

Genética Forense – Análises de ADN, Perfis Genéticos e Direitos Fundamentais dos Arguidos

Sofia Daniela Lopes Ribeiro

Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica - Forense

Orientação: Doutor Juiz Conselheiro José Mouraz Lopes

Novembro, 2018



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Sofia Daniela Lopes Ribeiro

**Genética Forense – Análises de ADN, Perfis Genéticos e Direitos
Fundamentais dos Arguidos**

Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica-Forense apresentada à Universidade
Portugalense Infante D. Henrique para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a
Orientação do Doutor Juiz Conselheiro José Moraz Lopes

Departamento de Direito

Novembro, 2018



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Aos meus pais e avós;

À minha Maria, anjo da guarda, que me guia, desde os meus sonhos de menina.

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo amor incondicional e por me proporcionarem a oportunidade de investir na minha formação profissional;

Aos meus avós, pelo carinho e apoio no alcançar dos meus objetivos;

Aos meus tios e prima, por me acompanharem e acreditarem em mim em todos os momentos;

Ao meu orientador, Senhor Doutor Juiz Conselheiro José Mouraz Lopes, pela orientação, dedicação, disponibilidade e imprescindível ajuda na concretização desta dissertação.

*Todos temos dentro de nós uma insuspeita
reserva de força que emerge quando a
vida nos põe à prova.*

Isabel Allende

Resumo

A dissertação *Genética Forense – Análises de ADN, Perfis Genéticos e Direitos Fundamentais dos Arguidos* irá abordar a prova genética, aquando da extração de material genético dos arguidos com finalidade de se traçar um perfil genético para posterior comparação com vestígios recolhidos, passando a constar em ficheiro contido numa base de dados de perfis de ADN, permitindo alcançar-se a identificação do autor do crime ou dissipar a eventual prova.

Abordaremos os casos de recusa do arguido em ser utilizado como meio de prova na extração de ADN, realizando-se de forma coerciva, averiguando-se questões de consentimento e legitimidade do uso da força e recorrendo-se, para tanto, a decisões judiciais dos Tribunais Portugueses na admissibilidade da coercibilidade na aferição da prova de ADN em contraposição com o exercício dos direitos de defesa dos arguidos – direito ao silêncio e à não autoincriminação – princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Palavras-Chave: ADN; Arguidos; Base de Dados; Direitos; Investigação Criminal.

Abstract

The forensic genetic dissertation - DNA analyses, genetic profiles and defendants fundamental rights will approach the genetic proof by the extraction of genetic material from the defendants for the purpose of tracing a genetic profile to posterior comparison with the collected traces. This information will be included on a DNA profile's database file allowing identification of the perpetrator of the crime or dissipate the eventual proof.

We will approach defendants refusal cases being used as an evidence on DNA extraction, carried out coercively, ascertaining questions of agreement and legitimacy regarding the use of the force and using judicial Portuguese courts decisions on the admissibility of coercivity as a way to obtain the DNA proof in contraposition with the exercise of the defendants defense rights - right to silence and non self-incrimination - principle nemo tenetur se ipsum accusare.

keywords: *DNA; Defendants; Database file; Rights; Criminal Investigation.*

Índice

<i>Introdução</i>	11
<i>Capítulo I – O ADN dos arguidos para efeitos de investigação criminal</i>	13
1. Enquadramento geral	13
2. O Arguido como sujeito de processo penal	16
<i>Capítulo II – A prova de ADN no Direito Processual Penal Português</i>	20
1. O ADN.....	20
1.1. ADN Codificante e ADN Não Codificante	21
1.2. Produção de prova: prova de ADN e prova pericial.....	22
1.3. Valor probatório da prova de ADN	25
2. A proteção dos direitos fundamentais dos arguidos quanto à produção e valoração da prova de ADN	28
2.1. Os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos	28
2.1.1. A dignidade da pessoa humana	28
2.1.2. O direito à integridade pessoal	30
2.1.3. O direito à reserva da intimidade da vida privada.....	32
2.1.4. O direito à autodeterminação informacional	33
3. Análises de ADN – recolha de material genético.....	35
3.1. Recolha de material genético em arguidos	35
3.2. Recolha de material genético em condenados.....	37
3.3. Recolha de material genético em terceiro voluntário	37
3.4. Intervenções corporais consentidas – consentimento informado	38
3.5. Intervenções corporais não consentidas	41
3.5.1. Recolha coerciva de material genético	45
3.5.1.1. Princípio in dubio pro reo.....	56
3.5.1.2. Direito ao silêncio e à não autoincriminação – princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	57
4. Restrição dos direitos fundamentais dos arguidos e a sua admissibilidade.....	63

<i>Capítulo III – Base de dados de perfis de ADN</i>	66
1. Base de dados de perfis de ADN para identificação civil e identificação criminal – Lei nº 5/2008, de 12 fevereiro	66
2. Análises, obtenção de perfis e admissibilidade de cruzamento de dados.....	68
<i>Conclusão</i>	73
<i>Bibliografia</i>	79
<i>Jurisprudência</i>	83

Lista de Abreviaturas

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

ART. - Artigo

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

INML – Instituto Nacional Medicina Legal

M. P. – Ministério Público

Nº - Número

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PROC. – Processo

Introdução

O fenómeno da globalização e da criminalidade geram desafios no âmbito do Direito Penal proclamando uma punição mais eficaz aos agentes infratores e uma maior intervenção estatal. O presente trabalho incidirá sobre a constituição de uma base de dados de perfis genéticos contendo informações alusivas a arguidos e condenados que contribuirá para a prevenção e repressão no combate ao crime.

Na sociedade globalizada ou de risco *o criminoso é considerado como alguém que pela sua posição, forma de vida ou pertença a organização criminosa se exclui do direito de forma duradoura e por isso não deve ser tratado como cidadão, mas como inimigo, sendo limitadas as garantias processuais dos suspeitos e arguidos.*¹

Todavia, não é esta a conduta adotada pelo nosso sistema Processual Penal Português que colocará em prática, em cada caso de criminalidade e violação de normas, um conjunto de garantias específicas na descoberta da verdade, regendo-se sempre pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana sujeita ao processo. A inter-relação da Ciência Forense e do Direito trouxe relevantes inovações no âmbito do processo penal em matéria probatória, auxiliando a justiça criminal na resolução de casos concretos, tendo os contributos dos desenvolvimentos da genética forense, como a descoberta do genoma humano e as especificidades e potencialidades do ADN, vindo a constituir um novo meio (obtenção) de prova capaz de auxiliar na resolução de um delito criminal, como forma de aferir a identificação do autor de um crime ou de ilibar um inocente – a prova de ADN.

A presente dissertação centra-se no estudo de algumas questões relacionadas com a prova genética no Direito Processual Penal, utilizadas na investigação criminal na resolução de casos, como sendo uma prova forense viável e de fácil acesso na identificação de um determinado indivíduo, procedendo-se à extração do seu material genético.

¹ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto* – Vol. I, p. 37

Primeiramente, far-se-á uma breve referência ao conceito de ADN, revelando quais as suas especificidades e conseqüentemente, proceder-se-á à explanação precisa de conceitos científicos.

De seguida, passar-se-á a uma abordagem quanto ao modo de produção e valoração deste meio de prova e a inerente proteção dos direitos fundamentais dos arguidos que, estando obrigados à sujeição de exames previstos nos artigos 171º e 172º do CPP, para posterior análise do seu ADN, através de uma perícia, de forma a obter-se a prova de ADN com a finalidade de se traçar um perfil genético do arguido, veem alguns dos seus direitos, liberdades e garantias limitados ou restringidos: direito à integridade pessoal; direito à reserva da intimidade da vida privada; direito à autodeterminação informacional. O estudo incide numa descrição relativa aos problemas mais relevantes suscitados pela recolha coerciva de material genético dos arguidos, quando estes se recusam perentoriamente à realização de tal exame e posterior análise, averiguando-se até que ponto será legítimo democraticamente o “uso da força”, recorrendo-se a casos jurisprudenciais e a possibilidade de o arguido exercer plena e eficazmente o seu direito de defesa: princípio *in dubio pro reo*, direito ao silêncio e à não autoincriminação – Princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* em que *não é humanamente exigível que qualquer pessoa contribua para a sua condenação*.²

Abordar-se-á a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, criada pela Lei nº5/2008 de 12 fevereiro, qual o seu modo de processamento e contributo na realização da justiça criminal. Assim, daremos início ao estudo do *ser humano, como organismo condicionado genética e biologicamente e como portador de dignidade humana, isto é, como criatura ética*³, onde se terá em conta no âmbito probatório que o *processo penal não visa descobrir a verdade material a todo o custo, mas sim alcançar uma verdade material que seja também processualmente válida, obtida com respeito pelos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo*.⁴

² SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto – Vol .I*, p. 95

³ MARQUES, J.P. Remédio. *Patentes de Genes Humanos ?*, p.101

⁴ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p.259

Capítulo I – O ADN dos arguidos para efeitos de investigação criminal

1. Enquadramento geral

Na sociedade globalizada, as novas formas de criminalidade como o combate ao terrorismo e à criminalidade organizada tornam-se preocupações constantes num Estado legitimado democraticamente apelando a estratégias mais reforçadas de segurança que se traduz numa das tarefas prioritárias e imprescindíveis para uma boa harmonização da paz social entre os cidadãos.

Laura Zuñiga Rodríguez afirma que *cada sociedade produz a sua própria criminalidade e isto é assim porque o fenómeno criminal é um produto de cada sociedade marcada por coordenadas sociais e históricas.*⁵

Os mecanismos estabelecidos no Estado de Direito para alcançar as devidas respostas institucionais no combate ao crime em prol das exigências de segurança terá de comprometer vários direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente o direito à privacidade. Os cidadãos quando enveredam por atividades criminosas passam por processos punitivos mas são sempre portadores de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, sendo que aqueles mecanismos de repressão ao crime contendem, muitas das vezes, com o exercício dos seus direitos. O indivíduo, inserido na sociedade, é um sujeito e não um objeto, qualidade concedida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrado no artigo 1º da CRP e como tal terá de ser respeitado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio estruturante de um Estado de Direito Democrático, confere ao homem o direito à vida, consagrado no artigo 24º da CRP e de ser portador de uma identidade pessoal, inequívoca, que se traduz num direito tutelado pela Constituição da República Portuguesa, preceituado no seu artigo 26º nº1, consubstanciado no desenvolvimento da sua personalidade, capacidade civilística, honrar o seu bom nome, a sua palavra, a sua imagem e de acautelar a sua vida privada e familiar de modo a que haja uma reserva colocada por si, de não intromissão abusiva nas suas relações para com os outros. O direito a uma identidade pessoal traduz-se em

⁵ RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, p.71

conhecer o nosso património genético, sendo ao mesmo reconhecido o direito à identidade genética.

O direito à identidade genética está regulado no artigo 26º nº 3 da CRP, como um direito que o indivíduo tem do seu património genético quanto à criação e utilização de tecnologias e experiências científicas, sendo Portugal dos primeiros países Europeus a dar o seu contributo para ser decretado constitucionalmente este direito.⁶

O homem, como ser individualizante que é, no seu ADN tem contida toda a sua informação genética, armazenada nos genes, o que o permite diferenciá-lo de todas as restantes pessoas no mundo. Cada ser humano é único, portador de características genéticas inigualáveis. Contudo, os indivíduos gémeos homozigóticos ou também designados de univitelinos são os únicos que contêm o mesmo ADN, sendo por isso possível e passível de ser utilizado para fins de investigação criminal o recurso ao método lofoscópico, pois variam sempre de pessoa para pessoa, não coincidindo.

O ADN contém assim o nosso material genético, ou seja, toda a informação genética de que somos portadores, não sofrendo alterações durante toda a nossa vida, mantendo-se estável, desde que nascemos até morrermos.

Dadas estas particularidades, podemos, desde logo, ter a consciência que o ADN, mais concretamente a prova de ADN, é um instrumento de extrema importância no auxílio à investigação criminal, como meio para determinar se o autor de um alegado crime é ou não essa pessoa e permitir-nos averiguar como tal facto criminoso ocorreu.⁷

Manuel Monteiro Guedes Valente considera a Investigação Criminal como *um meio de realização do Direito nas prossecuções de defesa da Sociedade, que tem o direito de viver em segurança e numa ordem social e internacional que lhes garanta a efetivação plena dos direitos e liberdades*.⁸

⁶ OLIVEIRA, Patrícia Alexandra Domingues. “Terapia Genética Somática e Germinal Terapêutica no Âmbito da Ordem Jurídico-Penal”. In ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. *Direito Penal Hoje - Novos Desafios e Novas Respostas*, p.274

⁷ GUIMARÃES, Ana Paula. *A Pessoa Como Objeto de Prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à Luz da Dignidade Humana*, p. 136

⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal, Comentado e Anotado*, p. 53

A investigação criminal, tutelada pela autoridade judiciária, é levada a cabo pelos órgãos de polícia criminal, que tem o seu campo de atuação circunscrito à prevenção no combate ao crime, sendo que a CRP no artigo 272º n° 3 salienta que tal prevenção *só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.*

A Lei n° 49/2008, de 27 de agosto, rege a organização da investigação criminal, preceitua no seu artigo 1º que *a investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas no âmbito do processo.* A sua génese está na prossecução de levar a cabo diligências necessárias à recolha de provas, que possuem um carácter real ou pessoal - a prova real recai sobre objetos do crime e os utilizados na prática do crime, que terão de ser descobertos, para posteriormente se proceder à sua recolha, examinação e conservação, de modo a alcançar-se uma interpretação, enquanto que as provas pessoais são constituídas pelos autores do crime e suas testemunhas, passando-se por um processo de localização e de contacto.⁹

A panóplia de métodos utilizados na descoberta da verdade material por parte dos OPC na investigação criminal é a mais diversificada, daí ser relevante a preferência pela prova de ADN, dado o seu carácter individualizante, não raros casos de exceção como inicialmente referenciados (gémeos homozigóticos ou univitelinos), em que o processo passa pela recolha de amostras de material genético, como fluídos, presentes no local do crime e vestígios humanos que estejam direta ou indiretamente ligados à prática de um crime¹⁰ para posterior comparação com os perfis de ADN já existentes na base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, tutelada pela Lei n° 5/2008, de 12 de fevereiro, posteriormente alterada pela Lei n° 40/2013, de 25 de junho, de modo a poder-se chegar à identificação dos seus agentes.

⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal, Comentado e Anotado*, p. 52

¹⁰ COLAÇO, Fernando Viana da Cruz Cardoso. *O ADN e a sua Relevância na Investigação Criminal*. [Online]. Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa: CEDIS Working Papers, 2015. [Consultado em 8-02-2018], p.13-14 . Disponível em: <[http://www.academia.edu/35333122/O ADN e a sua relev%C3%A2ncia na investiga%C3%A7%C3%A3o criminal](http://www.academia.edu/35333122/O_ADN_e_a_sua_relev%C3%A2ncia_na_investiga%C3%A7%C3%A3o_criminal)>. Sem ISBN.

Os avanços na ciência, sobretudo na genética forense, têm dado um grande auxílio à investigação criminal, cuja finalidade visa averiguar quais os agentes do crime, para se alcançar a verdade material. No entanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio basilar de todo este campo de atuação, na medida em que toda a investigação terá de ser realizada com respeito pelos direitos constitucionalmente protegidos dos arguidos, não podendo ser utilizados métodos abusivos, pois este princípio é de valor supremo, podendo sobrepor-se ao princípio da verdade material¹¹, sendo acompanhado pelo princípio da lealdade e obrigando, desta forma, a atividade cooperativa desenvolvida pelos OPC com o Ministério Público a respeitarem os direitos humanos, no âmbito do exercício da ação penal.¹²

2. O Arguido como sujeito de processo penal

O Direito Penal e o Direito Processual Penal estão ao dispor da comunidade, no sentido de que o primeiro se digna a ordenar os comportamentos das pessoas que vivem em sociedade de forma a proteger bens jurídicos pessoais, prevendo sanções para os comportamentos lesivos desses mesmos bens, e o segundo disciplina a atividade processual averiguando e decidindo se certas condutas são qualificadas como crime, passando pela aplicação de uma sanção criminal aos infratores.¹³ O Direito Processual Penal é *o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do direito penal aos casos concretos*¹⁴, sendo o processo uma *sequência de atos juridicamente preordenados praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respetivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação*.¹⁵

¹¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal, Comentado e Anotado*, p. 30

¹² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal, Comentado e Anotado*, p. 31-32

¹³ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto- Vol. I*, p. 17

¹⁴ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto- Vol. I*, p. 13

¹⁵ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto- Vol. I*, p. 19

Ao longo de várias décadas, o Direito Processual Penal Português passou por várias reformas quanto ao seu regime, onde o modelo inquisitório se encontrava enraizado e a posição do arguido era a de mero objeto de investigação com capacidade defensiva muito restringida, tendo sido a CRP de 1976 e o CPP de 1987¹⁶ um marco histórico, possibilitando a abertura de um modelo de processo com estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação¹⁷, existindo a separação do órgão que investiga (Ministério Público), do que julga (Juiz), modelo atualmente vigente no nosso direito processual, conferindo ao arguido o seu estatuto como sujeito processual.

O Código de Processo Penal de 1929 definia arguido como *aquele sobre quem recai forte suspeita de ter perpetrado uma infração, cuja existência está suficientemente comprovada*.¹⁸ Na vigência do nosso CPP atual não existe uma definição exata, preceituando o artigo 57º nº 1 que *assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal*, sendo que poderá recair sobre um suspeito ou agente indeterminado qualquer atividade investigatória quando exista indícios de que houve o cometimento de algum crime ou que nele tenham participado, daí que o artigo 59º nº 2 do CPP dá a possibilidade de *a pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime tem direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido sempre que tiverem a ser efetuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afetem*. A lei dá esta possibilidade ao suspeito, *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*¹⁹, de vir a constituir-se arguido no processo quando considere estarem a ser realizadas diligências probatórias que afetem a sua pessoa, como é o caso de se sujeitar a exames. Assim, a constituição de arguido no processo não opera de forma automática, sendo feita por autoridade judiciária competente ou órgão de polícia criminal, tendo

¹⁶ JACINTO, F. Teodósio. Colóquio Direito Penal e Processo Penal. *O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito* [Online]. Supremo Tribunal de Justiça 3-06-2009.[Consultado em 19-02-2018], p.6-7. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf>

¹⁷ LOPES, José Mouraz. *Garantia Judiciária no Processo Penal – Do Juiz e da Instrução*, p.12

¹⁸ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, p.38

¹⁹ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto- Vol. I*, p.298

como momento crucial a distinção entre suspeito e arguido, de forma a conceder a este o estatuto de sujeito processual.

O arguido como sujeito processual é portador de personalidade judiciária que consiste na suscetibilidade de ser titular de direitos e de deveres e de capacidade judiciária como a suscetibilidade para estar, por si, em juízo no processo.²⁰

Nesta conceção de ser titular de direitos e submetido a deveres processuais conferidos pelo artigo 60º do CPP, o arguido tem o dever de sujeitar-se a diligências probatórias, admissíveis no artigo 61º nº 2 alínea d) do CPP, nomeadamente, sujeição à realização de exames previstos no artigo 171º e 172º do CPP, sendo utilizado como meio de prova no processo.

A prova no processo está regulada no artigo 125º do CPP onde vigora o princípio da legalidade da prova sendo admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei, estabelecendo o CPP no seu artigo 126º os métodos proibidos de prova considerando que *são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem no seu artigo 3º consagra a inadmissibilidade da prova mediante o recurso a estes métodos preceituando que *ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes*.

Da sujeição do arguido a exames, apenas são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei, conforme referimos, tendo o direito de ser informado sobre os factos que lhe são imputados e quais os seus direitos sobre os quais seja obrigado a comparecer em virtude da qualidade que assume no processo, exercendo o direito ao silêncio como forma do seu direito de defesa, quando contribua como meio de prova, gozando do princípio de presunção de inocência e inerente respeito pela decisão da sua vontade.

O princípio da presunção de inocência do arguido está constitucionalmente consagrado no artigo 32º nº 2 da CRP, e internacionalmente no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 14º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e artigo 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como sendo um direito,

²⁰ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto*- Vol. I, p.308-309

conforme afirma Germano Marques da Silva *que assume relevância prática no processo penal num duplo plano: no tratamento do arguido no decurso do processo e como princípio de prova.*²¹

O princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido impõe a proibição de provas que sejam obtidas com recurso à tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral, abusiva intromissão da vida privada, domicílio, correspondência ou telecomunicações e direito a um processo equitativo (artigo 38º nº 8 CRP e artigo 126º CPP),²² evidenciando-se desta forma o respeito pelos direitos fundamentais como condição para um processo justo fundado na garantia da dignidade da pessoa humana como é o Direito Processual Penal, onde a prossecução da finalidade deste na busca da realização da justiça para se alcançar a descoberta da verdade material impõe limitações quanto ao modo de obtenção de prova.

Figueiredo Dias considera que o arguido pode ser um meio de prova em sentido material *através das declarações prestadas sobre os factos* e em sentido formal *na medida em que o seu corpo e o seu estado corporal podem ser objeto de exames*²³ e ainda que *a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade, pois só no exercício de uma plena liberdade de vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objeto do processo.*²⁴

²¹ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português - Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto* - Vol. I, p. 319

²² ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, p.42

²³ JESUS, Francisco Marcolino de. *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, p.143

²⁴ DIAS, Figueiredo *cit. por* JESUS, Francisco Marcolino de. *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, p.143

Capítulo II – A prova de ADN no Direito Processual Penal Português

1. O ADN

O Ser Humano, tal como todos os seres vivos é composto por células, sendo estas a unidade básica da vida. No núcleo de cada célula está contido o ADN, designado como Ácido Desoxirribonucleico, portador de toda a nossa informação genética, presente nos genes que se localizam nos cromossomas, sendo estes a forma resumida da molécula de ADN, herdados de ambos os progenitores, compondo assim o chamado Genoma Humano.

O Genoma Humano é *o conjunto de todo o material genético contido nos cromossomas de cada organismo, sabendo-se que todas as células desse organismo contém essa informação (ADN).*²⁵

O Ácido Desoxirribonucleico é *um composto orgânico cujas moléculas contém as informações genéticas que coordenam o desenvolvimento e o funcionamento de todos os seres vivos.*²⁶ É, assim, o suporte de toda a informação genética, intervindo na atividade celular, transmitindo a informação genética de geração em geração, tendo, em 1953, James Watson e Francis Crick abordado a forma estrutural do ADN, contribuindo para a compreensão deste fenómeno que é a hereditariedade.

O carácter individualizante do ADN está presente em cada um de nós, como um fator de identificação pessoal, mantendo-se inalterável ao passar do tempo e sendo o reportório de toda a nossa informação genética. Permite-nos designarmo-nos como seres únicos e inigualáveis comparativamente com outros indivíduos, pois o mesmo ADN difere de pessoa para pessoa, com a exceção dos gémeos homozigóticos ou univitelinos que possuem o mesmo tipo de ADN, tendo de se recorrer à utilização da impressão digital genética, como fator diferenciador entre eles.

²⁵ GUIMARÃES, Ana Paula. *A Pessoa como Objeto de Prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à Luz da Dignidade da Pessoa Humana*, p.133

²⁶ GOMES, Miriam; REBOLEIRA, Nuno. Determinação do Perfil genético de um indivíduo a partir da recolha de material biológico proveniente do invólucro de munições de armas de fogo após o disparo. *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses – Investigação Criminal*. Junho 2012, Nº 3, p.262. ISSN 1647-9300.

1.1. ADN Codificante e ADN Não Codificante

A molécula de ADN transporta a nossa informação genética, alojada nos genes que se apresentam na forma de cromossomas que está no núcleo de cada célula permitindo a divisão entre regiões de ADN codificante e não codificante.

O ADN codificante contém informação genética de natureza hereditária específica, como cor dos olhos, cabelos, cor da pele, estrutura física de um indivíduo bem como as características inerentes à sua personalidade e particularidades comportamentais.²⁷ Este evidencia predisposições hereditárias complexas, como a propensão para o surgimento de determinadas doenças, revelando factos propícios de gerar problemas ético-jurídicos, por entrar na esfera da vida privada.

O ADN não codificante não evidencia informação genética relevante de natureza hereditária do indivíduo, apenas serve para determinar a identificação de indivíduos, a sua identidade e sexo. Este processo de identificação para efeitos de investigação criminal faz-se mediante comparação de uma cadeia de ADN proveniente da recolha de uma amostra no local do crime com o ADN de um suspeito.²⁸

O Genoma Humano, sendo a *base de unidade fundamental de todos os membros da família, bem como da inerente dignidade e diversidade*²⁹, é constituído por 95% de ADN não codificante e 5% de ADN codificante.³⁰

A distinção entre estas regiões codificantes e não codificantes é de extrema importância, na medida em que só um deles poderá ser utilizado no domínio da genética forense, devido às características peculiares que evidencia, tendo Alec Jeffrey, em 1985, localizado certas especificidades no ADN não codificante no auxílio a várias áreas científicas.³¹

²⁷ GUIMARÃES, Ana Paula. *A Pessoa Objeto de Prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à Luz da Dignidade da Pessoa Humana*, p.140

²⁸ NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armazenamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*, p.12

²⁹ UNESCO, *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem*. [Consultado em 4-04-2018]. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>

³⁰ NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armazenamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*, p.11-12

³¹ GUIMARÃES, Ana Paula. *A Pessoa Objeto de Prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à Luz da Dignidade da Pessoa Humana*, p.140

Neste caso, só o ADN não codificante poderá ser objeto de análise no recurso à investigação criminal como elemento identificativo de uma pessoa, devido a não evidenciar predisposições genéticas específicas, não entrando, assim, na esfera do direito à reserva da intimidade da vida privada.³² A extração e análise pericial do ADN para traçar-se um perfil genético do arguido necessário para posterior comparação com os vestígios colhidos no local do crime acaba por delinear o âmbito desse exame que fica apenas restringido à análise de determinados marcadores de ADN excluindo a possibilidade de análise do material biológico suscetível de obter informação hereditária específica, apenas sendo possível alcançar-se com a referida análise a identificação do autor, restringindo-se nessa medida ao ADN não codificante.

1.2. Produção de prova: prova de ADN e prova pericial

O sistema de justiça penal necessita da utilização do corpo humano, idóneo a estabelecer uma identidade pessoal para se aferir um certo grau de certeza na responsabilização penal e constituindo o próprio fonte de informação criminalística. Assim, como afirma Maria Fátima Pinheiro *os corpos transformam-se em “códigos” e funcionam como passwords*.³³

A obtenção da prova de ADN acarreta a recolha de material genético do suspeito/arguido, extraindo-se a sua informação genética, com o intuito de posterior comparação com um determinado perfil genético cuja obtenção teve lugar na recolha de amostras biológicas recolhidas no local do crime ou na vítima. A comparação com outros perfis genéticos poderá evidenciar um resultado de exclusão, ou seja, não coincidirem os perfis objeto de comparação ou, pelo contrário, atingir-se a coincidência entre os perfis. Nesta última situação, o resultado terá de passar pela emissão de um relatório técnico, de modo a inserir-se, interpretar-se e valorar tal fonte de prova obtida.

As amostras biológicas recolhidas e analisadas são fluídos corporais, como sangue, sémen, saliva, pele, cabelos, unhas entre outro material genético presente no corpo humano, sendo de evidenciar a saliva, presente muitas vezes no contacto entre suspeito/arguido e vítima, que levará à técnica da zaragatoa bucal, muito utilizada e

³² PINHEIRO, Maria Fátima. *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça*, p.46-47

³³ PINHEIRO, Maria Fátima. *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça*, p.6-7

método de extrema controvérsia na doutrina e jurisprudência, abordado infra noutro capítulo.

O modo de produção e valoração desta prova está circunscrito a uma panóplia de normas cujo conteúdo de análise relevante é necessário para se alcançar a matéria que nos propusemos estudar, tais como: Constituição da República Portuguesa, Código Processo Penal, nomeadamente, perícias e exames (artigos 151º a 163º e artigos 171º a 173º), a Lei nº 5/2008 de 12 fevereiro – Base de Dados de Perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, Lei nº 45/2004 de 19 agosto – Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses, tendo ainda contributos relevantes a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.³⁴

Os exames estão regulados nos artigos 171º a 173º do CPP, onde *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*, conforme preceitua o nº 1 do artigo 171º do CPP e constituem verdadeiros meios de obtenção de prova.

O artigo 172º nº 1 preceitua que, *se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente*, remetendo o nº 2 do mesmo artigo, para os artigos 154º nº3 e 156º nº 6 e nº 7 CPP, atinente à prova pericial. Aqui, está evidenciado, que tal norma suscita problemas de índole doutrinal e jurisprudencial, pois na opinião de Figueiredo Dias *os exames e as perícias são como um verdadeiro meio de coação processual* na medida em que existe a coação imposta ao suspeito/arguido de ter de contribuir para a sua autoincriminação prescindindo do direito ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, colidindo, desta forma, com a sua integridade física ou moral, tendo de se ter em conta que tal meio de obtenção de prova proibida está

³⁴ MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 Junho 2014 CEJ [Consulado em 20-04-2018], p.2, Vila do Conde. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20juiz%20de%20instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

consagrada no artigo 126º do CPP.³⁵ O nº 1 do artigo 173º CPP estabelece que a autoridade judiciária competente ou o OPC poderá pedir a certas pessoas o seu não afastamento do local do crime enquanto não se realizar o término do exame e a sua presença se revelar indispensável ao mesmo, legitimando o legislador o uso da força pública, sempre que tal pessoa não colabore com tal conduta, de modo a não obstar qualquer dificuldade na realização do mesmo e 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*, de acordo com o nº 3 do artigo 172º do CPP.

Sónia Fidalgo considera, então, que *a finalidade do exame é fixar documentalmente ou permitir a observação direta pelo tribunal de factos relevantes em matéria probatória*.³⁶

As perícias encontram-se reguladas nos artigos 151º a 163º do CPP e terão sempre lugar quando a *perceção ou apreciação dos factos exigem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos*, de acordo com o artigo 151º do CPP. São realizadas em *estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado*, como legitima o nº 1 do artigo 152º CPP, sendo *ordenada, oficiosamente ou através de requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder*, conforme estipulado no nº1 do artigo 154º do CPP. Sempre que a perícia verse sobre as características físicas ou psíquicas das pessoas que não tenham dado o seu consentimento, terá de ser o juiz, através de um processo de ponderação da necessidade da mesma, a proferir despacho que autorize, tendo sempre em conta o *direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado*, de acordo com o nº 3 do mesmo artigo. Será competente para a realização da mesma, *médico ou outra pessoa legalmente autorizada* não podendo tal conduta colocar em perigo a saúde do visado, estipulado no artigo 156º nº 6 do CPP.

Dado o enquadramento legal, surge a pertinente questão: no âmbito da recolha de ADN, as intervenções corporais para efeitos de prova científica no processo penal configuram-se em Análises de ADN, Exames de ADN ou Perícias de ADN?

³⁵ OLIVEIRA, José Carlos. *Exames e Perícias: (Des)Construir Conceitos*. [online]. 4 fevereiro 2016 [Consultado em 12-04-2018], p. 14, Lisboa - Salão Nobre da Ordem dos Advogados. Disponível em: <<https://www.oa.pt/upl/%7Be47a3007-21e4-4d94-a4c4-d261fdce7ece%7D.pdf>>

³⁶ FIDALGO, Sónia. "Determinação do Perfil Genético como meio de Prova em Processo Penal". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, Nº 1, 2006, p.135

Guilherme de Oliveira considera *os testes de ADN que pesquisam a identificação das pessoas incluem-se na categoria tradicional das provas periciais e são conduzidos através do método de exame.*³⁷

Benjamim Silva Rodrigues afirma que *os ditos “exames genéticos”, são, de facto e legalmente, verdadeiras perícias já que não é possível afirmar o perfil genético sem elevados conhecimentos técnicos e científicos.*³⁸

Marta Maria Maio Madalena Botelho afirma que *o exame é um meio de obtenção de prova, que visa a deteção de vestígios, a qual exige especiais conhecimentos científicos,*³⁹ considerando, Vera Lúcia Raposo que *uma vez que se trata de vestígios biológicos, não podem estes ser analisados por qualquer leigo, mas apenas por quem disponha de conhecimentos para tal.*⁴⁰

É do nosso entender partilhar a opinião da doutrina citada em estarmos perante uma recolha ou extração de material biológico através do método de exame para posterior análise com a finalidade de se traçar um perfil genético do arguido, sendo que esta finalidade requer conhecimentos técnicos científicos ou artísticos, entrando no campo da prova pericial. Por isso, entende-se configurar uma verdadeira Perícia de ADN.

1.3. Valor probatório da prova de ADN

Entrando no âmbito da natureza jurídica da prova genética e considerando estarmos perante perícias de ADN, em consonância com o consagrado na Lei nº 5/2008, de 12 fevereiro, no seu artigo 13º nº 4 quando estabelece que *a obtenção de perfis de ADN e os resultados da sua comparação constituem perícias válidas em todo o território nacional*, este meio de prova, a prova pericial, presume-se subtraída à livre apreciação do julgador, por força do artigo 163º nº 1 do CPP. Trata-se de uma prova vinculada

³⁷ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. “Implicações Jurídicas do conhecimento do Genoma”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 128, Nº3860, 1996, p.328

³⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN ? Controlo de Velocidade, Álcool e Substancias Psicotrópicas – Tomo I*, p.71

³⁹ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 222

⁴⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. “CSI – Quando a Ficção se torna Realidade”. *Lex Medicinæ*, Ano 5, Nº 10, 2008, p. 87

constituindo uma exceção ao princípio da livre apreciação da prova contida no artigo 127º do CPP ⁴¹, pois no caso de estarmos perante uma prova pericial passível de revelar conteúdos fornecidos pela extração ou recolha de ADN, o juiz não a pode apreciar livremente, visto que, o parecer pericial contendo um juízo técnico, científico ou artístico constitui um limite ao exercício da sua apreciação. Em caso de discordância com os resultados periciais, o juiz terá de fundamentar com base em argumentos da razão lógica e com base em conhecimentos técnicos e científicos, pelo menos de igual valor, tais contradições. ⁴²

A consideração deste meio de prova como extremamente fiável, visto que permite a identificação do autor de um crime, na verdade, também poderá permitir a ilibação de um inocente. O que se prova é que a pessoa esteve ou passou pelo local do crime, podendo não ser a autora deste, se tal local for de acesso livre ao público, o que levará a ter de se considerar todos os factos relevantes e variáveis no modo como serão inspecionados. Em termos probabilísticos, a prova de ADN não poderá ser tida como plenamente eficaz em detrimento de outros meios de prova, pois esta nunca deverá ser apreciada de forma isolada, tendo sempre de ser apreciada pelo tribunal em conjugação com outras provas carreadas para o processo. ⁴³

No entanto, como afirma Marta Maria Maio Madalena Botelho *nem tudo o que é cientificamente possível deve ser tido como processualmente aceitável*. ⁴⁴

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 32º nº 8 considera serem *nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondências ou nas telecomunicações*, estipulando o Código de Processo Penal no seu artigo 126º que estes se circunscrevem a métodos proibidos de prova, em que, todas as provas obtidas

⁴¹ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 224

⁴² GUIMARÃES, Ana Paula. *A Pessoa Objeto de Prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à Luz da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 214

⁴³ COSTA, Susana; NUNES, João Arriscado; MACHADO, Helena. ““Politica Molecular”, “Crime” e “Cidadania Genética” em Portugal”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Nº 57/58 Junho/Novembro 2000, p. 298

⁴⁴ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 230

por estes meios terão como consequência a sua não utilização e valoração de acordo com o seu nº 1.

O 126º nº 2 do CPP enuncia de forma taxativa quais as provas que são obtidas mediante ofensas à integridade física ou moral da pessoas mesmo com o seu consentimento, como são alguns casos de: *perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, utilização de meios enganosos; utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; perturbação por qualquer meio de capacidade de memória ou de avaliação ou promessa de vantagem legalmente inadmissível.*

Assim, averigua-se que a prova obtida mediante os métodos taxativos do nº 2 do artigo 126º CPP será considerada nula e por isso não suscetível de ser admitida.

No caso de ser obtida prova, fora os casos do nº 2 deste artigo, teremos de averiguar se houve ou não consentimento do visado, sendo que quando estivermos perante uma recolha no corpo de uma pessoa de uma amostra biológica sem o seu consentimento, esta será nula, visto que foi obtida através de uma violação à sua integridade física. No caso de haver consentimento, já não se poderá considerar um método proibido de prova.⁴⁵

Costa Andrade, em reação aos exames ou perícias de ADN, considera estarmos perante situações que não são fáceis de decidir quanto está em causa a admissibilidade de estes serem coativamente impostos ou quando se entra no campo da inadmissibilidade auto incriminação coerciva, ponto de relevo no nosso estudo, que iremos posteriormente abordar.⁴⁶

⁴⁵ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 217-218

⁴⁶ ANDRADE, Costa *cit. por* ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando. *Os Tribunais as Polícias e o Cidadão – O Processo Penal Prático*, p. 192

2. A proteção dos direitos fundamentais dos arguidos quanto à produção e valoração da prova de ADN

2.1. Os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos

A Constituição é fonte do Direito Processual Penal e *os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.*⁴⁷

A prova de ADN, quanto ao seu modo de obtenção e valoração, poderá colidir com direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos ao suspeito/arguido.

O Juiz de Instrução e de Julgamento são os únicos que garantem a sua intervenção na restrição dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, tendo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem um papel relevante, ao referir nos seus artigos 5º e 6º, como afirma José Mouraz Lopes que *só o juiz pode intervir no processo penal, na fase de investigação, para controlar a regularidade dessa investigação, para restringir direitos fundamentais, quer aplicando medidas coativas quer autorizando atos investigatórios que violem direitos fundamentais, quer mesmo para controlar a remessa do processo à fase subsequente de julgamento.*⁴⁸

2.1.1. A dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está constitucionalmente consagrado no artigo 1º da CRP onde se reconhece que *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*

Costa Andrade considera que *a dignidade da pessoa humana é o princípio-limite contra qualquer forma de totalitarismo, inclusive científico e médico. A pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais.*⁴⁹

⁴⁷ PORTUGAL – Constituição da República Portuguesa – Artigo 16º nº 2. Lisboa: Rei dos Livros, 2011.

⁴⁸ LOPES, José Mouraz. *Garantia Judiciária no Processo Penal – Do Juiz e da Instrução*, p.22

⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. *Direito Penal Hoje – Novos Desafios e Novas Respostas*, p.269

A realização das perícias de ADN está intrinsecamente ligada a este princípio, na medida em que as intervenções corporais, seja através da extração de sangue, cabelos, saliva entre outros, podem colidir com vários direitos fundamentais, pois constituirão verdadeiras intromissões no corpo da pessoa, na medida em que terá de se averiguar se tal conduta será lesiva ou não da sua dignidade.

Remédio Marques afirma que *é a pessoa como um todo à qual é admitida dignidade. Esta perspetiva de dignidade pode ser transferida para as partes destacáveis do corpo humano.*⁵⁰

O artigo 172º nº 1 do CPP refere que *se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido (...) pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente, estabelecendo o nº3 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.* No caso de se realizarem perícias sobre as características físicas ou psíquicas das pessoas, verifica-se que será da competência do juiz ponderar a necessidade de tal realização, tendo sempre que ter em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

Tal princípio mais não releva, como afirma Reis Novais, que *do reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre o reconhecimento do poder de a pessoa dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida, incluindo aí o poder de se vincular ao não exercício ou invocação de uma posição de direito fundamental, desde que tal não anule ou destrua as condições futuras de autodeterminação e de livre desenvolvimento da sua personalidade. O consentimento do interessado é, assim relevante para efeitos de relativização do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possa ser invocado como poder de disposições sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais.*⁵¹

⁵⁰ MARQUES, J.P. Remédio. *Patentes de Genes Humanos?*, p. 98

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 61

2.1.2. O direito à integridade pessoal

O direito à integridade pessoal apresenta-se consagrado no artigo 25º da CRP, onde *a integridade moral e física das pessoas é inviolável e ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos*. Evidencia-se neste preceito duas integridades, uma reporta à moral e outra à física, podendo, como afirma Benjamim Silva Rodrigues, *retirar-se a ideia que o direito à integridade, física e moral, do ser humano (digno) se reconduz à ideia de não ser (obrigado) a sofrer lesões, nem físicas, nem morais, ou outros tratamentos desumanos*.⁵² Tal direito pretende proteger, de certa forma, o direito à autodeterminação corporal, não sendo passível de suportar lesões corporais sem o seu consentimento.

Na verdade, não é de todo tão linear a ilação que se pode retirar de tal pretexto constitucional, visto que, em matéria de exames ou perícias de ADN, onde se procede à colheita de vestígios biológicos do suspeito/arguido, como é o caso da recolha de sangue, cabelos, urina, pelos, saliva, entre outros, poderá constituir verdadeiras lesões e violações ao direito à integridade física. A doutrina diverge, não sendo consensual - a opinião, em relação a se estamos perante intervenções corporais consideradas insignificantes ou se, pelo contrário, estaremos perante intervenções lesivas do direito à integridade física do suspeito/arguido.

Sónia Fidalgo defende, *há que referir que os avanços tecnológicos verificados na área da engenharia genética permitem a análise de ADN a partir de outras amostras biológicas para além do sangue (esperma, saliva, urina, pelos)*. Por este motivo, *há quem considera que a colheita de material biológico, em si mesma considerada, não chega a constituir, verdadeiramente, um atentado à integridade física - tratar-se-á de agressão insignificante. Haverá ofensa à integridade física apenas no caso de o arguido recusar a colaboração e a colheita ser feita com recurso à força sobre o corpo do arguido. Deste modo, o que poderá constituir um atentado à integridade física não será propriamente a colheita do material, mas o modo como a colheita é realizada*.⁵³

⁵² RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN ? Controlo de Velocidade, Álcool e Substancias Psicotrópicas – Tomo I*, p. 176

⁵³ FIDALGO, Sónia. “Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova em Processo Penal”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16, Nº 1, 2006, p.122-123

Benjamim Silva Rodrigues alerta que *as análises de ADN, mediante perícia não implicam uma amostra de sangue, já que pode bastar-se um pelo, a caspa, urina, saliva etc., isto é, uma intervenção “leviana” ou “superficial”, já que em momento algum implica um perigo para a saúde daquele que suporta nem origina dor ou sofrimento de especial relevância, já que a sua recolha implica um uso de força menor, e apesar disso, continua a poderem obter-se resultados igualmente satisfatórios.*⁵⁴

Há ainda quem considere que se estivermos perante uma prática reiterada numa dada comunidade, tal prática não será considerada lesiva, devido à sua historicidade, existindo aqui a chamada cláusula de adequação social. Neste sentido, Figueiredo Dias considera que *a causalidade naturalisticamente comprovável representa o limite máximo de imputação criminal de uma conduta a alguém, mas a responsabilidade penal poderá ficar a quem desse limite por força de uma valoração jurídica da conduta, ou seja, de uma cláusula restritiva de inadequação social.*⁵⁵

Vera Lúcia Raposo considera que este artigo 25º da CRP estabelece o direito de não sofrer uma agressão no nosso próprio corpo, mas que tal não proibirá que se sofra uma intervenção. A autora é da opinião que, no caso de estarmos perante uma recolha de sangue no visado, tal conduta é considerada uma violação da integridade física. No entanto, se o visado tiver dado o seu consentimento, está justificada tal recolha dada a finalidade a que se reporta. Já no caso de uma recolha de amostra de ADN, sem o consentimento, é legítimo proceder-se à sua recolha, no caso de estar prevista expressamente numa determinada disposição legal.⁵⁶

Marta Maria Maio Madalena Botelho considera que *uma colheita não consentida de material genético constitui sempre uma violação do bem jurídico integridade física, preenchendo, deste modo, a factualidade típica do crime de ofensa à integridade física.*⁵⁷

⁵⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN ? Controlo de Velocidade, Álcool e Substancias Psicotrópicas – Tomo I*, p. 178

⁵⁵ DIAS, Figueiredo. *Direito Penal – Sumário das lições à 2ª Turma do 2º Ano da Faculdade de Direito, Coimbra, 1975*, p. 153 – 154

⁵⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. *A Vida num Código de Barras- Boletim da Faculdade de Direito –STVDIA IVRIDICA 101, AD HONOREM - 5 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, p. 941 - 944

⁵⁷ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 213

A posição em relação a este problema será passível de uma análise mais pormenorizada, no ponto da recolha de material genético de forma coerciva na presente dissertação. Contudo, consideramos que o suspeito/arguido que se encontra sujeito à extração do seu material genético, deverá estar na sua pessoa, consciente e ser informado sobre os procedimentos que tal recolha irá implicar, estando assim a respeitar-se um conjunto de direitos pessoais a este adstritos por força do artigo 26º da CRP, tais como: direito à identidade pessoal, direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade e direito à sua intimidade genética.

2.1.3. O direito à reserva da intimidade da vida privada

O direito à reserva da vida privada está consagrado no artigo 26º da CRP, onde a constituição *estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*. A criação de uma base de dados de perfis genéticos, bem como a respetiva inserção do perfil genético obtido mediante perícias de ADN na base de dados, será suscetível de colocar o suspeito/arguido exposto, de modo a pôr em causa o seu direito de reserva da intimidade da vida privada.

Assim, este direito abarca dois direitos: *o direito de impedir o acesso a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem*.⁵⁸

A doutrina diverge quanto ao conceito de vida privada, se esta abarca a esfera privada ou a esfera íntima.

David de Oliveira Festas considera que *a compreensão do direito à reserva da intimidade da vida privada postula que este seja observado de três perspetivas: estrutural, teleológica e substancial*.⁵⁹

⁵⁸ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 198

⁵⁹ FESTAS, David Oliveira. "O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho". *Revista da Ordem dos Advogados*, Nº 1-2, Novembro, Ano: 2004, p. 377

Rita Amaral Cabral considera que o direito à reserva da intimidade da vida privada se cinge apenas à esfera íntima⁶⁰, ou seja, *a todas as informações cuja natureza íntima conduz a que, em princípio, estejam preservadas do conhecimento por terceiros.*⁶¹

Marta Maria Maio Madalena Botelho considera que a privacidade *é um conceito mais amplo do que a intimidade, pois há atos da vida privada que não caem na esfera da intimidade*, afirmando ainda que, *o direito à reserva da intimidade da vida privada assume um papel importante enquanto tronco comum a dois direitos: que implicam uma profunda reflexão no domínio dos exames de ADN: o direito à intimidade genética e o direito à autodeterminação informacional.*⁶²

Consideramos que o acesso às informações genéticas, por parte das autoridades competentes, terá de ser objeto de uma análise de legitimação, averiguando-se até que ponto o direito à reserva da intimidade da vida privada poderá ser restringido ou limitado em função do interesse coletivo e alcance da verdade material.

2.1.4. O direito à autodeterminação informacional

O direito à autodeterminação informacional está regulado no artigo 35º nº 1 da CRP, no qual, *todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua ratificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.*

Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram ser um direito que tem como função a *proteção dos cidadãos perante o tratamento de dados pessoais (...) dando a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em “simples objeto de informações”.*⁶³

A consagração constitucional deste direito concede aos cidadãos de um Estado, serem os próprios a decidir quando poderão ser revelados os seus dados pessoais consoante

⁶⁰ CABRAL, Rita Amaral. *O Direito à Intimidade da Vida Privada – Breve Reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil - Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, p. 31

⁶¹ PRATAS, Sérgio. *O Acesso à Informação de Saúde – Direitos, Procedimentos e Garantias*, p. 41

⁶² BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 198-199

⁶³ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 551-553

determinados limites. A inserção de perfis genéticos nas bases de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal exigem, como afirma Marta Maria Maio Madalena Botelho que *exista uma separação entre os dados relativos à informação genética e os dados relativos à identificação dos indivíduos*.⁶⁴

O tratamento dos dados pessoais, para além de estar adstrito ao direito de acesso das pessoas aos dados informatizados previstos no nº1 do artigo 35º da CRP, abarca, ainda, o direito de sigilo relativamente aos responsáveis pelos ficheiros automatizados e a terceiros, pois tais dados pessoais estão salvaguardados contra a devassa e difusão, sendo proibido o acesso de terceiros aos dados pessoais e proibido a interconexão de ficheiros de bases e bancos de dados pessoais, existindo ainda a possibilidade de não tratamento informático de certo tipo de dados, podendo haver exceções a estas proibições, aplicando-se, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira *o regime das restrições aos direitos, liberdades e garantias (artigo 18º); pelo que só podem ter lugar quando exigidos pela necessidade de defesa de direitos e bens constitucionalmente protegidos*.⁶⁵

Benjamim Silva Rodrigues acredita que, *o que está em causa é, saber se a criação “forçada” de um dado perfil de ADN, contra a vontade do seu titular, por tal vestígio biológico ter sido colhido por via coerciva, não impedirá a sua projeção societária e a sua auto-afirmação, já que tal “informação genética” pode configurar-se como uma heterodeterminação e, nalguns casos limites, levar mesmo a “falsificações identitárias” escondidas em ficheiros (manuais ou) automatizados de dados, muitas vezes só tardia e efetivamente conhecidas do seu titular*⁶⁶, constituindo este o ponto de partida para a análise dos pontos seguintes, da presente dissertação, em que medida poderão tais direitos fundamentais serem restringidos ou limitados e qual a sua admissibilidade.

Consideramos que o reconhecimento deste direito ao suspeito/arguido constitui, por si só, uma tutela de defesa que o suspeito/arguido terá ao seu dispor, para controlo efetivo dos seus dados pessoais informatizados.

⁶⁴ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 201

⁶⁵ CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 555

⁶⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN ? Controlo de Velocidade, Álcool e Substancias Psicotrópicas – Tomo I*, p. 144

3. Análises de ADN – recolha de material genético

3.1. Recolha de material genético em arguidos

A recolha de amostras com finalidades de investigação criminal é regulada pelo artigo 8º da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, preceituando o seu nº 1 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 172º do Código de Processo Penal.*

Este preceito poderá ser dividido em duas partes: a primeira reporta-se aos casos em que a recolha é efetivamente efetuada a pedido do arguido, sendo que a segunda parte do preceito que abarca já os casos em que tal recolha é ordenada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento, casos em que incidirá a recolha de material genético de forma coerciva, para a sua obtenção, uma vez que existe despacho judicial que impõe tal diligência investigatória.

A lei evidencia a exigência da constituição de arguido, em ambos os casos, para se proceder à recolha de material biológico. A única diferença reside no facto de tal legislação conceder a iniciativa ao arguido de pedir que tal recolha lhe seja efetuada, estando a exercer o seu pleno direito de defesa tutelado pelo artigo 32º nº 1 da CRP, como forma de descartar qualquer dúvida, dissipando a eventual prova.

Existe uma contradição entre o artigo 8º nº 1 e o artigo 6º nº 3 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro. A norma do artigo 6º nº 3 prevê que *o arguido na pendência do processo criminal apenas pode ser entendido como voluntário na recolha de amostras que não impliquem a respetiva utilização para fins de investigação criminal*; tal norma é contrária ao que estabelece o artigo 8º nº 1 que dá a possibilidade de o arguido se “voluntariar” para a realização da recolha, podendo este exercer o seu direito de defesa e conseqüentemente requerer que tal amostra, uma vez colhida, como voluntário no âmbito do artigo 6º nº 3, possa vir a ser utilizada com finalidade criminal.

Ana Paula Guimarães, perante tal situação, afirma que *embora o nº 3 do artigo 6º estabeleça que os arguidos só podem ser considerados voluntários de ADN na pendência do processo criminal apenas para fins de investigação criminal, na verdade (...) quando o arguido, no uso das suas garantias de defesa, requer a análise ao seu*

*ADN a fim de pedir o respetivo perfil, a lei não poderá impedir, sob pena de inconstitucionalidade – por violação do art. 32º nº 1 da CRP – que as amostras recolhidas do arguido sejam utilizadas e façam prova em processo criminal que foram solicitadas. Este será o entendimento conforme a Constituição. Pode dizer-se que, sem despacho judicial motivado, as amostras de ADN recolhidas em arguido, mesmo que com o seu consentimento, não podem ser utilizadas para fins de investigação criminal como meio de prova contra si. Mas, se recolhidas as amostras a seu próprio pedido, a fim de exercer o direito de defesa e correspondente contraditório, já terão de ser valoradas, assumindo o arguido que as solicitou o risco de o resultado da análise lhe não ser favorável.*⁶⁷

Tatiana Duarte Nicolau considera que *se o arguido for tido como voluntário, como uma interpretação conforme à Constituição impõe, encontra-se abrangido pelo artigo 6º nº 1, e terá um ficheiro com o seu perfil. Caso assim não se interprete, como a Lei não previu a criação de ficheiros específicos, mas apenas em voluntários, os serviços médico-legais mantêm à sua guarda a amostra por um período de 2 anos, salvo decisão judicial em contrário, nos termos do artigo 25º nº 2 da Lei nº 45/2004.*⁶⁸

O artigo 8º nº 1 da presente lei faz remissão para o artigo 172º e este remete para os artigos 154º nº3 e 156º nº 6 e 7 CPP. Por força de tal, verifica-se que os arguidos apenas estarão sujeitos a recolha de material biológico, se o juiz julgar necessária tal recolha e obtenção do perfil genético, em virtude do princípio da proporcionalidade, que está sempre subjacente quando existe restrição de direitos fundamentais, conforme consagrado no artigo 18º nº 2 da CRP e tendo em conta o direito à integridade pessoal e reserva da intimidade do visado. Este despacho do juiz, que ordena a colheita, é recorrível nos termos do artigo 399º do CPP, sendo que tal recurso, uma vez interposto, suspende a decisão recorrida de acordo com o artigo 408º nº 3 CPP.⁶⁹

A recolha das amostras, tanto a pedido do arguido ou mediante despacho judicial, só serão valoradas como meio de prova no processo em causa. Mas, no caso de o arguido

⁶⁷ GUIMARÃES, Ana Paula. *A Pessoa Objeto de Prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à Luz da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 242

⁶⁸ NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armazenamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*, p. 36

⁶⁹ NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armazenamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*, p. 37 - 38

assumir essa qualidade em mais do que um processo, simultânea ou sucessivamente, o juiz poderá determinar a dispensa da recolha, no caso de não terem decorrido cinco anos desde que se efetuou a primeira recolha ou não tendo relevância temporal, quando tal recolha se revele desnecessária.

3.2. Recolha de material genético em condenados

A recolha de amostras em condenados é regulada no nº2 do artigo 8º da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, quando não se procedeu à recolha de amostra no decorrer do processo criminal. Esta terá de ser ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado de sentença condenatória por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída.

Ana Paula Guimarães afirma que, *esta ordem judicial não visa vir a produzir elementos de prova no processo em que é proferida. A sua finalidade é tão só, a de autorizar que os dados dos perfis genéticos do ora condenado passem a constar do conteúdo do ficheiro da base de dados de perfis genéticos, nos termos do artigo 15º nº 1 alínea e) para eventual cruzamento, no futuro, com outras amostras biológicas em sede de investigação criminal de outros factos, ou seja, para identificação resultante de coincidência entre o perfil obtido a partir de uma amostra sob investigação e outro ou outros perfis de ADN já inseridos no ficheiro onde constará o do condenado.*⁷⁰

A inserção do seu perfil genético na base de dados de perfis de ADN, resultante da análise aferida, far-se-á mediante despacho fundamentado pelo juiz de julgamento, de acordo com o artigo 18º nº 3 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, em ficheiro próprio contido no artigo 15º nº 1 alínea e), da lei.⁷¹

3.3. Recolha de material genético em terceiro voluntário

A recolha de material genético em terceiros abarca as situações em que tais diligências investigatórias recaem em vítimas do crime ou terceiros não arguidos ou suspeitos.

⁷⁰ GUIMARÃES, Ana Paula. *A Pessoa Objeto de Prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à Luz da Dignidade da Pessoa Humana*, p.239

⁷¹ NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armazenamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*, p. 39

Estas situações reportam-se aos casos em que existe um indivíduo que se encontra envolvido num processo crime, não tendo qualquer índice de culpabilidade, mas não é constituído arguido e que não virá, em princípio, assumir essa qualidade, mas cujo perfil de ADN pode contribuir para se alcançar a identificação do verdadeiro autor do crime, através da sua autorização para se realizar a efetiva colheita do seu material biológico. Assim, o artigo 6º da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, prevê a possibilidade de qualquer pessoa ter a faculdade, de forma expressa e devidamente esclarecida de vir a autorizar a fixação do seu perfil de ADN, a partir da recolha do seu material genético, admitindo também o Código de Processo Penal tal recolha nos termos do artigo 171º nº 1 e artigo 154º nº 1.⁷²

3.4. Intervenções corporais consentidas – consentimento informado

As intervenções corporais realizadas no corpo dos arguidos, no âmbito das recolhas de material biológico, que se reporta o presente estudo, abarcam desde a mera colheita de sangue até à extração de outras amostras de carácter genético.

A definição do que se entendia por intervenções corporais não se revelou pacífica ao longo dos tempos, tendo sido determinante a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença nº 207/1996, proferida em 16 de dezembro de 1996, a qual foi abordada na redação do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 155/2007 de 2 de março de 2007, *distinguindo-se, no contexto do processo penal, dois tipos de diligências sobre o corpo do arguido, em função da afetação, pela sua realização, de um direito (...) as chamadas “inspeções e registos corporais”, que consistem em qualquer género de reconhecimento do corpo humano, quer seja na identificação do arguido (exames dactiloscópicos ou antropomórficos, etc.) ou de circunstâncias relativas à comissão do facto punível (electrocardiogramas, exames ginecológicos, etc) ou para a descoberta do objeto do crime, nas quais, em princípio, não resulta afetado o direito à integridade física, ao não se produzir, em geral, lesão ou diminuição do corpo, e, por outro lado, as qualificadas pela doutrina como “intervenções corporais”, isto é, as consistentes na extração do corpo de determinados elementos externos ou internos para serem*

⁷² RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN ? Controlo de Velocidade, Álcool e Substancias Psicotrópicas – Tomo I*, p. 411-412

*submetidos a exame pericial (análises de sangue, pelos, unhas, biopsias, etc.) em que regra geral é afetado o direito à integridade física.*⁷³

As amostras de, por exemplo, sangue, cabelos, saliva, urina, sémen, pele, unhas e pelos, recolhidas no local do crime ou num local onde o agente possa ter estado, constituem a chamada *amostra problema*, que será a *amostra, sob investigação cuja identificação se pretende estabelecer*, e estas amostras colhidas no suspeito autor do crime, consistem na chamada *amostra referência*, que é aquela *utilizada para comparação*, de acordo com as alíneas c) e d) do artigo 2º da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro.

A Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, veio regular a *recolha, tratamento e conservação de amostras de células humanas, análise e obtenção de perfis de ADN*, bem como, a *metodologia de comparação de perfis de ADN, extraídos de amostras*.

Assim, as finalidades de investigação criminal são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN relativo: *a amostra de material biológico colhidas em locais de crime com os das pessoas que direta ou indiretamente, a eles possam estar associados, com vista a identificação dos respetivos agentes*, estamos perante a chamada comparação direta, e com os perfis existentes na base de dados de perfis de ADN, com as limitações previstas no artigo 20º, estamos perante uma comparação por interconexão de dados, como previsto no nº 3 do artigo 4º da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro.⁷⁴

Fazendo alusão, novamente, ao artigo 8º da Lei nº 5/2008 de 12 de fevereiro, que regula a recolha de amostras com finalidades de investigação criminal, partir-se-á do caso de se estar perante um suspeito que é constituído arguido no processo crime e dá o seu consentimento para a recolha de material biológico.

O consentimento do arguido para a realização de recolha do seu material biológico, deverá ser *livre, informado e escrito*, de acordo com o preceituado no artigo 6º nº 1 da Lei nº 5/2008 de 12 de fevereiro. O arguido goza do direito à informação previsto no artigo 9º da presente lei, conjugado com o artigo 10º nº 1 da Lei nº 67/98, de 26 de

⁷³ Acórdão Tribunal Constitucional nº 155/2007 de 2 março de 2007, Processo nº 695/06, relator: Gil Galvão. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>
Data: 12/06/2018 16:28

⁷⁴ MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 de Junho 2014 CEJ [Consultado em 11 - 07- 2017], p. 4, Vila do Conde. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20juiz%20de%20instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

outubro – Lei da Proteção de Dados Pessoais, com as necessárias adaptações. Este terá de ser informado por escrito, de que *o perfil de ADN é, nos casos admitidos na presente lei, integrado num ficheiro de perfis de ADN, com exceção dos dados relativos às pessoas referidas no n.º 1 do artigo 8.º e ainda que existe a possibilidade de cruzamento do perfil recolhido com os existentes na base de dados de perfis de ADN, com menção expressa da possibilidade de utilização dos dados para fins de investigação criminal, quando aplicável, de acordo com as alíneas c) e d) do artigo 9.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.*

Antes de ser realizada a recolha de amostras de ADN, a mesma *implica a entrega de documento sempre que possível, no próprio ato, de documento de que constem a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação da presente lei e, com as necessárias adaptações, da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais), conforme preceituado no n.º 5 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2008 de 12 de fevereiro.*

Na fase de inquérito, se o arguido dá o seu consentimento para se sujeitar à recolha de material biológico e exame pericial para determinação de perfil de ADN, tal poderá ser ordenado pelo Ministério Público de acordo com o artigo 154.º n.º 1 e artigo 171.º do CPP, sem que para tal, o Juiz de Instrução tenha de intervir,⁷⁵ dando o artigo 270.º n.º 3 do CPP a possibilidade de o Ministério Público, *delegar em autoridades de polícia criminal a faculdade de ordenar a efetivação da perícia relativamente a determinados tipos de crime, em caso de urgência ou de perigo de demora, nomeadamente quando a perícia deva ser realizada conjuntamente com o exame de vestígios.*

O Juiz de Instrução não terá, assim, uma intervenção em fase de inquérito, nos casos em que o arguido dá o seu consentimento. Todavia, o mesmo não acontecerá se se estiver perante a fase de instrução. Na fase de instrução, a recolha de material biológico e posterior exame pericial, em virtude do referido despacho mencionado no artigo 8.º n.º 1 da Lei n.º 5/2008 de 12 de fevereiro, o Juiz de Instrução intervém para averiguar se a

⁷⁵MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 de Junho 2014 CEJ [Consultado em 11 - 07- 2017], p. 11, Vila do Conde. Disponível em:<<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20Juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

diligência instrutória será relevante para se levar o arguido a julgamento, mesmo que este tenha dado o seu consentimento.⁷⁶

No entanto, ainda na fase de inquérito, o Juiz de Instrução poderá intervir, na realização de tais amostras, apesar de o arguido dar o seu consentimento, nomeadamente, no âmbito das proibições de prova que estão subjacentes no artigo 126º nº 2 do CPP,⁷⁷ em que tal consentimento dado por parte do arguido não poderá ser obtido mediante as situações aí expressas, em virtude de tal prova não poder ser valorada.

O método de recolha de amostras deverá fazer-se através de *método não invasivo, que respeite a dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral individual, designadamente pela colheita de células de mucosa bucal ou outro equivalente no estrito cumprimento dos princípios e regime do Código de Processo Penal*, conforme preceituado no artigo 10º da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro. Verifica-se aqui o carácter relevante, da zaragatoa bucal neste tipo de aferição de prova.

3.5. Intervenções corporais não consentidas

As intervenções corporais não consentidas cingem-se às chamadas recolhas coercivas de material genético. O artigo 8º nº 1, 2ª parte da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro rege os casos em que estas recolhas são ordenadas por despacho do juiz, oficiosamente ou a requerimento, a partir da constituição como arguido de acordo com o artigo 172º do Código Processo Penal.

Estamos perante casos em que o arguido apesar de estar munido de uma ordem judicial para se submeter à realização de exame e posterior perícia de ADN, não presta o seu consentimento para a realização da mesma. Nesta situação, é advertido para o facto de tal recusa se consubstanciar num crime de desobediência previsto e punido pelo artigo 348º nº 1 alínea b) do Código Penal.

⁷⁶MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 de Junho 2014 CEJ [Consultado em 11 - 07- 2017], p. 12, Vila do Conde. Disponível em:<<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20Juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

⁷⁷MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 de Junho 2014 CEJ [Consultado em 11 - 07- 2017], p. 13, Vila do Conde. Disponível em:<<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20Juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

Caso a recusa se mantenha, poderá o juiz compelir o arguido de modo a realizar-se a efetiva recolha de material biológico de forma coerciva, recorrendo-se ao uso da força, tendo esta de se revelar proporcional, adequada e necessária, nunca excedendo e nunca colocando em causa a dignidade da pessoa humana.

A colheita coerciva, nestes termos supracitados, para poder ser admitida atualmente, foi alvo de muita discussão e crítica, tanto doutrinal como jurisprudencial, antes da reforma do Código de Processo Penal de 2007, pois alegava-se não haver suficiente habilitação legal expressa quanto à realização da recolha de material biológico e análise pericial dos vestígios para determinação de perfil de ADN para fins de investigação criminal.

Assim, com as novas alterações em 2007 ao Código de Processo Penal, a entrada da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a Lei nº 45/2004, de 19 de agosto – Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses, veio traçar novos horizontes, na linha de discussão da admissibilidade da recolha coerciva.

A realização da diligência investigatória de modo coercivo, para ser valorada como tal, processa-se da seguinte forma:

Necessita primeiramente de uma autorização do juiz, onde por força do artigo 172º nº 1 do CPP, *se alguém eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente, estabelecendo o artigo 154º nº 1 a perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, prevendo o artigo 8º nº 1 2ª parte, da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, que as recolhas de amostras em processo crime é ordenada oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, o que se fará nos moldes do artigo 172º nº 1 do CPP.*

A não autorização do juiz para se efetuar a recolha coerciva de material biológico tem como consequência a proibição de valoração da prova.

De seguida, tal recolha coerciva não poderá ser realizada de qualquer forma. Esta terá de ser realizada *por médico ou outra pessoa legalmente autorizada e não pode criar perigo para a saúde do visado*, de acordo com mencionado no artigo 154º nº 6, aplicável ao caso concreto por força do artigo 172º nº 2 do CPP, estabelecendo a Lei nº

5/2008, de 12 de fevereiro, no seu artigo 5º que *as entidades competentes para a realização da análise da amostra com vista à obtenção do perfil de ADN a nível nacional são Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e o Instituto Nacional de Medicina Legal (INML).*⁷⁸

A recolha coerciva terá de se cingir apenas às finalidades de identificação nos casos de investigações criminais já em curso, ou em processos que estejam já instaurados. O artigo 156º nº 7 do CPP prevê os casos em que, quando se está perante *análises de sangue ou de outras células corporais, os exames efetuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz.* Verifica-se aqui, uma limitação exposta, em que tais exames e amostras não poderão servir de base para a abertura de novos processos judiciais, podendo, quanto muito serem utilizados como prova em processos que já tenham tido início. No entanto, a Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, no artigo 34º nº 2 afirma que *as amostras colhidas ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 8º só podem ser utilizadas como meio probatório no respetivo processo*, sendo, em regra, utilizadas no âmbito do processo a que se submeteram, caso não se verifique a aplicabilidade do nº 6 do artigo 8º, da mesma lei,⁷⁹ em que, no caso de se estar perante um *arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável.* Aqui verifica-se o aproveitamento da recolha de amostra realizada anteriormente, em que o arguido não terá de ser desnecessariamente submetido de novo a exames e análise pericial de ADN, se no decurso temporal de tempo não tiverem decorrido cinco anos desde a primeira submissão de recolha, vigorando, assim, o princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade para se alcançar a verdade material, tendo sempre em conta as garantias de defesa do arguido.

⁷⁸ MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 de Junho 2014 CEJ [Consultado em 11 - 07- 2017], p. 23, Vila do Conde. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20juiz%20de%20instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

⁷⁹ MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 de Junho 2014 CEJ [Consultado em 11 - 07- 2017], p. 24-25, Vila do Conde. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20juiz%20de%20instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

Procedendo-se à recolha coerciva, o arguido goza do direito de exercer o contraditório, podendo utilizar para isso o mecanismo da contra-análise, previsto no artigo 11º da Lei nº 5/2008 de 12 de fevereiro, em que *salvo os casos de manifesta impossibilidade, é preservada uma parte bastante e suficiente da amostra para a realização da contra-análise*, e no caso de a amostra recolhida for de dimensão diminuta, esta deve ser manuseada de modo a que não haja forma de impossibilitar a realização da contra-análise, em que o arguido terá direito de utilizar por força do artigo 32º da CRP.⁸⁰ Também a autoridade judiciária competente poderá determinar, oficiosamente ou a requerimento, em qualquer altura do processo, a realização de nova perícia, de acordo com o artigo 158º nº 1 alínea b) do CPP.

O princípio da proporcionalidade na realização da recolha de amostras biológicas e posterior análise pericial reporta-se ao efetivo momento em que se procederá à recolha coerciva, em que terá de ser ponderada pelo juiz, que irá zelar pelo *direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade do visado* de acordo com o artigo 154º nº 3 do CPP por força da aplicabilidade do artigo 172º nº 2 do CPP.⁸¹ Utilizar-se-á o método não invasivo previsto no artigo 10º da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, respeitando-se, assim, a *dignidade humana e integridade física e moral*, dando preferência à utilização da zaragatoa bucal ou outro equivalente. Na realização de tal recolha coerciva, estão em causa vários direitos que afetam o arguido, tais como: direito à integridade física, direito à autodeterminação corporal e autodeterminação informacional e direito à reserva da intimidade da vida privada, aludindo o artigo 18º nº2 da CRP que, *a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para se salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*. Aqui também tem relevância o princípio da proporcionalidade, em que, de um lado, temos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos afetados e, de outro lado, o interesse do Estado, munido do seu *ius puniendi*, na punição dos autores do crime, em busca da

⁸⁰MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 de Junho 2014 CEJ [Consultado em 11 - 07- 2017], p. 25, Vila do Conde. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20Juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

⁸¹MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal* [online]. Intervenção 6 de Junho 2014 CEJ [Consultado em 11 - 07- 2017], p. 26, Vila do Conde. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20Juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>>

verdade material e a realização da justiça para com as vítimas e demais pessoas afetadas.

3.5.1. Recolha coerciva de material genético

Uma vez abordado o modo de processamento e valoração da recolha coerciva de material genético, no ponto anterior, delinear-se-á o caminho percorrido, consoante as decisões proferidas pelos Tribunais Portugueses, desde o período anterior da entrada das novas alterações legislativas até à legislação em vigor, em prol da admissibilidade de tal recolha, abarcando as questões de consentimento, coercibilidade e legitimidade do uso da força física, recorrendo a casos jurisprudenciais.

Antes da reforma do Código de Processo Penal de 2007, a admissibilidade da recolha coerciva de vestígios biológicos no Direito Português era alvo de discussão, alegando-se não haver habilitação legal suficiente que legitimasse tal recolha de modo coercivo, havendo violação do direito do arguido à não autoincriminação e, conseqüentemente, violação do seu direito ao silêncio.

Os acórdãos do Tribunal Constitucional n° 155/2007 e o n° 228/2007 constituíram decisões preponderantes no alcance de novas perspetivas acerca desta problemática.

Atualmente, esta situação encontra-se acautelada no Código de Processo Penal, oriunda da reforma feita ao CPP de 2007, bem como está regulada na Lei n° 5/2008, de 12 de fevereiro – Lei que aprova a criação da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal em consonância com a Lei n° 45/2004, de 19 de agosto, que estabelece o Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

Iniciaremos a nossa análise, abordando, primeiramente, casos sobre a admissibilidade da recolha coerciva de vestígios biológicos, ordenada pelo Ministério Público, onde, no âmbito de um processo-crime, os arguidos tenham expressamente recusado permitir tal recolha do seu material genético, de modo coercivo, para determinação do seu perfil de ADN, permitindo posteriormente a sua comparação com vestígios recolhidos no local onde o crime ocorreu.

Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 3 de maio de 2006, processo n° 0546541, cuja relatora é Alice Santos, referente ao processo n°

3401/00.0JAPRT-A que correu termos no Tribunal de Instrução Criminal do Porto, onde estava em causa a recolha de vestígios biológicos, provenientes de possíveis autores de dois crimes de homicídio qualificado, invocaram perante o Tribunal da Relação do Porto, a nulidade e conseqüentemente a proibição de valoração como prova, do resultado da análise da saliva colhida através de zaragatoa bucal efetuada ao arguido (...) por ser legal o despacho proferido pelo Exmo. Magistrado do M. P. titular do inquérito, que ordenou a realização dos preditos exames à saliva dos arguidos a colher através de zaragatoa bucal, fazendo ainda referencia ao parecer do Professor Manuel da Costa Andrade que sustenta a opinião que, no direito positivo vigente em Portugal não é juridicamente admissível impor a recolha coativa de substancias 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 autorize e prescreva o respetivo regime, não oferecendo as normas da lei processual-penal relativas a perícias e exames bem como os dispositivos da lei que estabelece o regime das perícias médico-legais (...) E assim sendo, no plano processual-penal, o direito vigente em Portugal prescreve uma intransponível proibição de produção de prova contra a recolha coerciva das substâncias biológicas e contra a sua análise genética não consentida. Uma proibição cuja violação só pode ter como consequência a correspondente proibição de valoração das provas obtidas. O arguido ainda invocou também parecer do Professor Gomes Canotilho no sentido que o respeito pela dignidade da pessoa humana obriga o legislador a disciplinar as análises genéticas com um nível de rigor e precisão constitucionalmente adequado ao relevo dos bens suscetíveis de lesão, conclui que 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 objeções 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. E sendo assim, o recurso à extração de material biológico sem fundamentação legal específico configura uma intervenção restritiva dos direitos, liberdades e garantias destituída de qualquer arrimo constitucional e legal, devendo ser julgada inconstitucional qualquer norma legal existente – em matéria de provas, perícias e exames (...) na interpretação que eventualmente se lhe queira vir a dar no sentido de, a partir dela, se pretender legitimar esta prática. Acabou por

considerar este Tribunal improceder tal recurso, concluindo que, *é válida a prova obtida no inquérito através de exame à saliva do arguido, colhida contra a vontade deste, por determinação do Ministério Público.*⁸² Perante tal decisão, proferida pelo Tribunal da Relação do Porto, decidiu o arguido interpor recurso para o Tribunal Constitucional, estando o objeto do recurso circunscrito à inconstitucionalidade da norma do artigo 172º n° 1 CPP, ao possibilitar o M.P. a ordenar colheita coerciva de vestígios biológicos dos arguidos, mesmo com recusa destes, e inconstitucionalidade do artigo 126º n° 1 e n° 2 alíneas a), c) e n° 3 do CPP, ao considerar válida e, conseqüentemente, suscetível de ulterior utilização e valoração da prova obtida, nesses termos.

Assim, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n° 155/2007, de 2 de março de 2007, cujo relator é Gil Galvão, considerou que tal recurso não se circunscrevia apenas a estas questões, prescrevendo que, *por um lado, está aqui em causa a recolha de saliva através de zaragatoa bucal contra a vontade expressa do arguido, mas sem que tivesse existido utilização da força física – embora tenha havido ameaça de recurso à mesma, na medida do necessário para salvaguardar a integridade física de quem iria realizar a recolha; por outro, a colheita coativa de vestígios biológicos colhidos no local do crime e sempre na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável a prossecução do fim a que se destina.* Considerando o Tribunal que, *na verdade, a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a colher uma substância corporal (no caso, saliva), ainda que não lesiva ou atentória da sua saúde, não deixa de constituir uma “intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos” (a expressão é de Costa Andrade, Direito Penal Médico, 2004, p. 70), uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25º da Constituição.*

⁸² Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 3 maio de 2006, Proc. nº0546541, relatora: Alice Santos. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c4d2a9d88f8d235780257172003d20f2?OpenDocument&Highlight=0,Alice,Santos>

Face ao exposto, sobre esta problemática, o Tribunal Constitucional decide julgar inconstitucional a norma do artigo 172º n.º 1 do CPP, por violação dos artigos 25º, 26º, e 32º n.º 4 da CRP, quando interpretada de modo a possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coerciva de material genético do arguido para se determinar o seu perfil genético, sendo que este se recusou expressamente em permitir e colaborar na realização de tal diligência investigatória; e tomando a decisão de julgar também inconstitucional o artigo 126º n.º 1, n.º 2 alíneas a) e c) e n.º 3 do CPP, por violação do artigo 32º n.º 4 da CRP, quando permite considerar-se válida e de ulterior utilização a prova obtida através da colheita realizada, concedendo provimento ao recurso, ordenando a reforma da decisão recorrida com base nesta averiguação de inconstitucionalidade das normas ora citadas,⁸³ tendo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 228/2007, de 28 março, cuja relatora é Maria Fernanda Palma, decretado decisão no mesmo sentido, num caso semelhante.⁸⁴

É claro que existe a obrigatoriedade do arguido se sujeitar a exames, mas tal diligência investigatória terá de ser ordenada pelo juiz, estando vedado ao Ministério Público ordenar tal realização coerciva de colheitas de material genético.

Pode verificar-se que o acórdão de 3 de maio de 2006 considerou válida a prova obtida coercivamente, mediante ordenação do Ministério Público, acabando por vir a ser reformado pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 2 de maio de 2007, tendo como relator Luís Gominho, decretando que *é inválida a prova obtida através de exames à saliva, pelo método da zaragatoa bucal, do suspeito do crime de homicídio, contra a sua vontade, se o exame, ordenado durante o inquérito pelo M.P. não foi previamente autorizado pelo Juiz de Instrução*, sendo este o acórdão que deu origem à tomada de decisão do Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 155/2007, de 2 de março de 2007.

Contrariamente, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 13 de setembro de 2006, processo n.º 0641683, cujo relator é Luís Gominho, ainda sobre a mesma matéria, acabada de referenciar, considera que *não constituiu prova proibida o resultado*

⁸³ Acórdão Tribunal Constitucional n.º 155/2007 de 2 de março, Proc. n.º 695/06, relator: Gil Galvão. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>

⁸⁴ Acórdão Tribunal Constitucional n.º 228/2007 de 28 março, Proc. n.º 980/2006, relator: Maria Fernanda Palma. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html>>

*da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal efetuada ao arguido, no inquérito, por decisão do Ministério Público.*⁸⁵ No entanto, tal tomada de decisão reporta-se à data anterior, da já decisão constitucionalmente proferida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 155/2007, de 2 de março de 2007.

A obrigatoriedade de o arguido sujeitar-se a exames advém do artigo 172º nº 1 do CPP, recaindo sobre este como refere o artigo 61º nº 3 alínea d) *o dever especial de sujeitar-se a diligências de prova especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidades competentes*, obrigatoriedade que é regulamentada novamente como uma imposição na Lei nº 45/2004, de 19 agosto, no seu artigo 6º nº 1, estando atualmente advertida a mesma imposição na Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, consagrando no seu artigo 8º a recolha de amostras com finalidade de investigação criminal.

Posto isto, uma vez verificada esta submissão e, conseqüentemente, a realização destas diligências investigatórias terem de ser ordenadas pelo juiz, cumpre agora averiguar até que ponto poderá o juiz compelir um arguido ou condenado à extração do seu material biológico para determinação do seu perfil genético e posterior comparação. Até que ponto será legítimo o recurso ao uso da força física?

Vejamos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 24 de agosto de 2007, processo nº 6553/2007-5, cujo relator é Vieira Lamim, que considera que, *opondo-se o arguido à realização de zaragatoa bucal para recolha de saliva, destinada à definição do seu perfil genético e subsequente comparação com vestígios hemáticos encontrados no local do crime, pode o JIC compeli-lo a submeter-se a tal exame, pois entre os interesses em confronto, deve prevalecer o da realização da justiça, já que para concretização forçada de tal exame a autodeterminação corporal é violada de forma pouco significativa.*⁸⁶ Este acórdão determina que apesar de se proceder a uma extração forçada a autodeterminação corporal do arguido mesmo sendo violada, está justificada por se considerar “pouco significativa”. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem

⁸⁵ Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 13 setembro de 2006, Proc. nº 0641683, relator: Luís Gominho. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7cdcf217f0b6c51802571ed004fa612?OpenDocument&Highlight=0,zaragatoa>

⁸⁶ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de agosto de 2007, Proc. nº 6553/2007-5, relator: Vieira Lamim. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a5e619a00096ddbc80257385003d8d11?OpenDocument>

considera que tal extração, por mínima que seja, é considerada uma interferência na integridade física do arguido, violadora do seu artigo 8º da Convenção, mas poderá ser legitimada se estiver prevista na lei e for necessária numa sociedade democrática, indo ao encontro do estabelecido no nº 2 do mesmo artigo.⁸⁷ O Tribunal Constitucional, no seu acórdão nº 333/2018, de 27 junho de 2018, afirma que efetivamente a zaragatoa bucal implica uma ingerência na integridade pessoal do visado, mas define-a como sendo uma *ingerência de intensidade não muito acentuada*, estando justificada em prol da prossecução do interesse público em causa.⁸⁸

Vem, ainda, o Acórdão da Relação do Porto, de 10 dezembro de 2008, cujo relator é Maria Elisa da Silva Marques Matos da Silva, considerar *não é inconstitucional a norma do artigo 172º, nº 1, do Código de Processo Penal 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, se está em causa a investigação de um crime de violação, não havendo outras provas para além das declarações daquela, que sofre de considerável atraso mental.*⁸⁹

Verifica-se que este acórdão prima pela admissibilidade do recurso à força física, como meio através do qual será legítimo compelir-se um arguido para realização da prova de ADN. Estando-se no âmbito do artigo 172º do CPP e no âmbito do artigo 8º nº 1 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, considera-se que é admissível a realização coerciva de recolha de amostras.

A jurisprudência mais recente tem considerado que as intervenções corporais como meios de obtenção de prova, como é o caso da recolha de saliva através do método de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, quando os arguidos se recusem; é nesse sentido que vai o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de julho de

⁸⁷ Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 10 julho de 2013, Proc. nº 1728/12.8JAPRT.P1, relator: Joaquim Gomes. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>>

⁸⁸ Acórdão Tribunal Constitucional nº 333/2018 de 27 junho de 2018, Proc. nº 195/2018, relatora: Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/atosnormativos/Documents/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20n.%C2%BA%20333-2018%20do%20Tribunal%20Constitucional%20de%2027-06-2018.pdf>>

⁸⁹ Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 10 dezembro de 2008, Proc. nº 0844093, relatora: Maria Elisa Marques. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/673fcb5dc0168da6802575220056a553?OpenDocument&Highlight=0.Maria.Elisa.da.Silva.Marques.Matos.Silva%20>>

2013, cujo relator é Joaquim Gomes, afirmando a posição do Tribunal Constitucional em considerar que *a Constituição não proíbe em absoluto, a recolha coativa de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da utilização da técnica de zaragatoa bucal) e a sua posterior análise não consentida para fins de investigação criminal, no caso concreto para subsequente comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime, impondo que essa determinação seja judicial e não apenas por decisão do Ministério Público, indo ao encontro das decisões supra citadas do Tribunal Constitucional nos acórdãos nº 155/2007 e 228/2007. O referido acórdão vai mais longe, afirmando que existe fundamento legal específico, seja através do CPP e de outra legislação avulsa, para a realização da recolha de saliva por via compulsiva.*⁹⁰ A recolha efetuada nesses termos é válida, assim como a prova obtida, vindo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 11 de outubro de 2017, cuja relatora é Airisa Caldinho, decretar isso mesmo, afirmando que *não constitui prova proibida a prova emergente da recolha de saliva para identificação de ADN, através de zaragatoa bucal, mesmo contra a vontade do visado, ordenada por autoridade judicial nos termos do artigo 172º 1 CPP.*⁹¹

As decisões jurisprudenciais têm sido coerentes, no sentido de que a realização da recolha coerciva de exames e posterior análise pericial de material genético dos arguidos, é legítima, desde que haja autorização judicial, poderá ser feita por via coerciva, conforme consagração legal no CPP, que refere que *quando se trate de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não hajam prestado consentimento, o despacho (...) é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado*, conforme preceituado no artigo 154º nº 3 do CPP, prescrevendo o artigo 269º nº 1 alínea a) do CPP, que *durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar: a efetivação da perícia, nos termos do nº 3 do artigo 154º.*

⁹⁰ Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 10 julho de 2013, Proc. nº 1728/12.8JAPRT.P1, relator: Joaquim Gomes. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>>

⁹¹ Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 11 outubro de 2017, Proc. nº 72/17.9JACBR-E.P1, relatora: Airisa Caldinho. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7a5b83b7bbc0d8ab802581c30039cfc3?OpenDocument>>

Ponto de discussão na jurisprudência e na doutrina verifica-se nos casos em que se afirma haver inadmissibilidade do recurso à força por falta de fundamentação legal, quanto ao âmbito do nº 2 do artigo 8º da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, no caso de se estar perante uma ordenação do juiz de julgamento para a recolha de amostra biológica em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída, e após o trânsito em julgado, perante recusa deste, verificando-se ainda se existe automaticidade da recolha, coloca-se a questão: até que ponto poderá um condenado ser compelido coercivamente para a realização da recolha do seu material genético? A recolha de amostras é automática ou não?

O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 13 de dezembro de 2011, tendo como relator Alberto João Borges, vem considerar que a Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, *não previu a admissibilidade da recusa de condenado em fornecer as ditas amostras para subtração do ADN, ao invés do que acontece com o CPP, onde se prevê a admissibilidade de coercibilidade para obtenção dessa amostra*, ou seja, dá como provado que é legítima a recusa por parte do condenado sendo que este não poderá ser forçado a tal. O acórdão considera que o nº1 e nº2 do artigo 8º da Lei nº5/2008 são distintos, referindo que o nº1 *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, situação que nada tem a ver com a recolha prevista no nº2 do art. 8º da Lei nº 5/2008, depois do trânsito em julgado da condenação*. Vai mais longe afirmando que *aquele art. 8º nº 2 não permite que, em caso de recusa, o condenado seja forçado à recolha das amostras aí referidas; se essa fosse a intenção do legislador tê-lo ia dito, como disse no nº 1 daquele preceito*.⁹²

A propósito deste artigo 8º nº 2 da Lei nº 5/2008, veio o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 15 de dezembro de 2015, cujo relator é Clemente Lima, estando aqui em causa um crime de violação, considerar que *a recolha de amostras de ADN, a que se refere o artigo 8º, nº 2 da Lei 5/2008, de 12/2, não é automática face a*

⁹² Acórdão Tribunal Relação de Évora de 13 dezembro de 2011, Proc. nº 8/10.8GATVR-A.E1, relator: Alberto João Borges, Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8a9cb7c6bbfee54580257de10056fdc7?OpenDocument>>

uma condenação transitada em julgado, pressupondo a existência de grave perigo de continuação criminosa ou outros receios relevantes que possam ou permitam inferir a necessidade daquela recolha e subsequente conservação. Determinando aquela recolha, a sentença deve fundamentar, em concreto aquele perigo, de modo a convencer da sua necessidade e proporcionalidade, indo em concordância com a decisão proferida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 outubro de 2011.⁹³ O receio de continuação criminosa torna-se um “critério” justificativo para que se determine uma recolha de ADN ao arguido, após o trânsito em julgado, de modo a que o seu perfil de ADN, que resultará da análise da amostra extraída, seja introduzida na base de dados de perfis de ADN, conforme o preceituado no artigo 8º nº 2 em conjugação com o artigo 18º nº 3, ambos da Lei nº 5/2008. No caso em apreço, o direito à não autoincriminação do arguido cede perante os casos de proteção de futuras vítimas e a prossecução do Estado para o seu fim de realização da justiça.⁹⁴ Contudo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de junho de 2016, cujo relator é Artur Oliveira, vem determinar que a realização desta recolha terá de ser fundamentada e justificada atendendo aos critérios da culpa, necessidade e proporcionalidade, sendo que no caso de não se verificar que o arguido não aparente perigo de continuação da atividade criminosa, e no caso em questão deste acórdão, a arguida não tinha antecedentes criminais não se encontra justificada a recolha do seu material genético, para traçar-se um perfil de ADN para fins de investigação criminal e sua inclusão na base de dados de Perfis de ADN, vindo a dar razão à arguida, determinando a eliminação da ordem de recolha de ADN da arguida para fins de investigação criminal.⁹⁵

O Acórdão do Tribunal Constitucional nº 333/2018, de 27 de junho de 2018, cujo relator é Maria de Fátima Mata-Mouros, vem decretar, quanto a esta questão da recolha, determinação de perfis e inserção na base de dados que a criação da base de dados de perfis de ADN, tendo como principal objetivo a comparação entre perfis constantes da

⁹³ Acórdão Tribunal Relação de Lisboa de 10 outubro de 2011, Proc. nº 721/10.OPHSNT.L1-5, relator: Agostinho Torres. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl1.nsf/0/b4b271fe2382e5f78025793e004317f3?OpenDocument> >

⁹⁴ Acórdão Tribunal Relação de Évora de 15 dezembro de 2015, Proc. nº 453/13.7TDEV.R.E1, relator: Clemente Lima, Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9716bb87708f2a2b80257f330050241c?OpenDocument> >

⁹⁵ Acórdão Tribunal Relação do Porto de 15 junho de 2016, Proc. nº 1805/09.2T3AVR.P1, relator: Artur Oliveira. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/7F14D87C1D9C97CC80257FE000467D3E>>

base de dados e perfis recolhidos das amostras biológicas colhidas, terá de primar pela continuidade de extração de amostras, tendo em vista a possibilidade de identificação de autores dos crimes e ser um auxílio à investigação criminal, afirmando que *a recolha de ADN a todos os condenados com penas iguais ou superiores a 3 anos de prisão, constitui um meio relevante para sustentar a base de dados de ADN* e considerando que *o legislador vê na condenação em pena igual ou superior a 3 anos um critério que permite identificar os visados pela ordem de recolha de ADN como pessoas que já demonstraram capacidade para cometer uma infração de gravidade suficiente para o justificar*. Pelo exposto, considera que esta recolha respeita o princípio da proporcionalidade, pois visa a salvaguarda de dois interesses constitucionalmente protegidos: realização da justiça e prossecução da verdade material, revelando-se *necessária e adequada ao objetivo prosseguido*. Na opinião do Tribunal Constitucional o que está em causa no artigo 8º nº 2 da Lei nº 5/2008 é uma *medida não genuinamente processual*, competindo ao juiz apenas verificar se estão preenchidos os pressupostos formais que o legislador indicou (não acontecendo a recolha de amostras de forma automática/imediata do trânsito em julgado da condenação em pena determinada e uma vez verificados os pressupostos da condenação pela prática do crime - trânsito em julgado). O juiz deverá determinar a recolha de amostras, só podendo excecionalmente dispensar tal recolha nos casos previstos no nº 6 do mesmo artigo, como é o caso de dispensa da recolha de amostras, mediante despacho judicial quando não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e quando esta se mostra desnecessária ou inviável.

O Tribunal vai mais longe, afirmando que, uma vez preenchidos os pressupostos, o juiz não terá de indicar uma fundamentação adicional, pois essa fundamentação só será necessária nos casos em que se proceda à sua dispensa. A norma do artigo 8º nº 2 não se destina a vir produzir prova no processo, visa é a inserção na base de dados de perfis de ADN.⁹⁶ Nesse sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de maio de 2015, cuja relatora é Alda Tomé Casimiro, afirma que *da leitura dos nº 1 e 2 do art. 8º da Lei nº 5/2008 de 12/2, resulta que a recolha de ADN é automática não dependendo*

⁹⁶ Acórdão Tribunal Constitucional nº 333/2018 de 27 junho de 2018, Proc. nº 195/2018, relatora: Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em: <<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/atosnormativos/Documents/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20n.%C2%BA%20333-2018%20do%20Tribunal%20Constitucional%20de%2027-06-2018.pdf>>

*de qualquer pressuposto, que a Lei impõe (com exceção da condenação por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída) e sendo certo que pode ser ordenada logo após a constituição de arguido. A automaticidade da recolha resulta ainda da previsão do nº 6 daquele artigo 8º, que prevê a possibilidade de ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostra desnecessária ou inviável. Esta decisão vai mais longe, invocando que a possibilidade de dispensa da recolha é que terá de ser determinada por despacho fundamentado e não a recolha em si.*⁹⁷

Assim, relativamente a esta questão, verifica-se que o artigo 8º nº 1 e nº 2 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, prima pela automaticidade da recolha de amostras com finalidades de investigação criminal, pois estas terão de ser realizadas ao abrigo do artigo 172º do CPP.

No caso de não ter havido colheita anteriormente realizada nos termos do artigo 172º do CPP, proceder-se-á à extração de amostra, após o trânsito em julgado, em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, ainda que esta tenha sido substituída, operando tal recolha de forma automática. Não decorrerá de forma automática, no caso de existir a possibilidade desta recolha vir a ser dispensada, *sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha ou quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável*. Por isso, a dispensa da recolha terá de ser fundamentada por despacho judicial, por se tratar de uma análise ao caso concreto, pois a realização da recolha está, por si só, fundamentada e justificada, uma vez verificando-se preenchidos os pressupostos da lei.

Concluindo a análise das várias decisões judiciais, verifica-se que o caminho percorrido foi longo e discordante quando está em causa recolha de ADN de modo coercivo, no caso de existir recusa expressa do arguido em permitir tal colheita, mas a jurisprudência tem sido inequívoca ao considerar que, desde que haja uma autorização judicial, a mesma poderá vir a ser realizada estando constitucionalmente legitimada, uma vez que está legalmente prevista e motivada, prossegue uma finalidade legítima, tendo de ser

⁹⁷ Acórdão Tribunal Relação Lisboa de 5 maio de 2015, Proc. nº 241/11.5JELSB.L1-5, relatora: Alda Tomé Casimiro. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5ae02635d8f26b4780257e5a005474a7?OpenDocument> >

proporcional quando está em causa a restrição dos direitos fundamentais e o fim que se pretende alcançar, como verificamos, a realização da justiça e a prossecução da verdade material são interesses constitucionalmente protegidos e deverão prevalecer em relação ao direito do arguido em não ser importunado na sua esfera jurídica privada, tendo estas diligências de serem realizadas com respeito pela dignidade da pessoa humana, através do método de zaragatoa bucal, considerado na Lei nº 5/2008 como um método não invasivo, e nunca realizadas com recurso a tratamentos desumanos ou degradantes, casos em que, por essa via, não estão legitimados.

A recolha coerciva constitui efetivamente uma ingerência na integridade física do visado, mas se essa ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros, esta é legítima. As bases de dados de perfis de ADN para a realização do seu primordial objetivo e subsistência terá sempre de ser composta por recolha de amostras, tendo de se considerar que tais recolhas se mostram necessárias para a prossecução das finalidades do processo penal: realização da justiça e prossecução da verdade material.

3.5.1.1. Princípio *in dubio pro reo*

O princípio *in dubio pro reo* como princípio relativo à prova no Processo Penal Português é corolário do princípio da presunção de inocência, ao lado do direito ao silêncio e direito à não autoincriminação, constituindo o chamado princípio *nemo tenetur se detegere*.⁹⁸

O princípio *in dubio pro reo*, na jurisprudência portuguesa, *não é mais que uma regra de decisão: produzida a prova e efetuada a sua valoração, quando o resultado do processo probatório seja uma dúvida, uma dúvida razoável e insuperável sobre a realidade dos factos, ou seja, subsistindo no espírito do julgador uma dúvida positiva e invencível sobre a verificação, ou não, de determinado facto, o juiz deve decidir a favor do arguido, dando como não provado o facto que lhe é desfavorável. Um non liquet sobre um facto da acusação recai materialmente sobre o Ministério Público, enquanto*

⁹⁸ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto-Vol. I*, p. 93

*titular da ação penal, pois que sobre o arguido não impende qualquer dever de colaboração na descoberta da verdade.*⁹⁹

O arguido terá de ser sempre absolvido, quando uma dúvida estiver na sua base e não for feita prova plena quanto à sua culpabilidade no caso concreto, pois tal como afirma Germano Marques da Silva *a condenação sem prova da culpabilidade do arguido representa um gravíssimo atentado à dignidade da Pessoa Humana.*¹⁰⁰

Uma vez que não é linear a aferição de prova plena da culpabilidade do arguido, presumindo-se sempre inocente até prova em contrário, este poderá não saber factos relevantes que constituem o objeto do processo, gozando assim do direito ao silêncio, considerando que a *inferência imediata da presunção de inocência é o direito a calar*,¹⁰¹ e não sendo *humanamente exigível que qualquer pessoa contribua para a sua condenação*¹⁰² – direito à não autoincriminação e estando no âmbito deste estudo a obrigatoriedade do arguido contribuir com o seu próprio corpo, a ser objeto de exames e colheitas do seu material genético, facultando ou não tais elementos probatórios, partir-se-á para a delimitação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

3.5.1.2. Direito ao silêncio e à não autoincriminação – princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

O arguido, no âmbito do Processo Penal Português, pode constituir ele próprio, um meio de prova em dois sentidos: sentido material, através de declarações prestadas por si, e em sentido formal, mediante provas recolhidas por intrusões corporais, em virtude da obrigatoriedade de o mesmo se sujeitar a exames e colheitas de material genético, sendo passível de contribuir para a sua autoincriminação, entrando no âmbito do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, provando a sua culpabilidade no delito

⁹⁹ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 14 Dezembro de 2010, Proc. nº 518/08.7PLLSB.L1-5, relator: Neto de Moura. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/aba444dbf4617107802578100056ebdc?OpenDocument>>

¹⁰⁰ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto- Vol. I*, p. 93

¹⁰¹ SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto- Vol. I*, p. 94

¹⁰² SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto- Vol. I*, p. 95

criminal ou dissipando a eventual prova acerca da sua culpabilidade, provando estar inocente – princípio de inocência.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tem origem anglo-saxónica e traduz-se em ninguém poder ser obrigado a contribuir para a sua própria culpabilidade.¹⁰³ Atualmente, ninguém pode ser alvo de um processo crime contra si, sem haver fundadas suspeitas da sua ação.

Perfilhamos o entendimento de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, em tal princípio ter como vetores o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação.¹⁰⁴

*O privilégio contra a autoincriminação, ou o direito ao silêncio, significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos que o desfavoreça, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória.*¹⁰⁵

O direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio não têm consagração legal expressa na Constituição, mas a jurisprudência e a doutrina considera-os como princípios constitucionais não escritos.¹⁰⁶ Estes têm uma ligação íntima, pois em ambos o que está em causa são as garantias de defesa dos arguidos em virtude de tais diligências probatórias.

Assim, o arguido, portador de direitos e deveres processuais estritamente reconhecidos pelo estatuto de sujeito processual que adquire no âmbito de um processo criminal, terá de colaborar na obtenção de certas diligências de prova, pondo em causa a extensão do

¹⁰³ PINTO, Lara Sofia. *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudo sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, p.99-104

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. (Parecer) in *Supervisão Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova (CMVM)*, p. 39

¹⁰⁵ Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Janeiro de 2005, Proc. nº 04P3276, relator: Henrique Gaspar. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6f7d23e48ba2037d802570a50035503c?OpenDocument>>

¹⁰⁶ MENEZES, Sofia Saraiva de. *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudo sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, p.120

princípio *nemo tenetur*, colocando-se a questão: até que ponto poderá o arguido ter de colaborar com a justiça penal?

A lei impõe a colaboração do arguido nos casos de sujeição a exames previstos nos artigo 172º do CPP e a perícias médico-legais e forense de acordo com o artigo 6º da Lei nº 45/2004 de 19 de agosto, tendo ainda de *sujeitar-se a diligências de prova e medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente*, segundo o preceituado no artigo 61º n.º3 alínea d) do CPP.¹⁰⁷ Tal colaboração do arguido, nestes precisos termos, coloca em causa o princípio contra a autoincriminação, pois a lei limita ou restringe este princípio nestes casos, impondo ao arguido que este colabore, respondendo ou entregando elementos de prova que o podem incriminar. Contudo, o nº 1 do artigo 61º, na alínea d) do CPP, concede ao arguido o direito ao silêncio estipulando que *o arguido goza, em qualquer fase do processo, salvo as exceções da lei, o direito de não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*. O arguido deverá ser advertido de forma livre e esclarecida, de que goza deste direito ao silêncio, podendo na sua defesa optar por se remeter ao silêncio total ou parcial, sendo que no caso de se remeter a tal silêncio, esta opção não lhe poderá desfavorecer em qualquer circunstância.¹⁰⁸

O alcance do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é posto em causa, relativamente a esta colaboração do arguido, sendo ponto de divergência na doutrina nacional e internacional, tendo também a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem contribuído para a delimitação e restrições de tais direitos (direito ao silêncio e direito à não autoincriminação).

Assim, na doutrina, surgiu a tese substantivista e processualista, onde a primeira defende que o princípio *nemo tenetur*, deriva dos direitos fundamentais, sendo perfilhada pela doutrina alemã; já a segunda tese, defendida pela doutrina portuguesa com a qual concordamos, defende que tal princípio deriva das garantias processuais do

¹⁰⁷ PINTO, Lara Sofia. *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudo sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, p.96

¹⁰⁸ MENEZES, Sofia Saraiva de. *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudo sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, p.127

arguido e princípio da presunção de inocência.¹⁰⁹ Concordamos com a tese processualista, uma vez que o que se vê passível de restrição é o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação que constituem as garantias de defesa do arguido e por conseguinte o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

A maioria da doutrina portuguesa tem considerado que a colaboração do arguido e o privilégio contra a autoincriminação e o direito ao silêncio – princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, é passível de restrições ou limitações. Estes direitos encontram-se, desde logo, limitados, pelo artigo 6º da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, quando refere *ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame-médico-legal quando este se mostre necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei*, em conjugação com o artigo 172º nº 1 do CPP, partindo desta imposição legal, em que medida a realização de intrusões corporais ao arguido como meio de prova, poderá contender com o direito à não autoincriminação e direito ao silêncio? Consideramos que o que está em causa no direito à não autoincriminação é o direito que o arguido possui em não fornecer elementos de prova para a sua incriminação, e que o direito ao silêncio abrange apenas as declarações do arguido sobre os factos que são objeto do processo, o direito a este não querer prestar declarações, não confessar a autoria do crime, não querer contribuir para a investigação, não podendo ser prejudicado em virtude de assumir esta posição perante o processo.

Havendo a possibilidade de se restringir ou limitar o princípio *nemo tenetur*, sufragamos da opinião que o direito ao silêncio e à não autoincriminação não são direitos absolutos, em contradição, com o que viria a decidir a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na sua decisão *Funke vs. França* que afirmava o carácter absoluto do direito à não autoincriminação e que o mesmo está previsto no artigo 6º nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.¹¹⁰

Em decisões posteriores, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem afirmar o carácter relativo do direito à não autoincriminação, ou seja, passível de

¹⁰⁹ PINTO, Lara Sofia. *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudo sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, p.106

¹¹⁰ AGOSTINHO, Patrícia Naré. *Intrusões Corporais em Processo Penal*, p.100

haver restrições a este direito, nomeadamente, com as decisões de *Jonh Murray vs. Reino Unido* e *Saunders vs. Reino Unido*.

Na decisão *Jonh Murray vs. Reino Unido*, o direito ao silêncio foi tido como um direito não absoluto afirmando que *nas situações que reclamam claramente uma explicação do arguido ao silêncio pode ser tido em consideração para aferir da persuasão da prova aduzida pela acusação (...) somente quando a prova contra o arguido exige uma explicação que este tem a possibilidade de fornecer a ausência de explicação permite de acordo com o senso comum a extração de uma inferência de que não há qualquer explicação de que conseqüentemente o arguido é culpado*, estabelecendo o critério de *inferência do senso comum*, para se restringir/limitar o direito ao silêncio, onde a ilação de culpa é extraída no caso de ausência de resposta, referindo apenas quanto ao direito à não autoincriminação que, *embora não especificamente mencionado no art. 6º da Convenção, não pode haver dúvidas de que o direito ao silêncio durante o interrogatório policial e que o privilégio contra a autoincriminação são princípios geralmente aceites a nível internacional que radicam no núcleo essencial do direito a um processo equitativo.*¹¹¹

Na decisão *Saunders vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, exclui do direito à não autoincriminação, as provas obtidas através de métodos coercivos, independentemente da vontade do arguido. Este acórdão considerou que o direito à não autoincriminação não abrange a prova obtida por meios coercivos, tendo uma existência independente da vontade do suspeito, verificando-se assim, que estabelece o critério da independência de prova em relação à vontade do visado, ou seja, o direito à não autoincriminação é restringido pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo o direito ao silêncio o uso de métodos de recolha de prova coercivos, que são obtidos para lá da vontade do visado, como é o caso da recolha de material genético.¹¹²

A jurisprudência no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 155/2007, proclama que, *o direito à não autoincriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam*

¹¹¹ AGOSTINHO, Patrícia Naré. *Intrusões Corporais em Processo Penal*, p.102

¹¹² AGOSTINHO, Patrícia Naré. *Intrusões Corporais em Processo Penal*, p.103

*independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo (...) da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN, verificando-se que partilha da mesma opinião que a decisão proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Saunders vs. Reino Unido.*¹¹³

Neste sentido, a recolha de material biológico não é considerada uma declaração do arguido, visto que, primeiramente, se irá proceder a uma extração, que só posteriormente, irá ser passível de um resultado incerto, podendo não se consubstanciar numa declaração de prova contra si mesmo, ou seja, não se confessar culpado. Esta colaboração do arguido de sujeição a testes de ADN constitui uma exceção ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, mas tal conduta deverá estar prevista legalmente e ser considerada necessária, adequada e proporcional, sendo este o parecer assumido de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade¹¹⁴, do qual perfilhamos, isto é, cumprindo-se os requisitos do artigo 18º nº 2 da CRP. Assumida esta posição e, uma vez que o silêncio não o poderá desfavorecer, também não será passível de o poder beneficiar no sentido de não se conseguir apurar a veracidade dos factos quando o mesmo tem a possibilidade de se submeter a exames de sua livre vontade, mas opta por não o fazer, “obstruindo a justiça” do caso concreto, pois se não cometeu o crime, e se não teme a sua incriminação poderá o mesmo contribuir para a sua ilibação.

¹¹³ MOREIRA, Sara Leitão. *O princípio nemo tenetur se ipsum accusare – Faux Friend ?* [Consultado em 11-07-2018], p. 7. Disponível em: <[https://cabodotrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.1.4 Sara Filipa Leitao de Maia Moreira.pdf](https://cabodotrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.1.4_Sara_Filipa_Leitao_de_Maia_Moreira.pdf)>

¹¹⁴ PINTO, Lara Sofia. *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudo sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, p.111

4. Restrição dos direitos fundamentais dos arguidos e a sua admissibilidade

Vimos que a realização de exame e posterior análise pericial de ADN pode entrar em colisão com uma panóplia de direitos fundamentais dos arguidos constitucionalmente protegidos, tais como: direito à integridade física, direito à autodeterminação corporal e autodeterminação informacional e direito à reserva da intimidade da vida privada.

Os direitos fundamentais, não são direitos absolutos, podendo sofrer restrições. Os arguidos no âmbito do caso concreto têm de se sujeitar a ver a sua esfera jurídica afetada, na medida em que certos direitos fundamentais que lhes estão adstritos são restringidos/limitados em virtude da prossecução das finalidades do Processo Penal, sendo necessário estabelecer um equilíbrio, averiguando-se a necessidade, proporcionalidade e adequação entre os seus direitos constitucionalmente protegidos e o interesse estadual na busca da verdade material e realização da justiça, em prol dos interesses comunitários, como é o caso da persecução do combate ao crime. Apesar disso, tais situações não podem sobrepor-se sempre aos direitos fundamentais dos arguidos, de modo a justificar-se situações que possam ser violadoras desses direitos.

O Tribunal Constitucional no seu acórdão nº 155/2007 refere a posição de Vieira de Andrade ao entender que *há direitos, como o direito à vida, o direito à integridade física ou o direito a não ser condenado senão em virtude de lei anterior, cuja violação, por menor que seja, não é admissível, pois sempre será atingido o conteúdo essencial do preceito constitucional que os consagra. No entanto, estamos em crer que relativamente ao direito à integridade pessoal (física e moral) assim não será o caso de lesões insignificantes e reversíveis, designadamente quando em confronto com direitos ou valores preponderantes, como o direito à vida, segurança das pessoas ou a administração da justiça penal.*¹¹⁵

A Constituição prevê a admissibilidade de se restringir direitos, liberdades e garantias, mas sempre respeitando certos requisitos de admissibilidade que estão no seu artigo 18º. Benjamim Silva Rodrigues afirma que *a limitação ou restrição de um direito*

¹¹⁵ Acórdão Tribunal Constitucional nº 155/2007 de 2 de março, Proc. nº 695/06, relator: Gil Galvão. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>

*fundamental somente pode correr à luz do regime do bem jurídico a sacrificar e à luz dos cânones hermenêuticos contidos no artigo 18º, nº 2 da CRP.*¹¹⁶

Deste modo, primeiramente o artigo 18º da CRP, no seu nº 2 estabelece que *a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos.*

Tais direitos, só poderão ser alvo de limitações ou restrições na medida do estritamente necessário, tendo especial ênfase aqui o princípio da proporcionalidade. Tal como refere o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 634/93, cujo relator é Luís Nunes de Almeida, *o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípios da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).*¹¹⁷

Os requisitos de validade para ser admissível restringir-se direitos, liberdades e garantias dos arguidos estão previstos no nº 3 do artigo 18º da CRP, tendo como primeiro requisito: *as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato*; o segundo requisito reporta-se ao facto de *não podem ter efeito retroativo*; sendo que o terceiro se cinge aos casos *não poder, diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.*

Recorrendo ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 155/2007, já abordado na análise jurisprudencial num dos pontos da nossa dissertação no âmbito da recolha coerciva de material biológico estipula que *a Constituição não proíbe em absoluto, a recolha coativa de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da*

¹¹⁶ RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN ? Controlo de Velocidade, Álcool e Substancias Psicotrópicas – Tomo I*, p. 165

¹¹⁷ Acórdão Tribunal Constitucional nº 634/93, Proc. nº 94/92, relator: Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930634.html>

*utilização da técnica da zaragatoa bucal) e a sua posterior análise genética não consentida para fins de investigação criminal, no caso concreto para subsequente comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime. Decisivo é, no entanto, verificar se os normativos que concretizam os termos dessa possibilidade respeitam as exigências constitucionais de adequação, exigibilidade e de proporcionalidade em sentido estrito que, como vimos, designadamente, da segunda parte do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa. Ora, no caso em análise, não se pode afirmar que isso não aconteça com as normas que aqui vêm questionadas pelo recorrente, em termos de estas merecerem, deste ponto de vista, uma censura constitucional.*¹¹⁸

Reconhecemos então que existe a possibilidade de se limitar ou restringir os direitos fundamentais dos arguidos se se verificarem os requisitos previstos no n.º 2 em conjugação com o n.º 3 do artigo 18.º da CRP, em que para ser admissível terá de ser autorizada pela Constituição, estar sustentada em Lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado, conforme o artigo 165.º n.º 1 alínea b) CRP, visar sempre a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido para a qual terá de ser, necessária, adequada e proporcional e ainda estar-se perante lei com carácter geral e abstrato, sem efeito retroativo e nunca diminuir a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

¹¹⁸ Acórdão Tribunal Constitucional n.º 155/2007 de 2 de março, Proc. n.º 695/06, relator: Gil Galvão. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>

Capítulo III – Base de dados de perfis de ADN

1. Base de dados de perfis de ADN para identificação civil e identificação criminal – Lei nº 5/2008, de 12 fevereiro

Ao longo da dissertação, mencionamos e consideramos que a Lei nº5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, teve um importantíssimo contributo na regulação da matéria de recolhas de material biológico de arguidos, matéria discutida e de carácter divergente, até hoje. Faremos uma breve referência, sobre o que motivou a sua criação e o percurso legislativo percorrido, até a sua efetiva entrada em vigor.

A segurança de um Estado é fator determinante na prossecução de salvaguarda dos interesses da comunidade e os progressos da genética forense contribuíram para que vários países instituíssem bases de dados, tendo a União Europeia, através da Resolução do Conselho de 9 de junho de 1997, relativa ao estabelecimento de bases de dados nacionais e a Resolução do Conselho de 25 de junho de 2001, quanto à partilha de perfis de ADN entre os Estados Membros, oficializado tais criações, e o Tratado de Prüm e a Decisão 2008/615/JAI em 23 de junho de 2008, aprofundado a cooperação internacional, no âmbito de partilha de informações entre os Estados-Membros.¹¹⁹

A criação de uma base de dados de perfis de ADN em Portugal, veio auxiliar a investigação criminal, tornando possível a comparação entre o perfil de vestígio biológico colhido e os perfis já existentes na base, possibilitando a identificação do suspeito/arguido, comparação que permite averiguar se o mesmo indivíduo está envolvido em várias atividades criminosas ou obter dados informativos que indiquem que o mesmo já esteve envolvido em atividades ilícitas anteriormente. A complexidade que envolve toda uma base de dados, de forma a dar resposta a situações de criminalidade que põe em causa a segurança de um Estado, levou a que o processo legislativo traçado fosse delineado de forma meticulosa.

¹¹⁹ REAL-CORTE, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p. 145-146

Assim, através do Despacho nº2584/2006, foi criada uma comissão para elaboração da proposta de constituição e funcionamento da base de dados de perfis de ADN, tendo este sido apresentado ao Governo em 18 de dezembro de 2006, contando com a pronúncia da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), através do Parecer nº18/2007 de 13 de abril de 2007¹²⁰ e do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), com o Parecer nº 52/2007 de 12 junho 2007.¹²¹ Tais pareceres, estabeleceram regras importantes, tais como considerar proporcional o tratamento de dados pessoais genéticos, tendo em atenção os princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, sendo incluídos, na Proposta de Lei nº 144/X, Parecer nº 41/2007 de 16 junho de 2007, bem como o consentimento para a recolha de material biológico, ser livre, informado e escrito e bem como o modo de fiscalização da base de dados.¹²² O decreto nº 180/X, aprovado pela Assembleia da República a 6 de dezembro de 2007, veio aprovar a criação da base de dados de perfis de ADN, tendo sido promulgada a 22 de janeiro de 2008, entrando, posteriormente, em vigor a Lei nº 5/2008 de 12 fevereiro – Lei de criação da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.¹²³ A presente Lei, para além de estabelecer princípios, regular recolhas, tratamentos e conservação de amostras biológicas colhidas dos arguidos e respetivas informações, veio estabelecer o Regulamento de Funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN, aprovado pelo Conselho Médico-Legal do INML através da Deliberação nº 3191, designando-se, posteriormente, os membros do Conselho de Fiscalização da Base de Dados, bem como fixados os marcadores de ADN suscetíveis de integração na base de dados.¹²⁴

¹²⁰ BOTELHO. Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 243

¹²¹ BOTELHO. Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 245

¹²² BOTELHO. Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 244-246

¹²³ BOTELHO. Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 246

¹²⁴ BOTELHO. Marta Maria Maio Madalena. *A Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*, p. 247

2. Análises, obtenção de perfis e admissibilidade de cruzamento de dados

Abordado o processo legislativo para a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, a Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, cumpre agora explicar como se processa a colheita de amostras biológicas e determinação de perfis genéticos para a sua inclusão na base de dados, aferir o modo de funcionamento, relativamente ao armazenamento, tratamento, conservação e remoção, bem como quais os critérios de admissibilidade de interconexão, ou seja, cruzamento de dados com as bases de dados de outros países, no âmbito da chamada cooperação internacional

Quanto ao método de colheita de amostras biológicas e determinação de perfis genéticos para a sua inclusão na base de dados, as análises de ADN terão de ser primeiramente, presididas por um consentimento, que terá de ser livre, esclarecido e escrito, não havendo aqui qualquer tipo de ocorrência anormal ao bom funcionamento da colheita; o mesmo já não acontece, quando, por força de determinadas circunstâncias, os arguidos não prestam o seu consentimento de forma voluntária, entrando-se no campo da coercibilidade na recolha de material biológico, em que a presente lei considera que só o juiz terá a legitimidade para ordenar, mesmo coercivamente, tal recolha de material genético do arguido, seguindo os critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, imprescindíveis quando se trata de restringir-se direitos fundamentais dos arguidos, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado, sendo estas as condições preceituadas ao abrigo dos artigos 8º nº 1, remetendo para o artigo 172º do CPP, em conjugação com o artigo 16º nº 1 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro e o artigo 154º nº 3 do CPP.¹²⁵

Quanto à obtenção de perfis de ADN e a sua respetiva inclusão na base de dados, muito foi discutida, se apenas se procedia à inserção de perfis de condenados, ou se, se inseria, também, perfis de suspeitos ou arguidos.¹²⁶

A lei nº 5/2008 de 12 de fevereiro acabou por não abarcar a inclusão de ficheiro de perfis de arguidos, pois *a previsão de um ficheiro de suspeitos ou arguidos na base de*

¹²⁵ PINHEIRO, Maria Fátima. *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça*, p. 31

¹²⁶ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.154

*dados levaria a que a proposta pudesse ser inconstitucional, com o argumento de que esses cidadãos são inocentes até prova em contrário.*¹²⁷ A recolha de amostras biológicas para obtenção do perfil de ADN do mesmo ficará mantida em ficheiro autónomo e provisório, não integrado na base de dados, podendo apenas servir de comparação com dados que foram objeto de recolha em locais de crime e nas próprias vítimas, inerentes ao processo crime a que dizem respeito. Tratando-se de um ficheiro provisório relativo a arguidos, com o arquivamento do processo ou sendo o arguido condenado a pena inferior a 3 anos de prisão, o seu ficheiro será destruído. Mas no caso de o arguido ser condenado a pena igual ou superior a 3 anos de prisão, estes dados passarão a ser incorporados no ficheiro de pessoas condenadas, de acordo com as decisões proferidas por despacho dos juízes de julgamento.¹²⁸ A medida da pena a considerar, na determinação de perfil de ADN nos casos em que ocorre a condenação em pena igual ou superior a 3 anos tem como pressuposto a automaticidade da inserção, após verificar-se determinados requisitos legais.

No entanto, considerou-se a possibilidade, conforme refere Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira, de haver *interconexão de perfis de arguidos com os perfis de amostras problema existentes na base de dados.*¹²⁹ Tal possibilidade deverá e poderá ser exercida sempre que for considerada necessária, nos termos da presente lei, que foi aprovada, sendo *por essa via não se equiparam os arguidos aos condenados, no sentido de permanência dos seus perfis na base de dados, mas não se retirou à investigação criminal uma ferramenta que lhe pode ser útil, salvaguardando os direitos daqueles cidadãos.*¹³⁰ No caso da recolha coerciva e a inclusão dos perfis de ADN na base de dados, referentes ao artigo 172º n.º 1 e n.º 2 do CPP que faz remissão para os artigos 154º n.º 3 e 156º n.º 6 e n.º 7 do mesmo Código, o INML procede ao cumprimento do que for decretado por decisão judicial que lhe for apresentada no momento.¹³¹

¹²⁷ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.155

¹²⁸ PINHEIRO, Maria Fátima. *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça*, p. 33

¹²⁹ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.155

¹³⁰ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.155

¹³¹ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.167

O artigo 15º da presente lei, possibilita assim: a criação de ficheiros de voluntários; ficheiros de amostras problema para identificação civil; ficheiros de amostras referência para identificação civil; ficheiro de amostras problema para a investigação criminal; ficheiros de condenados e ficheiros profissionais, estabelecendo o artigo 18º quem terá legitimidade para a inserção de dados. Os perfis relativos a voluntários, parentes de pessoas desaparecidas ou profissionais serão inseridos, após o seu consentimento livre, informado e escrito; os perfis de amostras problemas para identificação criminal ou civil passarão por o processo de inclusão, mediante despacho do magistrado competente pelo processo e os perfis de condenados serão inseridos após despacho do juiz de julgamento.¹³²

Quanto ao armazenamento ou conservação de perfis de ADN e a sua respetiva remoção, os períodos divergem conforme os ficheiros. Iremos só fazer referência: aos perfis de amostras problemas para fins de investigação criminal, perfis de voluntários, perfis de condenados e de profissionais.

Os perfis de amostras problema, recolhidas no local do crime para fins de investigação criminal, a sua remoção, prende-se com a questão de haver ou não identificação com a do arguido.

No caso de a amostra ser identificada com o arguido, será removida no termo do processo criminal ou no fim do prazo máximo de prescrição de tal processo, de acordo com o artigo 26º nº 1 alínea d). No caso de não haver identificação da amostra com o arguido, será removida, passados vinte anos após a recolha, de acordo com o artigo 26º nº 1 alínea e).

Os perfis relativos a amostras de voluntários, obtidas nos termos do artigo 6º nº 1, serão conservados por tempo ilimitado, só sendo alvo de um processo de remoção na base de dados de perfis ADN, se for revogado o consentimento prestado de forma livre, informado e escrito, que se prestou aquando da sua inserção, de acordo com o nº 1 alínea a) do artigo 26º.

¹³² CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.158

Os perfis de condenados, ou seja, de pessoas condenadas em processos crimes, por decisão judicial transitada em julgado ao abrigo do artigo 8º nº 2 e 3 da Lei nº 5/2008 de 12 de fevereiro, serão eliminados na data em que se proceda ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal, de acordo com o preceituado no artigo 26º nº 1 alínea f), sendo que já os perfis de profissionais serão eliminados nos vinte anos após a sua cessação de funções, de acordo com a alínea g) do mesmo artigo.

O cruzamento de dados de perfis de ADN para finalidades de identificações civis e criminais, ou seja, partilha de dados entre os diversos países, Estados-Membro, leva-nos a entrar no campo da cooperação internacional, onde a assinatura do Tratado de Prüm, foi um marco importante, para se promover a cooperação policial e judiciária, através do aprofundamento da cooperação transfronteiriça, no domínio da luta contra o terrorismo, criminalidade transnacional e migração ilegal.¹³³ A decisão 2008/615/JAI do Conselho da União Europeia de 23 de junho de 2008 veio alargar o âmbito do Tratado de Prüm, definindo regras de segurança relativas aos dados armazenados e estabelecer critérios de proteção de dados pessoais.

Assim, os Estados-Membros poderão disponibilizar os perfis de ADN contidos nas bases de dados para comparação. Quem efetua a transmissão de dados em Portugal é o INML.¹³⁴ Na interconexão de perfis de ADN entre os Estados-Membros, poderá haver: comparação entre um perfil de ADN de amostra problema e perfis de amostra referência ou perfis de amostras problemas que constam na base de dados dos diversos países, ou então haver comparação entre perfis de ADN de amostra referência e perfis de amostras problemas que estão inseridos na base de dados dos diversos países.¹³⁵ A comparação efetua-se nos casos em que os Estados são detentores de perfis genéticos não identificados, onde o Estado-Membro requerente irá comparar os seus perfis de ADN não identificados com os perfis de ADN contidos nos índices de referência do Estado-Membro requerido, operando de comum acordo entre eles. Esta transmissão de perfis de ADN não identificados só ocorrerá se tal estiver previsto na legislação do

¹³³ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.172

¹³⁴ NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armazenamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*, p. 17

¹³⁵ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.172

Estado-Membro requerente, onde tal transmissão e comparação irão realizar-se de forma automática.¹³⁶

Além da comparação de perfis, é possível a consulta de perfis de ADN, onde se permite constatar a coincidência ou não coincidência entre os perfis de ADN, só podendo esta ser feita em certos casos e segundo as disposições previstas na legislação do Estado-Membro requerente. Se houver coincidência entre os perfis de ADN, o Estado requerido enviará os seus índices de referência,¹³⁷ podendo, ainda, numa fase posterior, ser-lhe solicitado dados pessoais específicos do cidadão de um outro Estado-Membro, bem como outras informações que estejam relacionadas com o mesmo, tudo transmitido só dentro do que for permitido pela legislação nacional do Estado requerido.¹³⁸ Não havendo coincidência, será logo enviada uma resposta automática que indica essa não coincidência.

Haverá casos, ainda, em que se permitirá que se proceda à recolha de material genético em pessoa que se encontre em território de um Estado-Membro requerido, realizando este a própria análise de forma a obter e proceder ao posterior envio do perfil de ADN que obteve. No entanto, tal operação estará dependente e seguirá as regras preceituadas nas legislações dos Estados-Membros requeridos e requerentes.¹³⁹

¹³⁶ NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armazenamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*, p. 18

¹³⁷ NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armazenamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*, p. 18

¹³⁸ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.173

¹³⁹ CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*, p.173

Conclusão

A realização deste estudo permitiu o reconhecimento de que os avanços da Genética Forense, com recurso à prova de ADN é um instrumento auxiliar para a Investigação Criminal na resolução de delitos criminais, através da recolha de amostras biológicas colhidas em arguidos e condenados, passível de se alcançar a identificação do autor de um alegado crime, como forma de realização da justiça criminal aplicável ao caso concreto.

As legislações nacionais e internacionais disciplinam a prova genética quanto ao modo de processamento e valoração, elucidando o arguido sobre os métodos utilizados para se proceder à extração do seu material genético suscetível de ser analisado com a finalidade de se traçar um perfil genético para posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime ou nas vítimas, passando a constar em ficheiro, numa base de dados de perfis de ADN, bem como, assegurando-lhe um conjunto de garantias de defesa sempre com o integral respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Portuguesa, o Código de Processo Penal e as legislações avulsas – Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação de uma Base de Dados de Perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, que estabelece o Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses, legitimam a realização de intervenções corporais no âmbito de processos criminais, em harmonização com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que garantem direitos ao arguido, como o caso da impossibilidade de ser submetido a torturas, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, não sendo também admitidas provas obtidas com recurso ao meios proibidos de prova expressos no artigo 126º do CPP, tendo como consequência sua não utilização e valoração, protegendo-o de forma a conceder-lhe um processo equitativo.

O sistema de justiça penal regula os atos e diligências investigatórias a que o arguido está submetido, concedendo-lhe a possibilidade de que se for suspeito de ter praticado um crime e sempre que tiverem de ser realizadas diligências que pessoalmente o afetem possa pedir a sua constituição como arguido, requisito para ser utilizado como prova no processo, sendo a tramitação realizada com total respeito pelos seus direitos fundamentais e oferecendo garantias de defesa – direito ao silêncio e direito à não

autoincriminação, gozando do princípio da presunção de inocência e princípio do respeito da decisão da sua vontade que impõe a admissão das provas que não forem proibidas por lei, consoante o artigo 125º CPP, protegendo-se a sua dignidade humana inerente ao processo.

Esta prova adquirida através do corpo do arguido, cinge-se ao ADN não codificante, não evidenciando predisposições genéticas específicas do arguido, delineando-se o âmbito da prova forense em, primeiramente, se proceder à recolha do material genético através do método de exame e posterior análise dessa colheita, consubstanciando-se como uma perícia de ADN. Tal prova está submetida à livre apreciação do julgador por força do artigo 163º nº 1 do CPP, como uma prova vinculada, constituindo uma exceção ao princípio da livre apreciação da prova do artigo 127º do CPP, não podendo ser apreciada livremente pelo juiz, por conter conhecimentos técnicos, científicos e artísticos.

A recolha de material genético dos arguidos irá contender com os seus direitos fundamentais: direito à integridade física, direito à autodeterminação corporal e informacional, direito à reserva da intimidade da vida privada.

No entanto, tais direitos fundamentais dos arguidos e condenados não são direitos absolutos, podendo ser restringidos e limitados e tal será legítimo sempre que a Constituição autorize, esteja sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado, visar salvaguardar um direito ou interesse constitucionalmente protegido e for necessária essa salvaguarda adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo, tiver carácter geral ou abstrato, não tiver efeito retroativo e não diminuir a extensão e o alcance essencial dos preceitos constitucionais, pressupostos contidos no artigo 18º nº 2 e 3 da CRP, em que o arguido ou condenado verá a sua esfera jurídica restringida em prol de interesses comunitários na realização da justiça criminal e apuramento da verdade, combatendo o crime. Nesse sentido, o arguido tendo o direito ao silêncio, que se traduz no direito de não prestar declarações e vir a confessar a autoria do crime e o direito à não autoincriminação em não fornecer elementos de prova, não sendo estes direitos absolutos, poderão sofrer restrições. A recolha de ADN não é uma declaração do arguido, constituindo uma exceção ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, sendo legalmente admissível uma vez respeitado o artigo 18º nº 2 da CRP, pois o que se irá alcançar com a extração é um resultado primeiramente incerto,

não sendo logo passível de o definir como culpado, declarando prova contra si mesmo, pois a prova de ADN terá de ser entendida com base em duas finalidades: permitir a identificação do autor de um crime ou ilibar um inocente.

Antes de se proceder a uma recolha, o consentimento é fator determinante para a extração do material genético dos arguidos e condenados, devendo prestá-lo de forma livre, consciente e informado sobre os procedimentos da recolha (inserção do seu perfil de ADN na base de dados de perfis de ADN e possibilidade de interconexão de dados) estando a respeitar-se alguns dos seus direitos pessoais.

Uma vez prestado o seu consentimento, a recolha far-se-á consoante os devidos trâmites, mas caso o arguido não preste o seu consentimento, a recolha terá de ser feita de forma coerciva, tendo as alterações legislativas ao Código de Processo Penal de 2007 e a entrada da Lei nº 5/2008, de 12 fevereiro, em conjugação com a Lei nº 45/2004, de 19 agosto, admitido tal coercibilidade.

Os avanços na jurisprudência, quanto à autorização para a realização da recolha coerciva, vedou ao Ministério Público a determinação da recolha, podendo esta só ser autorizada pelo juiz.

O arguido tem ao seu dispor um conjunto de possibilidades de defesa pessoais e garantias processuais, só sendo possível extrair os seus vestígios biológicos após a constituição de arguido e com uma autorização do juiz, sem a qual não se poderá valorar a prova assim obtida, sendo realizada por médico ou pessoa legalmente autorizada, acautelando-se a saúde do visado e, conseqüentemente, a sua integridade pessoal para que esta não seja posta em causa, recorrer-se-á a pessoas especializadas, como o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e o INML para analisar, com o máximo rigor possível, a amostra e posterior obtenção do perfil genético do arguido, concedendo a este o exercício do contraditório através do recurso à contra-análise, utilizando-se para esta recolha de ADN o método não invasivo, preferencialmente através da zaragatoa bucal ou outro equivalente, garantindo a integridade pessoal e reserva da intimidade da vida privada.

A recolha só poderá cingir-se a processos em curso ou em processos já instaurados, não podendo servir para a abertura de novos processos.

No caso de o arguido ter vários processos a correr contra si, simultânea e sucessivamente, a recolha de material biológico poderá ser dispensada, desde que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e quando esta se mostre desnecessária ou inviável, existindo preocupação judicial de não submeter o arguido a nova recolha, não provocando uma ingerência, novamente, na sua integridade física.

Verifica-se, assim, que o juiz pondera a necessidade do procedimento da colheita consoante as ditames do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade em contraposição com o interesse do Estado na realização da justiça para com as vítimas e pessoas afetadas pelo crime, justificando-se o conjunto de direitos afetados, uma vez que é regulada toda a atividade investigatória levada a cabo para se alcançar a prova.

Assim, existe ofensa do direito à integridade física do arguido, quando este se recusa a colaborar, mas a colheita em si não atenta a integridade, uma vez que o artigo 172º nº1 do CPP permite compelir o arguido (não necessariamente recorrer-se ao uso da força física propriamente dita) em conjugação com o artigo 8º nº 1 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, sendo apenas o modo como esta é realizada capaz de atentar contra a integridade física do visado. A lei refere que a colheita deverá ser feita através de médico ou pessoa autorizada, utilizando o método não invasivo (zaragatoa bucal ou outro equivalente) onde podemos tirar a ilação de que o que a lei proíbe é uma agressão (uso da força física) permitindo que se realize uma intervenção na integridade física, pois existe a preocupação com a saúde do visado e se a intenção fosse de agredir a integridade, o legislador não sentia a necessidade de regular e legitimar a recolha consoante as legislações em vigor, o que levaria a que esta fosse realizada através da utilização de outros métodos que não os contidos na lei.

O recurso a pessoas especializadas como o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e o INML vão respeitar a reserva da vida privada, impedindo o acesso e a não divulgação das suas informações a pessoas não abrangidas no exercício de funções de investigação criminal, respeitando-se também, nessa ponto, o direito à autodeterminação informacional, na medida, em que o arguido terá o controlo dos seus dados pessoais informatizados, só podendo, efetivamente, serem estes direitos restringidos em função dos interesses coletivos e alcance da verdade material que numa sociedade democrática seja necessária.

Os dados pessoais informatizados irão constar de uma base de dados de perfis de ADN, para subsistência e alcance dos seus objetivos, verificando-se a necessidade das intervenções para se alcançar os perfis genéticos dos arguidos e condenados, de acordo com a jurisprudência e a doutrina, realizando-se, desta forma, a justiça.

É transmitida ao arguido, cumprindo-se o seu direito à autodeterminação informacional, a finalidade a que se destina a recolha de amostras, em virtude de, a nível internacional, o Tratado de Prüm ter contribuído para a cooperação internacional de partilha de informações entre Estados-Membros para comparação de perfis, tendo como transmissor de dados o INML, sendo possível a comparação e consulta de perfis de ADN reguladas por legislações nacionais dos Estados-Membros requerentes e requeridos, podendo ver o seu direito restringido ou limitado.

A base de dados de ADN portuguesa é composta por «amostras problema» que são os perfis resultantes das amostras de vestígios biológicos recolhidas durante a investigação criminal e as «amostras referência» que são os perfis de pessoas condenadas constantes da base de dados. Não contém perfis de arguidos, ficando esta amostra mantida em ficheiro autónomo e provisório em que se o processo for arquivado ou sendo o arguido condenado a pena inferior a três anos de prisão o seu ficheiro será destruído.

A base de dados contém ficheiros referentes a condenados com pena concreta igual ou superior a três anos de prisão. Verifica-se a automaticidade da recolha em condenados, face a uma condenação transitada em julgado, quando a efetiva recolha não tenha sido realizada anteriormente, constituindo a condenação em pena concreta igual ou superior a três anos de prisão um critério suscetível de revelar propensão para atividades criminosas de certa gravidade que justificam a inserção na base, de acordo com a jurisprudência.

Concluindo, é admissível o arguido servir como prova no processo penal, sujeitando-se a recolhas de vestígios biológicos para se obter o seu perfil genético, mesmo que realizada de forma coerciva, pois a legislação permite sempre que necessário “compelir” o arguido, sempre que este se recuse em colaborar, pautando-se todo o processado com respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade na intervenção desses atos investigatórios, sendo legítimo restringir-se os direitos fundamentais do arguidos em prol de outros direitos constitucionais

protegidos como a realização da justiça e o alcance da verdade, na resolução de casos que suscitam uma resposta imediata, cumprindo-se todos os parâmetros de segurança impostos pelos cidadãos, como forma de combate e repressão ao crime dentro de um Estado de Direito.

Bibliografia

- AGOSTINHO, Patrícia Naré. *Intrusões Corporais em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 978-972-32-2302-6
- ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando. *Os Tribunais as Polícias e o Cidadão - O Processo Penal Prático*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Coimbra: Almedina, 2002. Sem ISBN.
- ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. *Direito Penal Hoje – Novos Desafios e Novas Respostas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. 978-972-32-1692-9.
- ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016. 978-972-40-6558-8.
- BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena. *Utilização das Técnicas de ADN no âmbito jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2013. 978-972-40-5020-1.
- CABRAL, Rita Amaral. *O Direito à Intimidade da Vida Privada – Breve Reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil – Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*. Lisboa: AAFDL, 1988. Sem ISBN.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª Edição Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Sem ISBN.
- CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios da Genética Forense*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.
- COSTA, Susana; NUNES, João Arriscado; MACHADO, Helena. “Política Molecular”, “Crime” e 2 Cidadania Genética” em Portugal”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 2000, Nº 57/58 Junho/Novembro. ISSN 0254-1106.
- COLAÇO, Fernando Viana da Cruz Cardoso. *O ADN e a sua Relevância na Investigação Criminal*. Faculdade de Direito Universidade de Lisboa: CEDIS Working Papers, 2015. Sem ISBN.
- DIAS, Figueiredo. *Direito Penal – Sumário das lições à 2ª Turma do 2º Ano da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1975. Sem ISBN.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Sumário das Lições à 2ª Turma do 2º Ano da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1975.

- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. (Parecer) *in Supervisão Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova (CMVM)*.
- FESTAS, David Oliveira. “O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho”. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 2004, Nº 1- 2, Novembro.
- FIDALGO, Sónia. “Determinação do Perfil Genético como meio de Prova em Processo Penal”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16, 2006, Nº 1.
- GOMES, Miriam; REBOLEIRA, Nuno. “Determinação do Perfil Genético de um indivíduo a partir da recolha de material biológico proveniente do invólucro de munições de armas de fogo após o disparo”. *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses – Investigação Criminal*. Junho 2012, Nº 3, ISSN 1647-9300.
- GUIMARÃES, Ana Paula. *A Pessoa como Objeto de Prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à Luz da Dignidade da Pessoa Humana*. Nova Causa – Edições Jurídicas, 2016. 978-989-8515-22-3.
- JACINTO, F. Teodósio. “Modelo de Processo entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito”. *In Colóquio Direito Penal e Processo Penal*, Supremo Tribunal de Justiça, 3-06-2009.
- JESUS, Francisco Marcolino de. *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2011. 978-972-40-4428-6.
- LOPES, José Mouraz. *Garantia Judiciária no Processo Penal – Do Juiz e da Instrução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 972-32-0986-1.
- MARQUES, J.P. Remédio. *Patentes de Genes Humanos ?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 972-32-1022-3.
- MENEZES, Sofia Saraiva de. “ O Direito ao Silêncio: A Verdade por Trás do Mito. In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudo sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.
- MILHEIRO, Tiago Caiado. *Prova por ADN e o Papel do Juiz de Instrução Criminal*. Intervenção 6 junho 2014 CEJ. Vila do Conde.
- MOREIRA, Sara Leitão. *O Princípio Nemo Tenetur se Ipsum Acussare – Faux Friend ?*

- NICOLAU, Tatiana Duarte. *O Armanejamento de Amostras de ADN e as Bases de Dados de Perfis Genéticos*. Comissão Nacional de Proteção de Dados, 2015. Sem ISBN.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 978-972-32-2230-2.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. “Implicações Jurídicas do conhecimento do Genoma”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 128, Nº 3860, 1996.
- OLIVEIRA, José Carlos. *Exames e Perícias: (Des) Construir Conceitos*. Lisboa – Salão Nobre da Ordem dos Advogados, 4 fevereiro 2016.
- OLIVEIRA, Patrícia Alexandra Domingues. “Terapia Genética Somática e Germinal Terapêutica no Âmbito da Ordem Jurídico-Penal”. In ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. *Direito Penal Hoje – Novos Desafios e Novas Respostas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- PINHEIRO, Maria Fátima. *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça*. Lisboa: Pactor, 2013. 978-989-693-039-4.
- PINTO, Lara Sofia. “Privilégio Contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido. In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudo sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.
- PORTUGAL – Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Rei dos Livros, 2011.
- PRATAS, Sérgio. *O Acesso à Informação de Saúde – Direitos, Procedimentos e Garantias*. Vila de Rei: Caminhos de Pax, 2015. 978-989-96780-8-8.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *A Vida num Código de Barras – Boletim da Faculdade de Direito – STVDIA IVRIDICA 101, AD HONOREM – 5 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias – Vol. IV*. Coimbra, 2010.
- RAPOSO, Vera Lúcia. CSI – “Quando a ficção se torna realidade”. *Lex Medicinæ*, Ano 5, Nº 10, 2008.
- RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas – Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 978-989-95779-3-0.

- RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 3ª Ed. Navarra: Thomson Reuters, 2009. 978-84-9903-419-5.
- SILVA, Germano Marques. *Direito Processual Penal Português- Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto – Vol. I*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. 978-972-54-0399-0.
- UNESCO. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem*.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal Comentado e Anotado*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Coimbra: Almedina, 2004. 972-402-1394.

Jurisprudência

Acórdão Tribunal Constitucional nº 155/2007 de 2 março de 2007, Proc. nº 695/06, Relator: Gil Galvão. Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>

Acórdão Tribunal Constitucional nº 228/2007 de 28 março de 2007, Proc. nº 980/2006, relatora: Maria Fernanda Palma. Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html>

Acórdão Tribunal Constitucional nº 333/2018 de 27 junho de 2018, Proc. nº 195/2018, Relatora: Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em:

<https://www.cfbdadosadn.pt/pt/atosnormativos/Documents/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20n.%C2%BA%20333-2018%20do%20Tribunal%20Constitucional%20de%2027-06-2018.pdf>

Acórdão Tribunal Constitucional nº 634/93, Proc. nº 94/92, Relator: Luís Nunes de Almeida. Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930634.html>

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 5 janeiro de 2005, Proc. nº 04P3276, Relator: Henrique Gaspar. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6f7d23e48ba2037d802570a50035503c?OpenDocument>

Acórdão Tribunal Relação do Porto de 3 maio de 2006, Proc. nº 0546541, Relatora: Alice Santos. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c4d2a9d88f8d235780257172003d20f2?OpenDocument&Highlight=0,Alice,Santos>

Acórdão Tribunal Relação do Porto de 13 setembro de 2006, Proc. nº 0641683, Relator: Luís Gominho. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7cdcf217f0b6c51802571ed004fa612?OpenDocument&Highlight=0,zaragatoa>

Acórdão Tribunal Relação do Porto de 10 dezembro de 2008, Proc. nº 0844093, Relatora: Maria Elisa Marques. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/673fcb5dc0168da6802575220056a553?OpenDocument&Highlight=0,Maria,Elisa,da,Silva,Marques,Matos,Silva%20>

Acórdão Tribunal Relação do Porto de 10 julho de 2013, Proc. nº 1728/12.8JAPRT.P1, Relator: Joaquim Gomes. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>

Acórdão Tribunal Relação do Porto de 11 outubro de 2017, Proc. nº 72/17.9JACBR-E.P1, Relatora: Airisa Caldinho. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7a5b83b7bbc0d8ab802581c30039cfc3?OpenDocument>

Acórdão Tribunal Relação Porto de 15 junho de 2016, Proc. nº 1805/09.2T3AVR.P1, Relator: Artur Oliveira. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/7F14D87C1D9C97CC80257FE000467D3E>

Acórdão Tribunal Relação de Lisboa de 24 agosto de 2007, Proc. nº 6553/2007-5, Relator: Vieira Lamim. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a5e619a00096ddbc80257385003d8d11?OpenDocument>

Acórdão Tribunal Relação de Lisboa de 10 outubro de 2011, Proc. nº 721/10.0PHSNT, Relator: Agostinho Torres. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl1.nsf/0/b4b271fe2382e5f78025793e004317f3?OpenDocument>

Acórdão Tribunal Relação de Lisboa de 5 maio de 2015, Proc. nº 241/11.5 JELSB.L1-5, Relatora: Alda Tomé Casimiro. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5ae02635d8f26b4780257e5a005474a7?OpenDocument>

Acórdão Tribunal Relação de Lisboa de 14 de dezembro de 2010, Proc. nº 518/08.7PLLSB.L1-5, Relator: Neto de Moura. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/aba444dbf4617107802578100056ebdc?OpenDocument>

Acórdão Tribunal Relação de Évora de 13 dezembro de 2011, Proc. nº 8/10.8GATVR-A.E1, Relator: Alberto João Borges. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8a9cb7c6bbfee54580257de10056fdc7?OpenDocument>

Acórdão Tribunal Relação de Évora de 15 dezembro de 2015, Proc. nº 453/13.7TDEVR.E1, Relator: Clemente Lima. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9716bb87708f2a2b80257f330050241c?OpenDocument>