

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



(im)possibilidade de recolha de ADN ao arguido contra a vontade expressa do mesmo

Gustavo André Marques Fernandes da Silva

Dissertação de Mestrado
orientado pela Professora Doutora Helena Morão

Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



(im)possibilidade de recolha de ADN ao arguido contra a vontade expressa do mesmo

Gustavo André Marques Fernandes da Silva

Dissertação de Mestrado
orientado pela Professora Doutora Helena Morão

Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

2018

RESUMO

A necessidade e exigência do Estado na realização da justiça e os meios que tal objectivo permite e justifica, ganham especial destaque quando são trazidos a terreiro fenómenos como o terrorismo ou a criminalidade transnacional e altamente organizada. Estes fenómenos criminosos são, não raras vezes, o mote para um debate generalizado, em vários quadrantes da sociedade, acerca dos meios e limites colocados à disposição da investigação criminal para que possa cumprir a tarefa do Estado de segurança e realização da justiça.

A evolução científica e tecnológica permitiu à investigação criminal o recurso à técnica de identificação através da análise ao ADN, com frequência denominada “impressão digital genética”, a qual constitui, indubitavelmente, uma valiosa ferramenta para a investigação criminal.

A forma de actuação da investigação criminal e o quadro legal vigentes traduzem-se, na prática, em que a prova por ADN seja efectuada através de recolha de material biológico ao arguido, habitualmente com a utilização de uma zaragatoa bucal para posterior determinação do perfil de ADN do mesmo e subsequente comparação com o ADN recolhido pela investigação em outros locais.

No entanto, tendo por base os direitos fundamentais dos cidadãos, é possível que alguns arguidos possam recusar efectuar (ou ser submetidos) a referida recolha de material biológico, podendo até, no limite, resistir fisicamente a que a mesma seja efectuada.

O objectivo a que nos propomos é o de ponderar a possibilidade de efectuar essa recolha contra a vontade expressa e resistência do arguido, e de que forma, procurando também aquilatar da existência de alternativas que sejam um compromisso entre a tarefa do Estado em realizar a justiça e o respeito pelos direitos fundamentais dos arguidos.

Para isso, daremos destaque aos direitos processuais do arguido em processo penal e ao interesse do Estado, ponderando a possibilidade de restrição desses direitos e em que medida. Destacaremos a questão da proporcionalidade e abordaremos também a questão da teoria das proibições de prova e a articulação com o regime das nulidades processuais.

Propomo-nos também efectuar uma ponderação das opções em outros países, através do direito comparado, lembrando em seguida as perspectivas dos vários intervenientes processuais.

Por último, apresentaremos o que consideramos ser uma alternativa “equilibrada” à questão em análise, concluindo pela necessidade de esclarecer o presente “*status quo*”.

Por último, e doutro passo, motivado por convicção, destacamos que o presente foi redigido sem recurso ao denominado “acordo ortográfico”.

Palavras-chave: Perfil de ADN, intervenções corporais, direitos fundamentais, colheitas de vestígios biológicos, investigação criminal.

ABSTRACT

The necessity and demand of the State in the realization of justice and the means that this goal allows and justifies, gain special attention when they are brought to discussion situations like terrorism or transnational and highly organized crime.

These criminal phenomena are often the starting point for a widespread debate in various quarters of society about the means and limits placed at the disposal of criminal investigation so that it can fulfill the State's task of assuring security and justice.

Scientific and technological developments have allowed criminal investigations to use the DNA identification technique, often called the "genetic fingerprint", which is undoubtedly a valuable tool for criminal investigation.

The current form of criminal investigation and legal framework means that DNA evidence is obtained by collecting biological material from the defendant, usually by using an "oral" swab, for further determination of the profile of DNA thereof and subsequent comparison with the DNA collected by the investigation at other places.

However, on the basis of the fundamental rights of citizens, it is possible that some defendants may refuse to (or be submitted) the collection of biological material, and may even physically resist to the extent that it is carried out.

The objective we propose is to consider the possibility of carrying out this collection against the express will and resistance of the defendant, and in what way, also trying to assess the existence of alternatives that are a compromise between the task of the State in carrying out justice and respect for the fundamental rights of defendants.

The aim we propose is to consider the possibility of carrying out this collection against the express will and resistance of the defendant, and in what way, also trying to assess the existence of alternatives that are a compromise between the task of the State in carrying out justice and respect for the fundamental rights of defendants.

For this, we will highlight the procedural rights of the accused in criminal proceedings and the interest of the State, considering the possibility of restricting these rights and to what extent. We will highlight the issue of proportionality and we will also address the issue of the theory of proof bans and the articulation with the procedural nullity regime.

We also propose that weighting the options in other countries through comparative law, and then recalling the perspectives of the various procedural "intervenient".

Finally, we will present what we consider to be a "balanced" alternative to the question at hand, concluding that there is a need to clarify the present situation.

Finally, we add that, motivated by conviction, the present was written without recourse to the so-called "spelling agreement".

Keywords: DNA profile, body interventions, fundamental rights, biological samples collect, criminal investigation

SUMÁRIO

I.	Introdução	9
II.	O Crime e a investigação Criminal	10
III.	A ciência e o “milagre” do ADN.....	12
IV.	A (in)falibilidade do ADN e problemas associados	14
V.	O arguido, o Estado e os seus objectivos conflituantes	21
VI.	A recolha de material biológico ao arguido através de zaragatoa bucal	23
VII.	A natureza da recolha de material biológico e do exame de ADN	24
VIII.	As opções do arguido perante a colheita de material biológico	26
IX.	Breve problematização dos preceitos legais da “discórdia”	27
X.	Os direitos processuais e constitucionais do arguido	29
	A. <i>O direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação</i>	29
	B. <i>O direito à integridade pessoal</i>	36
	C. <i>Direito à reserva da intimidade da vida privada</i>	39
	D. <i>Direito à Autonomia Pessoal</i>	42
XI.	A base de dados de ADN - receios e expectativas – o parecer da CNPD	43
XII.	As restrições dos Direitos, Liberdades e Garantias	47
XIII.	A restrição dos direitos do arguido no caso concreto – Ac. TC n.º 155/2007 ...	50
XIV.	A Proporcionalidade	52
XV.	A Proporcionalidade no caso de recolha de ADN perante a recusa do arguido	55
XVI.	Da Proibição de Prova	62
XVII.	Direito Comparado	66
	A. <i>Espanha</i>	66
	B. <i>Alemanha</i>	69
	C. <i>França</i>	70
	D. <i>Brasil</i>	71
	E. <i>Holanda</i>	72
XVIII.	Perspectivas dos vários intervenientes e questões de (in)justiça	75
XIX.	A Democracia	81
XX.	Alternativas ao presente “ <i>status quo</i> ”	83
XXI.	Conclusões	88
XXII.	Bibliografia	91

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac - Acórdão

ADN – Ácido desoxirribonucleico

CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados

GNR – Guarda Nacional Republicana

JIC – Juiz de Instrução Criminal

LOIC – Lei de Organização da Investigação Criminal

LOPJ – Lei Orgânica da Polícia Judiciária

LPC – Laboratório de Polícia Científica

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PJ – Polícia Judiciária

PSP – Polícia de Segurança Pública

SLCLPJ - Sector do Local do Crime do Laboratório da Polícia Judiciária

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

I. Introdução

O ponto de partida do presente é a questão “o que é que me acontece se eu não quiser fazer isto?”.

A generalidade dos profissionais que convivem regularmente com o direito criminal - Juízes, Magistrados do Ministério Público, Investigadores Criminais, Advogados, Técnicos do Laboratório de Polícia Científica, entre outros - já se questionou e deparou, de forma “empírica”, com a possibilidade de ser efectuada, ou não, colheita de ADN a um arguido, contra a sua vontade, para determinação do seu perfil genético e posterior comparação com vestígios colhidos no local do crime.

Tendo por base esta questão, começaremos por identificar alguns conceitos basilares por forma a abordar o tema, bem como realçar a importância do ADN para a investigação criminal e problemas que surgem associados à sua utilização. Em seguida, procuraremos abordar os direitos do arguido em processo penal e a fundamentação para eventuais restrições a esses direitos.

Abordaremos ainda a temática da proibição de prova e o regime das nulidades processuais, seguindo depois uma ponderação da questão ao nível do direito comparado. Seguidamente destacaremos as perspectivas dos vários “intervenientes” processuais e as questões que se colocarão, a vários níveis, a cada um desses intervenientes.

Procuraremos, por último, apresentar alternativas à questão em análise, fruto da comprovação da insuficiência das soluções (diríamos possibilidades) até agora avançadas, procurando apresentar uma sugestão que seja equilibrada, compromissória e, ao mesmo tempo, exequível no dia-a-dia da investigação criminal.

Por esse motivo, pretendemos ser um modesto auxílio na busca de uma solução para a questão, ou, pelo menos, uma fonte de reflexão para todos os operadores do sistema judiciário penal.

II. O crime e a investigação criminal

A investigação criminal é, segundo a LOIC (Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto), “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”. Embora sob a alçada e direcção do Ministério Público (MP), são os OPCs quem, no “terreno”, dão corpo e materializam a investigação criminal.

Realce que, ainda de acordo com as regras estabelecidas pela LOIC, a competência e responsabilidade para efectuar a investigação criminal tem por base dois factores: o tipo de crime que se investiga e o local onde o mesmo foi (presumivelmente) cometido.

De um modo simples, por não ser o âmbito da presente análise, dir-se-á que à PJ cabe a competência para a investigação dos crimes de maior gravidade (em função da moldura penal e do desvalor associado ao resultado) e complexidade, como se depreende aliás da leitura do artigo 8.º da LOIC.

Não obstante a competência para a investigação criminal, a notícia de crime é, na sua maioria das vezes, transmitida ao OPC local (GNR ou PSP, consoante a área geográfica da ocorrência), sendo também normalmente esta polícia de proximidade o primeiro órgão de polícia criminal a chegar ao local do crime. Em seguida, seguindo a previsão legal, esse OPC de proximidade contacta a Polícia Judiciária (bem como dá conhecimento ao MP competente), que destaca para o local os meios humanos e materiais considerados necessários.

Acrescente-se que aquando das deslocações aos locais de crime, tratando-se de “crimes de cenário”, a equipa de Inspectores da Polícia Judiciária é acompanhada, na sua grande maioria das vezes, por elementos (técnicos) do Sector do Local do Crime do Laboratório da Polícia Judiciária, com a missão de efectuar a denominada “inspecção judiciária”.

Essa inspecção judiciária tem como objectivo primordial, para além de um primeiro contacto com o ilícito criminal, a recolha de indícios, vestígios ou outros elementos que possam vir, no decurso do processo-crime, a ser utilizados como meios de prova.

Com relevância para o que se pretende abordar, releva-se o facto de, entre várias outras diligências, serem efectuadas muitas vezes no local do crime recolhas de material

biológico, as quais serão posteriormente analisadas em laboratório com vista a permitir determinar um perfil de ADN, por existir a possibilidade de ter sido deixado no local pelo autor do ilícito criminal.

Como ponto de partida para qualquer investigação criminal, e para a “inspecção judiciária”, temos necessariamente a denominada “Teoria de Locard”¹, sintetizando que *“quaisquer que sejam os passos, os objectos tocados, o que quer que seja que deixe, mesmo que inconscientemente, servirá como uma testemunha silenciosa contra ele. Não apenas as suas pegadas ou dedadas, mas o seu cabelo, as fibras das suas calças, os vidros que porventura parta, a marca da ferramenta que deixe, a tinta que arranhe, o sangue ou sémen que deixe. Tudo isto, e muito mais, encerra um testemunho contra ele. Esta prova não se esquece. É distinta da excitação do momento. Não é ausente como as testemunhas humanas. Constituem, per se, uma evidência factual. A evidência física não pode estar errada, não pode cometer perjúrio por si própria, não se pode tornar ausente. Cabe aos humanos, procurá-la, estudá-la e compreendê-la, apenas os humanos podem diminuir o seu valor.”*²

Em suma, o que a teoria pretende transmitir é que o agente de um crime deixa sempre algo de si na cena do crime e leva sempre consigo algo da cena do crime, cabendo assim à investigação criminal demonstrá-lo.

¹ Nome atribuído em homenagem ao criminalista francês do século XIX conforme *infra*.

² Edmond Locard (1877-1966), nascido em França, é reconhecido como um pioneiro na ciência forense, sendo ainda hoje referido o “princípio da troca de Locard” como síntese do exposto.

III. A ciência e o “milagre” do ADN

Não se afigura tarefa simples para a generalidade das pessoas fora do “universo científico”, acompanhar os progressos vertiginosos da ciência, os quais colocam (também) o Direito perante algumas realidades e evoluções que podem significar alguma dificuldade de apreensão e, seguidamente, de reacção.

O ADN (em inglês DNA) - a sigla para o ácido desoxirribonucleico - é o material químico que compõe cada molécula encontrada nos cromossomas, o qual permite especificar a composição das proteínas e que transporta a informação genética de cada organismo. A molécula de ADN existe em cada uma das nossas células e é formada por um conjunto de substâncias químicas, reunindo toda a informação genética durante toda a vida, sendo esse ADN exclusivo e diferente em todas as pessoas (com excepção dos gémeos monozigóticos).

É o estudo do ADN permite definir as características únicas de cada ser humano, através da determinação do denominado “código genético”. Desta forma, e com o avanço científico e tecnológico, a investigação criminal vê na possibilidade de identificação de um indivíduo por meio de análise do ADN e a sua comparação com vestígios biológicos recolhidos durante a investigação, uma das provas mais fiáveis e decisivas para a determinação dos agentes criminais.

Esta fiabilidade funda-se em três características que o ADN possui: universalidade, diversidade e imutabilidade. Realce para o facto de existirem outras nomenclaturas para estas características, mas que traduzem uma ideia similar³.

Em relação à universalidade, esta característica revela-se no facto de quase todas as células que compõem os tecidos e órgãos do corpo humano conterem o mesmo conjunto de informações genéticas: isto é, existe aqui um princípio básico da universalidade do genoma.

No que respeita à diversidade, significa que o código genético presente é diferente em cada um dos seres humanos, sendo assim possível efectuar uma distinção mais precisa entre cada pessoa (com excepção dos gémeos monozigóticos ou univitelinos).

³ CUNHA, Elisabete (*et al.*), “*Filhos de uma quimera*”, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 120-121, Novembro-Dezembro 2014, p. 52, enumera as referidas características do ADN como “*exclusividade, igualdade e invariabilidade*”.

Quanto à sua imutabilidade, traduz-se no facto de o ADN apresentar uma grande estabilidade, mantendo-se mesmo após a morte dos indivíduos, excepto em situações em que ocorra uma acentuada degradação ou contaminação.

Maria Fátima Pinheiro reitera, a propósito desta característica do ADN, que o mesmo é muito estável, podendo a degradação ocorrer pela natural passagem do tempo ou pela exposição a temperatura, humidade ou luz⁴.

Para que se tenha uma percepção numérica do potencial individualizador e, consequentemente, identificativo do ADN, Arthur Pinto de Lemos Júnior⁵ refere que existe uma probabilidade de cerca de 50 (cinquenta) triliões que duas pessoas possam ter o mesmo código genético.

⁴ “Aplicação do estudo do DNA em criminalística”, in *Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais*, S. 3, n.º 3, Janeiro-Junho 2004 p. 157.

⁵ “A aplicação da perícia de análise do ADN no processo penal para fins de identificação criminal”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, n.º 3, 2005, p. 87.

IV. A (in)falibilidade do ADN e problemas associados

A enorme eficácia e potencial de utilização de técnicas de ADN na investigação criminal não está, no entanto isenta de críticas e questões que merecem tratamento cuidado. Desde logo, e como se referiu supra, o OPC de proximidade - que não a PJ - é, na maioria das vezes, o primeiro órgão de polícia criminal a chegar ao local.

Susana Costa⁶ destaca, com pertinência e após entrevistar elementos de vários OPCs, que desde a chegada inicial dos OPCs de proximidade até à chegada da PJ, existem situações que podem colocar em risco o processo de obtenção e preservação de prova, bem como a garantia da custódia efectiva da mesma.

Conclui que essa situação de “perigo” resulta da falta de formação e preparação dos agentes policiais que ocorrem inicialmente ao local, da falta de meios existentes nos OPCs de proximidade e, por vezes, também de alguns conflitos (institucionais e pessoais, acrescentamos) que existem entre as várias instituições, de alguma forma intervenientes em cenários de crime, mormente OPCs.

Fruto do contacto que manteve com esses elementos policiais, conclui pela importância de uma correcta gestão da cena do crime e do respeito pelas competências e tarefas atribuídas a cada OPC.

Em suma, realça que o OPC de proximidade, quando chega ao local de ocorrência de um crime, deverá apenas preservar o local, não recolhendo ou (re)mexendo em qualquer elemento da cena do crime.

Naturalmente que, por rigor, cabe aqui excepcionar duas situações que se sobrepõem a preservação do local: a segurança dos agentes policiais ou de terceiros e/ou a vida/integridade física. Em relação à primeira situação, prende-se com o acautelar a segurança do local, em situações que se suspeite que o autor possa ainda encontrar-se no local, sendo necessário percorrer a cena do crime por forma a garantir a segurança dos agentes e do espaço.

No que tange à segunda excepção, esta passa pela necessidade em prestar socorro a alguém que possa carecer de tratamento e que se encontre no local.

⁶ “Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e as suas repercussões na aplicabilidade da base de dados de ADN”, in Base de dados Genéticos Forenses – tecnologias de controlo e ordem social, Coimbra Editora, Maio 2014, p. 238.

Excepcionando as referidas “prioridades” no local e gestão da cena do crime, as demais intervenções dos OPCs de proximidade nos locais de crime (muitas vezes não transmitidos a quem fica depois a cargo da investigação) irão inevitavelmente alterar a cena do crime, podendo assim desvirtuar a percepção da mesma para quem investiga, ao que acresce também a possibilidade de contaminação do local, que abordaremos adiante.

Também Helena Machado e Susana Costa⁷ entrevistaram vários investigadores e agentes policiais, chegando a conclusões que corroboram o que se referiu.

Começam por realçar que um local de crime poderá ser frágil e de difícil preservação, tanto devido a elementos naturais (climáticos, de relevo ou outros), como também por força de factores humanos (contaminação, manuseamento incorrecto, falta de meios humanos ou materiais no local).

Em consonância com o previsto no artigo 171.º do CPP, o OPC que chegar primeiro ao local, deverá essencialmente proceder à sua preservação e, caso necessário, efectuar os primeiros actos cautelares de meios de prova.

No entanto, e falando por experiência própria, devido ao facto de termos integrado a investigação criminal da PJ, sobretudo em “crimes de cenário”⁸ (enquanto Inspector na secção de homicídios e também na secção de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual) que exigem deslocações habituais aos locais, é prática habitual do OPC de proximidade fazer mais do que apenas aquilo que a lei exige e que são, em rigor, as boas práticas de quem chega inicialmente ao local, a quem é sobretudo exigível a preservação da cena do crime.

Cumpre explicitar que esta realidade, para além dos factores já enunciados, ocorre também por factores mais “mundanos e pessoais” que passam pela curiosidade por parte dos agentes policiais em fazer o que viram em alguma série televisiva ou em cenas de crime a que ocorreram anteriormente, bem como pelo voluntarismo em “querer ajudar” a investigação, fenómeno a que assistimos também regularmente em vários cenários de crime em que estivemos pessoalmente.

⁷ “*Biolegalidade, imaginário forense e investigação criminal*”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 97, Junho 2012, p. 69.

⁸ Expressão utilizada habitualmente para referir os crimes que têm uma concretização num determinado espaço físico (como são exemplo os crimes de homicídio ou roubo, por contraponto a um crime de burla).

E como também destacam as referidas autoras, é fundamental à investigação efectuar uma inspecção judiciária cuidadosa à cena do crime, com vista a recolher prova física e testemunhal, dado ser a denominada “hora de ouro” nos crimes de cenário e que terá reflexo no desenrolar da investigação, dado que as primeiras horas após a ocorrência (ou notícia) do crime são essenciais para a investigação criminal.

Pelo acima exposto, mormente pela possibilidade de acesso ao local do crime por parte de diversos elementos (agentes policiais, de socorro, transeuntes ou testemunhas), muitos dos quais sem conhecimentos e preparação, não poderemos deixar de ter em conta, por relevante para a presente reflexão, a possibilidade de contaminação do local e/ou das amostras biológicas recolhidas na cena do crime.

Como conclui Susana Costa⁹, já em 2014, “*atendendo aos condicionalismos analisados, a atitude estática destas polícias minimizaria os prejuízos potenciais que uma intervenção não rigorosa poderá acarretar para a investigação criminal*” (sic.).

Maria Fátima Pinheiro¹⁰ refere igualmente a temática da contaminação do material biológico, esclarecendo que esta pode ser química, ocorrer através de micro-organismos, por outro DNA humano ou por outras amostras.

Susana Costa¹¹ aborda também a contaminação das recolhas como consequência da inexistência do denominado “profissionalismo perfeito” (referido por Lezeau e citado pela mesma), o que, se traduz, na prática, nos seguintes factores:

- i. Nem sempre é possível determinar, por parte da investigação, todas as pessoas que estiveram no local do crime após a notícia;
- ii. Impossibilidade de, não raras vezes, balizar o ocorrido e a deslocação ao local num espaço temporal suficientemente curto, o que pode levar a uma contaminação “espontânea” e/ou à deterioração de vestígios por factores já anteriormente referidos;
- iii. Inexperiência ou falta de formação de quem procede às recolhas;
- iv. Eventuais recolhas sem material esterilizado e/ou sem equipamento de segurança e protecção, como luvas ou fato;

⁹ “*Reconhecimento, registo e recolha: a política dos 3 R da investigação criminal a partir de uma análise sociológica do contexto português*”, in Revista de Investigação Criminal, ASFIC/PJ, Fevereiro 2014, p. 121.

¹⁰ Ob. cit., p. 165.

¹¹ “*A Justiça em Laboratório – A identificação por perfis genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a apropriação local*”, Almedina, 2003, p.56.

v. Atraso nas recolhas conducente à deterioração dos vestígios ou à alteração do local em relação ao momento em que a situação em investigação ocorreu.

Destaca também que a inspeção judiciária e a recolha de material biológico que aí habitualmente ocorre, se trata de um momento muito vulnerável ao erro, mormente devido às especificidades da organização da investigação criminal, sendo o grau de controlo é deveras volátil e de difícil determinação do cumprimento dos procedimentos necessários, inexistindo um protocolo comum aos vários OPCs que seja rigorosamente cumprido.

Acrescenta ainda que é também importante equacionar e ponderar a questão do transporte adequado dos vestígios após a recolha (e acondicionamento durante o mesmo, acrescentamos), para obstar à contaminação e/ou deterioração das amostras recolhidas no local do crime.

Para além das questões referentes à contaminação *per si*, existe ainda um outro elemento que assume particular importância, o qual, por ora, quicá não tem sido suficientemente destacado na prática jurídica nacional: a cadeia e custódia da prova, ou a denominada “*chain of custody*”.

Sem entrar em detalhes acerca do tema, foi inevitável à maioria dos intervenientes ligados ao processo penal – também em Portugal – terem conhecimento do denominado caso “O.J Simpson” que ocorreu (e decorreu) nos Estados Unidos da América e onde a defesa do arguido assentou a sua estratégia colocando sobretudo em causa precisamente a custódia da prova. Com isto, pretendeu, de forma simples, colocar em crise e criar a dúvida no facto de determinados vestígios recolhidos no local do crime serem aqueles que foram depois analisados em laboratório, bem como a forma como os mesmos foram recolhidos e os erros (e contaminações) que aí possam ter ocorrido.

Em consonância com o referido, Inês Torgal Mendes Pedroso da Silva¹² vem também abordar a questão da “*chain of custody*”, salientando a importância da cadeia de preservação e salvaguarda da prova ao longo de várias deslocações e manuseamentos entre (pelo menos) a cena do crime, o laboratório e o tribunal.

¹² “A (i) legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidade de investigação criminal”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra Editora, Ano 8, n.º 15, 2011, p. 174.

Doutro passo, Marta Maria Maio Madalena Botelho¹³ vem destacar um outro aspecto referente à prova obtida através de exames de ADN, concretamente a possibilidade dos resultados denominados “falsos positivos”, sendo uma ocorrência anómala e rara, mas que pode suceder pelo facto de a pessoa apresentar uma ligação genética muito significativa com o autor do crime, bem como ressalva a possibilidade de ocorrência de outros possíveis “erros” em sede de processamento do exame de ADN, ou por contaminação das amostras.

Elisabete Cunha¹⁴ (*et al.*) vem também realçar uma outra preocupação com os exames de ADN e a suposta infalibilidade do seu resultado, ao qual denomina por “quimerismo artificial”. Este fenómeno poderá resultar do transplante de órgãos, nomeadamente da medula óssea, dado que o sangue de um indivíduo transplantado transporta material genético do indivíduo dador e não (originariamente) seu.

Tal fenómeno faz com que o ADN obtido no sangue desse indivíduo seja diferente daquele que pode ser obtido através de recolha de material biológico pela saliva, o que levanta (mais) um problema no sentido da inabalável convicção das provas obtidas através da aplicação das técnicas de ADN.

Uma outra situação acresce ao já mencionado, que se prende com o facto de existirem homens que têm espermatozoides provenientes de duas linhas celulares diferentes, pelo que, por exemplo, se a recolha efectuada for da outra linha não testada do arguido, este será simplesmente um “sem coincidência” (“no match”) no resultado de exame e não será acusado por um “golpe de sorte da natureza”.

Para além de perigos vários no decurso do processo de recolha e análise acima mencionados, é ainda de ponderar, fruto do progressivo acesso da generalidade dos cidadãos à informação acerca de técnicas forenses¹⁵, a possibilidade de o autor do crime deixar no local, de forma deliberada, vestígios biológicos que não lhe pertencem, seja motivado em confundir a investigação, seja pela possibilidade de vir a levantar reservas ao julgador no caso de vir a ser detido (necessariamente com base em outros elementos de prova), ou até quiçá por forma a procurar “incriminar” um terceiro, por motivações que poderão ser variadas.

¹³ “*Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico*”, Edições Almedina, 2013, p. 224.

¹⁴ Ob. cit., p. 53.

¹⁵ Veja-se de forma meramente exemplificativa o número de séries televisivas em torno da ciência forense e os elevados níveis de audiência das mesmas)

Susana Costa¹⁶ refere ainda que a utilização das técnicas de ADN e das óbvias implicações jurídicas que poderão ter nos direitos dos cidadãos (*maxime* a liberdade) exige a necessidade de um relevante consenso ao nível da comunidade científica para que determinado “resultado apresentado” possa ser considerado um “facto” científico, com validação dos procedimentos, sob pena de os mesmos poderem ser questionados na sua validade.

Esta súpula de questões e dificuldades em torno dos exames de ADN não tem, esclareça-se, o intuito de minimizar a sua importância ou a potencialidade, a qual, aliás comungamos; o que se procura é afastar uma “aura” de infalibilidade que tem sido associada aos mesmos, porquanto poderão conduzir a várias consequências que não são, de todo, desejáveis.

Entendemos ser natural que, dada a amplitude deste desenvolvimento científico, as entidades que efectuem ou têm intervenção na investigação criminal, tenham realizado um investimento e aposta na criminalística biológica, isto é, na capacidade de identificar e recolher vestígios biológicos nos locais (ou mesmo nas pessoas) que tenham relação com a investigação, vestígios esses presumivelmente deixados pelo autor. E é também natural que este investimento venha acompanhado de um “entusiasmo” e “convicção” nesta importante “ferramenta” de auxílio à investigação criminal.

Contudo, reforça-se, esse investimento na “investigação científica”, concretamente através de exames para determinação e comparação de ADN, não pode, num processo-crime, vir desacompanhado de outros meios de prova. Nem, por outro lado, pode esse investimento ocorrer à custa de um desinvestimento em outras áreas da investigação criminal também passíveis de fornecer elementos probatórios aos processos-crime, ou surgir desacompanhado de profissionais rigorosos e dotados de saber e técnicas comprovadas para lidar com esta investigação criminal de cariz científico.

Em suma, reitera-se, por fundamental, a ideia e profunda convicção de que provas de ADN não podem ser encaradas e processadas pela investigação criminal (e posteriormente apreciadas pelo julgador) de forma isolada, mas idealmente (diríamos obrigatoriamente) em conjunto com outros meios de provas recolhidas pela investigação e que deverão constar dos autos.

¹⁶ Ob. cit., p. 58.

Tudo visto, é essencial partir da premissa de que a coincidência entre uma amostra recolhida num local de crime e o perfil de ADN recolhido a um arguido não significa necessariamente que o arguido tenha praticado o crime em investigação.

A este propósito, e para reiterar esta ideia central, realça-se também a possibilidade de o arguido ter estado anteriormente ao crime no local e aí ter deixado algum material biológico seu.

Perante esta realidade, importa assim que a investigação criminal não olvide que tem acesso e pode desenvolver diversas outras diligências de investigação e obter meios de prova de outra natureza, como forma de obter indícios probatórios que não passam em exclusivo pelos exames de ADN.

Desta forma, surge como fundamental encarar os exames de material biológico como mais uma ferramenta da investigação criminal, vista como um todo, ao invés de ocorrer que a investigação criminal se socorra, logo em primeira mão, da prova por ADN e “negligenciar” outros meios de obtenção de prova, ou até, no limite, não os relevar, se estiverem em contradição com o resultado de ADN obtido.

Manuel Gonçalves¹⁷ destaca que a reputação de quase infalibilidade da utilização do ADN como meio de prova tende a que a sua utilização surja desde logo numa primeira linha de diligências de investigação criminal. Este fenómeno pode provocar uma progressiva utilização do método, até na investigação criminal de crimes de “menor gravidade”.

Desta forma, e na senda do que se referiu, conclui o autor que *“deverá então a prova de ADN ser um meio complementar de prova ou ser complementada por outros meios de prova, dado que a prova pericial não poderá, per si, sustentar uma acusação”*.

Por tudo o que se mencionou no presente ponto, importa assim não confundir a fiabilidade da técnica de ADN com a infalibilidade dos resultados, pois não são conceitos idênticos, pelo que surge essencial à investigação criminal não negligenciar a utilização ou mesmo os resultados obtidos através de outros meios de prova habitualmente utilizados na investigação criminal (testemunhal, documental, vigilâncias, localização celular, etc.) porquanto são essenciais para corroborar (ou contrariar, quando justificado) o resultado de um exame de ADN.

¹⁷ “Recolha de amostras de ADN para fins de investigação criminal Suspeito”, in Revista do Ministério Público, Ano 34, n.º 136, Outubro-Dezembro 2013, p. 207.

V. O arguido, o Estado e os seus objectivos conflitantes

O arguido é, desde logo, alguém sobre quem já recaem suspeitas da prática de um crime, em conformidade com o artigo 58.º do CPP. Desta forma, enquanto arguido, este terá a natural (e legítima) expectativa de ver os seus direitos assegurados, assim como procurará, enquanto ser humano, utilizá-los na máxima extensão durante o decurso do processo-crime, defendendo-se de todas as formas legalmente previstas e possíveis.

A este propósito, Wagner Marteleto Filho¹⁸, magistrado do Ministério Público de Minas Gerais, no Brasil, cita, em nosso entender de forma paradigmática no que respeita ao “*mindset*” de um arguido num processo-crime, Thomas Hobbes, na obra “Leviatã”, referindo que “*um pacto segundo o qual alguém se acusa a si mesmo, sem garantia de perdão, é igualmente inválido. Pois na condição de natureza, em que todo homem é Juiz, não há lugar para a acusação, e na república civil a acusação é seguida pelo castigo; como este é força, ninguém é obrigado a não lhe resistir*”.

Ao invés, cabe ao Estado, através do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal, efectuar a investigação dos crimes denunciados e/ou dos quais teve notícia, quando não dependam de qualquer tipo de queixa, com vista à prossecução da “Justiça”, através da descoberta da verdade material.

O Ministério Público e a investigação criminal, habitualmente desenvolvida “no terreno” pelos OPCs, personificam a tarefa do Estado na realização da justiça, procurando através de diligências de investigação a descoberta da verdade material, bem como a consequente protecção dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo e, não menos importante, o restabelecimento da paz jurídica. Desta forma, diz o CPP no artigo 262.º, n.º 1 que “*O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação*”, ou seja, a investigação criminal visa a obtenção da verdade material.

Perante esta tarefa, cabe assim à investigação criminal efectuar todas as diligências probatórias que tenham acolhimento legal, em consonância com o previsto nos artigos 124.º e 125.º do CPP.

¹⁸ “*O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo*, Del Rey Editora, Belo Horizonte – Minas Gerais, 2012, epígrafe.

Para além dos objectivos e finalidades estatais supra referidas, existem outras finalidades inerentes à acção da investigação criminal, nomeadamente a segurança da sociedade, a segurança pública ou a prevenção das infracções penais.

Perante estes objectivos e finalidades distintas, é essencial ponderar, *maxime*, o limite onde arguido e Estado poderão chegar, com vista à prossecução dos seus objectivos, situação que origina, com frequência, uma “rota de colisão” entre os interesses dos sujeitos processuais em apreço.

VI. A recolha de material biológico ao arguido através de zaragatoa bucal

Após a constituição de arguido e perante a existência de vestígios biológicos previamente recolhidos pela investigação no local do crime, existe habitualmente a prática em efectuar ao arguido zaragatoa bucal, concretamente duas zaragatoas bucais, com vista a colher algum do seu material biológico (*in casu* saliva) e, desta forma, determinar posteriormente o seu perfil de ADN.

Feita essa determinação, o perfil será comparado com o perfil (ou perfis) de ADN recolhido(s) pela investigação no local do crime (ou em alguma vítima ou objecto, dependendo da situação concreta) e que poderá ter sido ali deixado pelo autor, em consonância com o anteriormente referido “princípio da troca de Locard”.

Habitualmente esta recolha é acompanhada de declaração onde o mesmo presta consentimento expresso para a recolha da zaragatoa bucal e posterior determinação do seu perfil de ADN, concretamente através da assinatura aposta no referido documento.

Na prática, a recolha de saliva através da denominada técnica de zaragatoa bucal é efectuada através da utilização de um objecto concebido para o efeito, a zaragatoa, composta por uma haste rígida com uma ponta de material maleável e de algodão, com um recortado, a qual serve para efectuar o “esfregaço” no interior da cavidade bucal, habitualmente junto à parte interior da “bochecha” do arguido. São efetuados habitualmente três ou quatro raspados no interior da boca do arguido, sendo que actualmente a maioria das zaragatoas tem a possibilidade de destaque da ponta da zaragatoa, a qual é acondicionada em recipiente próprio, selada e identificada.

No decurso da investigação criminal, a recolha é efectuada por técnicos do sector do local do crime pertencentes ao LPC, por indicação e acompanhados por Inspectores da PJ encarregues da investigação do processo-crime em que o indivíduo alvo da zaragatoa foi constituído arguido.

VII. A natureza da recolha de material biológico e do exame de ADN

A recolha de material biológico ao arguido através da técnica de zaragatoa bucal, a posterior análise em laboratório para determinação do seu perfil de ADN e a consequente comparação com o ADN recolhido em vestígios recolhidos no local do crime (ou em outros locais com relevância para a investigação), são momentos distintos na denominada utilização da técnica de identificação através do ADN. Estes momentos, e a natural utilização de diferentes técnicas consoante cada momento em causa, têm levado a algum debate acerca da sua natureza e a forma como são encaradas e consideradas, nomeadamente como exame e/ou como perícia.

Sónia Fidalgo¹⁹ sustenta que não se deve separar a recolha do material biológico enquanto exame da posterior análise como uma perícia, dado que a recolha exige já especiais conhecimentos técnicos. Como tal, entende que se trata de uma perícia única, pelo que não fará sentido autonomizar momentos. Também Inês Torgal da Silva²⁰ encara a questão da “técnica de identificação genética por perfis de ADN” globalmente, dizendo que se trata de uma prova pericial, pois implica especiais conhecimentos técnico-científicos.

Em sentido oposto, Marta Maria Botelho²¹ considera que a detecção e recolha da matéria biológica (tanto em locais, como em arguido, concluímos) consiste num simples exame, não exigindo especiais conhecimentos técnico-científicos, ao passo que a obtenção do perfil de ADN e interpretação do resultado após comparação dos perfis genéticos é uma perícia, por exigir especiais conhecimentos técnicos e científicos.

Desta forma, sustenta que a recolha é um meio de obtenção de prova, sendo a comparação um meio de prova.

Em nosso entender, vários são os casos em que a simples colheitas de material biológico requer especiais conhecimentos técnico-científicos, não estando ao alcance de um “homem médio” ou sequer de um investigador criminal sem formação e prática na área. Por outro lado, cremos também que a própria visão sistemática do processamento da técnica, desde a sua colheita até ao resultado comparativo final, apresenta uma

¹⁹ “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, ano 16, n.º 1, Janeiro-Março 2006, p. 138.

²⁰ Ob. cit., p. 171.

²¹ Ob. cit., p. 220.

interdependência e uma exigência técnico-científica unitária, não existindo por isso motivo (técnico ou legal) para diferenciar os momentos. Contudo, para a questão de fundo em análise, e tendo em conta o previsto no n.º 2 do artigo 172.º do CPP, a “natureza” do acto não tem consequência prática ao nível dos direitos e deveres processuais do arguido.

VIII. As opções do arguido perante a colheita de material biológico

Resulta claro que é o cunho reconhecidamente “decisivo” deste meio de prova na praxe jurídica que faz com que um arguido tema que o seu ADN seja recolhido, o que o poderá levar, no limite, a recusar o consentimento para que lhe seja colhido material biológico através de zaragatoa bucal, o método habitualmente utilizado pela investigação criminal para o efeito, conforme se explicitou.

Seria tentador, embora claramente redutor, utilizar a máxima de “quem não deve, não teme”; no entanto, outras questões relacionadas com a cadeia da prova ou com a contaminação poderão colocar em causa a “veracidade” da muitas vezes denominada “prova rainha” no processo penal, conforme referido.

Admitindo que a motivação do arguido seja unicamente a de evitar a sua provável condenação por um crime que efectivamente tenha praticado caso seja alvo de recolha de material biológico para determinação e subsequente comparação de ADN, coloca-se a questão fundamental em análise: poderá o arguido recusar que lhe seja colhido material biológico através de zaragatoa bucal para determinação do seu perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no decurso da investigação?

Destaca-se, a este propósito e desde já, o facto de existirem dois momentos possíveis para a eventual recusa do arguido para que lhe seja efectuada colheita de material biológico: aquando da constituição de arguido e mediante a solicitação do OPC competente para a investigação criminal; e em momento posterior, já após despacho do JIC ordenando a recolha do referido material biológico ao arguido (em função da sua recusa no aludido primeiro momento).

Desta forma, após a recusa inicial do arguido, o OPC, caso repute o exame de ADN como essencial, deverá remeter o processo ao MP, que o apresentará seguidamente ao JIC, com solicitação de despacho que “obrigue” o arguido à colheita, nos termos da legislação referida (mormente o artigo 172.º, n.º 1 e o 269.º, n.º 1, ambos do CPP).

Assim, se num primeiro momento, a recusa perante um OPC sem decisão do JIC não levanta reservas para a doutrina e jurisprudência da impossibilidade em ser efectuada a recolha sem consentimento, a questão coloca-se acerca da possibilidade de “obrigar” o arguido a efectuar a zaragatoa após despacho fundamentado do JIC nesse sentido.

IX. Breve problematização dos preceitos legais da “discórdia”

O ponto de partida para a questão que se pretende desenvolver é o já aludido artigo 172.º, n.º 1 do CPP, onde o legislador prevê que *“se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido (...) pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”*.

Também o artigo 61.º, n.º 3, alínea d) do CPP impõe ao arguido o dever de *“Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”*.

Acresce ainda o artigo 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, de 29 de Agosto (Regime Jurídico das Perícias Médico-legais e Forenses), o qual prevê que *“ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei”*.

Por seu turno, o artigo 25.º, n.º 1 da CRP prevê que *“a integridade moral e física das pessoas é inviolável”*, ao passo que o n.º 2 refere que *“ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”*.

Acresce também o artigo 32.º, n.º 8 da CRP onde se lê que *“são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva na intromissão na vida privada (...)”*.

Realça-se ainda o artigo 27.º da CRP, o qual determina ainda que *“todos têm direito à liberdade e à segurança”*.

Surge como pertinente à presente análise a previsão constitucional do artigo 1.º da CRP, o qual enuncia 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”*.

Igualmente pertinente surge o artigo 126.º do CPP, no seu n.º 1, onde se prevê que *“são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”*, bem como o n.º 3 onde se lê que *“Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser*

utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”.

Por seu turno, o artigo 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro (Lei de Base de Dados de Perfis de ADN), no seu n.º 1, prevê que “A recolha de amostra em arguido em processo criminal pendente, com vista à interconexão a que se refere o n.º 2 do artigo 19.º-A, é realizada a pedido ou com consentimento do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento escrito, por despacho do Juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”.

Em suma, perante a previsão legal do CPP (artigo 172.º, n.º 1) onde se refere que o arguido pode ser “compelido” por decisão de autoridade judiciária competente (no inquérito o Juiz de instrução criminal, por via do artigo 269.º, n.º 1, alínea b) do CPP) a submeter-se a exame, concretamente à recolha de material biológico para recolha de ADN, no caso de obstar a essa realização, e após decisão, o que sucede? É o arguido obrigado a acatar essa decisão? E se mantiver a resistência até ao limite de obstar fisicamente a essa recolha? São perguntas para as quais procuraremos encontrar respostas e fundamentos adiante.

X. Os direitos processuais e constitucionais do arguido

A. O direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação

O arguido é encarado como verdadeiro sujeito processual, titular de direito e deveres, onde se inclui, desde logo, e com pertinência para a presente questão, o direito ao silêncio (artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP), bem como o consequente privilégio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsu accusare*). Também os artigos 141.º, n.º 4; 143.º, n.º 2, 144, n.º 1, 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º1, todos do CPP, são corolário (reforço) do direito ao silêncio concedido ao arguido ao longo do processo penal e tem ainda merecido previsão em alguns documentos internacionais de protecção de direitos humanos, como é o caso do artigo 6.º da CEDH ou do artigo 14.º, 3.º, g) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU.

Este direito tem uma origem anglo-saxónica e é típico dos procedimentos penais de estrutura acusatória, tendo historicamente surgido como reacção ao processo de natureza e estrutura inquisitória.

Pese embora, e como refere Figueiredo Dias²² (*et al.*), o CPP e a CRP não consagram directamente o direito à não auto-incriminação, sendo todavia pacificamente aceite, pela doutrina e jurisprudência, a vigência do princípio no direito penal português, assim como a sua natureza constitucional. São, a este propósito, apontados como matriz jurídico-constitucional do princípio em questão, valores ou direitos como a dignidade humana, a liberdade de acção ou a presunção de inocência, enquanto manifestações do mesmo. Por esse motivo, não se questiona a existência e vigência do princípio do *nemo tenetur*, mas antes o seu conteúdo e alcance.

Como se mencionou *supra*, a jurisprudência nacional aceita que o direito ao silêncio “integra as garantias de defesa do arguido”, como é exemplo o Ac. do TC n.º 695/95.

Paulo Pinto de Albuquerque²³ realça que, inerentes ao direito do arguido ao silêncio, várias são as consequências a extrair:

- a) O arguido não tem de prestar depoimento;

²² DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Edições Almedina, 2009, p. 39.

²³ “Comentário do Código de Processo Penal”, Universidade Católica, 4.ª edição, 2011, p. 56 e p. 190.

- b) O arguido não tem de entregar quaisquer documentos ou outros elementos de prova que possam ser utilizados no processo contra ele;
- c) A pena do arguido não pode ser agravada por ele não ter confessado nem mostrado arrependimento;
- d) A pena do arguido não pode ser agravada por ele imputar os factos a outra pessoa.

Desta forma, resulta clara a proibição legal de valoração do silêncio do arguido, pelo que esse silêncio não pode ser sujeito ao princípio da livre apreciação de prova por parte do julgador²⁴.

Costa Andrade²⁵ é peremptório sobre este princípio, ao afirmar ser “*critério seguro de demarcação e fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório*”

Reitera-se que este princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* tem por base e inerente o conceito de liberdade, bem como da presunção de inocência. Deste modo, resulta assim o direito do arguido a não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, bem como a não fornecer provas que o possam incriminar, enquanto dupla consequência do princípio da presunção de inocência, existindo, nesse sentido, uma inversão do ónus da prova. Relembra-se que o processo penal é um processo de estrutura acusatória, sendo que as declarações do arguido deverão ser encaradas não como meios de prova, mas enquanto manifestação do seu direito à defesa, o qual deverá ser respeitado para que se possa obter um “*fair trial*”.

Liliana da Silva Sá²⁶ sustenta que este direito do arguido manifesta-se em duas vertentes: por um lado, enquanto liberdade sem restrições do arguido para prestar declarações ou intervir no processo, e, por outro lado, limitando o Estado na obtenção de declarações auto-incriminatórias do arguido que não assentem na vontade do mesmo, mormente através de meios enganosos ou por coacção.

Acrescenta a autora que caso tal se verifique, estaremos perante um método proibido de prova (artigo 126.º do CPP), sendo ilícito, não só esse meio de prova, como também os demais que, directa ou indirectamente, tenham origem no referido método proibido,

²⁴ A este respeito, pronunciou-se o STJ. no Ac. de 14 de Abril de 1993, assim como no Ac. de 20 de Fevereiro de 2008.

²⁵ “*Sobre as proibições de prova em Processo Penal*”, Coimbra Editora, 1.ª edição (reimp.), 2013, p. 122.

²⁶ “*O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação*”, in Revista do Ministério Público n.º 107, Julho-Setembro 2006, p. 134.

conforme a teoria da árvore dos frutos envenenados “*fruit of the poisonous tree doctrine*” ou também denominada o “efeito-à-distância das proibições de prova”²⁷, como adiante se abordará mais detalhadamente.

Para que seja possível a delimitação do seu âmbito de aplicação, é necessário definir o fundamento constitucional do direito ao silêncio e à não auto-incriminação.

Existe, entre a doutrina, uma corrente “substantiva”, que defende que o fundamento do direito ao silêncio e do privilégio contra a auto-incriminação está enraizado em alguns direitos fundamentais, no limite, na dignidade da pessoa humana (previsto no artigo 1.º da CRP). Existe também a possibilidade, a este propósito, de sustentar que serão reflexo do direito à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (previstos nos artigos 25.º e 26.º da CRP).

A doutrina alemã revela essa tendência substantivista em relação ao direito ao silêncio, ancorando-o no direito fundamental da dignidade da pessoa humana e/ou livre desenvolvimento da personalidade (artigos 1.º, I e 2.º II da Constituição Alemã – “*Grundgesetz*”)²⁸.

Por outro lado, existe uma outra corrente doutrinária que adota uma visão “processualista”, sustentando que o direito ao silêncio e à não auto-incriminação terão fundamento nas garantias processuais reconhecidas ao arguido na CRP, mormente o princípio do processo equitativo e da presunção de inocência (artigos 20.º, n.º 4 e artigo 32.º, n.º 2 e 8, todos da CRP)²⁹, concluindo que a sustentabilidade do direito ao silêncio e do privilégio *against self incrimination* baseiam-se directamente nas garantias processuais em matéria criminal previstas no texto constitucional.

Perante esta visão, sustentam os autores que o direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação “*deverá ser aplicado analogicamente sempre que o cumprimento da prestação de qualquer informação exponha a pessoa ao perigo de uma perseguição penal*” (*sic.*).

²⁷ Vide MORÃO, Helena, “*O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português*”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16, n.º 4, Outubro-Dezembro 2006, p. 575.

²⁸ Vide MENEZES, Sofia Saraiva de, “*O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito*”, in Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coordenação), Edições Almedina, 2013, p. 117.

²⁹ Visão defendida, entre outros, por Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, ob. cit., p. 41.

Sofia Saraiva de Menezes³⁰ refere que existe ainda uma outra corrente, a propósito deste direito, a qual defende a sua abrangência à obrigação da sujeição do arguido a exames, referindo-a como uma visão “maximalista”. Segundo esta, o direito ao silêncio e ao privilégio à não auto-incriminação estendem-se a outras formas de “cooperação” do arguido na produção de prova passível de o incriminar, para além das declarações orais. Esta posição encontra sustentação com o argumento literal de a lei referir “sujeitar-se” (artigo 61.º, n.º 3, alínea d) do CPP), concluindo assim que este não tem activamente de colaborar na obtenção da prova, mormente se puder vir a ser incriminatória.

Existe uma outra corrente doutrinária que “minimiza” o alcance do direito ao silêncio, sustentando que o arguido não poderá invocar esse direito em relação às diligências de prova, dado que não existe previsão legal que estenda o campo de aplicação do direito ao silêncio para além daquele que resulta no facto de não lhe ser exigível prestar declarações, nomeadamente se o prejudicarem.

Esta linha de pensamento “minimalista” tem como ideia central, para além da interpretação literal, o facto de, caso se admitisse essa extensão às diligências de prova, isso significaria um sério revés para a investigação criminal e para a possibilidade da descoberta da verdade material, esvaziando praticamente de conteúdo o previsto no artigo 61.º, n.º 3, alínea d) do CPP e tomando claramente mais “espinhoso” o cumprimento do objectivo do Estado de obtenção da Justiça através da descoberta da verdade material.

Ao nível da jurisprudência nacional, o Ac. do STJ de 10 de Janeiro de 2008³¹ vem reduzir o âmbito do direito ao silêncio, referindo que *“o direito ao silêncio por parte do arguido não é um direito ilimitado e que incide sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar, ou seja, abrange apenas o interrogatório substancial sobre o mérito (a factualidade integradora da acusação e declarações sobre ela já prestadas) e a questão da culpabilidade, que comporta excepções, como a resultante da al. b) do n.º 3 do art. 61.º, e o, já referido, dever de responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais”*. Também o Tribunal Constitucional tem definido e delimitado o direito ao silêncio,

³⁰ Ob. cit., p. 134.

³¹ Disponível em dgsi.pt.

como aconteceu no Ac. n.º 372/98³², onde se diz que “*Um dos direitos que o processo penal reconhece ao arguido é o direito ao silêncio que consta do artigo 61º, nº 1, alínea c) do CPP e que se traduz no direito de o arguido 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*”.

A nível europeu, a comissão europeia tem dado natural importância ao direito de defesa em sede de direitos fundamentais, tendo o Tribunal de Justiça reconhecido o respeito pelos direitos de defesa como princípio fundamental de direito comunitário, como foi exemplo a decisão do caso “Orkem vs. Comissão”³³ do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989.

De igual modo, também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se tem pronunciado, em diversas ocasiões, acerca do direito ao silêncio e do privilégio contra a auto-incriminação.

Um das decisões mais referidas acerca deste tema é o denominado caso “Saunders vs. Reino Unido”³⁴, com decisão de 17 de Dezembro de 1996, onde o TEDH faz convergir o privilégio contra a auto-incriminação ao mero respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações (direito ao silêncio), não estendendo esse privilégio a outros elementos obtidos no processo penal por meios coercivos, mas que existam independentemente da vontade do arguido, como sejam as colheitas de sangue, urina ou amostras corporais com vista a exame de ADN. Nesta decisão, realça-se contudo dois votos de vencido, argumentando não ser lógico não permitir que o arguido seja pressionado para prestar declarações, mas admitir que possa ser pressionado e forçado a cooperar no sentido de fornecer elementos e dados que o incriminem.

Outra das decisões acerca dos direitos ora em ponderação, é o denominado “caso Funke”³⁵, de 25 de Fevereiro de 1993. Nesta decisão, o TEDH alarga o âmbito do princípio do *nemo tenetur*, afirmando que a aplicação de sanções penais com vista a obrigar o arguido a entregar provas documentais viola o direito à auto-incriminação e que o processo equitativo implica um direito mais amplo para o arguido do que o mero direito ao silêncio.

³² Disponível em www.dgsi.pt.

³³ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu>.

³⁴ Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

³⁵ *Idem*.

Não sendo a delimitação do âmbito do direito ao silêncio e do princípio do *nemo tenetur* naturalmente tarefa simples, cremos que o critério essencial poderá passar pelo acto e/ou comportamento que é solicitado/exigido ao arguido suportar ou efectuar, com especial realce para a questão das “intervenções corporais”.

Não obstante uma análise *infra*, sob outro prisma - concretamente referente ao direito à integridade física - importa delimitar o conceito de “intervenções corporais”.

Nuno Peixoto do Amaral³⁶, realçando as palavras de Gonzalez Cuellar Serrano³⁷, refere que “*são intervenções corporais todas aquelas medidas de investigação que se realizam sobre o corpo humano das pessoas, sem necessidade de obter o seu consentimento recorrendo à coacção física se necessário, com a finalidade de descobrir circunstâncias fácticas que são para o interesse do processo, em relação com as condições ou o estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objectos escondidos no próprio*”.

A este propósito, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias³⁸ delimita de forma clara que o acto de recolher amostras do corpo de alguém será uma intervenção corporal e, nessa medida, depende do consentimento do visado, não obstante sustentar que, através de ordem emanada pelo JIC, poderá o arguido ser compelido a submeter-se a essa intervenção, concluindo assim que a recolha não será um acto coactivo abusivo da autoridade.

Gossel³⁹, a este propósito, e com base numa doutrina “tradicional” germânica baseada nos conceitos de acção/sujeição, entende ser admissível que, por exemplo, se fotografe o arguido ou se recolham as suas impressões digitais, mesmo contra a sua vontade, bem como será possível impor outras medidas coercivas “semelhantes”. Ressalva, contudo, que tais medidas a que tem de se “submeter”, apenas são permitidas na medida em que o arguido as sofra de modo (meramente) passivo, não podendo ser compelido a participar activamente na sua realização, pois tal resultaria numa afronta inadmissível à

³⁶ “Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana”, in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 1024.

³⁷ “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Editorial Colex, 1990, p. 290.

³⁸ “Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial”, in Revista do CEJ, n.º 3, Julho-Dezembro 2005, p. 201.

³⁹ GOSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Editorial Notícias, Ano 2, n.º 3, Julho-Setembro 1992, p. 423.

dignidade humana, dando como exemplo de medidas inadmissíveis a participação em testes, reconstituição dos factos ou provas grafológicas ou linguísticas.

Refira-se ainda o facto de existir uma outra corrente recente na doutrina alemã que procura sustentar que qualquer colaboração do arguido poderá ser entendida como uma violação ao princípio do *nemo tenetur*, e, conseqüentemente, inadmissível por violar a dignidade da pessoa humana constitucionalmente consagrada⁴⁰.

Patrícia Naré Agostinho⁴¹ opta por distinguir entre as intervenções corporais onde não se produz qualquer lesão no corpo, sendo estas medidas que incidem sobre simples manifestações corporais com valor probatório (dando como exemplo a imagem, voz, o ar expirado ou as impressões digitais) e aquelas onde já ocorre uma “intrusão corporal”, sendo estas medidas que incidem já directamente sobre o corpo vivo de uma pessoa, ou parte dele.

Benjamim Silva Rodrigues⁴² apresenta uma linha de raciocínio que consideramos inovadora, ao fazer um paralelismo entre o direito ao silêncio do arguido e o facto de a recolha do seu material biológico contra a sua vontade consistir numa forma de “colocar a falar o corpo”, quando o titular desse corpo o pretende (e se pretende) “calar”, seja concretamente com palavras, seja com alguma informação retirada do seu corpo “silente” e “não colaborante”. Acrescenta ainda que as conclusões que se têm retirado da já aludida decisão no “caso Saunders” têm pecado por incompletas, pois em rodapé o TEDH refere que deve indagar-se em concreto se as pressões foram exercidas sobre o interessado para que depusesse e se a utilização desses elementos não choça com os princípios fundamentais de um processo equitativo inerente ao *nemo tenetur*.

Tudo visto, e sopesando naturalmente toda a argumentação acerca da questão, cremos que o cerne da delimitação do direito ao silêncio e ao privilégio da não auto-incriminação se coloca na essencialidade da acção do arguido no sentido de gerar algum meio de prova, o qual, de outro modo, e sob a mesma forma, não existiria no processo.

⁴⁰ Vide PINTO, Lara Sofia, “*Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – resistance is futile?*”, in Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coord.), Edições Almedina, 2013, p. 98.

⁴¹ Ob. cit. p. 61.

⁴² “*Da Prova Penal Tomo I – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*”, Rei dos Livros, 2010, p. 277.

Nesta conformidade, e com base numa ideia ou conceito que avançámos e que podemos denominar de “essencialidade comportamental”, cremos não ser exigível ao arguido uma colaboração no sentido de fornecer ou tornar disponível à investigação, algum elemento probatório nos termos acima referidos, o qual possa configurar posteriormente um meio de prova e que o possa eventualmente (ou efectivamente) prejudicar, concretamente no sentido de o incriminar no âmbito do processo-crime.

B. O direito à integridade pessoal

O artigo 25.º da CRP prevê, no seu n.º 1, que “*A integridade moral e física das pessoas é inviolável*”, acrescentando o n.º 2 que “*Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos*”.

Para caracterizar este direito, socorremo-nos da jurisprudência constitucional, começando por destacar o Ac. n.º 128/92⁴³, o qual explicita que o direito à integridade pessoal constitucionalmente protegido se materializa no “*direito da pessoa a não ser agredida ou ofendida no seu corpo ou no seu espírito, seja por meios físicos, seja por meios morais*”.

Vai mais longe o acórdão e “*proíbe também (...) que na actividade indagatória do Estado, se lance mão de métodos ou técnicas que atentem contra a integridade moral do homem, pois isso seria desrespeitar a pessoa na sua dignidade ontológica – no que ele é, por conseguinte*”.

No entanto, o acórdão faz a ressalva de que “*não proíbe porém a actividade indagatória (judicial ou policial), em si mesma, quer o seu objectivo seja a averiguação de crimes e dos seus autores, quer seja o apuramento de condutas que (...) lesam direitos alheios. E não a proíbe porque, sendo o Estado de Direito um Estado de justiça, o processo, tanto o criminal, como o civil, há-de reger-se por regras que, respeitando a pessoa em si mesma (na sua dignidade ontológica), sejam adequadas ao apuramento da verdade, pois só desse modo se podem fazer triunfar os direitos e os interesses para cuja garantia o processo é necessário*”.

Destacamos, em função dos tratamentos referidos, a eventual pertinência de analisar a legislação referente à tortura, concretamente a Convenção Contra a Tortura e Maus

⁴³ Disponível em www.dgsi.pt.

Tratos ou Penas Cruéis, Inumanas ou Degradantes, adoptada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de Julho de 1988, definindo “tortura” no seu artigo 1.º como “*qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência*” ressalvando naturalmente que “*Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas*”.

Ao nível de fontes internacionais, também o artigo 5.º da DUDH prevê que “*Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*”, não sendo esquecido o artigo 3.º da CEDH, ao prever que “*Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes*”.

Para que possamos aquilatar da aplicação prática do presente direito à questão em debate, teremos forçosamente de separar e ponderar dois momentos: um primeiro, aquando do momento de colheita de zaragatoa bucal contra a vontade (mas não se consubstanciando numa resistência física) do arguido, e aferir se tal violará o seu direito à integridade pessoal; e um segundo momento, no caso de o arguido “resistir fisicamente” a essa recolha, nomeadamente resistindo à colheita através de zaragatoa bucal, se existe assim a violação do seu direito à integridade pessoal.

Tendo assente o *supra* referido, surgem então duas manifestações deste direito, concretamente o direito à integridade física e o direito à integridade moral.

No que se refere ao direito à integridade física e a sua eventual violação aquando da colheita de material biológico, as abordagens que têm sido efectuadas pela doutrina e jurisprudência têm colocado o mote na (diminuta) intensidade da referida lesão.

Antecipando alguma argumentação doutrinária e jurisprudencial no sentido de se admitir como possível “minorar” ou “ignorar” a relevância/intensidade da ofensa à integridade física (*strictu sensu* no acto de recolha da zaragatoa bucal), será pertinente

referir o entendimento de Jorge Miranda e Rui Medeiros⁴⁴, os quais reforçam a ideia de que “a protecção da integridade física e moral consiste no direito à não agressão ou ofensa ao corpo ou espírito, por quaisquer meios”, destacando-se, a este propósito, a decisão do TC no seu Ac. n.º 616/98⁴⁵, onde se reforça a tutela constitucional firme do direito à integridade pessoal (na sua vertente física) contra quaisquer ofensas à integridade física, independentemente da sua gravidade.

Sónia Fidalgo⁴⁶ levanta uma questão pertinente e colocada de forma simples, ao questionar se, caso seja considerado que a recolha de material biológico ao/no arguido para determinação do seu perfil de ADN constitui uma lesão “bagatelar” do direito à integridade física do arguido, e, nesse sentido, conformar-se-ia dentro da adequação social, não sendo assim ilícito, qual a necessidade do consentimento expresso e informado por parte do arguido para o efeito? Desta forma, sustenta que estamos perante uma ofensa à integridade física do arguido (artigo 143.º do CPP), ainda que ligeira, surgindo o consentimento (livre e esclarecido) do arguido como causa de justificação.

Perante toda esta factualidade, e concretamente no âmbito da recolha de ADN ao arguido, Benjamin Silva Rodrigues⁴⁷ afasta a “quantificação” ou medida da intensidade da violação do direito, ao referir a propósito “*Só que não podemos ver as coisas desse jeito, já que esse entendimento abre a porta ao esvaziamento do direito à integridade física e esquece que o direito à integridade física é inviolável – inconceptível de ser violado.*”. Por esse motivo, e em conformidade com a sua linha de raciocínio, conclui que “*Face a isto, inexistindo consentimento do visado ou existindo oposição do visado, a recolha de amostras biológicas, com vista à realização de perícia para fixação de perfis de ADN, lesa o direito à integridade pessoal, na sua vertente física*”.

Não obstante o destaque que será dado, em ponto subsequente, ao Ac. n.º 155/2007⁴⁸ do Tribunal Constitucional, trazemos a terreiro desde já para o referido aresto, dado que define expressamente que a recolha de material biológico ao arguido por método de zaragatoa bucal contra a vontade expressa do mesmo, constitui uma violação do seu direito à integridade física, referindo o douto Tribunal que ainda que não seja lesiva ou

⁴⁴ “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, 2005, p. 267.

⁴⁵ Disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁶ Ob. cit., p. 122.

⁴⁷ Ob. cit., p. 247.

⁴⁸ Disponível em www.dgsi.pt.

atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma “*intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos*”⁴⁹, concluindo assim o Tribunal que esta entrada no interior do corpo do arguido “*não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25.º da Constituição*”.

Importa ressaltar, a este propósito, que o tratado no presente ponto teve como base uma recusa expressa do arguido a que lhe fosse efectuada colheita de material biológico para determinação e comparação do seu perfil de ADN, onde, apesar de ser efectuada contra a sua vontade, acabou por não resistir fisicamente à colheita efectuada através de zaragatoa bucal⁵⁰.

Para além da vertente da integridade física, o direito à integridade pessoal engloba também a integridade moral da pessoa: no caso concreto, do arguido.

O direito à integridade moral traduz-se, no essencial, na protecção conferida ao cidadão de não ser exposto ao enxovalho público, à humilhação ou a tratamento indigno, como uma sensação de profundo medo ou terror. Perante o facto de o arguido se recusar à colheita do seu material genético, e existindo decisão do JIC para que se sujeite a um exame que não pretende, tal poderá criar na pessoa um sentimento de humilhação ou de tratamento indigno, o que, a suceder, poderá eventualmente violar (também) a integridade pessoal do arguido constitucionalmente prevista, porquanto é legítimo conceber que um arguido que já se recusou expressamente e conscientemente a efectuar a referida colheita, sinta uma humilhação e indignação pela possibilidade de se ver impelido por um Tribunal (novamente) a fazê-lo, dado que o Tribunal, para o cidadão arguido, surge como garante do cumprimento dos seus direitos constitucionais e não o inverso.

C. Direito à reserva da intimidade da vida privada

⁴⁹ ANDRADE, Costa, “*Direito Penal Médico*”, p. 70.

⁵⁰ Embora não seja ainda o momento para aferir da “*nuance*” que consideramos essencial para a análise da situação, deixamos apenas como reflexão que, para além do acto de colheita propriamente dito, a forma e os meios empregues para que essa colheita seja concretizada poderão, em caso de resistência física firme por parte do arguido, redundar em uma ofensa à integridade física mais acentuada, situação que será aprofundada adiante.

O artigo 26.º, n.º 1 da CRP, sob a epígrafe “outros direitos pessoais”, prevê que “*a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

A nível europeu, também a CEDH, no seu artigo 8.º, prevê o “direito ao respeito pela vida privada e familiar”.

O conceito e alcance de “vida privada” podem delimitar-se como aquela esfera própria inviolável da pessoa humana, onde “ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular, diríamos que o âmago da sua individualidade”, em consonância com o Ac. do TC n.º 355/97⁵¹.

Este direito traduz-se na protecção dada ao indivíduo contra a divulgação a terceiros de certos aspectos ou factos da sua vida privada (e familiar).

Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵² referem que este se traduz essencialmente em dois “subdireitos”: o direito a impedir o acesso de estranhos 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, e eventualmente reconduzível ao denominado “direito à intimidade”, previstos no artigo 26.º da CRP.

Sónia Fidalgo⁵³, no que respeita ao direito à privacidade e intimidade do arguido, sustenta que a recolha e análise posterior de material biológico para determinação e comparação de ADN efectuada contra a vontade do arguido, viola (também) o seu direito à privacidade, na dimensão da intimidade.

Lorena Bachmaier Winter⁵⁴ realça o choque das sociedades perante os fenómenos recentes de terrorismo e de criminalidade transnacional, os quais colocam exigentes desafios (também) à justiça penal. Refere que perante este fenómeno - que qualifica como que de “*stress emocional*” -, os cidadãos (a comunidade) sentem uma necessidade imediata e quase automática de segurança, praticamente a qualquer preço, sintetizando

⁵¹ Disponível em www.dgsi.pt.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes e, MOREIRA, José Joaquim Vital - “*Constituição da República Portuguesa – Anotada*”, Coimbra, 4.ª Edição, 2014, p. 467.

⁵³ Ob. cit., p. 128.

⁵⁴ “*Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra, Almedina, 2010, p. 161.

como que uma ideia de que “perante uma ameaça que pode colocar em causa a nossa existência, não há quem se vá preocupar com os direitos fundamentais”.

Relembra o artigo 8.º da CEDH em relação ao direito à privacidade, ressaltando que a possibilidade de restrição no âmbito penal do mesmo exige uma suficiente previsão legal, e que seja uma medida necessária numa sociedade democrática e com respeito pelo princípio da proporcionalidade⁵⁵. Considera ainda que o TEDH tem de cumprir um papel decisivo na definição e protecção dos direitos fundamentais, sustentando que não se trata de uma mera declaração de direitos fundamentais, mas antes um sistema de controlo de cumprimento dos mesmos.

Refere ainda que, no limite, cabe aos cidadãos de cada país definirem em que “tipo” de sociedade querem viver, se em uma sociedade mais livre e respeitando a privacidade individual, ainda que comportando, no limite, algum risco acrescido para a segurança, ou o inverso, concluindo a sua decisão em optar por uma sociedade que se reja pelo respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Gossel⁵⁶, quanto à presente questão - a “violação da vida privada” - pese embora a resistência jurisprudencial⁵⁷ a essa delimitação, refere como pertinente lançar mão do critério da proporcionalidade tendo por base a teoria das três esferas de protecção.

Conclui que o direito em questão, que se traduz numa autodeterminação sobre a informação, poderá sofrer limitações, devido ao facto de o ser humano, enquanto ser social por natureza, ter de suportar certas limitações nesse direito, em nome de interesses prevaletentes da comunidade. Contudo, necessita essa limitação de fundamentação legal e determinada, de forma precisa e específica, a finalidade da utilização dos dados e, para além disso, uma protecção contra a frustração e/ou adulteração da finalidade, proibindo a divulgação ou valoração dos dados em questão, surgindo como um complemento à protecção da vida privada.

Associado a este direito, tem vindo a ser referido o “direito à autodeterminação informacional”, considerado como um “direito moderno”, constituindo este a possibilidade de atribuir a cada pessoa a hipótese de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em “simple objecto de informações”, facto que ganha relevância tendo em conta a “sociedade de informação”

⁵⁵ Realçamos que a questão será abordada, em detalhe, mais adiante.

⁵⁶ Ob. cit., p. 426.

⁵⁷ Vide Ac. do TC n.º 607/2003 referente à questão e à protecção da vida privada.

em que vivemos e onde a informação acerca das pessoas circula a uma velocidade vertiginosa, *maxime*, através da internet⁵⁸.

A este propósito, vem o texto constitucional reforçar e completar o direito à reserva da intimidade da vida privada através do artigo 35.º da CRP, no que respeita à utilização da informática e dos dados pessoais.

Ainda a este propósito, Inês Torgal da Silva⁵⁹ procura diferenciar os direitos afectados na recolha a um arguido em sede de inquérito e a colheita efectuada a um arguido já condenado. Sustenta que em relação aos condenados está em risco a violação do seu direito à autodeterminação informativa e reserva da vida privada, ao invés da situação do arguido em sede de processo-crime, dado o facto de apenas o perfil do arguido condenado ser inserido na base de dados de ADN⁶⁰.

D. Direito à Autonomia Pessoal

Tendo em conta o facto de a colheita de zaragatoa ser efectuada contra a vontade expressa do arguido, podemos aquilatar se tal atenta contra o seu direito constitucional à autonomia pessoal, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP. Apesar de ser um direito que se pode manifestar sob vários prismas, está em causa, em relação à questão concreta, a liberdade do arguido em dispor do seu corpo e o mesmo não ser alvo de uma ingerência.

Em suma, o que se pretende com a protecção deste direito, é assegurar ao indivíduo a sua liberdade para escolher o seu próprio percurso de vida, consagrando assim uma liberdade de actuação (ou para o caso, de não actuação).

Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶¹, na senda da densificação deste direito, realçam que engloba a possibilidade de “auto-afirmação” em relação a si mesmo, contra quaisquer imposições heterónomas (de terceiros ou dos poderes públicos).

⁵⁸ A este propósito, e ilustrando a preocupação da União Europeia com o assunto, *vide* Regulamento Geral sobre Protecção de Dados (Regulamento n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016 e publicado a 4 de Maio de 2016).

⁵⁹ Ob. cit., p. 180.

⁶⁰ Cfr. Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro.

⁶¹ Ob. cit., p. 464.

XI. A base de dados de ADN - receios e expectativas – o parecer da CNPD

Pese embora a base de dados de ADN não seja o tema central da presente análise, esta surge de forma indelével associada ao mesmo, pelo que cremos pertinente efectuar uma abordagem à questão, ainda que, inevitavelmente, de forma sintética.

Desde logo, por um lado, porque alguns dos direitos fundamentais do arguido poderão ser colocados em causa de forma (ainda mais) premente com a inserção do seu perfil de ADN em base de dados, apenassem face da “mera” recolha e comparação do material biológico.

Em complemento ao exposto, tendo em conta o desenvolvimento científico, existe por parte da comunidade (incluindo da científica) firmados receios da utilização e dos limites a essa utilização, do material biológico recolhido e inserido na base de dados.

Por outro lado, é também notório o desapontamento de alguns quadrantes da investigação criminal e do sistema judiciário, com a aplicação prática possível da base de dados à investigação criminal e a sua utilização, que consideram demasiado limitativa, em função do potencial identificador da mesma.

Susana Costa⁶² avança que o receio (nas suas palavras “falacioso”) de que os marcadores utilizados possam permitir o conhecimento de outras informações acerca da pessoa cujo perfil foi inserido na base de dados, fez com que, em sua opinião, fosse retirado algum potencial de eficácia à base de dados, em função da forma como a Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, foi (inicialmente) redigida.

Manuel Gonçalves⁶³ destaca que a criação da base de dados de ADN teve como finalidade maior a investigação criminal, dando a possibilidade de identificar arguidos, excluir suspeitos, interligar diferentes condutas criminosas e até a colaboração internacional em processos de identificação⁶⁴, existindo paralelamente o objectivo de dissuadir a prática criminosa.

⁶² Ob. cit., p. 256.

⁶³ Ob. cit., p. 204.

⁶⁴ A este propósito, *vide* o alcance e objectivos previstos no Acordo de Prum, de 27 de Maio de 2005, onde alguns países da União Europeia procuram alargar a cooperação policial entre estados membros, prevendo a eventual partilha de informações (também de) perfis de ADN.

Jorge dos Reis Bravo⁶⁵, por seu turno, critica a argumentação de uma corrente securitária existente, quando se sustenta ou procura justificar, no limite, a possibilidade de um rastreio universal a todos os cidadãos, com a (suposta) primeira finalidade a de possibilitar o reconhecimento e identificação de corpos em caso de catástrofes. A este propósito, conclui que não foi esse o objectivo real que presidiu a criação da base de dados de ADN, mas antes o interesse já falado/avançado do governo prévio à Lei n.º 5/2008, da possibilidade de constituir uma base de perfis de ADN de toda a população nacional⁶⁶.

Nuno Peixoto do Amaral⁶⁷ transmite, a este propósito, o receio que as amostras (inseridas ou não na base de dados de ADN) possam ser utilizadas abusivamente para investigação de características pessoais de expressão genética, pois é algo que está dependente, no limite, dos próprios laboratórios.

Marta Maria Maio Madalena Botelho⁶⁸ refere que, ponderando os interesses (e direitos) conflituantes, a questão da denominada “intimidade genética” e da sensibilidade dessa informação poderá colocar-se a vários níveis:

- 1- Quantidade de informação que os dados genéticos oferecem (e a possibilidade de expor o núcleo mais profundo da intimidade do visado);
- 2- O potencial lesivo que uma ingerência inadmissível no património genético do indivíduo pode originar;
- 3- O facto de essa eventual intromissão afectar, para além do visado, os direitos fundamentais dos restantes elementos da família;
- 4- O avanço científico poderá aumentar os dados passíveis de serem colhidos na amostra de ADN recolhida ao arguido.

Para se apreender o alcance da questão e a importância de uma limitação clara e efectiva da questão pelas opiniões díspares que a base de dados de ADN suscita, entendemos pertinente citar David Freitas⁶⁹, o qual, provavelmente fruto da sua experiência profissional (Inspector da Polícia Judiciária), sugere a recolha de ADN ao arguido logo no momento da sua constituição e a inserção de todos esses perfis obtidos na base de

⁶⁵ “*Perfis de ADN de Arguidos-Condicionados (o art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 20, n.º 1, Janeiro-Março 2010, p. 101.

⁶⁶ Notícia que surgiu em 2006 atribuída ao Ministro da Justiça da Altura, Dr. Alberto Costa, que referia que o objectivo seria, de forma gradual, inserir toda a população portuguesa na base de dados.

⁶⁷ Ob. cit., p. 1024.

⁶⁸ Ob. cit., p. 195.

⁶⁹ “*DNA e a investigação criminal*”, *Diário de Bordo*, 2014, p. 211.

ADN, sustentando acreditar que tal traria resultados de maior eficácia na investigação criminal. Sugere ainda que, enquanto medida cautelar de polícia e por forma a proteger eventuais meios de prova no local do crime, a investigação criminal deveria efectuar zaragatoa bucal para recolha de ADN a eventuais suspeitos que se encontrassem no local (ainda que não constituídos sequer arguidos, depreende-se). Avança na ideia, referindo que essa amostra ficaria em posse do OPC durante 48h e aguardaria ratificação por parte da autoridade judiciária competente. Se fosse negativa, a recolha seria destruída, se fosse positiva a decisão da autoridade judiciária, a amostra seria encaminhada para laboratório para determinação do perfil do visado.

Tendo em conta a proposta que apresenta, David Freitas critica naturalmente a lei de criação da base de dados, considerando-a demasiado limitadora, situação que, segundo o mesmo, provoca desconforto na investigação criminal, magistrados e até académicos.

Não sendo o foco central da nossa exposição realçamos contudo não concordarmos com os argumentos apresentados por este autor, pelos motivos que o parecer da CNPD indica de forma pertinente e que *infra* melhor se descreve.

Sopesando alguns dos argumentos avançados acerca da base de dados e problemas e expectativas associados, muitos outros seriam seguramente de ponderar, entendemos ser essencial trazer a terreiro o parecer da CNPD n.º 18/2007, datado de 13 de Abril de 2007⁷⁰, referente ao então projecto de diploma que visava estabelecer os princípios de criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e de investigação criminal.

Este parecer traduz, entendemos que com rigor, (alguns dos) riscos inerentes à criação da base de dados, estando em causa “*as profundezas do ser humano e chegando ao cerne mais oculto da célula e do cromossoma de cada indivíduo*”⁷¹.

Não entrando naturalmente em problemáticas que inevitavelmente se colocam relacionados com a bioética e questões associadas, cumpre realçar a menção que o parecer faz das palavras de José de Oliveira Ascensão, ao referir que “*na origem dos grandes riscos que ameaçam a sociedade está a biotecnologia*” e que “*Como saldo, podemos dizer que os riscos aumentam sempre, mais celeremente que as soluções dos problemas*”.

⁷⁰ Disponível em www.cnpd.pt.

⁷¹ Parecer da CNPD n.º 17/2007, de 13 de Abril, capítulo I, ponto 8.

Ou seja, para além dos direitos individualmente considerados dos indivíduos (no caso da presente questão “arguidos”), a base de dados suscita igualmente uma ponderada reflexão acerca dos riscos, limite e controlo da informação genética do ser humano.

Importa ainda acrescentar que foi solicitado também pelo Governo da altura ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, um parecer acerca do (então) projecto de criação e manutenção de uma base de dados de ADN. Desta forma, o referido Conselho elaborou o parecer solicitado, concretamente o parecer n.º 52/2007⁷², datado de 12 de Junho de 2007. O documento em questão aponta algumas preocupações acerca dos limites da utilização da base de dados, bem como problemas relacionados com a segurança dos dados obtidos.

Para além dessas questões levantadas, destaca-se o ponto 7 do respectivo parecer, por ser relevante para a matéria que agora se debate, onde se diz que “*em todas as situações, incluindo a das pessoas condenadas, deverá tentar obter-se o seu assentimento*”.

⁷² Disponível em www.cneqv.pt.

XII. As restrições dos Direitos, Liberdades e Garantias

A Constituição não proíbe, em absoluto, a restrição dos direitos, liberdades e garantias, exigindo, contudo, vários pressupostos, tanto de natureza formal, como material, para que seja válida (leia-se legal) essa restrição, concretamente:

- a) Ser autorizada pela Constituição (CRP - artigo 18.º, n.º 2);
- b) Emanar de Lei ou Decreto-Lei (CRP - artigo 18.º, n.º 2, 1.ª parte e artigo 165.º, n.º 1, alínea b));
- c) Visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (CRP - artigo 18.º, n.º 2, *in fine*);
- d) Ter carácter geral e abstracto, não ter efeito retroactivo e não diminuir a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (CRP - artigo 18.º, n.º 3);
- e) Ser proporcional ao objectivo de salvaguarda desse outro interesse (CRP - artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte), proporcionalidade essa em sentido lato, que se desdobra em três “subprincípios”:
 - i. Adequação: as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos;
 - ii. Exigibilidade (ou necessidade): 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;
 - iii. Justa medida: (ou proporcionalidade em sentido restrito) – não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins protegidos.

Também a DUDH, no seu artigo 29.º, n.º 1, ressalva a este propósito, que *“todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”*, complementado pelo n.º 2 ao referir que *“no exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento*

e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Perante esta evidência, a questão coloca-se em determinar a forma de (eventualmente) poder restringir alguns dos direitos fundamentais em causa, dado que a CRP não prevê, de forma expressa, essa possibilidade, como seja o caso do direito à integridade física.

Avança alguma doutrina⁷³, a este propósito, a existência dos “limites imanentes”, ou seja, limites que embora não expressos, decorrem implicitamente do texto constitucional, designadamente – como é o caso em apreço – por efeito de uma colisão de direitos, com fundamentação também no artigo 29.º da DUDH.

Jorge Reis Novais⁷⁴ justifica a existência destes limites “*pela simples razão que o normal exercício desses direitos colide normalmente, de forma inevitável, com o exercício dos mesmos ou de outros direitos fundamentais*”.

Prossegue o autor⁷⁵ referindo que “*a assunção da dignidade da pessoa humana como valor supremo por parte do Estado de Direito dos nossos dias garante aos indivíduos uma posição de absoluta igualdade (...) o que, na relação entre os indivíduos e o Estado, se traduz o reconhecimento constitucional, expresso ou implícito, de uma margem de liberdade incompressível que conforma, se se quiser, um núcleo ou conteúdo essencial em cada direito fundamental (...). Nesse sentido, por mais ponderosas que sejam ou por maior apoio que reúnam, as concepções e decisões da maioria não quebram, sob pena de inconstitucionalidade, a liberdade individual*”.

E como critério, concretiza, “*haverá então, que desenvolver um trabalho complexo de apreensão das reais motivações da intervenção estatal em ordem a estabelecer quando o que está em causa é a prossecução necessária de um bem igualmente digno de protecção jurídica, ou ao invés, quando estamos perante a intenção de condicionar, restringir ou desqualificar um exercício autónomo da liberdade individual em nome dos valores particulares e relativos da autoridade estatal (...). Enquanto no primeiro caso há que ponderar – um princípio pode ter que ceder por força do maior peso que, no caso, apresente um outro princípio -, já, no segundo, a protecção de direito fundamental é definitiva*”.

⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 618. e CANOTILHO, J. J. Gomes e, MOREIRA, José Joaquim Vital, Ob. Cit., p. 389.

⁷⁴ “As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição”, Coimbra Editora, 2003, p. 367.

⁷⁵ Obra citada, p. 624.

Como tal, e com base na doutrina, resulta claro que o *mote* para a tentativa de resposta à questão em apreço, será precisamente a ponderação entre os bens jurídicos em causa. Como explana Cristina M. M. Queiróz,⁷⁶ por forma a “delimitar” um direito constitucional, é necessário definir o seu “âmbito de protecção” e os seus limites, para, em seguida, aplicar o princípio da proporcionalidade aos limites do direito fundamental. Por último, e excepcionalmente, é possível o desvio a essa função dos direitos quando a norma que pretender restringir o direito apresentar um fundamento suficientemente claro.

É por isso usual falar em conceito “relativo” e conceito “absoluto” no que concerne ao “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, previstos no artigo 18.º, n.º 3 da CRP.

O conceito relativo de direito fundamental não permite uma definição do seu conteúdo para todos os casos de modo definitivo, sendo necessário efectuar uma ponderação casuística em relação aos vários interesses em presença (e necessariamente em confronto), podendo assim desaparecer a garantia de intangibilidade desse direito fundamental. No caso do conceito “absoluto”, o conteúdo essencial é determinado por forma a manter uma “validade uniforme”, independentemente do caso concreto e do interesse e/ou bem jurídico que com ele possa conflitar.

Isto conduz a uma ponderação profunda e a um “teste forte” de proporcionalidade, para eventual determinação no caso concreto, da compatibilidade de uma determinada restrição com a natureza do direito em causa.

Neste ponto, parece-nos pertinente a mensagem transmitida por Gomes Canotilho⁷⁷ ao referir que *“podemos ver que os conflitos de direitos não se reconduzem apenas a conflitos de discursos reais (...), mas também e sobretudo a um problema de balanceamento de bens, valores e interesses com base nas regras e princípios constitucionais”*.

⁷⁶ “Direitos Fundamentais (Teoria Geral)”, Coimbra Editora, 2002, p. 211.

⁷⁷ “Estudos sobre Direitos Fundamentais”, Coimbra Editora, 2004, p. 129.

XIII. A restrição dos direitos do arguido no caso concreto – O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007

Perante o que foi já referido, existem, de forma clara, direitos constitucionais conflituantes em causa: os do arguido⁷⁸ e os do Estado, mormente na sua tarefa de obtenção de justiça através da verdade material, com a inerente procura da paz pública, essencial ao Estado de Direito Democrático.

Nesta conformidade, cumpre aquilatar se o acto de recolha de zaragatoa bucal ao arguido para determinação do seu perfil de ADN contra a vontade expressa do mesmo, efectuado no âmbito da investigação criminal, respeita os requisitos constitucionais para que possa ser considerado admissível e conforme ao texto constitucional.

Esta ponderação foi efectuada com detalhe pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 155/2007, um aresto que tem servido de base argumentativa à maioria das questões em torno do problema em análise.

Na opinião do TC, pese embora as violações dos direitos do arguido com a referida recolha, a medida é conforme à Constituição, por respeitar as exigências constitucionais já mencionadas para a restrição dos mesmos, pelo que poderá ser o arguido “compelido” à realização da referida recolha de material biológico. Considera o Tribunal que para além das exigências formais, a restrição em apreço respeita o princípio da proporcionalidade em sentido lato, e, por inerência, os três subprincípios que compõem o mesmo.

Remetendo a análise à questão (fundamental) da proporcionalidade para o ponto seguinte, apresentamos desde já duas críticas ao conteúdo do aresto constitucional em causa.

Primo, e ressaltando naturalmente o respeito que os Juízes subscritores do acórdão nos merecem - que é muito - parece-nos que o aresto revela alguma falta de noção em relação às formas e técnicas “práticas” possíveis para obtenção de ADN, porquanto não é equacionada qualquer alternativa à zaragatoa bucal contra a vontade expressa do arguido. Esta questão, como se procurará demonstrar, parece-nos ter influência decisiva na análise da “proporcionalidade”.

⁷⁸ Referidos com maior detalhe *supra*, no ponto “X”.

Secundo, o TC deparou-se com uma situação onde o arguido, pese embora a sua recusa expressa, acabou por efectuar a colheita sem utilização de força física por parte de quem procedeu à recolha, dado não ter resistido fisicamente a essa recolha. Talvez por esse motivo, o TC não abordou, em concreto, o que significa o ser “compelido” e, em caso de significar a utilização da força física, quais os limites para esse emprego. Ou seja, o Tribunal considera que a recolha em questão está fundamentada pelas regras da restrição dos direitos constitucionais do arguido (*maxime*, pelo artigo 18.º da CRP), mormente por respeitar o princípio da proporcionalidade, mas não equaciona se assim seria, caso o arguido reagisse activamente na colheita, e fosse certamente necessário o emprego de força substancial por parte de quem procedesse à recolha através de zaragatoa bucal (como referimos, na verdade, de duas recolhas), questão esta que nos parece essencial desenvolver.

Isto é, o TC não equacionou sequer a possibilidade de o arguido “reagir fisicamente”, pois nesse caso (pelo menos) a lesão da sua integridade física seria consideravelmente maior que os meros raspados na cavidade bucal, como veremos em seguida.

XIV. A Proporcionalidade

Como destaca a doutrina, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também é referido como princípio da proibição do excesso (artigo 18.º, n.º 2; 19.º, n.º 4 e 266.º, n.º 2, todos da CRP). Em relação a este princípio, é possível sustentar a sua derivação do princípio do estado de direito, ou, em alternativa, defender que a proporcionalidade está conectada com os direitos fundamentais.

Este princípio surge actualmente como um mecanismo de controlo exercido pelos tribunais no que respeita à adequação dos meios coactivos da administração à prossecução do objectivo, e à ponderação concreta dos direitos ou interesses em conflito.

Como referimos anteriormente, o primeiro dos subprincípios constitutivos é o da conformidade ou adequação de meios, o qual exige que a medida adoptada para a realização do interesse público seja apropriada à prossecução da finalidade a ele subjacente. Ou seja, implica que o acto a praticar pela administração é apto e conforme ao objectivo que se pretende. Em suma, é uma ponderação da conformidade da relação medida-finalidade, concretamente se a zaragatoa bucal é meio adequado à recolha de material biológico ao visado.

No que respeita ao princípio da exigibilidade ou da necessidade, também denominado “princípio da menor ingerência possível”, o mesmo baseia-se na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Desta forma, é necessário demonstrar que para obtenção de determinado fim por parte do Estado, não seria possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.

Nesta conformidade, o que está em causa é a possibilidade de adoptar outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para o cidadão visado pela medida/meio a empregar pelo Estado.

Por último, a proporcionalidade em sentido restrito pondera se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à “carga coactiva” da mesma, daí a designação de “princípio da justa medida”, carecendo de um juízo de ponderação, no sentido de aferir se o meio utilizado é, ou não, desproporcionado, em relação ao fim que pretende atingir.

Cumpra ainda realçar, a este propósito, a expressa previsão constitucional do princípio da proporcionalidade enquanto constitutivo e norteador de toda a administração pública (artigo 266.º, nº 2, da CRP).

Surge assim como ideia base à presente análise que o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição de direitos, liberdades e garantias por actos do poder público.

Robert Alexy⁷⁹ apresenta uma perspectiva de relação entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade enquanto conexão necessária, denominada “tese da necessidade” (ao invés da tese da contingência, onde a relação depende daquilo que for decidido pelo legislador constituinte, ou seja, dependente do direito positivado).

O fundamento da tese da necessidade baseia-se na denominada “teoria dos princípios”, existindo uma distinção entre normas-regras e normas-princípios. Refere que as regras são normas que exigem algo de modo definitivo e aplica-se através de uma subsunção, ou seja, se uma determinada regra é válida e estão reunidas as condições para que seja aplicada, então deverá ser efectuado exactamente o que a mesma exige.

Por outro lado, os princípios são “mandados de optimização”, exigindo, por isso, que seja efectuado algo na máxima extensão possível de acordo com as possibilidades de facto e de direito existentes.

A ponderação surge como a forma específica de aplicação dos princípios, pois estará em causa essencialmente uma situação em que existem princípios em colisão. No que respeita à optimização quanto ao princípio da proporcionalidade, esta traduz-se nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Desta forma, a adequação e necessidade dizem respeito às possibilidades factuais existentes, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à optimização no que concerne às possibilidades jurídicas existentes.

Refere o autor em questão que os direitos fundamentais têm uma dupla natureza, pois para além do direito positivado em sede constitucional, conferindo-lhe assim uma vertente real ou legal, existe também uma dimensão ideal, pois têm como objectivo ideal o de transformar os direitos humanos em direito positivo, ou seja, positivar os direitos humanos.

⁷⁹ “Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, in o Direito, Almedina, Ano 146.º (2014) IV, 2014, p. 818.

Rogério Alves⁸⁰ aborda a questão do “medo”, do sentimento que o terrorismo e outros fenómenos criminosos provocam, referindo que o medo normalmente não é bom conselheiro a nível de política criminal, pois traz associado uma certa “ânsia” de encolhimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, supostamente por só assim ser possível um efectivo combate a estes fenómenos criminais, o que, necessariamente, poderá toldar a ponderação da proporcionalidade.

⁸⁰ *“Direitos, Liberdades e Garantias versus colaboração/obrigação do cidadão em participar ou submeter-se a actos processuais penais – o caso específico do arguido”*, in 1.º Congresso de Investigação Criminal, ASFIC, Porto, 2008, p. 221.

XV. A Proporcionalidade no caso de recolha de ADN perante a recusa do arguido

Perante tão sensível “matéria” e ponderando os vários direitos fundamentais em causa, necessariamente em “colisão entre si”, várias têm sido as visões apresentadas, revelando uma diversidade interpretativa e, igualmente maior, ou menor, profundidade relativamente à *vexata quaestio*.

Luís Bonina⁸¹, em comentário ao acórdão n.º 155/2007 do TC, conclui que o Tribunal considerou que o princípio da proporcionalidade encontra-se observado em matéria de restrições de direitos fundamentais para a colheita coactiva de vestígios biológicos do arguido para determinação do seu perfil genético, com oposição por parte deste.

Acrescenta - à altura uma questão com pertinência, hoje ultrapassada - que sendo uma intervenção significativa nos direitos fundamentais, o TC concluiu pela necessidade de intervenção do JIC, não valendo, como se colocou na situação apreciada, apenas a intervenção do MP para ordenar a recolha.

Realça que o Tribunal Constitucional teve em conta a extrema gravidade dos factos investigados, a ausência da obtenção de outros meios de prova, bem como o interesse do Estado na realização da Justiça, para além da diminuta afectação do direito à autodeterminação corporal, conjugado ainda com o facto de o material biológico recolhido destinar-se exclusivamente à satisfação da necessidade em questão.

Entendeu assim o TC que *“por seguro temos, igualmente, que a Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coactiva de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da utilização da técnica de zaragatoa bucal) e a sua posterior análise genética não consentida para fins de investigação criminal”*.

Também o Tribunal da Relação de Lisboa, no seu acórdão de 24 de Agosto de 2007, referente ao processo n.º 6553/2007⁸², aceitou a possibilidade da recolha de amostra de material biológico ao arguido contra a sua vontade e a conformidade à Constituição ao efectuar-se uma recolha “coactiva” de saliva ao arguido, baseando-se na “pouca relevância com que a autodeterminação corporal é violada com a realização do exame em causa e a importância dos valores que podem ser protegidos com o mesmo”.

⁸¹ “Colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para a determinação do seu perfil genético – constitucionalidade – Acórdão do tribunal Constitucional n.º 155/ 2007”, in Revista do Ministério Público, Ano 28, n.º 110, Abril-Junho 2007, p. 205.

⁸² Disponível em www.dgsi.pt.

Inês Torgal Silva⁸³ concorda com a possibilidade de utilização, se necessário, de força para recolha de amostra biológica ao arguido, defendendo que a proporcionalidade está acautelada. Sustenta ainda a visão numa premissa de “índole pragmática”, quando diz que se fosse possível por exemplo aos condenados recusarem a recolha, nenhum se sujeitaria à mesma, perdendo-se a desejada eficácia na investigação criminal.

Como já demos a entender, e agora concretizamos, resulta claro que o princípio da proporcionalidade não se encontra respeitado numa colheita por zaragatoa bucal contra a vontade expressa do arguido, concretamente por não respeitar (o subprincípio) da exigibilidade, motivo para a nossa primeira crítica anteriormente apresentada ao acórdão do TC n.º 155/2007.

Na verdade, não existe tecnicamente uma impossibilidade de obter o ADN do arguido por outro meio menos oneroso para o mesmo. Pelo contrário, e daí a necessidade de, como se referiu atrás, aprofundar os conhecimentos referentes às formas de obtenção de ADN, pois são variadas as formas possíveis de obter o referido ADN sem violação tão vinculada dos direitos constitucionais do arguido, onerando-o de forma menos significativa.

Perante esta possibilidade, que é real e relativamente simples, e que se pode traduzir na recolha de material biológico do arguido em vários objectos, não é sustentável que se cumpra o princípio da proporcionalidade, na vertente da “necessidade”. Na verdade, não é necessário obrigar o arguido a fazer uma zaragatoa bucal para obter o seu perfil de ADN, podendo ser equacionados outros meios para o efeito.

Ou seja, é possível obter uma menor ingerência na sua esfera pessoal, pois a finalidade do Estado, através da investigação criminal, é a de obter o perfil de ADN do arguido, sendo essa obtenção possível adoptando outro meio menos oneroso para o cidadão, *in casu* arguido.

Doutro passo, e no caso de o arguido ser compelido fisicamente, leia-se forçado, a efectuar a zaragatoa bucal contra a sua resistência física, cremos estar também em crise o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Mau grado o TC não ter equacionado esta vertente da recusa do arguido, ou seja, a tradução numa resistência física, a nossa experiência (e cremos que até o senso comum) permite-nos concluir que para subjugar um arguido para que abra a boca e seja

⁸³ Ob. cit., p. 180.

efectuada uma (ou melhor, duas) zaragatoas bucais para recolha de saliva, ter-se-á com forte probabilidade de manietar o arguido pelo pescoço, de forma acentuada, impedindo-lhe a mobilidade da cabeça através daquilo que é vulgarmente denominada por “gravata” ou “mata leão”, uma forma de estrangulamento efectuado pelas costas do visado, restringindo a circulação sanguínea e naturalmente o oxigénio, devido à força aplicada no pescoço colocando o visado com dificuldade em respirar e na impossibilidade assim de manter uma resistência activa, podendo, com alguma regularidade, levar à perda de sentidos por alguns segundos. Qualquer outra alternativa que possa ser ponderada acarreta mais riscos para o visado, bem como para os elementos encarregues de efectuar as colheitas ao arguido, tendo em conta o facto de a cabeça de quem pretende resistir a algo desta natureza ser uma “arma poderosa”, assim como a dentição.

Como cremos que se pode depreender, a medida parece-nos claramente desproporcionada e excessiva para a finalidade que se pretende obter: a recolha de material biológico ao arguido.

De alguma forma, na esteira do que referimos e defendemos, o Tribunal da Relação do Porto, no seu acórdão de 10 de Julho de 2013⁸⁴, vem, em nossa opinião, “retroceder” em relação à visão do TC concernente à matéria ora em apreço, ao abordar, de modo mais claro, e cremos pela primeira vez, ainda que de forma pouco aprofundada, o modo concreto como a recolha coactiva deva ou possa ser efectuada.

Nesta conformidade, o acórdão refere que *“recapitulando, podemos considerar que as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime, mostrando-se aceitáveis e legitimadas se:*

- a) Estiverem legalmente previstas;*
- b) Perseguirem uma finalidade legítima;*
- c) Mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal, intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos;*
- d) Revelarem-se idóneas, necessárias e na justa medida;*

⁸⁴ Disponível em www.dgsi.pt.

e) *Serem judicialmente determinadas;*

f) *Estarem devidamente motivadas.*

Não sendo admissíveis quando correspondam, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes, optando-se nestes casos, e em sua substituição, qualquer outra forma de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN”.

O acórdão enforma os princípios e limites à recolha transmitidos pela decisão do TEDH, de 11 de Julho de 2006, no caso “Jalloh vs. Alemanha”⁸⁵, que, com base no artigo 3.º da CEDH, considerou ser um tratamento desumano ou degradante, a provocação forçada de vômitos mediante a ingestão coerciva de substâncias farmacológicas, por violação do referido artigo. E por forma a ilustrar como pode ser discutível o conceito de (des)proporcionalidade, acrescenta-se que esta ingestão forçada visou tão-somente a recuperação de 0,2 gramas de cocaína que o arguido tinha ingerido. Desta forma, e ainda com base nas recomendações do Conselho da Europa⁸⁶ referente ao uso de análises de ADN, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto sustenta que: “... em caso de recusa obstinada em ceder esses fluidos bucais, é muitas vezes aconselhável, designadamente quando o uso da força coactiva possa redundar num tratamento desumano ou degradante, que no período de detenção para a recolha de saliva bucal, se espere que o visado “liberte” qualquer outra amostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhido para determinação do ADN”.

Doutro passo, pese embora em outra área do direito, consideramos, contudo, pertinente a menção acerca da eventual recolha coactiva de ADN para determinação de paternidade em matéria cível, sendo que perante a recusa do arguido, a consequência legal é este ser condenado em multa, sem prejuízo de inversão do ónus da prova, por via da aplicação do disposto no artigo 344.º, n.º 2 do Código Civil (algo que não é plausível em processo penal, unanimemente cremos).

A este propósito, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Dezembro de 2010⁸⁷ refere que “... Não é viável a execução coercitiva do exame, no caso de recusa, já que a execução forçada deste poderia pôr em causa tais direitos...; - a recusa

⁸⁵ Disponível em www.echr.coe.int.

⁸⁶ Recomendação R (92) 1, do Conselho da Europa, do Conselho de Ministros dos Estados Membros “on the use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system” e “explanatory memorandum)

⁸⁷ Disponível em www.dgsi.pt.

persistente, reiterada e sem qualquer fundamento plausível poderá acarretar a condenação em multa do faltoso como litigante de má-fé...” e continua o aresto concluindo que *“Afigura-se-nos, de facto, que a realização coactiva do exame acarreta a violação dos direitos constitucionais à liberdade e integridade pessoal do R.”*

A este propósito, e em sentido inverso, Paula Costa e Silva⁸⁸ defende, a propósito da realização coerciva de testes de ADN em acções de estabelecimento da filiação, que *“qualificar a recolha de saliva como uma violação à integridade física significa empolar de tal forma este direito constitucional que jamais será possível encontrar-lhe o núcleo fundamental”*.

Manuel Gonçalves⁸⁹ afirma que *“a recolha coerciva do ADN, com recurso à força física para obtenção da amostra, em ordem a instruir o processo penal de natureza acusatória contra o próprio titular da amostra, parece assemelhar-se, muito de perto, a práticas próximas da tortura.”*

Refere ainda que o medo e o terrorismo acabam por revelar-se factores de aceitação e acatamento social de uma necessidade de segurança, levando a que, por parte dos governos, existam medidas que possam conduzir a esses resultados no combate à criminalidade, o que pode, se as medidas não forem ponderadas, conduzir a uma progressiva diminuição dos direitos e liberdades dos cidadãos.

O autor refere, em função do que acima foi abordado em matéria civil, que a inversão do ónus da prova também não é possível em sede de processo penal, porquanto coloca em causa a presunção de inocência, bem como a estrutura acusatória do processo penal, que não se compadece com qualquer forma de repartição do ónus da prova (em consonância com o artigo 32.º, n.º 5 da CRP).

A CNPD parece também não admitir a coercibilidade física para recolha do ADN, bem como sequer a coactividade sancionatória para obrigar o arguido a permitir a recolha da amostra para obtenção do perfil de ADN.

Por forma a sustentar a posição que defendemos acerca da proporcionalidade na questão em análise, mencionamos o que refere Thiago André Ávila⁹⁰, quando conclui que *“o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto a síntese do sistema de direitos*

⁸⁸ *“Estudos de Direito da Bioética”*, ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – Almedina, 2005, p. 186.

⁸⁹ Ob. cit., p. 211.

⁹⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 278.

fundamentais. Não se trata da dignidade de uma pessoa individual, mas uma dignidade personalista, que reconhece o valor da pessoa humana e impõe a harmonização do conflito concreto mediante uma ponderação de interesses que preserve o mínimo da essência do indivíduo e promova a máxima realização das dignidades dos demais cidadãos. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é a guia da ponderação de interesses”.

Também colocando uma tónica na dignidade da pessoa humana, Nuno Manuel Pinto Oliveira⁹¹ sustenta que os princípios e regras de direitos fundamentais atribuem ao indivíduo “espaços de autodeterminação que o estado não pode penetrar”, pelo que o estado não deve dispor da possibilidade de condicionar o exercício da autonomia, ou da liberdade, à adopção de princípios e valores implícitos em “imagens do homem” consensuais ou quase, na sociedade.

Patrícia Naré Agostinho⁹² realça a importância da dignidade da pessoa humana no caso de recurso à força física para a recolha de amostras ao arguido, enquanto valor nuclear da CRP, implicando o homem como um sujeito de direitos e não a sua redução a mero objecto das pretensões e interesses estatais, lembrando que Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, não regula os casos de falta de consentimento na recolha de amostra biológica, realçando que no artigo. 10.º, prevê que a colheita deverá ser efectuada através de método não invasivo que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual.

Admite que poderá “existir proporcionalidade” numa recolha forçada de amostra biológica (no caso a um condenado), mas sustenta não existir “habilitação legal” para o fazer, dado que defende que inexistente densidade normativa para determinar os pressupostos, extensão e limites da utilização da força, pois estamos perante expressões legais vagas e imprecisas.

A questão da dignidade da pessoa humana foi recentemente revisitada por Figueiredo Dias⁹³, especificando concretamente a utilização da nomenclatura “essencial dignidade humana”, por forma a não sobredimensionar o alcance prescritivo que ocorreria com a

⁹¹ “O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra Editora, Ano 8, n.º 15, 2011, p. 32.

⁹² Ob. cit., p. 119.

⁹³ “Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º, n.º 4000, Setembro-Outubro 2016, p. 10.

utilização simplesmente da expressão “dignidade humana” e não fixar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa. Ou seja, o que pretende com a denominação é diferenciar o facto de toda a ofensa à integridade da pessoa constituir uma ofensa à dignidade da pessoa, mas nem toda terá uma relevância jurídico-penal.

Diz o Professor que a dignidade essencial da pessoa e a sua defesa constitui o limite terminante de toda a intervenção estatal.

XVI. Da Proibição de Prova

Começamos o presente por realçar que dada a extensão e amplitude da temática, o presente não tem a pretensão de ser exaustivo.

Manuel da Costa Andrade⁹⁴ sustenta a convicção de que existem limites inultrapassáveis à prossecução da verdade em processo penal, estando subjacente ao conceito e regime das proibições de prova. Refere o autor que se tratam de valores irrenunciáveis e que sacrificá-los seria subverter a evolução histórica no caminho já longo percorrido por um direito mais justo, objectivo fulcral de um Estado de Direito.

O autor em apreço recorda as palavras de Figueiredo Dias, quando refere que, quando ao nível de regulamentação processual penal esteja em causa a dignidade da pessoa humana, nenhuma transacção é possível, devendo esta garantia sobrepor-se a qualquer conflito que possa ter com o Estado, mormente em relação ao eficaz funcionamento da justiça penal.

Esta concepção tem inerente a ideia de Gössel, onde o Estado tem o dever de investigar, tendo, ao mesmo tempo, igualmente o dever de delimitar essa investigação.

Costa Andrade⁹⁵, citando Gössel, afirma que *“às proibições de prova cabe a importante tarefa de prevenir que o imperativo da realização da justiça material que dimana do Estado de Direito redunde precisamente no seu contrário”*. É que, precisa, *“do princípio do Estado de Direito decorre o dever de averiguar a verdade e, ao mesmo tempo, a delimitação dessa averiguação”*.

José Braz⁹⁶ aborda também a questão da proibição de prova, dizendo que em relação às proibições absolutas de prova, estas podem referir-se ao tema da prova (dando o exemplo de factos sujeitos a sigilo religioso, previsto no artigo 135.º do CPP); ao meio de prova em si mesmo considerado (avançando a questão do depoimento indirecto referente ao artigo 129.º do CPP); ou ao próprio método (meio) de obtenção de prova (referindo o artigo 126.º, n.º 1 e 2, do CPP), dando como exemplo a administração do “soro da verdade” (como as denominadas experiências com pentatol ou outras substâncias) ou da utilização do polígrafo (vulgo “máquina da verdade”).

⁹⁴ Ob. cit., p. 117.

⁹⁵ Ob. cit., p. 119.

⁹⁶ *“Tecnologia e Investigação Criminal”*, Almedina, 2015, p. 394.

Marta Maria Botelho⁹⁷, em relação ao acima exposto, considera mais gravosa uma recolha enganosa do que uma recolha efectuada sem o consentimento do arguido, dado que o desconhecimento deste pressupõe um pretexto enganoso para a obtenção da prova, um procedimento desleal, e, por isso, intolerável num processo justo e equitativo (veja-se o previsto no artigo 20.º da CRP). Desta forma, sustenta que a colheita de ADN feita sem o conhecimento do arguido dará origem a uma prova proibida, a qual enfermará, necessariamente, de nulidade.

Perante o nosso entendimento em relação à forma de recolha de zaragatoa bucal com utilização da força física, perante a inevitabilidade “prática” de como terá necessariamente de ocorrer, é essencial situar a questão, em nosso entender de forma clara, na cominação de nulidade prevista no artigo 126.º, n.º 1 do CPP e do artigo 32.º, n.º 8 da CRP, alicerçada no facto de se tratar, no mínimo, de um tratamento cruel, desumano e degradante (*vide* artigo 25.º, n.º 2 da CRP, artigo 1.º da Convenção Contra a Tortura e Maus Tratos ou Penas Cruéis, Inumanas ou Degradantes, adoptada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de Julho de 1988; artigo 5.º da DUDH e artigo 3.º da CEDH).

Perante tal nulidade, a recolha do material biológico do arguido será considerado um acto nulo, tendo como consequência a invalidade do mesmo, conforme previsto no artigo 122.º do CPP.

Contudo, é necessário ir mais além porquanto, posteriormente a este acto nulo, outros actos serão praticados subsequentemente em sede de inquérito com evidente relação à recolha do material biológico ao arguido através da violação da força física e, naturalmente, contra a vontade expressa do mesmo. Estamos a falar da posterior determinação do perfil de ADN do mesmo e a comparação com outros perfis que possam existir no processo, mormente proveniente de recolhas efectuadas no local do crime.

Perante esta factualidade, há que ponderar se a invalidade (por via da nulidade) da recolha de ADN, nas condições acima referidas, torna os posteriores actos de determinação de ADN e comparação com outros perfis, igualmente actos nulos, ou se, ao invés, os mesmos poderão ser aproveitados no processo.

⁹⁷ Ob. cit., p. 208.

Para aferir desta possibilidade de projecção dos efeitos temos de nos socorrer da figura que é designada pela doutrina como o “efeito-à-distância”, a qual permitirá aquilatar da comunicabilidade (ou não) dessa proibição de valoração dos meios de prova, os quais apenas foram possível obter através de um método proibido de prova.

Como se referiu anteriormente, o artigo 32.º da CRP é, em si mesmo, um garante das garantias de defesa do arguido. Helena Morão⁹⁸ destaca, a esse propósito, o princípio da formalidade e a possibilidade de, com segurança, afirmar-se que a invalidade do acto nulo se estende aos que de si dependam ou que ele possa afectar, o que permite a ponderação ao caso concreto, da já aludida doutrina dos “frutos proibidos”.

Essa metáfora originária do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América⁹⁹ pretende ilustrar que a regra de exclusão da prova obtida pela investigação em violação dos direitos constitucionais do arguido (a qual não poderá ser utilizada no processo) poderá, em certas situações e mediante a análise ao caso concreto, estender-se também às provas “reflexas”, ou seja, aquelas obtidas subsequentemente à prova nula e inválida e por via desta.

Sem pretendermos aprofundar em demasia o tema em questão, por ser aliás, uma questão doutrinária complexa e ainda em amplo debate e delimitação, cremos, contudo, que resulta claro, no caso em apreço, que todos os elementos probatórios subsequentes à recolha de ADN ao arguido nos termos apresentados e que digam respeito à utilização, por qualquer forma, do material biológico recolhido (tal como o exame de determinação do ADN do arguido ou alguma eventual comparação com outros perfis) se enquadram na possibilidade de estender o efeito da invalidade da recolha a esses elementos probatórios subsequentes.

Isto porquanto, ao caso concreto, para além da conexão directa entre os actos (o da recolha e o dos posteriores exames) e a projecção negativa nos mesmos, sustentamos que não se aplica qualquer das circunstâncias que têm vindo a ser apontadas como excludentes à extensão da invalidade às provas reflexas (concretamente a “fonte independente”, a “descoberta inevitável” ou a “mácula dissipada”).

⁹⁸ “Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessoriais – o Acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 22, n.º 4, Outubro-Dezembro 2012, p. 693.

⁹⁹ Utilizada pelo Juiz Frankfurter no caso “Nardone v. Estados Unidos”, cuja decisão remonta a 11 de Dezembro de 1939.

Desta forma, e em suma, tendo por base a conjugação do artigo 126.º do CPP e o artigo 32.º da CRP, a recolha de material biológico ao arguido e os exames subsequentes deveriam ser consideradas pelo Tribunal (mormente pelo Juiz) como inválidas e tratadas como se não existissem.

Creemos relevante salientar que Figueiredo Dias¹⁰⁰ revisitou recentemente algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal, reafirmando que o interesse na descoberta da verdade (enquanto condição essencial de uma condenação) constitui uma das finalidades do processo penal. No entanto, realça que “(...) *uma tal finalidade tinha de entrar em harmonização com a obtenção da justiça, da qual faz parte integrante, para além do mais, o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas visadas, nomeadamente do arguido. O que implica que o processo penal decorra por meios e por formas processualmente válidas, assumindo esta questão, como é evidente, primacial importância em matéria de prova*”.

¹⁰⁰ Ob. cit., p. 5.

XVII. Direito Comparado

Conforme se poderá observar pela súmula de direito comparado que abordaremos em seguida, a questão da utilizao do ADN na investigao criminal e as questões inerentes, não são de fácil “harmonizao”, existindo diferenças relevantes nos vários ordenamentos jurídicos dos diferentes Estados, o que  manifestao da pluralidade e sensibilidade das questões com que os ordenamentos de cada Estado se deparam, para além das naturais especificidades e idiosincrasias existentes.

A. *Espanha*

Até à sentença do Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de Dezembro¹⁰¹, as decisões daquele Tribunal permitiam que, em Espanha, o arguido em processo penal tivesse obrigao de suportar passivamente uma recolha, como  exemplo a STC de 4 de Outubro de 1985, onde o aresto refere que uma decisão que ordene a extraco corporal de amostras para obteno do perfil de ADN, implica uma obrigao que o sujeito passivo tem de assumir, sendo contudo que não lhe poderá ser exigido um comportamento activo e de colaborao com as autoridades.

A sentença n.º 37/89, de 15 de Fevereiro, do Tribunal Constitucional Espanhol¹⁰², vai mais longe e apesar de confirmar a obrigao do arguido em suportar passivamente a recolha de material biológico, impede a utilizao da força física para efectuar a colheita, determinando que essa circunstância violaria a integridade física do arguido e a sua dignidade, resultando assim numa prova nula.

A decisão daquele tribunal n.º 207/1996, de 16 de Dezembro¹⁰³ exclui a possibilidade de invocar os artigos 311.º, 334.º e 339.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim)¹⁰⁴ para justificar as colheitas coactivas de ADN sem o consentimento do visado e que se o mesmo se opusesse, não poderia ser obrigado a efectua-la. Nesta decisão, o Tribunal Constitucional referiu que os mencionados artigos da LECrim permitiam ao juiz ordenar a análise de qualquer tipo de amostra biológica que fosse recolhido em qualquer local,

¹⁰¹ Disponível em www.tribunalconstitucional.es.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ Diploma disponível em www.boe.es.

mas não servia como previsão legal para a recolha dessas amostras directamente no corpo do visado.

Com esta decisão, existiu alguma discussão acerca do alcance e consequência da sentença em questão, sendo considerada essencial a existência de produção legislativa que esclarecesse a realidade do processo penal em relação aos exames de ADN. Nessa medida, a Lei Orgânica 15/2003, de 25 de Novembro¹⁰⁵, surgiu como resposta a essa necessidade identificada pela maioria dos operadores do sistema penal espanhol.

A Lei vem definir a recolha de vestígios biológicos, por um lado, e a possibilidade de intrusões corporais para recolha de material biológico ao arguido, por via de despacho fundamentado do Juiz. Desta forma, cessaram quaisquer reservas acerca da validade da prova de ADN extraído a um arguido, por eventual insuficiência de base legal, cabendo ao Juiz a decisão de serem efectuadas as recolhas aos arguidos.

Em 8 de Outubro de 2007, surge em Espanha a Lei Orgânica 10/2007¹⁰⁶, cujo principal objectivo foi a criação de uma base de dados de ADN policial que já previa a cedência de alguns dados a autoridades judiciais e policiais quando estivessem em causa alguns crimes elencados (de especial gravidade e/ou alarme social). Nesta lei, prevê-se a necessidade de uma decisão judicial fundamentada para recolha de uma amostra biológica ao arguido, caso o mesmo não consinta.

Nicolas Serrano¹⁰⁷ sustenta a rejeição de medidas ao nível da intervenção corporal que causem restrições intoleráveis ao direito à integridade física, defendendo que devem ser afastadas medidas que causem dor, prejuízo à saúde ou moléstias consideráveis ao visado, ainda que de forma transitória.

Refere que apenas deverão ser aceites as intervenções que afectem tenuemente o direito à integridade física por estarem em causa intromissões “leves” no corpo da pessoa, afastando também a possibilidade de poder anestesiar ou administrar alguma substância ao visado por forma a suportar as dores da intervenção ou, no limite, para o interrogar sob o efeito de alguma substância. Acrescenta que a “passividade” do arguido não deverá ser penalmente sancionada, mormente com o crime de desobediência, pois tal não resolve o problema da execução das medidas de intervenção corporal. Defende que a única solução eficaz passaria por obrigar o visado a submeter-se à recolha através de

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ “*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*”, Editorial Colex, 1990, p. 292.

uma coacção “directa”, física, sobre o mesmo, caso este não colaborasse activamente na intervenção corporal. Contudo, defende que nos casos em que é absolutamente necessária a colaboração activa do arguido para a execução da medida, e caso este se recuse em colaborar na execução da intervenção, o Estado carece de meios para a executar.

Raquel Castillejo Manzanares¹⁰⁸ refere que tendo como base a perspectiva constitucional e jurisprudencial espanhola, cabe concluir que a prova de ADN não pode ser admitida como válida, quando a decisão de intervenção não está sustentada por uma decisão judicial devidamente fundamentada e proporcional à natureza do crime investigado e aos meios disponíveis para a investigação, sem que seja admissível a utilização da força física ou qualquer outra atitude compulsiva coactiva sobre a pessoa, para que esta seja sujeita à prática da referida colheita.

Contudo, parece admitir uma eventual valoração negativa por parte do Juiz em relação a essa recusa (quando infundada) do arguido em submeter-se a recolha de material para determinação de perfil de ADN.

Susana Álvarez de Neyra Kappler¹⁰⁹ realça que aquando da criação da Lei Orgânica 15/2003, de 25 de Novembro, o legislador aproveitou para regular, ainda que de forma pouco profunda, a utilização do ADN no processo penal. Contudo, realça, o legislador não foi ao encontro do que era sustentado por alguma doutrina, que defendia a previsão expressa da obrigação de o arguido ser obrigado a submeter-se a exame de recolha de material biológico para determinação do seu ADN, e conseqüente necessidade de alteração do artigo 363.º da LECrim¹¹⁰. Ao invés, optou o legislador por não prever expressamente tal obrigação, optando por acrescentar um novo parágrafo ao artigo 326.º da lei processual¹¹¹, indicando essa obrigação de forma tácita.

A autora destaca a este respeito, em nosso entender de forma pertinente, que não é necessário o consentimento expresso do suspeito (arguido) para recolha de objectos que possam conter o seu perfil de ADN, desde que recolhidos ao abrigo de um despacho judicial e com controlo (e cumprimento de protocolo) estrito no que toca à custódia da

¹⁰⁸ “*Problemas actuales de la justicia penal*”, dir. SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, Madrid, Colex, 2013, p. 353.

¹⁰⁹ “*La prueba de ADN en el proceso penal*”, in *Collección Estudios de Derecho Procesal Penal* n.º 22, Granada, Editorial Comares, 2008, p. 69.

¹¹⁰ Diploma disponível em www.boe.es.

¹¹¹ *Idem*.

prova. Acrescenta que, em seu entender, não é sequer necessário o conhecimento do arguido de tais recolhas, desde que cumprido os requisitos supra elencados, limitando essa recolha (para além do que se referiu) à ausência que qualquer utilização de força coactiva com vista a permitir essa obtenção. Contudo, destaca que essa posição não é unânime na doutrina, como aliás se constata.

No que respeita à utilização da força física para a recolha de amostra biológica ao arguido, Susana Kappler destaca também o que já havia sido referido, ou seja, que mesmo com as alterações legislativas introduzidas em Espanha, estas não previram de forma expressa essa possibilidade.

Perante essa falta de previsão expressa, conclui a autora (com respaldo em decisões judiciais), que não é possível recolher amostra biológica ao arguido sem o seu consentimento, ainda que em cumprimento de decisão judicial, respeitando-se assim a autonomia de decisão do arguido em não se submeter à recolha.

Quanto à consequência de tal recusa, a autora pondera vários aspectos caso a mesma se revele “infundada”, destacando vária jurisprudência que aponta na possibilidade de valorar a recusa do arguido, não enquanto confissão, mas considerando-a um indício valioso que, conjugando com outros indícios, poderia levar à formação da convicção do julgador.

B. Alemanha

O Código de processo penal alemão, StPO (Strafprozessordnung), prevê no § 81a que o suspeito pode ser sujeito a intervenções corporais, respeitando a *legis artis*, mesmo contra a vontade do mesmo, desde que não haja perigo de prejuízo para a sua saúde.

Claus Roxin¹¹² realça, também a este propósito, e perante a amplitude definida pelo legislador, que se torna fundamental o papel do Tribunal Constitucional alemão na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, contra o que considera “os excessos do legislador”, procurando desta forma “manter as tendências securitárias do poder legislativo dentro dos limites toleráveis”.

¹¹² “Sobre o Desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão”, in Conferência Inaugural “Que futuro para o direito processual penal?”, simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, p. 393.

Realça que as exigências securitárias devem ser limitadas sob pena de uma intervenção persecutória e de vigilância do Estado, e só com essas limitações à actuação do legislador se poderá considerar que o estado de direito se impôs, mesmo contra todas as contestações.

Conclui que, na actualidade, é necessário traçar um equilíbrio entre as exigências de segurança do estado e a liberdade dos cidadãos, concluindo que o caminho com vista à obtenção do princípio do estado de direito no processo penal, depende da ponderação e caminhos que o legislador, a jurisprudência e a doutrina encontrem para ultrapassar esta “crise”.

C. França

França começou por ter uma posição “conservadora” e restritiva em matéria da denominada prova por ADN. No entanto, antes da viragem do milénio, uma sucessão de Leis veio alargar de forma significativa o âmbito da utilização do ADN em França.

Em 17 de Julho de 1998, a denominada “Lei Guigou”¹¹³ começou por criar uma base de dados de ADN referente a criminosos de natureza “sexual”.

Cerca de três anos volvidos, a “Lei Vaillant”, surgida em 15 de Novembro de 2001¹¹⁴, alargou a utilização da base de dados para outros tipos de criminalidade, mormente crimes contra a vida e terrorismo¹¹⁵, e previa uma sanção de prisão e multa no caso de o visado recusar submeter-se à colheira de ADN.

Em 18 de Março de 2003, a denominada “Lei Sarkozy”¹¹⁶ aumentou os catálogos dos crimes para a utilização da base de dados de ADN, assim como aumentou as penas pela recusa de recolha de ADN. Para além destas medidas, merece destaque o facto de a lei ter permitido a inserção de perfis de ADN de pessoas ainda meramente “suspeitas”.

No ano seguinte, em 9 de Março de 2004, a “Lei Perben II”¹¹⁷ vem estabelecer a obrigatoriedade de inserção do perfil de ADN na base de dados a todos os arguidos condenados em penas superiores a 10 (dez) anos de prisão, com a especificidade de que

¹¹³ Lei n.º 98-468, disponível em www.legifrance.gouv.fr.

¹¹⁴ Lei n.º 2001-1062, disponível em www.legifrance.gouv.fr.

¹¹⁵ Recordar-se, a este propósito, que cerca de dois meses antes, a 11 de Setembro de 2001, deu-se o ataque terrorista aos Estados Unidos da América, o que pode ter servido de mola impulsadora a este alargamento.

¹¹⁶ Lei n.º 2003-239, disponível em www.legifrance.gouv.fr.

¹¹⁷ Lei n.º 2004-204, disponível em www.legifrance.gouv.fr.

a recusa de recolha de ADN seria sancionada com a perda total de redução de pena durante o cumprimento.

Apesar de existir naturalmente alguma discussão acerca da utilização do ADN e da base de dados, a verdade é que França, quiçá motivada também pelo facto de ter vindo a ser alvo repetido de atentados e ataques perpetrados por indivíduos conotados com o terrorismo, adoptou um modelo em que a utilização do ADN se encontra em crescimento, tendo alargado progressivamente nos últimos vinte anos, a referida utilização da base de dados.

D. *Brasil*

No Brasil, o princípio da legalidade¹¹⁸ tem sido encarado como uma impossibilidade para as intervenções corporais contra a vontade expressa do visado.

A linha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal tem sido a de não admitir que seja exigido ao “indiciado” uma cooperação activa, embora essas decisões tenham sido referentes a outras formas de solicitação de colaboração considerada activa, como o caso de recolha de autógrafos (exame *grafotecnico*) ou na reconstituição do crime (delito).

A Lei 12.654/12, de 28 de Maio de 2012¹¹⁹, altera o artigo 3.º, IV da Lei 12.037/11¹²⁰, no sentido de possibilitar a recolha de material biológico e posterior determinação do perfil de ADN do “indiciado”, com vista à sua identificação. Os pressupostos para esta recolha são a existência de autorização judicial e a essencialidade da mesma para a investigação criminal.

No entanto, analisando a Lei em questão, constata-se que a mesma não previu a questão das intervenções corporais contra a vontade do indiciado, pelo que, em conformidade, não equacionou sequer a possibilidade de utilização de força, ou de que modo, para a eventual colheita de material biológico. Acrescente-se que a própria formulação legal “*a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético*” abre um campo vasto à interpretação, mas não parece resultar possível,

¹¹⁸ Artigo 5.º, II, da Constituição Federal.

¹¹⁹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

¹²⁰ *Idem*.

ou suficientemente fundamentada, a possibilidade de efectuar uma recolha coactiva de material biológico ao visado, mas apenas consentida pelo próprio.

Essa ideia ganha tão-mais a propósito porquanto o artigo 9.º do mesmo diploma, no que se refere à colheita de material biológico para determinação de perfil de ADN a condenados, prevê que *“os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”*.

Ou seja, pese embora a possibilidade de recolha pela força não seja igualmente uma certeza neste caso, é substancial a diferença entre “serão submetidos obrigatoriamente” referido no artigo 9.º no que respeita aos condenados e a previsão do artigo 3.º que menciona *“poderá incluir a coleta”*.

Refira-se ainda a propósito desta Lei, que a mesma vem também introduzir o Banco de Dados de DNA no sistema judicial brasileiro.

E. Holanda

Holanda tem vindo a ser um país na vanguarda da utilização da técnica de ADN na investigação criminal, existindo registo da sua utilização pela primeira vez em 1988.

Posteriormente, ocorreu um período em que o Supremo Tribunal (em 1989) não considerou que a recolha de ADN estivesse prevista no âmbito dos exames corporais indicados no (então) artigo 195.º do Código de Processo Penal (*Wetboek van Strafvordering*)¹²¹, sendo que em 1994, foi publicada legislação prevendo expressamente a utilização de ADN na investigação criminal

No que concerne ao regime legal para recolha do ADN, concretamente quando não existe o consentimento informado do visado, o artigo 151.º b) do código de processo penal¹²² prevê que o Ministério Público despache no sentido de ser recolhida amostra

¹²¹ Disponível em <http://wetten.overheid.nl/BWBR0001903>.

¹²² “1- De officier van justitie kan in het belang van het onderzoek bevelen dat van de verdachte van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, tegen wie ernstige bezwaren bestaan, celmateriaal wordt afgenomen ten behoeve van een DNA-onderzoek als bedoeld in artikel 151a, eerste lid, indien hij zijn schriftelijke toestemming weigert. Artikel 151a, tweede en vierde tot en met tiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

biológica ao suspeito de um crime, quando o mesmo admita a prisão preventiva. Ou seja, desde logo existe a utilização de um critério objectivo para admitir a recolha, neste caso a gravidade do crime em questão, tendo por base a medida da pena.

Contudo, essa recolha contra a vontade do visado não poderá ocorrer sem que o mesmo seja ouvido por uma autoridade judiciária, sendo acompanhado por advogado.

O n.º 3 do referido artigo refere que a recolha deverá ser efectuada por médico ou enfermeiro, preferencialmente através de zaragatoa bucal, mas que por razões médicas ou pela resistência do suspeito, poderá optar-se por uma recolha de cabelos ou de sangue do visado, se necessário com o auxílio da autoridade policial.

Perante este quadro legislativo, parece ser admitido a utilização da força para manietar o visado, efectuando a recolha já não através de zaragatoa bucal, mas antes de recolha de sangue ou de cabelos.

Contudo, o n.º 4 vem fazer uma ressalva pertinente, prevendo que no próprio despacho, no cumprimento do mesmo ou na recolha, o procedimento atrás previsto pode não ser efectuado por “fundadas razões” e/ou “razões imperiosas”, devendo assim, em alternativa, o material biológico ser recolhido de outra forma, mormente em objectos que possam ser apreendidos nos autos.

Tendo em conta o largo percurso que a utilização da ADN leva na Holanda, cremos relevante destacar a menção que fazem VERVAELE, John A. E.; DE GRAAF, Fanny

2- De officier van justitie geeft het bevel niet dan nadat de verdachte in de gelegenheid is gesteld, te worden gehoord. De verdachte is bevoegd zich bij het horen door een raadsman te doen bijstaan.

3- Het bevel wordt ten uitvoer gelegd door afname van wangslimvlies. Indien afname van wangslimvlies om bijzondere geneeskundige redenen of vanwege het verzet van de verdachte onwenselijk is dan wel geen geschikt celmateriaal oplevert, wordt bloed afgenomen of worden haarwortels afgenomen, zo nodig met behulp van de sterke arm. Het celmateriaal wordt door een arts of een verpleegkundige afgenomen. In bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen kan het celmateriaal worden afgenomen door een persoon die voldoet aan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen eisen.

4- Het bevel, onderscheidenlijk de tenuitvoerlegging dan wel de verdere tenuitvoerlegging daarvan kan achterwege blijven indien zich naar het oordeel van de officier van justitie zwaarwegende redenen voordoen om het DNA-onderzoek aan ander celmateriaal te laten plaatsvinden, dan wel de verdachte schriftelijk toestemt in de afname van celmateriaal. In geval van zwaarwegende redenen kan het DNA-onderzoek worden verricht aan celmateriaal op voorwerpen, die van de verdachte in beslag genomen zijn, of aan celmateriaal, dat op andere wijze verkregen is.

5- Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels omtrent de wijze van uitvoering van dit artikel gegeven. De voordracht voor een krachtens de eerste volzin vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers van de Staten-Generaal is overgelegd”.

C.W. e TIELEMANS, Noortje, ¹²³ quando referem que existe uma consciência da “falibilidade” da aplicação do ADN enquanto prova em julgamento e da necessidade da correcta interpretação dos resultados. A este propósito, e utilizando um estudo efectuado na Holanda após um erro judicial referente ao ADN como prova, deixam um exemplo que é paradigmático por sintetizar o referido: *“uma das coisas que é frequentemente referida é o facto de a partir do momento que uma amostra de DNA retirada do cenário de um crime corresponde ao DNA do suspeito, é demasiado frequente assumir-se que o suspeito é, de facto, o autor. Esta é uma conclusão perigosa: a amostra de DNA não tem necessariamente de estar no cenário do crime como resultado da prática do crime em questão”*.

¹²³ *“The dutch focus on DNA in the criminal justice system: net-widening of judicial data”*, in *Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Editions Erés, Ano 83, 3.º e 4.º trimestres 2012, p. 473.

XVIII. Perspectivas dos vários intervenientes e questões de (in)justiça

Uma perspectiva que não é usualmente abordada, mas que consideramos pertinente referir para a questão que nos ocupa, diz respeito às pessoas que são, de alguma forma, intervenientes na situação, enquanto profissionais, mas igualmente enquanto pessoas e cidadãos, e necessariamente, com convicções e ideias próprias perante a questão em análise.

Isto porquanto, e como já demarcámos ao longo da presente reflexão, estamos a abordar aspectos muito “sensíveis” da vida das pessoas, não só na sua dimensão profissional, mas também enquanto seres humanos, também eles sujeitos de direitos e deveres.

Como se referiu, ao aventar-se a possibilidade de uma recolha de ADN ao arguido contra a vontade do mesmo, e com eventual utilização da força física, caberá em primeira análise ao Juiz de instrução a possibilidade de emitir decisão que ordene tal colheita.

Após essa decisão do JIC, caberá com forte probabilidade ao Inspector da PJ, ou ao elemento do Sector do Local do Crime do LPC, por indicação do Inspector, a ponderação de executar, e de que forma, a recolha de ADN a um arguido mediante a utilização da força física.

Por último, cabe também ao Advogado, que eventualmente acompanhará o arguido, uma tomada de posição para com o próprio arguido e para com o acto “coercivo” que poderá ser realizado contra o seu constituinte, e, salvo melhor opinião, cremos que estes momentos conduzem inevitavelmente a uma ponderação pessoal, mediante os padrões de valores socialmente aceites, mas igualmente os valores pessoais de cada um e a sua definição daquilo que é justo e injusto, e, no limite, o que fazer e como agir perante uma lei (ou uma decisão) que possa considerar injusta (e/ou ilegal).

Perante esta “encruzilhada”, trazemos a terreiro as palavras de São Tomás¹²⁴, destacando a ponderação da possibilidade de a lei humana poder obrigar (ou não) o foro da consciência, respondendo, em “suma”, que apenas as leis justas obrigam a consciência, ao passo que as leis injustas não obrigam no foro da consciência, por não serem justas, antes violentas, referindo até uma passagem de Santo Agostinho (da obra

¹²⁴ *“Tratado da Lei”* - Texto constante da “Summa Theologica”, Resjurídica, p. 79.

“Do Livre Arbítrio”) que consideramos lapidar, em função das suas palavras: “a lei não parece sê-lo quando não for justa”.

Barbas Homem, na sua reflexão sobre o justo e o injusto¹²⁵, acaba por concluir “a validade de uma noção mínima de injustiça como limite absoluto de validade do direito – mesmo quando esta noção se apresenta expressa por outros vocábulos, como arbitrariedade, irrazoabilidade, irracionalidade, desproporcionalidade”.

Paulo Otero¹²⁶ refere que “a tais normas de direito positivo contrárias à inviolabilidade da vida humana ou à dignidade de cada ser humano concreto, reveladores do “torto” e não do “Direito”, ninguém lhes deveria obediência, antes fariam surgir um dever de desobediência: desobedecer ao Direito injusto é um imperativo da garantia dos valores essenciais decorrentes da pessoa humana, enquanto verdadeira razão de ser de um Direito que tem no homem e na respectiva dignidade o seu fundamento”.

Acreditando que esta questão daria, em si mesma, tema para extenso tratamento individualizado, sempre lançaremos algumas considerações, na expectativa que possam auxiliar na reflexão dos intervenientes numa dimensão “pessoal” e de “consciência”.

Luigi Ferrajoli¹²⁷ tem uma referência que consideramos paradigmática para a questão ora suscitada: remete o conflito existente entre o direito “vigente” e os direitos fundamentais como uma questão antiga, ao nível do direito e da moral, dando até como exemplo a figura grega de Antígona (na tragédia grega de Sófocles), lançando ainda o debate de quem se encontra obrigado a cumprir a lei, ainda que injusta ou violadora de direitos fundamentais.

No que concerne ao “interveniente” Juiz, recorda-se que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei, conforme o previsto no artigo 203.º da CRP, reiterando desta forma a denominada independência dos Juízes, manifestada nas suas várias formas (orgânica, colectiva e pessoal). Doutra passo, o artigo 204.º da CRP impõe aos tribunais que estes não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

É inegável que ao Juiz é atribuído um papel fundamental de ponderação na presente questão da recolha de ADN contra a vontade do arguido.

¹²⁵ “Reflexões Sobre o Justo e o Injusto: A Injustiça como Limite do Direito”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 1998, p. 650.

¹²⁶ “Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética”, Almedina, 1999, p. 42.

¹²⁷ “Derecho y razón - teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 920.

Susana Costa¹²⁸ realça desde logo o papel do Juiz dado o facto de os elementos probatórios de natureza científica com que tem de lidar actualmente exigirem um acréscimo de empenho por parte de quem julga no sentido de obter conhecimento adequado para ser possível uma cabal apreciação dos referidos elementos probatórios. Perante esta dificuldade crescente, fruto da “cientificação” da investigação criminal (e da prova), a autora menciona e alvitra a eventual existência do perigo que o sistema judicial, e concretamente no processo penal, se possa tornar vulnerável a controvérsias “técnicas” que surgem inicialmente no âmbito da ciência.

A este propósito, Marina Gascón Abellán e José Juan Lucena Molina¹²⁹ referem que o Juiz deverá olhar para as provas apresentadas com sentido crítico, surgindo com a figura de “gatekeeper” (guardião se quisermos) para sintetizar o papel decisivo do Juiz perante as provas científicas que são apresentadas. Esta opção é seguida nos Estados Unidos da América, sendo conhecida como “Daubert Test”¹³⁰, impondo vários passos até à admissibilidade da prova científica.

Karl-Heinz Gossel¹³¹ refere, com propriedade, que a garantia dos direitos constitucionais do indivíduo só possa em boa medida alcançar-se através da aplicação directa da Lei Fundamental. O que induz novos e complexos problemas, como o de cometer ao Juiz a tarefa da concretização e efectivação do princípio constitucional da proporcionalidade, uma tarefa que o legislador devia, ele próprio, assumir”.

Barbas Homem¹³² caracteriza o papel do Juiz enquanto um “Hércules” (nas palavras de Dworkin), conjugando força, inteligência e paciência. Para este autor, a questão do “Juiz Independente” (*vide* artigo 203.º da CRP), embora vinculado ao Estado de Direito Democrático (evitando assim alguma eventual tentação de discricionariedade), é um elemento essencial, explicitando que a independência do Juiz se manifesta a vários níveis:

- 1- Separação de poderes, com um reconhecimento de uma margem de autonomia na interpretação e aplicação do direito por parte de cada Juiz e

¹²⁸ “A Justiça em Laboratório – A identificação por perfis genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a apropriação local”, Almedina, 2003, p. 58.

¹²⁹ “Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma”, in *Jueces para la Democracia*, Madrid, n.º 69, Novembro 2010, p. 103.

¹³⁰ Devido ao caso “Daubert v. Merrell Dow Pharms.”, (1995).

¹³¹ Ob. cit., p. 422.

¹³² “O Justo e o Injusto”, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, (Reimpressão) 2005, p. 93.

tribunal, com um órgão independente do poder legislativo e executivo (Conselho Superior da Magistratura - CSM);

- 2- Unidade de estatuto de todos os magistrados judiciais, sendo competência do CSM a nomeação, transferência e colocação de todos os juízes, com critérios objectivos;
- 3- Independência pessoal, concretamente a inamovibilidade e irresponsabilidade pelas decisões tomadas, bem como a exclusividade de funções e o sistema de incompatibilidades.

É notório que a exigência resultante do papel do Juiz em relação ao caso concreto é elevada, mas a tarefa do JIC em sede de inquérito é (também) a de assegurar a legalidade e o respeito pelos direitos fundamentais, decidindo por forma a que tal suceda.

É natural que “por trás da beca”, esteja um ser humano com questões que a todos nos afectam e, de alguma forma, nos influenciam. Contudo, por parte do Juiz e da sua actuação, mais do que a qualquer outro interveniente, o grau de exigência é especialmente elevado para que permaneça incólume a estímulos exteriores e a ruídos que não fazem parte do âmago das questões que tem de ponderar, sem preconceitos ou estereótipos pré-existentes.

Naturalmente que, como ser humano, perante uma recusa obstinada de um arguido, é natural que possa surgir a dúvida ao julgador se tal não se trata apenas de uma manobra do mesmo com vista a obstar à obtenção da verdade material. Contudo, ao Juiz é exigido que deva garantir que essa verdade é processualmente válida e, por conseguinte, que os direitos do arguido foram respeitados.

Em relação ao Inspector da Polícia Judiciária, o n.º 2 do artigo 266.º da CRP prevê que *“os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”*. Por outro lado, o artigo 271.º da CRP, no seu n.º 3, prevê que *“cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de um crime”*. Acresce a LOPJ, a qual refere como deveres fundamentais *“garantir a vida e integridade física dos detidos ou das pessoas que se achem sob a sua custódia ou protecção no estrito respeito da honra e dignidade da pessoa humana”*, ressaltando que o funcionário

deverá “agir com a determinação necessária, mas sem recorrer à força mais do que o estritamente razoável para cumprir uma tarefa legalmente exigida ou autorizada”.¹³³

O Inspector da PJ tem, em muitos casos, um acentuado espírito de missão. Pretende obter a verdade material, saber o que se passou e que os autores dos ilícitos criminais investigados sejam condenados em tribunal. Como se constatou pela posição assumida por David Freitas na sua obra já citada, a investigação criminal pretende ter acesso ao maior número de meios de investigação, a mais informação e a um primado do interesse público em detrimento dos interesses individuais. E, nesse âmbito, é natural que o Inspector pretenda mais “ferramentas” que permitam investigar e provar processualmente a autoria dos factos.

Não obstante, o Inspector é também cidadão e pode facilmente, em virtude da exigência da profissão, ver alguns dos seus direitos fundamentais coarctados. Por outro lado, poderá também o Inspector encontrar em si, reservas morais para “subjugar” fisicamente o arguido por forma a poder colher material biológico ao mesmo, sobretudo porque tem conhecimento, tal como nós, que esse material poderá ser obtido de forma razoavelmente simples, através de outras diligências que não ofendam os direitos elementares do arguido.

Apesar de as generalizações serem naturalmente redutoras (e injustas em alguns casos), a nossa experiência na Polícia Judiciária permite-nos saber que a investigação criminal pretende, também ela, uma verdade processualmente válida. E isto resulta não apenas de exigências por parte do próprio processo e dos tribunais, mas também pelo padrão ético que muitos dos investigadores com quem tivemos o privilégio de trabalhar, comungam. Em relação ao Advogado, recaem sobre ele pronunciadas exigências estatutárias¹³⁴, desde logo a integridade, conforme o disposto no artigo 83.º do EOA, onde se prevê o advogado como “indispensável à administração da justiça e, como tal, deve ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidade da função que exerce, cumprindo pontual e escrupulosamente os deveres consignados no presente Estatuto e todos aqueles que a lei, os usos, costumes e tradições profissionais lhe impõem”. Também a CRP, no seu artigo 208.º, refere que “a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elementos essencial à administração da justiça”. Igualmente o artigo 85.º,

¹³³ Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto, artigo 14.º alíneas a) e f).

¹³⁴ Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro.

n.º 1 do EOA realça que o advogado “*está obrigado a defender os direitos, liberdades e garantias, a pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas*”.

Pese embora o facto de a imagem actual dos advogados se encontrar algo “debilitada”, cremos que parte significativa dessa situação precede do facto de muitas pessoas poderem confundir o advogado com o cliente que este possa, em determinado processo, representar. E aproveitamos para realçar que a essencialidade e importância do papel do advogado na justiça (no caso no âmbito do direito penal) só é muitas vezes perceptível para quem esteja fora do sistema judiciário, quando, numa determinada ocasião e por um qualquer motivo irrelevante para a presente ponderação, a ele tenham de recorrer. Em suma, o advogado é, inegavelmente, um elemento essencial no funcionamento da justiça.

Em relação à questão a ser analisada, a posição do Advogado é também particularmente exigente, porquanto se por um lado quer providenciar a melhor defesa para o arguido, por outro lado não quer, no limite, ver o mesmo ser ofendido na sua integridade física (para além de outros direitos) diante de si, por se recusar a efectuar uma recolha de material biológico.

Enquanto Advogado, e perante o que se pondera na presente reflexão, não podemos conceber uma situação em que seja a resistência física a chave para acautelar um direito que se entende estar constitucionalmente consagrado.

XIX. A Democracia

Admitindo que não seja talvez uma associação “imediate” para muitos dos que versam ou analisam a presente matéria, a questão da democracia surge-nos enquanto associação quase imediata à matéria em debate. Desta forma, quando falamos em direitos fundamentais, defendemos que existe subjacente uma questão essencial: Estado de Direito Democrático.

Nas palavras de Paulo Otero¹³⁵, a previsão e defesa constitucional, acompanhada por um efectivo respeito pelos direitos fundamentais, é, de facto, manifestação de um Estado plural e democrata, baseando a sua conduta pelo respeito pela dignidade humana e sendo um Estado ao serviço da garantia da inviolabilidade dessa mesma dignidade inerente a cada pessoa individual e concreta.

Contudo, e como o autor bem salienta, no limite, poderemos, caso o núcleo essencial dos direitos fundamentais seja “deturpado” ou debilitado”, estar perante um regresso a uma certa “absolutização” do Estado, através de uma manipulação dos direitos considerados (por si) como fundamentais, em detrimento precisamente aos anteriormente existentes, o que conduziria a um Estado “senhor dos direitos fundamentais,” ao contrário do expectável num estado de direito plural e democrático onde, como se disse, se cultiva o concreto respeito pelos direitos Humanos.

Esta questão, que poderá para alguns soar “longínqua” e desfasada no tempo, não pode, em nosso entender, ser encarada de forma ligeira. Com efeito, a delapidação do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a sua gradual aceitação, acarreta o perigo de um gradual esmorecer do Estado de Direito ao serviço e garante dos direitos fundamentais dos cidadãos, substituído por um Estado que venha gradualmente a definir “novos” direitos fundamentais em função dos seus objectivos e/ou ideias em determinado momento.

Desta forma, importa realçar os considerandos acerca da dignidade da pessoa humana, dos Professores J.J. Canotilho e Vital Moreira,¹³⁶ afirmando que as bases da República Portuguesa são duas: a dignidade da pessoa humana e a vontade popular. E ao basear-se na dignidade da pessoa humana, a Constituição explicita de forma inequívoca que o “poder” ou domínio da República terá de assentar em dois pressupostos:

¹³⁵ “A Democracia Totalitária”, Princípios, 2001, p. 153.

¹³⁶ Ob. cit., p. 198.

- a) Primeiro está a pessoa humana e depois a organização política;
- b) A pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais.

Deste modo, reforça-se o facto de a dignidade da pessoa humana legitimar também a imposição de deveres de protecção especial, assumindo o Estado esse dever para proteger pessoas em situações “especiais” propícias a eventuais atentados graves a essa dignidade.

XX. Alternativas ao presente “*status quo*”

O presente “*status quo*” em relação à matéria em análise, revela-nos interesses e finalidades “antagónicas”, o que gera um conflito entre o Estado e o indivíduo.

De um lado temos o Estado, que visa a realização da justiça, descoberta da verdade material e protecção dos direitos fundamentais das pessoas com o estabelecimento da paz jurídica, existindo inerente um interesse punitivo.

Do outro lado, temos os direitos fundamentais do indivíduo, aliados à sua condição de ser livre sem intromissão dos demais na sua esfera individual.

Jorge dos Reis Bravo sintetiza também o actual estado de coisas, realçando que o potencial de resolução de casos através da utilização de ADN na investigação criminal tem colocado problemas sensíveis de harmonização com os princípios da própria dignidade da pessoa humana e da sua inviolabilidade e integridade, com os direitos fundamentais e com os princípios clássicos do processo penal, como o da proibição da auto-incriminação.

Lembramos, com o propósito de ser o mote para apresentar alternativas perante a realidade actual, as palavras de Orlando Carvalho¹³⁷ quando refere que “*Sem a pessoa e a tutela da pessoa não só o Direito Civil é acéfalo como qualquer Direito ou Ramo de direito é uma violência monstruosa*”, dizendo também que “*Não são os direitos fundamentais que se têm de tomar a sério. É o ser humano, é a Pessoa, que se tem de tomar a sério*”. Em nota de rodapé, refere ainda que “*Com efeito, nada legitima uma ordem cogente senão o serviço que presta à Pessoa humana e ao seu progresso*”.

Em relação a soluções que possam ser um compromisso entre os interesses do Estado e os interesses e direitos fundamentais do arguido, cumpre apresentar algumas sugestões.

Com efeito, não vislumbramos desde logo, razão válida para ser necessário efectuar uma zaragatoa bucal para colheita de material biológico do arguido contra a sua vontade expressa e/ou para ponderar meios e actos que não dignificam um processo penal em harmonia constitucional.

Conseguimos entender que é mais simples e eventualmente um pouco mais rápido (implicando um dispêndio menor de meios) efectuar a recolha directamente ao arguido, mas existem meios alternativos que cremos, com o tempo e o amadurecimento da

¹³⁷ “*Teoria Geral do Direito Civil*”, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 2012, p. 267.

profundidade das questões em análise, serão devidamente tidos em consideração e esperamos, adoptados.

Contudo, os meios alternativos de recolha de material biológico ao arguido (que não através de zaragatoa bucal) não apresentam especial dificuldade em serem efectuados/recolhidos, podendo tratar-se de um cigarro já fumado, de uma peça de roupa, de um copo utilizado pelo arguido, por pelos ou por suor que este tenha libertado, entre tantas outras formas de presença de material biológico do mesmo. Em última análise, até a recolha de alguns objectos presentes na viatura, local de trabalho ou residência do arguido, se outra forma não fosse possível por algum motivo, são meios adequados à referida recolha.

Ou seja, sugerimos que, perante a recusa do arguido em submeter-se a colheita de saliva através de zaragatoa bucal, o OPC deveria solicitar ao Juiz a recolha de material biológico do mesmo para determinação de perfil de ADN por outros meios, naturalmente com a comprovação de que àquele pertencerão, solicitando para tanto também a captação de imagens, com fundamento na questão da “custódia da prova”.

Dando um exemplo prático do que se propõe: a PJ, após a recusa do arguido em ser submetida a zaragatoa bucal, solicitaria ao JIC a recolha de material biológico do arguido por outros meios, solicitação essa entretanto deferida. Com esse despacho, a PJ poderia “montar” uma operação de vigilância ao arguido, detectando-o a almoçar num restaurante. Registaria em suporte digital (fotografia ou vídeo) o momento e, após a saída do restaurante pelo visado, seria recolhido o copo por onde o mesmo bebeu, ou o resto do cigarro que fumou à saída. E quem referiu um restaurante, poderia tratar-se de um estádio, um ginásio, uma pastelaria ou um concerto com o copo de papel jogado fora.

Caso tal diligência não fosse possível, ou se demonstrasse de extrema dificuldade, a alternativa seria uma busca domiciliária (incluindo busca à viatura automóvel) à residência do arguido, para aí apreender alguns objectos do mesmo, como a escova de dentes, a escova do cabelo ou alguma peça de roupa usada comprovadamente do visado e onde habitualmente existe algum material biológico, sendo lavrado o competente registo da apreensão e os objectos selados e etiquetados, por forma a serem enviados para análise para determinação do perfil de ADN. Por forma a sedimentar os resultados,

sugerimos pelo menos duas recolhas, para que possam ser comparadas também entre si, reforçando o facto de pertencerem ao arguido.

Entendemos, porém, que se poderão vir a colocar problemas relacionados com a custódia da prova, mas cremos que com cuidada ponderação, poderão ser minimizados ou mesmo eliminados.

Também se poderá problematizar o facto de os meios alternativos para obtenção do ADN poderem ser considerados enganosos, mas cremos que, devido ao motivo que os desencadeia, tal não sucede. Não existe aqui a limitação do “fair trial” ao arguido, apenas uma diligência que é efectuada, muitas vezes com o conhecimento do arguido, por forma a respeitar a recusa do mesmo em fornecer directamente o seu material biológico para determinação do perfil de ADN.

Arthur Pinto de Lemos Júnior¹³⁸, embora de forma diversa, acaba por abordar, e com relevância para o que propomos, a questão de recolha de amostras (leia-se vestígios) biológico(a)s no local do crime por parte dos elementos da investigação criminal, com vista a servirem de meios de prova, dando o exemplo de amostra de sangue, raízes de cabelos, “pedaços” de pele, urina, etc., bem como à apreensão desses vestígios logo no local, para além de abordar a questão de recolhas de células de ADN fora do organismo, referindo que para ser utilizada em processo penal, deverá existir uma comprovação da sua origem.

Maria Angeles Perez Marin¹³⁹ aflora também a questão que referimos, salientando que existem outras formas de obtenção de ADN do arguido que não por uma intervenção corporal, exemplificando que o Tribunal Supremo espanhol admitiu como válida a recolha para determinação de ADN do arguido efectuada através de vestígios que o mesmo deixou de forma inconsciente, mas voluntária, em determinado local, como por exemplo a recolha do restante de um cigarro que o arguido fumou junto das instalações da polícia.

Num outro prisma consideravelmente diferente da solução proposta, realçamos também a proposta de Patrícia Naré Agostinho,¹⁴⁰ a qual, pese embora não resolva a *vexata quaestio*, poderá apontar um caminho a percorrer pelo legislador. Sugere então a autora que seja legislado no sentido da recondução das diversas intrusões corporais a uma

¹³⁸ Ob. cit., p. 97.

¹³⁹ Ob. cit., p. 152.

¹⁴⁰ Ob. cit., p. 152.

categoria autónoma, por ser relevante aquilo que as distingue dos institutos dos exames, revistas e perícias, sustentando desta forma a criação de um novo preceito no CPP, onde se regule, de forma expressa, as intrusões corporais, prevendo os crimes onde seriam passíveis de ser efectuadas, qual a autoridade judiciária competente para as determinar, os sujeitos passivos de tais medidas, as modalidades e finalidades permitidas, bem como a possibilidade (ou não, acrescentamos) da sua execução coerciva e quais os seus limites (e consequências em caso de recusa, acrescentamos também).

Cumpra ainda referir que temos a plena convicção da importância fundamental do ADN na eficácia da investigação criminal. E, acrescentamos, uma investigação criminal que apresente resultados traduz um incremento na segurança dos cidadãos, o qual todos (ou quase) desejamos. E tendo desempenhado as funções de Inspector na PJ, cremos estar em posição para ter uma compreensão cabal dessa importância para a eficácia, a qual comungamos, aliás.

Uma outra possibilidade que juntamos à presente reflexão prende-se com a questão de aventar a possibilidade de ser o próprio arguido a efectuar a recolha bucal a si mesmo, naturalmente com o controlo de elementos da investigação. Tal possibilidade poderá, quiçá, deitar por terra algumas “barreiras” na mente do arguido em efectuar a recolha, maxime, o facto de se sujeitar a uma intromissão no seu corpo, como anteriormente referido. Sendo passível de contrapor que esse não será o real “ânimo” do arguido na recusa, poderá colocar em crise alguns dos argumentos do arguido para a sua recusa (sendo certo que não tem de os apresentar). Realce que apesar de ser uma colheita de material biológico, na prática trata-se de um procedimento de considerável simplicidade e que não exigirá especiais conhecimentos para o arguido o efectuar, mormente se “guiado” por alguém ligado à investigação criminal que o acompanha no acto.

Isto porquanto, fruto da nossa experiência, cremos que tal medida poderá afastar um certo sentimento/sensação de subjugação do arguido que se vê “objecto” de recolha, contribuindo assim possivelmente para uma diminuição do número de recusas de recolhas de material biológico, como todos os benefícios que daí advêm.

Desta forma, realça-se que a dignidade da pessoa humana e os seus direitos mais essenciais não podem ser prejudicados ou restringidos se, de facto, existir uma alternativa viável a essa violação. A este propósito, e antes de elencarmos as conclusões

da presente reflexão, destacamos a expressão de Jorge Miranda,¹⁴¹ a qual consideramos chave para “encerrar” a presente ponderação: *“a eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”*.

¹⁴¹ “Constituição Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2005, Tomo I, p. 361.

XXI. Conclusões

Aqui chegados, cumpre agora fazer um balanço e procurar sintetizar as principais ideias e conclusões que retiramos da presente reflexão.

A primeira ideia que consideramos essencial reter, é o facto de a ocorrência (e massiva mediatização) de fenómenos terroristas e de outra criminalidade transnacional e organizada, conduzir a um pensamento “securitário” quase automático, o qual entendemos não ser prudente para uma análise que se quer serena, acerca dos direitos fundamentais e interesses em jogo quando se fala em direitos do arguido perante o Estado ou de base de dados de ADN, assim como o alcance e forma de utilização dessa mesma base de dados.

Em seguida, consideramos também essencial estabelecer e concluir que qualquer ponderação que ocorra dentro da esfera do direito penal, não poderá prejudicar a “essencial dignidade humana” da pessoa, no caso arguido, utilizando a expressão que o Professor Figueiredo Dias apresentou recentemente.

Resulta claro que qualquer profissional que tenha contacto com o direito penal e com a investigação criminal, reconhece o potencial e a fiabilidade da denominada prova obtida através do ADN, pelo que se conclui ser um meio que a investigação criminal deve ter ao seu dispor para levar a cabo a sua actividade.

Pese embora a fiabilidade do método de ADN, importa reter que tal não significa a infalibilidade dos resultados, pelo que é essencial concluir pela importância de que essa noção seja apreendida pelos diversos intervenientes do direito penal.

Importa também destacar, e concluir, que é essencial que os órgãos de polícia criminal, tenham uma formação adequada e que ajam, em relação aos locais dos crimes, no estrito cumprimento da lei e das boas práticas, por forma a não fazer perigar os resultados e análise subsequente por parte de quem irá levar a cabo a investigação.

Pelos argumentos aduzidos, conclui-se também ser essencial à investigação criminal que desenvolva e utilize outros meios de prova e de investigação por forma a obter a verdade material, não se “aburguesando” e confiando apenas nos resultados de ADN, os quais, reitera-se, não são infalíveis, conforme se procurou demonstrar.

Para determinação do perfil de ADN do arguido, a colheita de material biológico só deverá ser efectuada directamente ao arguido, através de zaragatoa bucal, se o mesmo consentir expressamente, e de forma informada, nessa colheita.

Caso seja retirada amostra de material biológico por método de zaragatoa bucal contra a vontade expressa do mesmo, existe uma violação dos direitos fundamentais do arguido (pelo menos) à integridade pessoal e o direito à reserva da intimidade da vida privada, conforme se abordou, porquanto a restrição dos direitos constitucionais do arguido que se pretende efectuar, não respeita o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da necessidade e, consoante a situação, também na vertente da proporcionalidade em sentido restrito, como se evidenciou na presente reflexão.

Se a recolha de material biológico ao arguido contra a sua vontade for efectuada com recurso à força, e seguindo com forte possibilidade o método de “subjugação” que referimos, estaremos já em sede de tratamentos cruéis ou degradantes, gerando assim uma prova nula e, conseqüentemente, a invalidade dos exames subsequentes (reflexos) que tenham por base essa recolha, devendo estes ser tratados como não existindo no processo, conforme dimana do aludido “efeito-à-distância”.

Pese embora o que se disse, a própria colheita de saliva através de zaragatoa é, em si mesma, uma ofensa à integridade física, funcionando o consentimento por parte do arguido como uma causa de justificação.

Como se referiu, uma outra possibilidade que se crê poder trazer alguma inovação à presente questão, reside na ponderação da possibilidade em permitir ao arguido ser o próprio a efectuar as zaragatoas, o que cremos poder contribuir para uma redução do número de recusas em efectuar a referida recolha de material biológico, fruto de uma natural sensação de subjugação do arguido perante o facto de ser um “mero objecto de recolha” e de se sentir assim, de alguma forma, humilhado e diminuído perante a autoridade e, no limite, perante o próprio Estado. E, acrescentando-se, essa possível redução do número de recolhas de material biológico traria naturais vantagens ao processo.

É possível ao arguido acabar por se submeter a uma zaragatoa, mesmo contra sua vontade expressa, mas sem resistência física, assim como é possível acabar por ter de impedir fisicamente (ou tentar, resistindo) que seja efectuada colheita de material biológico.

Esta execução “coerciva”, caso ocorra, levará certamente à ponderação desse acto como sendo um eventual tratamento desumano ou degradante, ou, no limite, de tortura.

É que a prossecução da Justiça através da descoberta da verdade material, não significa que se deva obter a verdade “a qualquer custo” e/ou por “quaisquer meios”. Por esse motivo, e tendo em conta o que consta da presente reflexão, e as sugestões que avançámos, impor-se-ão (provavelmente) à investigação criminal o desenvolvimento e investimento em formas alternativas e astuciosas (que não significam enganosas) de recolha de ADN a arguidos em processo-crime. A sugestão que apresentamos procura conciliar, de forma equitativa, os interesses do Estado e dos cidadãos.

Com a proposta apresentada, a investigação criminal não deixa de poder recolher e utilizar o ADN, ao passo que para o cidadão, no caso arguido, este vê alguns dos seus direitos fundamentais intactos.

Existe também uma preocupação latente acerca da utilização das técnicas de ADN e os perigos que tal encerra, tendo em conta o desenvolvimento constante da ciência, questões que foram debatidas com profundidade aquando da decisão de criação da base de dados de ADN.

O “*fair trial*” e o respeito pelos direitos do arguido não prejudica a investigação; antes, dignifica o funcionamento democrático das instituições do Estado. Desta foram, é fundamental que a verdade material seja obtida de forma lícita e sem ofensa de quaisquer direitos do arguido.

Procurámos que a presente dissertação fosse um auxílio a quem lida regularmente com o crime e o processo penal, buscando uma solução para a questão colocada, a qual fosse de encontro ao respeito pelos direitos e objectivos de Estado e cidadãos, e também exequível na prática, não se quedando apenas no âmbito teórico.

Esperamos que, de alguma forma, possamos ter contribuído, ainda que necessariamente modesta, na ponderação e desenvolvimento de alternativas à recolha de material biológico ao arguido contra a vontade do mesmo, as quais não atentem contra o princípio da proporcionalidade e que, no limite, sejam equilibradas para quem as executa e para quem as suporta.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón e MOLINA, José Juan Lucena, *Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma*, in *Jueces para la Democracia*, Madrid, n.º 69, Novembro 2010.

AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2014.

AGOSTINHO, Patrícia Naré, *O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha de amostra biológica para inserção na Base de Dados – perspectivas*, in *Revista do Ministério Público* Ano 37, n.º 148, Outubro-Dezembro 2016.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.^a edição, Universidade Católica Editora, 2011.

ALEXY, Robert, *Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, in *o Direito*, Ano 146.º (2014) IV, Almedina, 2014.

ALVES, Paulo Vítor de Queirós, *A colheita de material biológico do arguido contra a sua vontade no processo penal*, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-criminais, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016.

ALVES, Rogério, *Direitos Liberdades e Garantias versus colaboração/obrigação do cidadão em participar ou submeter-se a actos processuais penais – o caso específico do arguido*, in *Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal*, Associação Sindical de Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, 2008.

AMARAL, Nuno Peixoto do, *Impressão digital genética, base de dados de perfis de ADN e a dignidade da pessoa humana*, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora (Reimpressão), 2013.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

BARGIS, Marta, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, Padova, Ano LXVI, n.º 1, Janeiro-Feveireiro 2011.

BELEZA, Teresa Pizarro (coordenação), *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Aulas Teóricas dadas ao 5.º ano, 1994-1995, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coordenação), *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Edições Almedina, 2013.

BONINA, Luís, *Colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para a determinação do seu perfil genético – constitucionalidade – Acórdão do tribunal Constitucional nº 155/ 2007*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 28, n.º 110, Abril-Junho 2007.

BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico*, Edições Almedina, 2013.

BRAVO, Jorge dos Reis, *Perfis de ADN de Arguidos-Condicionados (o art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, n.º 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra Editora.

BRAZ, José, *Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal*, Almedina, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 4.ª Edição 2014.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 2012.

CASTRO, Bruna Abranches Arthidoro de, *A incursão no direito comparado da (in)viabilidade das intervenções corpóreas em sistemas processuais penais – extensão e*

limites do nemo tenetur se ipsum accusare, dissertação de mestrado em ciências jurídico-criminais, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010.

COSTA, Susana, *A Justiça em Laboratório – A identificação por perfis genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a apropriação local*, Almedina, 2003.

COSTA, Susana, *Reconhecimento, registo e recolha: a política dos 3 R da investigação criminal a partir de uma análise sociológica do contexto português*, in *Revista de Investigação Criminal*, ASFIC/PJ, Fevereiro 2014.

CUNHA, Elisabete, *Filhos de uma quimera*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 120-121, Novembro-Dezembro 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º, n.º 4000, Setembro-Outubro 2016.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial*, in *Revista do CEJ*, n.º 3, Julho-Dezembro 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón - teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FIDALGO, Sónia, *Determinação do Perfil Genético Como Meio de Prova em Processo Penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1, Janeiro-Março, Coimbra Editora, 2006.

FILHO, Wagner Marteleto, *O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo*, Del Rey Editora, Belo Horizonte – Minas Gerais, 2012.

FREITAS, David, *DNA e a Investigação Criminal*, Diário de Bordo, 2014.

GONÇALVES, Manuel, *Recolha de amostras de ADN para fins de investigação criminal Suspeito*, in Revista do Ministério Público, Ano 34, n.º 136, Outubro-Dezembro 2013.

GOSSEL, Karl-Heinz, *As proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, n.º 3, Julho-Setembro 1992, Editorial Notícias.

HOMEM, António Pedro Barbas, *Reflexões sobre o Justo e o Injusto: a injustiça como limite do Direito*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 1998.

HOMEM, António Pedro Barbas, *O Justo e o Injusto*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, (Reimpressão) 2005.

JESUS, Francisco Marcolino de, *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, Almedina, 2.ª Edição, 2015.

JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos, *A aplicação da perícia de análise do ADN no processo penal para fins de identificação criminal*, in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 2, n.º 3, 2005.

KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra, *La prueba de ADN en el proceso penal*, in Colección Estudios de Derecho Procesal Penal n.º 22, Granada, Editorial Comares, 2008.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.ª Edição, 2005.

MACHADO, Helena e COSTA, Susana, *Biolegalidade, imaginário forense e investigação criminal*, in Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 97, Junho 2012.

MACHADO, Helena e MONIZ, Helena, *Base de dados Genéticos Forenses – tecnologias de controlo e ordem social*, Coimbra Editora, Maio 2014.

MANNHEIM, Hermann, *Criminologia Comparada*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984.

- MANZANARES, Raquel Castillejo, *Problemas actuales de la justicia penal*, dir. SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, Madrid, Colex, 2013.
- MARIN, Maria Ángeles Pérez, *El ADN como Método de Identificación en el Proceso Penal*, in Revista do Ministério Público, Ano 33, n.º 132, Outubro-Dezembro 2012.
- MENDES, Paulo de Sousa, *As Garantias de Defesa e a Jurisprudência do TEDH*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, número 1, Janeiro-Março 2010.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Tomo I, 2005.
- MORÃO, Helena, *O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16, n.º 4, Outubro-Dezembro 2006.
- MORÃO, Helena, *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessoriais – o Acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 22, n.º 4, Outubro-Dezembro 2012.
- NOVAIS, António Jorge Pina Dos Reis, *As restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética*, in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 8, n.º 15, 2011, Coimbra Editora.
- PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo De Sousa (coord. científica), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Edições Almedina, 2010.
- PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo De Sousa e ALMEIDA, Carlota (coordenação), *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Edições Almedina, 2014.
- PINHEIRO, Maria Fátima, *Aplicação do estudo do DNA em criminalística*, in Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, S. 3, n.º 3, Janeiro-Junho 2004.

PRESUTTI, Adonella, *L'Acquisizione forzosa dei dati genetici tra adempimenti internazionali e impegni costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, Ano LIII, n.  2, Abril-Junho 2010.

QUEIRÓZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, V nia Costa, *Corpus Juris 2000 - Imposi o ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, in *Revista do Ministério Público* n.  108 – Outubro/Dezembro de 2006.

RIBEIRO, Vinício, *Código de Processo Penal – Notas e Comentários*, Coimbra Editora, 2.  Edi o, 2011.

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal Tomo I – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade,  lcool e Substâncias Psicotrópicas*, Rei dos Livros, 2010.

ROXIN, Claus, *Sobre o Desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão*, in Conferência Inaugural “Que futuro para o direito processual penal?”, simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009.

S , Liliana da Silva, *O dever de coopera o do contribuinte versus o direito   não auto-incrimina o*, in *Revista do Ministério Público* n.  107, Julho-Setembro 2006.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, 1990.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Editorial Verbo, Lisboa, 4.  Edi o, 2000.

SILVA, Inês Torgal Mendes Pedroso da, *A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constitui o da base de dados genéticos com finalidade de investiga o criminal*, in *Lex Medicin e*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 8, n.  15, 2011, Coimbra Editora.

TOMÁS, S., *Tratado da Lei*, constante da Summa Theologica, Resjur dica.

VERVAELE, John A. E.; DE GRAAF, Fanny C.W. e TIELEMANS, Noortje, *The dutch focus on DNA in the criminal justice system: net-widening of judicial data*, in *Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Editions Erés, Ano 83, 3.º e 4.º trimestres 2012.

VIGONI, DANIELA, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*", Milano, Dott. A. Giuffré Editore, Ano XXXIX, n.º 4, Outubro-Dezembro 1996.

WINTER, Lorena Bachmaier, *Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *2.º Congresso de Investigaçãõ Criminal*, Coimbra, Almedina,2010.