enquanto *dominus* do inquérito, a regra é que o Ministério Público tem competência para a prática de todos os atos de investigação, com uma exceção, entre outras⁶⁶, muito importante: salvo os atos que têm de passar pelo crivo do juiz de instrução.

Sendo a fase em que o processo adquire o *máximo dramatismo*⁶⁷, é necessário atender à outra face do inquérito que reside, assim, na salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos que estão a ser investigados. Esta regra desemboca na obrigatoriedade de certos atos do inquérito terem de ser ordenados e autorizados pelo juiz de instrução criminal. É o caso, como já vimos a partir da decisão pioneira do TC, da recolha de amostras biológicas em arguido que não presta o seu consentimento para a realização da diligência. *A contrario*, nenhuma intervenção terá o JIC na fase de inquérito se o arguido prestar o seu consentimento para a recolha. O Ministério Público deverá, na

⁶⁵ Assim justifica GERMANO MARQUES DA SILVA, “a direcção da fase de instrução compete a um juiz (art.º 288.º) e por isso só já se poderia qualificar como jurisdicional...não só porque a sua direcção está cometida a um juiz, mas também e sobretudo porque nela se exerce uma actividade materialmente jurisdicional: *apreciação pela jurisdição dum situação factual concreta seguida dum decisão proferida de um ponto de vista exclusivamente jurídico*”, *Direito Processual Penal Português*, Universidade Católica Editora, 2015, volume III, p.128.

⁶⁶ Outras exceções são os atos que cabem na cooperação internacional e aqueles em que a Polícia Judiciária é a recetora do pedido. Assim, PAULO DE SOUSA MENDES, cit. n.º [5], p. 67.

⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 66.

primeira hipótese, fazer um requerimento ao JIC para que seja ordenada a recolha, feita a necessária ponderação exigida pelo n.º1 do artigo 8.º da Lei 5/2008, de 12 de fevereiro. Atente-se, contudo, que o JIC, uma vez que nos encontramos ainda na fase de inquérito, está condicionado ao pedido do MP.

Por sua vez, a fase de instrução, que ocorre entre a fase de inquérito e a de julgamento, é uma fase eventual que, não obstante, tem uma especial relevância na medida em que tem como intuito a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, isto é, tem como finalidade obter a comprovação jurisdicional dos pressupostos jurídico-factuais da acusação e um controlo judicial da decisão processual do Ministério Público de conduzir ou não o arguido a julgamento, nos termos do artigo 286.º do CPP.

No recente Acórdão do TRE⁶⁸, de 11 de março de 2014, o carácter *finalístico*⁶⁹ desta fase processual é posto em relevo, afirmando-se que “só o escopo de submissão ou não da causa a julgamento determina a existência da instrução”. Os juízes concluem, nesta linha de pensamento, que se o requerente da abertura de instrução limita ao seu pedido à realização de exames, sem pedir uma apreciação global da decisão do Ministério Público de deduzir acusação, o requerimento em causa deve ser indeferido.

Na doutrina, seguindo de perto o entendimento explanado no aresto, Figueiredo Dias afirma que, apesar de o juiz de instrução poder “levar a cabo actos singulares de averiguação, no uso do seu poder-dever de investigação”⁷⁰, fá-lo somente na medida da *comprovação judicial* da decisão do Ministério Público em deduzir ou não acusação⁷¹.

A direção da fase de instrução compete ao juiz de instrução que confere a órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências de investigação relativas à instrução, nos termos do artigo 288.º, n.º 1 do CPP e do artigo 290.º, n.º 2 do CPP.

Tratando-se de uma fase eventual esta pode ser requerida pelo arguido, quando tenha sido alvo de acusação por parte do Ministério Público, ou pelo assistente. Quando o

⁶⁸ Processo n.º 80/13.9PBSTB-A.E1.

⁶⁹ Cf. sumário do acórdão citado, ponto I).

⁷⁰ Assim, FIGUEIREDO DIAS, cit. n.º [17], p. 16.

⁷¹ Nas palavras de NUNO BRANDÃO, o princípio do contraditório é visto como um instrumento útil para a descoberta da verdade material, na medida em que “(...) se o juiz de instrução determina, oficiosamente ou a pedido, a realização de determinado acto de instrução, isso significa que, no seu ponto de vista, o acto em causa tem interesse ou utilidade para a instrução e não serve apenas para protelar o andamento do processo (art.291º, n.º1)...poderá resultar para uma melhor percepção do juiz acerca dos contornos do caso e dos fins pretendidos com a realização da diligência probatória...a contrariedade é um factor que favorece uma boa decisão de comprovação judicial (...)”, “A Nova Face de Instrução”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, 2 e 3, 2008, p.241.

Ministério Público não tenha deduzido acusação, em crimes de natureza pública ou semipública, pode o assistente requerer abertura de instrução, bem como quando a acusação tenha sido deduzida, por discordar dela⁷².

Uma vez aberta a instrução, pode o arguido, tendo sido deduzida acusação pelo MP, fazer requerimento ao JIC para ser ordenada a recolha de amostra biológica a fim de fazer a necessária comparação genética com vestígios encontrados na vítima ou no local do crime. Apesar de não se tratar de uma situação comum, Tiago Milheiro⁷³ chama o exemplo do caso de um arguido contumaz que, uma vez tornada pública a acusação por crime sexual, pretende ver a sua inocência declarada no processo, fazendo, para tanto, requerimento de abertura de instrução com o pedido de realização de exame e perícia para comparação do seu perfil de ADN com o sémen encontrado nas cuecas da vítima.

Para além desta hipótese, o JIC também intervém, nos termos da 2.^a parte do n.º1 do artigo 8.º da Lei 5/2008, de 12 de fevereiro, oficiosamente, podendo ordenar a diligência instrutória em causa para apurar se a decisão de acusar ou arquivar se revela ajustada face à prova indiciária.

Neste sentido, após a ocorrência do debate instrutório, fica a cargo do juiz de instrução proferir o despacho de pronúncia ou não pronúncia⁷⁴, com base na recolha de indícios suficientes, na medida em que houve a verificação dos pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança, nos termos do artigo 308.º, n.º1 CPP, isto é, se de facto houve indícios suficientes da prática do crime que justifiquem ou não a referida acusação⁷⁵.

Na fase instrutória, é legítimo recorrer da decisão do juiz de instrução apenas quando se tratar de um despacho que venha a indeferir a arguição da nulidade cominada no artigo 309.º CPP. Será sempre irrecurável⁷⁶ a decisão instrutória que pronunciar o arguido

⁷² O requerimento de abertura de instrução pelo arguido ocorre ao abrigo do disposto no artigo 287.º, n.º 1, als. a) e b).

⁷³ Cf. TIAGO CAIADO MILHEIRO, “Prova por ADN e papel do Juiz de Instrução Criminal”, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 12.

⁷⁴ Idem, ibidem, “(...) o despacho de pronúncia só deve ser proferido se tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança(...)”, p.127.

⁷⁵ Assim, *Processo Penal – Fase de Instrução*, Manual de apoio da Direção-geral da Administração da Justiça, 1.ª edição, 2013.

⁷⁶ Como elucida NUNO BRANDÃO, com o novo regime legal desencadeou-se uma nova alteração relativamente à irrecorribilidade da decisão instrutória “(...) a irrecorribilidade abrange igualmente a pronúncia por crime particular em sentido estrito, na parte em que o Ministério Público tiver acompanhado a acusação particular....e estendeu à irrecorribilidade também à parte da decisão instrutória em que sejam apreciadas nulidades e outras questões prévias ou incidentais (...)”, cit. n.º [71] p. 236.

pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, previsto no artigo 310º do CPP, bem como irrecorríveis serão todas as diligências de prova requeridas ao JIC, nos termos do artigo 291.º, n.º 1. Esta irrecorribilidade de indeferimento de requerimentos de prova – que para aqui mais especialmente nos importa considerar – suscitou diversas dúvidas acerca da sua conformidade com os imperativos constitucionais do direito do ofendido a uma tutela jurisdicional efetiva, bem como a lesão do núcleo essencial do seu direito de defesa⁷⁷. No entanto, o TC confirmou esta nova *face* da instrução através da reiteração de jurisprudência na matéria⁷⁸.

2. A recolha de vestígios biológicos em suspeitos

Uma das questões pertinentes que se coloca ao confrontarmos a Lei 5/2008 é a de aferir da possibilidade de serem recolhidas amostras para obtenção de perfis de ADN em suspeitos, isto é, proceder-se à recolha antes da constituição de arguido.

A constituição de arguido, como declara o artigo 60.º do CPP, assegura o exercício de direitos e deveres processuais decorrentes da condição de sujeito no processo. Como afirma paradigmaticamente Figueiredo Dias⁷⁹, as consequências mais relevantes que o Código atribui a esta condição de arguido são o direito de defesa, por um lado, e a fundamental presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação, por outro. Percetivelmente, a ausência do estatuto processual de arguido oblitera, à primeira vista, a que as garantias processuais e constitucionais oferecidas sejam efetivadas. Além disso, decorre expressamente do artigo 8.º, n.º 1 da Lei 5/2008 que a recolha de amostras em processo criminal pendente ocorre na pessoa do arguido. A questão apenas se adensa quando o suspeito, isto é, *toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar* (artigo 57.º do CPP), presta o seu consentimento para a recolha de amostras. Neste caso, subsistirá a necessidade de constituição de arguido antes de efetivar a diligência?

⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 233.

⁷⁸ Assim, *vide* Acórdãos do TC n.ºs 387/99, 250/02 e 242/05.

⁷⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, cit. n.º [17], p. 27.

Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, “um suspeito é um arguido que ainda não foi reconhecido formalmente como tal e, por conseguinte, o arguido é um suspeito que já foi formalmente reconhecido como tal”⁸⁰. Parece-nos daqui resultar que a distinção reside na ocorrência ou não de uma *mera formalidade*. Neste sentido, terá legitimidade a tese que defende poderem ser recolhidas amostras em suspeito, existindo consentimento?⁸¹ Tratar-se-á de uma aferição prévia à constituição de arguido, a qual ocorreria indubitavelmente caso existisse *match* com a amostra-problema?

Seguimos a argumentação de Tiago Milheiro neste campo. De facto, “os interesses são livremente disponíveis”, designadamente, o suspeito pode requerer, nos termos do artigo 59.º do CPP, a sua constituição como arguido. Neste sentido, o Autor não vislumbra argumentos para impedir que a prova por ADN obtida através da recolha de amostras colhidas em suspeitos seja considerada válida. Por sua vez, Helena Moniz⁸² considera que a lei deveria ser alterada no sentido de contemplar a possibilidade de recolha de amostras biológicas em suspeitos, delimitando, contudo, o âmbito desta hipótese a um determinado espectro de crimes, a definir, e dentro de um quadro processual no qual a obtenção desta prova se revelaria imprescindível para a descoberta da verdade material. No entanto, a maioria da doutrina apoia a opção legislativa prevista no artigo 8.º, levantando a questão da *plausibilidade*⁸³ de se considerar o suspeito como voluntário, nos termos do artigo 6.º da Lei 5/2008.

De todo o modo, não entendemos que o artigo 8.º da Lei 5/2008 possa afastar o regime relativo às medidas cautelares previstas no CPP, no caso de se verificar perigo de dissipação da prova. Mesmo tratando-se de suspeitos, não contemplados, é certo, na letra da disposição legal especial, parece-nos que nesta fase pré-inquérito poderá haver lugar à recolha de amostras, sobrepondo-se o interesse da investigação.

A recente lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, que veio introduzir alterações na Lei 5/2008, contempla agora, no n.º 8 do artigo 20.º, a possibilidade de serem identificados, em casos urgentes, suspeitos de crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, sem prejuízo de validação da decisão pelo juiz competente, no prazo de 72h.

⁸⁰ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Código do Processo Penal Anotado*, 2.ª edição, p. 172.

⁸¹ Tendencialmente defensor desta tese, encontramos o TIAGO CAIADO MILHEIRO, cit. n.º [73], p. 10.

⁸² Cf. HELENA MONIZ, “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 - Conferências CNECV*, Coimbra, 2012.

⁸³ Cf. JORGE DOS REIS BRAVO, “Recolha de amostras, inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados”, *Colóquio «A Lei 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação da base de dados de perfis de ADN, e a investigação criminal – balanço e perspetivas»*, 2015, pp. 16 e 17.

Atente-se, contudo, que a recolha de amostras do suspeito não se destina à inserção do perfil do suspeito na base de dados, mas apenas a uma interconexão de dados⁸⁴.

Por sua vez, ao abrigo do Código de Processo Penal é possível obter-se, sem qualquer objeção, a “amostra-referência” em suspeito, arguido ou eventualmente em terceiros. Na verdade, nos termos do CPP, para efeitos de comparação direta, pode ser recolhida coercivamente, isto é, prescindindo-se do consentimento, bioamostra em suspeitos.

Impõe-se, assim, uma breve nota de paralelismo entre a disciplina do CPP e a Lei n.º 5/2008, nesta sede. De facto, enquanto na primeira revela-se possível a recolha de amostras em suspeito, quer de forma voluntária, situação em que o juiz de instrução não tem qualquer intervenção, quer coercivamente (neste caso, mediante despacho do juiz de instrução a ordenar a diligência), no artigo 8.º da Lei supramencionada exige-se a constituição de arguido para que se possa realizar a recolha de amostra. É necessário, contudo, sublinhar a diferença que justifica a divergência de regimes. Enquanto no CPP a recolha de amostras restringe-se à comparação direta com perfis obtidos a partir de outras amostras encontradas no mesmo processo, na Lei 5/2008 os perfis genéticos obtidos através da bioamostra recolhida são cruzados com aqueles que constam da base de dados de perfis de ADN.

3. A recolha de vestígios biológicos em arguidos

No ensejo de contribuir para uma visão sistematizada do papel do juiz de instrução aquando da recolha de bioamostras em agentes constituídos arguidos num processo-crime, procederemos a uma distinção entre os casos em que há consentimento do visado na recolha de ADN para se proceder à comparação direta com outros vestígios encontrados no decorrer do inquérito e as situações em que, por não haver consentimento, tem de diligenciar-se pela recolha coativa das amostras.

⁸⁴ Idem, ibidem.

3.1. Recolha voluntária de bioamostras em arguidos

Havendo consentimento do arguido na recolha de amostras para efeitos de identificação de perfis de ADN cabe ao Ministério Público diligenciar pela respetiva recolha na fase de inquérito do processo, não carecendo de intervenção do juiz de instrução. No entanto, a ação do JIC, mesmo nos casos de recolha voluntária, pode revelar-se necessária e imprescindível, como veremos.

De facto, a chamada recolha voluntária implica a observância de quatro premissas. Em primeiro lugar, ter-se-á de respeitar o disposto no artigo 8.º, n.º 5 da Lei 5/2008, isto é, a entrega de um documento ao arguido onde constem a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação desta lei. Em segundo lugar, é imposta a observância do direito de informação, nos termos do artigo 9.º da Lei 5/2008, em conjugação com a letra do artigo 10.º, n.º 1 da Lei de proteção de dados pessoais, introduzida pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro. Em terceiro lugar, dever-se-á respeitar os requisitos da prestação de consentimento, previstos no artigo 38.º, n.º 2 do Código Penal. Por último, o despacho que determinar a perícia terá de ser devidamente fundamentado e notificado ao arguido, ao assistente e às partes civis, nos termos do artigo 154.º, n.º 4 do CPP. Atente-se que, quanto a este último ponto, e na esteira de Tiago Milheiro, entendemos que, apesar do artigo 3.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto excluir, como vimos, do âmbito das perícias médico-legais realizadas pelo INML o disposto nos artigos 154.º e 155.º do CPP, tal refere-se apenas, quanto ao artigo 154.º, ao *conteúdo*⁸⁵ do despacho, não deixando de se observar a obrigatoriedade de fundamentação e notificação do mesmo, ao abrigo do n.º 4 dessa disposição.

Quanto ao dever de entrega do documento, consagrado no artigo 8.º, n.º 5, a inobservância desta imposição legal configura uma mera irregularidade, nos termos do artigo 123.º do CPP, podendo vir a ser sanada com a entrega da referida documentação.

Caso haja violação da segunda premissa, isto é, inobservância do direito de informação, o consentimento e a prova, no que se refere à comparação direta de amostras, não são prejudicados, implicando apenas que o perfil de ADN não possa ser cruzado com outros perfis da base de dados.

⁸⁵ Cf. TIAGO MILHEIRO, cit. n.º [73], p. 16.

No que se refere à prestação de consentimento, poderá vir a verificar-se uma de três situações: uma primeira hipótese de consentimento viciado, uma segunda em que é excedido o âmbito do consentimento e uma terceira, mais grave, em que não existe sequer consentimento do arguido para a recolha de amostras.

Verifica-se vício no consentimento quando não são respeitados os requisitos gerais previstos no artigo 38.º, n.º 2 do Código Penal, ou seja, o consentimento traduzir-se numa *vontade, séria, livre e esclarecida do titular e poder ser livremente revogável até à execução do exame ou perícia*. Por sua vez, extravasa-se o âmbito do consentimento quando, por exemplo, o exame ou a perícia coloquem em causa a saúde do arguido.

Caso não haja sido prestado consentimento pelo arguido para recolha de amostras biológicas, estamos perante uma proibição de valoração de prova do exame e da perícia, nos termos dos artigos 126.º, n.º 1 do CPP e 32.º, n.º 8 da CRP. Apenas se excepciona a prestação de consentimento quando a perícia incida exclusivamente sobre sangue ou outras células corporais de pessoa desconhecida.

Quanto à quarta condição, caso o despacho que determine a perícia não seja devidamente fundamentado ou não haja lugar a notificação dos intervenientes processuais previstos no n.º 4 do artigo 154.º, verifica-se uma irregularidade processual que pode ser suscitada perante o JIC na fase de inquérito ou na instrução.

Por fim, é necessário referirmos duas situações que poderão vir a motivar requerimento de abertura de instrução para o JIC, dentro de um quadro de recolha voluntária de bioamostras em sujeito constituído arguido num processo-crime.

O primeiro caso refere-se à hipótese da não realização de exame e perícia, quando relevantes para o decurso do inquérito. Tal poderá vir a consubstanciar uma irregularidade a ser invocada pelo arguido ou pelo assistente, em sede de inquérito ou de instrução, nomeadamente como *diligência instrutória omitida* que sustenta a discordância da decisão de acusar ou arquivar.

O segundo caso reporta-se à circunstância de não ser valorada a perícia realizada. Esta decisão, caso não seja devidamente justificada, poderá ser motivo para requerer a abertura de instrução no sentido de o JIC reanalisar essa prova. Contudo, repare-se que não se pode tratar de uma irregularidade a sanar pelo juiz de instrução, uma vez que tal configuraria uma violação do princípio do acusatório, tendo em consideração que o Ministério Público é o dominus do inquérito e tem total autonomia na apreciação da prova.

3.2. Recolha coativa de amostras em arguido

É necessário começar por distinguir entre as *meras inspeções e registos corporais* e as *intervenções corporais de elementos externos ou internos da pessoa*. No primeiro caso falamos, por exemplo, de vestígios de sangue na roupa do arguido, o segundo caso refere-se a unhas, cabelo, sangue ou saliva da pessoa do arguido. Só estas últimas poderão vir a levantar problemas jurídicos.

No decorrer de um processo-crime, caso o arguido recuse expressamente em consentir na recolha do seu material genético, é necessário, na esteira da formulação apresentada por Tiago Milheiro⁸⁶, seguir cinco requisitos para que o exame e a perícia possam ser legalmente realizados e a validade da prova obtida não reste prejudicada: “existir autorização de um juiz; ser realizada por médico ou pessoa legalmente autorizada e não colocar em risco a saúde do visado; ter como finalidade exclusiva a identificação no âmbito de uma investigação criminal em curso ou em processos já instaurados; ser preservada uma parte bastante e suficiente da amostra para a realização de contra-análise, salvo em caso de manifesta impossibilidade; a necessidade de ponderação por parte do juiz na realização do exame e da perícia, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”.

Jurisprudencialmente, estas linhas orientadoras têm vindo a ser progressivamente concretizadas. A partir da decisão pioneira do TC foi sublinhada a imprescindibilidade da intervenção do JIC quando, no decorrer e no interesse do inquérito, possa estar em causa a restrição de direitos fundamentais do arguido. De facto, tendo o arguido recusado expressamente permitir qualquer colheita de vestígios biológicos pessoais compete ao JIC a decisão de restrição dos direitos fundamentais, como o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade, compelindo o arguido a submeter-se ao referido exame.

Efetivamente, o interesse da investigação e o encontro da verdade material não podem, de *per se*, justificar as intervenções corporais coativas na pessoa do arguido como modo de obtenção de prova em processo penal, sendo de rejeitar qualquer decisão que se fundamente apenas naquelas. Aliás, é de referir, na esteira do Acórdão do TRE⁸⁷, de 16/12/2008, que nem o artigo 154.º, n.º 2 nem o artigo 172.º, n.º 1 e 2 do CPP exigem que

⁸⁶ Cf. TIAGO MILHEIRO, cit. n.º [73], pp. 22 a 26.

⁸⁷ Processo n.º 2837/08-01.

o exame se mostre imprescindível para a descoberta da verdade ou que se concretizem os factos que com o exame se visam provar.

De facto, as decisões jurisprudenciais dos tribunais portugueses têm remado no sentido descrito no acórdão supramencionado, designadamente aquando da recolha de amostras de saliva através de zaragatoa bucal. Senão, vejamos.

No Acórdão do TRP⁸⁸, de 10/07/2013, foi confirmado o despacho que autorizava a realização, por via compulsiva, da recolha de saliva em arguido, uma vez que se entendeu que, por um lado, a decisão recorrida estava devidamente fundamentada, por estar em causa a investigação, entre outros, dos crimes de *associação criminosa*, *dano qualificado* e *furto qualificado* e, por outro lado, se vislumbrar manifesto interesse e necessidade na realização do exame de ADN, porquanto existiam fundadas suspeitas de que o arguido era um dos seus autores. Tem-se entendido que a recolha de saliva constitui uma “restrição mínima, quase irrelevante”⁸⁹ do direito à auto-determinação do arguido, negando-se que possa sequer entrar no âmbito do direito à integridade física. Deste modo, a realização forçada do exame autorizado por despacho do JIC, porquanto haja uma ponderação quanto à necessidade da realização do exame perante o conflito de interesses entre, por um lado, o direito do arguido à sua auto-determinação – art.º 25 n.º 1 da CRP – e, por outro, a investigação dos factos integradores dos ilícitos alegadamente praticados, é legítima e não parece violar qualquer preceito constitucional.

Contudo, apesar de sublinhar a legitimidade da recolha compulsiva por zaragatoa bucal, este Acórdão do TRP acautela a primeira questão que se nos colocou: a abertura, com uso da força física, da boca do arguido, a fim de proceder à recolha de amostra biológica, não constitui, no limite, uma violação da sua dignidade humana? Neste caso de *recusa obstinada em ceder os fluídos bocais*, aconselha o Acórdão a que os peritos esperem que o visado *liberte espontaneamente qualquer outra mostra de fluído* que pode ser recolhido, designadamente, numa ponta de cigarro ou numa pastilha elástica. Apesar da salvaguarda descrita no Acórdão, o mesmo foi alvo de duras críticas por parte do, à época, Bastonário da Ordem dos Advogados Portugueses, Marinho Pinto⁹⁰. O anterior Bastonário catalogou como ilegal a prova recolhida compulsivamente do corpo do arguido.

⁸⁸ Processo n.º 1728/12.8JAPRT.P1.

⁸⁹ Cf. Acórdão do TRE de 16/12/2008.

⁹⁰ Cf. opinião veiculada por MARINHO PINTO, citada no site da Associação Sindical dos Juizes Portugueses: <http://www.asjp.pt/2013/09/06/bastonario-dos-advogados-contra-recolha-forcada-de-adn/>

Noutro Acórdão do TRP⁹¹, de 10/12/2008, reafirma-se novamente a constitucionalidade do artigo 172.º, n.º 1 do CPP interpretada no sentido de que é legítimo o uso da força física para obter, através de zaragatoa bucal, vestígios biológicos de um arguido *para fins de comparação com os encontrados nas cuecas da ofendida*, quando em causa estava a investigação de um crime de violação, não havendo outras provas para além das declarações daquela, que sofria de atraso mental considerável.

Já em Acórdão do TRE⁹², de 13/12/2011, confirmam os juízes que “a recolha prevista no n.º 1 do art.º 8 da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, pressupõe a existência de uma investigação concreta e que, perante a ponderação dos interesses em confronto, a autoridade judiciária conclua pela necessidade da sua realização, que deve ser fundamentada, ou seja, que o direito à privacidade e liberdade do arguido deve ceder perante o interesse público da investigação”.

Quanto a este problemática específica, pronunciou-se, de forma assertiva, Rui Pereira⁹³, afirmando que “todos estes exames poderão ser realizados contra a vontade do visado, se necessário de forma coerciva, fazendo-se uso da força se assim o exigirem as circunstâncias do caso concreto”, uma vez que “não faz sentido consagrar a possibilidade de alguém ser compelido a fazer um exame sem que isso signifique, quanto a exames físicos, poder ser compelido pela força”.

Na sequência do levantamento de jurisprudência respeitante à recolha de ADN por zaragatoa bucal em arguido que recuse expressamente submeter-se à referida diligência, corre termos presentemente, no Tribunal Judicial da Comarca da Guarda, o processo n.º 232/16.0JAGR⁹⁴, no âmbito do qual o arguido, acusado de dois crimes de homicídio qualificado na forma consumada, dois crimes de homicídio qualificado na forma tentada, dois crimes de sequestro, cinco crimes de roubo e três crimes de detenção de arma proibida, não consentiu na realização de zaragatoa bucal com vista à recolha de saliva para

⁹¹ Processo n.º 0844093.

⁹² Processo n.º 8/10.8GATVR-A.E1.

⁹³ Cf. PEDRO VERDELHO, “Técnica no Novo Código de Processo Penal: Exames, Perícias e Prova Digital”, Revista do CEJ, n.º 9 (Especial), 1º semestre de 2009, p. 156, o Autor cita a opinião expressa oralmente por Rui Pereira, coordenador da Unidade de Missão para a Reforma do Código de Processo Penal, que originou as alterações de 2007 ao Código de Processo Penal.

⁹⁴ Sendo público o conhecimento de que o arguido Pedro João Dias, entretanto acusado, entre outros, pelos crimes de homicídio qualificado, sequestro e roubo, não consentiu na realização de zaragatoa bucal com vista à recolha de saliva para posterior extração de perfil de ADN, solicitámos junto da Ilustre Mandatária do arguido, Dra. Mónica de Castro Quintela, para o fim de melhor ilustrar a presente dissertação, a possibilidade de nos facultar a consulta da promoção do MP relativamente à recolha de ADN, bem como o despacho do JIC a ordená-la e a posterior acusação. As citações a que faremos referência reportam-se às peças processuais aludidas que nos foram permitidas consultar.

posterior extração de perfil de ADN. Consta da promoção do MP o seguinte: “no presente inquérito foram recolhidos vários vestígios biológicos (mormente hemáticos) em diversos locais, designadamente nos sítios onde foram encontrados os corpos dos ofendidos (...) e onde os ofendidos (...) foram baleados”, “tais vestígios – denominados amostras problema – foram prontamente remetidos para o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária”. Assim, promove-se, junto do JIC, a recolha por zaragatoa bucal, de saliva para posterior extração de perfil de ADN e comparação do mesmo com as amostras problema recolhidas nos autos.

No despacho do JIC é possível verificar uma argumentação devidamente fundamentada, com recurso à jurisprudência do TC e dos Tribunais da Relação a que aludimos supra, culminando na decisão de ordenar a realização da diligência. A análise do presente despacho afigura-se-nos relevante no sentido de concluirmos que, independentemente da vasta jurisprudência sobre a matéria da recolha coativa de amostras em arguido no âmbito de um processo-crime, tal não exime o JIC, a cada caso concreto, de proceder a uma ponderação fundamentada sobre o *eventual conflito de interesses em jogo* (entre, por um lado, os direitos fundamentais do arguido e, no polo oposto, a descoberta da verdade material). De facto, como se extrai do despacho do JIC no processo em análise, assumindo-se como ponto de referência, *as regras da experiência comum*, sublinhando-se no entanto, o carácter excecional que este meio de prova deverá continuar a ter, “a verdade é que a *reduzida expressão* que o acto de recolha de zaragatoa bucal assume na pessoa do arguido e o *interesse* que a diligência em causa possui no contexto dos autos para efeitos de prova”, leva a concluir que “a recusa do arguido não é legítima, carecendo de qualquer justificação, prevalecendo, no caso concreto a descoberta da verdade, tendo em conta os crimes em apreço”⁹⁵.

Até agora estivemos a referir-nos a decisões que versavam no n.º 1 do artigo 8.º da Lei 5/2008, de 12 de fevereiro. Contudo, quanto ao n.º 2 do mesmo preceito legal, já parecem surgir algumas divergências de opiniões na *praxis* judiciária.

O TRL⁹⁶, em 11/10/2011, defendeu o carácter *não automático* da recolha de amostras de ADN a que se refere o art. 8, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, sustentando que a sentença que determinar a recolha ao abrigo desta disposição legal

⁹⁵ De referir ainda que, no âmbito do processo em apreço, foi, entretanto, extraída certidão que deu origem a um processo contra o arguido pelo crime de desobediência. Tal ficou a dever-se à recusa de sujeição a diligências de prova devidamente ordenadas por entidade judiciária.

⁹⁶ Processo n.º 721/10.OPHSNT.L1-5.

deverá ser devidamente *ponderada* “na existência de grave perigo de continuação criminosa ou outros receios relevantes que possam ou permitam inferir a necessidade daquela recolha e subsequente conservação”. Este entendimento foi seguido pelo TRE⁹⁷, em Acórdão recente, de 15/12/2015, frisando-se que a recolha de amostras de ADN ao abrigo daquele preceito *não é automática* face a uma condenação transitada em julgado. A fundamentação a que se referiu o TRL foi especificada há pouco tempo, em Acórdão do TRP⁹⁸, de 15/06/2016, afirmando-se que a mesma decisão deve ser “aferida à luz dos critérios de culpa, necessidade e proporcionalidade”, acrescentado que é geradora de *nulidade* a omissão da fundamentação a que se alude.

Contrariamente à opinião veiculada pelos tribunais referidos, o TRL⁹⁹, em Acórdão de 05/05/2015, afirmou que aquela recolha será automática, tendo apenas de verificar-se os pressupostos formais que a lei impõe, designadamente, condenação por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída. Neste acórdão, equipara-se a recolha de amostras de ADN à recolha de impressões digitais, negando-se a violação de qualquer direito fundamental do arguido e concluindo-se que será “a possibilidade de dispensa que terá que ser determinada por despacho fundamentado, não a recolha”. No mesmo sentido parece ir o Acórdão do TRE¹⁰⁰, de 15/05/2012.

Tendemos a concordar com a posição do TRP quando se afirma, no Acórdão supramencionado, que “se dos factos e da personalidade do arguido não se vislumbram indícios de perigo de *continuação de atividade criminosa* nem de uma *tendência criminosa*, nem se vislumbram *outros receios* que permitam inferir a necessidade de recolha e conservação desses dados de ADN, a mesma não é justificada pelo que não deve ser ordenada”.

⁹⁷ Processo n.º 453/13.7TDEV.R.E1.

⁹⁸ Processo n.º 1805/09.2T3AVR.P1.

⁹⁹ Processo n.º 241/11.5JELSB.L1-5.

¹⁰⁰ Processo n.º 351/08.6TAPT.G.E1.

CONCLUSÃO

Aqui chegados, é tempo de proceder a uma síntese das conclusões intercalares que fomos elencando ao longo do presente estudo.

A designada *prova por ADN* é, nos dias de hoje, uma realidade já sedimentada na descoberta da verdade material e, em virtude dos incontáveis e meritórios avanços dos métodos científicos e tecnológicos, um meio de prova indelutavelmente fidedigno. Perante tal constatação, começámos por descortinar a importância do ADN na investigação criminal, fazendo uma breve resenha sobre a evolução da harmonização das técnicas genéticas utilizadas na União Europeia, a fim de padronizar os métodos e, conseqüentemente, o valor atribuído aos resultados que daí advêm.

Partindo do crivo jurídico-penal de que o Ministério Público é o *dominus* da fase de inquérito, definimos como tema de investigação o papel que ao juiz de instrução cabe desempenhar na recolha de vestígios biológicos para obtenção de perfis de ADN, no decorrer de um processo-crime.

De facto, em respeito ao princípio do acusatório que subjaz ao modelo de processo penal adotado entre nós, compreendemos que a função que compete ao JIC no decorrer da fase de inquérito não poderia nunca ser outra coisa que não *pontual*, designadamente intervindo apenas quando das diligências probatórias possa resultar uma restrição dos direitos fundamentais dos arguidos. Tal sucede, como vimos, quando não há consentimento do sujeito na recolha do pedaço da sua informação genética que se julga ser essencial à investigação. Neste campo, foi particularmente importante sublinhar a importância conferida à descoberta da verdade material nos diferentes modelos históricos do processo penal, chegando à conclusão de que, atualmente, aquela não pode ser encontrada a *todo o custo*, em virtude de ao arguido ter-lhe sido atribuída a qualidade de sujeito processual, dotado, portanto, de direitos fundamentais. Contudo, estes não são absolutos, na medida em que podem ser restringidos, podendo o corpo do arguido, no interesse da investigação criminal, ser objeto de exames.

Antes de elencarmos o regime legal aplicável à prova por ADN e o problema da insuficiência normativa que se verificava antes da aprovação da Lei 5/2008, de 12 de fevereiro, procedemos, ainda na nossa *moldura teórica*, à distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova, bem como à distinção entre exames e perícias. Concluimos

que o nosso objeto de estudo constitui, simultaneamente, um meio de prova e um meio de obtenção de prova, na medida em que também comporta um exame e uma posterior perícia.

As decisões jurisprudenciais, designadamente do Tribunal Constitucional, tiveram um especial relevo no trabalho que agora se conclui.

Numa primeira análise, aquelas decisões serviram de base para a conclusão da admissibilidade constitucional da prova por ADN no nosso ordenamento jurídico, independentemente da existência, como decorre do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, de norma legal expressa a autorizar a restrição dos direitos fundamentais que com aquela prova pudessem colidir. Assim o afirmou o TC, no Acórdão n.º 155/2007, julgando, contudo, inconstitucional, os artigos 172.º, n.º 1 e, conseqüentemente, o artigo 126.º, n.º 1, 2 alíneas a) e c) e 3 do CPP, quando interpretados no sentido de dispensar a autorização do juiz para a recolha de bioamostras em arguido que recuse esse procedimento, concluindo, nesses casos, pela violação do artigo 32.º, n.º 4 da CRP.

Em segundo lugar, foi a partir dos arestos do TC que foi possível afastar a tese que defendia ser inconstitucional a restrição aos direitos fundamentais à não auto-incriminação e à integridade pessoal, entre outros. A sustentar o entendimento interno, remetemos para as decisões do TEDH na aplicação da CEDH, que confirmam, no plano dos sistemas regionais de proteção de direitos fundamentais, as conclusões homologadas pelos tribunais nacionais.

Por fim, focámo-nos concretamente na fase de inquérito e de instrução criminal no direito processual penal português e na problemática referente à recolha de ADN em suspeitos e em arguidos, fazendo a necessária distinção entre os casos em que é prestado consentimento para a recolha e naqueles em que este não se verifica. Quanto à última situação, elencámos criticamente os pressupostos a serem atendidos para que possa ser válida a prova obtida sem o consentimento do arguido.

Cientes do carácter modesto do contributo prestado ao tema em apreço, estamos em crer que a questão continuará em aberto, porquanto nestes campos, em que as sensibilidades ético-jurídicas de cada um se revelam mais evidentes, a discussão não se esgota com facilidade.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992.

_____, *Parecer apresentado ao Tribunal Constitucional no âmbito do processo n.º 695/06*, 2006.

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2017.

ASCENSÃO, José Oliveira, “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.103, janeiro-dezembro, 2008.

BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena, *Utilização das técnicas de ADN no meio jurídico*, Almedina, 2013.

BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face de Instrução”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, 2 e 3, 2008.

BRAVO, Jorge dos Reis, “Recolha de amostras, inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados”, *Colóquio «A Lei 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação da base de dados de perfis de ADN, e a investigação criminal – balanço e perspectivas»*, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes, GOMES CANOTILHO, *Parecer apresentado ao Tribunal Constitucional no âmbito do processo n.º 695/06*, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988 (reimp. 1993).

_____, *Direito Processual Penal*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos da Universidade de Coimbra, 1988-9.

_____(coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo I*, Coimbra Editora, 2012.

_____, *Direito Penal Parte Geral*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

FARIA, Paula Ribeiro de, “A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal”, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004.

_____, *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.º 1, 2006, pp.

JESUS, Francisco Marcolino de, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, Almedina, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2017.

MESQUITA, Paulo Dá, “A prova em processo penal e a identificação de perfis de ADN: da recolha para comparação directa entre amostra problema e amostra referência às inserções e interconexões com a base de dados”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 24, n.º 4, outubro-dezembro, 2014, pp.

MESQUITA, Paulo Dá, “Regime de obtenção de prova de ADN em processo penal – enquadramento normativo”, disponível em:

https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/PROVAADNComunicacao_PauloDaMesquita.pdf

MILHEIRO, Tiago Caiado, “Prova por ADN e papel do Juiz de Instrução Criminal”, Centro de Estudos Judiciários, 2014,

MONIZ, Helena, “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 - Conferências CNECV*, Coimbra, 2012.

_____, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 12, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

OLIVEIRA, José Carlos de, “Exames e Perícias: (des)construir conceitos”, Publicações Ordem dos Advogados Portugueses, 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia, “CSI – quando a ficção se torna realidade”, *Lex Medicine*, Ano 5, nº10, 2008.

_____, “A vida num Código de Barras”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volume IV, Coimbra, 2010.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa, Verbo, 2002.

_____, *Direito Processual Penal Português*, Universidade Católica Editora, volume III, 2015.

VENTURA, André, *A nova justiça internacional*, Chiado Editora, 2015.

VERDELHO, Pedro, “Técnica no Novo Código de Processo Penal: Exames, Perícias e Prova Digital”, *Revista do CEJ*, n.º 9 (Especial), 1º semestre de 2009.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional Português:

Ac. do TC n.º 23/90, de 31 de janeiro de 1990;
Ac. do TC n.º 212/93, de 16 de março de 1993;
Ac. do TC n.º 387/99, de 23 de Junho de 1999;
Ac. do TC n.º 250/02, de 4 de Junho de 2002;
Ac. do TC n.º 242/05, de 4 de maio de 2005;
Ac. do TC n.º 155/07, de 2 de março de 2007;
Ac. do TC n.º 228/2007, 28 de março de 2007;
Ac. do TC n.º 133/2007, de 24 de abril de 2007;

Tribunal da Relação de Coimbra:

Tribunal da Relação de Évora:

Ac. do TRE, Processo n.º 2837/08-01, de 16 de dezembro de 2008;
Ac. do TRE, Processo n.º 8/10.8GATVR-A.E1, de 13 de dezembro de 2011;
Ac. do TRE, Processo n.º 351/08.6TAPTG.E1, de 15 de maio de 2012;
Ac. do TRE, Processo n.º 80/13.9PBSTB-A.E1, de 11 de março de 2014;
Ac. do TRE, Processo n.º 453/13.7TDEV.R.E1, de 15 de dezembro de 2015;

Tribunal da Relação de Guimarães:

Ac. do TRG, Processo n.º 12/03.2TAFAP.G1, de 27 de abril de 2009.

Tribunal da Relação de Lisboa:

Ac. do TRL, Processo n.º 721/10.OPHSNT.L1-5, de 11 de outubro de 2011;

Ac. do TRL, Processo n.º 241/11.5JELSB.L1-5, de 5 de maio de 2015;

Tribunal da Relação do Porto:

Ac. do TRP, Processo n.º 0641683, de 13 de setembro de 2006;

Ac. do TRP, Processo n.º 0546541, de 3 de maio de 2006;

Ac. do TRP, Processo n.º 0546541.de 2 de maio de 2007;

Ac. do TRP, Processo n.º 0844093, de 10 de dezembro de 2008;

Ac. do TRP, Processo n.º 1728/12.8JAPRT.P1, 10 de julho de 2013;

Ac. do TRP, Processo n.º 298/11.9IDAVR.P1., de 9 de julho de 2014;

Ac. do TRP, Processo n.º 1805/09.2T3AVR.P1, de 15 de junho de 2016;

Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão do STJ, processo n.º 02P1391, de 5 de junho de 2002;

Processo n.º 232/16.0JAGR:

Promoção do Ministério Público;

Despacho do Juiz de Instrução Criminal;

Acusação;

DOCUMENTOS

Pareceres relativos ao Projeto de Lei n.º 484/XIII¹⁰¹:

Parecer da Comissão Nacional da Proteção de Dados, de 5 de abril de 2017.

Parecer do Conselho de Fiscalização de Base de Dados de Perfis de ADN, de 5 de abril de 2017.

Parecer do Conselho Superior de Magistratura, de 5 de abril de 2017

Parecer do Conselho da Administração da Assembleia da República, de 5 de maio de 2017.

Parecer da Procuraria-Geral da República, de 12 de junho de 2017.

¹⁰¹ Disponíveis para consulta em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=41221>