A PESSOA COMO OBJECTO DE PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAMES, PERÍCIAS E PERFIS DE ADN – REFLEXÕES À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

Ana Paula Guimarães

Dissertação de Doutoramento em Direito

Orientação: Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva

Novembro de 2013

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

ÍNDICE

INTRODUÇÃO 11

1.1. Enquadramento temático e problema a debater na dissertação 11

1.2. Considerações preliminares 22

PARTE I 28

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA PROCESSUALMENTE VÁLIDA E REFERENCIAL CONSTITUCIONAL 28

2. Algumas considerações sobre a prova em processo penal: a prova como um conhecimento judicialmente válido 28

3. A relação de convivência do processo penal com a Constituição da República Portuguesa e o princípio da dignidade da pessoa humana 43

3.1. A interdependência entre a Lei Fundamental, concepção do Estado e o processo criminal 43

3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana 47

3.3. Direito constitucional processual penal e a restrição dos direitos, liberdades e garantias 58

3.3.1. Constituição processual criminal 58

3.3.2. O carácter restritivo das restrições 61

4. O princípio constitucional da presunção de inocência. Conteúdo significante e sentido do princípio na nossa mundividência processual 67

5. Conteúdo juridicamente protegido de outros princípios processuais--penais atinentes à prova: o princípio in dubio pro reo, o direito à não auto--incriminação e o direito ao silêncio 77

5.1. O princípio *in dubio pro reo* 77

5.2. Direito à não auto-incriminação e direito ao silêncio 79

5.2.1. Uma particular questão sobre o direito do arguido ao silêncio — o instituto da confissão no Código de Processo Penal: de instrumento de defesa ao dever de colaboração? 88

5.2.2. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no que respeita aos direitos de não auto--incriminação e ao silêncio 97

a) Questão prévia: da importância da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na ordem jurídica portuguesa..... 97

b) Do valor das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem 98

c) A posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria do direito à não auto-incriminação e do direito ao silêncio..... 101

6. O dever de colaboração na prossecução dos interesses processuais na ordem normativa processual-penal portuguesa. A questão das provas obtidas através de meios coercivos e das provas produzidas independentemente da vontade do arguido 110

PARTE II 126

A CIENTIFICIDADE DA PROVA DE ADN EM PROCESSO PENAL. APROXIMAÇÃO AOS PRINCIPAIS PROBLEMAS JURÍDICOS. COLISÃO DE VALORES IDEAIS?..... 126

7. Introdução..... 126

8. Genoma humano e ADN 127

8.1. Generalidades sobre ADN e informação genética..... 127

8.2. Importância da distinção entre ADN codificante e ADN não codificante 133

8.3. A informação do ADN e as impressões digitais..... 135

8.4. Identidade genética e patenteamento do genoma humano 140

9. Exames, ingerências corporais e direito à integridade pessoal 147

9.1. Exames e perícias 148

9.2. A realização de exame. Exames consentidos e exames não consentidos..... 153

9.3. Tutela da integridade pessoal e intervenções no corpo do arguido 158

9.3.1. As intervenções no corpo e as intervenções sobre o corpo 160

9.3.2. Intervenções e métodos invasivos e não invasivos..... 164

9.3.3. Ofensa à integridade física?..... 171

9.3.3.1. A particularidade dos exames de sangue no Código da Estrada 184

9.3.3.2. A particularidade dos exames na legislação de combate à droga 194

10. Exames – Medidas de coacção? 197

10.1. O critério da espécie e do género 202

10.2. O critério da eficácia e o critério da eficiência 204

10.3. O critério da construção das finalidades implícitas 206

11. Exames e prova de ADN 207

11.1. Vantagens e inconvenientes da prova de ADN 207

11.2. Prova de ADN, valor probatório e o papel do julgador 212

11.2.1. Valor da prova pericial de ADN 214

11.2.2. Falibilidade da prova e o papel do julgador 216

12. As bases de dados de perfis de ADN para fins de identificação criminal 226

12.1. A base nacional de dados de perfis de ADN 231

12.1.1. Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal 236

12.1.2. Informação genética pessoal, informação de saúde, base de dados genéticos e bancos de ADN e de outros produtos biológicos e o Programa Nacional de Diagnóstico Precoce 246

12.2. Recolha, tratamento e conservação de dados. A questão da reserva da intimidade da vida privada e autodeterminação informacional 250

12.2.1. Dificuldade de delimitação da vida privada e intimidade 251

12.2.2. Direito à autodeterminação informacional e perigos associados à automatização de dados pessoais 258

12.2.3. Compatibilidade da base de dados de ADN com a legislação de protecção de dados pessoais 269

PARTE III 278

NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA NA UNIÃO EUROPEIA, TRANSFERÊNCIA DE DADOS PESSOAIS E DE MEIOS DE PROVA 278

13. Novos tempos, novas vontades? 278

13.1. Particular exigência da manutenção da paz e da harmonia em comunidade e a reacção nacional 279

13.2. Constatação das ameaças e instrumentos de combate adequados. A reacção internacional 281
13.3. Cooperação mundial contra o terrorismo e outras actividades criminosas graves conexas 286
13.4. Polícia e segurança externa 290
13.4.1. Na União Europeia 290
13.4.2. Em Portugal 297
13.5. Intercâmbio e conservação de dados de ADN 298
13.5.1. A questão dos sistemas laboratoriais de polícia científica 305
13.5.2. A questão da harmonização dos sistemas judiciais 309
13.5.3. A questão do intercâmbio e protecção de dados na Lei da Base de Dados Portuguesa de Perfis de ADN e Instrumentos Europeus 317
13.5.3.1. O cruzamento de dados 320
13.5.3.2. Riscos inerentes. A questão da protecção dos dados pessoais, da conservação dos dados e das amostras 321
13.6. Instrumentos de reconhecimento mútuo, formas de asseguramento dos meios de prova e a outra face da moeda, o arguido 329

PARTE IV 345

REINTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SUBSIDIARIEDADE E DA PROPORCIONALIDADE? 345

14. Essencialidade dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade 345
14.1. Da subsidiariedade 345
14.2. Da proporcionalidade 347
14.2.1. O art. 18º, nºs 2 e 3 da Constituição 351
14.2.2. Restrição do exercício de direitos 352
14.2.3. Cláusula geral de limitação de exercício dos direitos e o art. 29º, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem 355

15. Os requisitos de admissibilidade dos exames de ADN não consentidos 357
15.1. Exames de ADN: uma inovação útil e indispensável? 357
15.2. Legitimidade formal 365
15.2.1. A reserva legal 365
a) A delimitação subjectiva passiva 366
i) Intervenção corporal em pessoa suspeita não constituída arguida 366

ii) Intervenção em terceiro voluntário com direito a recusa de depoimento 369
b) A delimitação da intervenção corporal e método de recolha 371
c) A delimitação subjectiva activa ou reserva judicial 372
d) A delimitação subjectiva activa no que concerne à recolha das amostras .. 373
e) A delimitação objectiva dos factos a investigar por este meio e determinação dos casos em que a utilização deste recurso é sempre coactiva 373
f) A expressa rejeição de mecanismos proibidos 376
g) O respeito pela vida privada e familiar 376
15.2.2. Decisão judicial fundamentada..... 377
15.3. Legitimidade material, princípio da proporcionalidade e suas derivações..... 378
i) exigência de idoneidade, utilidade ou adequação 379
ii) intervenção mínima ou alternativa menos gravosa, princípio da necessidade, exigibilidade ou indispensabilidade..... 380
iii) "justa medida", racionalidade, razoabilidade ou proporcionalidade *strito sensu* que se traduz no respeito pelo núcleo, pelo conteúdo essencial do direito objecto de restrição e ponderação de interesse 381
15.4. Controlo da proporcionalidade 389
15.5. Outros requisitos..... 391
a) Esclarecimento legal cabal dos efeitos processuais da obtenção destes meios de prova fora dos parâmetros enunciados e das provas resultantes deste modo de obtenção. A ineficácia absoluta das provas obtidas sem este tipo de legitimação 391
b) Princípio da humanidade..... 395
c) Princípio da eficiência 396
d) Princípio da cooperação internacional 397

NOTAS CONCLUSIVAS 400

BIBLIOGRAFIA..... 411

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS

A., AA. – Autor, Autores

AA.VV. – Autores vários

Ac. – Acórdão

ADN – Ácido desoxirribonucleico

ADNmt – ADN mitocondrial

AEPD – Autoridade Europeia para a Protecção de Dados

AFIS – *Automated Fingerprint Identification Systems*

Al. - Alínea

ALDE – Grupo Aliança dos Democratas e Liberais Europeus

Art. – Artigo

BOE – Boletín Oficial del Estado

CC – Código Civil

CE – Código da Estrada

CEDF - Carta Europeia dos Direitos Fundamentais

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão

Cfr. – Confrontar

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados

CODIS – *Combined DNA Index System*

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Dec. – Decreto

DEI – Decisão Europeia de Investigação em Matéria Penal

DL – Decreto-lei

DOU – Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil – Imprensa Nacional

DR – Diário da República

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

ECBA - *European Criminal Bar Association*

Ed. – Edição

EDNAP – *European DNA Profiling Group*

EIC – Equipas de Investigação Conjunta

ENFSI – *European Network for Forensic Science Institutes*

ESS – Série Normalizada Europeia de *Loci* (*European Standard Set*)

EU – União Europeia

FBI – *Federal Bureau of Investigation*

GINA – *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*

GU – Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana

INML – Instituto Nacional de Medicina Legal

ISFG – *International Society for Forensic Haenogenetics* (Sociedade Internacional de Genética Forense)

JIC – Juiz de Instrução Criminal

JO/JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal

LPD – Lei da Protecção de Dados Pessoais

MP – Ministério Público

NDNAD – *National DNA Database*

NSS 2010 – *National Security Strategy*

ONU – Organização das Nações Unidas

PCSD – Política Comum de Segurança e Defesa

p.,pp. – Página, Páginas

Proc. – Processo

SIRENE – *Supplementary Information Request at the National Entry*

SIS – Sistema de Informação de Schengen

SNP – *Single nucleotide polymorphism*

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STRs – *Short tandem repeats*

Supl. – Suplemento

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIR – Termo de identidade e residência

TJE – Tribunal de Justiça Europeu

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TUE – Tratado da União Europeia

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

UNODC – *United Nations Office on Drugs and Crime*

V.g. – Verbi gratia

Vs. – Versus

Esclarecimentos prévios

1 – O presente texto não foi redigido ao abrigo do novo acordo ortográfico, pelo que se continua a utilizar a norma ortográfica anterior ao texto do acordo. A não adopção do acordo ortográfico resulta da falta de preenchimento dos requisitos legais para a sua entrada em vigor e da evidência das posições assumidas pelo Brasil — que adiou a tomada de posição para o ano de 2016 — e de Angola — que exprimiu publicamente a sua oposição à entrada em vigor do acordo.

2 – Ao nosso trabalho serviram como fonte legislativas, essencialmente, a Constituição da República Portuguesa, o Código de Processo Penal, na redacção que lhe foi dada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto e a Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, alterada pela Lei nº 40/2013, de 25 de Junho. Embora a Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, que altera o Código de Processo Penal, tenha sido publicada quando este trabalho estava em desenvolvimento, ainda procedemos às necessárias adaptações deste texto no respeitante às normas que consideramos fulcrais no desenvolvimento do tema.

3 – A legislação indicada, quando não referenciada como associada aos respectivos Códigos ou outras compilações legais, foi consultada no sítio electrónico www.dre.pt.

4 – Todos os Acórdãos dos Tribunais Superiores de 2ª e 3ª Instância, na falta de outras indicações, foram consultados no sítio electrónico www.dgsi.pt.

5 – Todos os Acórdãos do Tribunal Constitucional, para além dos que contêm referências expressas ao Diário da República, foram acedidos em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

6 – Sempre que mencionamos o sítio www.gddc.pt estamos a referir-nos ao Gabinete de Documentação e Direito Comparado disponibilizado na Internet, criado em 1980, na dependência da Procuradoria-Geral da República e especializado na área de relações internacionais.

7 – Os documentos europeus foram consultados essencialmente no sítio electrónico http://eur-lex.europa.eu

8 – No texto mencionam-se sempre as referências bibliográficas completas dos livros ou artigos citados.

ÁREA CIENTÍFICA PRINCIPAL
Ciências jurídico-criminais

SUB-ÁREA
Direito Processual Penal

ASSUNTO
Prova em processo penal

TÍTULO
A PESSOA COMO OBJECTO DE PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAMES, PERÍCIAS E PERFIS DE ADN – REFLEXÕES À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

PALAVRAS-CHAVE: exames; perícias; ADN; base de dados; perfil de ADN; prova; medidas de coacção; presunção de inocência; direito ao silêncio; direito à não auto-incriminação; integridade pessoal; corpo humano; dignidade humana; dados pessoais.

INTRODUÇÃO

1.1. Enquadramento temático e problema a debater na dissertação

1.2. Considerações preliminares

INTRODUÇÃO

1.1. Enquadramento temático e problema a debater na dissertação

I. O princípio enunciado por Edmond Locard "todo o contacto deixa rasto" associado às técnicas forenses usadas no seio da investigação criminal significa que toda a pessoa que tem conexão com a prática de um crime deixa elementos de prova no local do crime ou leva consigo elementos de prova[1].

As diligências de prova no sentido de apurar o autor do acto delituoso nem sempre são totalmente inofensivas para os cidadãos. Daí que o regime de provas se revele frequentemente problemático.

Na verdade, cabe ao Estado a tarefa de reunir os elementos de prova suficientes para atingir a finalidade última do processo penal sendo que na prossecução deste escopo, e de modo não menos importante, lhe incumbe também assegurar os direitos do arguido. Se por um lado, o Estado tem de lutar contra o crime e realizar as diligências necessárias e adequadas a manter a segurança comunitária, por outro, tem de respeitar e assegurar os direitos do cidadão enquanto objecto da acção punitiva[2]. A administração da justiça penal encerra dificuldades emergentes desta inevitável dicotomia: a defesa

[1] Locard defendeu a relevância do exame do local do crime dado haver trânsito de partículas entre as pessoas e os lugares onde estas permanecem ou passam. Segundo o seu princípio *whenever two objects come into contact with one another, there is exchange of materials between them*. Veja-se Maria de Fátima Pinheiro, «Identificação individual – dactiloscopia e genética forense», *Revista de Direito Maia Jurídica*, Ano VI, nº 2, Jun./Dez. 2008, p. 43.

[2] A propósito do fim do processo penal, ver Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 43, onde o A. disserta sobre a *descoberta da verdade* e a *realização da justiça*, aparecendo aquela como pressuposto desta, afirmando que «A *justiça* é, por certo, fim do processo penal, no sentido de que este não pode existir validamente se não for presidido por uma directa intenção ou aspiração de justiça». E, ainda, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, Verbo, 6ª edição, 2010, pp. 39 e 40.

O fim do processo penal é «(…) a resolução da dúvida/questão que justificou a "existência do processo – a "suspeita" de que alguém praticou um crime (…)», no dizer de José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Universidade Católica, 2002, p. 329.

Enuncia Mário Ferreira Monte as finalidades do processo penal: «a) *a realização da justiça e a descoberta da verdade material*; b) *a protecção dos direitos fundamentais das pessoas*; c) *o restabelecimento da paz jurídica*; e, porque estas finalidades são entre si antitéticas, d) impõe-se a "*concordância prática*" das anteriores finalidades», *in* «O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?», *Revista do Ministério Público*, Ano 27, nº 108, Out./Dez. 2006, p. 252.

eficiente do interesse comunitário e a protecção do cidadão enquanto vítima da acção criminosa e a preservação dos interesses individuais dos cidadãos sujeitos a investigação criminal.

Como poderá o Estado, no âmbito da prova em processo penal, percorrer estes dois caminhos sem ofender nenhum deles? Ou seja, será possível que para a plena e enérgica prossecução da finalidade punitiva se utilizem elementos de prova baseados em métodos científicos tidos como infalíveis que implicam a utilização do corpo humano? Pode o processo penal, em nome da tão desejada segurança da população, obter elementos probatórios no corpo e com o corpo do cidadão?

«Um dos pilares fundamentais do Estado de Direito é a relação equilibrada construída entre segurança e democracia ou entre segurança e direitos fundamentais»[3], como resulta desde logo do nº 2 do art. 18º da Constituição da República Portuguesa. O fundamento normativo é claro, mas o emaranhado de linhas e a encruzilhada de caminhos em que a lei processual se tem vindo a transformar no que concerne à procura da verdade material não facilitam a compreensão da combinação dos interesses conflituantes.

A realização dos interesses públicos da liberdade e da paz da comunidade deve ser obtida com base em critérios de necessidade e proporcionalidade face à lesão dos direitos fundamentais do cidadão.

As leis existentes, e são muitas, não são sinónimo de bem pensar, dizer e fazer o Direito. Neste domínio, impõe-se e exige-se uma sincronização entre a Lei Fundamental e as demais normas. Mais: a lei fundamental deverá informar e movimentar as outras leis comuns.

O arguido goza do princípio da presunção de inocência — art. 32º, nº 2 da CRP — até ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ao arguido aproveita ainda a inexistência de ónus da prova, o privilégio de não auto-incriminação, o direito de não responder a perguntas feitas sobre os factos que lhe são imputados, o direito de não prestar juramento, enfim, um conjunto de direitos que determinam como princípio-regra a não obrigatoriedade de cooperar ou contribuir para a descoberta da verdade. Contudo, no encalço da verdade no caso concreto, a lei processual penal impõe-lhe a obrigação de sujeição a diligências de prova especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por

[3] Assim o confirma o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 28/09/2011, no Proc. nº 22/09.6YGL.SB.S2.

entidade competente — art. 61º, nº 3, al. d) do CPP — e, nomeadamente, a imposição da realização forçada de exames de ADN — art. 172º, nº 1 do CPP —, em todas as fases do processo. Estas diligências de prova traduzem-se num dever do arguido de suportar uma actividade probatória, por imposição legal, em que o seu corpo é objecto (*v.g.* exames e perícias).

II. O uso da cientificidade de meios de prova em processo penal relativos aos vestígios de ADN é cada vez mais frequente na investigação com vista à descoberta da verdade. A prova de ADN, imbuída dos qualificativos de objectividade e de neutralidade, e o desenvolvimento da ciência forense são auxiliares valiosos na realização da justiça criminal e fazem parte integrante do sistema probatório português. Será ela expressão de necessidades funcionalistas de um processo penal que pretende solucionar eficientemente um problema — apurar o autor do crime e o grau da sua responsabilidade? Oferece condições de respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos? É compatível com os limites do poder punitivo estadual? Permite conciliar o interesse da segurança e protecção da sociedade organizada com a consideração devida ao homem individualmente? Não é simples aliar direito e ciência, tanto mais que «a ciência e o direito não fazem sempre um bom trabalho»[4] em conjunto.

Não raras vezes, quando o corpo humano é fonte de prova, a própria integridade pessoal é atingida. É o que acontece exactamente com os "exames de ADN" que implicam intervenção no corpo ou sobre o corpo da pessoa. É importante que entendamos até que ponto serão significativas estas ou outras ingerências face às necessidades da justiça penal. As pesquisas de e no material biológico podem colocar em causa a incolumidade física e moral do visado e a sua liberdade, mais precisamente, o direito à autodeterminação pessoal. Resta determinar a intencionalidade que preside a estas recolhas, apurar a sua importância, compreender o seu critério regulativo e descortinar as condições da sua aceitabilidade.

A Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, estabelece os princípios da criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN com finalidades de identificação civil e de investigação criminal. No que respeita à investigação criminal visa proceder à comparação de perfis de ADN entre as amostras de material biológico recolhido nos locais da prática dos crimes com as dos indivíduos que possam estar com eles

[4] Conforme referem Hélène Gaumont-Prat e Mélina Douchy-Odout, «Protection de la personne: libertés et droits corporels», *Recueil Dalloz. Sommaires commentés*, Ano 180, nº 8/7149, 26. Fev. 2004, p. 535.

relacionados, por via directa ou indirecta, e entre os perfis existentes na respectiva base de dados[5]. O art. 8º determina os termos da recolha de amostras em processo-crime, remetendo para o art. 172º do Código de Processo Penal.

Da conjugação de ambos os preceitos percepcionamos que a colheita de amostras biológicas pode ser efectuada em arguidos, mesmo sem o seu consentimento, desde que determinada por decisão judicial, em qualquer tipo de crime, qualquer que seja a sua gravidade e a natureza do bem jurídico ameaçado ou lesado com a prática da infracção criminosa[6].

III. A Constituição da República preocupou-se tanto com a integridade física como com a integridade moral dos cidadãos, conferindo-lhe protecção no seu art. 25º. É legítimo questionar se os meios de obtenção de prova de ADN e o instrumento prova de ADN constituem intervenções formal e materialmente permitidas ou intervenções formalmente autorizadas mas materialmente arbitrárias.

O retrato actual do fenómeno criminal pode espelhar embaraços e dificuldades no que concerne à vertente do reforço da segurança e da protecção dos cidadãos face ao crime. É verdade que a garantia da segurança da população é uma das tarefas de que o Estado está incumbido por via constitucional, nos termos do disposto no art. 9º, al. b). A força vinculante da Constituição da República Portuguesa impõe ao Estado essa tarefa. Os instrumentos idóneos para a prossecução deste desiderato devem ancorar-se neste diploma.

A intercepção entre a Lei Fundamental e a lei ordinária reivindica a utilização de métodos probatórios proporcionais à condição do ser humano, adequados à dignidade da pessoa humana, «*standard de protecção universal*»[7]. Esta constatação não nos permite entrar em extremismos ou fundamentalismos de absolutizar o individualismo, de reificar os direitos, de peticionar um Estado minimalista ou um Estado maximalista no que respeita à justiça criminal.

É geralmente aceite o princípio constitucional da presunção de inocência como pedra de toque basilar sempre que se fala em procedimento criminal. O Estado oferece

[5] Ressalva-se, a possibilidade de comunicação da informação obtida dos perfis de ADN para fins de estatística ou de investigação científica, após anonimização irreversível (art. 23º, nº 1).
[6] A Lei Espanhola reguladora da base de dados policial sobre identificadores obtidos a partir do ADN, nº 10/2007, de 08 de Outubro, delimita no art. 3º as infracções em que as análises podem ser utilizadas e a respectiva inserção.
[7] Reproduzindo J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 200.

prerrogativas ao arguido quando acolhe o princípio da presunção de inocência, quando lhe confere garantias de defesa e contraditório, quando é leal com ele no decurso do procedimento criminal em nome do princípio de que o arguido é um indivíduo com direitos próprios e específicos resultantes da sua particular condição e do próprio estatuto em que está investido.

O que nos propomos efectivamente é, partindo de alguns meios de obtenção de prova e de alguns meios de prova que são obtidos a partir do corpo do arguido ou de partes do corpo deste — meios invasivos e meios não invasivos —, ponderar se constituirão agressões ao cidadão, não obstante estarem legalmente previstos, por o apuramento da infracção criminal não poder ocorrer de forma ilimitada. Ou seja, procuramos ensaiar um equilíbrio entre a defesa da liberdade da pessoa e a realização da justiça penal, tendo sempre presente o pressuposto da dignidade da pessoa humana — dignidade da pessoa humana enquanto princípio "de validade universal"[8] — desde logo porque a Constituição, assentando no pilar da dignidade da pessoa humana, «faz da pessoa *fundamento* e *fim* da sociedade e do Estado»[9].

IV. É nossa tarefa contribuir para a construção de uma sociedade pacífica, mais justa, equilibrada, fraterna e solidária, em conformidade com o art. 1º da Constituição da República Portuguesa[10] para podermos ter uma "vida digna de ser vivida"[11]. Trata-se do direito a ser digno mais do que do direito a ter dignidade. Esta dignidade «impõe condições materiais de vida capazes de assegurar liberdade e segurança às pessoas»[12] e só assim acontecerá se não se descurar o Homem, se não nos afastarmos do primado da pessoa humana, se nos posicionarmos longe de alguns atropelos às liberdades dos cidadãos a que se tem vindo a assistir, com os movimentos reactivos, em nome do propalado direito à segurança, sobretudo após os devastadores acontecimentos de 11 de

[8] Esta expressão é utilizada no sentido de, sendo um princípio que diz respeito directamente ao homem, ser aplicável independentemente da nacionalidade, por José Manuel M. Cardoso da Costa, «O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional Portuguesas», *Direito Constitucional, Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Coordenação de Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti, São Paulo, Dialética, 1999, p. 193.

[9] Conforme assinala Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 219 (itálico nosso).

[10] Que define Portugal como uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade *livre*, *justa* e *solidária* (itálico nosso).

[11] Utilizando uma expressão de Germano Marques da Silva, «A crise da justiça. Três recados aos magistrados e advogados do século que começa», *Direito e Justiça*, vol. XV, tomo 1, 2001, p. 28.

[12] Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 54.

Setembro de 2001. Se nos posicionarmos à distância do modelo de justiça de tipo justicialista. Vão a partir daqui as nossas modestas reflexões.

A pessoa é simultaneamente sujeito do processo criminal e objecto de prova. O desafio é não transformá-la em puro e simples objecto do procedimento criminal.

Na nossa investigação — que não será seguramente exaustiva, e muito menos definitiva, dados os condicionalismos temporais, a dinâmica da matéria em causa e a fluidez dos modos de ver, pensar e sentir — não partimos com o intuito de propor soluções que signifiquem diminuição da eficiência[13] ou frustração da perseguição penal. De resto, a eficiência da administração da justiça penal é uma demanda de hoje, foi de ontem e será de amanhã. E é também de todos nós. Tanto mais que os cidadãos gozam do direito à segurança consignado no art. 27º da Constituição da República Portuguesa. A administração da justiça criminal afirma a razão de ser do Direito Penal: «a tutela da confiança e das expectativas da comunidade na vigência da manutenção da norma violada» sendo a finalidade primeira da pena «o restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime»[14]. Todavia, o Estado não tem, não pode ter poderes

[13] Eficácia ou efectividade como princípio de direito público não se confunde com eficiência, «a eficiência é fazer bem as coisas, a eficácia é fazer as coisas», esta é a concepção de Luciano Parejo Alfonso, «Eficácia e administracion: tres estudios», *Boletin Oficial del Estado*, Madrid, 1995, p. 94, *apud* Fábio Ramazzini Bechara, *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*, Tese de Doutoramento, Universidade de S. Paulo, Faculdade de Direito, Brasil, 2009, p. 17, disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf (acedido em 22 de Fevereiro de 2012).
A eficácia refere-se «ao grau de alcance dos objectivos visados – independentemente da quantidade de recursos que estes convocam», a eficiência «refere-se à utilização de recursos financeiros, humanos e materiais, de modo a atingir a *maximização dos resultados* para um determinado nível de recursos ou a *minimização dos meios* para determinados resultados», segundo Andreia Sofia Pinto Oliveira, «Eficiência e Constituição», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, pp. 293 e 294.
A eficácia «designa a relação entre os objectivos e os fins», para Cláudia Viana, «O princípio da eficiência: a eficiente eficácia da administração pública», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, p. 301.
A eficiência como princípio jurídico de direito público, aplicável apenas à administração pública e não aos demais poderes públicos, é «um conceito relacional entre meios e fins», e «revela a relação entre os recursos consumidos e os resultados que se pretendem alcançar, pugnando pela optimização dos meios em função dos fins», Cláudia Viana, «O princípio da eficiência: a eficiente eficácia da administração pública», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, p. 301. Não tem consagração constitucional, todavia, encontramo-lo no art. 10º do Código de Procedimento Administrativo. Mesmo assim, será um princípio a ponderar pois que o exercício da acção criminal implica custos para a esfera da liberdade dos cidadãos, por vezes bem elevados. Andreia Sofia P. Oliveira fá-lo coincidir com o princípio da proibição de excesso, «garantindo protecção aos bens jurídicos constitucionais e convocando para essa protecção recursos na *justa medida*» («Eficiência e Constituição», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, p. 299).
Sobre a celeridade na relação entre eficácia e eficiência processual, veja-se Mário Ferreira Monte, «Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão», *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 410 a 412.

[14] Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 79.

irrestritos para zelar pela liberdade e bem-estar dos cidadãos, tem seguramente limitações constitucionais no que respeita aos *fins* e aos *meios* que pode prosseguir e utilizar.

Estamos de espírito livre para reflectir sobre a dimensão da prova em processo penal, nomeadamente, no que respeita aos meios de aquisição de prova e aos meios de prova que, *prima facie*, constituem limitações à liberdade e à integridade física dos cidadãos, tais como as colheitas de amostras biológicas (tecidos, células, fluidos e outros) no corpo e do corpo humano para realização de análises de ADN a fim de identificar o presumível autor do facto criminoso.

Assumimos, todavia, que partimos de uma premissa: «que a dignidade da pessoa, de qualquer pessoa, está acima da própria perseguição dos criminosos, do combate à criminalidade» [15] e que, como refere Castanheira Neves, «não se pode esperar do processo penal a resolução de todos os males» [16]. Admitimos também que somos defensores de que a função estatal de protecção dos mais elementares bens jurídicos se não deve afastar da centralidade da pessoa humana. E, por isso, o nosso processo penal há-de reflectir um modelo político-social que erige o ser humano e a sua dignidade como elemento e valor primeiro da organização estatal. Vêm a propósito as avisadas palavras de Paulo Otero, «o respeito pela dignidade da pessoa humana consubstancia uma condição geral de validade e de vinculatividade de todos os actos jurídico-públicos: se os actos provenientes de autoridades públicas no exercício de poderes constituintes ou constituídos se mostrarem violadores do princípio da dignidade da pessoa humana estaremos perante realidades que se encontram excluídas do "mundo do Direito", traduzindo a simples expressão de manifestações de vontade feridas de inexistência jurídica, relativamente às quais não há (nem nunca poderá haver) qualquer dever de obediência, delas apenas podendo surgir um genérico direito de resistência ou de desobediência». E adianta: «não há liberdade para renunciar à dignidade»[17].

É esta a nossa pré-compreensão, que é sempre uma inevitabilidade na abordagem de qualquer assunto contando que não nos conduza a uma visão míope do tema.

---

[15] Utilizando as clarividentes palavras de Germano Marques da Silva, «Produção e valoração da prova em processo penal», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 4, 2006, p. 41.

[16] «O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano--dialogante das culturas», *Scientia Juridica*, nº 94, 2009, p. 273.

[17] Paulo Otero, «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, AA.VV., vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 129 e 130.

V. Tomemos de mote as palavras de D. José da Cruz Policarpo: «A justiça é o reconhecimento, a defesa e a promoção desta dignidade fundamental do ser humano»[18].

Recuando ao século XVIII, uma conjugação de factores, entre os quais se destaca a transformação global de uma economia artesanal, com o incremento da industrialização e da urbanização, desencadeou mudanças substanciais nos anteriores padrões da vida económica, social e educacional dos povos e envolvimento dos seus membros. Os abusos cometidos pelas monarquias fizeram com que o povo tomasse consciência do *individual* e do *colectivo* e encarasse o Estado como uma ameaça à liberdade e à dignidade do Homem. Como resultado de uma nova forma de estar, de pensar e de viver, emergente com o posterior movimento iluminista, nasceram documentos internacionais de defesa dos direitos humanos, primeiro nos Estados Unidos da América, em 1776, e de seguida, em França, em 1789.

A tomada de consciência de que é necessário prevenir o homem contra as ingerências e arbitrariedades do poder público passou a ser uma preocupação constante dos países desenvolvidos, mormente após a segunda Grande Guerra, e está particularmente expressa em várias normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 04 de Novembro de 1950, entre as quais se contam os arts. 6º, 7º e 8º, assinalável instrumento de proclamação e efectivação dos direitos humanos. É «o primeiro instrumento que marcará a humanização do direito internacional e o mais importante, quer pela sua pertinência histórica, como pela qualidade do seu conteúdo»[19].

O Direito é uma componente da vida humana, do homem enquanto ser gregário. E o homem como criador de cultura que é, de cultura espiritual e material, inventa, modifica, transforma, acrescenta, quer o mundo das coisas, quer o mundo das representações e das ideias. O homem é um fazedor do Direito e é por ele condicionado. Naturalmente os princípios e valores reconhecidos e considerados socialmente aceites na comunidade jurídica são variáveis em função dos tempos e das suas circunstâncias[20].

---

[18] Cardeal Patriarca de Lisboa, «A dignidade da pessoa humana, fundamento da justiça», (Homilia na missa de abertura do ano judicial, Sé Patriarcal, 08 de Fevereiro de 2001), *Direito e Justiça*, vol. XV, tomo 1, 2001, p. 5.

[19] Reproduzindo as palavras de Luis Andrés Fajardo Arturo, *Multiplicité des cadres de protection des droits de l'homme*, Universidade Sérgio Arboleda, Bogotá, Colômbia, Jan./Jun. 2008, p. 29, disponível em http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista14/Multiplite-de-cartres.pdf (acedido em 21 de Fevereiro de 2012).

[20] Atente-se nas palavras da publicista Vânia Márcia Damasceno Nogueira, «A importância dos vários ângulos de estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais», *MPMG, Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Ano V, nº 19, Jan., Fev. e Mar. 2010, p. 26: «Os direitos fundamentais estão em contínuo movimento em busca da sua plena realização e eficácia».

A não rigidez dos princípios e valores apenas quer significar formas distintas de os entender, de os interpretar e de os aplicar, situados na específica comunidade política e cultural, não a eliminação daqueles que caracterizadamente são os fundamentais e instrumentais ao livre desenvolvimento da personalidade ética do homem em comunidade. O jurista há-de desempenhar naturalmente um papel de relevo: o de pugnar pelo exercício dos direitos, não necessariamente, no sentido de estender a sua latitude e longitude, mas antes, e mais importante, no sentido de os aprimorar e de aperfeiçoar a sua significação, sempre com a devida adaptação ao contexto geral que compreende os factores sociais, económicos, políticos e jurídico. O acervo de normas que proíbem, que nos constrangem ou que nos persuadem a um determinado comportamento não é estático. O processo de dinamização societário decide a tolerância de determinadas acções e determina a intolerância de certas condutas. Pelo que é importante o empenho de interpretação e aplicação das normas cuja vigência se vai mantendo mas que requer o toque de adaptabilidade ao actual modelo e padrão de cultura jurídica portuguesa, já não em estado de pureza, pois que o Direito sofre o embate do fenómeno da globalização. As significativas descontinuidades que emergem da necessidade de integração e coesão dos povos comunicam-se ao Direito, modelando novas estruturas, reconfigurando o saber, criando uma nova *ordem*, estabelecendo novos equilíbrios, contra a «austeridade dos quadros legalistas»[21]. Daí o valioso papel tanto da doutrina como da jurisprudência nacionais e estrangeiras.

VI. Afirmam alguns estudiosos do genoma humano[22] que «seria um absurdo não beneficiarmos do progresso impresso pela genómica para fins de investigação criminal»[23], enfatizando o centro nevrálgico desta matéria — o utilitarismo e o

[21] Reproduzindo R. A. Edwards, «Generosity and Human Rights Act: the right interpretation?», *Public Law*, nº 377-580, 1999, p. 400.

[22] «Conjunto de todo o material genético contido nos cromossomas de cada organismo, sabendo-se que todas as células desse organismo contêm essa informação [ADN]», usando a terminologia de Luísa Neto, «Sobre a existência e utilização de uma base de dados genética em Portugal», *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Lisboa*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 313.

[23] Como é o exemplo de Ángel Carracedo, A. Salas e M. V. Lareu, do Instituto Universitário de Medicina Legal da Universidade de Santiago de Compostela, «Problemas y retos de futuro de la genética forense en el siglo XXI», *Cuadernos de medicina forense*, vol. 16, nº 1-2, 2010, p. 32, disponível em: http://scielo.isciii.es/pdf/cmf/v16n1-2/revision3.pdf (acedido em 23 de Março de 2012).
A genética forense é uma ferramenta que não se circunscreve à investigação criminal, também é muito utilizada para fins de investigação de paternidade e para identificação de cadáveres (resultado, sobretudo, de cataclismos naturais ou de actos violentos em massa), assim como para determinação de microorganismos usados em atentados biológicos.

eficientismo — representativo da «gigantesca indústria da segurança»[24]. Características que implicam um trabalho de delimitação dos meios legítimos e adequados para encontrarmos o equilíbrio desejável entre segurança e liberdade. A conciliação entre o progresso da ciência e da técnica e as garantias fundamentais do homem é matéria de difícil consenso.

O crescente poder de acção humana associado ao desenvolvimento científico e tecnológico no campo da biologia e da engenharia genética, entre outros, conduz a resultados indiscutivelmente notáveis e aplaudidos nos mais variados sectores da vida[25]. Por esta via, foram encontradas respostas para problemas de natureza ambiental, do foro da saúde física e mental e muitos outros com que se debate a humanidade. Mas o espírito criativo e inventivo do homem tem o reverso da medalha: do mesmo modo que desempenha um incontestável mecanismo de melhoramento das condições da vida humana, também revela os seus desajustamentos e imprudências, estando na origem de angústias e ansiedades, *v.g.* a criação de armas bacteriológicas, químicas e nucleares[26]. Dominado o presente e programado o futuro pela ciência, quando tudo parece favorecer estados de certeza e segurança, logo surgem estados de medo, surpresa e risco.

A liberdade de criação cultural consagrada constitucionalmente no art. 42º, que congrega a liberdade de criação intelectual, artística e científica, está ao serviço do desenvolvimento da personalidade humana. Como expressivamente afirma Bernard Edelman «o "direito de saber" está no fundamento da civilização ocidental»[27]. Essencial é que seja usada *pelo* homem, *para* o homem e *com* o homem, para que não se volte

[24] Proporcionada pela colheita e análise da informação sobre as pessoas, de que falam Jean-Christophe Galloux / Héléne Gaumont-Prat, «Droits et libertés corporels», Janeiro, 2006 – Dezembro, 2006 / *Recueil Dalloz*, ano 183, nº 16, 19/Abril/2007, p. 1105.

[25] Roland Rich discute a problemática da existência de um "direito ao desenvolvimento" como direito de terceira geração e a sua conexão com a lei internacional, questiona sobre a titularidade do direito – os Estados ou os indivíduos – e, porque tem uma matriz essencialmente económica, para além da social e cultural, reflecte sobre a sua importância face aos direitos civis e políticos, já que desenvolvimento importa deslocação de populações, estragos ambientais e outras consequências indesejáveis, «The right to development: a right of peoples?», *The Rights of Peoples*, AA.VV., Editado por James Crawford, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 39 ss. Esclarece que foi Karel Vasak, consultor legal da Unesco, que popularizou o conceito de "direito humano de terceira geração" onde incluiu o "direito ao desenvolvimento", embora tivesse sido um jurista senegalês, de nome Keba M'Baye, o primeiro a referir-se ao "direito ao desenvolvimento", em 1972, num artigo intitulado "Le droit au développement comme un droit de l'homme".

[26] São perturbadoras e tocantes as alterações que o homem conseguiu imprimir no Planeta de forma a tornar imprescindível a sua intervenção tornando-o mais habitável e mais saudável. Mas também não é menos inquietante a actuação do homem no sentido de remediar os malefícios produzidos. Basta constatar as consequências provenientes da actuação humana a nível ambiental: desflorestação, poluição de oceanos, redução da camada de ozono e subsequente efeito de estufa, produção e acumulação de detritos perigosos e tóxicos, entre outros.

[27] Bernard Edelman, *La persone en danger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 454.

contra si próprio[28]. No que toca à ciência forense no âmbito da investigação e prova criminal, os dilemas não são novos, renovam-se. As actuais realidades científicas como as provas de ADN a partir de uma ínfima quantidade de material biológico, a possibilidade de traçar perfis genéticos e de descobrir a identidade do agente criminoso devem ser utilizadas quando ao serviço do homem. A realização da justiça[29] não se confunde com a resolução de casos criminais e a prova de ADN não é absolutamente confiável.

O bem-estar comum não se resolve só, mas também, com a boa administração da justiça que se serve do progresso científico e do desenvolvimento tecnológico. O indivíduo, enquanto objecto de prova em processo penal, não deixa de ser um sujeito com a sua individualidade, com os seus interesses, com a sua consciência individual.

Temos de estar atentos ao mau uso da liberdade de investigação científica utilizada em sede probatória no processo penal, nomeadamente quando perspectivada exclusivamente na sua dimensão instrumental de resposta célere, pronta e objectiva às inquietações, incertezas e receios comunitários no que respeita às consequências do fenómeno criminal. Neste campo é imprescindível que quer a actividade legislativa quer a judicial se norteiem por critérios estritos de moderação e bom senso. E também é indispensável um rigoroso labor doutrinário e uma aturada tarefa de interpretação das várias instâncias judiciais para suprir lacunas conceptuais da nossa Lei Fundamental.

A compatibilidade e harmonia entre genética e dignidade humana têm sido motivo de preocupação no plano internacional. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adoptada por aclamação em 19 de Outubro de 2005, na 33ª sessão da Conferência Geral da Unesco, preceitua no art. 3º:

«1. A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados.

2. Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade»[30].

---

[28] Afirma Alexandra Idalina Pereira Gaspar, *Bioética e dignidade humana: uma problematização a partir da antropologia da falibilidade de Paul Ricouer*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 2005, p. 65: «O homem perigoso para o próprio homem é também um homem vulnerável».

[29] «(…) finalidade processual penal de natureza constitucional (…)», assim a designa Mário Ferreira Monte, «O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?», *Revista do Ministério Público*, Ano 27, nº 108, Out./Dez. 2006, p. 260.

[30] Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf (acedido em 31 de Janeiro de 2012), itálico nosso.

1.2. Considerações preliminares

A administração da justiça criminal incumbe ao Estado que, através das diversas fases processuais e por intermédio dos órgãos competentes, investiga, acusa, julga e sanciona[31].

O fim último do processo penal é, sem dúvida, a «materialização do *ius puniendi* do Estado»[32], para realizar o direito no caso concreto — "a realização do justo"[33].

A prossecução das finalidades específicas do processo penal — na função estritamente jurídico-processual[34] — é objectiva mas não neutra. Aponta sempre no sentido da formalidade do procedimento que visa salvaguardar o inocente da injustiça e assegurar ao culpado um efectivo e real direito de defesa, direito de tal forma relevante que é insusceptível de suspensão mesmo quando declarado estado de sítio ou de emergência — art. 19º, nº 6[35].

A procura da verdade[36] que visa reconstituir um facto histórico em função das provas carreadas para o processo, recriando as circunstâncias de modo, lugar e tempo da

---

[31] Para José de Souto Moura, a administração da justiça «é uma tentativa de solução de um problema, cujo método essencial não é a aplicação de conhecimentos científicos, como se costuma ver com problemas de saúde, económicos ou técnicos. O juiz dispõe das vidas das pessoas afirmando-se como autoridade», *in* «Dignidade da pessoa e poder judicial», *Revista do Ministério Público*, Ano 18, Abr./Jun. 1997, nº 70, pp. 103 e 104.

[32] Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, p. 4, disponível em: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf (acedido em 06 de Março de 2012). Segundo este A., a sentença é constitutiva sempre que reconhece o cometimento de uma infracção criminal e aplica a respectiva sanção ao seu autor e declarativa quando não reconhece a perpetração do crime.

[33] Como é designada por Germano Marques da Silva, «A crise da justiça. Três recados aos magistrados e advogados do século que começa», *Direito e Justiça*, vol. XV, tomo 1, 2001, p. 26.

[34] Perspectiva dos fins ou funções do processo penal distinta da perspectiva metaprocessual. Ver Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, Verbo, 6ª edição, 2010, p. 39.

[35] Veja-se sobre o assunto, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 398 ss. Este normativo consagra a intocabilidade de certos direitos fundamentais mesmo quando circunstâncias de natureza extraordinária —«direito de necessidade constitucional» e «situação de necessidade pública do Estado de excepção constitucional» ditam a suspensão do exercício de direitos. No que respeita ao direito de defesa dos arguidos não é líquida a amplitude da impossibilidade de suspensão. Abrange "todas as garantias de defesa" a que se reporta o art. 32º, nº 1 da CRP ou só o "direito de escolha de defensor e o direito a ser por ele assistido" nos actos processuais, preceituado no nº 3 deste artigo? Seguindo o critério apontado pelos AA., a intangibilidade dos direitos mencionados no nº 6 do art. 19º tem a ver com o facto de a manutenção do seu exercício não perturbar os «objectivos do estado de excepção» porque são de natureza pessoal ou porque não são propriamente direitos de acção (p. 402).

[36] Seguimos Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, pp. 130 e 131, que discorda da distinção feita, com alguma frequência, entre *verdade formal* e *verdade material*. Em rigor, «não há duas espécies de verdade, mas somente a *verdade*», afirma o Autor. A verdade judicial, a que se procura no processo penal, tem condicionamentos e restrições e, «por isso, se assume que a *verdade processual* não é necessariamente a *verdade*». Diríamos

prática do facto criminoso[37], não pode desonerar-se das implicações que tem sobre o homem e sobre a sociedade. A realidade demonstra que em determinadas formas de organização do poder, o trabalho de investigação criminal e a actividade jurisdicional tomam contornos de uma verdadeira agressividade para com o indivíduo que se apresenta impotente face ao complexo aparelho estatal de administração da justiça. A imposição da realização forçada de exames de ADN prevista no art. 172º, nº 1 do Código de Processo Penal e a consequente utilização da prova obtida merece ser reflectida no que respeita à sua proporcionalidade[38]. A acção protectora do Estado dos valores constitucionais e dos bens jurídicos fundamentais, bem como a necessidade de alcançar a almejada justiça no caso concreto colocam problemas de equilíbrio e

---

que o que não consta dos autos, não existe no mundo, traduzindo o brocardo *quod non est in actis non est in mundo*. E acrescenta o Autor: «A lei processual não impõe a busca da verdade absoluta, e, por isso também, as autoridades judiciárias, mormente o juiz, não dispõem de um poder ilimitado na produção da prova. O *thema probandi* vai sendo delimitado em cada fase processual e limitados são também os meios de prova admissíveis no processo, os métodos para a sua obtenção e o momento e forma da sua produção: a *verdade* obtida com tais limitações nos métodos e meios há-de ser por isso também apenas uma *verdade histórico-prática, uma determinação humanamente objectiva de uma realidade humana*».

Sobre as distorções inevitáveis da verdade, sobre a verdade enquanto ideal, veja-se Fernando Conde Monteiro «O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas), *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 321 ss. O A. considera existirem factores quer de natureza jurídico-penal, quer de natureza jurídico-processual-penal condicionadores do conceito de verdade, ora determinados pela própria axiologia jurídico-penal, ora pelas garantias e condições objectivas de punibilidade, ora, ainda, pelos métodos investigatórios, meios e falibilidade dos meios de prova. Conclui: «o ideal de verdade ao nível da ciência jurídico-penal é isso mesmo, um ideal, impossível de se cumprir na prática» (p. 331).

Diz Mercedes Pérez Manzano: «A pretensão de encontrar a verdade e, portanto, de justiça da decisão, é de uma perspectiva *ex ante*, um objectivo que guia o processo mas não o determina e, de uma perspectiva *ex post*, a pretensão de veracidade da declaração da culpabilidade só tem o sentido de um prognóstico de probabilidade conforme o qual, a partir das provas produzidas e das regras aplicadas, é mais verdadeiro que falso que o relato dos factos provados se corresponda com a realidade», *in* «Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda», *Jueces para la democracia*, nº 67, Março 2010, p. 61.

Neste domínio, é notória a dicotomia «ser» e «parecer» a que se refere José Barata-Moura, «Sobre a verdade. Um roteiro de problemas», *Revista do CEJ*, 2º semestre, nº 10, 2008, p. 11. Mais sublinha: «A verdade é um "facto", não apenas porque se plasma num acontecimento determinado ou porque corresponde a uma positividade dada, mas fundamentalmente porque é algo de *feito*» (p. 23). Acrescentamos nós, a verdade buscada correspondente ao "facto" sucedido, a verdade "real" é, a final, a verdade obtida processualmente, correspondente à verdade provada, é a verdade que é ou foi possível reconstruir através dos meios probatórios legalmente admissíveis.

«Os juízes, os magistrados em geral, não têm, nem podem nunca ter, a pretensão de atingir a verdade total, porque mesmo perante ela nunca terão certezas, terão quando muito fortes convicções», dizem Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, *A prova do crime. Meios legais para a sua obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 124.

Sobre a estrutura do processo e princípio da investigação ou da *verdade material*, veja-se Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2011, pp. 237 ss.

[37] Donde resulta a «verdade processual fáctica» ou «a relatividade da verdade que se alcança no processo», de acordo com Óscar Emílio Sarrulle, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, pp. 119 e 125, respectivamente.

[38] Manuel da Costa Andrade suscita a problemática da legitimação da submissão compulsiva a exames sem consentimento do visado, em *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, p. 80.

harmonia na imposição de certos meios probatórios num tempo em que a tríplice relação arguido / vítima / Estado é de difícil solução. O chamamento das solicitações populistas pode aconselhar a sujeição a dispositivos desrespeitadores da pessoa humana. Atribulações vividas por um processo penal que se pretende humanista e, portanto, integrador da noção de comunidade com a de liberdade pessoal e com os valores do cidadão enquanto tal. De resto, após uma vivência de experiências totalitárias, a Constituição da República Portuguesa assenta no património entretanto adquirido de garantias do arguido e de um modelo processual garantístico que zela pelos direitos fundamentais.

«Entre o interesse público na perseguição penal e o interesse também da tutela de determinados interesses, a ordem jurídica opta por uns ou outros, conforme considere que devem prevalecer, pois a perseguição penal não é necessariamente o interesse predominante da vida em sociedade»[39]. A concreta objectivização desta especificidade envolve a delimitação dos limites da realização da justiça criminal levando pressupostas as pretensões de validade da Lei Fundamental[40]. A sociedade deve sentir-se mais defraudada e violentada quando o Estado se socorre de meios e instrumentos ilegítimos de perseguição, de investigação criminal e de condenação, do que quando deixa um agente criminoso impune[41].

A presença dos novos meios e técnicas de investigação, a utilização de novos meios de prova, a comunicabilidade destes conhecimentos para a matéria probatória na averiguação e esclarecimento dos factos conduzem, muitas vezes, às questões da "ilicitude da prova" e das "proibições de prova" no que respeita à sua admissão como meio de obtenção de prova ou como meio de prova e à sua ulterior valoração.

Os meios de prova dos factos criminosos, a forma por que é obtida e a sua admissibilidade ou inadmissibilidade no processo revelam o grau de humanização da vida judiciária. Podem mostrar a grandeza da justiça e reflectem a maturidade do

---

[39] Reproduzindo Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 141.

[40] «E o principal desafio constitucional com que se defronta a justiça penal centra-se na legitimação procedimental no exercício do poder punitivo do Estado» como afirma Paulo Dá Mesquita, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 14, nota 2 e p. 431.

[41] Veja-se, neste sentido, Germano Marques da Silva, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, pp. 67 ss. Também Manuel Monteiro Guedes Valente, «A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI», *Direito e Cidadania*, Ano X, nº 29, 2009, p. 53.

Estado[42]. A "construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno" é uma aspiração desde a Assembleia Constituinte, reunida em sessão plenária de 2 de Abril de 1976, que aprovou a Constituição da República Portuguesa, conforme se lê no seu Preâmbulo.

Por outro lado, a supressão do controlo das fronteiras no seio da União Europeia facilitou a livre circulação dos cidadãos, mas em simultâneo facilitou também a actividade criminosa transnacional. Torna-se necessária uma eficaz cooperação entre os Estados-membros com vista à luta contra o crime na senda da construção de um espaço livre, seguro e justo, objectivos prosseguidos pela União Europeia. Daí que nesta matéria sejam cada vez mais importantes os instrumentos europeus de que daremos conta.

[42] Diz João Conde Correia «O Estado tem de revelar alguma superioridade ética: não pode combater o crime, por mais grave que ele seja, cometendo, ele próprio, outros crimes», porque «num Estado de Direito a descoberta da verdade não é um valor absoluto e as proibições de prova – ao interditarem temas, meios, métodos ou simples possibilidades de valoração – apresentam-se como compreensíveis e claras limitações ao total esclarecimento daquela», *in* «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 4, 2006, pp. 177 e 178.

PARTE I

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA PROCESSUALMENTE VÁLIDA E REFERENCIAL CONSTITUCIONAL

2. Algumas considerações sobre a prova em processo penal: a prova como um conhecimento judicialmente válido

3. A relação de convivência do processo penal com a Constituição da República Portuguesa e o princípio da dignidade da pessoa humana

3.1. A interdependência entre a Lei Fundamental, concepção do Estado e o processo criminal

3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana

3.3. Direito constitucional processual penal e a restrição dos direitos, liberdades e garantias

3.3.1. Constituição processual criminal

3.3.2. O carácter restritivo das restrições

4. O princípio constitucional da presunção de inocência. Conteúdo e sentido do princípio na nossa mundividência processual

5. Conteúdo juridicamente protegido de outros princípios processuais-penais atinentes à prova: o princípio *in dubio pro reo*, o direito à não auto-incriminação e o direito ao silêncio

5.1. O princípio *in dubio pro reo*

5.2. Direito à não auto-incriminação e direito ao silêncio

5.2.1. Uma particular questão sobre o direito do arguido ao silêncio — o instituto da confissão no Código de Processo Penal: de instrumento de defesa ao dever de colaboração

5.2.2. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no que respeita aos direitos de não auto--incriminação e ao silêncio

a) Questão prévia: da importância da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na ordem jurídica portuguesa

b) Do valor das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

c) A posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria do direito à não auto-incriminação e do direito ao silêncio

6. O dever de colaboração na prossecução dos interesses processuais na ordem normativa processual-penal portuguesa. A questão das provas obtidas através de meios coercivos e das provas produzidas independentemente da vontade do arguido

PARTE I

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA PROCESSUALMENTE VÁLIDA E REFERENCIAL CONSTITUCIONAL

2. Algumas considerações sobre a prova em processo penal: a prova como um conhecimento judicialmente válido

I. Enquanto a comunidade reprova e se satisfaz com a repressão de todas as actividades humanas que sejam qualificadas como crime, enquanto a sociedade clama pela boa administração da justiça no caso concreto, o Estado, na sua função de manutenção da ordem social, tem a tarefa de encontrar a forma e os meios para a alcançar, estabelecendo regras e traçando caminhos estruturados de concepção humanista para a sua execução.

A prova[43] é a fonte de vida de todo o processo penal tanto em sede de inquérito, como de instrução ou de julgamento.

A força do Estado revela-se quando realiza a justiça no caso concreto[44]. O que requer a valorização do indivíduo enquanto tal ao longo de toda a tramitação processual. Afirma Juan Francisco Tapia que no processo penal as regras relativas à prova «cumprem uma *função de garantia*: permitem elaborar um complexo sistema de *limites à busca de informação indiscriminada* por parte de quem promove a investigação estatal de um acontecimento histórico susceptível de constituir crime»[45]. Daí que a

[43] Com etimologia latina *proba*, *probare* com o significado de demonstrar; reconhecer; formular juízo.
[44] Para além de uma decisão carecer de ser materialmente justa, só será *boa* se tiver sido obtida «através de um processo todo ele válido», Mário Ferreira Monte, «O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?», *Revista do Ministério Público*, Ano 27, nº 108, Out./Dez. 2006, p. 253.
[45] *Intervenciones corporales en el proceso penal*, Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 1, disponível em: http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf, (acedido em 28 de Fevereiro de 2012).

inadmissibilidade da prova ilícita, ou seja, da prova obtida com violação de princípios ou normas constitucionais e ainda a dela resultante seja uma garantia constitucional.

A actividade probatória tem duas missões: a de «reconstruir uma situação passada enquanto factor de probabilidade» e a de «fundamentar racionalmente a escolha da versão de um facto que se possa definir como verdadeira, possibilitando a selecção racional dentre diversas hipóteses apresentadas sobre o que foi debatido no processo»[46]. Nessa procura e reconstituição jurídica do facto histórico o indivíduo, na qualidade de sujeito do processo, detentor dos seus direitos e, também, naturalmente, portador de deveres, acaba por ser objecto de investigação, objecto de prova (*v.g*. quando presta declarações ou quando se submete à realização de exames, quando se sujeita à recolha de autógrafos, à colheita de sangue ou outro material biológico para determinação do perfil genético do arguido e comparação com vestígios deixados no local do crime ou na vítima, ou à reconstituição do facto)[47].

O indivíduo torna-se objecto de prova e, portanto, instrumento da investigação. Na verdade, recai sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova, conforme preceitua a al. d) do nº 3 do art. 61º do Código de Processo Penal, norma que contém em si um comando imperativo de fazer ou de não fazer.

Constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis, dispõe o nº 1 do art. 124º do Código de Processo Penal.

Por sua vez, o art. 341º do Código Civil estabelece que as «provas têm por função a demonstração da realidade dos factos». Ora, o tema ou objecto da prova, ou seja, o objecto da actividade probatória são os factos a provar. O objecto de prova não é nem pode ser uma simples ideia, uma opinião, um parecer, uma perspectiva ou um ponto de vista sobre os factos. E também não incide sobre questões de direito. O direito é que virá a ser aplicado aos factos provados.

---

[46] Fábio Ramazzini Bechara, *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*, Tese de Doutoramento, Universidade de S. Paulo, Faculdade de Direito, Brasil, 2009, pp. 26 e 27, disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf (acedido em 22 de Fevereiro de 2012).

[47] Resulta do Ac. do STJ de 05/01/2005 (Proc. nº 04P3276) que «Pela sua própria configuração e natureza, a reconstituição do facto, embora não imponha nem dependa da intervenção do arguido, também a não exclui, sempre que este se disponha a participar na reconstituição, e tal participação não tenha sido determinada por qualquer forma de condicionamento ou perturbação da vontade, seja por meio de coacção física ou psicológica, que se possa enquadrar nas fórmulas referidas como métodos proibidos enunciados no artigo 126° do CPP».

E na busca da verdade esta tem de ser demonstrada pois que não se demonstra a si própria. A prova[48] consiste em tudo aquilo que demonstra ou estabelece a verdade de um facto, em tudo o que demonstra um facto, pelo que não tem um fim em si mesma. Também assim é no âmbito do processo penal, mas, aqui, com uma ligeira variação, pois o objecto de prova incide tanto nos factos constitutivos, como nos factos limitativos ou extintivos da responsabilidade criminal.

Da actividade probatória sujeita ao princípio da legalidade[49], dos meios de prova, chega-se ao resultado probatório[50], ou seja, ao juízo de convencimento e certeza sobre os factos ― a prova como resultado. Todavia, se o estabelecimento da realidade dos factos é o fim último da prova, não é a única e exclusiva preocupação no processo penal. «A prova, entendida como actividade probatória, é também garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer enquanto através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade»[51].

II. Enquanto os meios de prova[52] são os instrumentos e as fontes de convencimento do decisor ― para acusar, pronunciar, condenar ou absolver ―, os meios de obtenção de prova são o caminho seguido para se obter os meios de prova, não servindo para demonstrar os factos mas para que se recolham no processo esses instrumentos de demonstração. O meio de obtenção de prova precede o meio de prova e é o seu pressuposto.

---

[48] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, pp. 113 e 114, utiliza o termo "prova" num tríplice sentido: «a) prova como *actividade probatória*: acto ou complexo de actos que tendem a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou inexistência de uma determinada situação factual; b) prova como *resultado*: a convicção da entidade decisora formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de facto; c) prova como *meio*: o instrumento probatório para formar aquela convicção».

[49] Dado que nos termos legais, só são admitidas as provas que não forem proibidas por lei – art. 125º do CPP.

[50] Diz Maria Clara Calheiros: «(…) o processo judicial não contém os factos, mas apenas a narração deles, de muitas origens e com múltiplas intenções, de que a sentença judicial ficará inexoravelmente contaminada, sendo que ela própria não deixa de ser em si narração, mais uma vez», «A construção retórica do processo penal», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 366.

[51] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, pp. 110 e 111.

[52] É comum utilizarem-se termos como "elemento de prova" ou até mesmo "prova" com o mesmo significado.

O Código de Processo Penal, depois de dispor no art. 124º que constituem objecto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis, estabelece a separação entre os meios de prova e os meios de obtenção da prova[53].

Um teste de pesquisa ou recolha de sangue, por exemplo, será entendido como um exame e, nessa medida, sujeito ao princípio da livre apreciação de prova (art. 127º do CPP)[54], mas, grande parte das vezes, os exames são ou têm de ser objecto de perícia – *v.g.* a correspondente análise ao sangue extraído. A perícia já está subtraída à livre apreciação do julgador, por força do disposto no art. 163º do Código de Processo Penal[55]. Assim é com a designada prova técnica. E quando se tratar de perícias sobre características físicas ou psíquicas[56] de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho a ordenar a sua realização é da competência do juiz que pondera a necessidade da sua realização tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado — nº 3 do art. 154º do CPP[57].

A utilização destes métodos probatórios obriga a uma explicação sobre o modo de obtenção dos elementos biológicos e, porque se afiguram, tantas vezes, meios intrusivos, obriga a uma explicação sobre o modo e os termos em que podem e devem ser efectuados e valorados.

III. Um dos aspectos mais relevantes da prova consiste, justamente, na matéria da proibição de prova, ou "proibição probatória" como a cunhou Ernest Beling, em 1903. Com esta expressão pretendia significar-se que no encalço da verdade se debatem interesses contrapostos de carácter individual e de carácter colectivo que nem sempre são de fácil convivência[58].

---

[53] No Livro III – Da prova –, Títulos II e III, respectivamente.

[54] «Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras de experiência e a livre convicção da entidade competente».

[55] «1. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. 2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência».

[56] Salientamos a subjectividade a que se encontram sujeitas as perícias psiquiátricas, ao invés da perícia ao material genético que é, indiscutivelmente, de resultados muito mais objectivos, embora não isenta de críticas, como vamos ver.

[57] Anterior nº 2 deste artigo, consequência da renumeração dada pela Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro.

[58] Ver Kai Ambos, «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán», *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Coordenação de Juan Luis Goméz Colomer, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 325.

Há provas que, pela sua natureza ou pelo modo como foram obtidas não podem ser utilizadas e são inadmissíveis. «O arguido é um sujeito activo e não simplesmente um objecto do processo, a sua liberdade de decisão e de acção são intangíveis e invulneráveis, razão pela qual de forma alguma devem ser objecto de desprezo ou de manipulação. A manipulação da vontade livre do arguido através de ameaça, coerção, engano ou tácticas similares, deve ser proibida e correspondentemente sancionada»[59]. O que parece apresentar-se como um estorvo ao historicamente sedimentado princípio da investigação em processo penal e até mesmo ao nosso actual processo de estrutura acusatória integrado pelo princípio da investigação em que o tribunal ordena oficiosamente a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se revele necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa — art. 340º, nº 1 do CPP.

No que concerne aos problemas emergentes da *proibição de prova (proibições de produção)* e da *proibição de valoração* a nossa doutrina é vasta e densa: conforme caracterização de Costa Andrade, a primeira versa sobre a extensão interna da proibição de prova, a segunda, sobre a extensão externa da proibição de prova[60], prova reflexa ou indirecta, quando há conexão entre a prova proibida e a obtida a partir do conhecimento desta. Aplicado à prova genética significa o seguinte: esta prova resulta, por via de regra, de uma intervenção corporal sobre o investigado para extracção de tecidos, fluidos ou outro material biológico do investigado; caso a intervenção corporal fosse inadmissível por violadora dos direitos fundamentais do sujeito, também a eficácia da prova daí resultante estaria inquinada, por contágio dos efeitos reflexos ou indirectos da ilicitude do meio de prova utilizado[61].

---

[59] Palavras de Kai Ambos, «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán», *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Coordenação de Juan Luis Goméz Colomber, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 326.

[60] Manuel da Costa Andrade, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 121 e 122.

[61] É o chamado efeito-à-distância dos alemães ou *fruit of the poisonous tree doctrine* dos americanos: as provas obtidas através de meios proibidos, ilegitimamente e, portanto, violadoras das garantias processuais, "contagiam" as provas posteriores, subsequentes, não podendo também estas ser utilizadas, sempre que se verifique uma relação causa/efeito entre ambas, em que a ulterior prova é uma consequência da primeira prova viciada. A não ser assim as normas sobre proibições de prova não teriam mais do que efeitos meramente simbólicos.
Das conclusões do XXV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em 1992, em Espanha, conhecidas pelas *Recomendações de Toledo para um processo penal justo*, a 10ª enuncia: "*Todas as provas obtidas com violação de um direito fundamental, bem como as provas consequenciais, são nulas, não podendo ser valoradas em nenhum momento"*.
Veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 198/2004, publicado no DR de 02/06/2004, que se revela adepto das limitações que o Supremo Tribunal norte-americano vem colocando à teoria do "fruto da árvore venenosa", afirmando que os critérios fixados na jurisprudência norte-americana podem «constituir bons instrumentos de trabalho» entre nós. Nestes termos, a prova reflexa ou derivada da prova

O Código de 1987 — primeira compilação do processo penal na era da democracia — pela primeira vez sistematizou as *proibições de prova* associando-as à disciplina das *nulidades*. De resto, o texto de 1976 da Constituição da República Portuguesa, no art. 32º, nº 8, já previa a nulidade para todas as provas que tivessem sido obtidas "mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações"[62]. Contudo, o Código de Processo Penal, quanto às proibições de prova, criou uma arquitectura própria, específica e relativamente autónoma da construção das demais nulidades. É, de resto, o que resulta do nº 3 do art. 118º, inserido no Título V do Livro II, segundo o qual «As disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova»[63] e dos nºs 1 e 3 do art. 126º, que faz parte integrante do Título I do Livro III, dispondo: «São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas» e «Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular».

---

inválida pode, mesmo assim, ser aceite como uma prova válida, através da limitação da "fonte independente" (*independent source*), da limitação da "descoberta inevitável" (*inevitable discovery*) e da limitação da "mácula (nódoa) dissipada" (*purged taint exception or attenuation of the taint*). Especificamente a "fonte independente", declarando não haver nexo causal entre a prova inicial obtida ilicitamente com violação de direitos fundamentais e as provas derivadas ou reflexas, acaba por não constituir uma verdadeira excepção à regra da proibição de prova. Ou seja, não havendo conexão causal entre elas, aquela prova que é designada como reflexa ou derivada acaba por ser uma prova real, autónoma e independente, cuja fonte é própria e lícita. Com um problema que fica por resolver: qual o critério a utilizar para determinar a existência ou inexistência do nexo causal. A "descoberta inevitável" conduz à pressuposição de que a prova proibida poderia ter sido obtida através de meios lícitos e, portanto, não infringindo nenhum direito fundamental, na base de um raciocínio hipotético, chamando à colação um sub-princípio da causalidade objectiva do direito penal – o comportamento lícito alternativo. Também aqui fica uma dúvida: qual o grau de probabilidade exigível sobre a aquisição regular da hipotética prova lícita? A limitação da "mácula (nódoa) dissipada" assenta na interrupção do nexo causal entre a prova proibida e a prova entretanto produzida. É o que se passa com uma confissão livre prestada após diligências de provas proibidas. Mais recentemente fala-se na jurisprudência norte-americana, ainda, da excepção da "boa-fé" (*good faith exception*) quando os órgãos de polícia criminal obtêm provas ilícitas, convencidos de que actuavam dentro dos limites legais e com os meios legalmente reconhecidos, por erro, por má interpretação da lei e indevida apreciação da situação factual, e negligentemente.

Sobre as respostas diferenciadas dos direitos alemão e americano à questão do efeito-à-distância, veja-se Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, pp. 169 ss.

[62] Acrescentando o art. 34º deste diploma que «é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal».

[63] «A apontar para um ordenamento normativo em que o direito das *proibições de prova* poderia, em muitos aspectos do seu regime – *v.g.* conhecimento oficioso, momento da invocação, efeitos em relação aos actos subsequentes, etc. – divergir das soluções consignadas em matéria de *nulidades*», Manuel da Costa Andrade, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 133.

O sistema de proibição de prova concebido, construído e desenvolvido pelo legislador de 1987 não primou pela clareza, não tendo logrado definir com exactidão e pormenor os contornos de ambas as figuras — proibição de prova e nulidade de prova. Não curou, por exemplo, de saber *se e em que medida uma proibição de produção de prova tem como reverso uma proibição (dependente) de valoração de prova*[64]. Parece ter deixado para o labor da doutrina e da jurisprudência o desenvolvimento do entendimento destes regimes, de resto, à semelhança do que aconteceu na Alemanha e nos Estados Unidos da América[65].

No direito Alemão faz-se a distinção entre as proibições de produção de prova, as que limitam o modo de obtenção da prova — *Beweiserhebungsverbote* — e as proibições de utilização de prova — *Beweisverwertungsverbote* —, as que incidem sobre o uso judicial das provas obtidas, impedindo a sua valoração. Por sua vez, as proibições de produção de prova podem incidir sobre *temas*, *meios* ou *métodos*[66]. E ainda se estabelece a distinção entre proibições de produção de prova *absolutas* e *relativas*. As primeiras não podem ser obtidas por quem quer que seja por violação de direitos fundamentais jusconstitucionais considerados invioláveis, as segundas só podem ser obtidas mediante autorização de órgão competente, normalmente, o juiz, através de despacho fundamentado, uma vez que a própria Lei Fundamental admite a sua limitação nos termos definidos pela lei ordinária.

IV. No âmbito do chamado direito das proibições de prova, o nosso Código de Processo Penal é prolixo e difuso, ora cominando a *nulidade*[67], ora cominando a *proibição de utilização* e, ainda, usando várias outras expressões e contendo enunciações como "não podem ser utilizadas como prova"[68], "não pode servir como

[64] Nas palavras de Manuel da Costa Andrade, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 134.
[65] As *exclusionary rules* do direito das proibições de prova dos Estados Unidos da América.
[66] Exemplifiquemos: proibição de produção probatória sobre determinados temas ou factos que não podem ser objecto de prova tal como matéria sujeita a segredo profissional (art. 135º) ou matéria atinente a elementos já cancelados do certificado de registo criminal; proibição do recurso a certos meios, como levar alguém a depor quando goza do direito à recusa de depoimento (art. 134º); e, finalmente, no que respeita aos métodos, utilização da narcoanálise (126º, nº 2, al. a).
[67] O Código de 87 consagrou no art. 118º o princípio da legalidade em sede de nulidades, ou seja, um acto só será nulo quando a cominação da nulidade esteja prevista na lei, caso contrário, será irregular, disposição inovadora quando cotejada com os anteriores arts. 98º e ss. do Código de 1929. Nulidades catalogadas como insanáveis/sanáveis, absolutas/relativas, de conhecimento oficioso/dependentes de arguição.
[68] Art. 58º, nº 5 quando prescreve a sanção para a omissão ou violação das formalidades legalmente previstas para a constituição de arguido.

meio de prova"[69], "só pode valer como meio de prova"[70], "só valem como prova"[71], "não valem em julgamento"[72], "é proibida"[73], todas manifestações de proibições de valoração de prova, entre outras. Muitas vezes, a proibição de valoração é encarada pela lei como nulidade tal como espelham vários artigos relativos ao Livro III — Da Prova[74] — e ao Livro VII — Do Julgamento —, Capítulo III – Da produção da prova[75] e mais não são, efectivamente, que meras proibições de valoração. Vejamos: segundo o previsto nos nºs 1 e 2 do art. 118º do Código de Processo Penal, a inobservância das disposições processuais penais determina a irregularidade do acto sempre que não esteja expressamente cominada a nulidade daquele. Que o mesmo é dizer que o nosso Código enuncia o princípio da taxatividade das nulidades processuais penais, «princípio que tem na base a preocupação da prevalência da verdade material sobre a verdade formal, favorecendo o aproveitamento dos actos eivados de vício menos grave, por via da consideração de que as irregularidades do processo só determinam a invalidade do acto a que se referem quando arguidas pelos interessados (…)»[76]. Por outro lado, conforme a gravidade do vício e a imperfeição do acto processual em causa, as nulidades podem ser absolutas e insusceptíveis de sanação, ou relativas e passíveis de sanação quando oportunamente arguidas pelos interessados. Sabemos que o regime das nulidades foi concebido para sancionar vícios de forma, relacionando-se, portanto, com o *modus procedendi*, ou porque foram desrespeitados pressupostos formais na prática de um determinado acto processual, ou, no que respeita à prova, porque foram violadas formalidades para a sua produção ou para a sua valoração.

O art. 126º do Código de Processo Penal, cominando a nulidade atípica das provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas, logo faz expressa menção à impossibilidade da sua utilização,

[69] Art. 129º, nºs 1 e 3 relativo ao depoimento indirecto, resultante do que se ouviu dizer a determinadas pessoas.
[70] Art. 147º, nº 5 relativo ao valor do reconhecimento de pessoas por fotografia, filme ou gravação realizado no âmbito da investigação criminal.
[71] Art. 167º, nº 1 sobre o valor probatório das reproduções mecânicas.
[72] Art. 355º, nº 1 sobre a proibição de valoração de provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.
[73] Art. 356º, nº 6 no que respeita à proibição de leitura de depoimento prestado por testemunha em inquérito ou em instrução que, em audiência, se tenha recusado validamente a depor.
[74] Vejam-se, no CPP de 87, os arts. 126º, nº 3 (métodos proibidos de prova), 134º, nº 2 (recusa de depoimento), 174º, nº 4 (pressupostos de validade temporal do despacho que autorize ou ordene revistas e buscas), 177º, nº 1 (horário de realização de uma busca domiciliária em casa habitada), 179º, nºs 1 e 2 (apreensão de correspondência) – também todos manifestações de proibições de valoração de prova.
[75] Arts. 344º, nº 1 (confissão dos factos pelo arguido); 356º, nº 9 (justificação em acta da permissão de leitura, visualização ou audição).
[76] Conforme consta do Acórdão do STJ, de fixação de jurisprudência, nº 1/2006, publicado no DR de 02 de Janeiro de 2006.

acentuando a ideia de que, a haver tais provas, devem ser excluídas, como se nunca tivessem existido, não podendo ser levadas em consideração nem valoradas a fim de praticar um acto processual ou de fundamentar uma decisão.

Temos que no art. 126º, nºs 1 e 3 existe uma material coincidência de significado entre nulidade e proibição de valoração. Nos nºs 1 e 2 estamos perante um regime que em tudo se iguala a uma nulidade insanável, absoluta, de conhecimento oficioso a todo o tempo, no nº 3, perante um regime jurídico que se equipara ao das nulidades relativas, sanável através do consentimento, invocável pelo interessado (o respectivo titular do interesse agredido), em qualquer fase do processo, sendo que permite a renúncia à arguição da nulidade ou a aceitação das consequências do acto praticado.

Todavia, actualmente «(…) há consenso relativamente a que nessas situações, mais do que nulidade, temos algo de mais grave: proibição de utilização de provas obtidas por meios proibidos»[77]. Na verdade, «o legislador processual penal utiliza muitas vezes o termo "nulidade" querendo significar uma verdadeira proibição de prova (…)». Com efeito, «são proibidas todas as provas obtidas mediante uma compressão dos direitos fundamentais em termos não consentâneos com a autorização constitucional, ainda que aparentemente a prova seja admissível e apenas tenham sido violadas as formalidades processuais necessárias para a levar a cabo»[78].

Sempre que a prova proibida verse sobre restrições de direitos fundamentais dos cidadãos com assento constitucional não poderá ser utilizada, a inexistência seria o vício mais adequado ao caso que inquinaria a prova proibida. E exactamente porquê? Porque uma prova proibida é justamente isso mesmo e nada mais do que isso, é prova interdita e, portanto, uma prova que nunca deveria ter sido adquirida do modo que foi, cujo resultado nunca deveria ter sido ponderado e que, portanto, nunca deveria ter sido valorada a fim de firmar o juízo de culpabilidade. Ou seja, a prova obtida nestes termos é, ela própria, bem como o seu meio de obtenção, proibida, logo é prova que não pode ser utilizada para quaisquer efeitos nem valorada no processo, sob pena de desrespeito do princípio da lealdade. De tal forma que a sua utilização pode mesmo fundamentar um recurso ordinário — art. 410º, nº 3 do CPP por inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada — ou extraordinário, de

[77] António Gama, «Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, nº 3, Jul./Set. 2009, p. 383.
[78] João Conde Correia, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 159 e do mesmo Autor «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 4, 2006, p. 189.

revisão — al. e) do nº 1 do art. 449º do CPP —, pondo-se, desta forma, termo à sacralização do instituto do caso julgado em nome da preservação dos elementares direitos fundamentais do arguido. É o reconhecimento da *não cicatrização* das decisões transitadas cuja condenação assente em provas proibidas nos termos do art. 126º do Código de Processo Penal. Sempre que a nulidade é insanável, a decisão é por ela consumida. Mais do que uma invalidade (nulidade sanável, insanável ou irregularidade) temos uma proibição de utilização, " vício da não utilizabilidade"[79]. «A consequência essencial que a obtenção de uma prova proibida provoca vem a ser a sua *não utilização*[80]: trata-se pois de não a tomar em conta para qualquer fim processual, é como se a referida prova não existisse»[81], não podendo ser admitida no processo e não sendo passível de sanação. Consequência normal do disposto nos nºs 1, 2 e 8 do art. 32º da Constituição da República Portuguesa. Pensamos que o recurso deverá ser admissível mesmo que a fundamentação de facto da decisão não indique nem faça exame crítico da prova proibida, ou seja, mesmo que não indique a prova proibida como causa justificativa do convencimento do tribunal. Se a prova proibida foi utilizada, foi produzida, na verdade, a omissão dela no discurso argumentativo da motivação judicial pode não significar que a prova proibida não tenha sido levada em conta pelo tribunal no juízo valorativo pois que, mesmo que de forma consciente o julgador a tenha eliminado da sua fundamentação escrita, exactamente por ter conhecimento daquela proibição, essa prova pode ter conduzido a uma determinada interpretação das demais provas produzidas e ter influenciado ou condicionado, a final, a apreciação e valoração dos factos e das restantes provas, ainda que de forma não deliberada. Portanto, a prova proibida pode ter estado na causa do juízo de culpabilidade em que assentou a condenação o que se descortinará através de impugnação da matéria de facto, demonstrando-se que as outras provas, as lícitas, produzidas em audiência de discussão e julgamento e que se contam na motivação da decisão não seriam capazes de *per se*, por escassas, falhas ou dúbias, dar lugar àquela condenação. Ou, por outras palavras, comprovando-se que sem a prova proibida a decisão não teria sido com certeza esta, determinando-se uma relação de causalidade entre a decisão condenatória e a valoração

[79] Nas palavras de Rodrigo Santiago «Reflexões sobre a 15ª alteração ao Código de Processo Penal: o arguido e o defensor», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nºs 2 e 3, Abr./Set. 2008, p. 324, citando o legislador italiano no Códice di Procedura Penale.
[80] Itálico nosso.
[81] Assim o afirma Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed., revista e actualizada, 2008, p. 144, depois de assinalar que «*as provas proibidas não podem ter efeitos no processo*», p. 138.

da prova proibida. Esta relação de causalidade é evidente no caso de a fundamentação da decisão assentar expressamente em prova proibida, mas não estará excluída se for visível que, no âmbito da livre apreciação da prova, os restantes meios de prova lícitos produzidos em julgamento, desacompanhados da prova proibida, não seriam bastantes ou não seriam suficientes para a condenação[82]. O que não se confunde com uma sentença que se funde em prova lícita cumulativa efectivamente produzida em audiência que conduza o julgador à legítima convicção para condenação[83].

V. No que respeita à *não utilização* da prova, o Codice di Procedura Penale italiano estabelece-a como regra geral da exclusão da prova; «a inutilizabilidade exclui a prova do material que o juiz pode oficialmente conhecer (…) não pode tê-la em conta»[84], prevendo o art. 191º o regime da inutilizabilidade geral[85]: «*1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento*». Ou seja, o vício de que padecem estas provas é uma forma de invalidade designada

[82] Esta liberdade de apreciação da prova mais não é do que um ajuizamento formulado, sem arbitrariedades e sem irrazoabilidades, consentido pelas regras da lógica, da experiência da vida humana e pela ciência, se for caso disso. Todavia, a valoração da prova sai sempre impregnada por uma certa dose de subjectivismo que decorre de «um espaço de discricionariedade que nenhum legislador deve ter a ilusão de eliminar, porque congénita às inferências indutivas», como claramente explica Germano Marques da Silva, «Produção e valoração da prova em processo penal», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 4, 2006, p. 39, acrescentando, ainda, «A premissa não força a conclusão, a decisão não resulta por simples dedução do quadro probatório, antes é sempre compatível com diversas reconstruções dos factos e se assim não fosse, *o juiz seria utilmente substituído por um computador*», itálico do Autor. O Autor esclarece que a «livre valoração da prova não deve, pois, ser entendida como uma operação puramente subjectiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objectivação, mas valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objectivar a apreciação, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão», *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 151.
Veja-se, também, Juan Miguel Mora Sánchez, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnologia del ADN*, Granada, Comares, Fundação BBVA, 2001, pp. 239 e 240: «A livre valoração das provas por parte do Tribunal em nenhum momento quer dizer que este – o julgador – seja totalmente livre na dita apreciação, e que possa valorar as diferentes provas carreadas para o processo (…) de uma forma ou maneira intuitiva, caprichosa, arbitrária, absurda ou ilógica. Antes pelo contrário, valorá-las-á segundo consciência racional, critério lógico e tendo em conta também as normas de experiência, devendo estar plenamente convencido de que o facto concreto ficou suficientemente comprovado, e como prova disso, assim o fará constar na sentença que lavre mediante a correspondente motivação».

[83] Que não é o mesmo que o «comportamento hipotético, porque a prova ilegalmente obtida "sempre podia ter sido também obtida por uma via conforme ao direito"», o vício processual não é sanável pela hipotética existência de um meio de prova sucedâneo lícito ou que pudesse ter sido obtido licitamente, de acordo com Karl-Heinz Gossel, «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha» (tradução de Manuel da Costa Andrade), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Jul./Set. 1992, p. 435.

[84] Giulio Illuminati, «L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Ano LIII, fasc. 2, Abr./Jun. 2010, pp. 527 e 528.

[85] A inutilizabilidade especial deriva da cominação específica prevista na lei processual para a proibição de certos e determinados meios de prova.

inutilizzabilità, de conhecimento oficioso, a todo o tempo, impedindo os normais efeitos da prova — aquisição, utilização e valoração[86]; constitui fundamento de recurso[87]; todos os demais actos processuais que tenham sido praticados mas sem incidência a nível probatório são aproveitados.

Face ao nosso Código, a proibição de valoração de uma prova não implica necessariamente a sua inadmissibilidade. É o que se passa com o chamado depoimento indirecto. O depoimento da testemunha é válido, não pode é servir como meio de prova na parte respeitante ao que a testemunha disse ter ouvido dizer a certas pessoas, se estas não forem chamadas a depor para afiançar a verdade do depoimento[88].

A doutrina jusconstitucionalista defende que qualquer prova ilícita violadora de direitos fundamentais deve ser tida como inconstitucional mesmo que o Código de Processo Penal a permita. O art. 32º, nº 8 da Constituição da República Portuguesa constituirá, nestes termos, um limite probatório abstracto, uma barreira intransponível a que o legislador ordinário deverá obediência[89].

A Exposição de Motivos nº 109/X, acolhe a ideia da proibição da valoração quando nela se escreve: «Esclarece-se que as provas obtidas, fora dos casos admitidos pela lei e sem o consentimento do respectivo titular, mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações *não podem ser*

[86] A doutrina tem vindo a propor a individualização desta categoria da prova ilícita como "prova inconstitucional" enquanto regra de exclusão; disso nos dá conta Giulio Illuminati, «L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Ano LIII, fasc. 2, Abr./Jun. 2010, p. 523, apontando para Autores como Vedi Grevi.

[87] Art. 606º, al. c) do Codice di Procedura Penale. O recurso para o tribunal superior (Cassazione) é fundamentado na violação da lei por valoração de prova inutilizável e a decisão de mérito proferida deve ser anulada. Se for necessária nova valoração da prova, este tribunal reenvia o processo para a 1ª instância, para juízo distinto do julgador.

[88] De maneira diferente pensa Karl-Heinz Gossel, privilegiando a busca da verdade. Diz: «Diferentemente, e não obstante o princípio da imediação, a *testemunha de ouvir dizer* constitui um meio admissível de prova, cuja não utilização pode mesmo representar uma violação do dever de esclarecimento esgotante dos factos, decorrente do princípio inquisitório (§244, 2, da StPO), a provocar a revista da sentença. Nestes termos, é perfeitamente possível ouvir particulares ou mesmo agentes da polícia sobre a confissão que o acusado fez perante eles logo a seguir ao facto, mas que posteriormente veio a negar. Esta *praxis* pacífica dos tribunais é na literatura científica considerada uma afronta ao princípio da imediação, total ou parcialmente inadmissível. Sem qualquer fundamento, todavia. Não se contesta que a testemunha de ouvir dizer, também chamada testemunha mediata, tem muitas vezes um relevo probatório mais reduzido, uma vez que só pode pronunciar-se sobre o que ouviu da testemunha imediata, do arguido ou de qualquer outra pessoa, não podendo garantir a verdade do que ouviu. Mas tal apenas exige que, na apreciação da prova, o tribunal tenha de ter devidamente em conta este factor de insegurança. Daí que, por princípio, uma condenação só deva apoiar-se no depoimento de uma testemunha mediata quando o teor do seu depoimento é avalizado por outros indícios», *in* «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha» (tradução de Manuel da Costa Andrade), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Jul./Set. 1992, p. 418.

[89] Veja-se neste sentido, J. J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 174.

utilizadas[90]. Supera-se, pois, uma dúvida interpretativa que a actual redacção do nº 3 do art. 126º suscita, por se referir apenas à nulidade». O que não sai arredado com a alteração legislativa de 2007 que acrescentou ao nº 3 a expressão "não podendo ser utilizadas", tentando, desta forma, esclarecer a proibição de valoração[91]. Aqui, o legislador nada trouxe de novo, em nada contribuiu para a sistematização e dilucidação das questões em torno do direito das nulidades e do direito das proibições de prova.

Decidirmo-nos pela nulidade ou pela não utilização da prova não é de todo irrelevante. Atentemos em duas consequências práticas. Em caso de nulidade, impõe-se desde logo, determinar qual o tipo de nulidade e, consequentemente, o prazo e legitimidade para a arguir, caso seja sanável. O que não sucede com o vício da inutilizabilidade que não é susceptível de convalidação e é de conhecimento oficioso a todo o tempo. Por outro lado, só as nulidades estão sujeitas ao princípio da legalidade ou taxatividade.

Este domínio da proibição de produção e proibição de valoração da prova co--envolve o princípio da lealdade[92] — um dos princípios estruturantes do processo penal segundo o qual se impõe que o processo penal seja respeitador da legítima expectativa de todos os sujeitos processuais. Impõe uma dupla proibição: a proibição da aquisição e da produção de meios de prova adquiridos por meios desleais, em consequência do disposto no art. 32º, nº 2 da Constituição e do art. 126º do Código de Processo Penal e a proibição de *venire contra factum proprium*[93] pois ninguém poderá reagir contra uma decisão ou facto para a qual concorreu e contribuiu[94]. Permitirá o princípio da lealdade

---

[90] Itálico nosso.

[91] «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».

[92] «O mais alto princípio de todo o processo penal», assim o denomina Jorge de Figueiredo Dias, invocando Roxin «Sobre a instituição do Ministério Público, hoje e aqui», *Ministério Público: Que futuro?*, AA.VV., Coordenação Mário Gomes Dias e Carlos Sousa Mendes, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, S.A., 2012, p. 165.
Trata-se de um princípio de cariz essencialmente ético. Defende que a prova seja obtida no estrito reconhecimento dos valores da pessoa, estende-se a todos os agentes judiciários e sujeitos processuais, em todas as fases do processo. O nº 8 do art. 32º da Constituição dá-lhe acolhimento.

[93] Matéria tão sensível já mereceu atenção do Tribunal Constitucional no Ac. nº 429/95 reforçando que os sujeitos processuais não podem aproveitar-se de omissões ou irregularidades que tenham ocorrido, quer lhes tenham dado causa ou não, no decurso de um processo, guardando-as como "um trunfo" para vir a ser exibido quando muito bem lhes aprouver, com a finalidade de destruir o tramitado segundo as suas conveniências.

[94] Como refere Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 47, nota 21.
Uma extrapolação da proibição do *venire contra factum proprium*, oriundo do direito civil (uma das modalidades da figura jurídica do abuso de direito), para o processo penal, impeditivo de que alguém

que uma prova proibida seja utilizada no processo quando é favorável ao arguido demonstrando, por exemplo, a sua não participação no facto que lhe é imputado? Entendemos que não. Em primeiro lugar, porque o princípio em causa determina que o procedimento criminal seja límpido e perfeito no que respeita à aplicação das regras procedimentais e à substância das garantias processuais. Em segundo lugar, porque o princípio tem uma dimensão ética. De um lado, a admissão de uma prova adquirida com violação de direitos fundamentais só porque favorável ao arguido traduziria uma derrogação por via indirecta do princípio da presunção de inocência. De outro lado, a prova não é ou deixa de ser proibida em função da qualidade do sujeito processual que a recolhe ou usa. A prova é proibida porque é violadora de direitos invioláveis e não deixa de o ser só porque vai ser utilizada pelo arguido em seu próprio e exclusivo benefício. Para a formação da convicção do julgador contribuem todas as provas produzidas não proibidas — e só estas — e o arguido, querendo prestar o seu efectivo contributo no exercício do seu direito de defesa, pode valer-se das provas que sejam legalmente admissíveis — e só destas.

VI. Como entender este enredo das proibições de prova e nulidade?

No sentido de que existe um princípio do tratamento autónomo das proibições de prova, distinto do regime das proibições de prova e do das nulidades e irregularidades, pronunciou-se Paulo Pinto de Albuquerque em anotação ao art. 118º, nº 3 do Código de Processo Penal[95].

Manuel da Costa Andrade evidencia a indiscutível opção do legislador processual penal português por um "instituto autónomo de proibições de prova"[96].

Germano Marques da Silva, reconhecendo que "são realidades distintas e autónomas" (regime de proibições de prova e regime de nulidades), revelava preocupação pela indefinição e indecisão do legislador no que respeitava aos "efeitos da admissão de uma prova proibida" antes da nova redacção do art. 126º, nº 1 do Código

---

exerça uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido, que se reconduz à doutrina da tutela da confiança nos sujeitos processuais e na função jurisdicional. Proferiu o STJ: «Esta vertente do abuso do direito inscreve-se no contexto da violação do princípio da confiança, que sucede quando o agente adopta uma conduta inconciliável com as expectativas adquiridas pela contraparte, em função do modo como antes actuara», no Acórdão nº 116/07.2TBMCN.P1.S1, de 11/122012.

[95] *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 299, nota 1.

[96] Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, pp. 192 ss.

de Processo Penal. Dado o teor do nº 3 do art. 118º do Código de Processo Penal, o Autor admitia a nulidade da prova proibida com os efeitos previstos no art. 122º do mesmo Código (os efeitos da declaração de nulidade), mas dando ênfase à sua "não utilização". Segundo as suas palavras «trata-se pois de não a tomar em conta para qualquer fim processual, é como se a referida prova não existisse»[97] e, conforme a fase processual, a prova ou não seria admitida, ou não seria valorada, ou viciaria a decisão que nela tenha assentado. E entende que o regime de proibição de prova não se reconduz de forma linear ao regime das nulidades exactamente por virtude do disposto no nº 3 do art. 118º do Código de Processo Penal. Deve seguir o regime das nulidades insanáveis e, afirma com veemência, «toda a prova proibida deve ser inutilizada»[98].

Temos de ter sempre presente que as proibições de prova, «verdadeiras limitações à descoberta de verdade»[99], têm uma dupla função de tutela: do interesse da defesa dos direitos fundamentais e o interesse de um processo justo, em consonância com os princípios constitucionais. Nestes termos, enquanto a disciplina das proibições de prova tem um fundamento substantivo de protecção de interesses essenciais do cidadão que estão muito para além do "mero tecnicismo legal"[100], a disciplina das nulidades tem um alicerce adjectivo de sancionamento da violação das elementares normas relativas à disciplina, regras e organização da forma processual que têm de ser observadas durante o *iter* processual[101].

---

[97] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 3ª ed. revista e actualizada, 2002, p. 126; assim também em *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 144.

[98] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 145.

[99] João Conde Correia, «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 4, 2006, p. 202.

[100] De que fala Juan Luis Gómez Colomer, «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarollo futuro inmediato», *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Coordenação de Juan Luis Goméz Colomer, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 145.

[101] Sobre o assunto, ver Luís Pedro Martins de Oliveira, «Da autonomia do regime das proibições de prova», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coordenação de Teresa Pizarro Beleza, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 260 a 262, que, após discutir a autonomia dogmática e a autonomia jurídica se decide por esta última, defendendo a autonomia dos dois regimes e afirmando não haver nenhuma relação de especialidade entre o regime das proibições de prova face ao regime das nulidades. No seu entendimento, a referência da lei constitucional à "nulidade" (art. 32º, nº 8) é feita em sentido não técnico. Além do que «as proibições de prova acautelam vícios substanciais, encontrando-se num plano de admissibilidade, enquanto as nulidades salvaguardam vícios formais, que estão num plano de validade» (p. 289). E acrescenta que sendo as proibições de prova uma espécie de invalidade, o seu efeito há-de ser diferente do regime das nulidades: inexistência jurídica (p. 290). Essencialmente, porque a nulidade se convalida pelo trânsito em julgado da decisão, e a proibição de prova, atenta a nova redacção do art. 449º do CPP (al. e), dá lugar a recurso de revisão se se descobrir que serviram de fundamento à condenação

3. A relação de convivência do processo penal com a Constituição da República Portuguesa e o princípio da dignidade da pessoa humana

3.1. A interdependência entre a Lei Fundamental, concepção do Estado e o processo criminal

I. A Constituição é «um auxiliar jurídico-positivo para a fundamentação político--criminal e para a dogmática do direito penal no modelo de Estado de Direito social e democrático»[102], serve o sistema de vida e de relação do homem com os indivíduos e com os órgãos e agentes estatais.

A resolução do conflito penal é informada e enformada pela Constituição e pelos sinais dos tempos político-culturais. Com efeito, o direito processual penal «é um dos ramos de direito mais fortemente "ideologizados", dada a directa conexão da sua temática com os pressupostos políticos fundamentais de uma comunidade e com a "concepção do homem" que lhe subjaz»[103].

O fenómeno político, as circunstâncias sociais, económicas e culturais historicamente datadas tendem a desenhar o modelo de actuação no plano do direito adjectivo. A estrutura do poder, as relações entre o Estado e o indivíduo, a concepção de direitos humanos, a forma de gerir o conflito entre o poder/dever de punir e o respeito pelo espaço dos direitos e garantias dos cidadãos, são indicadores da maior ou menor democraticidade do poder político[104]. Vem a propósito o *slogan* referenciado por Jorge de Figueiredo Dias «diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu»[105].

No âmbito da legislação e da dinâmica das instituições judiciárias, a Lei Fundamental, o direito penal e o direito processual penal são os mais reveladores desta sintomatologia. A Revolução de Abril de 1974, a aprovação e promulgação da Constituição da República Portuguesa em 02 de Abril de 1976, com entrada em vigor

---

provas proibidas nos termos dos nºs 1 a 3 do art. 126º. Isto sem prejuízo da nova redacção também do nº 2 do art. 310º do CPP em matéria de recurso da decisão instrutória, sem prejuízo da competência do tribunal de julgamento para excluir provas proibidas.

[102] Usando as palavras de Santiago Mir Puig, «O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, nº 1, Jan./Mar. 2009, p. 8.

[103] Jorge de Figueiredo Dias, no Prefácio, em Fevereiro de 1974, de *Direito Processual Penal*, primeira edição, Coimbra, Coimbra Editora.

[104] Sobre esta temática ver Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, Verbo, 6ª edição, 2010, p. 43

[105] *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 428.

no dia 25 desse mês, a revisão do Código de Processo Penal de 1929, a entrada em vigor em 01 de Janeiro de 1988 do Código de Processo Penal de 1987 são disso ilustrativas. Pode ver-se que o art. 2º da Constituição de 1976 continha um determinado conteúdo ideológico-político, quando definia a República Portuguesa como "um Estado de direito democrático baseado na soberania popular" que tinha por "objectivo assegurar a transicção para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras". Sendo a Constituição de um país a soma dos factores reais do poder que regem esse país[106], nesse particular momento histórico, ela consagrava «a doutrina comunista da instrumentalidade da lei» segundo a qual «as normas jurídicas não são padrões de comportamento nem limites de liberdade de conduta, devendo ser interpretadas e aplicadas sempre como meios de realização do socialismo»[107]. Esta concepção marxista da Constituição, empenhada na transformação da República numa sociedade sem classes, imprimiu uma dinâmica própria aos princípios fundamentais constitucionais, o que se reflectiu sobretudo no âmbito dos direitos económicos e sociais. Também teve o seu efeito em sede de garantais processuais penais, fruto da ruptura com o regime político que o antecedera.

A garantia dos direitos fundamentais, ao lado do princípio da separação de poderes, é a «identidade e rosto do Estado democrático»[108]. A Parte I da Constituição da República Portuguesa, referente aos direitos e deveres fundamentais[109], estabelece os fundamentos das relações entre as pessoas e entre estas e o Estado. Os actuais artigos 1º e 2º da Lei Fundamental são depositários do espírito e da essência do respeito devido aos direitos humanos, razão de ser de um Estado de Direito. Este fornece-nos o retrato actualizado do poder estatal na repressão do fenómeno criminal dado que o processo penal é um dos ramos do direito mais permeável às mutações sociais, políticas e culturais[110]. Defendem Rui Pinheiro e Artur Maurício sobre a ligação entre as duas

---

[106] Conforme afirma Ferdinand Lassalle, *O que é uma constituição política?*, Porto, Ed. Nova Crítica, 1976, p. 29.

[107] Marcello Caetano, *Constituições Portuguesas*, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 1981, pp. 156 e 157.

[108] A expressão é de Francisco Lucas Pires, acrescentando que a Constituição é a «fundação», o «fundamento» e o «fundamental» de um Estado-nação, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu sentido, problemas e limites)*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 7.

[109] Estamos a referir-nos ao Título I – Princípios Gerais – e ao Título II, Capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais.

[110] Veja-se Germano Marques da Silva, «Os novos desafios do Processo Penal», *II Congresso de Processo Penal*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente, Comissão Científica de Germano Marques da Silva e Anabela Miranda Rodrigues, Almedina, 2006, pp. 296 e 301, em que o Autor acentua, respectivamente, as mudanças do início do século e milénio relacionadas com o "mundo globalizado" e a interpenetração entre a realidade factual e o Direito, dando ênfase às mutações posteriores aos atentados terroristas de 11 de Setembro e de 11 de Março.

ordens normativas: «(…) mais importante do que saber se o processo penal respeita e tutela os direitos fundamentais (mas importa que os respeite e tutele), estabelecidos na Constituição, é indagar se aquele corresponde às exigências de uma sociedade que se pretende edificar e se harmoniza com o conceito de Estado, a quem incumbirá a "substancialização" de tais direitos»[111]. Em função deste paradigma, a Constituição distancia-se de uma particular visão da Justiça simpatizante com a direcção justicialista ou punitivista, especialmente violenta com a singularidade dos direitos fundamentais e ocultadora e afrontadora da dignidade da pessoa humana, funcionalizadora e instrumentalizadora do ser humano, embora altamente tuteladora do sentimento difuso de intranquilidade e insegurança.

II. Desde Montesquieu que se encontra clarificada a tripartição dos poderes judicial, legislativo e executivo. Cada um deles tem as suas atribuições definidas, a sua legitimidade de actuação e o seu modelo de funcionamento[112]. «Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e actualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas. Nisto consiste o Estado de Direito democrático»[113] [114]. Isto significa que o povo elege, através

[111] *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2007, p. 17

[112] Atentemos nas palavras de Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 63: «Separação de poderes significa mais do que reserva de competência de vários órgãos uns perante os outros. Significa – na esteira do constitucionalismo moderno, a despeito de todas as vicissitudes e reinterpretações sofridas pelo princípio – não tanto pluralidade de órgãos quanto distribuição de competências em moldes funcionalmente adequados, na qual, a par de uma conexão mais ou menos próxima com as funções do Estado, sobreleva o intuito de divisão, de desconcentração, de limitação de poder».

[113] Reflexão de Jorge Miranda a propósito dos conceitos de "Estado de Direito" e de "democracia" que não se confundem, *Manual de Direito Constitucional. Estrutura Constitucional da Democracia*, Tomo VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 68. Exemplifica na pág. 67: «Houve democracia sem Estado de Direito (a democracia jacobina, a cesarista, a soviética e, mais remotamente, a ateniense). E houve Estado de Direito sem democracia (de certo modo, na Alemanha do século XIX)». Ver, também, de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 250 ss. e, em especial, p. 251. Também assim Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 61.

[114] Diz Jorge Miranda: «À luz desta concepção, justifica-se definir o constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para protecção dos direitos individuais. Já não configurar os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efectivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão

do voto, o poder executivo, resultado da soberania popular. Na execução do seu programa político-ideológico, caso o governo seja maioritário, concentra na Assembleia da República — órgão com competência legislativa por excelência[115] — capacidade numérica para aprovação das leis impositivas do seu modelo. No que à lei penal e ao processo penal diz respeito, esta superioridade numérica pode apresentar um paradoxo: a prática de actos autoritários auto-legitimados, ou autênticos e argumentados actos de autoridade na definição da estrutura do procedimento criminal e da forma do exercício do *ius puniendi*. Por seu turno, o poder político está material e formalmente vinculado e subordinado à Constituição, sendo os actos de poder fiscalizados juridicamente[116]. A actividade judicial afirma-se não só como julgadora dos factos, não só como sancionadora dos comportamentos ilícitos e socialmente intoleráveis, não só como mera aplicadora da lei a que deve obediência, mas também como garante das liberdades e garantias dos cidadãos — arguido ou vítima — no uso do seu poder argumentativo e interpretativo. Sobre ela recai a função da realização da Justiça comprometida com a verdade apurada dos factos no caso concreto, tocada pela ideia da pessoa humana, considerando o interesse comunitário, na reafirmação de soluções conforme a legalidade, conduzidas por um posicionamento pensante e interventor. Os tribunais, cujas decisões são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas, prevalecendo sobre as de

através do exercício de direitos fundamentais», *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 251.

[115] No que respeita a matéria penal, seja substantiva, seja adjectiva, assim é. Ou legisla a Assembleia da República ou o Governo no uso de autorização legislativa – art. 165º da CRP.

[116] Ver, entre outros, na CRP, os arts. 3º, nºs 2 e 3 (o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática; a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição), 108º (o poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição), 110º, nº 2 (a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição), 204º (nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados), 225º, nº 3 (a autonomia político--administrativa regional não afecta a integridade da soberania do Estado e exerce-se no quadro da Constituição), 266º (a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos; 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), 268º, nº 4 (é garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas), 278º, nº 1 (o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei, decreto-lei ou acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura) e 288º (estabelece os limites materiais às leis de revisão constitucional entre os quais se contam a independência nacional e a unidade do Estado, a forma republicana de governo, a separação das Igrejas do Estado, os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e a separação e a interdependência dos órgãos de soberania).

quaisquer outras autoridades (art. 205º, nº 2 da CRP) pensam e fazem Direito. A sua função — administrar a justiça em nome do povo (art. 202º da CRP), isto é, "em vez" do povo, com independência e sujeição à lei (art. 208º da CRP) — é de decidir encontrando a solução que enobreça o Direito. Aqui entra a dignidade da pessoa humana «como instrumento auxiliar na resolução dos casos»[117]. Como sabiamente expõe Germano Marques da Silva, «o texto constitucional é razoavelmente aberto a exigências e sensibilidades novas, permitindo e convidando a uma interpretação evolutiva que acompanhe a dinâmica social e o aprofundamento da nossa democracia (…)»[118], pelo que não será um instrumento implacável com as preocupações crescentes no âmbito da gestão da segurança pública e bem-estar colectivo, nem fragilizador do âmago dos direitos fundamentais dos cidadãos.

3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana

I. A Constituição da República Portuguesa sustenta e fundamenta o poder político[119], a partir do princípio da legitimidade democrática, orientada pelo princípio da dignidade humana que «constitui um "dado prévio" ("a precondição") da legitimação da

[117] Usando uma expressão de Marcos Keel Pereira, *O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais portugueses. Uma perspectiva metodológica*, Working Paper, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, nº 4, 2002, p. 20.

[118] «Reflexões sobre as atribuições do Ministério Público na defesa da legalidade democrática e na execução da política criminal», *Ministério Público: Que futuro?*, AA.VV., Coordenação de Mário Gomes Dias e Carlos Sousa Mendes, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 103.

[119] Diferentemente da concepção de Constituição da Baixa Idade Média em alguns países europeus em que as leis fundamentais dos Reinos eram concebidas como um "pacto estabelecido entre o Rei e o seu Reino": continham as regras de sucessão à coroa, a proclamação da autoridade do Rei a que o Reino se teria de submeter e o compromisso de este garantir determinados direitos instituídos e privilégios, auto-limitando, deste modo, o exercício do seu poder. Significa isto que o sistema absolutista, não obstante a inerente desvinculação de limitações legais ou jurídicas, permitia a existência de algumas *leis fundamentais do Reino* que se sobrepunham à vontade do Rei. É nesta particularidade e peculiaridade que muitos vêem a génese das constituições escritas. Sobre o assunto, ver Marcello Caetano, *Constituições Portuguesas*, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 1981, p. 11.
Não nos podemos esquecer, contudo, do grande texto jurídico medieval que contém o embrião dos direitos humanos – a Magna Carta Inglesa (*Magna Charta Libertatum*), outorgada por João Sem Terra, em 1215. Documento que tem o mérito de constituir a primeira limitação ao poder do Estado, contendo regras relativas à segurança das pessoas, à propriedade e ao processo criminal, nomeadamente no que respeita à garantia de existência de julgamento, segundo as leis da nação, antes que alguém fosse preso ou exilado. Em 1297, o Rei Edward I, confirmou o conteúdo da Magna Carta, através da *Confirmatio Cartarum*.

República»[120]. Consagra os direitos fundamentais que visam proteger a esfera de liberdade dos cidadãos face ao Estado, de modo a colocar limites ao poder estatal[121].

O princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º da Constituição da República Portuguesa surge como uma força espiritual galvanizadora dos demais princípios e normas constitucionais, como estruturante do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, como «uma referência unificadora dos chamados direitos humanos»[122]. Em outras palavras, surge como o instrumento, em estado de pureza, de limitação do poder estatal, construtor de uma "unidade de sentido" na Lei Fundamental[123]. Como diz Paulo Otero, «a validade de todas as normas da Constituição encontra-se sempre dependente de uma relação de compatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana»[124].

Citamos Castanheira Neves: «Cremos não errar, pois todo o nosso horizonte humano e cultural o confirma, cremos mesmo que é uma simples evidência – e de evidência justamente neste ponto se deve tratar –, se afirmarmos que no vértice da actual compreensão autêntica da existência humana deparamos com a *pessoa*: a compreensão e a assunção de nós próprios como pessoas. O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo»[125]. Porque o homem é sempre um

---

[120] J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 199.

[121] Manuel da Costa Andrade sublinha a «particular densidade de normas inscritas na Constituição da República Portuguesa de alcance directamente jurídico-penal», *in* «Constituição e direito penal», *A justiça nos dois lados do Atlântico*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento, 1998, p. 198. Expõe António Cassesse «não existem Estados "malvados" por natureza, senão, Estados que em certos domínios, seguem políticas opressivas (discriminatórias ou racistas, por exemplo) ou que dispõem de estruturas autoritárias e, portanto, devido à sua própria estrutura e funcionamento, coartam as liberdades dos indivíduos e dos grupos. O mais importante é que também os Estados providos de estruturas abertas ou pluralistas, ou inspirados em modelos de democracia parlamentar, se complexificaram até ao ponto em que já não conseguem resolver correctamente e com a necessária celeridade a infinidade de problemas que têm de enfrentar. Toda a gente sabe que o Estado moderno é um aparato mastodôntico, extremamente burocratizado e formalizado em que, portanto, a relação governo--cidadão se tornou intrincada e poucas vezes transparente», *Los derechos humanos en el mundo contemporâneo*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 260.

[122] Como lhe chama José Souto de Moura, «Dignidade da pessoa e poder judicial», *Revista do Ministério Público*, Ano 18, Abr./Jun. 1997, nº 70, p. 96.

[123] Como dizem Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 53 «no segundo segmento [do art. 1º da CRP], *"baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular"*, fixam-se os fundamentos e os limites da acção do Estado. A dignidade da pessoa humana é um *prius*».

[124] «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, AA.VV., vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 128.

[125] *O Direito hoje com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2002, pp. 68 e 69.

homem e «é o mesmo em toda a parte»[126] sucede que a "humanização" total e abrangente das sociedades implica ter como ponto de partida e como ponto de chegada um valor único, intrínseco ao homem: a dignidade humana — património comum (na generalidade) dos Estados[127].

O sistema processual penal português tem um compromisso inalienável com a dignidade da pessoa humana por ser o fundamento último da Constituição e do princípio estruturante do Estado de direito democrático. Constitui o centro nevrálgico da matéria relativa aos direitos fundamentais que limita o poder. É um princípio que «há-de informar toda a actividade do Estado e a ordem jurídica portuguesa»[128]. O primado da dignidade da pessoa humana, como explica Pizzorni, há-de ser «o fim do Direito»[129].

II. A *hominis dignitate*, com tradição histórica, repousa em duas dimensões: uma humanista e laica e outra religiosa. A humanista vem desde Cícero[130], em Roma[131], e percorre caminho até Kant. No pensamento Kantiano, todo o Direito tem uma causa: o Homem — *hominum causa omne ius constitutum est* — e o homem é claramente um fim em si mesmo e nunca um meio, nem para os outros nem para si próprio. Um homem

[126] A. Castanheira Neves, «O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», *Scientia Iuridica*, 94, 2009, p. 48.
[127] Os Estados, esses «monstros frios» como lhes chama Emmanuel Decaux, «Dignité et universalité», *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs: les limites irréductibles*, sob a direcção de Silvio Marcus Helmons, Universidade Católica de Louvain, Academia, 1999, p. 167.
[128] Conforme claramente afirma Germano Marques da Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 285.
[129] Reginaldo M. Pizzorni, «La dignità della persona umana e l'autorità dello Stato», *Apollinaris*, Vol. LXIX, nº 3-4, 1996, p. 649.
[130] Cícero assinalava a diferença entre os seres humanos e os restantes seres, afirmando a superioridade do ser humano por ser portador de uma alma criada por Deus e da lei emergia a liberdade (da vontade de cada um deveria resultar uma lei objectiva e não subjectiva, ou seja, aquilo que cada um decidisse e fizesse haveria de ser de tal modo virtuoso que se poderia converter em princípio reitor de comportamento, em lei para todos, válida universalmente – "somos todos escravos da lei para podermos ser livres"). Séneca não se desvia deste entendimento: a condição humana pressupõe a racionalidade e a parte espiritual oriunda da alma. Santo Agostinho, um dos mais representativos da filosofia cristã, introduziu na condição humana o livre arbítrio. O homem, feito à semelhança de Deus, foi por Ele dotado de uma alma que, com a razão e inteligência, se distancia dos demais animais. Por força disso, começou a proceder-se à distinção entre a *dignidade ontológica* (todos os seres humanos devem ser tratados com a dignidade que a condição humana requer, sobretudo por advir de Deus) e a *dignidade ética* (como resultado e manifestação de merecimento das atitudes de cada um, isto é, cada ser humano como ser consciente que é e livre de escolher o seu caminho e de orientar a sua vida tem a dignidade que provém do mérito das condutas adoptadas, quer para consigo mesmo, quer para com os demais). S. Tomás de Aquino vem estabelecer graus de dignidade: 1) dos que praticam o bem por sua própria vontade e iniciativa; 2) dos que praticam o bem influenciados pelos outros; 3) dos que o praticam mas só coercivamente; 4) dos que não praticam o bem nem com o exercício da força. Segundo esta diferenciação, fácil será de intuir que existem seres humanos que só são portadores de dignidade ontológica e que não atingem o patamar da dignidade ética.
[131] Um tanto estranho, pois que a estrutura da Antiguidade, na Grécia e em Roma (a cidade ou a república) alicerçava-se na escravatura, com homens dominantes e dominados. Não é em vão que os constitucionalistas não reconhecem a existência de direitos humanos durante este período.

que não se auto-respeite converter-se-á facilmente num meio ao serviço dos demais. Neste sentido, Kant defendendo a ideia de humanidade incorporada em cada pessoa, apresenta o ser humano como um valor absoluto atenta a sua racionalidade, consciência e liberdade; ser pessoa é, fundamentalmente, ser livre e ter dignidade, é ter um valor em si mesmo, não ter preço por não ter equivalente, não ser susceptível de troca ou de transacção, não ser possível ser tratada como uma coisa; daí que, por mais grave, revoltante e alarmante que seja o facto criminoso praticado, por mais severa que seja a respectiva condenação e subsequente pena, o indivíduo não perderá a sua dignidade que é inerente ao facto de ser pessoa humana[132]. Nesta lógica, o Direito é que existe para servir as pessoas e não as pessoas para servirem o Direito[133].

A doutrina social da Igreja proveniente do Cristianismo e a imagem bíblica encara o homem como um ser corpóreo e espiritual: é um filho de Deus, criado por Ele, à "imagem e semelhança do Pai"[134]. Esta concepção vem do Concílio de Niceia até ao Concílio Vaticano II[135]. No pensamento cristão, desde a Idade Média, tendo todos os homens a mesma origem, todos têm o mesmo destino divino, de onde ressalta a fundamental igualdade de todos independentemente das suas diferenças rácicas ou culturais[136], sendo inadmissíveis quaisquer formas de discriminação. A razão, a par da fé, encaminha o homem no sentido de atingir o conhecimento da lei divina[137].

Sendo o homem criação e filho do Todo-Poderoso, Ser Pessoal e Transcendente, é uma unidade de sentido em que o corpo funciona como guardião do Espírito Santo, com carácter sagrado, sendo, portanto, indisponível.

---

[132] Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Coimbra, ed. Atlântida, 1960, p. 76. Ensina Kant que, no mundo dos "fins" tudo tem um preço e uma dignidade; se uma coisa tem um preço pode trocar-se o valor, pode atribuir-se um outro equivalente, mas se uma coisa se situar acima de todo o preço, não tendo equivalente, então essa coisa tem dignidade, é pessoa humana que está para além de ser homem/sujeito. Aquela é um fim em si mesmo, enquanto este era, na Grécia e Roma Antiga, uma coisa susceptível de alienação e de apropriação. No auge das correntes utilitaristas pragmáticas do iluminismo, Kant trava uma luta no sentido de que a razão da pessoa humana não seja instrumentalizada como forma de alcançar a utilidade e a felicidade. Veja-se sobre a distinção entre sujeito (o homem-sujeito) – uma entidade antropológica – e pessoa (o homem-pessoa) – uma aquisição axiológica, A. Castanheira Neves, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, nº 1, Jan./Mar. 1996, pp. 33 ss.

[133] Assim, também, Francisco Fernández Segado, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos», *Rivista di scienze giuridiche*, Ano L, nº 2, Mai./Ago. 2003, p. 215.

[134] Nesta visão temos o ser humano como *imago Dei*.

[135] *Dignitatis Humanae* é o título da declaração do Vaticano II sobre a liberdade religiosa.

[136] Não obstante, encontram-se exemplos históricos demonstrativos de que na prática não era bem assim: prática da escravidão, utilização de penas corporais, bárbaras e humilhantes, como mutilações, pena de morte, tal como podemos constatar no Livro V das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, representando verdadeiro desrespeito e desprezo quer pela vida humana, quer pela integridade física, quer pela dignidade humana.

[137] Esta é anterior à Lei dos homens e superior a ela; é a Lei que impera e, por isso, governa o universo.

O indivíduo é dotado da sua liberdade pessoal, liberdade essa que pode, no entanto, ser pecadora. Como ser livre que é, também é necessariamente responsável e, nesta acepção, culpado. Assim é perante Deus e todos os outros homens, seus irmãos. É comum reconhecer-se que o Homem, caracterizado pela sua fragilidade, no uso da sua liberdade, por vezes, se desvia da construção dos valores promotores do bem comum, colocando os interesses e objectivos individuais em primeiro lugar, com atropelo dos interesses e objectivos dos demais, desenquadrando-se do sistema organizativo geral. É neste contexto que se situa a dialéctica luz/trevas; bem/mal; perfeição/imperfeição; justo/injusto; certo/errado. A luz, o bem, a perfeição, o certo são as únicas forças de aproximação do ser humano com o Todo-Poderoso e as linhas de orientação do encontro com a Justiça. O corpo, como dádiva do divino, não é livremente disponível. Mais tarde, com o advento da tradição liberal, a disposição do corpo ou partes do corpo passou a ser encarada como forma de expressão do direito à liberdade e do direito à autonomia individual, embora destituída de tendências utilitaristas[138].

III. Foi na idade moderna, com a passagem da sociedade teocêntrica à sociedade individualista e antropocêntrica, que se positivaram os direitos humanos, ultrapassando o ponto de vista teológico para dar lugar à visão antropológica. O conceito de dignidade humana, variável historicamente, delimitado espacial e temporalmente, teve a sua apoteose na era da modernidade, com a saída das trevas, no âmbito de uma atmosfera intelectual que deu o mote às revoluções liberais do século XVIII, a Francesa e a

[138] Discute-se hoje em dia, sobretudo nos EUA, se não se admitirá "apropriação do corpo" sem ofensa à dignidade nos casos de utilização de tortura infligida a um indivíduo (*v.g.* terrorista) a fim de extorquir informações que poderão servir para salvar a vida a um grupo de pessoas.
O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se pronunciou sobre aspecto análogo no caso Gäfgen vs. Alemanha, de 30 de Junho de 2008. A polícia, aquando do interrogatório, ameaçou torturar Gäfgen caso este não revelasse a localização de uma criança desaparecida pois que estava convencida que ainda ia a tempo de lhe salvar a vida. Perante as ameaças, Gäfgen confessou o crime e revelou o paradeiro do corpo da criança (atraiu o menor para sua casa, matou-o por estrangulamento, escondeu-o e, posteriormente, solicitou aos pais um resgate). O Tribunal considerou que a ameaça de tortura constitui tratamento desumano: nem a protecção da vida humana, nem a realização da justiça podem ser feitas através da violação do art. 3º da CEDH que proíbe, de forma absoluta, os maus tratos, tratamento desumano ou degradante. Por outras palavras, no entendimento do Tribunal, a interdição do art. 3º da CEDH tem carácter absoluto. As ameaças com vista a extorquir informações para salvar a vida de uma pessoa ou por uma outra qualquer razão, constituem tratamento desumano, contrárias ao art. 3º desde que não tenham sido postas em execução; se foram executadas, então, está-se perante a qualificação de tortura. Tendo confessado em julgamento a prática dos factos, foi condenado. O TEDH considerou não haver, no caso, nexo de causalidade entre a ameaça da tortura e a condenação, causalidade que se rompeu quando o arguido decidiu confessar os factos em sede de julgamento, ou seja, a violação do art. 3º da CEDH durante a fase da investigação não teve qualquer tipo de influência sobre a confissão efectuada na fase de julgamento, pelo que não foi violado o art. 6º da CEDH que consagra o direito a um processo equitativo. Sobre este caso ver Frédéric Sudre, «Droit de la Convention Européennne des Droits de l'Homme», *La semaine juridique*, ano 82, nº 30, 23/Julho/2008, p. 167.

Americana — fundamento das Declarações norte-americana de 1776 e francesa de 1789. Contudo, a positivação da dignidade da pessoa humana enquanto direito fundamental só surgiu depois da segunda grande guerra, com a tomada de consciência das arbitrariedades então cometidas sobre o homem[139]. A dignidade é elemento próprio do homem em virtude de este ter uma característica: a sua origem humana.

Tanto na perspectiva humanista como na religiosa encontramos um ponto de contacto — a liberdade da pessoa humana, «quer como direito, quer como princípio da imanação do ser como pessoa humana»[140]. O que nos leva a dizer que filosoficamente liberdade e dignidade são indivisíveis[141]. Esta «uma exortação da dimensão total do homem»[142], muito embora a história da humanidade e as suas mais ignóbeis ocorrências se tenham encarregado de demonstrar que o exercício das liberdades de alguns, instalado o arbítrio, tenha feito ceder, de forma vil, em determinados momentos e períodos, a dignidade. A submissão da dignidade ao império da liberdade de certos grupos ou entidades ainda hoje é notícia nos principais meios de comunicação social pelo mundo fora[143].

IV. A inviolabilidade da dignidade da pessoa humana é um princípio fundador da Constituição e «fonte de todos os direitos»[144] [145]. Na Constituição da República Portuguesa não é na dignidade humana enquanto pertença do género humano que se funda o princípio edificador de todos os direitos fundamentais, mas sim na dignidade de

[139] No preâmbulo da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Constituição Francesa de 1946 e no art. 1º da Constituição Alemã de 1949.
[140] Utilizando uma expressão de Manuel Monteiro Guedes Valente, «A desorientada sistemática e desmesurada ampliação dos meios de obtenção de prova e das medidas cautelares e de polícia», *Revista de Economia e Direito*, vol. XII, nº 2, 2007/vol. XIII, nº 1, 2008, p. 228.
[141] De acordo com o pensamento de Bernard Edelman, *La persone en danger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 506.
[142] Expressão de Rui Manuel Lopes Nunes, *Bioética e deontologia profissional*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 45.
[143] «Na história, não nos faltam exemplos das indignidades cometidas contra a humanidade. Produto de mentes sem alma, sem conhecimento de si e do outro, sem capacidade de empatia, sem noção de Dignidade – uma consciência, um conceito que tem inserção histórica, como mostra a evolução dos Direitos Fundamentais», diz Giselle Câmara Groeninga, «O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade», *Família e dignidade humana: anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, p. 443.
[144] Como a designa Francisco Fernández Segado, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos», *Rivista di scienze giuridiche*, Ano L, nº 2, Mai./Ago. 2003, p. 226.
[145] «A inviolabilidade da dignidade da pessoa é pois aquilo que no confronto entre o poder e a fragilidade do indivíduo reclama a protecção primária», parafraseando José Souto de Moura, «Dignidade da pessoa e poder judicial», *Revista do Ministério Público*, Ano 18, Abr./Jun. 1997, nº 70, p. 95.

cada um de nós, na dignidade de cada pessoa concreta, individual, singular e irrepetível, ou seja, na dignidade da pessoa humana[146].

A "doutrina da dupla dimensão dos direitos fundamentais" apela tanto à dimensão objectiva — que postula a necessidade garantística de existência de regras — como à subjectiva — que reclama pela premência do estabelecimento de princípios--valor[147]. A dignidade da pessoa humana inserir-se-ia nesta última. Contudo, conforme refere Gomes Canotilho, «os direitos são direitos, só sendo razoável falar em direitos como princípios quando se trata de acentuar as dimensões objectivas de valor a eles inerentes»[148]. Daí a categorização do "modelo combinado de regras/princípios", mas dando-se primazia às regras em relação aos princípios quando o que está em questão é encontrar a forma mais adequada de aplicar e pôr em prática as normas que consagram direitos, liberdades e garantias.

V. Segundo um outro ponto de vista a dignidade humana faz parte do código genético do ser humano, constitui património hereditário da humanidade, no sentido em que a qualifica Bernard Edelman: a humanidade «como a reunião simbólica de todos os homens no que eles têm de comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos». Por outras palavras, a dignidade «permite o *reconhecimento* da pertença a um mesmo "género": o género humano»[149]. Diz, ainda, «Se todos os seres humanos compõem a humanidade, todos têm a mesma qualidade de dignidade no "plano" da humanidade; diremos que eles são todos humanos e dignos de o ser» e «(…) se a liberdade é a essência dos direitos do homem, a dignidade é a essência da humanidade» [150].

---

[146] Neste sentido Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora /Wolters Kluwer, 2012, pp. 15 e 16 que afirma assentar a dignidade da pessoa humana no direito natural ou em «valores éticos superiores ou na consciência jurídica geral» devendo «ser tidos como *limites transcendentes* do próprio poder constituinte material (originário) e como *princípios axiológicos fundamentais*» (p. 15). Prefere a designação "dignidade da pessoa humana" em vez de "dignidade humana" por esta «poder inculcar direitos inerentes à Humanidade ou ao género humano e não a todas e cada uma das pessoas humanas» à semelhança do que acontece com o designativo "direitos humanos" e "direitos do homem" (p. 16). Veja-se sobre este ponto, a Resolução da Assembleia da República nº 39/2013, de 03 de Abril: recomenda ao Governo e apela, dirigindo-se a entidades públicas e privadas, a que doravante, a expressão "Direitos do Homem" passe a ser substituída pela expressão "Direitos Humanos".

[147] J. J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 158.

[148] J. J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 159.

[149] Bernard Edelmen, *La persone en danger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 509, itálico do Autor.

[150] Bernard Edelmen, *La persone en danger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 509. A este propósito vejam-se os esclarecimentos do A. sobre a filosofia dos direitos do homem e a filosofia da dignidade humana, nas pp. 507 a 509.

A dignidade não é permeável às diferenças e peculiaridades dos homens e dos povos. Ultrapassa muito o conceito volátil de necessidade humana. É que, como diz Johan Galtung, as necessidades humanas caracterizam-se pela sua subtileza e flexibilidade e são variáveis no tempo e no espaço, de acordo com o próprio ciclo de vida do homem[151]. Quer dizer, a dignidade é intrínseca ao homem, ele já nasce com ela, não lhe é dada, cedida ou transmitida por alguém, faz parte do ser-se pessoa humana[152] e, portanto, é uma categoria ontológica[153]. É «condição inerente à pessoa humana»[154]. Como diz Eberhard Schockenhoff «(…) a ideia da dignidade humana consiste em nada mais do que aquilo que faz um ser humano ser humano»[155].

Enquanto os outros valores são «precários, necessitando de ser reafirmados a todo o momento para conservarem a sua validade social»[156], o mesmo não se verifica com a dignidade da pessoa humana, que é, ela própria o pilar e a sustentação dos demais valores jurídicos. Todavia, a «sua incorporação numa ordem jurídica» [157] — da dignidade como valor — comunica-lhe o conteúdo dos direitos e deveres dela resultantes e a forma de a percepcionar[158]. O que nos conduz às duas vertentes da dignidade:

— a externa, a geral, a que parte da coexistência e interacção com os outros, a «que deve ser mostrada e respeitada face aos demais seres humanos e especialmente na relação com o Estado»[159], que se traduz, no campo da intersubjectividade dos sujeitos enquanto actores sociais, históricos e culturais, no direito subjectivo de cada um ser tratado "como merece", com respeito pela sua dignidade, pelos demais indivíduos e por

[151] Johan Galtung, *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*, Lisboa, Instituto Piaget, 1994, p. 146.
[152] O homem-sujeito é uma entidade antropológica, o homem-pessoa é uma aquisição axiológica, segundo A. Castanheira Neves, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, nº 1, Jan./Mar. 1996, p. 33.
[153] É por isso que, no nosso entendimento, existem direitos que não são susceptíveis de suspensão mesmo em situação de declaração de estado de sítio, conforme prevê o art. 19º da CRP.
[154] Expressão de Helenara Braga Avancini «Genoma humano: reflexão ética sobre a (im)possibilidade do patenteamento do património genético humano», *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 72, Set./Out., 2004, p. 26.
[155] «Human dignity and the biological factor», *Biological nature and dignity of the human person*, 17th World Congress of FIAMC, Fédération Internationale des Associations Médicales Catholiques, 1990, p. 44.
[156] Vasco Duarte de Almeida, «Sobre o valor da dignidade da pessoa humana», *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 1, 2005, p. 643.
[157] Vasco Duarte de Almeida, «Sobre o valor da dignidade da pessoa humana», *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 1, 2005, p. 643.
[158] A forma de entender a dignidade humana não é igual numa sociedade de pendor democrático ou numa em que vigore um regime totalitário e os demais valores positivados na ordem jurídica acabam por ser um subproduto da dignidade humana tal como ela é entendida em cada lugar e momento histórico.
[159] Milagros Otero Parga, «El valor dignidad», *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de* Compostela, Vol. 12, nº 1, 2003, p. 133.

todos os órgãos e agentes do poder; testemunha o respeito que os "outros" têm pelo "eu";

— a interna, a individual, inelutavelmente associada ao respeito devido de cada um a si próprio, na relação consigo mesmo; traduz-se no dever de cada um se comportar digna e honradamente, na óptica de um dever de protecção de si mesmo, não na específica composição "eu e o outro", mas na consideração do "eu" enquanto construção pessoal, anónima, ligada necessariamente ao mundo dos valores; testemunha o respeito de que é tributário o "eu" pelo "eu".

VI. Hoje catalogamos a dignidade humana como um dos direitos do homem de primeira geração — direitos individuais do século XIX — que são reconhecidos e tutelados por todos os diplomas constitucionais ocidentais, correspondentes aos direitos de liberdade, direitos civis e políticos, oponíveis ao Estado[160].

Tanto os textos internacionais como os nacionais apenas asseguram o seu reconhecimento de forma a protegê-la de comportamentos que abstractamente a podem ferir de forma grave. Com efeito, a dignidade congrega um conjunto de direitos sem cuja tutela a existência humana não seria sequer pensável. Ou, como refere Milagros Parga, é considerada, para além de um direito fundamental, «o fundamento dos direitos humanos»[161]. A biotecnologia, o progresso da ciência e a globalização, conquanto sejam factores de desenvolvimento e prazer, não deixam imune a dignidade da pessoa humana, «a qualidade do núcleo central da noção de dignidade»[162].

---

[160] Claramente distinto dos direitos humanos de segunda geração do século XX (direitos de fruição colectiva, os sociais, culturais e económicos que já não gozam do mesmo tipo de protecção desde logo porque dependem das políticas mais ou menos intervencionistas dos Estados), dos de terceira geração, relacionados com o padrão de qualidade de vida e associados ao fenómeno da globalização (*v.g.* "direito a uma morte digna", "direito à manutenção da paz", "direito à comunicação", "direito ao desenvolvimento e progresso"), e dos da quarta geração que asseguram o direito à diferença, como os etiquetados direitos de certos grupos minoritários. Embora estes últimos suscitem controvérsia sobre a sua inclusão no seio dos direitos fundamentais. Sobre esta discussão veja-se José Delgado Pinto «Los derechos entre la ética, el poder y e Derecho: Derechos Humanos e Constitucíon», *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, AA.VV., Madrid, Dykinson, 2000, p. 101 e Giselle Câmara Groeninga, «O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade», *Família e dignidade humana: anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, p. 443. Sobre a relação entre os direitos de primeira, segunda e terceira geração, veja-se Eugene Kamenka, «Human rights, people's rights», *The Rights of Peoples*, AA.VV., Editado por James Crawford, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 139 e Roland Rich, «The right to development: a right of peoples?», *The Rights of Peoples*, AA.VV., Editado por James Crawford, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 40 a 42.

[161] Milagros Otero Parga, «El valor dignidad», *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de* Compostela, Vol. 12, nº 1, 2003, pp. 139 e 150.

[162] Reproduzindo Andrea Mastropietro, «Diritto e dignità umana», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Ano LXXXVII, nº 2, Abr./Jun. 2010, p. 242.

Não sendo a dignidade humana uma mera criação normativa, é um elemento intrínseco à qualidade de pessoa humana e, portanto, pré-existente a toda e qualquer estrutura ou modelo de Estado[163]. Todavia, a esfera ontológica, partindo da "natureza das coisas" — no sentido de ser inerente à natureza e condição do ser humano — deu um passo no sentido da sua materialização e concretização. A normativização do conceito fornece-lhe um conteúdo valorativo objectivado, sustentado no incontornável desenvolvimento da sociedade global e na necessidade de responder às novas exigências associadas ao fenómeno criminal e ao apuramento da verdade[164]. Este conteúdo faz parte integrante do «acervo jurídico e cultural da humanidade»[165].

Expressiva do que acabámos de afirmar é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, após considerar no primeiro parágrafo do Preâmbulo *que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*, proclama no art. 1º que «*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*».

Ilustrativa é também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 quando faz menção ao "esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem" reputando--os "as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos". Em 1948, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem é assinalado que esse esquecimento e desprezo pelos direitos do homem "conduziu a actos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade". Esta referência diz respeito aos aviltamentos ao ser humano, vulgarizados na época da segunda guerra mundial: numa fase de grandes avanços na área da medicina (segunda metade do século XX) — mais propriamente na bacteriologia, anatomia patológica, radiologia, cardiologia, anestesiologia e cirurgia —

[163] Para os defensores de que o pressuposto da *pessoa humana* é a existência de auto-consciência, condição essencial da assunção da liberdade e da subsequente actuação responsável, a dignidade é um elemento que se adquire e não faz parte integrante do ser humano enquanto tal, só por ser humano. Mais pormenorizadamente, sobre esta forma de entendimento, Milagros Otero Parga, «El valor dignidad», *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de* Compostela, vol. 12, nº 1, 2003, pp. 118 ss. não obstante acabe por alinhar na posição da dignidade inerente à pessoa humana.Veja-se, ainda, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito do genoma humano*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 179 ss., partidária da dignidade ontológica da natureza humana.

[164] «A Dignidade em si não é um direito. O direito que se tem é o respeito à Dignidade, e seu conteúdo só pode ser dado pela pessoa, que vai além de suas relações jurídicas», segundo Giselle Câmara Groeninga, «O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade», *Família e dignidade humana: anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, p. 446.

[165] No dizer de Milagros Otero Parga, «El valor dignidad», *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de* Compostela, Vol. 12, nº 1, 2003, p. 148.

o homem foi utilizado como objecto de experimentação e investigação, para além, de todas as atrocidades cometidas em nome da política, sobretudo na Alemanha, União Soviética e Japão. A Declaração dos Direitos do Homem surgiu da necessidade de proteger os cidadãos das grandes ameaças à sua vida e à sua integridade física e moral. Na definição e regulamentação dos direitos fundamentais dos cidadãos teve papel primordial o Julgamento de Nuremberga que revelou a face negra dos campos de concentração e a fragilidade do ser humano perante o poder dos Estados. Passou a aceitar-se que determinados direitos fundamentais fazem parte integrante do ser humano por inerência à sua condição humana, são-lhe próprios, numa alusão directa à dimensão ontológica e ética da dignidade. Por outras palavras, não são os instrumentos internacionais ou as leis nacionais que conferem dignidade ao ser humano, a intrínseca dignidade deste é que é reconhecida por estes mecanismos legais como «fundamento essencial da comunidade democrática»[166] e dos seus membros.

O respeito pela dignidade humana, valor intrínseco à nossa concepção de Estado de direito democrático, personalista e humanista, é um princípio estruturante da nossa Constituição que vai, necessariamente, conferir unidade às normas ordinárias.

Queremos com isto dizer que a proclamação constitucional da dignidade da pessoa humana por si só, desligada da sua realização e aperfeiçoamento nas mais variadas circunstâncias de tempo e espaço, é de nula ou, pelo menos, de duvidosa importância. Embora a norma constitucional que a consagra — art. 1º — seja auto--exequível não carecendo de mediatização legislativa para ser invocada, pode ser regulamentada a fim de atribuir dimensão pragmática ao princípio[167]. O valor dignidade deve ser passível de leitura para além da simbologia que comporta dado o seu indiscutível significado na ordem normativa jurídico-processual-penal. Como afirma Cardoso da Costa, este princípio é «uma afirmação enfática e peremptória da maior importância e significado (como, de resto, imediatamente se infere da circunstância, não causal, de vir a ser inscrita logo na abertura do texto constitucional)»[168]. Dignidade

[166] Ver Andrea Mastropietro, «Diritto e dignità umana», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Ano LXXXVII, nº 2, Abr./Jun. 2010, p. 247.

[167] Com efeito, enquanto as normas constitucionais auto-exequíveis não necessitam de intermediação legal, podem ser objecto de regulamentação, as normas não auto-exequíveis carecem de concretização legal.

[168] José Manuel M. Cardoso da Costa, «O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional Portuguesas», *Direito Constitucional, Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Coordenação de Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti, São Paulo, Dialética, 1999, p. 191.

humana tantas vezes vulnerável e ameaçada pelo próprio Homem por variadas forças e condicionantes de natureza social, económica, religiosa ou política.

3.3. Direito constitucional processual penal e a restrição dos direitos, liberdades e garantias

3.3.1. Constituição processual criminal

Nulla poena sine processu é uma evidência e um dado adquirido no direito processual penal característico de um Estado de direito material, de matriz social[169] e democrática de que se não prescinde quando há que pôr o aparelho sancionatório criminal a funcionar, desde a averiguação da existência do crime até à determinação e aplicação das suas consequências jurídicas[170]. Num Estado de direito democrático é reclamada a preservação dos direitos fundamentais e, por sua vez, os direitos fundamentais só se manifestam em toda a sua plenitude num Estado de direito democrático. A reciprocidade é entendível[171].

A consistência do sistema jurídico-processual-criminal não deve ser caracterizada por "muitas leis e pouco direito" [172] quando somos detentores de um instrumento — o texto constitucional — que congrega numerosos direitos e garantias votadas à protecção do cidadão[173]: o cidadão, ora investigado ou acusado num processo

[169] O Estado Social forneceu os instrumentos e os meios imprescindíveis à garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos.

[170] O procedimento será «um complexo de actos juridicamente ordenado de tratamento e obtenção de informação que se estrutura e desenvolve sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos e serve para a preparação de tomada de decisões», J.J. Gomes Canotilho, «Tópicos de um curso de mestrado sobre os direitos fundamentais, procedimento, processo e organização», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVI, 1990, p. 163.

[171] Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 99.

[172] Utilizando a expressão de A. Castanheira Neves, *O Direito hoje com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2002, p. 12.
Sobre a multiplicidade de leis veja-se Ferrando Mantovani, «Sobre a exigência perene da codificação», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5, 2º, Abr./Jun. 1995, p. 145: «(…) *leges non sunt multiplicandae sine necessitate*, com o consequente convite ao «descanso do legislador», preferível a um legiferar cada vez mais descomposto e agitado, porque quem semeia leis nem sempre colhe justiça». Também, Joaquim Freitas Rocha, «Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, pp. 388 a 398, qualificando a avalanche normativa como «uma pluralidade normativa patológica quando transformada em inflacção legislativa ou explosão legal» (p. 408).

[173] Os *direitos negativos* oriundos da revolução liberal, contra os poderes de intervenção estatal e suas agressões (como o direito à integridade pessoal, o direito à liberdade e à segurança – arts. 25º e 27º,

penal, ora ofendido pelo cometimento de um crime. Promover a conciliação pacífica destes interesses é de indiscutível importância na área problemática da ponderação dos valores em causa.

O sistema jurídico-processual-criminal está estreitamente vinculado à Constituição. A apertada ligação daquele a esta tem um duplo fundamento[174]. Em primeiro lugar, a Constituição determina os princípios materiais do processo penal que presidem às várias fases processuais até à decisão final transitada em julgado, compreendendo garantias de defesa, princípio do contraditório, da presunção da inocência, da judicialização da instrução, do acusatório, do juiz legal, da nulidade da prova, direito ao recurso, direito a escolha e assistência de defensor. Neste contexto, a Constituição e particularmente o seu art. 32º ― a constituição processual criminal[175] ― constitui quadro de referência inarredável das opções legislativas[176] e da tarefa estadual

---

respectivamente), os *direitos de participação política* pós Estado liberal, *os direitos positivos de natureza económica* ou também chamados direitos sociais, característicos do Estado social – direitos a acções do Estado – e os designados *direitos de quarta geração* (como o direito ao ambiente). Veja-se este elenco em J.J. Gomes Canotilho, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 93 e 102. Veja-se, também o Autor, na p. 110, no que respeita à caracterização das *garantias*: «(…) quer o direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a *protecção* dos seus direitos, quer o reconhecimento dos *meios processuais* adequados a essa finalidade», onde se contam as garantias do processo criminal constantes do art. 32º.

[174] «Nenhum outro ramo de direito ordinário tem uma presença tão forte na Constituição», afirma Manuel da Costa Andrade, «Constituição e Direito Penal», *A Justiça nos dois lados do Atlântico*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, p. 198.
Sobre o direito processual penal como "direito constitucional aplicado", veja-se Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 354. Referem a existência de uma *constituição processual penal* em consequência da própria função das normas constitucionais: definição da estrutura do Estado, das relações entre este e os cidadãos e os direitos, liberdades e garantias fundamentais. Vejam-se, contudo, as reservas a esta expressão de José de Faria Costa, «Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal», *A justiça nos dois lados do Atlântico*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, p. 187, por, segundo o Autor, se tratar de uma preposição de carácter redutor que «apaga as diferentes autonomias das duas ordens normativas» e por «insinuar uma pã-constitucionalização de efeitos perversos». Sobre o assunto, veja-se Maria João Antunes, «Direito processual penal ― "direito constitucional aplicado"», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 745 ss. onde relata processos de fiscalização da inconstitucionalidade de normas de natureza criminal destacando alguns acórdãos.

[175] Assim a designam J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 515 e Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 354.

[176] Na introdução do CPP aprovado pelo DL nº 78/87, de 17 de Fevereiro, o legislador não fez tábua rasa desta relação próxima entre os dois diplomas. Evidenciamos o ponto I, nº 4, 2º parágrafo «(…) a Constituição da República e o Código Penal – dois diplomas que, pelo seu papel no contexto da ordem jurídica portuguesa, em muitos casos estreitam drasticamente o espectro das alternativas disponíveis, enquanto noutros casos predeterminam o sentido e o alcance das soluções a consagrar em processo penal. Assim, a Constituição da República elevou, por exemplo, à categoria de direitos fundamentais os princípios relativos à estrutura básica do processo penal, aos limites à prisão preventiva como medida que se quer decididamente subsidiária, à regularidade das provas (…)» e o ponto IV, parágrafo único «(…) o Código que em seguida se apresenta poderá constituir uma peça fundamental do diálogo, sempre em aberto e sempre renovado, entre a vertente liberal e a vertente social do Estado de direito democrático, entre a justiça e a eficiência na aplicação da lei penal, entre as exigências de segurança da comunidade e de respeito pelos direitos das pessoas».

indispensável de garantia dos direitos e liberdades fundamentais e respeito pelos princípios do Estado de direito democrático prescrita no art. 9º, al. b) da Constituição. O art. 32º é uma norma de interesse vital para a auto-legitimação das soluções adjectivas dado referir-se «a direitos fundamentais do cidadão contra o Estado, ou seja, direitos subjectivos do cidadão face ao Estado»[177]. As garantias processuais constantes do art. 32º da Constituição, apesar deste, na sua essência, consagrar direitos fundamentais relativos ao processo criminal, não se tornam efectivas nem exequíveis sem a respectiva concretização normativa que determine o sentido e alcance de cada uma delas. O que se torna visível se tomarmos por exemplo o princípio constitucional da presunção de inocência. O sentido estritamente literal deste princípio votaria à inconstitucionalidade e inutilidade a fase de inquérito, da instrução e o julgamento, a adopção de medidas cautelares e de polícia, impossibilitando o exercício da acção penal e inviabilizando a realização da justiça no caso concreto, donde resulta «a necessidade não apenas do procedimento e da lei, como também de uma interpretação constitucionalmente adequada»[178]. Estamos num domínio em que a «literalidade da aplicação directa»[179] não permite uma adequada interpretação e aplicação das garantias. Em segundo lugar, o sistema processual penal recebe e acolhe amplamente o teor e o alcance dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, em forma de confluência ímpar. Dotado de conteúdo apto a promover o respeito pelo livre desenvolvimento da pessoa e os princípios do Estado de direito democrático, o nosso Código de Processo Penal tem vindo a ser enaltecido por grande parte dos doutrinadores, tanto nacionais, como estrangeiros, sendo que «a sua estrutura e opções essenciais correspondem ao modelo que a Constituição da República impõe»[180].

[177] Expressão de José Manuel Damião da Cunha, «Breves notas acerca do regime de impugnação de decisões sobre medidas de coacção», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, nº 2, Abr./Jun. 2009, p. 321.
[178] Isabel Moreira, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 86.
[179] A expressão é de Isabel Moreira, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 86, que chama a atenção para alguns exemplos, como este, que «*amolecem* a aplicabilidade directa dos preceitos que consagram direitos de liberdade».
[180] Germano Marques da Silva, «Notas soltas sobre as alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português», *Processo Penal do Brasil e de Portugal*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 72.

3.3.2. O carácter restritivo das restrições

I. A Constituição da República Portuguesa, «a lei fundamental da República»[181], é o esteio seguro da categoria dos direitos e deveres fundamentais que congrega os direitos, liberdades e garantias pessoais — para além dos direitos, liberdades e garantias de participação política e dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores[182]. O sentido material dos direitos fundamentais acolhe todos aqueles que nela não tendo assento directo e imediato, sejam inerentes à natureza da pessoa humana, como os constantes das leis e das regras de direito internacional (arts. 8º e 16º).

A consagração dos direitos fundamentais individuais como o direito à segurança e à liberdade pressupõe e tem na sua génese a inevitável relação homem/homem, homem/Estado/administração onde se evidenciam naturalmente relações de poder e autoridade que condicionarão o exercício destes direitos e imporão a necessidade de manutenção das condições mínimas da vida em sociedade e de organização desta.

A articulação entre o poder estatal e o exercício dos direitos fundamentais individuais pode reger-se por uma de duas perspectivas marcadamente diferentes: pelo princípio personalista «(…) do homem-valor, do homem-pessoa, do homem-fim, não instrumentalizável para qualquer finalidade extrapessoal, nem sequer de política criminal, seja sujeito activo ou passivo, vítima ou arguido»[183], ou pelo princípio utilitarista, «(…) do homem-coisa, do homem-massa, do homem-meio, aberto a todas as instrumentalizações em função do utilitarismo público-colectivo, do utilitarismo maioritário (da maior felicidade para o maior número à custa dos poucos) ou do utilitarismo egoístico-individualista (da maior felicidade para si mesmo)»[184]. O

[181] J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 39.

[182] De acordo com a sistematização da Constituição da República Portuguesa — arts. 12º a 57º. Todavia, não confundamos direitos fundamentais em sentido formal com direitos fundamentais em sentido material. Os direitos fundamentais formais são materiais mas os direitos fundamentais materiais podem ir para além dos formais. Lê-se em Jorge Miranda: «Admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse, seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida ou ao trabalho, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência, tanto da Europa dos anos 30 a 90 do século XX como doutros continentes, aí estaria a mostrar os perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas», *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora /Wolters Kluwer, 2012, p. 11.

[183] Expressão de Ferrando Mantovani, «Sobre a exigência perene da codificação», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5, 2º, Ab./Jun. 1995, p. 147.

[184] Expressão de Ferrando Mantovani, «Sobre a exigência perene da codificação», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5, 2º, Abr./Jun. 1995, p. 147.

princípio tradutor da ideia da produção do maior benefício possível ao maior número possível de pessoas é uma corrente do século XVIII defendida essencialmente em Inglaterra por Jeremy Bentham e John Stuart Mill. No entendimento de Stuart Mill a sociedade pode exercer qualquer tipo de poder sobre os seus membros desde que seja para prevenir um mal que vossa vir a recair sobre os outros, dando primazia às consequências dos actos em detrimento da motivação das acções.

Impõe descortinar-se a forma de resolução da contraposição dos instrumentos de liberdade — pessoa humana na sua dimensão individual e social — com os instrumentos de controlo do Estado-administração no exercício da actividade punitiva. De um lado, a censura dos efeitos perniciosos da actividade criminosa, de outro, a valorização da pessoa humana mesmo quando na qualidade de arguido ou condenado.

II. O princípio da proporcionalidade como proibição do excesso ou princípio da mínima restrição dos direitos fundamentais, também conhecido por princípio da necessidade ou da adequação, consagrado no nº 2 do art. 18º da Constituição da República Portuguesa intervém como limite material constitucional de toda a intervenção político-criminal que afecte direitos fundamentais[185]. Princípio da maior valia para a compreensão do direito penal substantivo e do direito penal adjectivo que conjuga as exigências da defesa comunitária com a garantia dos direitos fundamentais. Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos consagrados na Constituição da República Portuguesa, sendo directamente aplicáveis[186], vinculando as entidades públicas e privadas, não podem ser restringidos senão em virtude de "autorização" constitucional nos casos nela expressamente admitidos, sujeita à reserva de lei. Não há, por isso, «nenhuma cláusula geral de admissão de restrição de direitos fundamentais»[187]. Contudo, a limitação dos direitos fundamentais só é possível *se* e *na medida* do estritamente necessário para salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, não bastando, para tanto, a cobertura legal e essas restrições têm de revestir, necessariamente, carácter geral e abstracto. Sobre o Estado recai «uma *proibição de ingerência ofensiva* [na acepção negativa da função dos

[185] «Geralmente é apresentado como *"limite dos limites"*, como um limite dos constrangimentos aos direitos, por parte do Estado» afirma Santiago Mir Puig, «O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, nº 1, Jan./Mar. 2009, p. 12.

[186] A imediatidade dos direitos fundamentais não carece de interposição ou intermediação legal para a sua invocação ou aplicação.

[187] J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 121.

direitos fundamentais] e, na sua função positiva, vincula-o a um *mandato de promoção ou de protecção*»[188].

O regime legal específico dos direitos fundamentais determina que eles próprios sejam limites à actuação das forças de autoridade no âmbito da prevenção criminal (art. 272º, nº 3), concede a qualquer cidadão o direito de resistência perante ordens que contra eles atentem (art. 21º), estabelece o princípio de reserva de lei da Assembleia da República (168º, al. b), define-os como limites materiais de revisão constitucional (art. 288º, als. d) e e) e prevê a sua suspensão — nem de todos — em caso de declaração de estado de sítio ou de emergência (art. 19º).

III. A Constituição não concebe direitos ilimitados de protecção dos cidadãos, seja nas relações das pessoas entre si, seja nas relações entre estas e os órgãos e entidades públicas. Os direitos fundamentais não são irrestritos[189]. As restrições, devendo limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, devem constar de lei geral e abstracta, não podem ter efeito retroactivo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial das normas constitucionais (art. 18, nºs 2 e 3). A haver limitações deverá ser sempre na medida do exigível pela indispensável referência normativa suporte das relações humanas — a dignidade humana, «base axiológica cuja representação se faz nos valores maiores que os indivíduos alcançaram e possam vir a alcançar no Estado democrático de Direito»[190]. As restrições cuidam de outorgar liberdade, tranquilidade e confiança à comunidade[191].

A crescente consciência individual e social reivindica uma sociedade alicerçada na dignidade, na liberdade individual e colectiva e na justiça. Só viveremos uma

---

[188] Joana Costa, «A protecção deficitária da vítima à luz da Constituição – breve reflexão em torno do art. 219º do Código de Processo Penal», *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, AA.VV., Coimbra Editora, 2012, p. 122.

[189] Citamos Jorge Miranda: «Entendendo como entendemos os direitos fundamentais como direitos em face do Estado (…) são sempre direitos relativos, ainda que em termos diversos dos que se verificam em Direito privado, porquanto por virtude do princípio da universalidade não pressupõem uma certa e determinada relação entre dois sujeitos: são todas as pessoas dentro da comunidade jurídico-política, cada um por si, que está em relação com o Estado», *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 134.

[190] Vânia Márcia Damasceno Nogueira, «A importância dos vários ângulos de estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais», *MPMG, Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Ano V, nº 19, Jan., Fev. e Mar. 2010, p. 24.

[191] «(…) apenas uma consideração jusconstitucional baseada numa ordem de valores, acima do simples texto constitucional, isto é, uma consideração da Constituição material e não apenas da Constituição formal, pode legitimar as opções valorativas do Direito Penal», Paulo Ferreira da Cunha, *A constituição do crime – da substancial constitucionalidade do direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 95.

sociedade plena e de inclusão se for representativa dos anseios e necessidades dos seus cidadãos. Quando se verificar qualquer tipo de desnível entre as expectativas dos cidadãos enquanto seres sociais e as expectativas dos cidadãos enquanto seres individuais o princípio da proporcionalidade indicará o sentido da resolução. Daí que a Constituição deva satisfazer tanto as necessidades individuais de cada um, como as necessidades comunitárias. Esta polifacetação da Lei Fundamental é imprescindível para a criação das condições mínimas da sobrevivência do homem na sua dimensão individual e social. Estas suas dimensões têm de se articular, complementar e coexistir: a funcionalidade da sociedade é impensável com mecanismos de ruptura ou de oposição entre o individual e o colectivo pois que o indivíduo e a sociedade são entidades interdependentes. Nesta sede intervirá o preceituado no nº 2 do art. 18º da Constituição. A interposição da cláusula geral contida neste comando legal, não sobre o modo do exercício mas sobre o conteúdo de certos direitos fundamentais estará dependente da "essencialidade" dos direitos ou do conteúdo essencial[192] dos concretos direitos em conflito — garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais a que se reporta o art. 18º, nº 3 CRP — espaço em que a hermenêutica jurídica tem um papel necessariamente preponderante[193].

A protecção constitucional de um direito será aquela que o fim ou o valor subjacente ao direito justifique não devendo, por via da restrição, o seu fundamento intrínseco ser posto em causa, por esvaziamento de conteúdo, supressão da sua finalidade, inversão ou deturpação do seu sentido[194], donde restrições arbitrárias e

[192] Segundo Jorge Miranda o «*conteúdo de um direito* vem a ser a faculdade ou o feixe de faculdades destinadas à obtenção e à fruição de um bem jurídico que lhe subjaz», *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 343. Diz, ainda, na p. 350 sobre a preservação do conteúdo essencial de um direito: «Torna-se claro que, para funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito. As teses relativistas são de rejeitar, porque confundem proporcionalidade (art. 18º, nº 2) e conteúdo essencial (art. 18º, nº 3). Como quer que se pense, para além de discussões teóricas, o que importará, acima de tudo, será ir fixando o percurso dos direitos, através do conhecimento da sua formação histórica, do cotejo comparativo, da jurisprudência, do desenvolvimento de cultura cívica e constitucional, do ressaltar de novos direitos implícitos da protecção penal; e, depois, subir até a um sentido rigoroso na arquitectura da Constituição».

[193] «A garantia do conteúdo essencial é uma baliza última de defesa dos direitos, liberdades e garantias, delimitando um núcleo que em nenhum caso deverá ser invadido», referem J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 395.

[194] Assim Jorge Miranda / Rui Medeiros salientam que o conteúdo essencial de um direito se radica na Constituição e não na lei que lhe é subordinada de forma a que a afectação da essencialidade do direito atingido não seja subvertida ou invertida, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 163.

desproporcionais serão danosas do núcleo essencial de qualquer direito. A restrição afecta a matéria do direito, perturba-o, sacrifica-o, mas não o anula[195]. Atinge o seu conteúdo, agita-o na medida do razoável, mas não o destrói[196], ou seja, não fere a sua fundamentalidade, a sua dimensão constitutiva.

O equilíbrio entre o direito à liberdade e o direito à segurança, na falta de uma hierarquização de valores e de um critério explícito de relevância apresentado pelo legislador constituinte, reivindica da actividade da doutrina e da jurisprudência um discurso dotado de uma estrutura e elasticidade mental compatível com a fertilidade dos conteúdos dos princípios constitucionais e com o contexto histórico e situacionalmente datado. A ausência de pré-ordenação hierárquica dos valores com assento constitucional impõe a resolução da questão «procurando a solução no quadro da *unidade da Constituição*, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes» [197], por meio do designado princípio da concordância prática que se efectiva «através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito»[198].

---

[195] Restrição e limite aos direitos não são realidades coincidentes. Esclarece Jorge Miranda que a «restrição tem que ver com o direito em si, com a sua extensão objectiva; o limite ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que a priori estariam nele compreendidas; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de carácter geral, válidas para quaisquer direitos (a moral, a ordem pública e o bem--estar numa sociedade democrática, para recordar, de novo, o art. 29º da Declaração Universal)». Sintetizando, as restrições são «reduções de conteúdo e de âmbito de protecção» dos direitos, no seguimento da "teoria externa" que considera serem as restrições algo de externo aos direitos que lhes é imposto de fora, diminuindo o seu conteúdo, por contraposição à "teoria interna" segundo a qual as restrições fazem parte do conteúdo dos direitos conformando-os em determinado sentido, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 346, 408 e 416, respectivamente.

[196] Jorge Reis Novais defende que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais comporta duas acepções — a absoluta e a relativa. Pela primeira, «(…) o conteúdo essencial é violado quando o indivíduo não pode mais prosseguir o interesse protegido pelo direito fundamental de acordo com os fins que ele próprio defina», na relativa o conteúdo essencial é afectado quando na restrição do direito em causa que impõe o confronto e ponderação dos valores em questão não é observada a habilitação concedida pelo princípio da proporcionalidade, previsto no art. 18º, nº 2 da CRP, na sua tríplice dimensão — idoneidade, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 279.

[197] José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 222. Distingue o autor "colisões ou conflitos de direitos" de "limites imanentes dos direitos" nas pp. 215 ss. Frisa que se ultrapassa o princípio de concordância prática quando um dos direitos em colisão atinge o seu «conteúdo essencial» (p. 222), o que designa por «fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe» (p. 215).

[198] José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 223. O sacrifício de cada um dos interesses constitucionais exige a necessidade e adequação à preservação dos demais.

IV. Em suma, não obstante o preceituado no art. 18º, nº 2 da Constituição, encontrar a concordância prática entre o "ordenamento de liberdade" e o "ordenamento de segurança"[199] não constitui tarefa fácil. O entendimento entre ambos passa pelo processo comunicacional contínuo entre a Lei Fundamental e as normas de natureza penal infra-constitucionais que assegurará a inexistência de disfuncionalidades endógenas no quadro do Estado de direito democrático e social. A Constituição da República Portuguesa enforma as normas processuais penais mas também o direito processual penal preenche os alicerces da Constituição do Estado[200]. A permanente interacção entre a Constituição e o Código de Processo Penal no processo de delineamento, conformação e compatibilização do interesse geral da preservação da paz pública e do exercício dos direitos individuais fundamentais é a via de validação da autoridade do Direito.

A Constituição é «o referente normativo inarredável para a compreensão e delimitação de um qualquer outro direito»[201]. É a norma suprema, inspiradora das demais, conceptualizando o *justo* num dado momento histórico, numa certa ordenação social e numa determinada estrutura de poder. Daí afirmar-se que a «Constituição é um programa que não consegue prescrever soluções fechadas, e que, por natureza é aberto e evolutivo»[202]. Por isso, o labor hermenêutico deve ser suficientemente árduo para alcançar o objectivo e o propósito das referidas normas e compaginação dos interesses

[199] Expressões de Anabela Miranda Rodrigues, «A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo novo"», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº 4, Out./Dez. 2002, p. 550.

[200] Desta dupla dimensão do *direito constitucional aplicado* nos fala Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, pp. 74 e 75. De onde resultam várias consequências: «uma estrita e minuciosa *regulamentação legal* de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos; de que a lei ordinária nunca elimine o *núcleo essencial* de tais direitos, mesmo quando a Constituição conceda àquela lei liberdade para os regulamentar; de estrito *controlo judicial* da actividade de todos os órgãos do Estado, mesmo dos que cumpram funções puramente administrativas, desde que tal actividade se prenda com as garantias constitucionais; de *proibição das jurisdições de excepção*, através da garantia do juiz legal ou natural, que ponha o arguido a coberto de qualquer manipulação do direito constitucional judiciário; de *proibição de provas* obtidas com violação da autonomia ética da pessoa, mesmo quando esta consinta naquela».
Também José de Faria Costa, «Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal», *A justiça nos dois lados do Atlântico*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento, 1998, p. 187, quando afirma que o código de processo penal acolhe as normas constitucionais, modelando-as e deixando-se ser modelado por elas.

[201] José de Faria Costa, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 189.

[202] Isabel Moreira, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 83.

conflituantes, não deixando que a Constituição seja olhada como a última vontade de um legado testamentário[203].

4. O princípio constitucional da presunção de inocência. Conteúdo significante e sentido do princípio na nossa mundividência processual

I. Entre os vários mandamentos da norma — art. 32º — destacamos o princípio da presunção da inocência pelo seu particular vínculo com o âmbito normativo da prova em processo penal, embora não se restrinja a ele. A obrigatoriedade, imposta no Código de Processo Penal Português, de o arguido se sujeitar a exames corporais forçados, sem a sua anuência e até contra a sua expressa e inequívoca vontade articular-se-á com a dimensão jurídico-processual do princípio da presunção de inocência?

Voltamos, de momento, a nossa atenção para o aspecto elementar da presunção de inocência enquanto direito fundamental em todo e qualquer Estado de Direito[204] — que «assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade constituem os elementos essenciais da democracia»[205] — e nas consequências dele decorrentes.

A passagem do modelo de processo inquisitório — cujo fim último era a busca da verdade a todo o custo, sem olhar a meios e sem diferenciação entre entidade acusadora e julgadora —, em que o sujeito processual se eclipsava[206], para o tipo de

[203] Ideias propostas por R. A. Edwards, «Generosity and Human Rights Act: the right interpretation?», *Public Law*, nº 377-580, 1999, pp. 404 e 405.
[204] «Trave-mestra da estrutura do Estado de Direito», no dizer de Óscar Emílio Sarrulle, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 117.
[205] Germano Marques da Silva, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, p. 50.
[206] Por razões conhecidas e reconhecidas: um processo penal em que a entidade que investiga também julga, desenvolvido na base do *favore societate*, em que o indivíduo é um objecto do processo, presumido culpado com o subsequente ónus probatório, dificilmente conseguindo provar a sua inocência por este tipo de processo, escrito e secreto, não lhe garantir um real e efectivo direito de defesa, o uso da prisão preventiva como modo de obtenção de prova e o recurso à tortura como forma de extorsão da confissão. Veja-se sobre esta matéria Alexandra Vilela, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 29 ss., Rui Patrício, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*, Lisboa, AAFDL, 2000, e Manuel Monteiro Guedes Valente, *Processo Penal*, Tomo I, 3ª ed. revista, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 159 ss.

processo de estrutura acusatória[207] abriu as portas a uma nova mundividência processual que sugere a essencialidade do ser humano enquanto tal[208]. Já dizia Cesare Beccaria[209] que «todo o acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico»[210].

[207] Não falamos em processo acusatório puro dada a intervenção do princípio da investigação. Processo de estrutura acusatória «que se subdivide em duas imposições matriciais: separação do órgão acusador do órgão julgador (garantia da imparcialidade deste último) e do direito do arguido a conhecer a acusação formal contra si formulada. E ainda o contraditório (…)», parafraseando Paulo Dá Mesquita, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 435. Veja-se, também, Jorge de Figueiredo Dias, *Acordos sobre a sentença em processo penal – o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?,* Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 16, nota 7, que caracteriza o processo penal acusatório por duas notas: a existência de uma acusação elaborada por uma entidade orgânica e funcionalmente distinta do Tribunal que vai sobre ela pronunciar-se e participação constitutiva, quer da acusação, quer da defesa, na declaração do direito do caso concreto.
Crítico das designações "processo ou sistema processual acusatório" *vs.* "processo ou sistema processual inquisitório" Juan Montero Aroca, «Principio acusatório y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de une slogan político», *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Coordenação de Juan Luis Goméz Colomer, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 17 ss. Em síntese, para o A., o designado processo inquisitório nunca foi um autêntico processo, consistia, sim, numa forma de actuação extraprocessual. A existência de um processo penal é o instrumento de actuação processual do Estado. O Estado exerce o seu *ius puniendi* através das instâncias próprias; o princípio *nulla poena sine processu* exige que a aplicação do direito penal se faça num processo que decorrerá nos tribunais de acordo com os procedimentos e regras legais que têm de ser cumpridas e respeitadas. Só estes poderão aplicar as sanções criminais. Pelo que o processo criminal chamado inquisitório, pelas suas características, não é um verdadeiro processo, nunca o foi, pois que não administra a justiça criminal em nome do povo nos tribunais competentes, independentes e imparciais, o juiz assume o duplo papel de acusador e julgador e o arguido não é considerado sujeito processual, estando destituído da plenitude do seu direito de defesa. Nesta linha de argumentação defende que o sistema processual penal norte-americano «tem manifestações práticas inquisitivas não admissíveis num Estado de direito que se baseia na liberdade» (p. 64) quando a grande maioria dos casos criminais são decididos por acordo, de modo "não jurisdicional", "sem um verdadeiro processo" (p. 26) verificando-se que o "sistema adversarial ou acusatório", que está erigido como princípio-regra, é utilizado apenas de forma excepcional na prática.

[208] Cesare Beccaria no seu *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 92 ss. faz uma veemente crítica à utilização do homem como instrumento do processo criminal e sublinha a crueldade e inutilidade da tortura: «Um homem não pode ser dito réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a protecção pública, senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa protecção lhe foi concedida» (pp. 92 e 93). Adianta: «Se é verdade que é maior o número dos homens que, ou por temor, ou por virtude, respeitam as leis, do que o número daqueles que as infringem, o risco de torturar um inocente é tanto maior quanto maior for a probabilidade de que um homem, em condições iguais, antes tenha respeitado do que desprezado as leis» (pp. 93 e 94), e, ainda: «Uma estranha consequência do uso da tortura é que o inocente é colocado em piores condições do que o culpado; porque, se ambos são sujeitos ao tormento, o primeiro tem tudo contra ele porque, ou confessa o delito, e é condenado, ou é declarado inocente, e sofre uma pena indevida; mas o réu tem um caso que lhe é favorável, e que é quando, resistindo à tortura com firmeza, deve ser absolvido como inocente: trocou uma pena maior por uma menor. Portanto o inocente não pode senão perder, enquanto o culpado pode ganhar» (p. 98).

[209] O "verdadeiro fundador da política criminal" no dizer de Laura Zúñiga Rodríguez, *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 75.

[210] *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 64.

A nova compreensão do indivíduo no domínio do direito processual penal, com o resguardo da liberdade individual do cidadão, e o respeito pelos seus direitos naturais e inalienáveis, concedeu-lhe garantias processuais como a presunção de inocência.

Foi neste contexto de afirmação dos direitos dos cidadãos contra os abusos do passado, de procura de mecanismos limitadores do "autoritarismo processual" que a presunção de inocência ganhou terreno como princípio de incidência eminentemente probatória de que é corolário a prevalência da tutela do cidadão inocente sobre o interesse estadual na condenação do culpado, assim se acautelando a boa administração da justiça criminal[211].

O primeiro aspecto referenciável e o mais importante enquanto princípio de prova é o da inexistência de ónus de provar por parte do arguido, o afastamento da auto--responsabilidade probatória, não sendo, por isso, necessário provar a sua inocência para obtenção de uma sentença absolutória[212] e o subsequente direito a exigir a prova da sua participação nos factos e da sua culpabilidade em caso de condenação[213]. O princípio da presunção de inocência garante uma decisão favorável ao arguido sempre que não tenha sido feita prova dos factos e da imputação contra ele ou a prova seja insuficiente, consequência da inexistência do ónus de prova a seu cargo — por não se estar perante um verdadeiro "processo de partes" sujeito ao princípio do dispositivo e da limitação judicial do conhecimento da prova carreada para o processo unicamente pelos interessados — dado a acusação ter o poder/dever de colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito e o tribunal ter o dever de instruir e esclarecer os factos, ordenando oficiosamente a produção de todos os meios de prova necessários à boa decisão da causa[214]. Esta expressão do princípio da presunção de inocência conduz ao risco de o Estado absolver culpados mas este é o inconveniente

[211] Alberto Gallardo Rueda tem uma expressão paradigmática para caracterizar o princípio da presunção da inocência: «Do homem nasce este direito e neste direito nasce a bondade. Negá-lo, portanto, é eliminar a sociedade e negar ao homem a sua dignidade», *in* «El derecho a la presunción de inocencia», *Cuadernos de política criminal*, nº 38, 1989, p. 313.

[212] A inexistência do ónus de prova por parte do arguido também é produto de um processo penal integrado pelo princípio da investigação em que tanto o juiz de instrução como o juiz de julgamento podem e devem carrear para os autos todas as provas legalmente admissíveis que considerem indispensáveis e pertinentes à boa decisão da causa, conforme previsto nos arts. 291º e 340º do CPP.

[213] Sobre a problemática de o princípio da presunção da inocência estar orientado apenas para a questão da culpabilidade ou também para a questão da consequência jurídica, ver José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Universidade Católica, 2002, pp. 124 ss.

[214] Assim estatuem os arts. 53º, 262º e 340º do CPP.

aceitável que permite «afrontar a perda de legitimidade que implicaria a condenação de um único inocente»[215].

A segunda nota mais impressionante é a que representa um dever de tratamento ao arguido. É um princípio reitor relativamente à forma de tratamento a dispensar, ao longo da tramitação do processo, a todo aquele sobre quem recaia a suspeita da prática de um crime[216]. Razões por que as restrições aos direitos do arguido se devem limitar ao mínimo possível, ao estritamente indispensável ao bom andamento do processo e à prossecução das finalidades do processo penal. Para além da dimensão endoprocessual, o princípio alarga-se ao âmbito extraprocessual. O arguido goza do direito a não ser antecipadamente considerado autor ou participante e culpado nos factos criminosos[217], antes do trânsito em julgado da decisão condenatória que assim o declare, nos vários aspectos da sua vida, na relação com as entidades públicas e também com os particulares, de forma não absoluta é certo, atenta a necessidade de concordância prática ― critério de harmonização de interesses divergentes sempre que a esfera de protecção de diferentes direitos ou valores conflituem. Com esta significação se dá acolhimento ao princípio da eficácia e aplicabilidade directa dos direitos fundamentais.

II. a) No que respeita à natureza jurídica da presunção de inocência está admitido pacificamente pela doutrina que não é uma presunção em sentido técnico-jurídico[218] pois que as regras da experiência e os elementos estatísticos desmentem que da condição de arguido resulte, comummente, o estado de inocência[219]. Através da

---

[215] Óscar Emílio Sarrulle, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 116.

[216] «Sendo uma trave orientadora do processo penal, a presunção de inocência prescreve a honestidade do indivíduo», nas palavras de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, *A prova do crime. Meios legais para a sua obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 58.

[217] Como assinala Alberto Gallardo Rueda, «El derecho a la presunción de inocência», *Cuadernos de política criminal*, nº 38, 1989, p. 316.

[218] Veja-se, entre nós, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, Verbo, 6ª edição, 2010, p. 321: «A *presunção de inocência* não é uma verdadeira presunção em sentido jurídico, pois através dela não se prova nada, é antes de mais uma regra *política* que releva do valor da pessoa humana na organização da sociedade e que recebeu consagração constitucional como direito subjectivo público, direito que assume relevância prática no processo penal num duplo plano: no tratamento do arguido no decurso do processo e como princípio de prova».

[219] Entende-se por presunção em sentido técnico-jurídico o raciocínio que se desenvolve a partir de um facto provado para apreciar a certeza ou verdade de outro facto. É este o sentido atribuído pelo Código Civil no seu art. 349º. A imputação do facto criminoso ao agente ocorre desde logo em momento anterior à acusação e esta imputação será, nos termos do disposto no art. 262º do CPP, objecto de uma investigação na fase do inquérito. Só existirá uma imputação definitiva a partir do momento em que a sentença transita em julgado. Sobre esta questão da imputação formal, veja-se José Lobo Moutinho, *Arguido e imputado no Processo Penal Português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2000, pp. 22 e 23. O art. 283º do CPP exige como pressuposto do despacho de acusação a existência de "indícios

presunção de inocência não se provam os factos nem a culpa do agente. Afastada está também a caracterização da presunção de inocência como verdade interina ou provisória: uma verdade imposta pelo legislador e aceite sem mais, ainda que não correspondente à realidade dos factos[220]. Uma terceira via passava por caracterizar a presunção de inocência como uma ficção jurídica[221]. Está ligada às origens históricas do princípio de exigência de não presunção de culpabilidade face aos abusos da pretensão punitiva. O arguido ficciona-se, supõe-se, pressupõe-se inocente porque, se no âmbito do processo criminal a inocência não exprime uma regra de normalidade, então é porque é ficcionada. Pensamento influenciado por um dos mais representativos autores da Escola técnico-jurídica — Manzini[222], crítico acérrimo da presunção de inocência. Para ele a Constituição não tem que presumir o arguido inocente, deve limitar-se a declarar que o arguido não é considerado culpado senão após condenação transitada em julgado. Parte daquilo que considera um paradoxo: como justificar a presunção de inocência de um arguido quando contra ele existe uma acusação fundamentada, um despacho de pronúncia, ou até mesmo prisão preventiva decretada? As acusações baseiam-se na recolha de indícios suficientes da prática do facto e, regra geral, as acusações são

---

suficientes" de se ter verificado o crime e de quem o praticou. Impõe que, findo o inquérito, o Ministério Público acuse sempre que desta fase sobrevenha a possibilidade razoável, face aos indícios suficientes, de ao arguido vir a ser aplicada uma sanção em julgamento. Terminado o inquérito, o Ministério Público fará como que uma antecipação do resultado no que respeita à culpabilidade do agente, acusando sempre que concluir que, a manterem-se tais provas em julgamento, seja mais provável a condenação do que a absolvição do arguido. Significa isto que falha o nexo entre a causa – o facto real de ser arguido num processo-crime pendente – e o efeito ou a consequência normal que é o facto presumido, no caso, a verificação da inocência.

[220] Nesta perspectiva, diferentemente da anterior, não existem dois factos – o real e o presumido – mas um único: aquele que é eleito pelo legislador como verdade a impor – a inocência. Também esta verdade assentará nas regras da experiência comum, no padrão de normalidade da ocorrência dos acontecimentos. Mas, a partir do momento em que é instaurado um procedimento criminal, a actividade indagatória do Ministério Público, auxiliado quando possível pela participação processual do assistente, explica que a tendência seja a de que, à medida que o processo vai avançando, assim também vão aumentando factualmente as probabilidades de uma condenação. Quando o processo chega à fase da audiência de discussão e julgamento passou anteriormente por um primeiro crivo não judicial em que o Ministério Público, avaliando e ponderando as provas recolhidas na fase do inquérito, decidiu acusar e submeter o arguido a julgamento por existência de "indícios suficientes" da prática do crime e da sua autoria. Pelo que, a falarmos de verdade interina, por essa verdade ser contrária aos factos em que essa verdade se fundamenta e apoia, não servirá para caracterizar a presunção de inocência. Contudo, pode ser-lhe atribuída uma função útil com eficácia no campo probatório, coincidente com o princípio *in dubio pro reo*: a verdade interina intervém quando, no processo, não se logrou provar os factos imputados ao arguido ou quando a prova não é clara por deixar a dúvida sobre a participação do arguido no facto.

[221] Como defende José Souto de Moura «A questão da presunção da inocência do arguido», *Revista do Ministério Público*, Ano 11, nº 42, Abr./Jun., 1990, pp. 39 ss.

[222] Considerado o grande influenciador do conteúdo do art. 27º da Constituição italiana que consagra a presunção de não culpabilidade «*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*», diferente do teor da primeira versão da norma constante no projecto da Constituição «*L'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva*». "Presunção de não culpabilidade" é a forma como a esta norma se refere Chiara Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009, p. 47.

fundadas e reflectem o que realmente aconteceu. Se o Estado presume o arguido inocente, por que motivo procede criminalmente contra ele? Não se estar certo sobre a culpa de uma pessoa contra a qual corre um processo tem o sentido de se duvidar da sua inocência e de se hesitar relativamente à sua inculpabilidade.

b) Em termos jurídico-processuais a presunção de inocência concretiza uma vertente da estrutura do processo penal que não se confina à mera lógica da matéria probatória. A presunção de inocência é um pressuposto da indispensabilidade real e efectiva do direito de defesa do arguido no processo, é imprescindível ao asseguramento das necessárias garantias de defesa do arguido[223]. Envolve o direito a ser protegido e o correspondente dever de a lei o proteger como possível inocente — que pode na realidade sê-lo — de forma a que seja tratado como tal e possa defender-se dos factos que lhe são imputados se e enquanto não for declarada a sua culpabilidade por decisão judicial transitada em julgado, exceptuadas as restrições aos direitos que lhe são impostas por força das necessidades emergentes das finalidades do próprio processo penal — realização da justiça no caso concreto — de que são exemplo as medidas coactivas probatórias, as medidas de coacção e as medidas de garantia patrimonial, entre outras[224].

---

[223] A presunção de inocência não afasta o direito do arguido a pronunciar-se, a defender-se logo que assuma a qualidade processual de arguido, querendo, o direito a escolher e a fazer-se assistir por defensor. Deve poder organizar a sua defesa e efectivá-la socorrendo-se de todos os meios que estejam à sua disposição, legalmente admissíveis, com a mesma idoneidade e eficácia dos que são utilizados pelo Estado para investigar e acusar, usando armas como a que este detém. Estamos a referir-nos à discutida "igualdade de armas" não obstante não estarmos perante um autêntico processo de partes. O que justamente se pretende com a designada "igualdade de armas" é dotar tanto a acusação como a defesa de modelos igualmente adequados e eficazes para fazerem valer os seus direitos. No direito processual penal a acusação e a defesa não se movem pelos mesmos objectivos. Basta para tanto atentarmos no papel e nas atribuições do Ministério Público, entre as quais se contam ser um auxiliar do tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito com base em critérios de estrita objectividade, dirigir o inquérito, deduzir a acusação e sustentá-la na instrução e em julgamento e interpor recursos ainda que no exclusivo interesse da defesa. A defesa, por seu turno, actua no seu próprio interesse, estando-lhe reservada a prerrogativa de não colaborar com a justiça em determinadas circunstâncias. Tem o direito de intervir em todos aos actos processuais, de intervir só em parte deles ou de simplesmente não intervir. Reflecte Rui Patrício: «(…) a igualdade de armas não é uma igualdade matemática ou lógica. Nem se trata, tão-pouco, de um princípio estático, indiferente à realidade processual e à própria expressão concreta da lide. Do que se trata é de uma relação meio-fim, estando em causa, não uma questão quantitativa, mas qualitativa», *in* «O direito fundamental à presunção de inocência (revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde)», *Direito e Cidadania*, Ano VII, nº 22, 2005, p. 21.

[224] Conteúdo que se situa muito para além do entendimento da presunção de inocência como uma presunção atípica *iuris tantum* segundo a qual o facto presumido é a afirmação da inocência do arguido que poderá ser afastada mediante a obtenção de prova que demonstre a culpa do arguido na prática do facto que lhe é imputado, pelo que enquanto não for demonstrada e confirmada a culpa do arguido, a presunção impõe a aceitação de uma verdade formal que não carece de qualquer tipo de prova ou comprovação — a inocência — mesmo que o arguido tenha tido, na realidade, conexão com os factos praticados.

III. Estamos em presença de um direito que tem consagração constitucional e que opera até ao trânsito em julgado da sentença condenatória (primeira parte do art. 32º, nº 2 da CRP) e que está estabelecido em textos internacionais da maior importância tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, onde pela primeira vez foi consagrado (art. 9º)[225], a Declaração Universal dos Direitos do Homem[226], adoptada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas (art. 11º, nº 1)[227], o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1976 (art. 14º, nº 2)[228], a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em 1950, em Roma, no âmbito do Conselho da Europa (art. 6º, nº 2)[229] e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 48º)[230]. Sabemos que estes preceitos internacionais formam parte do nosso ordenamento jurídico[231] e, nestes textos, a presunção de inocência constitui um princípio fundamental do sistema probatório. Cremos que estabelecem uma vinculação clara entre o direito a ser presumido inocente e a prova da culpabilidade, limitando o alcance deste princípio a este aspecto.

---

[225] «Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei» *Textos Históricos do Direito Constitucional* (com organização e tradução de Jorge Miranda), Lisboa: INMC, 1980, p. 58.

[226] "Grande estatuto da Humanidade" como lhe chama Niall MacDermot, «O Estado de Direito e a Protecção dos Direitos do Homem», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 35, 1975, p. 539.

[227] «Todo o acusado de um acto delituoso se presume inocente até que fique provada legalmente a sua culpabilidade no decurso de um processo público em que lhe sejam asseguradas as garantias necessárias à sua defesa».

[228] «Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida».

[229] «Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada». A protecção concedida por este documento «é um dos elementos do processo equitativo, que abarca o conjunto do processo independentemente do seu destino e que se dirige antes de tudo aos juízes, ao seu estado de espírito e à sua atitude mental» nas palavras de Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1995, p. 113.

[230] «1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa. 2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa», Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº C 364 de 18/12/2000, pp. 1 a 22.

[231] Artigo 8.º da CRP (Direito internacional) 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático. Artigo 16.º da CRP (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

IV. No sistema jurídico processual português, o alcance do princípio vai mais longe, é multidimensional. Atribuímos-lhe uma tríplice dimensão: não só como princípio orientador do tratamento a dispensar ao arguido ao longo do processo enquanto «garantia da rectidão e legitimidade do processo»[232], — em que o arguido não pode ser considerado nem como culpado nem como condenado —, mas também como regra interpretativa de valoração da prova — estabelecendo que, para condenar, não é suficiente a mera probabilidade ou suspeita[233]— e como critério e limite do poder legislativo[234] [235] .

V. A respeito das garantias do cidadão, no que concerne ao exercício do poder jurisdicional, entre as quais se conta o princípio da presunção da inocência, o Tribunal Constitucional, não obstante ter catalogado os limites garantísticos como «verdadeiros "entorses" da eficácia do sistema penal», como «reais obstáculos ao desempenho da função punitiva do Estado», parecendo «não ter qualquer cabimento na lógica da prossecução dos *interesses político-criminais* que o sistema penal serve», acabou por reconhecer que «estão carregados de sentido: *são a mais categórica afirmação que, para o Direito, a liberdade pessoal tem sempre um especial valor mesmo em face das prementes exigências comunitárias que justificam o poder punitivo*»[236].

Nesta linha, Germano Marques da Silva afirma a sustentação primacial do princípio como «regra política de organização do processo em conformidade com o ideal democrático de respeito pela dignidade das pessoas»[237]. Para além da dimensão jusconstitucional, a presunção de inocência é um valor cultural geral[238].

---

[232] Na terminologia de Mercedes Pérez Manzano, «Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda», *Jueces para la democracia*, nº 67, Março 2010, p. 55.

[233] Ver Alberto Gallardo Rueda, «El derecho a la presunción de inocência», *Cuadernos de política criminal*, nº 38, 1989, p. 317.

[234] Sobre a presunção de inocência enquanto limite ao legislador, ver Alberto Gallardo Rueda, «El derecho a la presunción de inocência», *Cuadernos de política criminal*, nº 38, 1989, pp. 316 e 317: serão nulas e de nenhum efeito as normas que fundamentem a responsabilidade criminal em factos presumidos ou que estabeleçam presunções de culpa. E acrescenta que a Administração deve sujeitar-se ao princípio da presunção de inocência em todas as suas actividades relacionadas com os cidadãos e, de forma especial, quando põe em prática a vertente sancionatória, alcançando a sua principal relevância no poder judicial, no campo processual onde ninguém pode ser considerado culpado até sentença definitiva (p. 320)

[235] No sentido de que o princípio da presunção de inocência deve estar presente no momento de elaboração das normas jurídicas, Tibor Király, «Significato e valore della presunzione d'innocenza», *L'Indice Penale*, Ano XXVI, nº 1, Jan./Abr. 1992, p. 5.

[236] No Ac. nº 183/2008, publicado no DR de 22 de Abril de 2008.

[237] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, Verbo, 6ª edição, 2010, p. 322.

[238] Neste sentido de que a presunção de inocência é uma norma cultural de valor geral, ver Tibor Király, «Significato e valore della presunzione d'innocenza», *L'Indice Penale*, Ano XXVI, nº 1, Jan./Abr. 1992, p. 9.

Em sentido próximo, de carência de "fundamento lógico-jurídico para o princípio da presunção de inocência do arguido", pronunciaram-se Rui Pinheiro e Artur Maurício dizendo tratar-se apenas de um princípio «com um fundamento político, fruto de uma evolução da sociedade e uma conquista da civilização. Princípio que se traduz na opção do risco de se ver absolvido um culpado, relativamente à eventualidade de se condenar um inocente (…)»[239]. Na verdade, o princípio em causa está umbilicalmente ligado a um Estado de Direito democrático emergente de uma estrutura político-social respeitadora da liberdade na condução da vida e regulação das relações no seio do grupo comunitário ― na tricotomia indivíduo/indivíduo, indivíduo/grupo ou grupo/grupo ― que assenta na proclamação e exigência de respeito pela dignidade da pessoa humana, em que valores como os da solidariedade, liberdade e justiça terão de orientar a busca da verdade e a obtenção da paz jurídica. Ora, o tratamento processual a dar ao arguido será sempre configurado a partir não da antecipação de um juízo de culpabilidade, mas da antecipação da inocência do arguido[240] e o Código de Processo Penal é disso reflexo. E não só. Para além do processo penal, também a organização e o funcionamento dos tribunais, o direito penitenciário e a actuação dos vários órgãos de polícia criminal deverão reflectir o significado deste princípio[241]. É um princípio-garantia de processo criminal[242]que vincula todos os sujeitos de direito, públicos e privados, incluindo o legislador ordinário. Traduz-se na faculdade de todo aquele que for arguido num processo exigir dos poderes públicos o reconhecimento e o respeito dos seus direitos fundamentais, uma vez que assim o impõe o respeito pela dignidade da pessoa humana. Ou seja, enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado, o arguido deve ser tratado como inocente pois que «não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada»[243]. Daí que, este princípio imponha que, no decurso da tramitação processual, não se deva partir da ideia pré-concebida de que o arguido cometeu a infracção que se investiga ou

[239] *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2007, p. 86.
[240] Enquanto direito subjectivo público que confere ao indivíduo «o direito a receber o tratamento e a consideração de não responsável criminalmente, enquanto não for condenado, e, por isso, que, em quaisquer situações jurídicas, se não apliquem as consequências derivadas da prática do facto criminoso», reproduzindo Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 122.
[241] Defendendo esta extensão do princípio da presunção de inocência, Germano Marques da Silva, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, p. 52.
[242] Na terminologia de Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 214.
[243] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, Verbo, 6ª edição, 2010, p. 98.

que se julga[244]. Assim sendo, o Estado deve abster-se de intervir na compressão dos direitos fundamentais do arguido na medida do possível, de modo a que o tratamento processual seja orientado pela ideia de inocência e não de culpabilidade, pela ideia da manutenção dos seus direitos e não da sua supressão, de modo a que o arguido sofra o menos possível as consequências estigmatizantes inerentes à sua posição processual[245]. É importante realçar que a simples existência de um procedimento criminal a correr contra alguém já é, *de per se*, um sofrimento para o arguido[246], pelo que só uma justiça eficaz e célere, obviamente compatibilizada com as necessárias e imprescindíveis garantias de defesa, poderá emprestar sentido útil à presunção de inocência[247].

---

[244] Nas palavras de Rui Pinheiro e Artur Maurício «(…) representando o processo penal uma sucessão de actos integrados em diferentes fases, em que o juízo de suspeita sobre o arguido se modula consoante a consequência de tais fases (instrução, pronúncia, julgamento), assume especial relevância a estatuição de uma presunção que se diz acompanhar o arguido até ao trânsito em julgado da sentença condenatória», *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2007, p. 82.

[245] José Souto de Moura refere que «a segurança do arguido pede ao Estado que se abstenha de intervir na contenção ou eliminação dos seus direitos, e manifesta-se portanto numa resistência», *in* «Direito e processo penal actuais e consagração dos direitos do homem», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, nº 4, Out./Dez. 1991, p. 572. São os direitos/resistência que o A. faz coincidir com as liberdades e garantias do arguido (p. 581).

[246] Tanto o Ministério Público, como pelos órgãos de polícia criminal co-adjuvantes procediam à constituição de arguido com a finalidade de, daí em diante, investigarem, na vigência do art. 58º do CPP, na redacção anterior à Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto. Com a nova redacção de 2007 é obrigatória a constituição de arguido, correndo inquérito contra pessoa determinada, em relação à qual haja fundada suspeita da prática de crime, quando esta preste declarações perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal. A este propósito veja-se Germano Marques da Silva, «Arguido: do presumido inocente ao presumido culpado», *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Artur Anselmo*, Almedina, 2008, pp. 177 ss. Nesta reflexão o A. disserta sobre o conceito de arguido desde a reforma de 1972 (DL nº 185/72, de 25 de Maio, regulamentador da Lei nº 3/71, de 16 de Agosto que procedeu à revisão da Constituição Política de 1933), cujo estudo preparou, e sublinha a importância da aquisição da qualidade deste sujeito processual: passa a ser tomador de um conjunto de direitos atinentes à real e efectiva defesa, em conformidade com o preceituado na Constituição, que vai desde a presunção de inocência ao direito de nada declarar sobre os factos que lhe são imputados, garantias que de outro modo, não lhe assistiriam. Considera que actual "suspeita fundada" do art. 58º corresponde à «*forte suspeita de ter perpetrado uma infracção* na expressão daquela lei de 1972» (p. 180, itálico do Autor). Diz ainda que fica reservada para a doutrina e jurisprudência a «árdua tarefa da definição do estatuto do suspeito sujeito a investigação quando, correndo inquérito contra ela, for chamada a prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal. Não pode invocar o direito ao silêncio porque é direito inerente ao estatuto de arguido e não existindo ainda *forte suspeita*, mas simples suspeita, não deve ser-lhe atribuído esse estatuto e consequentemente reconhecido o direito ao silêncio! Nem é obrigatória a nomeação de defensor para o assistir no interrogatório. Resta ser o próprio a requerer a sua constituição como arguido (art. 59º, nº 2)» (pp. 180 e 181).

[247] Na promoção da aproximação dos procedimentos penais, nomeadamente em matéria de garantias processuais, a Comissão Europeia apresentou o Livro Verde sobre a presunção de inocência, de 26 de Abril de 2006. Enumerou um conjunto de perguntas sobre esta matéria e da consulta aos Estados--membros aferir-se-ia sobre a necessidade ou não de incluir numa proposta de decisão-quadro sobre as garantias relativas à prova, normas mínimas comuns aos Estados, na tentativa de obviar a problemas de interpretação e aplicação do princípio da presunção de inocência e suas decorrências, entre as quais se conta o direito à não auto-incriminação associado ao direito ao silêncio. Proíbe o recurso à coacção ou da força para obtenção de prova. Indica a necessidade de ponderação entre a necessidade de manutenção da segurança e ordem pública e os direitos do arguido. O acesso aos elementos de prova deve ser compatível com a garantia de um processo equitativo e de garantia de não auto-incriminação. Disponível em:

5. Conteúdo juridicamente protegido de outros princípios processuais-penais atinentes à prova: o princípio in dubio pro reo, o direito à não auto-incriminação e o direito ao silêncio

5.1. O princípio *in dubio pro reo*

I. Sempre que é perpetrada uma infracção criminal há um conflito de interesse público para o Estado dirimir pois que é o detentor do *ius puniendi*. Fá-lo munindo-se de provas que reúnem os indícios suficientes da prática da infracção, do seu agente e do seu grau de responsabilidade nela, no âmbito da actividade probatória lícita e admissível legalmente, seja nas fases preparatórias do julgamento, seja na própria fase de audiência de discussão e julgamento. O arguido nada tem de demonstrar, não tem de comprovar se participou ou não participou no cometimento do crime[248]. Partindo da importância do bem constitucional direito à liberdade, «o ónus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições»[249]. A absolvição por falta de prova quando resta uma dúvida no espírito do tribunal «não é consequência de qualquer ónus de prova, mas sim resultado da incidência *in dubio pro reo*»[250], princípio específico relativo à prova. Este princípio funciona como «regra interpretativa quando as provas deixam um estado anímico de dúvida no julgador»[251], ligado à presunção de inocência na sua particular dimensão de princípio de prova, de regra de valoração da prova, da sua insuficiência ou falta, a adoptar pelo julgador[252].

---

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2006/com2006_0174pt01.pdf, pp. 8 e 9 (acedido em 10 de Janeiro de 2012).

[248] O que impede o legislador ordinário de estabelecer a inversão do ónus de prova em desfavor do arguido. Acentuam Rui Pinheiro e Artur Maurício, *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2007, p. 88: «(…) devendo considerar-se revogados os preceitos que estabelecem presunções de culpabilidade» E exemplificam com o art. 169º do CPP de 1929 (valor dos autos de notícia – quando elaborados por agentes de autoridade relativamente a factos por si presenciados fazem fé em juízo).

[249] Segundo J. J. Gomes Canotilho, partindo da importância de certos e determinados bens constitucionais como o direito à liberdade, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 174.

[250] Jorge de Figueiredo Dias, «Ónus de alegar e provar em processo penal?», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3474, 1973, p. 140, nota 1 e *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 213.

[251] Nos termos em que ao princípio *in dubio pro reo* se refere Mercedes Pérez Manzano, «Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda», *Jueces para la democracia*, nº 67, Março 2010, p. 52.

[252] Em consequência não deve impender sobre o arguido a prova de causas de exclusão da ilicitude ou da culpa pois «poderia conduzir à condenação de uma pessoa por um facto que talvez pudesse não ser punível, por diversas circunstâncias, isto é, um facto que em qualquer das suas manifestações resultava duvidoso por falta de prova», Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 126. A dúvida que possa subsistir relativamente à verificação

Conforme refere Germano Marques da Silva, o processo só tem lugar porque subsiste desde o início uma dúvida, a dúvida sobre a participação do arguido nos factos e sobre o grau da sua culpabilidade[253]. Eliminar esta dúvida é o objectivo. Contudo, por vicissitudes várias, por vezes, a final, a dúvida permanece. Esta dúvida é suprida pelo efeito da dimensão probatória da presunção da inocência de que goza[254] dando lugar a uma decisão a favor do arguido, portanto, absolutória. Objectivamente esta decisão não é o mesmo que confirmar ou provar a inocência. A existência de absolvições materialmente injustas[255] é uma possibilidade real à luz do princípio *in dubio pro reo*, reivindicação de razões de segurança que devem acrescer, em processo penal, ao fim da justiça. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem reconhecendo que a absolvição resultante da aplicabilidade directa deste princípio deve ser impeditiva de o julgador fazer apreciações ou emitir opiniões em tom de dúvida ou interrogativo no momento de proferir a decisão, o que fragilizaria de forma inaceitável o princípio da presunção de inocência[256]. A condenação só pode ser resultado de provas lícitas, evidentes, claras e consistentes que demonstrem "para além da dúvida razoável" a culpabilidade do arguido. Pouco importa que a decisão absolutória seja injusta materialmente desde que com ela se evite a condenação de um inocente, desde que se preserve a liberdade de quem é inocente justamente porque num Estado de direito a regra é a salvaguarda do bem jurídico liberdade individual e a sua restrição constitui sempre a excepção[257].

Encontra-se ultrapassada a coincidência conceptual entre presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*[258]. A presunção de inocência acha o seu fundamento na lição do passado processual arbitrário com o «significado jurídico negativo de não

---

de tipos justificadores deve ser valorada a favor do arguido, Germano Marques da Silva, «Princípios Gerais do Processo Penal e Constituição da República Portuguesa», *Revista de Direito e Justiça da Universidade Católica Portuguesa*, vol. 3, 1987/88, p. 166.

[253] *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, Verbo, 6ª ed. revista e actualizada, 2010, p. 99.

[254] Veja-se Germano Marques da Silva, «Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)», *Lusíada*, nº 3, 2005, p. 74.

[255] Assim em Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 44.

[256] Veja-se a propósito o caso Lavlents *vs*. Letónia, de 28 de Novembro de 2002.

[257] «(...) a infracção do dever de não ingerência nos direitos fundamentais do cidadão por parte do Estado no uso do *ius puniendi* é um mal maior que a infracção do dever de protecção dos cidadãos face à criminalidade» assim o diz Mercedes Pérez Manzano, «Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda», *Jueces para la democracia*, nº 67, Março 2010, p. 59.

[258] Vejam-se as considerações expendidas por Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, pp. 211 a 219.

presunção de culpa»[259]. O princípio *in dubio pro reo* funda-se na necessidade de dar solução ao concreto problema do *non liquet*. Embora a resolução do problema tenha como pressuposto o alcance do princípio da presunção de inocência com incidência no âmbito probatório que impõe a absolvição, não são uma e a mesma realidade jurídica.

Como a Constituição da República Portuguesa não delimita o campo de actuação deste princípio, e porque na interpretação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais dos cidadãos, em caso de dúvida, se deve optar pela via «menos restritiva ou menos onerosa para a esfera de livre actuação dos indivíduos»[260], estamos legitimados a dar-lhe uma lata amplitude *favore reum*, considerando-o uma fonte de inspiração de toda a ordem normativa processual penal[261].

5.2. Direito à não auto-incriminação e direito ao silêncio

I. Apontamos algumas garantias do arguido relativas à prova em processo penal. Sobre o arguido não recai, ao contrário do que se verifica em sede de direito processual civil, o ónus de provar, de contraditar ou de impugnar, goza do direito de não se incriminar a si próprio, do direito de não responder a perguntas feitas sobre os factos que lhe são imputados, no todo ou parcialmente, ou do designado direito de participação passiva[262], ou seja, do chamado direito ao silêncio[263] ou do direito a recusar

[259] Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 355 (anotação ao art. 32º de Germano Marques da Silva).
[260] José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.
[261] O Acórdão nº 84-0089 do Tribunal Constitucional, de 19 de Fevereiro de 1986, dá ao princípio da presunção de inocência do arguido «uma pluralidade de sentidos que exigem a sua concretização e desenvolvimento progressivo perante as diversas situações processuais penais que para ela apelam, e não podem ser arbitrários ou desrazoável e inadequadamente multiplicados ou alargados. Um dos sentidos conduz ao cerne do próprio princípio da legalidade em processo penal; outro respeita ao significado e função do princípio *in dubio pro reo*; outro ainda acarreta a proibição de presunções de culpabilidade em processo penal».
[262] Como lhe chama José Lobo Moutinho, *Arguido e imputado no Processo Penal Português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2000, p. 49.
[263] Só por via reflexa o direito ao silêncio pode não favorecer o arguido: quando na averiguação dos factos não foi possível, através do princípio da investigação, apurar a existência de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa que efectivamente ocorreu no caso concreto e, o arguido, com a sua reserva, exercendo o direito ao silêncio, em nada contribuiu para a dilucidação destas questões. É nestas circunstâncias que o direito ao silêncio se pode converter num «*privilegium odiosum* para o arguido» nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 449. Sobre a particularidade do direito ao silêncio das pessoas colectivas, veja-se Germano Marques da Silva «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 800 e 801.

depoimento[264] — que em caso algum o pode prejudicar, não sendo nunca legítimo valorá-lo como presunção ou indício de culpabilidade ou como elemento a levar em conta na determinação do *quantum* da pena em caso de condenação —, do direito de não prestar juramento, do direito de não confessar mesmo sendo culpado da prática dos factos que lhe são imputados, enfim, de um conjunto de direitos que, na sua globalidade, determinam a não obrigatoriedade de o arguido colaborar para a descoberta da verdade[265].

II. O direito de não auto-inculpação, na formulação latina, o chamado *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou de acordo com a sua mais próxima origem anglo-saxónica, *privilege against self-incrimination* ou *the right against self-incrimination* e o direito ao silêncio vivem estreitamente ligados. Na base do direito ao silêncio está a tentativa de reagir à extorsão de declarações, informações e confissões ao arguido por meio de coacção, através do uso da força e tortura, concretizadas no processo inquisitório. O acusado era obrigado a prestar juramento antes da tomada de declarações, sob pena de cometer o crime de perjúrio, diante da lei dos homens e da justiça divina, com a finalidade de obtenção de uma confissão, modelo característico das práticas inquisitoriais e métodos eclesiásticos medievais utilizados no seio destes tribunais onde o dever de verdade estava profundamente associado ao juramento perante a entidade divina. Eram comuns os interrogatórios das pessoas sobre as suas convicções e práticas religiosas após prestação de juramento. Por sua vez, a prestação de juramento implicava a obrigatoriedade de o acusado dizer a verdade sobre factos que, à data do interrogatório, desconhecia completamente — inexistindo, muitas vezes, uma acusação ainda que meramente formal. A técnica era eficaz: a pessoa objecto de interrogatório, prestava juramento religioso e, por meio dele, comprometia-se a dizer a verdade sobre factos que

[264] Se assim não fosse, o arguido teria de apresentar a sua versão dos factos, pronunciando-se necessariamente sobre eles. Ora, quando assim é, o arguido acaba sempre por proferir afirmações e transmitir dados que o podem comprometer correndo o risco de estar a "ajudar-se" em primeira linha na sua acusação e, posteriormente, na sua condenação.

[265] Conteúdo negativo do estatuto de arguido ou exoneração de colaboração com a justiça. Veja-se José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Universidade Católica, 2002, pp. 344, 347 e 348. O Autor entende que o direito à não prestação de declarações prevista legalmente apenas quer afirmar o *modo* e o *tipo* de defesa que o arguido tem liberdade de adoptar pois que, a partir do momento em que constituído arguido, passa a ter que estar sempre disponível para com os órgãos de administração da justiça. No limite, a exoneração de colaboração com a administração da justiça poderia ser entendida como dispensa de o arguido participar activamente na sua própria condenação.
Vejam-se algumas normas do Código de Processo Penal a este propósito: arts. 59º, nº 2; 61º, nº 1, al. d), 132º, nº 2, 140º, nº 3; 141º, nº 5, 143º, nº 2, 144º, nº 1, 315º, nº 1; 343º, nº 1 e 344º.

não lhe eram dados a conhecer antecipadamente. As declarações eram o instrumento utilizado pelo tribunal para condenar[266]. Assumido este compromisso, a recusa de prestação de declarações importava três tipos de consequências: violação de um juramento religioso, desrespeito ao tribunal e impossibilidade de auto-incriminação. Foi o que fez, em 1637, John Lilburne, em Inglaterra, caso que veio a converter-se num marco determinante e significativo neste campo. A sua recusa de prestação de juramento *ex-officio* gerou a sua condenação[267]. A população insurgiu-se com protestos públicos que perduraram no tempo até que, em 1641, o Parlamento Inglês suprimiu dos tribunais este tipo de juramento, determinou a sua extinção e opôs-se à auto--incriminação. A partir de então, os processos eclesiásticos não poderiam ser instaurados *à* e *para* procura da prova fornecida pelo visado, mas só quando sobre a pessoa em concreto existissem fundadas suspeitas sobre a fé, suas crenças e práticas religiosas.

No panorama da *common law*, a Constituição norte-americana de 1787 não contemplava o direito ao silêncio pois que se dedicou somente a estabelecer regras sobre as relações de poder do Estado com a sociedade. Os direitos individuais só foram introduzidos, após ratificação em 1791, através das dez primeiras emendas à Constituição, as chamadas *Bill of Rights*. Esta prerrogativa veio a ter assento na Quinta Emenda Constitucional nos seguintes termos: *"No person (…) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law"* [268].

No âmbito do direito ao silêncio é de particular importância o conhecido caso Miranda *vs*. Estado do Arizona, de 1966[269], que deu lugar à fixação das designadas

---

[266] Era a chamada obrigatoriedade do juramento *ex-officio oath* ou *Star Chamber oath*. Os tribunais eclesiásticos de então, Court of Star Chamber e Court of High Commission, foram extintos com o fim do reinado dos Stuarts, em 1688. A tortura foi amplamente usada nas dinastias Tudor e Stuart (1485/1603 e 1603/1714) sobretudo por motivos de natureza política em que se investigavam alegadas conspirações contra a Coroa.

[267] Acusado de importar panfletos subversivos, foi condenado ao pagamento de uma pena de multa de 500 libras, chicoteado publicamente e colocado no pelourinho durante duas horas.

[268] Declara o direito de o acusado ficar calado para não se auto-incriminar proibindo que alguém seja compelido, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo, privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, assegurando que a propriedade privada tomada para o uso público, nunca o será sem justa compensação". Disponível em: http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=217 (acedido em 19 de Julho de 2012).

[269] Ernesto Miranda foi preso em Phoenix por crime de roubo (vulgo assalto à mão armada). Nas instalações da polícia, assinou uma declaração de confissão de um outro crime (violação) cometido poucos dias antes do roubo. Como a sua confissão foi determinante para a condenação, recorreu alegando que, na altura da emissão da declaração confessória, desconhecia ter direito a ser assistido por um advogado e a permanecer em silêncio. O Tribunal pronunciou-se no sentido de que não existe processo justo e equitativo se o arguido não for devidamente informado dos direitos que lhe assistem, tendo

Miranda warnings ou *Miranda rules.* Estas alargaram o *privilege against self--incrimination* a outras fases processuais que não o mero julgamento onde já era reconhecido. Resumem-se ao seguinte: qualquer pessoa, seja na qualidade de suspeito, seja na qualidade de arguido, tem o direito de ser advertida e esclarecida dos direitos que lhe assistem, nomeadamente o de não produzir prova contra si própria e de permanecer em silêncio perante as autoridades, sejam elas judiciárias ou policiais, em qualquer fase processual, relativamente aos factos que lhe são imputados.

III. Enquanto o direito ao silêncio tem consagração legal no direito processual penal português no art. 61º, nº 1, al. d), o direito à não auto-incriminação é uma criação doutrinária amplamente reconhecida pela jurisprudência[270]. É apontado como um direito fundamental do arguido, não formalmente constitucional, preenchido e completado pelo modelo do direito ao silêncio na esteira dos direitos fundamentais "implícitos"[271]. É um *direito de liberdade — da liberdade de defesa e para a defesa do arguido face às prerrogativas do Estado no exercício do poder punitivo* — uma das expressões do princípio da presunção da inocência, mais um direito a associar ao acervo dos direitos fundamentais jusconstitucionais — falamos aqui na acepção da Constituição em sentido material.

Trata-se de colocar o direito de liberdade do cidadão ao serviço da liberdade de depor, declarar e expor o que tiver por conveniente em prol da sua defesa, isentando o arguido do dever de contribuir para a sua acusação ou condenação — um espaço individual intangível subtraído às mãos dos órgãos e agentes competentes para o

---

anulado a sentença. «Em *Miranda v. Arizona* a dignidade humana emerge como argumento central a propósito da prerrogativa contra a auto-incriminação (…)», assim o diz Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2011, p. 224. Esclarece que as regras *Miranda* só inviabilizam a confissão forçada e, portanto, impedem a sua utilização em julgamento desde que ilegitimamente obtida; se a confissão for voluntária, livre e esclarecida com a advertência de que "tudo o que o arguido disser pode ser usado contra si", então já fará parte integrante do elenco das provas permitidas (p. 232).

[270] Neste sentido o Acórdão do TC nº 418/2013, relativo ao Proc. nº 120/2011, de 15/07/2013: «O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, não se encontrando expressa e diretamente consagrado no texto constitucional, constitui um corolário da tutela de valores ou direitos fundamentais, com directa consagração constitucional, que a doutrina vem referindo como correspondendo à dignidade humana, à liberdade de acção e à presunção de inocência».

[271] Na recente Directiva 2012/13/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2012 que estabelece as regras relativas ao direito à informação dos suspeitos ou acusados sobre os seus direitos em processo penal e sobre a acusação contra eles formulada e as regras relativas ao direito à informação das pessoas submetidas a um mandado de detenção europeu sobre os seus direitos, o "direito ao silêncio" foi apreciado e encarado como uma das prerrogativas de que devem gozar todos os suspeitos ou acusados de uma infracção criminal, uma exigência do conteúdo mínimo do direito à informação que deve ser dispensado ao arguido, oralmente ou por escrito, em linguagem simples e acessível. Está consagrado no art. 3º, al. e) desta Directiva. Em: JO L 142/5 de 01/06/2012.

exercício do poder punitivo. Não recai sobre o arguido nenhum dever geral de cooperação na descoberta da verdade nem «sequer um *dever de verdade*»[272]. A adopção do direito à não auto-incriminação confere ao arguido o poder de conformação da sua defesa nada dizendo sobre a questão controvertida, tutela-o da auto-inculpação coerciva, sustenta a afirmação de que ele não é um simples objecto ou meio de prova e reconhece-lhe a qualidade de sujeito processual num processo penal de estrutura acusatória, superando a condição de *coisa* que lhe era atribuída no processo de natureza inquisitória.

O art. 1º proclamando a dignidade da pessoa humana, o nº 8 do art. 32º ao prescrever a nulidade das provas obtidas mediante tortura, coacção e ofensa à integridade física ou moral da pessoa, ambos da Constituição da República Portuguesa, o acima referenciado art. 61º, nº 1, al. d) do Código de Processo Penal e o nº 5 do art. 58º do Código de Processo Penal que determina a não utilizabilidade das declarações prestadas com omissão ou violação do dever de esclarecimento sobre os direitos e deveres processuais do arguido[273], materializam, no nosso direito positivo, o direito à liberdade de declarar e de depor. Definem por via indirecta o direito à não auto-incriminação. Muitas mais normas poderíamos referenciar entre as quais realçamos o art. 126º relativo aos métodos proibidos de prova e os arts. 343º a 345º do Código de Processo Penal, estes concernentes às declarações e confissão do arguido em fase de audiência de julgamento.

Em Portugal o desencorajamento legal da utilização de meios ilegítimos para obtenção da confissão e a necessidade de obstar às auto-incriminações — muitas vezes falsas e ou motivadas por factores afectivos ou causas psicopatológicas — esteve presente no art. 174º do Código de Processo Penal de 1929, norma inserida no capítulo relativo ao "Corpo do Delito" que se estendia a todas as fases processuais: a confissão do arguido, desacompanhada de quaisquer outros elementos de prova, não valia como

[272] Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, p. 121.
«Direito de não colaborar, de mentir ou de se calar» expressões utilizadas por Maria Fernanda Palma, «A constitucionalidade do art. 342º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)», *Revista do Ministério Público*, Ano 15, Out./Dez. 1994, nº 60, p. 104.
Sobre o "direito a mentir", ver Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, pp. 450 ss. Não aceita o "direito a mentir" e reconhece não existir legalmente o correlativo "dever de verdade" no respeitante aos factos objecto da acusação, por isso, entende «ser *inexigível* dos arguidos o cumprimento do dever de verdade» (p. 451).
[273] As autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal, perante os quais o arguido tem o dever de comparecer, são obrigados a esclarecer o sentido do direito ao silêncio. O incumprimento é sancionado com a proibição de valoração da prova obtida em desconformidade com a lei. Ver para além do art. 58º, nºs 2 e 5, os arts. 61º, nº 1, al. h), 141º, nº 4, 143º, nº 2 e 343º, nº 2, todos do CPP.

corpo de delito e em caso de confissão o juiz deveria proceder a todas as diligências para apurar a verdade, devendo investigar, se a confissão era ou não verdadeira.

IV. Utilizando o princípio da interpretação conforme a Constituição que permite que o Tribunal Constitucional delimite ou complemente a vontade do legislador[274], esta instância já tomou posição a propósito da relevância deste princípio, no Acórdão nº 95-695-1[275], tendo julgado inconstitucional a norma do então art. 342º, nº 2 do Código de Processo Penal[276] relativa às perguntas sobre os antecedentes criminais do arguido feitas logo no início da audiência de julgamento e considerado que «a imposição ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais no início da audiência de julgamento *viola o direito ao silêncio que integra as garantias de defesa do arguido*»[277]. Chamamos ao nosso discurso o Tribunal Constitucional por ser a mais alta instância nacional a cumprir a insubstituível função de interpretação e "revitalização dos princípios garantísticos processuais"[278]. O art. 342º do Código de Processo Penal, com a redacção dada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, prescrevia a responsabilidade criminal do arguido por não responder às perguntas feitas ou por faltar à verdade, após advertência do tribunal, sobre a sua identidade e antecedentes criminais[279]. A Lei nº 19/2013, de 21 de Fevereiro, na nova redacção da norma

[274] Veja-se o ensinamento de Cristina M. M. Queiroz, «O princípio da interpretação conforme a Constituição. Questões e perspectivas», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, p. 324 sobre esta questão: «(…) o recurso ao princípio da interpretação conforme não será admissível quando disponha "contra" um fim legítimo prosseguido pelo legislador, que não pode resultar modificado ou alterado nos seus aspectos e elementos essenciais. O princípio da interpretação conforme não pode dispor contra um objectivo deixado claro pelo legislador, sempre que esse objectivo se apresentar como "legítimo" e "possível" à luz da Constituição ou dos princípios nela consignados».

[275] De 05/12/95 (relator: Vítor Nunes de Almeida).

[276] Hoje com nova redacção dada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto.

[277] Itálico nosso.

[278] Laura Zúñiga Rodríguez, *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 216.

[279] Sobre a discussão da inconstitucionalidade do art. 342º do CPP (na redacção anterior à revisão de 2007), cfr. Maria Fernanda Palma, «A constitucionalidade do art. 342º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)», *Revista do Ministério Público*, Ano 15, Out./Dez. 1994, nº 60, pp. 101 ss. Explica que sendo o direito processual penal um processo de estrutura predominantemente acusatória integrado pelo princípio da investigação e o direito substantivo não um direito penal do autor, mas, antes, um direito penal do facto, a verdade é que a existência de antecedentes é um elemento da acusação que virá a ser valorado em sede de julgamento final. Por isso, a obrigação de o arguido dizer a verdade no que respeita a este aspecto, impõe-lhe o dever de colaborar com a justiça no sentido de ajudar a acusação a provar os factos que lhe são imputados relevantes para a graduação da pena, por exemplo, na avaliação da personalidade do arguido manifestada no facto. Por outro lado, a obrigatoriedade imposta pelo art. 342º do CPP de revelação por parte do arguido da existência de processos pendentes é feita em momento anterior à prova do facto típico, ilícito e culposo de que está acusado, o que pode fazer criar no julgador «uma presunção empírica de culpa do agente» (p. 106). Acrescenta que as garantias de defesa consagradas constitucionalmente no art. 32º, "estando funcionalmente ligadas à estrutura acusatória do processo, prevalecem, na sua substância, sobre a verdade material" e que esses dados podem ser obtidos pelo tribunal, ao abrigo do princípio da investigação, pelas vias normais institucionais (p. 107). Diz: «A

constante do nº 2 do art. 359º do Código Penal, já estabelece a concordância deste tipo legal com a alteração do nº 1 do art. 342º do Código de Processo Penal proveniente da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro. São descriminalizadas as falsas declarações do arguido sobre os seus antecedentes criminais, incriminação que era, de resto, para além de uma incongruência legal, uma inutilidade, por os antecedentes criminais deverem constar do certificado do registo criminal[280]. A Lei nº 20/2013 pôs em consonância, neste aspecto, o dever prescrito no art. 61º, nº 3, al. b) de o arguido responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade, expurgando a parte relativa à veracidade sobre os seus antecedentes criminais[281].

V. A determinação do alcance do direito à não auto-incriminação não está isenta de dificuldades.

a) Um primeiro problema diz respeito ao seu fundamento. São fundamentalmente duas as perspectivas teóricas em que se suporta o direito à não auto--incriminação ou *nemo tenetur se ipsum accusare*: a substantiva e a processualista.

A inviolabilidade da dignidade da pessoa humana é o elemento polarizador da perspectiva substantiva apoiada pela jurisprudência constitucional alemã. O direito à não auto-incriminação ergue-se a partir dela. O princípio da dignidade da pessoa humana implica o postulado da inevitabilidade de uma área de tutela do arguido contra a

---

restrição da liberdade e das garantias de defesa através da incriminação da ocultação de tais dados não se legitima no conflito de interesses subjacente» (p. 108). Nestes termos, a incriminação resultante da ocultação ou inverdade destes elementos não está legitimada pelo art. 18º, nº 2 da CRP, por falta de necessidade ou carência de tutela penal. Trata-se de uma verdadeira restrição ao direito de defesa que pode condicionar a estratégia de defesa (uma vez que tem de ser revelada logo no início da audiência de julgamento) não justificável pela simples necessidade de apurar a verdade material.

[280] No sentido da concordância com a alteração do nº 2 do art. 359º do CP, veja-se Germano Marques da Silva, Relator e Presidente do Gabinete de Estudos da Ordem dos Advogados. *Pareceres do Gabinete de Estudos – Projecto de Proposta de Lei que visa a alteração do Código Penal*, Lisboa, 29 de Abril de 2012, disponível em: www.oa.pt (acedido em 09 de Maio de 2012).

[281] Em consequência da actividade incessante do legislador que se tem traduzido numa proliferação normativa — em parte produto da gigantesca velocidade a que surgem novos problemas internos e internacionais a que cumpre dar resposta — têm vindo a multiplicar-se normas com âmbitos de aplicabilidade incoincidentes e não consentâneas umas com as outras. Ferindo o princípio da unidade da ordem jurídica — factor de insegurança e de "perda de identidade do próprio ordenamento" (designação da autoria de Joaquim Freitas Rocha, «Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, pp. 390 e 408) — e pondo em risco o princípio da confiança. Por vezes, a atenção dos órgãos legislativos está toda centralizada num conjunto de problemas, ou por tendência pregada pelos órgãos de comunicação social, ou por obrigações impostas externamente de transposição legislativa, não deixando nem tempo, nem espaço para a ordenação e harmonização da normação interna. Esta perda de identidade transforma o ordenamento num «conjunto desordenado de componentes diversas e com pouca relação entre si, perdendo-se o carácter sistémico» (Do mesmo Autor, p. 390). Não sabemos se foi devido a estas razões que se mantinha a incriminação do nº 2 do art. 359º do CP que punia com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa o arguido relativamente à prestação de falsas declarações sobre a sua identidade e antecedentes criminais.

auto-incriminação forçada e os exageros do passado no âmbito da administração da justiça criminal. Uma segunda vertente desta, defendida pela doutrina alemã dominante, ampara o direito à não auto-incriminação no direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou "liberdade geral de acção"[282], consagrado no art. 2º, nº 1 da Lei Fundamental germânica, segundo o entendimento de que este direito afiança a não utilização do arguido como mero instrumento ou objecto do processo. Nesta linha de pensamento é também singularizada a liberdade, a integridade física e moral e a autonomia da pessoa humana enquanto sustentáculo da não auto-incriminação no sentido em que afirmava Jorge de Figueiredo Dias: «(…) *todos os actos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre personalidade*»[283].

A segunda perspectiva — reflexão processualista — alicerça o direito à não auto-inculpação na co-substancialidade de duas garantias jurídico-constitucionais precisas inerentes ao estatuto do arguido — princípio da presunção da inocência e direito a um processo justo e equitativo respectivamente, arts. 32º, nº 2 e 20º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa[284] — florescência destas garantias formal e materialmente constitucionais que cumpre concretizar na pragmaticidade das relações entre o Estado-administração e o indivíduo quando no exercício do *ius puniendi*. O *nemo tenetur* resulta da materialização e realização destas garantias.

b) Outra ordem de problema é a que pensa o estatuto do arguido — nele incluídos os correspondentes direitos e deveres processuais — e a sua consonância com a obtenção e utilização de determinados meios de prova.

Afirmar o arguido como *sujeito* do processo não é o mesmo que dizer que ele não pode ser *meio de prova*. Declarar o arguido como *sujeito* do processo é assegurar que ele tenha «uma posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através de *autónomos direitos processuais*,

[282] Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, p. 125.
[283] *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 430 (itálico do Autor).
[284] A doutrina portuguesa que se tem debruçado sobre esta matéria é partidária da perspectiva processualista ou adjectiva por entender que são as concretas garantias jurídico-constitucionais que são a fonte directa e imediata do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou *prodere*) já que o princípio da dignidade humana e o direito à liberdade e à autonomia pessoal mais não são do que fontes indirectas por serem garantias que enformam não um direito em especial mas, na globalidade, todo o direito processual penal. Assim Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade / Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 41 e 42.

legalmente definidos que hão-de ser respeitados por *todos* os intervenientes no processo penal»[285].

A actividade probatória aplica medidas coactivas ao arguido enquanto *meio de prova* que exigem dele dois tipos de comportamento: por acção ou por omissão. Muitas são as situações em que o processo penal português constrange o arguido a uma actividade (um *facere*), outras vezes impõe-lhe uma atitude de tolerância em face da uma actividade dos órgãos e agentes estaduais (um *non facere*). Reproduzindo Wolfslast «não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e livre, mas também quando (…) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova»[286]. O arguido constrangido a sofrer ou a suportar uma diligência de investigação sobre si mesmo é meio de prova contra si próprio. A dignidade da pessoa humana pode ser igualmente posta em causa quer com a acção, quer com a omissão imposta. Diz a Autora que não existe, neste domínio, diferença qualitativa entre acção e omissão[287]. Se o arguido pode não prestar declarações sobre os factos que lhe são atribuídos, se pode prestar declarações só sobre parte deles e se do seu silêncio, total ou parcial, não serão extraídas ilações que o desfavoreçam, como resolver quando o arguido não consente ou se furta a uma diligência probatória coactiva? Equivale ao silêncio? A recusa fica sujeita à livre apreciação da prova? Como entender e compatibilizar a colaboração activa e a colaboração passiva no âmbito das provas coactivas com o direito à não auto--incriminação? Quando o arguido se cala prescinde de explanar a sua verdade e de expor o seu ponto de vista, renuncia ao exercício do direito de defesa através da modalidade do uso da liberdade de não declarar ou não depor. A vontade do arguido titular do direito à liberdade e à integridade física e moral produz efeitos jurídicos quando vai no sentido de recusar uma diligência de prova imposta coactivamente? Estar-se-á perante uma diminuição admissível dos direitos do arguido? Não é possível extrair imediatamente dos textos legislativos — Constituição e Código de Processo Penal — respostas claras e simples para estas questões.

---

[285] Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, pp. 429 e 430 (itálico do Autor).

[286] In *NStZ* 1987, p. 104, *apud* Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, pp. 127 e 128.

[287] Diz Wolfslast «O tormento, a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em caso de colaboração activa», exemplificando com a prova por reconhecimento em que o arguido é obrigado a manter uma certa postura física e expressão facial, In *NStZ* 1987, p. 104, *apud* Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, p. 128.

5.2.1. Uma particular questão sobre o direito do arguido ao silêncio — o instituto da confissão no Código de Processo Penal: de instrumento de defesa ao dever de colaboração?

I. Prestando declarações sobre o objecto do processo, o arguido pode confessar a prática dos factos em qualquer fase processual[288]. Particularmente aquando da produção da prova na fase da audiência de discussão e julgamento, o presidente informará o arguido deste direito comunicando-lhe que a tal não é obrigado e que do seu silêncio não se extrairão consequências que o desfavoreçam. Mais: o tribunal ouvirá o arguido em tudo quanto ele disser sobre o objecto do processo sem que possa manifestar qualquer opinião ou tecer quaisquer comentários donde se possa inferir um juízo sobre a culpabilidade deste. É o que resulta do disposto no nº 2 do art. 343º do Código de Processo Penal[289]. Caso o arguido pretenda confessar os factos que lhe são imputados, recai sobre o presidente a obrigação de lhe perguntar, sob pena de nulidade, se a confissão é voluntária, livre de qualquer coacção e se é integral e sem reservas. Caberá ao julgador apreciar se a confissão reveste estas características e essa avaliação estará sujeita ao princípio da livre apreciação da prova. A confissão integral e sem reservas tem como consequências, desde que se reporte a crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos de prisão, não existam co-arguidos, ou havendo-os, todos eles confessem sem reservas e integralmente, desde que o tribunal não duvide do carácter livre desta: (a) renúncia à produção da prova e consequente consideração dos factos imputados ao arguido como provados; (b) passagem directa à fase das alegações orais e à determinação da sanção aplicável, caso não existam motivos para a absolvição — como acontecerá se se verificar uma causa de exclusão da ilicitude ou uma causa de exclusão da culpa; (c) redução da taxa de justiça em metade. De outro modo, a produção de todos os meios de prova terá que ter sempre lugar caso existam co-arguidos e estes não confessem todos integralmente, sem reservas e de forma coerente, ou o tribunal

[288] Uma faculdade legal paradoxal da «herança mais remota (…) constituída por um processo inquisitório dependente da palavra do arguido, em que o silêncio era uma ofensa à correcta administração da justiça e o direito formal de não falar na audiência de julgamento convivia com a utilização das declarações anteriormente extraídas (muitas vezes com recurso à tortura) como elemento probatório fundamental», assim o salienta Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2011, p. 554.

[289] Durante a audiência o acusado é tão parte como a acusação e, portanto, deve ser tratado nessa condição, como todos os cidadãos honestos, porque não perde, por ser arguido, o seu *stato civil*. É o que defende Tibor Király, «Significato e valore della presunzione d'innocenza», *L'Indice Penale*, Ano XXVI, nº 1, Jan./Abr. 1992, p. 8.

tenha motivos para suspeitar do carácter livre da confissão, ou se o crime imputado for punível com pena de prisão superior a cinco anos.

Pode suceder que um arguido tenha utilizado a prerrogativa do direito ao silêncio durante todas as fases processuais e, em julgamento, ultrapassada a fase da produção da prova, pretenda usar da palavra, findas as alegações orais. Coloque-se a hipótese de, neste momento, o arguido decidir confessar e efectivamente acabar por confessar os factos objecto do processo. De acordo com o estatuído no nº 1 do art. 361º do Código de Processo Penal, nestas últimas — e, no caso, primeiras — declarações do arguido, o juiz só o ouvirá "em tudo o que declarar a bem da sua defesa", ou seja, "tudo o que lhe seja favorável e tudo o que não lhe seja desfavorável" pelo que a confissão será inútil, não produzirá quaisquer efeitos probatórios e nunca sustentará de *per se* uma condenação, na falta de outros elementos de prova que formem a convicção do julgador nesse sentido[290].

II. Está afastada na nossa ordem normativa processual penal a americana "justiça negociada" da *plea bargaining ou plea negotiation* em que o promotor de justiça pode, antes da fase do julgamento público, negociar o conteúdo da acusação, retirar certas acusações ou reduzir algumas acusações em termos de gravidade se o arguido aceitar declarar-se culpado (*guilty plea*), como afastada está, em sede de julgamento, a possibilidade de negociação da culpabilidade e da sanção (respectivamente *charge bargaining* e *sentencing bargaining*). Sabe-se que um elevado número de procedimentos criminais — cerca de 90% — tanto nos sistemas federais, como no sistema estadual dos Estados Unidos, são resolvidos por este meio, afirmando-se assim, como prática, um sistema diverso do princípio-regra do "sistema de justiça penal adversarial" norte-americano em que os factos são discutidos e as provas são apresentadas numa audiência oral e pública presidida por um juiz. Contudo, a declaração de culpa é aferida por um juiz a fim de determinar se tal declaração é consciente e voluntária e ainda se é aceitável perante a factualidade típica, o que não é bastante para se não vislumbrar na experiência e rotina norte-americana um desajustamento com a garantia *due process of law* introduzida pela 14ª emenda constitucional.

[290] Assim Rodrigo Santiago, «O defensor e o arguido no processo penal português: aspectos polémicos», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, nº 2, Abr./Jun. 2007, pp. 220 e 221.

Jorge de Figueiredo Dias defende que se trata de «um instituto que revela, face aos processos penais europeus continentais, um ponto modificado de equilíbrio (uma diversa «concordância prática») dos princípios, conflituantes em todo o processo penal, da realização do interesse do Estado e da comunidade na administração da justiça, por um lado, e da defesa consistente dos direitos, liberdades e garantias dos implicados no processo, por outro»[291]. Realça Germano Marques da Silva que a consensualização do procedimento visa essencialmente a celeridade processual ainda que com prejuízo da verdade material[292].

III. No que ao instituto da confissão diz respeito, o legislador, na senda das proibições de prova em processo penal, procurou regular os efeitos desta na imputação dos factos ao arguido na fase do julgamento.

a) Era um dado adquirido que de nada serviria uma confissão no inquérito ou na instrução, se o arguido, na fase do julgamento decidisse usar o seu direito ao silêncio. Por dois motivos: a acusação ou a pronúncia deverá assentar em provas que a sustentem, para além da dita confissão, se a houver, e na fase de julgamento, as declarações confessórias anteriormente prestadas pelo arguido não podiam ser lidas se em sede de julgamento usasse o seu direito a nada dizer. Era o que resultava, de resto, da interpretação *a contrario*[293] do art. 357º, nº 1, al. b) do Código de Processo Penal na redacção anterior à Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, pois as discrepâncias ou contradições entre as declarações anteriores e as feitas em audiência só se verificariam se o arguido entretanto produzisse diferentes declarações sobre os factos. A proibição contida neste normativo, concedendo ao arguido o direito a arrepender-se do que anteriormente havia dito[294], consentia a adopção de uma diferente estratégia no

[291] *Acordos sobre a sentença em processo penal – o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 17. Sobre os principais argumentos contra e a favor dos Acordos em processo penal, veja-se o Autor nas pp. 31 e 32: o processo penal não é um processo de partes, daí a indisponibilidade do seu objecto onde se inscreve a questão da culpabilidade e da sanção; mesmo assim, o processo penal dispõe de institutos como o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo em que os sujeitos processuais buscam um entendimento sobre o desfecho do processo, o que leva a dizer que não são impossíveis de obter nem estão proibidos, em nome da celeridade e economia processual.

[292] «Os novos desafios do Processo Penal», *II Congresso de Processo Penal*, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Comissão Científica de Germano Marques da Silva e Anabela Miranda Rodrigues, Almedina, 2006, p. 300.

[293] Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 856.

[294] «Na dimensão subjectiva emerge um direito ao arrependimento por ter falado voluntariamente, permitindo-se a retratação sem consequências desvantajosas por via do superveniente silêncio (…)»,

exercício efectivo do direito de defesa. A proibição de prova contida no art. 357º do Código de Processo Penal anterior à redacção de 2013 assentava na necessidade de protecção do arguido face aos mecanismos procedimentais resultantes do passado inquisitório do processo penal. Esta proibição de prova explicava parcialmente o preceituado no art. 355º do mesmo Código: *não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência*. Ou seja, o arguido tinha a segurança de que tudo o que havia dito para trás não influenciaria a decisão judicial final. A decisão final só poderia ser o resultado de provas produzidas na audiência de julgamento e só com base nessas provas poderia o arguido ser condenado. Salvas as excepções referenciadas e previstas legalmente, as declarações anteriormente prestadas não tinham efeitos probatórios directos, sendo, por isso, desatendidas para a formação da convicção da decisão final.

b) Qual o estado de coisas actualmente no que respeita ao interrogatório do arguido em audiência de julgamento? A entrada em vigor da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro[295] introduziu mais um elemento de prova em sede de julgamento ― a leitura

---

refere Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2011, p. 569.

[295] A Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, resultou de uma modificação apelidada expressamente na exposição de motivos do projecto de proposta de lei de "alteração pontual ao Código de Processo Penal de 1987". O principal argumento invocado na exposição de motivos foi o da necessidade de pacificação da população perante "a indignação social e incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema de justiça". O mote foram as ambiguidades e complexidades que se geraram no seio da colectividade que não está apta a compreender nem dotada dos conhecimentos técnicos para interpretar que o Direito é um *todo múltiplo* e que os institutos jurídicos não resistem a contrastes causados pela necessidade de os governos acalmarem os ânimos menos esclarecidos. O caminho para fazer frente aos problemas que assombram a justiça criminal despontou do sensacionalismo jornalístico e da resposta pronta à emoção e agitação da opinião pública mal informada. Pode facilitar a entrada num processo penal de pendor securitário ou justicialista, pondo em causa a vigência efectiva dos direitos, liberdades e garantias processuais, que não serve o homem, nem a liberdade, nem a esperança, nem a confiança, nem o crédito nas instituições judiciárias. Serve a segurança, é certo, mas despida das garantias do Estado de direito. Dizia Cesare Beccaria: «Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as luzes acompanhem a liberdade» em *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 155, no capítulo XLII "Das Ciências" onde faz uma avaliação do poder e força da lei face a um povo ignorante e face a um povo esclarecido. É muito pertinente, a este respeito, a reflexão de Rui Patrício, por nos alertar para os malefícios da "manta de retalhos" que resulta das sucessivas alterações, revisões e reformas do Código de Processo Penal. Com a lucidez característica de quem se preocupa com os direitos fundamentais, pensa e repensa o modelo de processo penal e valoriza a pessoa humana, diz: «Constitui património do ensino da Introdução ou da Teoria Geral do Direito frisar que os Códigos são leis para durar, são edifícios complexos, com uma estrutura e uma harmonia globais» (…). «Por muito que os opinadores e as carpideiras de serviço rasguem as vestes a respeito do valor do silêncio, em julgamento, do arguido que antes confessara, isso tem uma lógica, tem uma razão de ser, revela uma opção sócio-política sobre o processo e sobre a concepção do Estado. Não é sagrado que continue a ser assim, mas se é para mudar que se discuta realmente o que está em causa, a questão-mãe, e não apenas a questão-filha, como se esta fosse um detalhe, e como se um resultado (para mais num dado processo) ser ou não ser chocante para o cidadão-espectador ou para o cidadão-leitor fosse – pudesse ser – o critério base da organização sócio-

das declarações que o arguido tiver prestado perante autoridade judiciária — mesmo quando, nesta fase, decida e seja sua vontade expressa não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados. A reprodução ou leitura de declarações anteriormente prestadas pelo arguido é permitida: (a) a sua solicitação seja qual for a entidade perante a qual tenham sido prestadas; (b) quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária [juiz, juiz de instrução e ministério público], com assistência de defensor e desde que o arguido tenha sido informado de que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova. Ou seja, mesmo que o arguido decida não prestar declarações em

---

-política e dos seus instrumentos legislativos…», em «O Código de Processo Penal no regaço de Penélope», *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 86, Janeiro, 2012, pp. 42 e 43. Acrescentamos que a densidade das alterações legislativas podem abalroar a matriz histórico-cultural do código de processo penal português contemporâneo, a estrutura prevalentemente acusatória do processo penal, a comunicação dialogante com a Constituição da República Portuguesa, enfim, as traves fundantes e sustentadoras de um processo penal *das pessoas* e *para as pessoas* – a liberdade e a segurança – como ele se assumiu no preâmbulo do DL nº 78/87, de 17 de Fevereiro, que aprovou o respectivo Código.

A este título, são paradigmáticas as preocupações manifestadas por Germano Marques da Silva sobre as então anunciadas modificações: «E receamos que as alterações em curso sejam antes o resultado das intuições de alguns juristas e políticos inspiradas por um certo populismo em matéria de combate ao crime que parece ter-se apoderado da sociedade portuguesa ou pelo menos dos meios de comunicação social. É em nome da eficácia no combate ao crime que ao longo da história se têm cometido os mais graves atentados aos direitos humanos». Acrescenta que a alteração proposta «significa uma importante limitação do direito ao silêncio». E após reflexão sobre as declarações do arguido como meio de prova em julgamento e apresentação de dificuldades de ordem técnica e prática à exequibilidade do proposto art. 357º, conclui tratar-se de «um retrocesso grave em termos de garantias da defesa no processo penal», Relator e Presidente do Gabinete de Estudos da Ordem dos Advogados. *Pareceres do Gabinete de Estudos* – Projecto de Proposta de Lei que visa a alteração do Código de Processo Penal, Lisboa, 01 de Maio de 2012, disponível em: www.oa.pt (acedido em 09 de Maio de 2012). Sobre esta alteração legislativa veja-se o Parecer da Ordem dos Advogados sobre o projecto de proposta de lei de alteração do CPP, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31632&ida=115190 (acedido em 09 de Janeiro de 2012) e «Proposta de alteração ao Código de Processo Penal é inconstitucional», *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 86, Janeiro, 2012, p. 11, onde a Ordem dos Advogados noticia a sua posição sobre as propostas de alteração ao Código de Processo Penal e a sua tomada de posição pela inconstitucionalidade da permissão da leitura das declarações que o arguido tiver prestado nas fases de inquérito e de instrução (perante o juiz ou perante o Ministério Público) por violação da norma do nº 1 do art. 32º da Constituição que prevê que o processo criminal assegure todas as garantias de defesa, nas quais se conta o direito ao silêncio. E considera haver, ainda, violação do disposto na al. g) do nº 3 do art. 14º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adoptado pelas Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966 (que entrou em vigor em Portugal em 15 de Setembro de 1978).

Vem aqui a propósito lembrar a relacionação íntima entre a protecção da segurança, estabilidade e da confiança e o "princípio da irreversibilidade" ou "proibição do retrocesso" como forma de salvaguarda dos direitos adquiridos que protegem os cidadãos de actos e omissões por parte do Estado que afectem o conteúdo mínimo e essencial de cada um dos direitos fundamentais e contra retrocessos não devidamente necessários e justificados (muito embora saibamos que tal princípio, que data da década de 70 do século XX, surgiu na Alemanha, da necessidade de conferir protecção a direitos sem assento constitucional, mormente os de índole social, para travar reformas do poder político neste sector provenientes do argumento da insustentabilidade financeira). Se assim se discute sobre a manutenção dos níveis de protecção social, por maioria de razão, se deverá entender que direitos de natureza formal e materialmente constitucional não poderão sofrer encurtamentos ou diminuições sem razoabilidade explicitada.

sede de audiência de julgamento, as declarações prestadas nas fases antecedentes podem ser lidas e têm relevo probatório, são valoráveis como quaisquer outros meios de prova para a formação da convicção do tribunal. À semelhança do direito norte-americano em que o arguido depois de advertido de que 'tudo o que disser pode ser utilizado contra si', desde que voluntariamente prescinda do direito ao silêncio, depois de prestar declarações, não pode voltar atrás.

Atente-se que, afastado o princípio da não utilizabilidade das declarações anteriormente prestadas, a confissão que delas constar passa a ser um elemento de prova dos factos e do juízo de culpabilidade do arguido em sede de audiência de julgamento. Se o arguido, em julgamento, alterar o conteúdo das suas anteriores declarações, as prestadas anteriormente serão conjuntamente valoradas pelo tribunal. Até aqui a defesa podia centrar-se em duas vias possíveis: a constitutiva ou positiva, em que o arguido intervinha activamente, prestando declarações que sabia poderem servir de elemento de investigação, mas não de condenação, ou a negativa, em que o arguido se reservava o direito de nada dizer ou fazer já que se presumia inocente. Mais ainda: o arguido, ao longo das várias fases processuais, podia ser senhor de adoptar diferentes estratégias de defesa, aprimorando-as ou desistindo de uma linha de actuação e investindo numa outra, em que umas passariam por falar, contraditar, aduzir argumentos, apresentar o seu ponto de vista sobre os factos e requerer meios de prova, outras, pelo emudecimento. Para além de gozar da expectativa de que as declarações por si prestadas em inquérito não iam ser usadas senão na actividade indagatória do Ministério Público. Esta realidade é agora desconstruída. A alteração legislativa em causa modera o princípio da construção funcional da fase do inquérito[296] com a admissibilidade da utilização das declarações prestadas pelo arguido antes da fase de audiência de julgamento e ao vinculá-lo ao que disse em fase anterior à audiência de discussão e julgamento, o que se reflecte ao nível

[296] Explica Paulo Dá Mesquita, «O Código de Processo Penal de 1987 consagrou, enquanto corolário da estrutura acusatória do processo penal, o inquérito como fase processual teleologicamente vinculada a uma decisão sobre o exercício da acção penal. Opção que implica a responsabilização do Ministério Púbico por um processo que se destina a uma decisão própria e não à instrução com vista a uma decisão judicial», *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário,* Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 239 e 240.
Abre-se a fase jurisdicional do processo quando o Ministério Publico, após a prolação da acusação, solicita ao tribunal que se pronuncie, ocupando-se este de «uma questão jurídico-criminalmente controvertida», segundo José Manuel Damião da Cunha, «As revisões do Código de Processo Penal. Algumas questões de técnica e lógica processuais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nºs 2 e 3, Abr./Set. 2008, p. 213.

do exercício do seu direito de defesa e respectiva estratégia[297]. Sendo as declarações do arguido um instrumento da «sua defesa pessoal», «são provas "suas" e que ele – arguido – integra no âmbito da sua defesa»[298]. Por isso que, atendendo às diferentes fases processuais e às desiguais funcionalidades de cada uma delas, por princípio, tal prova devesse ser inserida quando o arguido assim o pretendesse e se assim o desejasse, a fim da produção da sua defesa efectiva, como arma sua. O estatuto de arguido confere a este sujeito processual o direito a ser ouvido pelo tribunal sempre que este deva tomar qualquer posição que pessoalmente o afecte (art. 61º, nº 1, al. b) do CPP) e, na realidade, a fase de audiência de discussão e julgamento carrega a possibilidade de uma condenação. Todavia, a voz do arguido só se fará ouvir se for a bem da sua defesa. E tudo o que poderá ter dito atrás em circunstancialismos específicos que determinaram essa sua opção, não terá de ser irremediável e inevitavelmente o mesmo que dirá agora.

A alteração do Código de Processo Penal operada pela Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, representa um novo paradigma das garantias processuais penais. Toca em realidades sobrepostas e interpenetrantes: garantias de defesa, direito à presunção de inocência, direito ao silêncio e confissão do arguido[299].

---

[297] A prestação de declarações em fase anterior ao julgamento pode valer uma auto-incriminação em sede da fase de audiência de discussão e julgamento. A liberdade da vontade do arguido na fase do inquérito, sobretudo quando este acaba de ser confrontado com os factos que lhe são imputados, não é total, muitas vezes as declarações prestadas nesta fase reflectem sentimentos e impulsos de irritação para com o sistema judicial ou para com o queixoso, estados de alma dominados por angústia, constrição, desespero e, neste quadro, as declarações de hoje poderão não ser as de amanhã, ou porque disse mais do que efectivamente queria dizer, ou porque omitiu o que queria dizer, ou porque nem se lembrou de referenciar determinados aspectos relevantes para o apuramento da verdade. As declarações prestadas num dado dia, a determinada hora, em certo local são o produto do homem circunstancial daquele dia, daquela hora e daquele local. O decurso do tempo que permite o conhecimento de novos elementos factuais, a percepção de novas circunstâncias, a interpretação mais aturada do processo, a alteração do estado de espírito do arguido poderão dar lugar a outras declarações sobre os mesmos factos imputados. E não quer dizer que sejam menos verdadeiras.

[298] Como expressa, se bem que a propósito do pedido de reapreciação da prova no âmbito do direito de recurso do arguido, José Manuel Damião da Cunha, «Algumas questões do atual regime de recursos em processo penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, nº 2, Abr./Jun. 2012, pp. 293 e 294.

[299] O poder político – qualquer que seja o seu quadrante – tem, em cada momento histórico, de decidir qual o modelo processual probatório que pretende: ou um processo penal de estrutura acusatória que privilegia o princípio da investigação, em que o tribunal ordena oficiosamente, com limitações impostas pelos direitos fundamentais do arguido, a produção dos meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa ou um processo penal predominantemente inquisitório, em que o direito à defesa fica relegado para segundo lugar, impondo declarações auto-incriminatórias em sede de julgamento na exacta medida em que pode ter repercussões jusconstitucionais. As tendências e as orientações político-partidárias não podem fazer tábua rasa da Constituição. O debate em causa não é, não pode ser, de teor meramente político, implica respeito pelas conquistas do constitucionalismo dos finais do século XVIII – como garante da liberdade e legitimador do poder, segundo palavras de Jorge Miranda – e da sua repercussão nos sistemas jurídico-políticos. Veja-se Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Estrutura Constitucional da Democracia*, Tomo VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 12. É uma discussão que deve ser feita à luz dos valores conjugados da dignidade, liberdade e democracia, entendendo-se por democracia «a forma de governo em que o

IV. Em síntese, na procura da verdade histórica, da reconstrução dos factos criminosos, a máquina judicial e os procedimentos legais confrontam-se com o princípio da dignidade do arguido e esta constitui um verdadeiro critério de prova proibida pelo que «a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade» [300] em termos compatíveis com a finalidade última do processo penal.

O direito ao silêncio e à não auto-incriminação são verdadeiras extensões do direito de defesa do arguido [301] e indiscutíveis limites materiais ao apuramento da verdade. Com efeito, o exercício efectivo da defesa do arguido tem uma dupla faceta: tanto lhe garante a oportunidade de exercer o contraditório activamente, oferecendo provas e requerendo a realização de diligências probatórias, introduzindo no processo os elementos que pretender, como lhe reserva espaço para permanecer calado, não cooperar, em pleno respeito pela sua liberdade de decisão.

---

poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer dos membros da comunidade política) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos», p. 59. O concreto contexto social actual demanda por mais paz e mais segurança o que coloca problemas quanto à forma para as alcançar. A Lei Fundamental a que o poder político se encontra subordinado, não só do ponto de vista formal, mas também materialmente, requer a adopção de mecanismos que façam aumentar efectivamente o grau de confiança do povo e sem grave limitação dos direitos fundamentais. O poder legislativo deve fazer coincidir o conteúdo das normas com a vontade do povo por via do princípio democrático mas sempre por via concordante com a estrutura constitucional vigente de garantia e protecção dos direitos fundamentais. Diz Jorge Miranda: «Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos, e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão de poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana», *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 240. Mais acrescenta, na p. 327: «Constitui atributo da função legislativa a liberdade de iniciativa e de conformação, pelo que o legislador de certo momento pode interpretar, modificar, suspender ou revogar a lei anterior. Porém, quando estejam em causa direitos fundamentais impõem-se limites a essa sua discricionariedade. Em primeiro lugar, não parece de aceitar, (…), que um direito fundamental implícito ou um direito fundamental novo criado por lei anterior possa ser, pura e simplesmente, extinto por outra lei ordinária – pois, sendo dotado de fundamentalidade por se enxertar no sentido da Constituição material, ele fica fazendo corpo com os demais direitos fundamentais». Daí que haja sindicância jurídica dos actos políticos – arts. 3º, nº 3, 204º, 268º, nº 4, 278º e ss., todos da CRP – e limites às leis de revisão constitucional previstos no art. 288º da Constituição, entre os quais se contam os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, a separação e a interdependência dos órgãos de soberania e a independência dos tribunais.

[300] Parafraseando Rui Patrício, «O direito fundamental à presunção de inocência (revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde)», *Direito e Cidadania*, Ano VII, nº 22, 2005, p. 16.

[301] Veja-se, a este propósito, o excerto do Acórdão nº 95-695-1, de 05/12/1995, do Tribunal Constitucional: «O conteúdo essencial do direito de defesa, no qual se inclui o direito de ser ouvido, assenta em que o arguido deve ser considerado como "sujeito" do processo e não como objecto, do que resulta o direito ao silêncio que lhe assiste – directamente relacionado com o princípio da presunção de inocência – e que só as afirmações por ele produzidas no integral respeito de decisões de sua vontade possam ser utilizadas como meio de prova».

Estamos em presença de um princípio com um elevado grau de relevo. Tem, desde logo, assento na alínea g) do nº 3 do art. 14º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos[302], no art. 8º, nº 3, al. g) da Convenção Americana[303], no art. 55º, nº 1 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional[304] e nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para o Ruanda e para a ex-Jugoslávia, nos arts. 20º, nº 4, al. g) e 21º, nº 4, al. g), respectivamente.

Na ordem jurídica portuguesa, a consagração do privilégio de não auto--incriminação consta da lei de autorização legislativa em matéria de processo penal — Lei nº 43/86, de 26 de Setembro — no art. 2º, nº 23, parte final, mas não foi consagrado formalmente no nosso Código de Processo Penal, como está o direito ao silêncio no art. 61º, nº 1, al. d). Existem algumas normas de onde decorre este privilégio, percepcionando-se que ambos os direitos — silêncio e não auto-incriminação — estão intimamente ligados. É, de resto, um princípio reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência. Nem se conceberia ser de outro modo por estarmos distantes do tempo em que o arguido era encarado como simples *objecto* no processo[305] e por estarmos em presença de um direito adjectivo norteado por princípios como os da dignidade humana, presunção de inocência e liberdade individual[306]. Deste modo, «o arguido não fica reduzido a mero objecto da actividade probatória, podendo recusar-se, em nome da sua insindicável autonomia, a ser meio de prova contra si mesmo»[307].

---

[302] «Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos, às seguintes garantias: g) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada».

[303] Consagra o direito de ninguém ser obrigado a depor contra si próprio nem a declarar-se culpado, acrescentando o nº 3 que a confissão do acusado só será válida se feita sem coacção de nenhuma natureza.

[304] Contempla o direito à não auto-incriminação e o direito a não confessar-se culpado.

[305] A propósito citamos Germano Marques da Silva: «Longe vai o tempo em que a confissão do arguido era considerada a rainha das provas (*probatio probantissima*) e já longe também aquele em que as declarações do arguido obtidas de modo inquisitório, em fases processuais em que as garantias de defesa eram nulas ou quase, tinham valor para efeitos de julgamento», *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 207.

[306] Ver Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, p. 125.

[307] Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade / Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 41. Estes AA., já o referimos, atribuem ao princípio *nemo tenetur* e, consequentemente, aos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação, uma fundamentação processualista e não substantiva: «(…) são elas [as garantias processuais consagradas na Constituição] que sustentam directamente aqueles direitos que, por sua vez, lhe servem de suporte e as concretizam na singular realização processual. No princípio *nemo tenetur* espelha-se a essência de um processo penal em que se reconhecem e tutelam as garantias inerentes à qualificação do arguido como um autêntico sujeito processual», *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 41.

5.2.2. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no que respeita aos direitos de não auto--incriminação e ao silêncio

a) Questão prévia: da importância da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na ordem jurídica portuguesa

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem [308] não expressa clara e directamente nem o direito à não auto-incriminação, nem o direito ao silêncio, ao contrário do que faz com a proclamação do princípio da presunção de inocência no nº 2 do seu art. 6º, mas tem sido entendido comummente que o direito a um processo equitativo, consagrado no nº 1 deste artigo, os contempla e reconhece como direitos autónomos[309].

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem-se pronunciado frequentemente sobre esta matéria. Na verdade, uma das formas de analisar o conjunto de direitos fundamentais que são tidos como património comum de grande parte dos Estados, designadamente, daqueles que são apelidados "civilização de direito" [310] é através da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

De resto, os direitos fundamentais internacionais fazem parte integrante do direito nacional se forem princípios de direito internacional geral ou comum — art. 8º, nº 1 da CRP — ou se constarem de convenções internacionais regularmente ratificadas e publicadas — art. 8º, nº 2 da CRP — sem necessidade de recurso a mediação de normas de carácter interno. Também as normas emanadas pelas organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na nossa ordem jurídica, de acordo com o previsto nos respectivos tratados constitutivos (art. 8º, nº 3 da CRP). E, de acordo com o prescrito no art. 16º, nº 1, também da Constituição, são tidos pela

[308] Em vigor desde 03 de Setembro de 1953, constituindo um marco no direito internacional; ratificada em Portugal pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro.
[309] Veja-se Paul Bogan, «Self-incrimination, the right to silence and the reverse burden of proof», *Human Rights in the investigation and prosecution of crime*, AA.VV., editado por Madeleine Colvin e Jonathan Cooper, Oxford, University Press, 2009, p. 348.
[310] A que se refere A. Castanheira Neves, «O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», *Scientia Juridica*, nº 94, 2009, p. 47. Entendendo-se por civilização ocidental a "greco-romana, cristã (judaico-cristã) e europeia" (p. 55).

ordem jurídica portuguesa como direitos fundamentais[311]. O nº 2 deste preceito acolhe o "princípio da interpretação dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem"[312], recebendo-a como fonte e instrumento esclarecedor do direito interno[313].

Estando todos os aplicadores do direito vinculados à aplicação das normas de direito internacional, nomeadamente, os tribunais e a administração pública, e tendo que, no plano hermenêutico, interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, não será inútil ver os trilhos que andam a ser pisados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. De resto, o próprio Tribunal Constitucional socorre-se, sempre que necessário, das orientações oriundas daquele.

b) Do valor das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

I. A discussão sobre a influência do Tribunal de Estrasburgo nas ordens jurídicas nacionais tem-se revelado muito importante dado o entendimento não ser pacífico. Entendemos ser uma jurisdição supra-nacional que cumpre a tarefa comum europeia de controlo da conformidade das normas e das práticas judiciárias nacionais com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem[314]. A nossa Constituição faz menção

[311] De acordo com a posição dominante da doutrina, acolhendo-se o princípio da *recepção* plena do direito internacional geral ou comum, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 34.

[312] José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 37.

[313] Sobre a interpretação e a integração dos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal, veja-se Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 183 ss. Apresentamos um exemplo do A. sobre a função útil da Declaração na interpretação dos direitos fundamentais: associa a razão e consciência dos seres humanos à "dignidade da pessoa humana" dando uma perspectiva mais rica do direito (p. 185). Proclama no seu art. 1º: «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade».

[314] Outras posições consideram ser o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem uma entidade jurisdicional que tem por função suprir os vazios legais dos sistemas jurídicos internos, até à que afirma tratar-se de um Tribunal Constitucional Europeu em matéria de direitos humanos, estabelecendo, assim, dois níveis de justiça constitucional (a nacional de cada um dos Estados e a europeia). Esta última posição é das que reúne menos consensos entre os constitucionalistas. Veja-se, sobre o assunto, Jean-François Flauss, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 36, 1999, pp. 711 ss. Partindo do pensamento de Pablo Lucas Verdú, na realidade, o sentimento e a sensibilidade constitucionais são a verdadeira e genuína expressão dos direitos humanos, *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, (tradução de Agassiz Almeida Filho), Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, pp. 165 e 166. A "modernização" dos factos, da vida e das instituições trouxe para debate o tema da europeiização dos direitos constitucionais nacionais dando lugar ao «desenvolvimento da história

expressa ao *reforço da identidade europeia*, no art. 7º, nº 5, como forma de incentivar a aproximação e cooperação dos povos que, não obstante a sua identidade, partilham dos mesmos ideais em termos de justiça, aspirando ao *fortalecimento da acção dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos*.

Não sendo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem uma Constituição propriamente dita, materialmente limita as intromissões do Estado na esfera do cidadão, garante a defesa dos direitos e liberdades deste[315] e, sobretudo, visa «assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos nela enunciados», conforme consta do seu preâmbulo, possibilitando a convivência pacífica da universalidade com a multiculturalidade[316]. Garantias e direitos que fazem parte do "universalismo minimalista"[317] [318].

---

constitucional europeia», expressão de Peter Häberle, em «Verfassungsrechtliche fragen in prozess des europäishen einigung», *Europäish Grundrechte Zeitschrifft*, 1992, nº 18, p. 429, *apud* Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (seu sentido, problemas e limites)*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 18. O seu desenvolvimento concretizou-se no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, publicado no JO C nº 310 de 16/12/2004.

[315] Estamos a referir-nos ao conteúdo substancial dos direitos fundamentais ou, como lhe chama José Carlos Vieira de Andrade, à "matéria dos direitos fundamentais", que está muito além da mera "figura ou categoria jurídica", *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 76.

[316] A aplicação universal dos direitos consagrados na Convenção não é pensada em termos reducionistas, não se propõe aniquilar as diferenças próprias emergentes da multiculturalidade. As especificidades próprias da diferenciação social, económica, política, religiosa e jurídica são respeitadas por meio dos processos de harmonização. Este é o verdadeiro desafio. Exemplifiquemos: a Convenção preceitua que qualquer pessoa acusada de uma infracção se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. O princípio da presunção da inocência é aplicado e respeitado tanto pela ordem jurídica que o consagra até ser proferida a decisão condenatória em primeira instância, como por aquela que, como a nossa, o mantém intocado até ao trânsito em julgado da sentença proferida em última instância. Importante é que os modelos constitucionais e processuais-penais o consagrem e o garantam de forma efectiva sem dar lugar à subsistência mínima de uma réstia de presunção de culpabilidade. Sobre o esforço de identificação dos valores comuns à humanidade na sociedade global veja-se Fábio Ramazzini Bechara, *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*, Tese de Doutoramento, Universidade de S. Paulo, Faculdade de Direito, Brasil, 2009, p. 56, disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf (acedido em 22 de Fevereiro de 2012).

[317] Há um conjunto específico de direitos que, não obstante o tipo de organização sócio-económica e política e do local onde o homem se encontre, são parte integrante dele, sendo, portanto, uma segunda pele, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física e moral, entre outros.

[318] Segundo Sabine Gless a «jurisprudência de Estrasburgo corrige, com os seus padrões, os diversos sistemas jurídicos nacionais europeus», *in* «A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal», (tradução de Luciana Goulart Quinto, revista e editada por Pedro Caeiro), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 3, Jul./Set. 2011, p. 407. Realça a clareza da interpretação pelo TEDH das garantias constantes da CEDH que fornece «um sistema de referência europeu, que pode ser recebido e posteriormente desenvolvido nos Estados-Partes» e a abertura de «diversos caminhos para uma recepção individual da CEDH em cada ordem jurídica», pp. 407 e 408.

II. A concretização do reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos enunciados na Convenção depende essencialmente da actividade do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O Tribunal tem a função de apreciar e decidir sobre actos ou omissões de um Estado contratante que ponham em causa um dos valores garantidos na Convenção, seja por impulso individual, seja por queixa estadual. Neste sentido, o Tribunal é «"um juiz dos direitos" e não "um juiz do direito"»[319].

Por força do disposto no título II da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, relativo ao funcionamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a ratificação da Convenção não implica necessariamente o reconhecimento por parte do Estado da competência do Tribunal. Mas todos os Estados que até hoje ratificaram a Convenção reconheceram a jurisdição deste Tribunal[320].

Em rigor, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não pode ser encarado como mais uma instância de recurso[321] — como uma 4ª instância de recurso ou como uma 2ª instância constitucional[322] — pois as suas funções e atribuições não lhe permitem mais do que, a partir do exame do caso em concreto, declarar se existe ou não violação da Convenção pelo Estado Parte e definir a obrigação emergente da Convenção[323], não podendo, por isso, proceder a anulações de sentenças, de actos administrativos ou a revogações de normas de direito interno[324].

---

[319] Jean-François Flauss, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 36, 1999, p. 720.

[320] O reconhecimento desta competência foi efectuado em Portugal aquando da ratificação, na Lei nº 65/78, de 13 de Outubro, nos termos previstos no art. 7º: «Fica o Governo Português autorizado a declarar o reconhecimento da jurisdição obrigatória, de pleno e sem convenção especial, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos termos do art. 46º da Convenção e do nº 2 do art. 6º do Protocolo Adicional nº 4. Esta declaração será feita sob condição de reciprocidade e válida pelo prazo de dois anos, renovável automaticamente, salvo notificação de denúncia deste reconhecimento». Sobre esta matéria vejam-se as notas aos arts. 44º a 48º de Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1995, pp. 211 a 222.

[321] No sentido em que não é solicitada «a um tribunal superior a reapreciação de uma matéria decidida», utilizando uma expressão de José Manuel Damião da Cunha, «As revisões do Código de Processo Penal. Algumas questões de técnica e lógica processuais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nºs 2 e 3, Abr./Set. 2008, p. 218.

[322] Conforme Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1995, p. 213.

[323] O art. 35º estipula, relativamente às condições de admissibilidade, que o Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva. Nestes termos, mesmo que seja constatada uma violação, o Tribunal não tem poderes para interferir com actos derivados do poder legislativo, judicial e executivo dos Estados Partes.

[324] Sobre a abundância e desordenação dos instrumentos de protecção e meios de controlo dos direitos do homem, leia-se a reflexão de Luis Andrés Fajardo Arturo, *Multiplicité des cadres de protection des droits de l'homme*, Universidade Sérgio Arboleda, Bogotá, Colômbia, Jan./Jun. 2008, pp. 29 ss., disponível em:

Então como interpretar a força vinculativa das decisões, prevista no art. 46º da Convenção que obriga os Estados a aceitar as decisões e a executá-las?

Sendo a sentença do tribunal pleno definitiva (art. 44º) — não admitindo recurso para outro tribunal, mas tão-só interpretação[325] ou revisão[326] pelo mesmo tribunal — e estando os Estados Parte obrigados a aceitar as decisões proferidas, devem acolher a doutrina delas constante, transpondo-a para a sua ordem jurídica interna. Queremos com isto dizer que o Estado condenado por violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem deve adoptar todas as providências adequadas, de carácter geral ou de carácter concreto, de forma a evitar que outras violações do mesmo género se perpetrem. Providências de carácter geral no caso de as queixas serem provenientes de um Estado contra outro[327], e de carácter individual quando o processo tiver resultado de queixas individuais[328].

c) A posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria do direito à não auto-incriminação e do direito ao silêncio

I. Embora estes direitos não estejam formalmente inscritos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, à luz do que ficou dito atrás, vamos dar conta do

---

http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista14/Multiplite-de-cartres.pdf (acedido em 21 de Fevereiro de 2012), onde discute a necessidade de uma "aliança" entre o direito interno e o direito internacional a fim de se alcançar uma verdadeira e eficaz protecção dos direitos do homem, face à universalidade dos conceitos e ao progresso donde emergem novas realidades.

[325] Qualquer parte ou a Comissão podem pedir a interpretação de um acórdão nos três meses seguintes à sua publicação, segundo preceitua o art. 59º do Regulamento B do Tribunal.

[326] Nos termos do art. 60º do Regulamento B do Tribunal, na hipótese da descoberta de um facto que pela sua natureza possa ter uma influência decisiva e que, à data da publicação do acórdão, era desconhecido pelo Tribunal e pelo requerente da revisão, uma parte ou a Comissão podem, no prazo de seis meses a contar da data do conhecimento do facto, apresentar ao Tribunal um pedido de revisão desse acórdão.

[327] Por exemplo, um Estado denuncia um outro por manter em vigor legislação que viola e afronta os princípios consagrados na CEDH. Um acórdão que tal reconheça implica que o Estado violador tome providências no sentido de revogar essa legislação e aprove outra consentânea com os princípios da Convenção.

[328] Quando a condenação do Estado provém de um peticionante, pessoa singular, organização não governamental ou um grupo de particulares (art. 34º - petições individuais) que alega e prova ter havido violação de uma norma da CEDH. Uma vez condenado, o Estado deve proceder à reparação das consequências da violação e, por exemplo, se for adequado e tempestivo, evitar que a norma em causa (se disso se tratar) se aplique ao requerente. Não é por acaso que o art. 41º da CEDH prevê a «reparação razoável» para os casos em que o Tribunal declare que uma decisão tomada ou uma providência ordenada por uma autoridade judicial ou outra autoridade de um Estado Parte Contratante, se encontra total ou parcialmente em oposição com obrigações emergentes da Convenção ou dos seus protocolos, se o direito interno desse Estado não permitir, de forma perfeita, remediar as consequências derivadas da aplicação daquela decisão ou norma. Quando assim for, o Tribunal arbitrará uma reparação ao requerente lesado no próprio acórdão, se estiver em condições de decidir sobre esta matéria, ou num outro acórdão se esta questão não estiver pronta para decisão (art. 56º do Regulamento B do Tribunal).

posicionamento do Tribunal Europeu sobre o sentido e conteúdo destes direitos. Antes de mais, a não obrigatoriedade de auto-incriminação e o direito ao silêncio têm vindo a ser enquadrados no âmbito do *direito a um processo equitativo* ou *fair procedure* previsto no art. 6º, nº 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Este normativo oferece a "todo o acusado" [329] a tranquilidade e segurança de que o procedimento criminal, em toda a sua extensão e duração, decorrerá sem abusos e excessos, com respeito pela liberdade e vontade do indivíduo, com a finalidade da *boa administração da justiça*. A jurisprudência tem-se debruçado sobre casos em que os procedimentos coercivos se destinam a obrigar o visado a prestar declarações, ou a fazer entrega de documentos, ou ainda, a suportar actividade probatória como intervenções corporais para extracção de material biológico ou objectos relacionados com a infracção imputada, para posterior análise.

II. Em 25 de Fevereiro de 1993, no célebre caso *Funke vs. França* o Tribunal confirmou a protecção de todos os cidadãos contra os mecanismos estatais tendentes a exigir a cooperação forçada do arguido no âmbito da investigação criminal, incluindo nela os depoimentos do próprio e entrega de documentos em seu poder, na condição de que tais instrumentos de prova possam ser obtidos pelas entidades competentes por outros meios[330]. O Tribunal Europeu entendeu estar-se, no caso, perante uma violação do direito que todo o acusado tem de guardar silêncio e não contribuir para a sua própria incriminação. Garantia que era posta em causa tanto com a entrega forçada dos documentos pelas autoridades competentes, como com a sua utilização posterior para efeitos incriminatórios e de condenação[331].

[329] A expressão "todo o acusado" do art. 6º da Convenção deve ser interpretada com o sentido de todo aquele contra quem corre um inquérito, esteja ou não constituído formalmente como arguido; "aquele cuja situação individual, enquanto suspeito, se encontre *substancialmente afectada*", segundo Joana Costa «O princípio *nemo tenetur* na jursiprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, nº 128, Out./Dez., 2011, p. 122.

[330] No caso – de direito aduaneiro e evasão fiscal se tratava – as autoridades alfandegárias francesas supunham existir determinados documentos, cuja existência não era segura e, sendo incapazes ou não tendo envidado esforços no sentido de obtê-los por outro meio, tentaram compelir o Sr. Funke, de nacionalidade alemã, a produzir ele mesmo a prova das infracções que lhe eram imputadas ao abrigo de uma disposição legal francesa do código aduaneiro, ordenando-lhe a entrega dos ditos documentos. Ele recusou-se a apresentá-los e foi condenado em multa por virtude de tal recusa. Condenação que foi confirmada judicialmente em primeira instância e, posteriormente, pelas instâncias superiores. Sobre o assunto, veja-se Paul Bogan, «Self-incrimination, the right to silence and the reverse burden of proof», *Human Rights in the investigation and prosecution of crime*, AA.VV., editado por Madeleine Colvin e Jonathan Cooper, Oxford, University Press, 2009, pp. 350 e 351.

[331] Por estar intimamente relacionada com a matéria em questão no caso Funke, damos aqui nota de uma decisão do Tribunal da Relação de Guimarães (Ac. nº 82/05.9IDBRG.G1) de 12/03/2012, segundo a qual «I) Podem ser usados em processo penal documentos validamente obtidos na fase administrativa

III. No âmbito do caso *John Murray vs. Reino Unido*[332], em 08 de Fevereiro de 1996, este Tribunal qualificou o direito ao silêncio e a garantia da não auto--incriminação como direitos "não absolutos". Manifestou a dificuldade de, nesta matéria, adoptar uma postura maximalista. O Tribunal de Estrasburgo relativizou a proibição de valoração do silêncio do arguido assim como o próprio conteúdo do direito ao silêncio. O que é manifesta e expressamente proibida é uma condenação com base exclusivamente ou preponderantemente nos juízos negativos extraídos do silêncio do arguido, na sua recusa a responder às perguntas formuladas ou a declarar algo sobre os factos. As ilações desfavoráveis extraídas do silêncio do arguido são "razoáveis" e "legítimas" quando o arguido sonega informações relevantes para a realização do direito, se remete ao silêncio e recusa fornecer provas, desde que verificadas cumulativamente certas condições: (a) os factos requeiram uma explicação ou esclarecimento que só este possa clarificar ("por que motivo se encontrava naquele dia e hora no local do crime?", "A fazer o quê?") [333] pois que casos há em que os seus esclarecimentos podem ser de toda a utilidade para explicar aquilo que resulta patente da apreciação do conjunto das outras provas produzidas, no quadro das concretas e específicas circunstâncias; (b)

---

inspectiva ao abrigo do dever de cooperação e depoimentos de quem procedeu a essa inspecção. II) Tal utilização não viola os direitos consagrados do arguido, ao silêncio e à não "auto-inculpação». Este acórdão resultou de um recurso relativo a um caso em que uma empresa de construções foi alvo de uma inspecção tributária, no âmbito da qual se detectaram irregularidades fiscais. Foi determinado pela Direcção de Finanças de Braga à referida empresa, ao seu representante legal e aos técnicos oficiais de contas que fornecessem informações, documentos e prestassem declarações que passaram todos a constar dos autos. A inspeccionada colaborou e todos os elementos de prova obtidos nesta fase, bem como os depoimentos de quem procedeu a esta inspecção, foram usados e valorados para efeitos de condenação posterior em sede de procedimento criminal por crime de fraude fiscal qualificada. Ou seja, no caso *sub iudice* o dever de cooperação do contribuinte na inspecção tributária realizada transmitiu-se ao processo penal.

[332] Um caso de terrorismo em que houve sequestros por parte de indivíduos integradores do Exército Revolucionário Irlandês. John Murray foi preso por se encontrar a descer as escadas do prédio onde se encontravam sequestradores e sequestrados; nunca chegou a prestar declarações; foi condenado numa pena de oito anos de prisão.

[333] Entendeu o Tribunal que, na apreciação global do caso, segundo as regras do bom senso, não tendo sido apresentada nenhuma explicação, não havendo nenhuma justificação possível aventada para o arguido se encontrar no local dos factos, este poderia ser declarado culpado no contexto das provas recolhidas contra si. O arguido tinha sido informado que o exercício do direito ao silêncio podia, quando conjugado com outros elementos de prova, ser utilizado contra si. A Lei da Irlanda do Norte, de 1988, sobre prova em matéria penal, com o intuito de contribuir para a prevenção e luta contra o terrorismo, permitia a formulação de juízos considerados "legítimos" contra a pessoa do arguido que não contribuísse activamente para a descoberta da verdade e que se remetesse ao silêncio, sem fundamento bastante. No caso concreto, Murray foi impedido de aceder a um advogado nas primeiras quarenta e oito horas da sua detenção. Foi, ainda, advertido das consequências potencialmente negativas, previstas na Lei acima referenciada, do exercício do direito ao silêncio. Convidado a explicar por que motivo se encontrava no prédio onde se encontravam sequestradores e sequestrados, declinou invocando o direito ao silêncio, tendo mantido essa postura no decurso de todo o processo. Murray foi advertido em julgamento das consequências previstas na lei interna de não apresentar elementos de prova ou de se recusar a responder às perguntas: o tribunal poderia retirar daí as ilações que considerasse apropriadas.

resulte de inferências feitas a partir e em conjugação com outros elementos de prova produzidos no processo contra o arguido que corroboram os efeitos negativos da não colaboração; (c) não haja inversão do ónus de prova para o arguido; (d) não se verifique suspeita ou confirmação de coacção ou outro modo de pressão exercida sobre o arguido. O Tribunal realçou que a pedra de toque está em não se permitir a condenação de uma pessoa apenas e só ou essencialmente com base no juízo desfavorável emergente da recusa de depor[334].

IV. A sentença *Saunders vs. Reino Unido*, de 17 de Dezembro de 1996, veio ditar o inequívoco respeito pelo direito ao silêncio e à não auto-incriminação, alinhando-os com o *direito a um processo equitativo* consagrado no art. 6º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de que o princípio do contraditório faz parte integrante[335]. O Tribunal de Estrasburgo sublinhou que o interesse público não pode justificar que as respostas do arguido obtidas numa investigação não judicial venham a ser utilizadas num ulterior processo penal para incriminar quem as prestou, sob pena de violação do direito à não auto-incriminação, exactamente por não ter beneficiado deste direito na investigação não penal. O direito à não auto-incriminação

[334] Em sentido divergente desta orientação se situa a doutrina portuguesa como Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 206: «(…) o seu silêncio constitui exercício do direito de defesa que em nada o poderá desfavorecer» e prossegue «Do silêncio do arguido o tribunal não pode concluir nada; é isso que a lei impõe». Também Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, p. 128, defendendo que do silêncio do arguido não se pode retirar mais do que a «ausência pura e simples de resposta, não podendo enquanto tal ser levado à livre apreciação da prova». «Para efeitos de valoração de prova o silêncio figura, assim, como um *nullum* jurídico», diz citando Kühl (p. 129). Ver, ainda, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, pp. 448 e 449.

[335] O caso teve origem num inesperado aumento de cotação do valor em bolsa das acções da empresa "Guinness PLC" – de que Saunders era chefe executivo – durante uma operação de oferta pública de aquisição da congénere "Distillers Company PLC", na década de oitenta. O Departamento Britânico de Comércio e da Indústria instaurou um inquérito ao abrigo do estabelecido no *The Company Act 1985*. Este diploma consagra a possibilidade de o Secretário de Estado encarregar inspectores de investigar os negócios de uma Companhia, estabelecendo que a competência destes é meramente inquisitorial e não judicial. Ou seja, os inspectores determinam se os factos apurados no decurso da sua investigação deverão ser objecto de uma outra investigação e de que tipo. Dispõe, ainda, a obrigatoriedade de os agentes das Companhias comparecerem perante os inspectores sempre que convocados, de prestarem declarações e de apresentarem todos os documentos por eles solicitados. As declarações prestadas e os documentos fornecidos podem ser usados como prova contra quem os produziu. Durante a investigação de natureza administrativa, Saunders prestou livremente declarações esclarecendo a situação económico-financeira da empresa, que foram utilizadas, mais tarde, no âmbito de um processo-crime instaurado com base nas provas materiais recolhidas pelos inspectores daquele Departamento. Foram também utilizadas durante a audiência de discussão e julgamento. Tendo sido declarado culpado de doze infracções e condenado numa pena de prisão de cinco anos, Saunders acabou por recorrer à instância europeia alegando que a utilização no processo penal das suas declarações prestadas no âmbito do procedimento administrativo contraria o "direito a um processo equitativo" consagrado no art. 6º, nº 1 da CEDH.

favorece a boa administração da justiça no quadro de uma sociedade democrática, com respeito pelos procedimentos jurídico-processuais e pelas garantias dos arguidos. Entendeu que o direito à não auto-incriminação pressupõe que o acusador apresente provas da culpabilidade do arguido sem se basear em provas obtidas através de meios coercivos, lesivas do seu direito à liberdade, contra a vontade do próprio e que lhe são desfavoráveis. Apontou, contudo, uma excepção: o direito à não auto-incriminação não se aplicará de forma literal a evidências que podem ser utilizadas no âmbito da prova no processo penal que sejam recolhidas sem o consentimento do arguido, como documentos obtidos através de mandados de busca, amostras de saliva, sangue, urina ou outros tecidos corporais para fins de realização de exame de ADN[336].

V. Também no aresto de 03 de Maio de 2001, no caso *J.B. vs. Suiça*, o Tribunal definiu a sua posição[337]. Concluiu o Tribunal que as autoridades não podem, sob pena de flagrante violação do art. 6º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, usar da coacção para obterem elementos de prova e informações susceptíveis de incriminar o arguido num processo contra si pendente e destinado a averiguar a prática do ilícito e o seu grau de responsabilidade, processo que poderá vir a dar lugar a uma acusação, tal como foi feito no caso em apreço[338]. O Tribunal decidiu ser a recusa legítima e que, no caso, era manifesta a violação do direito do arguido de não contribuir para a sua própria incriminação, elemento fulcral e integrador do princípio do processo equitativo. Fora do âmbito da aplicação do art. 6º da Convenção, não se considerando prova auto-incriminadora coerciva, ficam os casos em que o indivíduo é chamado a depor ou a apresentar prova documental mas em que a probabilidade de lhe vir a ser imputada uma infracção é longínqua, remota ou meramente hipotética[339].

---

[336] Sobre este caso veja-se Chiara Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009, pp. 51 e 52. Veja-se, também, em http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-e.pdf, pp. 10 a 13 (acedido em 12 de Fevereiro de 2012).

[337] Estava em causa o apuramento de uma infracção de evasão fiscal, determinando a fonte e o volume de rendimentos não declarados e sujeitos a imposto, punível, no direito suíço, com pena de multa, em consequência de um conjunto de investimentos que o agente havia realizado durante um período de seis anos.

[338] Na verdade, o requerente foi persistentemente notificado (oito vezes) a fim de apresentar a documentação necessária à prova da infracção que era imputada, tendo-lhe sido aplicadas quatro sanções pecuniárias – multas – em consequência da sua recusa em colaborar.

[339] O Tribunal de Estrasburgo tem vindo a destacar duas categorias de processos: os "processos pendentes" e os "processos antecipáveis". Nos primeiros, o indivíduo é constituído arguido e tem conhecimento que corre contra si um procedimento criminal no sentido de ser apurada a prática da infracção, a sua autoria, bem como o seu grau de participação; nos segundos, o indivíduo, não sendo formalmente arguido, é chamado aos autos para prestar declarações e fornecer informações, sobre comportamentos susceptíveis de conformarem ilícito criminal ou contra-ordenacional, não correndo a investigação directamente contra

VI. No caso *Telfner vs. Áustria*, — acórdão de 20 de Março de 2001[340] — o Tribunal reafirma o direito ao silêncio como um corolário do princípio da presunção de inocência. Todavia, expende considerações sobre a não colaboração coactiva do arguido: reconhecendo este direito, admite que não seja absolutamente interdito aos magistrados nacionais formularem juízos desfavoráveis sobre o silêncio deste no decurso do processo "mas tais deduções só serão admissíveis quando a prova reunida é de tal modo concludente que do silêncio do arguido, quando com ela confrontado, apenas se pode inferir que não a pode negar"[341]. Esta apreciação será feita tendo em conta o processo no seu todo. De qualquer modo, nunca estas deduções extraídas do silêncio do arguido se confundirão com a inversão do ónus da prova — que é proibida — e que ocorre se o tribunal pedir ao arguido explicações para os factos que lhe são imputados e que não resultam provados através de qualquer outro suporte probatório, o que aconteceu no caso Telfner[342].

VII. O direito de não responder ou de não prestar declarações já havia sido declarado no caso *Heaney e McGuinness vs. Irlanda* — acórdão de 21 de Dezembro de 2000 — salientando o Tribunal que nem os interesses de natureza pública de manutenção da ordem e paz e da boa administração da justiça, por muito graves que sejam os crimes imputados, justificam a existência e aplicação de disposições que contrariem os direitos do arguido a guardar silêncio ou de não contribuir para a sua própria incriminação, pois, a não ser assim, estar-se-ia a pôr em causa a essência e o

---

si, mas comportando, no entanto, o risco de, posteriormente, vir a ser incriminado pela prática dessas infracções, numa fase mais avançada do procedimento. Tanto num caso como no outro não deverá ser desrespeitado o privilégio de não auto-incriminação através dos poderes coercivos dos órgãos estatais.

[340] Caso de um acidente automóvel cujo processo se baseava apenas em relatório policial que dava como agente da infracção o requerente, sendo que se provou que o veículo envolvido era habitualmente usado tanto pelo requerente como pela sua irmã. A vítima não conseguiu identificar o condutor, não tendo conseguido, sequer, determinar o sexo do condutor.

[341] Disponível em: http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2001/TELFNER.pdf (acedido em 06 de Abril de 2012), ponto nº III, p. 1.

[342] Entendeu o Tribunal que as provas produzidas em julgamento contra o arguido eram meramente circunstanciais (baseando-se apenas num relatório policial que indicava ser Telfner o condutor do veículo envolvido no acidente, quando se demonstrou que também a sua irmã era uma utilizadora habitual do automóvel e que a vítima nem sequer conseguira identificar o condutor, nem tão-pouco se era do género feminino ou masculino) e que tendo-lhe sido exigidas explicações sobre os factos de que vinha acusado, que não estavam plenamente provados, procederam os juízes nacionais à inversão do ónus da prova. Considerou, ainda, que os juízes de julgamento, quando especularam sobre a possibilidade de Telfner estar alcoolizado no momento do acidente, sem que tivessem qualquer prova complementar, usaram de um preconceito sobre a sua culpabilidade, violando o princípio da presunção de inocência.

sentido materialmente determinado do privilégio de não auto-incriminação e do direito ao silêncio[343].

VIII. No mesmo sentido pronunciou-se, mais recentemente, no acórdão de 01 de Março de 2007, no caso que opõe *Heglas* à *República Checa*: as exigências de equidade presentes no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem colocam-se em todos os processos penais independentemente da gravidade da infracção em causa. Sendo certo que para avaliar a equidade se podem levar em linha de consideração a relação do peso da natureza do delito e a quantificação da pena a aplicar ao agente, de um lado, e do outro, o interesse do arguido na legalidade do procedimento relativo à obtenção de provas, nunca preocupações de interesse geral poderão justificar medidas que esvaziem a substância do direito de defesa, incluindo o direito à não auto--incriminação[344].

IX. No que respeita às provas obtidas através de meios invasivos no corpo humano, sem consentimento do visado, o Tribunal tem vindo a ressalvar a possibilidade de obtenção de provas através de meios coercivos, independentemente da vontade do visado, o que inclui extracção de sangue, urina, saliva ou tecidos corporais para análise de ADN, equacionando o conteúdo dos arts. 3º[345], 6º[346] e 8º[347] da Convenção Europeia

[343] Esta decisão teve por base a condenação de uns indivíduos num crime de recusa de prestação de informação às entidades investigadoras, durante o período da detenção — por suspeita de crime de terrorismo perpetrado num posto de controlo do exército britânico, na Irlanda do Norte, atribuído ao IRA — sobre os seus movimentos e acções e a negação de revelação de elementos sobre a eventual participação de terceiros. Tal obrigação resultante do disposto no art. 52º do *Offenses Against The State Act 1939* — diploma que regulamenta os procedimentos a executar em caso de crimes que ponham em causa a ordem pública e a autoridade do Estado — prevê a possibilidade de, durante o período da detenção, qualquer agente policial poder solicitar as referidas informações, sendo a recusa de prestação de informação considerada um crime punível com pena de prisão até seis meses. Sobre o assunto veja-se Veja-se Joana Costa «O princípio *nemo tenetur* na jursiprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, nº 128, Out./Dez, 2011, pp. 132 a 134.

[344] Disponível em: http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2007/HEGLAS%20c_REPUBLICA%20CHECA.pdf (acedido em 06 de Abril de 2012), ponto nº 8, p. 2.

[345] «Ninguém poderá ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes».

[346] «1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (…). 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada».

[347] «1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar

dos Direitos do Homem. A obtenção destes materiais biológicos tem de coadunar-se com um quadro de grande, grave e séria lesividade dos bens jurídicos, exige que se tenha procedido a métodos alternativos de recolha de prova, imposição do princípio da subsidiariedade, e que não se exceda o conteúdo mínimo comportável pelo teor do art. 3º da Convenção, não podendo a intervenção provocar lesão grave e duradoura à saúde do visado, nem provocar-lhe sofrimento físico sério.

O caso *Jalloh vs. Alemanha*, decidido por Acórdão de 11 de Julho de 2006[348], é paradigmático nesta matéria[349]. O arguido invocou tratar-se de uma prova ilegal por haver resultado de manipulação corporal contra a sua vontade. Instado a pronunciar-se, o Tribunal, em primeiro lugar, definiu como regra geral a permissividade de obtenção de elementos de prova contra a vontade do visado, como a recolha de sangue ou amostras de urina, por meio de actos médicos, afirmando não contrariarem o disposto nos arts. 3º e 8º da Convenção[350]. Todavia, assinalou restrições a este princípio quando estão em causa actos particularmente invasivos. Estes só se justificam verificados determinados circunstancialismos cumulativos: (a) atenta ponderação de todos os elementos relacionados com o caso concreto, nomeadamente, a gravidade da conduta investigada; (b) ponderação por parte das autoridades da utilização de métodos alternativos para a obtenção da prova; (c) que da intervenção corporal ou do acto médico não resultem danos duradouros ou prolongados para a saúde do visado; (d) que

económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros».

[348] Disponível em: http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2006/JALLOH%20c_ALEMANHA.pdf (acedido em 05 de Abril de 2012).

[349] Jalloh, natural de Serra Leoa, quando se apercebeu da aproximação da polícia no aeroporto, na Alemanha, engoliu uma embalagem de cocaína que tinha em sua posse. Por determinação do Ministério Público, tendo em vista a recolha e a preservação da prova pela prática de crime de tráfico de estupefacientes, foi-lhe introduzida uma sonda pelo nariz até ao estômago. Por esta via foram-lhe administrados alguns eméticos — solução de sal e xarope — e injectado um derivado de morfina. Estas substâncias provocaram-lhe o vómito e consequente expulsão do material ingerido. Para o efeito, foi imobilizado por quatro agentes da polícia. O material regurgitado não tinha mais de 0,2 gramas de cocaína. A prova assim obtida foi utilizada em julgamento e foi determinante para uma condenação numa pena de seis meses de prisão suspensa.

[350] Numa das conclusões formuladas pelo Tribunal consta: "O direito de não se auto-incriminar impõe que se respeite a vontade do arguido de não falar e manter o silêncio, no entanto, este direito não contempla a impossibilidade de utilização no processo de meios de prova que sejam obtidos através do arguido independentemente da sua vontade – ou mesmo, contra a sua vontade – por poderes de autoridade, tais como documentos obtidos na sequência de buscas judicialmente ordenadas, ou de recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz ou recolha de outros tecidos orgânicos para a realização de testes de DNA". Disponível em: http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2006/JALLOH%20c_ALEMANHA.pdf (acedido em 05 de Abril 2012), ponto XVIII das conclusões, p. 4. Ainda, Sabine Gless, «A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal», (tradução de Luciana Goulart Quinto, revista e editada por Pedro Caeiro), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 3, Jul./Set. 2011, pp. 399 e 400.

a intervenção corporal seja realizada por entidade especializada, a saber, por médico ou equipa médica.

O Tribunal entendeu que, não obstante a gravidade ínsita do crime de tráfico de estupefacientes e a reconhecida dificuldade de os Estados travarem este tipo de criminalidade — o que bem evidencia o interesse público na investigação deste tipo de criminalidade, com consequente necessidade de as autoridades determinarem a quantidade e a qualidade do estupefaciente —, no caso concreto, a administração forçada de eméticos não foi proporcional à quantidade de cocaína trazida pelo visado, pelo que a ponderação de valores ditava que se tivesse esperado pela expulsão orgânica natural do produto. Acresce que o uso coercivo de eméticos já havia causado, até àquela data, duas mortes na Alemanha, uma em Bremen, outra em Hamburgo, pelo que concluiu, ser um meio que comporta riscos não negligenciáveis[351]. Reconheceu que o meio de recolha de prova a que Jalloh foi sujeito não legitima a restrição ao direito à não auto-incriminação e "atinge o mínimo de gravidade exigido pelo art. 3º da Convenção", tendo as autoridades interferido de forma grave na integridade física e moral do requerente, com desrespeito pela dignidade do visado. De resto, embora em cumprimento da lei interna Alemã, o procedimento adoptado, a forma como foi realizado — com uso da força, manietado pelos órgãos policiais — face à pequena gravidade da infracção (dada a pequena porção de cocaína) e o risco inerente ao uso da técnica utilizada foi susceptível de causar ao visado sentimentos de medo, angústia e inferioridade. Embora reconhecesse que a finalidade das autoridades não foi a de aviltamento, mas tão-só de recolha de prova para descoberta da verdade, efectivamente causou ao visado dor física e sofrimento psicológico, pelo que considerou estar-se em face de um procedimento contrário ao disposto no art. 3º da Convenção que consubstanciou um tratamento degradante ou desumano, não exactamente por a interferência no corpo do visado ser verdadeiramente qualificável como tortura, mas porque as provas assim obtidas, em violação do preceito, comprometeram o direito a um processo equitativo previsto no art. 6º, pondo em causa a prerrogativa da não auto--incriminação.

[351] Não obstante a lei processual alemã prever que as autoridades de investigação possam ordenar a realização de intervenções médicas invasivas para recolha de prova contra a vontade do próprio, desde que realizadas por um médico e delas não resulte risco de dano para a saúde.

X. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem acolhido o direito do arguido a guardar silêncio e à não auto-incriminação como decorrência do conteúdo material e concretização da intenção normativa do direito a um processo justo e equitativo garantido no nº 1 do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em caso de valores conflituantes entre a necessidade da descoberta da verdade e a liberdade do arguido, o Tribunal apela aos princípios da ponderação de interesses — mormente entre a gravidade do crime e a necessidade e dificuldade de obtenção da prova — e da subsidiariedade para legitimar as intervenções coactivas. Intervenções excessivas são potenciadoras de tratamentos degradantes ou desumanos do arguido e susceptíveis de comprometerem o conteúdo útil do art. 3º da Convenção. O conceito de processo equitativo e o relevo do direito à não auto-incriminação colocam em evidência o valor primacial do exercício do direito de defesa pleno e efectivo do arguido. Defesa que pode ficar inevitavelmente prejudicada não só com a auto-inculpação forçada, como com a preclusão do contraditório ou com a negação da assistência de defensor em qualquer fase processual, sobretudo quando o arguido é privado da sua liberdade e sujeito a interrogatório[352].

6. O dever de colaboração na prossecução dos interesses processuais na ordem normativa processual-penal portuguesa. A questão das provas obtidas através de meios coercivos e das provas produzidas independentemente da vontade do arguido

I. Partimos das nossas interrogações iniciais: o dever resultante da posição processual de arguido admite ou exige a sua intervenção passiva impondo-lhe, por via coactiva, a realização de diligências de prova? Independentemente da vontade do arguido ou, até mesmo contra a sua vontade, pode ser sujeito à extracção de material biológico? A colheita coactiva de vestígios biológicos em que os elementos probatórios são obtidos independentemente da vontade de quem os fornece constitui um acto processual auto-incriminatório? A passividade do sujeito pode converter-se em colaboração forçada? Equivale a uma confissão não livre, corresponde a uma auto-

[352]Seguimos de perto como fonte o Gabinete de Documentação e Direito Comparado, disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/volume1/06.capítulo%206.pdf, pp. 21 a 25 (acedido em 16 de Fevereiro de 2012).

-incriminação induzida? Pode falar-se num direito do arguido a não ser coagido a suportar actos que possam conduzir à sua auto-incriminação?

O regime das proibições de prova exige que a prova e os meios da sua obtenção sejam aceitáveis pela sua crucial importância no contexto de uma possível acusação e provável condenação. Daí que não possam ser obtidas e produzidas todas as provas convenientes, úteis, adequadas e eficazes na luta contra o crime e a bem da segurança na defesa da ordem pública e prevenção da criminalidade dado que algumas são capazes de importar agressões graves a bens jurídicos de que o cidadão é titular.

O arguido é um sujeito processual dotado de direitos e deveres específicos e não um simples objecto ou um mero meio de prova mas, ao longo do procedimento criminal, funciona como objecto ou meio de prova em sentido técnico, em termos, graus, duração e ritmos diferenciados. Assim é quando decide prestar declarações sobre os factos, quando é objecto de reconhecimento, de prova pericial, de revistas, de buscas, de exames, de intercepções telefónicas, entre outros. Importante é que o seja no quadro de limites legais que confiram materialidade ao carácter superior constitutivo dos princípios constitucionais e de direito internacional nesta matéria.

A Constituição consagra o direito à presunção de inocência, à segurança e à liberdade pessoal (arts. 32º, nº 2 e 27º, respectivamente), a lei processual penal reconhece a não obrigatoriedade de o arguido se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados — privilégio do direito ao silêncio —, a doutrina afirma o direito à não auto-incriminação (art. 61º, nº 1, al. d) — em nome e homenagem à autonomia pessoal —, o art. 61º, nº 3, al. d) do Código de Processo Penal faz recair sobre o arguido o dever de se sujeitar a todas as diligências de prova e medidas de coacção especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente a fim de se concretizar a finalidade última do processo penal, o art. 172º, nº 1 do Código prescreve que qualquer pessoa pode ser compelida, por decisão da autoridade judiciária competente, a realizar o exame ou a facultar coisa que deva ser examinada no caso de pretender eximir-se ou obstar ao exame devido, o art. 6º da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto[353], impõe a obrigatoriedade de sujeição a exames médico-legais quando estes se mostrarem necessários ao inquérito ou à instrução de qualquer processo, desde que ordenados pela autoridade judiciária competente, nos termos legais, o art. 8º da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro[354], prevê a recolha de amostras biológicas a arguido com finalidades de investigação criminal e de

[353] Estabelece o regime das perícias médico-legais e forenses.
[354] Aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.

constituição de base de dados de ADN que pode ser ordenada oficiosamente por despacho judicial, a partir da constituição de arguido [355] e, quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos indicados, é ordenada mediante despacho do juiz de julgamento e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, ainda que haja lugar a pena substitutiva.

O estatuto processual do arguido impõe ao indivíduo a obrigatoriedade de efectuar os exames ordenados com vista à colheita de vestígios biológicos para determinação do seu perfil genético e consequente comparação com os deixados no local do crime. O não cumprimento da decisão judicial dá lugar a responsabilidade criminal — crime de desobediência previsto e punível no art. 348º, nº 1, al. b) do Código Penal. A cominação da pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias é a primeira consequência jurídica a que se segue a cominação jurídico-processual preceituada no art. 172º, nº 1 no sentido de conferir efectividade à ordem emanada para realização da diligência probatória através do uso da força, se necessário. Havendo fundadas razões para crer que o arguido se não apresentará voluntariamente, resistindo à submissão ao exame, poderá ser detido para comparência nos termos dos arts. 254º, nº 1, al. b) e 257º, nº 1, al. a) do Código de Processo Penal. Destes variados regimes sobressai que a actividade indagatória e a eficácia da justiça, imprescindíveis para a descoberta da verdade factual e realização da justiça no caso concreto, pressupõem a pessoa do arguido *meio de prova*, seja através das declarações que presta, seja através do seu corpo. A vertente do arguido como *meio de prova* aponta para o indivíduo integrador dos valores gregários, portador de uma dose de responsabilidade social na relação *eu* e *o outro*, inserido num modelo societário em que as razões da segurança colectiva interceptam a formulação do valor liberdade individual.

[355] Em correspondência com o preceituado nos arts. 57º e ss. do CPP, trata-se de acto imposto a um cidadão por um órgão da administração da justiça penal ou a pedido do próprio sempre que estejam a ser efectuadas diligências destinadas a comprovar uma imputação que pessoalmente o afectem. A partir da constituição de arguido na acção penal, transita-se do procedimento criminal, que teve o seu início com o conhecimento por parte do Ministério Público da existência de uma infracção criminal e subsequente abertura do inquérito (seguindo um conjunto de regras e actos procedimentais), para o processo. O arguido adquire o *status activus/positivus processualis*. Sobre o assunto, ver mais pormenorizadamente, José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Universidade Católica, 2002, pp. 331 ss. e 343, respectivamente.

II. O direito ao silêncio consagrado no art. 61º, nº 1, al. d) do Código de Processo Penal salvaguarda o arguido da experiência historicamente aprendida da barbárie e crueldade associadas à extorsão da confissão pelo uso da força e tortura na produção da prova penal no processo de tipo inquisitorial. Proíbe as declarações obtidas pela força contra a vontade de quem as presta, impede que, na prossecução das finalidades do processo penal, os órgãos e agentes estaduais obriguem o arguido a falar sobre os factos que lhe são imputados. Nesta medida, não tem o arguido o dever de *com as suas declarações e através das suas declarações* colaborar com a administração da justiça precisamente porque a prestação de declarações é depositária de um acto subjacente de vontade de quem as presta. A impossibilidade de execução coactiva de declarações do arguido importa a não obrigatoriedade de um comportamento activo, de uma colaboração forçada por parte deste.

E o que dizer das provas resultantes de declarações prestadas pelo arguido não coactivamente, recolhidas informalmente pelos órgãos competentes mas usadas posteriormente contra quem as prestou? Qual o valor de eventuais declarações verbais espontâneas exteriorizadas fora do âmbito do próprio procedimento criminal *v.g.* antes de se iniciar formalmente o interrogatório? Poder-se-á falar de colaboração activa voluntária do arguido com os inerentes reflexos em sede probatória por não ter sido obtida à força? Atento o princípio das proibições de prova consagrado no nº 8 do art. 32º da Constituição da República Portuguesa a obtenção e subsequente utilização deste meio de prova resulta proibida por atentatória da integridade moral. A prestação de declarações num quadro e contexto em que o arguido cuida legitimamente que não venham a ser utilizadas não podem converter-se num acto concretizador de um acréscimo de prova contra si próprio. O nº 8 do art. 32º da Constituição e o art. 126º do Código de Processo Penal cominam com a nulidade as provas alcançáveis por meios desleais com recurso a artifícios ou à astúcia por parte de quem prossegue a actividade investigatória. No sentido da irrelevância de todas as conversas ou quaisquer outras provas recolhidas informalmente já se manifestou o Supremo Tribunal de Justiça[356].

[356] No Proc. nº 06P4593 de 15/02/2007. Nele se distinguem as provas obtidas informalmente já no decurso de um inquérito com a constituição da pessoa como arguido, pressuposto do exercício do direito ao silêncio, das recolhidas informalmente no âmbito da prática dos actos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, como colher informações das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime ao abrigo do disposto no art. 249.º do CPP, em que a actividade dos órgãos de polícia criminal não se dirige contra ninguém em particular e ainda sem abertura de inquérito. Afirmam os Senhores Conselheiros: «Ainda que provenham de eventual suspeito, essas informações não são declarações em sentido processual, precisamente porque não há ainda processo. Completamente diferente é o que se passa com as ditas "conversas informais" ocorridas já durante o inquérito, quando já há arguido constituído, e

III. Chamamos aqui o valor acrescentado do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que tem frequentemente estabelecido a distinção entre provas obtidas através de meios coercivos e provas produzidas independentemente da vontade do arguido. As declarações auto-incriminatórias forçadas cabem no primeiro tipo enquanto a sua realização depende de um acto de vontade do próprio; a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para efeito de determinação do seu perfil genético tem cabimento no segundo tipo pois que a sua produção não pressupõe um acto de vontade do visado. Defendendo a perspectiva de que o direito a não ser obrigado a depor contra si mesmo — direito ao silêncio — é uma «componente do direito de defesa» está Germano Marques da Silva. Nesse sentido «as declarações prestadas pelo arguido (…) devem ser consideradas como manifestação pessoal do direito de defesa do arguido, disponível, por isso, e não como meio de prova sujeita ao dever de verdade»[357]. A não sujeição ao dever de verdade é corolário do direito de defesa. O exercício do direito da defesa não se destina a auxiliar o Ministério Público a acusar ou o julgador a condenar o arguido, por outras palavras, pode comprometer a descoberta da verdade. De forma responsável, no uso da sua liberdade plena, será sempre a vontade do arguido que determinará se quer tomar posição sobre os factos que lhe são imputados e esclarecê-los. Caso assim pretenda, decidirá a forma de o fazer — sobre a totalidade ou sobre parte deles — e quando o fazer, elucidando os órgãos competentes sobre a sua participação ou não participação neles e os termos da sua intervenção, dando o seu contributo para a descoberta da verdade no grau em que o queira. Em termos mais claros, sendo o direito ao silêncio renunciável não é impeditivo de o arguido se pronunciar sobre os factos voluntária e conscientemente, no uso da sua liberdade de expressão. Não impede o arguido de se comprometer com os factos nos limites do seu querer. Já não assim no que respeita a diligências de prova que consistem na recolha de material biológico. Mesmo que realizadas contra a vontade do visado, a recolha de uma porção de sangue, de um cabelo, de uma parte de uma unha, não pressupõe uma manifestação de vontade do visado para a sua obtenção. A recusa da colaboração ou a recusa em permitir a recolha não afasta a sua realização coactiva. A prova assim obtida não é prova apresentada pelo arguido, não é por ele fornecida directamente.

---

se pretende "suprir" o seu silêncio, mantido em auto de declarações, por depoimentos de agentes policiais testemunhando a "confissão" informal ou qualquer outro tipo de declaração prestada pelo arguido à margem dos formalismos impostos pela lei processual para os actos a realizar no inquérito».

[357] *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 3ª ed. revista e actualizada, 2009, p. 238. O Autor justifica com base neste entendimento que não se punam criminalmente as declarações voluntárias que não correspondam à verdade sobre os factos.

Por outras palavras, constituindo a livre realização da personalidade ética do homem um limite ao exercício da actividade punitiva, a nossa ordem normativa processual-penal não invalida que o arguido, investido dessa posição processual, não possa ser *meio de prova*. Meio ou objecto de prova em sentido material quando presta declarações sobre os factos — na medida em que sobre ele não recai a obrigação de falar, não podendo ser coagido a fazê-lo e, mesmo falando, não tem um dever de dizer a verdade porque não é testemunha em causa própria — e meio ou objecto de prova em sentido formal quando o «seu corpo e o seu estado corporal podem ser objecto de exames»[358]. Na prossecução dos interesses processuais importa que seja assegurada a impossibilidade de obtenção de declarações coactivas ou a prática de outros actos processuais que impliquem confissão involuntária. Donde as diligências probatórias coactivas sejam rigorosamente circunscritas e legalmente delimitadas. A sua admissão é limitada e sujeita a restrições várias. Acresce que a recolha de uma amostra biológica «constitui a "base para uma mera perícia de resultado incerto", não contendo qualquer declaração ou comportamento activo do examinando no sentido de assumir factos conducentes à sua responsabilização». [359]

IV. Já se percebeu que quer doutrinariamente, quer pela orientação jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem anteriormente analisada, entende-se estar o privilégio de não auto-incriminação relacionado com o respeito pela vontade do arguido de guardar silêncio quanto aos factos que lhe são atribuídos. Este direito não se estende de forma plena e literal à utilização no processo penal de provas que podem ser obtidas do corpo e com o corpo do arguido coercivamente, de provas que existam independentemente da sua manifestação de vontade quando, por exemplo, são recolhidas amostras biológicas para efeito de análise de ADN em cumprimento de despacho judicial que as autoriza. Tem sido esta a tendência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

V. A dupla função do arguido enquanto *meio de prova* — em sentido material e em sentido formal — tem sido objecto de tratamento da jurisprudência nacional que tem vindo a corroborar a posição acima sufragada. A orientação jurisprudencial dominante,

[358] No duplo sentido que lhe é atribuído por Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, pp. 436 a 439.
[359] Veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 418/2013, relativo ao Proc. nº 120/2011, de 15/07/2013.

já o vimos, tem colocado reticências à exclusão de provas obtidas contra a vontade do arguido no seu corpo, com tendência para as afastar do sentido e alcance do designado direito à não auto-incriminação.

Há uma orientação predominante no sentido de estabelecer a diferenciação entre os *meios de obtenção de prova dependentes* e os *meios de obtenção de prova não dependentes de acto de vontade do arguido*, referindo-se às implicações jurídico--processuais a nível do princípio da não auto-incriminação. Entendem-se as provas obtidas independentemente da vontade do arguido (*v.g.* documentos obtidos por meio de cumprimento de um mandado de busca, colheitas de sangue, urina e outros tecidos corporais destinados a análise de ADN) como não dizendo respeito ao direito ao silêncio, estando excluídas do privilégio da não auto-incriminação. Rejeita o entendimento «*do privilégio contra a auto-incriminação como privilégio de não contribuir "com o seu próprio corpo" para a auto-incriminação*», afirmando estar «excluída qualquer pretensão de o arguido determinar, pela sua vontade, quais as provas que contra si podem ser apresentadas, resultado a que se chegará pela aplicação de um amplo e injustificado entendimento do privilégio»[360]. Afasta a prerrogativa da não auto--incriminação que, segundo este entendimento, só é aplicável aos casos em que o arguido é obrigado a apresentar prova contra si próprio e não quando lhe é extraída coactivamente. O fundamento encontra-se na inexistência de um acto de manifestação de vontade de quem tem de suportar a diligência probatória. O exame coactivo de sangue e o resultado da respectiva análise, dizem os nossos Tribunais superiores, não constitui uma verdadeira auto-incriminação pois que a prova não é facultada

[360] Disponível em: www.dgsi.pt. Veja-se o Acórdão de 11/10/2011, proferido pelo Tribunal da Relação de Évora, no Proc. nº 101/09.0 GBMMN.E1. O centro de discussão neste Acórdão reside na questão de saber se do ponto de vista substancial o direito à não auto-incriminação se aplica ao exame de sangue. Dele se extrai que a expressa recusa em colaborar ou a permitir um exame de sangue não afasta a sua realização coactiva, que a prerrogativa da não auto-incriminação só é aplicável aos casos em que o arguido é obrigado apresentar prova contra si. Veja-se, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30/01/1990, no Proc. nº 0004755 que julgou não constituir crime de desobediência a recusa do arguido de intervir numa recolha de autógrafos ordenada pelo Tribunal, em fase de julgamento, destinada a apurar se determinado documento foi por ele assinado que se seguiu à recusa de prestar declarações. Esta instância fez equivaler a recolha de autógrafos à prestação de declarações sobre a veracidade ou falsidade da assinatura: «equivale a um especial tipo de declarações, não por via oral, mas por escrita». Exactamente a mesma questão foi apreciada pelo Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão proferido em de 28/01/2009, no Proc. nº 0816480, que ditou ser ilegítima a ordem dada ao arguido pelo magistrado do Ministério Público no sentido de escrever pela sua mão determinadas palavras tendo em vista a perícia à letra, no âmbito de um inquérito instaurado pela prática de um crime de falsificação, com a cominação de que a recusa consubstanciaria um crime de desobediência. Foi confirmada a decisão do Tribunal de 1ª instância da Comarca de Gondomar que havia absolvido o arguido do crime de desobediência de que vinha acusado por se ter recusado a prestar autógrafos. O fundamento da absolvição assentou na consideração da legitimidade da recusa por o arguido não ter de contribuir para a sua incriminação.

voluntariamente pelo arguido, não é por ele apresentada, ao contrário, é-lhe recolhida, ainda que à força. Isto é, a prova não está dependente de um acto de vontade do sujeito passivo, por isso, a extracção coactiva de uma amostra de cabelo, de sangue ou de outros fluidos corporais não se traduz, para o arguido, na obrigatoriedade de apresentação de uma prova que pode ser incriminadora. A orientação jurisprudencial vai no sentido da obrigatoriedade de o arguido se sujeitar às diligências de prova ordenadas e especificadas na lei e da não aplicabilidade do disposto no art. 61º, nº 1, al. d) do Código de Processo Penal (direito a não responder a perguntas feitas) a qualquer outra diligência de prova a que o arguido se tenha de submeter, sob pena de esvaziamento do estipulado no art. 61º, nº 3, al. d) daquele diploma.

A questão não é tanto a de o arguido dispor da possibilidade de escolher as provas que contra si serão produzidas dado que as provas obtidas ou a obter pelas entidades competentes em ordem a acusar ou condenar são produzidas independentemente da vontade daquele pois que, de outro modo, com grande probabilidade, afastaria todas, já que ninguém pretende ser objecto de um procedimento criminal. Por isso é que quer a Constituição, quer o Código de Processo Penal estabelecem regras e limites relativos à obtenção e utilização dos meios de prova proibidos, definindo rigorosamente a relação entre os fins pretendidos e os meios utilizados.

Com efeito, uma coisa é o arguido ser obrigado a sujeitar-se à recolha de autógrafos ou à colheita de ar expirado que implicam a contribuição e atitude activa da sua pessoa e correspondente vontade de escrever ou de bufar, respectivamente, outra, diferente, é o arguido ver-se constrangido a sofrer ou a suportar uma actividade sobre si mesmo, ser sujeito a perícias físicas, psíquicas e outras. É marcada a distinção entre *exigibilidade de um comportamento passivo do arguido* ou *mera tolerância passiva da actividade de terceiro* — na qual se contam os reconhecimentos e alguns exames que decorrem da execução de uma decisão judicial que compele o arguido à sua prática — e *exigibilidade de um comportamento activo do arguido* ou *uma acção positiva do arguido contra a sua vontade*. Enquanto os primeiros «não bulem com o direito do arguido a não colaborar ou contribuir para a sua incriminação, já o mesmo não sucede com as diligências que impliquem uma conduta activa do arguido, como seja, por exemplo, a notificação do arguido para apresentar documentos ou objectos (porventura

a arma do crime)» [361]. Daí concluir-se pela ilegitimidade da ordem que imponha a intervenção activa do arguido na diligência probatória de recolha de autógrafos por lhe assistir o direito tanto constitucional, como infra-constitucional de recusa [362]. A compreensão da distinção das provas dependentes de uma acção positiva do arguido contra a sua vontade e das provas não dependentes da sua vontade funda-se na associação dos efeitos substanciais do direito à não auto-incriminação com a origem histórica do princípio ligado que está à prestação de declarações por força da tortura.

VI. O consentimento do arguido, titular do direito à liberdade e à integridade física e moral, no âmbito dos exames corporais, não é condição da efectivação de uma diligência de prova cuja realização não consiste em extorquir-lhe coactivamente declarações auto-incriminatórias ou meios de prova que dependam de um acto de manifestação da sua vontade. Meios de prova há que sem a colaboração activa do arguido não são praticáveis, em que o distanciamento entre o *querer individual* e o *fazer público* conduz à inutilidade e vazio de uma prova esquiva e desvirtuada. Assim é com o meio de prova *declarações do arguido* e com a *perícia à letra*. O veículo verbal e o veículo da escrita pressupõem sempre um acto livre de vontade do próprio arguido, sob pena de, a sua falta descaracterizar o meio de prova em si: ou a palavra falada é forçada e pode não corresponder à verdade, ou a palavra escrita não traduz a verdadeira letra de quem a faz e nenhuma delas servirá para esclarecer com o mínimo de nitidez a verdade factual que se pretende apurar, por ser susceptível de ser viciada e distorcida pela não verdade voluntária. Há nestes meios de prova uma interpenetração entre o *querer* do arguido e a *acção* persecutória do Estado. A negação do arguido torna o meio de prova inidóneo e inadequado. Nos meios de obtenção de prova e nos meios de prova emergentes do corpo humano não se verifica esta mútua razão formativa da prova. A

[361] Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão proferido em 28/01/2009, no Proc. nº 0816480, já atrás referenciado, disponível em www.dgsi.pt. Estava em causa uma diligência ordenada ao arguido susceptível de contribuir para a sua incriminação pois que se exigia dele o comportamento activo de escrever, a fim de se apurar a falsificação de um escrito. O acto de escrever exige que o arguido o faça pelo seu próprio punho. O Ministério Público, disse o Tribunal, seguiu a via mais fácil. Este Acórdão pondera também haver uma diferença importante no que respeita à natureza, entre o exame de recolha de autógrafos do arguido e o teste de alcoolemia, dado ambos pressuporem uma conduta activa e a lei não colocar à disposição do arguido a liberdade de o fazer ou não. Este último tem natureza predominantemente preventiva, enquanto o primeiro tem cariz exclusivamente probatório.

[362] A Lei Espanhola (Ley de Enjuiciamiento Criminal) prevê no art. 391º a possibilidade de ser ordenada ao arguido a recolha de autógrafos em sede de declarações sobre os factos, referindo que não pode ser utilizado qualquer tipo de coacção para o arguido proceder à referida diligência. Tanto assim, que se tem defendido que o arguido tem o direito de recusar a prestação de autógrafos, devendo ser previamente advertido desse direito.

vontade do arguido ou a falta dela não aponta no sentido da autenticidade ou veracidade da prova. A recusa da realização da diligência de prova importará responsabilidade criminal pela prática de um crime de desobediência e a falta da prova não pode ser interpretada ou valorada como presunção de culpa, simplesmente não será considerada para efeito da formação da convicção do julgador.

VII. Em face desta perspectiva, sobre o arguido recai a obrigação legal de tolerar passivamente o exame, isto é, a obrigação de se comportar como objecto de prova. O arguido não colabora activamente na realização das diligências probatórias e é objecto de prova porque aqui não usa da faculdade de colaborar ou não, não exerce a sua liberdade de opção.

Se por um lado, no que respeita às provas apresentadas pelo arguido, lhe está assegurada a liberdade de cooperação na descoberta da verdade, não podendo ser obrigado a actuar contra si próprio, por outro, tem de tolerar passivamente as acções investigatórias que lhe são impostas por terceiro. Este tipo de sujeição conta, na maior parte das vezes, com um determinado tipo de *facere* por parte do visado. Por exemplo, a extracção de uma certa quantidade de sangue, por mínima que seja, pressupõe alguma actividade por parte deste ― colocar o braço em determinada posição, levantar a manga, fechar o punho ―. São as chamadas condutas passivo/activas que consistem em acções preparatórias e de acompanhamento dos exames, sem as quais a realização destes se tornaria impossível a não ser com o recurso à força. Existem momentos em que o arguido, para tolerar as acções do Estado, tem, simultaneamente, de colaborar com elas ou, então, ser objecto de força física para que possam ser executadas.

VIII. O direito à não auto-incriminação pode conformar-se numa perspectiva minimalista ou numa perspectiva maximalista.

A primeira restringe este direito ao não exercício da comunicação do arguido, seja por via oral, seja por gestos, ou por meio de escrita, ou seja, cinge-se ao direito a não prestar declarações ou a não responder a perguntas feitas, por qualquer autoridade, sobre os factos que lhe são imputados no sentido meramente literal, reduzindo-se e confundindo-se com o direito ao silêncio relativamente a declarações incriminatórias (Livro III ― Da Prova ―, Título II ― Dos meios de prova ―, Capítulo II ― Das declarações do arguido, arts. 140º e ss. do Código de Processo Penal). Daí que, em caso algum, preste juramento e o seu silêncio não possa ser avaliado em seu desfavor. O

legislador não obriga o arguido a todas e quaisquer diligências de prova, pelo que o exercício do direito ao silêncio não o fará nunca incorrer na prática do crime de desobediência previsto e punido no art. 348º, nº 1, al. b) do Código Penal. Mas já assim não é no que respeita às demais diligências probatórias coactivas em que, de acordo com a cominação legal, a recusa de colaboração do arguido na descoberta da verdade induzida pelo dever de se sujeitar às diligências de prova, nos termos do preceituado no art. 61º, nº 3, al. c) do Código de Processo Penal, terá como consequência, conforme os casos, ou a prática do crime de desobediência, ou a sua execução forçada ou imposta[363], mesmo que pelo uso da força, desde que dentro dos limites permitidos pelo art. 126º que define os métodos proibidos de prova. O que se traduz, por outras palavras, numa obrigação para o arguido de colaborar com as entidades competentes para o apuramento da verdade e a realização do direito, desde que não se esteja perante prova meramente declaratória[364].

Este foi o pensamento emergente do Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 155/2007, segundo o qual o direito à não auto-incriminação se refere «ao respeito pela vontade de o arguido em não prestar declarações, não abrangendo (…) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito». Para os Conselheiros, a colheita de saliva não é em si mesma nenhuma declaração, constitui, sim «a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um resultado passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto--incriminação».

[363] A aplicação ao arguido de uma sanção criminal pelo crime de desobediência poderia ser-lhe favorável em face do risco da incriminação a que se furtaria pela sua recusa. Ver, neste sentido, M. Ángeles Pérez Marín, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez. 2012, p. 149.

[364] Neste sentido a jurisprudência do STJ de que damos alguns exemplos: o direito ao silêncio por parte do arguido, não sendo um direito ilimitado, 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 a factualidade integradora da acusação e declarações sobre ela já prestadas e a questão da culpabilidade; o silêncio não pode prejudicar o arguido, mas dele não pode retirar benefícios (Proc. nº 07P3227 de 10/01/2008); «o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória» e que «sendo, porém, este o conteúdo do direito, estão situadas fora do seu círculo de protecção as contribuições probatórias, sequenciais e autónomas, que o arguido tenha disponibilizado ou permitido, ou que informações prestadas tenham permitido adquirir, possibilitando a identificação e a correspondente aquisição probatória, ou a realização e a prática e actos processuais com formato e dimensão própria na enumeração dos meios de prova, como é a reconstituição do facto» (Proc. nº 04P3276 de 05/01/2005).

Um outro entendimento doutrinalmente não pacífico e sem apoio jurisprudencial[365] é o que se traduz na perspectiva maximalista. Admite e estende o direito à não auto-incriminação a todas as diligências probatórias para além do meio de prova por declarações em que a utilização do arguido, do seu corpo ou partes do seu corpo sirvam de meio de obtenção de prova ou como meio de prova contra si próprio, desde que se destinem a influenciar negativamente a prova, no sentido de a dirigir contra si. A infinitização do direito à não auto-incriminação pretende impedir que o arguido seja transformado em simples objecto de prova, «consubstanciando-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova (material, documental, declaracional, ou outra) da sua culpabilidade»[366], o que sucederia em relação às amostras biológicas nos casos em que extracção pressupõe alguma actividade por parte do visado, cooperação e contribuição individual sem a qual a diligência não seria viável, nem exequível. O sucesso de grande parte das intervenções corporais que consistem na recolha de material genético depende das condutas passivo/activas e de acções preparatórias e de acompanhamento dos exames; não se trata verdadeiramente de uma colaboração activa em que o arguido está obrigado a uma acção através do fornecimento de prova, nem é realmente uma simples colaboração passiva em que o arguido está obrigado a suportar a diligência probatória, inactivo e indiferente.

Nesta óptica é amplo o campo de possibilidades de recusa do arguido. Só casos de grave necessidade e de elevada e excepcional necessidade probatória admitirão que alguém seja compelido à realização dessas diligências sendo que a cooperação do arguido só poderá ser imposta verificadas as condições de legalidade, proporcionalidade e subsidiariedade. A recusa do arguido, verificados estes princípios, é valorada livremente pela entidade investigatória ou pelo julgador, consequência diamentralmente oposta à valoração do silêncio do arguido no que respeita às suas declarações[367]. O

[365] O STJ pronunciou-se sobre a não colaboração do arguido afirmando que «se o arguido decidir não contribuir para a descoberta da verdade, também não pode pretender que o tribunal reconheça o que ele próprio não foi capaz de reconhecer» (Proc. nº 06P794 de 27/04/2006); que «Se o arguido prescinde, com o seu silêncio, de dar a sua visão pessoal dos factos e eventualmente esclarecer determinados pontos de que tem um conhecimento pessoal, não pode, depois, pretender que foi prejudicado pelo seu silêncio» (Proc. nº 07P3227 de 10/01/2008).

[366] Lara Sofia Pinto, «Privilégios contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido: case study: revelação coactiva da password para desencriptação de dados: resistance is futile?», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 109.

[367] Não como presunção ou indício de culpabilidade mas justamente como elemento a levar em consideração na formação da convicção do julgador, Jorge. A. Pérez López, «El derecho a la no autocriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal», disponível em

alicerce desta interpretação vai buscar-se ao privilégio contra a auto-incriminação enquanto construção formal de não obrigatoriedade de auto-inculpação que não exige do arguido o dever geral de colaborar ou coadjuvar o Estado na administração da justiça no que respeita aos factos que lhe são imputados.

Todavia, arvorar o direito à não auto-incriminação e o direito ao silêncio em impedimentos lógico-formais da recolha não consentida de material biológico do arguido arranca ambiguidades no que respeita à formulação originária destas prerrogativas. As suas raízes entroncam num novo modelo de processo penal onde o arguido assume o protagonismo no sentido em que deixa de ser um simples objecto do procedimento, da investigação e da condenação criminal e passa a ser o centro desse procedimento, corolário dos postulados de liberdade e de respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana. Na vigência de predecessora forma de processo inquisitório as declarações do arguido extraídas coercivamente eram indubitavelmente o meio de prova e fonte de informação privilegiada na investigação e sancionamento do facto punível. A elas se podia chegar por qualquer meio, incluída a generalizada tortura, para obtenção da confissão, tida como a rainha das provas. Hoje, na cultura jurídica ocidental, as declarações e a confissão do arguido transcendem o sentido da operatividade probatória. Mais do que meio de prova[368], mais do que fonte de prova, as declarações do arguido consubstanciam uma expressão do direito de defesa, um direito instrumental do inalienável direito de defesa, ao lado de outros como o direito a assistência de defensor. O exercício pleno do direito de defesa material[369] compreende a faculdade do arguido intervir ou não intervir no processo através das suas declarações. O direito a não confessar, o direito a não informar ou a não transmitir às autoridades competentes o conhecimento que tem sobre os factos, de não se declarar culpado na vertente de não responder às perguntas que lhe forem feitas é uma opção de relevo do arguido, uma forma de reacção neutra deste face à imputação que lhe é feita[370] — contra qualquer forma de pressão ou coacção física ou moral a fim de o fazer confessar a sua

---

http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm (acedido em 31 de Agosto de 2013).

[368] Na sistematização do nosso Código de Processo Penal as declarações do arguido integram o Capítulo II do Título II – Dos meios de prova. As declarações do arguido na nossa ordem normativa situam-se para além da actividade probatória, são uma verdadeira manifestação do exercício do direito de defesa e do correlativo direito ao contraditório.

[369] Direito de defesa material ou substancial que não se confunde com o direito de defesa técnica que consiste no direito do arguido a ser assistido por defensor por si constituído ou nomeado previsto nas als. e) e f), do nº 1 do art. 61º do CPP.

[370] Neutra porque não afirma nem nega os factos e dela não se podem extrair consequências negativas ou positivas para o arguido.

culpabilidade —, no âmbito do exercício legítimo do seu direito de defesa e é, simultaneamente, uma salvaguarda da integridade do exercício do poder público e de legitimação deste no que concerne às funções de averiguação criminal e de sancionamento das infracções cometidas.

PARTE II

A CIENTIFICIDADE DA PROVA DE ADN EM PROCESSO PENAL. APROXIMAÇÃO AOS PRINCIPAIS PROBLEMAS JURÍDICOS. COLISÃO DE VALORES IDEAIS?

7. Introdução

8. Genoma humano e ADN

    8.1. Generalidades sobre ADN e informação genética

    8.2. Importância da distinção entre ADN codificante e ADN não codificante

    8.3. A informação do ADN e as impressões digitais

    8.4. Identidade genética e patenteamento do genoma

9. Exames, ingerências corporais e direito à integridade pessoal

    9.1. Exames e perícias

    9.2. A realização de exame. Exames consentidos e exames não consentidos.

    9.3. Tutela da integridade pessoal e intervenções no corpo do arguido

        9.3.1. As intervenções no corpo e as intervenções sobre o corpo

        9.3.2. Intervenções e métodos invasivos e não invasivos

        9.3.3. Ofensa à integridade física?

            9.3.3.1. A particularidade dos exames de sangue no Código da Estrada

            9.3.3.2. A particularidade dos exames na legislação de combate à droga

10. Exames – medidas de coacção?

    10.1. O critério do género e espécie

    10.2. O critério da eficácia e o critério da eficiência

    10.3. O critério da construção das finalidades implícitas

11. Exames e prova de ADN

    11.1. Vantagens e inconvenientes da prova de ADN

    11.2. Prova de ADN, valor probatório e o papel do julgador

        11.2.1. Valor da prova pericial de ADN

11.2.2. Falibilidade da prova e o papel do julgador
12. As bases de dados de perfis de ADN para fins de identificação criminal
12.1. A base nacional de dados de perfis de ADN
12.1.1. Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal
12.1.2. Informação genética pessoal, informação de saúde, base de dados genéticos e bancos de ADN e de outros produtos biológicos e o Programa Nacional de Diagnóstico Precoce
12.2. Tratamento e conservação de dados. A questão da reserva da intimidade da vida privada e autodeterminação informacional
12.2.1. Dificuldade de delimitação da vida privada e intimidade
12.2.2. Direito à autodeterminação informacional e os perigos associados à automatização de dados pessoais
12.2.3. Compatibilidade da base de dados de ADN com a legislação de protecção de dados pessoais

PARTE II

A CIENTIFICIDADE DA PROVA DE ADN EM PROCESSO PENAL. APROXIMAÇÃO AOS PRINCIPAIS PROBLEMAS JURÍDICOS. COLISÃO DE VALORES IDEAIS?

7. Introdução

Nesta parte apresentamos os principais problemas levantados pelo recurso à prova de ADN para efeitos de prossecução das finalidades do processo penal. Analisaremos as questões relativas à sujeição a exame de ADN como *meio de obtenção de prova* — a colheita de amostras biológicas é instrumental da prova pericial —, a perícia forense de ADN como *meio de prova*, o valor e interpretação da prova de ADN e o relevo da base de dados de perfis de ADN — indicados pela ciência como o método de identificação mais eficaz, já considerada "a nova impressão digital do século XXI" ou a "impressão digital do futuro"[371].

A prova de ADN só é possível a partir de material biológico que, numa primeira fase, é recolhido ou extraído — em que opera como meio de obtenção de prova — e numa segunda fase, é objecto de análise pericial com vista à identificação do autor do crime — em que funciona como meio probatório propriamente dito. As regras relativas às proibições de prova, tendo em vista a tutela de direitos fundamentais, abrangem ambos os momentos e determinarão a existência ou inexistência de proibições de valoração, atributo do princípio da livre apreciação da prova.

A compreensão dos problemas suscitados pela prova científica de ADN envolve o conhecimento elementar sobre ADN e informação genética. A discussão sobre a prova de ADN implica o conhecimento mínimo do conteúdo significante do ADN para nos

[371] É assim designada por Andrea de Gorgey, «The advent of DNA Databanks: implications for information privacy», *American Journal of Law and Medicine*, XVI, nº 3, 1990, p. 381.

situarmos no contexto em que nos movemos. Basta, para tanto, ter em conta que o genoma é o «grande "livro" da vida onde está escrito o nosso passado e previsto o nosso futuro»[372], que a presença de ADN pode encontrar-se no sangue, sémen, pele, saliva[373], suor, cabelos[374], unhas, polpa dentária[375], material fetal[376], material ósseo, músculos e outros elementos biológicos humanos, que analisar uma destas amostras biológicas permite traçar o perfil genético do indivíduo a quem pertence, que o ADN cumpre funções várias no ser humano e que a informação transmitida por uma amostra pode revelar tudo sobre o seu titular ou só uma parte dele. Tudo isto está na base da reflexão jurídica sobre a problemática de balanceamento de interesses em colisão. Daí que nos ocupemos de seguida das noções primárias sobre o ADN humano.

8. Genoma humano e ADN

8.1. Generalidades sobre ADN e informação genética

I. Dentro das limitações próprias de quem não é biólogo, nem geneticista, e com as inerentes dificuldades, atrevemo-nos a aclarar esta matéria, na medida do necessário, para o estudo do tema que nos propusémos. O genoma humano é o «conjunto de todo o material genético contido nos cromossomas de cada organismo, sabendo-se que todas as células desse organismo contêm essa informação [ADN]» [377]. O genoma tem sequências

[372] De acordo com Daniel Serrão, «Os desafios contemporâneos da genética», *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coordenação de José de Oliveira Ascenção, 2005, p. 371.
[373] A saliva em si não contém ADN por não ter células na sua constituição, todavia, transporta células epiteliais da cavidade bucal, segundo Maria de Fátima Pinheiro, «Contribuição do estudo do DNA na solução de casos criminais», *Revista do Ministério Público*, Ano 19, nº 74, Abr./Jun., 1998, p.147.
[374] Ver Maria de Fátima Pinheiro, «Contribuição do estudo do DNA na solução de casos criminais», *Revista do Ministério Público*, Ano 19, nº 74, Abr./Jun., 1998, p. 147: o cabelo que contém mais ADN concentrado é o da raiz e o recentemente arrancado porque possui células do folículo piloso.
[375] Muito relevante para identificação de vítimas de incêndio.
[376] Importante para investigação de crimes contra a vida intra-uterina e de infanticídio.
[377] Recorremos à terminologia de Luísa Neto, «Sobre a existência e utilização de uma base de dados genética em Portugal», *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 313. Segundo Maria Carolina Vaz Goulart, Flávia Godoy Iano, Paulo Maurício Silva, Silvia Helena de Carvalho Sales-Peres e Arsênio Sales-Peres, «Manipulação do genoma humano: ética e direito», *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 15, supl. 1, Rio de Janeiro, Junho, 2010, p. 1, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700082 (acedido em 28 de Janeiro de 2012), o genoma é o «conjunto de toda informação de um determinado organismo, contido em seu material genético DNA (ácido desoxirribonucléico) ou mesmo RNA (ácido ribonucléico) no caso de alguns vírus. O DNA é uma macromolécula orgânica que possui a informação contida na sequência de suas bases (adenina, timina, guanina e citosina)».

de ADN repetidas. Estas sequências aparecem em tamanhos vários e a sua classificação é feita de acordo com o comprimento das unidades de repetição do núcleo, a quantidade de unidades de repetição contíguas ou o comprimento total da região de repetição. Às regiões do ADN com unidades de repetição curtas dá-se o nome de *short tandem repeats ou microsatélites* (STRs), marcadores de ADN herdados de ambos os progenitores que estão colocados em torno do centro estrutural dos cromossomas. Nos exames de ADN, para além destes marcadores, também são utilizados os *single nucleotide polymorphism* ou polimorfismos de nucleótido único (SNP) e o ADN motocondrial (ADNmt). A fim de se proceder à identificação das pessoas é recomendável dispor-se de marcadores de ADN que apresentem uma elevada variação[378] mas para traçar o perfil genético de uma pessoa basta o conhecimento de um grupo concreto de sequências, não sendo necessário o conhecimento de todas as sequências de ADN de todos os seus cromossomas. A esse grupo de sequências dá-se o nome de marcadores genéticos que são os utilizados no estudo da prova de ADN. Em síntese, os cromossomas são constituídos de ADN e o conjunto dos cromossomas numa célula formam o genoma que tem aproximadamente 3 mil milhões de pares de base dispostos em 46 cromossomas. A informação transportada pelo ADN está contida nas sequências de ADN chamados genes. Crê-se que o genoma humano contenha entre 30.000 a 40.000 genes, constituindo o património genético da humanidade que é universal por a todos pertencer e singular de pessoa para pessoa dados os elementos individuais de que é portador, donde decorrem as características de unicidade e diversidade da natureza humana[379].

É no material genético, designado por ADN[380] (sigla utilizada para significar ácido desoxirribonucleico, ou DNA, na sigla em inglês[381]), de cada um de nós que está contida toda a nossa informação genética, o «ácido nucleico que persiste no género

[378] Para informações mais pormenorizadas, ver em http://www.forensicdnacenter.com/dna-str.html (acedido em 30 de Janeiro de 2013).
[379] Este número constituiu uma surpresa pois, antes da concretização do Projecto Genoma Humano, estimava-se serem 100.000 os genes contidos no genoma humano, o que leva a afirmar que a complexidade biológica de um organismo não resulta de termos quantitativos dos genes que compõem o seu genoma. O genoma humano está distribuído em 24 cromossomas (22 autossomos e 2 cromossomas sexuais). Seguimos aqui informação de Geoffrey M. Cooper/Robert E. Hausman, *A Célula – uma abordagem molecular*, Porto Alegre, Artmed, 2007, 3ª ed., (tradução Maria Regina Borges-Osório), pp. 170 ss. Ambos Professores na Boston University, o primeiro Presidente do Departamento de Biologia, o segundo Director daquele Departamento na referida Universidade.
[380] O ADN foi identificado como material genético através de experiências laboratoriais de transformação bacteriana.
[381] Ver Brian Cain, *Legal Aspects of Gene Technology*, London, Sweet and Maxwell, 2003, p. 3.

humano, depois de longa caminhada através do que sempre se chamou vida»[382]. É «uma estrutura química e física; porque tem a propriedade de se replicar por autocópia (…) é considerado como um objecto físico-químico vivo»[383]. O ADN «fornece um projecto que orienta todas as actividades celulares e especifica o plano de desenvolvimento dos organismos multicelulares»[384].

O conhecimento científico revela que desde o momento da concepção até à morte somos o resultado da interacção dos nossos genes com o meio ambiente.

O indivíduo não tem só uma origem geográfica, social e cultural, a ciência permite a sua identificação biológica[385]. Sabe-se que todos somos únicos, no sentido de que o ADN é individualizante porquanto não se repete em duas pessoas, com excepção dos gémeos homozigóticos[386]. O ADN é também inalterável dado que se mantém constante durante toda a vida e é único no sentido de que todas as nossas células contêm a mesma informação genética. Obtém-se através dele a individualidade biológica de cada ser humano[387]. Encontrando-se no núcleo das células dos seres vivos, todas as células do nosso corpo são um reservatório do nosso ADN. Como é um componente químico do núcleo celular, o ácido desoxirribonucleico permite conhecer toda a informação genética de uma pessoa bem como a sua herança genética. É uma molécula constituída por um conjunto de substâncias químicas cuja estrutura foi descoberta pelo norte-americano James Dewey Watson e pelo inglês Francis H. Compton Crick, em 1953[388] que abriu a possibilidade de compreender o fenómeno da hereditariedade.

---

[382] João Ribeiro da Silva, *Perspectivas da Bioética – Bioética Contemporânea III*, Chamusca, Cosmos, 2003, p. 15.

[383] Daniel Serrão, «A criação e o genoma», *Brotéria*, 4, vol. 153, 2001, p. 806.

[384] Geoffrey M. Cooper/Robert E. Hausman, *A Célula – uma abordagem molecular*, (tradução Maria Regina Borges-Osório), Porto Alegre, Artmed, 2007, 3ª ed., p. 139.

[385] Guy Carcassonne, «Les tests ADN», *Recueil Dalloz*, Ano 183, nº 42 / 7315, 2007, p. 2992.

[386] Gémeos muito idênticos físicamente e geneticamente resultantes da fecundação do mesmo óvulo, com o mesmo genoma, podem ter a mesma sequência de ADN. Nestes a prova lofoscópica será determinante para a identificação dos indivíduos. João Ribeiro da Silva, em *Perspectivas da Bioética – Bioética Contemporânea III*, Cosmos, 2003, p. 65, afirma que somos todos iguais em 99, 9% do nosso ADN, o restante 0,1% distingue-nos uns dos outros, explicando os nossos aspectos somáticos e psíquicos, quadros fisiológicos e patologias. Daí o apelidar-se de «a mais forte igualdade que se pode conceber» (p. 66). Por seu turno, e de modo algo diferente, a posição de M. Patrão-Neves «a realidade viva a que se refere o homem», constituído por matéria e espírito, «não se confina a qualquer objectividade, mas apreende-se no dinamismo vivo da sua expressão inédita», em «O genoma e a identidade da pessoa», *Genoma e dignidade humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 30.

[387] Individualidade biológica dos indivíduos de que fala Maria de Fátima Pinheiro, que reside na exclusividade do ADN de cada um de nós e na igualdade e invariabilidade dele em todas as nossas células durante toda a vida, *in* «Contribuição do estudo do DNA na solução de casos criminais», *Revista do Ministério Público*, Ano 19, nº 74, Abr./Jun., 1998, p. 146.

[388] Foi, contudo, o alemão Friedrich Miescher que, em 1869, destacou uma substância no interior do núcleo das células, a que deu o nome de "nucleina" (posteriormente designada por ácido desoxirribonucleico).

Segundo palavras de Eric Lander, a segunda metade do século XX ficou marcada pela "grande revolução científica da história: a revolução da informação na genética"[389]. Antes, no início do século XX, a grande descoberta foi de Karl Landsteiner[390] com a identificação do grupo sanguíneo dos seres humanos que, entre outras utilizações, contribuiu para a identificação de pessoas em dois domínios em especial — na investigação criminal e nos processos de averiguação de paternidade.

II. O incremento do estudo sobre o ADN permite que este conhecimento seja utilizado em diversificadas áreas da medicina, da biologia, na engenharia genética, na engenharia ambiental, na alimentação, na investigação criminal, entre outros. As profícuas e sucessivas invenções tecnológicas a nível genético têm vindo a ser utilizadas com frequência para fins de identificação civil, nomeadamente em identificação de cadáveres e determinação de relações de parentesco (*v.g.* identificação de pessoas desaparecidas, acções de estabelecimento de paternidade) e alargaram-se ao domínio da investigação criminal, instrumentos de grande valia na determinação do autor do facto criminoso e das circunstâncias em que este ocorreu[391].

Recordamos o princípio de Edmond Locard "todo o contacto deixa rasto"[392], segundo o qual sempre que dois objectos entram em contacto ocorre necessariamente troca de material de um para o outro, o que associará sempre o criminoso ao local do

[389] Joseph Pugliese, «Identity in question: a grammatology of DNA and forensic genetics», *International Journal for the semiotics of law*», 12, nº 4, 1999, p. 419.

[390] Imunologista e patologista austríaco, descobriu o designado "sistema ABO" dos seres humanos e realizou provas de compatibilidade entre os grupos sanguíneos, de extrema importância a nível da medicina para efeitos de transfusão de sangue.

[391] Nos EUA, nos finais da década de oitenta, mais precisamente, em 1988, o FBI desenvolveu o uso da prova de ADN e consta ter sido utilizada em sede de julgamento, dada a sua comprovada cientificidade, pela primeira vez, no caso Estado da *Florida vs. Andrews*, também em 1988. Contudo, a condenação resultou também da prova testemunhal produzida. No Reino Unido, foi utilizada pela primeira vez, em Outubro de 1986, no caso *Enderby*, para identificação de um suspeito de dois crimes de violação e homicídio de duas jovens de 15 anos de idade, perpetrados com o mesmo tipo de violência. Foi o geneticista da Universidade de Leicester, Alec Jeffreys, que realizou o respectivo exame. Através desta análise de ADN foi possível determinar que o sémen recolhido nos vestígios vaginais de ambas as vítimas, e posteriormente analisado, pertencia à mesma pessoa, mas não à que se encontrava acusada e que tinha confessado o segundo crime, afastando, assim, a responsabilidade criminal do indivíduo suspeito. Foi lançada mão da realização do teste massivo de ADN a toda a aldeia de Enderby. Numa primeira fase não se obtiveram resultados coincidentes na comunidade com os da amostra-problema, mas, mais tarde, um dos residentes acabou por declarar que um indivíduo lhe havia pedido para realizar o exame na sua vez. Nos anos que se seguiram, a técnica foi usada com mais frequência no âmbito da investigação criminal, quer no Reino Unido, quer nos EUA, assim como em matéria de imigração – neste âmbito, foi aplicada em tribunal, pela primeira vez, em Abril de 1985, em Inglaterra – para efeito de determinação da existência ou não de laços familiares entre as pessoas.

[392] Podem procurar-se vestígios do crime no local onde este foi perpetrado, como vestígios do autor na pessoa da vítima ou da vítima na pessoa do autor em consequência da transferência de partículas que ocorre de uns para os outros.

crime, ainda que por meio de ínfimas partículas[393]. Desde logo porque a pele, o maior órgão do corpo humano, que descama natural e diariamente — podendo cair 400.000 células por dia —, em conjunto com as glândulas sudoríparas e sebáceas, também libertadoras de células, quando em contacto com uma superfície, deixam resíduos relevantes identificadores do sujeito. Os objectos manipulados são fonte de informação de ADN por meio das células de descamação do epitélio. Não esqueçamos que uma única célula humana pode ser portadora de informação correspondente a 600.000 páginas impressas contendo 500 palavras cada e a cadeia de ADN dessa célula pode formar um fio com mais de 12 metros[394]…

A prova científica, a par da sua objectividade e neutralidade, tem a vantagem de ser precisa, célere e de permitir estudo comparativo, pontos positivos que superam os seus principais dois inconvenientes — possibilidade de contaminação química ou biológica[395] e elevados custos.

---

[393] Ver Arlindo Marques Lagoa, *Análise genética de impressões digitais – amostras low copy number*, Universidade do Porto, Tese de Mestrado, 2007, disponível em: http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22055/4/20070702tese.pdf, p. 27 (acedido em 20 de Fevereiro de 2012). As amostras *low copy number* são as que contêm uma quantidade mínima de ADN para poderem ser analisadas pelos métodos tradicionais nos laboratórios forenses. É possível a obtenção de perfis de amostras com reduzida quantidade de ADN (perfis de STRs – *Short Tandem Repeats*). Desta forma se obtém ADN nos invólucros das munições de armas de fogo de quem as municiou e manuseou, não obstante as altas temperaturas atingidas no interior da câmara de explosão. Desta matéria tratam Miriam Gomes e Nuno Reboleira, «Determinação do perfil genético de um indivíduo a partir da recolha de material biológico proveniente de munições de armas de fogo após o disparo», *Investigação Criminal*, nº 3, 2012, pp. 253 ss., com base num estudo efectuado com dois tipos de armas mais frequentemente usadas quer pelos criminosos, quer pela polícia – pistola *Glock* de calibre.390/9mm de origem austríaca e carregador de 15 munições e revólver *Taurus* de calibre.32/7.65mm *Long*, de origem brasileira, com tambor para 6 munições.

[394] Joseph Lluis Albiñana i Olmos, *Las intervenciones corporales en el proceso penal: las debilidades de los procesos penales nacionales*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, p. 8, nota 3, disponível em: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf (acedido em 06 de Março de 2012).

[395] A contaminação química pode ocorrer por contacto com produtos desta natureza, como tintas, e a biológica, por contacto com material biológico de outras pessoas e pode verificar-se por diversos modos: mau procedimento na recolha pelos investigadores, mau manuseamento da colheita pelos agentes laboratoriais, contacto entre duas ou mais amostras, contaminação ambiental no local do crime ou em laboratório, etc. A questão da contaminação das amostras é, muitas vezes levantada, em sede de julgamento. Exemplifiquemos com o Acórdão nº 241/08.2 GAMTR.P1.S2, de 23/02/2011, do nosso STJ (relativo a um crime de homicídio). Aqui o juízo pericial expresso no relatório dava como assente o seguinte: de acordo com os resultados obtidos na análise de ADN, para o conjunto de *loci* estudados, há identidade de polimorfismos dos vestígios hemáticos detectados no par de calças do arguido e a amostra de sangue recolhida ao cadáver. A defesa pôs em causa o modo através do qual o sangue havido ido "parar" às calças do arguido, aventando a possibilidade de contaminação destas pelos órgãos de polícia criminal, tese que o Tribunal refutou e a que não concedeu credibilidade por a defesa não ter questionado o resultado propriamente dito da perícia.

No presente século é cada vez maior a importância atribuída à designada "impressão digital genética"[396] tendo ganho lugar de destaque a constituição de uma base de dados de perfil de ADN para efeito de identificação civil[397] [398] e criminal, quer a nível nacional, quer a nível internacional[399]. A ciência indica que este é o método de identificação mais eficaz, de forma a ser considerada "a nova impressão digital do século XXI" resultado da "maior revolução científica da história: a revolução da informação genética"[400]. Está mesmo considerada como o «*método preferencial de identificação do autor de um crime*»[401]. A colheita de amostras biológicas ou tecido corporal é instrumental destas finalidades e a lei prescreve a possibilidade de determinação da realização coactiva de exames.

O processo de averiguação da prova de ADN implica sempre o processamento, no mínimo, de quatro etapas: (a) colheita da *evidência física*, (b) sua preservação, (c) sua observação, estudo e obtenção da informação de que é portadora e (d) interpretação do resultado.

---

[396] Por ser capaz de apresentar de forma gráfica o ADN do núcleo das células humanas, Manuel da Costa Andrade coloca reticências ao uso da expressão "impressão digital genética", *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006, p. 80.

[397] No chamado caso dos "bebés roubados" a mães solteiras, em Madrid, desde os anos 60, a empresa "Genómica" tem vindo a dar um importante contributo na identificação dos filhos que foram retirados às respectivas mães, logo após o parto, invocando o falso falecimento das crianças, através dos testes de ADN, assim se conseguindo repor a verdade biológica. Também tem sido de significativa valia esta forma de identificação no que se reporta ao Projecto Fénix, levado a cabo em Espanha, para identificação de cadáveres e pessoas desaparecidas na Guerra Civil Espanhola, servindo fins humanitários, prestando auxílio aos familiares de pessoas desaparecidas.

[398] Um dos problemas paralelos discutidos atinentes às bases de dados genéticos para fins de identificação civil é do "direito à imagem do corpo". Esta questão levanta-se, sobretudo, quando a comunicação social transmite imagens de corpos desmembrados, mutilados, com grandes lesões e desfigurações ou fragmentos de corpos, em situações de calamidade e graves acidentes. Veja-se Jean-Christophe Galloux / Héléne Gaumont-Prat, «Droits et libertés corporels», Janeiro, 2006 – Dezembro, 2006 / *Recueil Dalloz*, ano 183, nº 16, 19/Abril/2007, p. 1105.

[399] A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 10 de Fevereiro de 1992 (Recomendação R (92) 1) indica que diversos países da Europa já produziram legislação relativa a bases de dados de perfis de ADN tanto com finalidades de investigação criminal, como com finalidades de identificação civil, bases que têm evidenciado resultados positivos no que se refere à identificação de delinquentes e pessoas desaparecidas, exclusão de inocentes, interligação entre diferentes condutas criminosas e colaboração internacional em processos de identificação.

[400] Expressão de Eric Lander, Director do Instituto de Whitehead/MIT Centro de Investigação do Genoma, segundo Joseph Pugliese, «Identity in question: a grammatology of DNA and forensic genetics», *International Journal for the semiotics of law*», 12, nº 4, 1999, p. 419. Confrontar, também, Helena Machado e Susana Silva, «Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética», disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/8808/1/cap6.pdf, p. 157 (acedido em 27 de Janeiro de 2013).

[401] Neste sentido, Arthur Pinto de Lemos Júnior, «A aplicação da perícia de ADN no processo penal para fins de identificação criminal», *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, nº 3, 2005, p. 87.

Acontece, porém, que temos de apreciar o valor destes novos meios de prova com as devidas cautelas. Pensemos na existência de uma prova científica inabalável — obtido o perfil de ADN de um violador a partir de um esfregaço vaginal efectuado na vítima pouco tempo após uma alegada violação — e na versão de cópula consentida apresentada pelo arguido, quando não existem quaisquer outros elementos de prova que corroborem a falta de consentimento da vítima. Casos como estes levam-nos a reflectir sobre a dimensão e o plano dos novos modelos de prova[402].

8.2. Importância da distinção entre ADN codificante e ADN não codificante

I. No genoma humano estão contidos os caracteres hereditários de uma pessoa. Sabe-se que os nossos marcadores genéticos são herdados de ambos os progenitores. O ADN que compõe o genoma humano subdivide-se em nuclear e mitocondrial[403]. O primeiro é assim designado por se situar no núcleo das nossas células e é herdado dos dois progenitores, com excepção do cromossoma Y que provém apenas do pai. O segundo encontra-se no exterior do núcleo, nas mitocôndrias, fundamentais na produção de energia, assegurando o bom funcionamento das células e herda-se só da mãe[404], tendo um índice discriminativo reduzido. Contudo, o ADN mitocondrial, que possui uma região não codificante, encontra-se presente num grande número de cópias das nossas células, o que lhe confere grande interesse no campo forense, para além de viabilizar a análise de ADN mesmo em amostras biológicas em elevado estado de degradação pelo decurso do tempo ou pelo mau estado de conservação[405]. É importante

[402] Interessante, a este propósito, a reflexão de Michael Lynch e Ruth Menally, «Science, sens commum et preuve ADN: une controverse judiciaire à propos de la compréhension publique de la science», traduzido por Baudouine Dupret, *Droit et société*, Paris, nº 61, 2005, pp. 655 a 681, a partir de um caso de violação ocorrido em 06 de Abril de 1991, no norte de Londres, que ficou conhecido pelo caso *Regina vs. Adams*, onde se debate a ciência genética, a teoria das probabilidades e o senso comum em sede de prova. A vítima R. foi objecto de exame tendo sido recolhidos restos de esperma do alegado autor do crime. Comparado o perfil de ADN deste com os milhares de registos então existentes não foi possível identificar o infractor. Dois anos mais tarde, a propósito de outras infracções, foi recolhida uma amostra de sangue de Denis John Adams para determinação do seu perfil de ADN que, quando comparado com os elementos já constantes do registo, permitiu identificá-lo na base de dados de casos não resolvidos. Com base nesta prova científica, foi acusado e condenado em Janeiro de 1995. Em 1996 recorreu, o recurso teve provimento e foi novamente julgado e condenado. Voltou a interpor recurso em Outubro de 1997, mas este não foi admitido.

[403] Respectivamente, ADNnu e ADNmt.

[404] Daí não ser utilizado para testes de investigação de paternidade. Fornece informação sobre doenças transmitidas por via materna, sobretudo, propensão para Parkinson e Alzheimer.

[405] Segundo A. Carracedo, M. V. Laréu, C. Pestone, A. Salas, S. Barral, M. Brión, «Valor y limites del ADN em genética forense», *Temas de medicina legal*, Coordenação de Duarte Nuno Vieira, Ascensão

para determinar elos familiares entre uma pessoa viva e um seu ascendente, ainda que entre eles haja um hiato de gerações[406].

Paralelamente, existe ainda uma outra destrinça entre ADN, do ponto de vista funcional, o codificante e o não codificante[407]. O codificante ou expressivo é o que está encarregado de armazenar a informação genética nos genes cuja função é a de produzir proteínas determinando a sequência de aminoácidos das proteínas que estes codificam. Os genes determinam os traços fenotípicos do ser humano, definem a fisionomia e as características individuais da pessoa. O ADN codificante revela características como o biótipo, propensão para doenças, como obesidade, diabetes, hipertensão, predisposição genética para o alcoolismo, características comportamentais e psicológicas, origem étnica e genealógica. Este permite estabelecer as características mais individualizantes de um ser humano, desde a sua raça, estrutura física, altura, cor de cabelos e olhos, tom da pele, desvios ou mutações genéticas que podem ser causa de propensão ou risco para determinadas patologias raras, incapacitantes, ou predisposição genética para tal, traços comportamentais, características de personalidade, entre outras, revelando este mapa genético a "estrututa morfológica do indivíduo"[408]. Por outras palavras, o ADN codificante revela caracteres biológicos, somáticos e comportamentais do ser humano. Constitui uma amostra de cada um de nós, com as nossas virtudes e defeitos[409]. Todavia, é pouco polimórfico dada a sua pequena variabilidade de pessoa para pessoa não sendo o mais apelativo para efeito de identificação pessoal na medicina médico-legal e forense.

Rebelo e Francisco Corte-Real, Coimbra, Centro de Estudos de Pós-Graduação em Medicina Legal, 1998, vol. I, p. 403. Para uma explicação mais técnica, ver Arlindo Marques Lagoa, *Análise genética de impressões digitais – amostras low copy number*, Universidade do Porto, Tese de Mestrado, 2007, disponível em: http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22055/4/20070702tese.pdf, pp. 35 e 115 (acedido em 20 de Fevereiro de 2012).

[406] Ver Maria de Fátima Pinheiro, «Identificação genética: passado, presente e futuro», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 118, Ab./Jun., 2009, p. 176.

[407] Sobre a distinção entre ADN codificante e não codificante veja-se Juan Miguel Mora Sánchez, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnologia del ADN*, Granada, Comares, Fundação BBVA, 2001, pp. 18 ss., e Florentina Maria de Freitas, «Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança *versus* privacidade», *Lusíada*, nº 7, 2010, p. 253 ss.

[408] Assim, M. Ángeles Pérez Marín, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez. 2012, p. 129.

[409] O uso desta informação genética no local de trabalho ou por companhias de seguros foi proibida nos EUA com a *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 (GINA)*, que impede as companhias de seguros de solicitarem a realização de exames genéticos e de acederem a resultados já existentes a fim de definirem os prémios ou para determinarem a adesão aos seguros. A nível laboral, a entidade patronal também está proibida de utilizar informação genética para efeito de contratação, despedimento ou promoção dos trabalhadores. Esta lei visa, em primeira linha, dissuadir práticas discriminatórias e, paralelamente, proteger a privacidade dos cidadãos e proibir a indevida utilização destes dados, incentivando a realização de exames de ADN por parte de voluntários em estudos clínicos.

Em 1985, Alec Jeffreys e os seus colaboradores da Universidade de Leicester descobriram no ADN não codificante regiões muito polimórficas. A partir de então o ADN não codificante, o não relevante para a síntese proteica, passou a ser encarado de forma mais valiosa, sobretudo para efeito de marcadores genéticos e o seu uso incrementou-se ao serviço de várias ciências. Este ADN, o não codificante ou não essencial, aquele que não codifica proteínas, que representa a mais expressiva quantidade — cerca de 97% do genoma humano — não contém informação fenotípica, nem dados essenciais da composição genética do indivíduo, daí a designação algo generalizada de "ADN inútil". Grande parte do genoma humano é não codificante e existe por razões estruturais e reguladoras. No estado actual dos conhecimentos científicos, é particularmente importante em sede de identificação dos seres humanos, desde logo por apresentar uma enorme potencialidade de diferenciação de indivíduo para indivíduo, graças ao seu elevado polimorfismo, não revelando informação relevante de natureza hereditária da pessoa, servindo apenas para determinar a identidade e o sexo dos indivíduos e, eventualmente, estabelecer o grau de parentesco destes com outrem. A ciência mostra que a probabilidade de duas pessoas possuírem o mesmo código genético é, estatisticamente, de 1 para 50 triliões[410].

8.3. A informação do ADN e as impressões digitais

I. A possibilidade real de traçar o perfil genético do qualquer indivíduo a partir de uma quantidade mínima de amostras de material biológico até mesmo em avançado estado de deterioração e de se poder obter prova, foi apelidada por Eric Lander como a "revolução da informação genética", como vimos[411]. Embora o Programa Genoma Humano [412] visasse o melhoramento do conhecimento da espécie humana e o

[410] Veja-se Juan Miguel Mora Sánchez, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnologia del ADN*, Granada, Comares, Fundação BBVA, 2001, p. 20, nota 35 e Arthur Pinto de Lemos Júnior, «A aplicação da perícia de ADN no processo penal para fins de identificação criminal», *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, nº 3, 2005, p. 87.

[411] Helena Machado e Susana Silva, «Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética», disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/8808/1/cap6.pdf, p. 157 (acedido em 27 de Janeiro de 2013).

[412] A ideia de sequenciar o genoma humano — tarefa de sequenciar um a um os genes que codificam as proteínas, bem como de encontrar as sequências de ADN que não são genes — surgiu pela primeira vez, em meados da década de 80. Charles DeLisi, que chefiava o Serviço de Saúde e Pesquisa Ambiental, no Departamento de Energia, nos EUA, apadrinhou o Projecto do Genoma Humano, em 1988. Este Projecto foi aprovado por um Comité do Conselho Nacional de Pesquisa. Só para se ter uma ideia da

aperfeiçoamento das suas condições de vida, abrindo novas possibilidades de aplicação da informação genética no estudo da biologia e da medicina, em busca de benefícios para o homem, sobretudo, no domínio das condições de saúde e de prolongamento da vida do ser humano[413], concluído o projecto de mapeamento e sequenciação do genoma humano, face às novas possibilidades de aplicação da informação genética, não só no estudo da biologia e da medicina mas, também, noutros domínios como o das ciências forenses, a comunidade jurídica internacional ergueu-se em uníssono no sentido de despertar as consciências para os riscos inerentes a determinados direitos fundamentais, colocando no topo das prioridades o direito à identidade genética e o direito de autodeterminação informacional. A identificação de todos os genes do ser humano, a determinação da sua função e a informação deles proveniente passou a ideia para o mundo de que a partir de agora era, mais do que nunca, uma realidade o *homem de cristal* ou o *homem transparente*. Toma-se consciência da concomitante universalidade e da homogeneidade do indivíduo. Estava descoberta a natureza do homem e antecipado o seu futuro. Estava aberto o caminho para se poder falar no determinismo genético embora o conhecimento multidisciplinar de ciências como a medicina, biologia, antropologia, sociologia, entre outras, tenham vindo demonstrar que o homem não se reduz à sua *anatomia e biologia sequenciada e mapeada*.

II. As intranquilidades discursivas trouxeram a debate o cotejo entre as novas impressões genéticas e as tradicionais impressões digitais.

---

grandiosidade deste Projecto, em termos quantitativos, ultrapassou os 3,5 mil milhões de euros e durou mais de 13 anos. Foi, numa primeira fase, coordenado por James D. Watson (um dos descobridores da estrutura do ADN) e, posteriormente, por Frances Collins. Em Fevereiro de 2001 foram publicadas duas sequências preliminares do genoma humano. Visou determinar os genes de cada cromossoma do corpo humano, a sua natureza bioquímica, fazer o mapeamento, sequenciação e análise do genoma humano, identificando todos os genes humanos para estudar a sua estrutura e função. Aqui se destaca a biologia celular e molecular. O primeiro genoma a ser sequenciado foi o da bactéria *Haemophilus influenzae*, em 1995. Em Abril de 2003, foi anunciada a conclusão de uma sequenciação de alta qualidade do genoma humano: estavam, assim, descobertos genes, a sua posição e composição com resultados na ordem dos 99,99% de precisão. Dos genes sequenciados, cerca de 50% codificam proteínas de função conhecida.

[413] O Projecto do Genoma Humano veio contribuir largamente para a descoberta e desenvolvimento de novos medicamentos, aperfeiçoamento dos fármacos existentes e para o diagnóstico e terapêutica de cerca de centenas doenças genéticas, sendo certo que já foram detectados aproximadamente 2.000 genes de doença. O Professor Daniel Serrão tem uma posição dissidente no que respeita à descodificação do genoma humano afirmando que não tem qualquer interesse nem para as pessoas, nem para as indústrias da biotecnologia e da farmácia. Justifica: «É como se eu aprendesse a desenhar, por cópia, os milhares de caracteres da escrita chinesa, sem conhecer o seu valor semântico; não me serviria para nada. O mesmo com o conhecimento da química sequencial do genoma. Falta semântica, a que tenho chamado fisioma, conjunto de funções do genoma. Fazer proteínas diversas é como descarregar granito, tijolo, cimento, ferro e madeira; sem projecto e sem haver quem use e coloque os materiais nos sítios certos para exercerem uma função determinada, não haverá casa. Esta é a questão do fisioma», *in* «A criação e o genoma», *Brotéria*, 4, vol. 153, 2001, p. 809.

Temos a percepção de que, na categoria da prova pericial, analisar um vestígio biológico humano para definir o perfil de ADN não é o mesmo que analisar outro tipo de vestígios materiais como os deixados, por exemplo, no lugar de um incêndio ou explosão (*v.g.* o recipiente de gasolina, a arma de fogo) para investigar a causa do crime e respectivo autor. Com efeito, a análise de ADN versa sempre sobre matéria que tem a ver directamente com a pessoa e, embora não seja admissível nem desejável, pode buscar conteúdo codificante ainda que de forma potencial, furtiva ou abusiva, e, desse modo, desnudar aspectos da vida privada do visado, revelando características biológicas, genéticas, somáticas e comportamentais do indivíduo. É sobretudo nesta nota de risco que reside a grande desigualdade entre a tradicional impressão digital[414] e a impressão genética também designada "impressão digital do futuro": obtida uma amostra biológica, por exemplo, de uma singela gota de sangue, pode aceder-se ao genoma completo de uma pessoa, pois que dela tanto se podem extrair informações do ADN não codificante como do ADN codificante. A lógica expansiva do recurso à "impressão digital genética", ao "perfil genético" ou ao "perfil de ADN" apresenta expressivos problemas de protecção de direitos fundamentais em sede de investigação e prova criminal.

III. Antes da criação destes novos procedimentos, a identificação para fins forenses era, muitas vezes, efectuada através dos tradicionais marcadores serológicos, entre os quais se contavam os grupos sanguíneos, os antigénios dos leucócitos (HLA), proteínas, enzimas polimórficas, em que eram usados métodos imunológicos e electroforéticos. Os exames hematológicos utilizados na identificação de autores de infracções criminais, não obstante, o seu rigor, apresentam dificuldades que não se colocam em sede de ADN. Desde logo, a análise hematológica requer uma quantidade de sangue superior e em bom estado de conservação pois que é rápida e facilmente degradável. Por outro lado, fornece respostas incompletas, resultados limitados por só revelar o grupo sanguíneo e, não raras vezes, inconclusivos[415]. Estes são os principais

[414] Os precursores da ciência dactiloscópica foram William James Herschel e Francis Galton, em 1858 e 1888, respectivamente. O primeiro constatou uma das características das impressões – a perenidade das linhas – após observação da sua não alteração com o decurso do tempo, contudo a técnica não era utilizada senão para efeito de celebração de contratos onde era colocada a impressão digital do dedo médio. Um pouco mais tarde, Francis Galton e Edward Henry levaram a técnica, depois de aperfeiçoada, para o domínio da identificação criminal onde a perenidade, individualidade e variabilidade das linhas digitais mostraram ser fundamentais na identificação individual. Veja-se Maria de Fátima Pinheiro, «Identificação individual – dactiloscopia e genética forense», *Revista de Direito Maia Jurídica*, Ano VI, nº 2, Jun./Dez., 2008, pp. 44 e 45.

[415] Veja-se neste sentido Maria de Fátima Pinheiro, «Identificação genética: passado, presente e futuro», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 118, Ab./Jun., 2009, pp. 160 e 161.

motivos da rendição às novas metodologias ligadas ao ADN no sector da investigação criminal.

IV. Um dos instrumentos mais empregados na investigação pelos órgãos de polícia criminal é a impressão digital e um dos meios de prova mais utilizados pela magistratura na condenação é a prova dactiloscópica. Esta prova afirma "padrões de coincidência" no encontro de pontos característicos — os chamados detalhes de Dalton ou pontos de identificação — e procede ao cotejo das localizações das particularidades das cristas papilares e dos sulcos em relação às constantes de um dactilograma de referência[416]. A Lei nº 33/99, de 18 de Maio, relativa à identificação civil e à emissão de bilhete de identidade de cidadão nacional, permite a recolha, tratamento e conservação de dados pessoais individualizadores de cada cidadão com o fim de estabelecer a sua identidade civil. Um desses elementos pessoais é a impressão digital, preferencialmente do dedo indicador direito, que devia ser aposta no verbete onomástico[417]. Estes elementos são conservados numa base de dados de identificação civil[418]. Estes dados bem como os constantes da requisição da identificação e os constantes do verbete onomástico podem ser comunicados às entidades policiais e judiciárias, para efeitos de investigação ou de instrução criminal, sempre que os dados não possam ou não devam ser obtidos das pessoas a que respeitam e as entidades em causa não tenham acesso à base de dados ou esta não contenha a informação referida, sempre dependente de solicitação fundamentada[419].

A Lei nº 7/2007, de 05 de Fevereiro, que cria o cartão do cidadão e rege a sua emissão e utilização, continua a manter as impressões digitais mas, agora, inseridas no circuito integrado do cartão — art. 8º nº 1, al. e) — e dos dois dedos indicadores — art. 14º, nº 1. A funcionalidade das impressões, por princípio, só pode ser usada por vontade do próprio. Contudo, as autoridades judiciárias e as entidades policiais, podem, no âmbito das suas competências, obrigar o titular a comprovar a sua identidade por meio da funcionalidade das impressões digitais contidas no circuito integrado — art. 14º, nºs 4 e 5.

[416] Sobre o assunto veja-se Maria de Fátima Pinheiro, «Identificação individual – dactiloscopia e genética forense», *Revista de Direito Maia Jurídica*, Ano VI, nº 2, Jun./Dez., 2008, p. 47.
[417] Arts. 15º e 16º da Lei nº 33/99, de 18 de Maio.
[418] Arts. 21º e 22º da Lei nº 33/99, de 18 de Maio.
[419] Nos termos do disposto no art. 24º da Lei nº 33/ Lei nº 33/99, de 18 de Maio.

Existe uma aproximação entre a impressão genética e a tradicional impressão digital. A base de dados de perfis de ADN, embora contenha material muito diverso, visa funcionar, parcialmente, de modo similar à base de dados de impressões digitais, a primeira forma de identificação humana[420]. Após a recolha do material biológico, se a análise recair exclusivamente sobre o ADN não codificante, de acordo com as imposições da legislação nacional e das normas europeias relativas a esta matéria, como melhor explicitaremos no local adequado, aquela não mostra muito mais informação do que a que é revelada através das impressões dactiloscópicas[421]. Exactamente por se tratar do ADN não revelador da identidade genética do ser humano. Identifica a pessoa mas nada diz sobre as suas características[422], permite a identificação *pessoal judiciária*[423]. A impressão genética apresenta alguma semelhança com a impressão digital: ambas são idóneas a reconhecer um indivíduo por referência aos elementos identificativos pessoais associados à sua identidade pessoal, essencialmente o nome e o género. Sendo muito improvável e longínqua a hipótese de haver coincidência de duas pessoas com ADN idêntico, também a probabilidade de saliências dactiloscópicas coincidirem em pessoas diferentes é muito remota, com excepção dos gémeos univitelinos[424]. Todavia, o Tribunal da Relação do Porto realçou a prevalência da impressão digital sobre os testes de ADN em matéria criminal, no Acórdão nº 270/07.3GTBRG.P1, de 26/01/2011, atribuindo à análise lofoscópica a característica de

[420] Recorde-se que a dactiloscopia foi considerada como um sistema internacional de identificação dos seres humanos, pela Academia de Ciências de Londres, no início do século XX.

[421] Assim o diz o Professor da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra e investigador do Instituto Nacional de Medicina Legal, Francisco Corte-Real, «Bases de dados genéticos com fins forenses», *Direito e Justiça*, volume especial, 2004, p. 142 e, também, Maria de Fátima Pinheiro (Directora do Serviço de Genética e Biologia Forense da Delegação Norte do INML), «Identificação individual – dactiloscopia e genética forense», *Revista de Direito Maia Jurídica*, Ano VI, nº 2, Jun./Dez., 2008, p. 52: «O poder de identificação individual proporcionado pela Dactiloscopia e pela Genética Forense são equivalentes uma vez que os resultados de ambas as áreas se aproximam da certeza absoluta (…) no que se refere, respectivamente, à nitidez de impressão digital e à quantidade e qualidade do material genético».

[422] Sobre este aspecto, veja-se Antonio Alonso Alonso, «Conceptos básicos de ADN forense», discurso de inauguração do Curso *Nuevas Técnicas de Investigación del Delito: Intervenciones Corporales y ADN* (decorrido entre 21 a 23/06/2004), disponível em: http://www.slideshare.net/adnestelamartin/conceptos-basicos-deadnforense (acedido em 13 de Novembro de 2012) que compara o perfil genético resultante do estudo do ADN não codificante a um código de barras de um produto do supermercado que identifica e classifica o produto mas nada diz sobre as suas características. Para além de acrescentar que a informação dada pelo ADN não codificante não tem qualquer valor enquanto não se fizer a comparação com outro perfil para se estabelecer a coincidência ou incoincidência entre a amostra referência e a amostra problema ou o grau de parentesco genético. (p. 1867).

[423] As impressões digitais recolhidas dos arguidos são actualmente recolhidas por via digital e incluídas no sistema automatizado de identificação lofoscópica na base AFIS. Através desta base é permitida uma cooperação internacional de troca de informação policial.

[424] Ver José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 326.

ser o único meio probatório capaz de dar certezas a 100% quanto à identidade de uma pessoa. Nele é afirmado que «nem os testes de ADN oferecem tal resultado perfeito, pois permitem obter apenas um valor percentual que, todavia, por ser muito elevado (da ordem de 1 para vários milhões ou até biliões), torna quase impossível a existência de alguém com características idênticas às encontradas»[425]. Porém, a identificação por meio dos perfis de ADN tem ganho terreno no âmbito da investigação criminal, os seus resultados têm vindo a contribuir para a determinação do agente da prática do crime umas vezes, e outras, para exclusão de suspeitos e arguidos. Tem sido apresentada como a «maior descoberta na ciência forense desde a tradicional impressão digital» e tem sido entendida pelos cientistas como uma «técnica que pode substituir as tradicionais bases de dados de impressões digitais usadas desde o início do século XX» tanto no âmbito da identificação civil, como para finalidades de investigação criminal, por «se partir do pressuposto de que constitui uma estrutura biológica que é única em cada indivíduo (exceptuando o caso dos gémeos monozigóticos)» [426].

8.4. Identidade genética e patenteamento do genoma humano

I. Não é pacífico o conteúdo jurídico-constitucional do direito à identidade genética enquanto direito fundamental. Suscita-se o problema de saber se a Constituição da República Portuguesa, na sua imposição legiferante constante no nº 3 do art. 26º, assegura a identidade genética do ser humano com o carácter de um *biodireito* ou se acolhe *biobens*. No primeiro caso importa determinar se se está em face de um direito autónomo ou perante uma decorrência de outros direitos com assento constitucional[427]. Encontramos concretizações da protecção da identidade genética na Lei nº 32/2006, de 26 de Julho[428], quando incrimina a clonagem reprodutiva (art. 36º), a escolha de características não médicas (art. 37º) e a criação de quimeras ou híbridos (art. 39º) de forma a assegurar a «existência de uma "constituição genética individual" ou do

[425] Disponível em: www.dgsi.pt.
[426] Assim Helena Machado e Susana Silva, «Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética», disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/8808/1/cap6.pdf, p. 157 (acedido em 27 de Janeiro de 2013).
[427] Veja-se J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed. revista, 2007, p. 472.
[428] Que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

genoma de cada ser humano»[429]. A identidade genética do ser humano a que se reporta a Lei Fundamental garante a protecção do genoma humano na pessoa de cada um, a protecção na esfera privada da unicidade do genoma que confere a cada pessoa a sua especificidade e irrepetibilidade. A universalidade do genoma dos seres humanos — na vertente globalizante do género humano, com o carácter de património da humanidade — é assegurada por instrumentos de origem internacional destacando-se a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem adoptada unanimemente por aclamação na Conferência Geral da UNESCO, em 11 de Novembro de 1997.

A par da representação genómica do ser humano, o homem tem uma extensão de singularidade, de unicidade, de concretude, com as suas peculiaridades, com a sua inteligência, a sua consciência, a sua vontade, intérprete de si mesmo. É um dado adquirido que o homem não é apenas um ser biológico mas é, também, um produto de vários factores de diversa natureza desde os ambientais, aos sócio-culturais e educacionais. E, por isso mesmo, consideramos que o homem ainda se caracteriza pela sua identidade pessoal, singular, única e original *praeter* genómica. A máxima "todos iguais, todos diferentes" tem aqui acolhimento. É neste sentido que M. Patrão-Neves afirma que «o genoma é uma das dimensões da existência da pessoa»[430].

II. Esta dicotomia conduz-nos à questão do patenteamento do genoma humano. O problema levantou-se logo após o mapeamento de cerca de 6.500 genes por parte da empresa privada Celera Genomics[431] que requereu a patente desses genes. O pedido de patente deu lugar a uma séria controvérsia de natureza ético-jurídica, por a atribuição da dita patente afastar a possibilidade de outros organismos trabalharem sobre os genes em causa, com prejuízo potencial para toda a humanidade e pela existência de dúvidas sobre a aplicabilidade das regras do direito comercial aos genes humanos ou à informação deles proveniente.

[429] De que falam J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed. revista, 2007, p. 437.
[430] «O genoma e a identidade da pessoa», *Genoma e dignidade humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 38. Assinala: «O genoma humano não atenta minimamente contra a identidade da pessoa, antes contribui para o conhecimento da circunstância ou da situação própria e inalienável de cada uma».
[431] Empresa que integrou o Projecto liderado por Craig Venter, seu proprietário; o outro importante grupo de pesquisa, financiado por dinheiros públicos, foi o Consórcio Internacional de Sequenciamento do Genoma Humano, a cargo de Eric Lander.

No que respeita ao genoma humano domina o entendimento de que os genes humanos devem ser tidos como «bens não comercializáveis»[432], quer perspectivemos o genoma na dimensão da esfera privada do homem, quer o encaremos como bem público pertencente a toda a humanidade. Assim será de acordo com o "princípio da não apropriação nacional" que é um dos princípios integrantes do conceito "património comum da humanidade" que interdita o patenteamento. O genoma humano como património comum da humanidade não patenteável, no sentido de constituir um património característico da espécie humana que passa de geração em geração como uma transmissível herança, está proclamado no art. 1º da Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem: "*O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como do reconhecimento da sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico ele é património da Humanidade*"[433]. A plenitude protectora do genoma humano não se compadece com recortes ou quadrantes de esferas de protecção. Os genes humanos são portadores de um conteúdo e têm uma função que não se modifica se lhes atribuirmos uma dimensão privada ou se os enquadrarmos no círculo dos bens supra-individuais[434]. Particularmente impressivos foram os resultados do Programa Genoma Humano que serviram e servirão a espécie humana no sentido de melhorar as suas condições de vida, mormente, no que respeita à saúde.

Para Stela Barbas, o genoma humano não tem natureza comercializável. Segundo o seu ponto de vista, a vida humana inicia-se com a fecundação, com esta se forma o genoma do nascituro que é próprio, singular, específico e irrepetível, transportando as características físicas e psíquicas hereditárias do novo ser humano, pelo que, não sendo indissociável da pessoa em formação «não pode ser considerado

[432] Utilizando a expressão de Rui Nunes / Helena Melo / Cristina Nunes, *Genoma e dignidade humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 7.

[433] Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf. (acedido em 23 de Outubro de 2011). O conceito de "património comum da humanidade" surgiu, pela primeira vez, relacionado com outra matéria — Direito da exploração do leito do mar, dos fundos e do subsolo dos oceanos que estejam para além das jurisdições nacionais. Para tanto, contribuiu a Declaração Pardo, apresentada em 1967 à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Depois, alargou-se a domínios como o espaço e ao património cultural e natural.

[434] «O genoma pertence a cada ser humano e toda a pessoa tem o direito de defender a sua dignidade. É em razão disto que há o interesse da humanidade em proteger este património genético», Helenara Braga Avancini «Genoma humano: reflexão ética sobre a (im)possibilidade do patenteamento do património genético humano», *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 72, Set./Out., 2004, p. 26.

uma coisa, objecto de direitos, mas sim o sujeito e, como tal, deve ser tratado»[435]. O art. 3º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adoptada por aclamação em 19 de Outubro de 2005, na 33ª sessão da Conferência Geral da Unesco[436] estabelece a primazia da dignidade humana, dos direitos humanos e liberdades, dos interesses e do bem-estar do indivíduo sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

III. Um outro lado do problema é constituído pela discussão da possibilidade ou impossibilidade do patenteamento da informação genética propriamente dita. Segundo alguns Autores a informação genética propriamente dita não constitui uma "descoberta" pois ela é intrínseca ao homem e inseparável dele. A revelação pública da informação genética é um dado objectivo extrínseco ao homem só realizável através dos estudos científicos e dos meios tecnológicos por ele mesmo criados. As referidas informações genéticas não são objecto de patente justamente por serem pré-existentes na natureza humana e, portanto, inapropriáveis. Ao contrário, a "invenção", porque objecto de criação intelectual, matéria e produto da inteligência humana, já é patenteável. Ora, isto significa que, do ponto de vista do direito do autor, qualquer modificação ou transformação introduzida numa sequência genética, por exemplo, destinada a finalidades terapêuticas, ou à indústria farmacêutica, é passível de protecção a nível económico e comercial através das patentes[437].

Outros, partindo da informação genética como um dado pessoal integrador dos direitos de personalidade, sujeito ao consentimento do indivíduo e ao regime da confidencialidade, atribuem-lhe o carácter de direito patrimonial, ou como *res communis*, ou como bem susceptível de apropriação privada, sujeito ao princípio da disponibilidade[438]. João Carlos Loureiro defende a possibilidade de patenteamento de

[435] Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito do genoma humano*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 268.
[436] Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf (acedido em 31 de Janeiro de 2012).
[437] Helenara Braga Avancini «Genoma humano: reflexão ética sobre a (im)possibilidade do patenteamento do património genético humano», *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 72, Set./Out., 2004, p. 28. A Autora defende a subalternização dos interesses económicos e comerciais da pesquisa do genoma humano à dignidade humana que é "inapropriável".
[438] Sobre a matéria veja-se Adriana Espíndola Corrêa, *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*, Tese de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil, 2009, pp. 6 a 10, disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1 (acedido em 07 de Março de 2012).

genes ou sequências de genes «enquanto elementos isolados ou destacados do corpo, caso se indique uma aplicação industrial concreta»[439].

A Lei nº 12/2005, de 26 de Janeiro, sobre a informação genética pessoal e informação de saúde, no seu art. 20º, é inequívoca: «o património genético humano não é susceptível de qualquer patenteamento».

IV. Esta questão está relacionada com a dissociação entre corpo e partes do corpo[440].

a) Quando se trata de partes do corpo que geralmente são deixadas pelo indivíduo nos mais variados contextos de espaço — como, por exemplo, o cabelo nos cabeleireiros, um órgão extraído num hospital ou a placenta numa maternidade — passam a adquirir a qualificação jurídica de coisas sendo o direito de propriedade que aqui ganha relevância: pertencem ao próprio indivíduo e são susceptíveis de apropriação por terceiro se foram deixadas com o intuito de abandono, com carácter de definitividade, não estando afectas a fins de restituição ou de reintegração no corpo do seu titular. Sucede, porém, que inúmeras matérias biológicas integrantes de partes do corpo que são abandonadas pelo indivíduo são portadoras de informação genética deste, pelo que a estrutura normativa do direito da propriedade no âmbito dos direitos reais não apresenta opções, respostas, nem soluções adequadas a este tipo de problema. Donde o direito de personalidade continuará a assumir toda a sua pertinência fazendo intervir a tutela geral da personalidade física ou moral, conforme o disposto no art. 70º do Código Civil: independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa que se sinta ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já perpetrada. O titular de partes do corpo «depois de abrir mão ou de perder a propriedade sobre os "seus" tecidos ou substâncias, (…) mantém direitos em relação a eles, pelo menos em nome e a título do *direito geral de personalidade*»[441] pela

[439] «Os genes do nosso (des)contentamento. Dignidade humana e genética: notas de um roteiro», *Genoma e dignidade humana*, Coordenação de Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes, Colectânea Bioética Hoje, V, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 243.

[440] Sobre o estatuto jurídico das partes ou substâncias separadas do corpo, veja-se Manuel da Costa Andrade, *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 77 ss.

[441] *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 79, itálico do Autor. Para mais desenvolvimento, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito do genoma humano*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 250 ss. Considera o genoma humano «o código da estrutura e da identificação da corporalidade» (p. 263).

possibilidade de invasão em aspectos particulares da vida da pessoa que a análise do genoma humano propicia, tanto do ponto de vista físico, como psíquico.

b) A obtenção de vestígios de natureza humana no *locus delicti* — sangue, saliva, urina, pele, cabelos, sémen, ou quaisquer outras células corporais separadas do corpo — deixados pelo agente no lugar da infracção criminosa, por imprevidência sua ou em resultado da violência ínsita no próprio acto criminoso, é legítima por estes se transmudarem em coisas separadas definitivamente do corpo, estando ausente a vontade de reposição no corpo de que faziam parte, por se transformarem em matéria ou substância livremente acessível aos órgãos de polícia criminal a cuja recolha se impõem razões de acautelamento da prova[442]. Por conseguinte, e sob pena de esvaziamento do efeito útil do previsto no art. 249º do Código de Processo Penal, os vestígios biológicos resultantes da efectivação destas providências quanto aos meios de prova podem vir a ser objecto de análise e de perícia, incluindo a de ADN, para efeito de determinação da identificação do autor do crime, desde que se circunscreva ao ADN não codificante[443].

Em função do caso concreto podem ser imprescindíveis as medidas cautelares e de polícia necessárias e urgentes, não sujeitas a prévia autorização da autoridade judiciária, para preservação dos meios de prova, evitando o seu extravio ou a sua inutilização por contaminação (art. 249º do CPP). O nº 2 do art. 171º prevê que, logo que haja notícia da prática de crime, sejam providenciadas medidas de forma a evitar que os seus vestígios se apaguem ou alterem antes de serem examinados, proíbe, se assim se revelar necessário, a entrada ou o trânsito de pessoas estranhas ao local do crime ou quaisquer outros actos que possam prejudicar a descoberta da verdade. O nº 4 deste normativo estabelece que as medidas tendentes a evitar o desaparecimento dos vestígios e a preservar o local do crime sejam levadas a cabo por qualquer agente de autoridade enquanto não estiver presente no local a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal, necessidade ditada pelas exigências da prossecução das finalidades do processo penal.

---

[442] Neste sentido, estaríamos perante *res nullius*, segundo a máxima de que o que pertence a toda a gente não pertence a ninguém. Veja-se Manuel da Costa Andrade, «Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral)», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 535, segundo o qual a recolha de vestígios biológicos para análise de ADN – amostras colhidas no local –, a recolha de provas pode ser feita de forma oculta, basta para tanto imaginar que se faça a descodificação do genoma de uma pessoa suspeita tendo por base vestígios biológicos deixados no lugar do crime, na roupa ou corpo da vítima.

[443] O Tribunal Constitucional Alemão já se pronunciou no sentido de entender que o material biológico contendo ADN encontrado fora do organismo da pessoa não viola os direitos de personalidade.

c) Uma outra questão típica relativa às partes do corpo é a que se refere ao "corpo informatizado"[444] que se verifica com a implementação e utilização progressiva dos métodos científicos de identificação biométricos — sistema composto por um conjunto de caracteres alfanuméricos que descrevem, segundo os algoritmos biométricos, as características físicas ou comportamentais de uma pessoa. A biometria, enquanto estudo de fenómenos ou processos biológicos a partir de escalas mensuráveis e estatísticas, permite a implementação de sistemas de identificação de uma pessoa pelo reconhecimento da voz, forma de andar, pela retina ou íris dos olhos, pela face, palma da mão e impressões digitais. Os identificadores biométricos são instrumentos de identificação, autenticação ou verificação que fazem a leitura do corpo da pessoa em causa após colheita das características corporais e fisiológicas do visado — permanentes e únicas[445] — que são inseridas num dispositivo automático e transformadas em informação informatizada e digitalizada. São utilizados pro-activamente em vista da segurança geral, como forma de acesso e meio de controlo de espaços privados e espaços públicos[446], onde a eficácia securitária demanda estratégias bidimensionais de utilidade e funcionalidade.

O entendimento sobre a qualificação jurídica não é unânime. Para uns os dados assim obtidos e armazenados devem beneficiar da mesma protecção conferida legalmente ao corpo humano dado o carácter pessoal e sensível do seu conteúdo; outros há que defendem a dissociação entre corpo humano e elementos referentes a partes do corpo incorporadas em ficheiros, sendo estas informações encaradas como produtos sujeitos ao regime do direito de propriedade. Esta óptica torna os dados biométricos em meras informações que não carecem da protecção dada à pessoa física e estão, por isso, sujeitos à disciplina dos direitos reais.

As partes do corpo têm sido objecto de regulamentação internacional e nacional. Assinala-se o Protocolo Adicional sobre transplantação de órgãos e tecidos de origem humana[447], assinado pelo Estado português em 24 de Janeiro de 2002, que entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 01 de Maio de 2006 e a Convenção do Conselho da Europa sobre direitos humanos e biomedicina e, a nível nacional, a Lei nº

[444] Expressão de Jean-Christophe Galloux / Héléne Gaumont-Prat, «Droits et libertés corporels», Janeiro, 2006 – Dezembro, 2006 / *Recueil Dalloz*, ano 183, nº 16, 19/Abril/2007, p. 1105.
[445] Dado pertencerem a cada indivíduo em concreto, sendo características imutáveis e exclusivas de cada pessoa.
[446] São frequentemente usados nos locais de trabalho, em estabelecimentos escolares, em bibliotecas, etc. Já se utilizam as *laptops* que pressupõem reconhecimento dactiloscópico.
[447] O Protocolo não se aplica aos órgãos e tecidos reprodutivos, aos órgãos e tecidos embrionários e fetais, ao sangue e seus derivados.

12/2009, de 26 de Março, que estabelece o regime jurídico da qualidade e segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas nºs 2004/23/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, 2006/17/CE, da Comissão, de 8 de Fevereiro, e 2006/86/CE, da Comissão, de 24 de Outubro[448].

9. Exames, ingerências corporais e direito à integridade pessoal

I. O direito à integridade pessoal consagrado no art. 25º da Constituição da República Portuguesa analisa-se em duas dimensões — a física e a moral. A sua inviolabilidade pode ser oposta a qualquer outro indivíduo, bem como ao Estado, e não está sujeita ao regime de suspensão de exercício de direitos determinado por providências de excepção, de acordo com o preceituado no art. 19º, nº 6 da Constituição, em caso de declaração de estado de sítio ou de estado de emergência. Traduz-se no «direito a não agressão ou ofensa ao corpo ou espírito por quaisquer meios (físicos ou não)»[449], impondo aos poderes públicos o dever de agir no sentido de proporcionar, quer por via legislativa, quer no âmbito do exercício das suas prerrogativas estatais, o concreto respeito por este direito.

[448] Nos termos do art. 2º que define o âmbito de aplicação do diploma, a lei é aplicável: a) à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana destinados à utilização em seres humanos, incluindo células estaminais hematopoiéticas do sangue periférico, do sangue do cordão umbilical e da medula óssea, resíduos cirúrgicos, bem como às células reprodutivas, aos tecidos e células fetais e às células estaminais embrionárias sem prejuízo do disposto na legislação específica; b) à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de produtos manufacturados derivados de tecidos e células de origem humana destinados a aplicações em seres humanos; c) aos tecidos e células de origem humana, desde que inclua a aplicação em seres humanos, no âmbito de ensaios clínicos. A presente lei não se aplica: a) aos tecidos e células utilizados em enxertos autólogos no âmbito de um único acto cirúrgico; b) ao sangue, seus componentes e derivados, na acepção do Decreto-Lei n.º 267/2007, de 24 de Julho; c) aos órgãos ou partes de órgãos que sejam utilizados para o mesmo objectivo que o órgão inteiro no corpo humano; d) aos tecidos e células de origem humana não destinados a ser aplicados no corpo humano, como em investigação em modelos animais ou *in vitro*. Exceptua-se do disposto na al. b) do número anterior a colheita, análise, processamento, armazenamento, distribuição e aplicação das células progenitoras hematopoiéticas. Aos tecidos e células destinados a produtos de fabrico industrial, incluindo os dispositivos médicos, é aplicável a presente lei apenas no que respeita à sua dádiva, colheita e análise, sendo o processamento, preservação, armazenamento e distribuição regulados por legislação própria».

[449] Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 268 e 269.

No campo de acção da investigação criminal são impostas diligências de prova que exprimem uma forma de ingerência corporal em que o visado é *objecto de prova* ou *meio de prova*. Assim sucede quando se recolhe material biológico e genético — fluidos, tecidos, células, substâncias. A extracção de amostras e tecidos corporais a fim de se obter prova de ADN e de traçar o perfil genético toca directamente com a integridade física do visado, quando não invade o espaço de recato e pudor próprio da privacidade. Pressupõe diligências probatórias no corpo e com o corpo do arguido.

II. Cremos ser relevante dar nota que uma análise de ADN propriamente dita e a intervenção corporal que a precede não são uma e mesma coisa. Com efeito, na maior parte das situações esta última é instrumental daquela, isto é, é o meio de que se serve a ciência e os seus actores para obterem substâncias corporais, para procederem à recolha de amostras de ADN. Estamos a considerar apenas as amostras recolhidas directamente no corpo do visado sem incluir aqui os vestígios biológicos deixados no local da prática do crime.

9.1. Exames e perícias

I. Na localização sistemática do Código de Processo Penal vigente, os exames constituem meios de obtenção de prova. Funcionam como meios de obtenção dos vestígios da actividade criminosa que são meios de prova[450]. O Código de Processo Penal de 1929[451] não fazia destrinça entre uns e outros. Previa, contudo, que se os exames dependessem de conhecimentos particulares de qualquer ciência ou arte, deveriam ser nomeadas as pessoas que tivessem as habilitações necessárias para os

[450] «Nos exames, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime, mas esta inspecção não só não exige especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, como os vestígios ou são depois objecto de perícia ou valorados directa e livremente pela autoridade judiciária», segundo Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 237. O exame visa a «detecção de vestígios da prática do crime» na terminologia de Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 462.

[451] Aprovado pelo Decreto nº 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Na vigência deste Código chamava-se "corpo de delito" ao conjunto de diligências destinadas a instruir o processo e desse capítulo fazia parte a Secção II dedicada aos Exames — arts. 175º a 201º. Estabelecia a obrigatoriedade da sujeição a exames no art. 178º «até com o auxílio da força», quando necessário para a instrução de qualquer processo. Contudo, previa-se o carácter da indispensabilidade sempre que o exame pudesse ofender o pudor das pessoas examinadas, facultando-se ao examinando a possibilidade de ser acompanhado por uma ou duas pessoas da sua confiança.

efectuar[452]. Estabelecia, deste modo, a diferença entre *peritos comuns* e *peritos com especialização*.

II. Quando está em causa matéria biológica, como o sangue, muitas vezes não é fácil estabelecer a diferença entre exame e perícia. Vemos serem usadas indistintamente, com alguma frequência, tanto na literatura médica, como na jurídica, as expressões "testes de ADN", "exames de sangue" e "exames de ADN" com um duplo significante: ora como meio de obtenção de prova, ora como meio de prova. A desarrumação conceitual advém do facto de o meio de obtenção de prova por si mesmo nada provar. De nada serve um vestígio de sangue recolhido no local do crime se não for sujeito a posterior análise e perícia para identificação da pessoa a quem pertence, de nada serve uma amostra de sangue extraída a um suspeito se não for sujeita a posterior perícia para efeito de comparação com outros perfis de ADN a fim de se verificar a sua coincidência ou incoincidência. Proceder a um exame mais não é do que inspeccionar vestígios e indícios do crime, elaborando-se o subsequente auto escrito, cujo conteúdo irá ser valorado nos termos do princípio da livre apreciação da prova (art. 127º do CPP). Com efeito, um teste de pesquisa ou recolha de sangue, será entendido como um exame e, nessa medida, sujeito ao princípio da livre apreciação de prova (art. 127º do CPP) mas, grande parte das vezes, os exames são ou têm de ser objecto de perícia — *v.g.* a correspondente análise ao sangue extraído, com vista à formulação de um juízo, de uma elaboração mental[453]. Enquanto a perícia é a «*actividade de percepção ou apreciação dos factos efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos*»[454] e é um meio de prova, o exame é um meio de obtenção de prova através do qual «se captam indícios relativos ao modo como e ao lugar onde o crime foi praticado»[455] [456]. Significa isto que, caso a recolha dos vestígios e indícios

[452] No art. 180º.
[453] Veja-se M. Simas Santos e M. Leal-Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, I, 3ª edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2008, p. 1115.
[454] Reproduzindo Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 215 (itálico do Autor).
[455] Noção dada por M. Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra, Almedina, 17ª edição, 2009, p. 430.
[456] A noção de exame fornecida pelo art. 171º do CPP não corresponde à etimologia da palavra oriunda do latim *exigere* com o significado exigir, pelo que estamos perante um conceito especificamente normativo. Este meio de obtenção de prova (Manuel Cavaleiro de Ferreira considera a perícia não como um meio de prova, nem como meio de obtenção de prova, mas, antes, como um meio de apreciação de prova) que visa «fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes em matéria probatória» pode ser realizado em pessoas, lugares ou coisas, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 234.

relativos à pessoa que cometeu o crime, ao modo da sua perpetração, ou ao lugar do cometimento do crime exija um tratamento com especiais conhecimentos científicos, técnicos ou artísticos por parte dos examinadores, como normalmente exige com o sangue e outros vestígios biológicos, então já entraremos no campo da perícia, estando estes relatórios e conclusões subordinados ao valor da prova pericial, preceituado no art. 163º, o que não sucedia na vigência do Código de Processo Penal de 1929, em que esta prova era apreciada livremente. A realização da prova pericial, rigorosa quanto aos conhecimentos peculiares da área específica em apreciação, está a cargo de estabelecimentos, laboratórios ou serviços oficiais, perito nomeado incluído nas listas de cada comarca, ou na sua falta ou perigo de demora, pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa, como preceitua o nº 1 do art. 152º do Código de Processo Penal. Os peritos prestam compromisso de fiel desempenho das funções que lhes são confiadas[457]. A recusa equivale à recusa do exercício de funções. A falsidade dos relatórios apresentados ou a recusa da apresentação destes, sem justa causa, constitui crime contra a realização da justiça, punível nos termos previstos no art. 360º do Código Penal.

É inegável o relevo da prova pericial para a formulação do juízo sobre a acusação, a pronúncia ou a decisão final, tanto mais que o juízo técnico ou científico se presume subtraído à livre apreciação do julgador. Precisamente ao contrário do que se verifica na justiça norte-americana em que o perito mais não é do que uma *expert witness* (testemunha qualificada da acusação) — com excepção da perícia médica que exige pessoa profissional e legalmente habilitada[458] — que pode ser confrontada ao abrigo do direito *to be confronted with the witnesses against him*, introduzido na sexta emenda[459].

---

[457] Com excepção dos peritos que sejam funcionários públicos e intervenham no exercício das suas funções (art. 91º, nº 6, al. b) do CPP.)

[458] A *expert witness* tem de ser pessoa qualificada embora não necessariamente titulada oficialmente, com excepção da perícia médica que exige pessoa profissional e legalmente habilitada. No sistema norte--americano as testemunhas estão impedidas de emitir opiniões sobre os factos e de sobre eles formular juízos de valor. Já a *expert witness*, em razão dos seus especiais conhecimentos e preparação, pode fazê-lo.

[459] A regra 702 das *Federal Rules of Evidence* dá poder discricionário ao juiz para aferir a confiabilidade das provas, no que respeita ao depoimento de testemunhas especialistas. Nela lê-se: «*A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case*».

O valor da prova pericial na justiça criminal norte-americana tem vindo a ser discutida e tem sido alvo de desconfiança. Começou no caso *James Frye*, de 1923, acusado de homicídio. A defesa pretendia usar um meio de prova predecessor do "detector de mentiras" que consistia em um teste sistólico de medição da

III. A prova resultante da investigação genética e, mais propriamente, a prova de ADN, pressupõe necessariamente duas etapas distintas: (a) a extracção do material genético que constituirá um exame; (b) a análise deste material, exactamente por carecer de específicos conhecimentos técnicos e especializados que traduzam o seu conteúdo, em que se consubstancia a perícia. Enquanto os exames podem recair sobre pessoas, lugares ou coisas, bastando para a sua realização, normalmente, os conhecimentos técnico-profissionais dos titulares de órgãos de polícia criminal, as perícias requerem um especial conhecimento de natureza científica, técnica ou artística e não se confundem com o exame no local, previsto no 354º do Código de Processo Penal, em

---

pressão arterial, para provar o não envolvimento de Frye no crime. A *Court of Appeals of District of Columbia* rejeitou este meio de prova fundamentando com a "falta de aceitação generalizada na comunidade científica do método", ou seja, a prova científica em causa e o método utilizado não eram suficientemente reconhecidos na comunidade científica para serem confiáveis em Tribunal, pelo que a validação da técnica em causa seria fundamental. Em 1993, no caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*., a família Daubert pretendeu provar que as malformações congénitas do seu filho menor se deveram à ingestão do medicamento "Bendectina" pela progenitora mãe durante a gravidez e, para tanto, apresentaram oito testemunhos de especialistas. Estes alegaram haver relação causa/efeito entre as malformações físicas e a ingestão do medicamento com base em estudos efectuados com animais e análises químicas. O tribunal considerou esta prova não atendível enquanto *expert testimony* por não obedecer ao critério da "aceitação geral na comunidade científica" e chamou à colação o caso Frye mencionando que o referido critério da aceitação geral é pré-condição do nível de confiança da evidência científica. O caso Daubert serviu para definir factores determinantes da confiabilidade de uma teoria científica ou de uma técnica: prévia comprovação do método; revisão por pares; índice de taxa de erro associado; aceitação no mundo científico. Em sede de recurso, o *United States Supreme Court*, baseado no parecer de um especialista credenciado, concluiu não haver relação de causa/efeito entre as anomalias e a ingestão do medicamento. O critério da adequação das provas científicas voltou a ser discutido no caso *Patrick Carmichael vs. Kumho Tire Company*, em 1999. Estava em causa saber se a morte de um passageiro e os ferimentos de outros passageiros sobreviventes de um acidente automóvel que havia capotado, conduzido por Carmichael, se deviam a defeito de fabrico dos pneus, dado que um pneu havia estourado. Os representantes do falecido e os sobreviventes accionaram o produtor e distribuidor dos pneus e indicaram Dennis Carlson na qualidade de especialista para o comprovar. Este fundamentou a existência de defeito de fabrico com base numa inspecção táctil e visual aos pneus. A requerida Kumho Tire veio contra-alegar com o disposto na *Federal Rule of Evidence 702* por a metodologia de Carlson não observar o que nela se dispunha e remeteu para os factores de aceitação da prova por especialista definidos no caso Daubert. O tribunal distrital excluiu o testemunho de Carlson com base nesta argumentação. O tribunal de Apelação considerou que as "regras Daubert" deviam ser aplicadas com alguma flexibilidade e que os quatro factores são meramente exemplificativos podendo sempre ser discutidos outros. Explicou que as "regras Daubert" foram aplicadas naquele concreto contexto científico e, portanto, não deveriam ser transpostas literalmente para o depoimento de Carlston que se apoiou na sua experiência profissional e habilidade, daí que as Federal Rules of Evidence 702 não fossem aplicáveis a este caso. Disponível em: http://psychlaw.stanford.edu/expert_cases.html (acedido em 20 de Março de 2013). Já a nível europeu, a tendência tem sido no sentido de acolher as provas científicas "válidas e fiáveis", desde que naturalmente, com observância das normas procedimentais processuais, não obstante os juízes não terem conhecimentos especiais para aferir da validade científica de uma prova. Pelo que a admissibilidade de uma prova científica deveria passar por um prévio controlo da sua fiabilidade e reconhecimento técnico-científico, de forma a evitar que em uma investigação ou em um julgamento sejam rejeitadas ou desvalorizadas provas merecedoras de crédito científico e concedida autoridade a outras pseudo-científicas. Esta questão não se coloca na prova de ADN conhecida internacionalmente pelas suas potencialidades e qualidade no âmbito da investigação criminal, mas pode surgir sempre que se pretendam utilizar meios de prova científicos inovadores. Neste sentido, Marina Gascón Abellán e José Juan Lucena Molina, «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia*, nº 69, Nov. 2010, p. 103.

que o Tribunal se desloca ao lugar da prática do facto para melhor apreender o circunstancialismo em que foi perpetrada a infracção criminal[460].

A realização da prova científica acaba por se decompor em várias fases: em primeiro lugar, é necessária a recolha da amostra, de seguida, cumpre analisar o ADN recolhido para depois se efectuar o contraste dos perfis genéticos colhidos e obter resultados de exclusão — não coincidência entre os perfis comparados — ou de não exclusão — coincidência entre os perfis comparados —, emite-se o parecer ou relatório técnico, e finalmente, insere-se a fonte da prova no processo, valoram-se e interpretam-se estatisticamente os resultados obtidos da prova pericial sobre o referido ADN no processo penal.

A doutrina portuguesa deu o seu contributo para a dilucidação desta questão. Guilherme de Oliveira considera que «os testes de ADN que pesquisam a identificação das pessoas incluem-se na categoria tradicional das provas periciais e são conduzidos através do método do exame»[461]. Assim, também, Helena Moniz defendendo que a recolha e análise de sangue consubstanciará uma perícia, e não um exame, que deve estar prevista na lei processual penal por afectar a integridade física[462].

Em rigor, o próprio acto de recolha de material biológico para obtenção e interpretação do posterior resultado de ADN implica, por via de regra, conhecimentos técnicos ou científicos: a determinação do material que há-de ser recolhido, o isolamento dos vestígios, a determinação da sua eventual relevância para a descoberta

---

[460] Na ordem normativa cível, o Código Civil preceitua nos arts. 390º e 391º que a prova por inspecção tem por fim a percepção directa de factos pelo tribunal, sendo o resultado desta livremente apreciado pelos juízes. A inspecção judicial de coisas ou pessoas está regulamentada nos arts. 612º ss. do CPC (actuais arts. 490º ss. na redacção da Lei nº 41/2013, de 26 de Junho), onde se salvaguarda a intimidade da vida privada e familiar, bem como a dignidade humana. No que respeita à prova pericial, dispõe o art. 388º do CC que esta terá por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial. A força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal (art. 389º do CC).

[461] «Implicações jurídicas do conhecimento do genoma», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3860, Ano 128, 1996, p. 328.

[462] Também com este entendimento, para além de Helena Moniz, «Problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº 2, Abr./Jun. 2002, p. 255, veja-se Vera Lúcia Raposo, «CSI: quando a ficção se torna realidade», *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, nº 10, 2008, pp. 86 e 87 e Sónia Fidalgo, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 1, Jan./Mar. 2006, pp. 138 e 139, desde logo porque a simples recolha de material biológico exige, muitas vezes, especiais conhecimentos técnicos e científicos, e até deles carece para se saber se determinado vestígio terá importância ou não para, posteriormente, vir a ser objecto de perícia, a fim da descoberta de indícios. Assim também a doutrina espanhola: as técnicas de investigação de ADN constituem prova pericial. Veja-se, a este título, Luís Azaola Calderón, *Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España*, p. 15, disponível em: http://www.fldm.edu.mx/documentos/revista5/articulo02.pdf (acedido em 19 de Fevereiro de 2012).

da verdade, das quantidades, o modo e processo de colheita, tudo há-de ser feito por especialistas em virtude dos seus especiais conhecimentos. Neste sentido, não é só a análise das amostras propriamente ditas que carece de um saber e técnicas específicas. O art. 151º do Código de Processo Penal preceitua que a prova pericial tem lugar quando a *percepção* ou a *apreciação dos factos* exigir especiais e específicos conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos por parte de quem os possui. E, com efeito, nos testes de ADN é sofisticada a técnica utilizada e são complexas as informações deles oriunda.

IV. A Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, toma posição nesta matéria. Estamos a socorrer-nos do elemento literal da hermenêutica jurídica. O nº 4 do art. 13º dispõe: «A obtenção de perfis de ADN e os resultados da sua comparação constituem *perícias* válidas em todo o território nacional»[463].

Por outro lado, a Lei nº 45/2004, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais forenses, usa de forma pouco rigorosa os vocábulos "exame" e "perícia", sendo que no art. 6º, nºs 3 e 4 se refere ao "exame pericial".

É nosso entendimento que os designados exames de ADN, no sentido de recolha de vestígios da infracção, são um canal de comunicação e pressuposto procedimental para se alcançar e fundamentar a prova pericial que neles assenta[464].

9.2. A realização de exame. Exames consentidos e exames não consentidos

I. No Código de Processo Penal vigente qualquer pessoa pode ser compelida, por decisão de autoridade judiciária competente, a realizar exame por força do disposto no art. 172º, nº 1. Mas a recolha de vestígios biológicos é efectuada, na maioria das vezes, no *locus delicti.* Os órgãos de polícia criminal, bem como qualquer agente de autoridade, desempenham neste âmbito funções de prevenção da dissipação da prova ou da sua

[463] Itálico nosso.

[464] Sobre a terminologia a utilizar no que concerne às análises de ADN, veja-se Raphaël Coquoz, «Profils ADN: matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire? Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN», *Revue pénale suisse*, tomo 118, nº 2, 2000, p. 164, que dá preferência à expressão «perfil de ADN», reconhecendo, no entanto, que não existe nenhum indicativo sobre a terminologia oficial. E justifica a sua preferência: alega que o resultado da análise de um marcador genético é um perfil de ADN e o resultado da análise de dez outros marcadores genéticos é também um perfil de ADN, por isso, para evitar qualquer tipo de confusão, deve indicar-se sempre qual o tipo de marcadores analisados e a quantidade de marcadores.

inutilização ou contaminação, praticando os actos necessários e urgentes em vista a evitar prejuízo para a descoberta da verdade. Da conjugação do disposto nos arts. 171º, 174º e 249º nº 2, alíneas a) e c) do Código de Processo Penal, a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal competente, ou até mesmo qualquer agente de autoridade em sede de actos cautelares e urgentes, podem determinar a pessoas que se encontrem presentes no lugar da prática do facto que se não afastem e que aí permaneçam, se necessário, com recurso à força, obrigando-as a entregar objectos que possam estar relacionados com o crime, *v.g.* a arma do crime, uma peça de roupa ensanguentada, fios de cabelo, etc.[465]. Os procedimentos previstos destinam-se à recolha de material probatório que só será relevante como meio de prova após a efectivação da análise do material recolhido e subsequentes resultados[466].

Nos termos do art. 12º, nº 1, al. a) da Lei Orgânica da Polícia Judiciária, Lei nº 37/2008, de 06 de Agosto, as autoridades de polícia criminal têm a especial competência para, no âmbito de despacho de delegação genérica de competência de investigação criminal, ordenar a realização de perícias a efectuar por organismos oficiais, salvaguardadas as perícias relativas a matéria psiquiátrica, sobre a personalidade e de autópsia médico-legal. Isto no quadro de existência de elementos que tornam fundado o receio de fuga ou, dada a situação de urgência e de perigo de demora, não sendo possível aguardar pela intervenção da autoridade judiciária.

A Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto, prevê no nº 2 do art. 4º que, sempre que seja necessário para a boa execução das perícias médico-legais, as delegações e os gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal possam praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, procedendo, nomeadamente, ao exame, colheita e preservação dos vestígios, sem prejuízo das competências legais da autoridade policial a quem competir a investigação.

Se a finalidade do exame for a determinação do perfil genético do visado para fins de investigação criminal, a colheita de amostras tem de ser determinada por despacho do juiz, oficiosamente ou a requerimento, a partir da constituição de arguido, nos termos do preceituado no art. 8º, nº 1 da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro ― Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação

[465] Apreensão levada a cabo pelos órgãos de polícia criminal mesmo antes de receberem a competente ordem da autoridade judiciária para o efeito, no âmbito das providências cautelares quanto aos meios de prova.
[466] Veja-se Vera Lúcia Raposo, «CSI: quando a ficção se torna realidade», *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, nº 10, 2008, p. 92.

civil e criminal. O despacho judicial que obriga à realização de exame deve ser devidamente fundamentado (art. 97º, nº 5 do CPP) e é recorrível (art. 399º do CPP), recurso que subirá com o que vier a ser interposto da decisão final que ponha termo à causa (arts. 406º, nº 1 e 407º, nº 3 do CPP).

II. Existem dois tipos de exames: os consentidos e os não consentidos. Os primeiros podem ser ordenados pela autoridade judiciária ou por órgão de polícia criminal[467], os segundos apenas podem ser ordenados pela autoridade judiciária. No caso de os exames serem susceptíveis de ofender o pudor das pessoas, impõe o nº 3 do art. 172º que seja respeitada a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeta. O examinando pode fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança e, para além desta, só assistirá ao exame a autoridade judiciária competente e quem a ele proceder. À sujeição a exame aplica-se o nº 3 do art. 154º e os nºs 6 e 7 do art. 156º[468]. Quer isto dizer que quando o exame incidir sobre características físicas ou psíquicas de alguém que não consinta na sua realização, só um juiz poderá ordenar por despacho fundamentado a sua execução[469], devendo ponderar a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado. Isto é, o juiz, enquanto guardião das liberdades, é chamado a decidir sobre os interesses da investigação e do visado, por estarem em causa actos potencialmente invasivos — intervindo ou autorizando actos que, pela sua natureza, podem colidir com direitos de matriz constitucional tais como a integridade física e moral dos cidadãos[470] — e por não se mover por qualquer interesse específico e particular relativo ao sucesso e resultado da investigação. Quanto mais não seja porque um inquérito já é, de *per se*, cerceador dos direitos e liberdades do indivíduo. Fica claro que o regime ora previsto no nº 3 do art. 154º funciona como um substituto da falta de anuência do visado. Na falta de consentimento, o exame é realizado coercivamente quando houver uma decisão judicial fundamentada que o ordene sopesando a necessidade da sua realização com o direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade do visado. Ao contrário do

[467] Conjugando os arts. 249º, nº 2, al. b) e 270º do CPP.
[468] Art. 172º, nº 2, aditado pela lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, a que foi dada nova redacção com a Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro.
[469] Antes de 15 de Setembro de 2007 (data da entrada em vigor da Lei nº 48/2007 que introduziu estas alterações), todas as perícias, em sede de inquérito, podiam ser ordenadas pelo Ministério Público, sem necessidade de despacho judicial a autorizá-las.
[470] Por força do disposto no nº 4 do artigo 32º da CRP.

que sucede com o caso especial dos crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, conforme preceitua o art. 53º do DL nº 15/93, de 22 de Janeiro.

Os exames pessoais têm de ser feitos por profissionais da medicina ou pessoas legalmente autorizadas e não podem pôr em perigo a saúde do visado. De acordo com o estabelecido no nº 7 do art. 156º do Código de Processo Penal, estando em causa análises de sangue ou de outras células corporais como tecidos humanos, as amostras e os exames só devem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado ao tempo da sua colheita e realização. Deve proceder-se à destruição dos exames efectuados e das amostras colhidas logo que confirmada por despacho judicial a sua desnecessidade. O momento processualmente oportuno para determinar a desnecessidade de tais elementos não está legalmente pré-definido. Tendo em consideração que um processo-crime pode encontrar o seu *terminus* ora no inquérito — com arquivamento e possibilidade de reabertura —, ora na instrução — com despacho de não pronúncia —, ora no julgamento — com possibilidade de recurso ordinário ou extraordinário —, cremos que a referida desnecessidade deveria coincidir com um momento em que fosse inadmissível, por qualquer forma, a reapreciação dos factos — no limite, com a prescrição do procedimento criminal ou com a prescrição da pena, conforme os casos.

Se após despacho que ordene a realização de exame, o visado insistir na recusa, incorre na prática de um crime de desobediência previsto e punido no art. 348º, nº 1, al. b) do Código Penal. Esta cominação traduz-se, naturalmente, numa forma de coacção por via indirecta. É nesta fase que a lei legitima o uso da força para compelir à realização do exame. Com efeito, a ameaça da aplicação de pena pelo cometimento do crime de desobediência não dá solução ao problema da realização do exame não consentido. Na perspectiva do arguido, pode até ser uma consequência processual menor quando comparável com a gravidade da infracção que se encontra em investigação. Caso o visado se recuse a efectuar o exame e falte à diligência marcada, poderá ser detido pelo tempo indispensável à sua realização, de acordo com o disposto no art. 254º do Código de Processo Penal.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 161/2005**,** entendeu não existir dúvida sobre a conformidade do direito à liberdade consagrado no art. 27º da Constituição e a norma infraconstitucional que permite a detenção do arguido pelo tempo indispensável à realização da diligência de um exame pericial (no caso, exame pericial psiquiátrico), desde que presidido pelo Ministério Público ou pelo juiz, interpretação resultante da

conjugação dos arts. 172º, nº 1 e 116º, nº 2 do Código de Processo Penal. Todavia, julgou não ser constitucional a interpretação dada segundo a qual pode ser ordenada a detenção judicial de arguido, pelo tempo indispensável à realização de exame médico na sua pessoa e em caso de falta injustificada a diligência anteriormente designada para tal efeito, para assegurar a sua comparência perante uma autoridade não judiciária, como o médico a quem compete realizar o exame pericial[471].

Para além do disposto no art. 172º, nº 1 do Código de Processo Penal, a execução compulsiva de exame também está prevista na Lei nº 45/2004, de 19 Agosto. Nos termos do art. 6º do regime jurídico das perícias médico-legais e forenses ninguém pode eximir-se à submissão a qualquer exame médico-legal quando este se mostre necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo, desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente. Partimos de um caso real que ficou conhecido nos meios de comunicação social. Por suspeita da prática de um crime de violação ocorrido em 2004, em Mirandela, o juiz do Tribunal de Instrução Criminal de Vila Real ordenou aos médicos que tirassem à força uma amostra de saliva ao visado. O então presidente do Conselho de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, Carlos Pinto de Abreu, pronunciou-se sobre o assunto considerando o uso da força "intolerável". A finalidade consistia em saber se os vestígios de esperma deixados pelo violador na vítima, de 37 anos de idade, pertenciam ou não ao suspeito, tendo o arguido recusado a realização do exame. Para o efeito, foi levado, sob detenção, pela Polícia Judiciária. Os médicos invocaram o código deontológico[472], afastando a realização do dito exame contra a vontade do visado. Foi então que o juiz de instrução criminal ordenou a sua efectivação no Instituto de Medicina Legal do Porto, tendo, também aí, os médicos recusado fazê-lo. A Polícia Judiciária de Vila Real recebeu uma nova ordem: conduzir o

[471] «Julgar inconstitucional, por violação do disposto no art. 27º, n.º 3, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a norma constante do artigo 172º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de que pode ser ordenada a detenção judicial de arguido, pelo tempo indispensável à realização de exame médico na sua pessoa e em caso de falta injustificada a diligência anteriormente designada para tal efeito, para garantir a sua comparência em tal diligência a efectuar sob a presidência e direcção de quem pratica o respectivo acto de exame médico».

[472] O actual art. 124º do Código Deontológico dos Médicos preceitua: «(Actuação) 1. O médico perito deve utilizar sempre e só os meios de exame estritamente necessários à sua missão e não prejudiciais ao examinando, abstendo-se de realizar a perícia sempre que este se recuse formalmente a deixar-se examinar. 2. Em exame pericial, o médico não pode utilizar métodos ou substâncias farmacodinâmicas que tenham como efeito privar o examinando da faculdade de livre determinação. 3. O relatório final não deve incluir elementos alheios às questões postas pela entidade requerente». Disponível em: https://www.ordemdosmedicos.pt (acedido em 20 de Março de 2013).
Também no que aos presos ou detidos diz respeito, o mesmo Código proíbe o uso de meios coercivos, no art. 75º, para impor exames médicos, tratamentos ou alimentação, relativamente aos presos ou detidos capazes de exercer a sua autonomia. Em caso de perigo para a vida ou grave perigo para a saúde destes, a recusa pelo doente dos actos referidos deverá ser confirmada por médico estranho à instituição.

arguido ao Instituto de Medicina Legal e a utilização da força necessária para abrir a boca do arguido de modo a que pudesse ser recolhida a amostra de saliva. A recolha foi efectuada[473]. Não obstante a legitimidade da lei, estará o Estado materialmente legitimado a usar esta face limitadora da liberdade dos cidadãos — socorrendo-se do uso da força necessária para abrir a boca aos seus súbditos de modo a retirar amostras de saliva ou de outras células corporais — com o propósito oficial de investigação criminal, na sua complexa e elaborada tarefa de assegurar os direitos, liberdades e garantias prevista no art. 9º, al. b) da Constituição da República Portuguesa? O problema da ordem social e do combate e repressão do crime compagina-se com este padrão de comportamento? A satisfação do bem comum impõe sacrifícios de natureza pessoal deste tipo?

9.3. Tutela da integridade pessoal e intervenções no corpo do arguido

O âmbito de tutela da integridade pessoal tem-se mostrado compatível com a existência de *deveres públicos dos cidadãos* que impliquem intervenções no corpo humano, quando existe previsão legal sancionatória para o caso de recusa como sucede com os programas de vacinação obrigatória e a colheita de sangue para testes de alcoolemia[474].

Partimos do conceito de corpo humano que nos é fornecido por Paulo Otero: o «suporte físico ou o substrato material da pessoa singular»[475].

Não temos por certo se a Lei Fundamental no art. 25º que proclama a inviolabilidade da integridade pessoal — moral e física — protege o corpo humano em si mesmo considerado ou o corpo humano não em si e de *per se*, enquanto matéria física de que o ser humano é constituído, mas quando associado a outros valores que consigo co-habitam, tais como a dignidade pessoal, o pudor ou a intimidade. O homem vive rodeado de um múltiplo conjunto de coisas materiais e imateriais. Ele próprio é matéria e espírito. Para Stela Barbas, quando um médico faz uma intervenção no corpo de

[473] Disponível em: *In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade* – Portal Verbo Jurídico – http://www.inverbis.net/tribunais.
[474] Em comentário ao art. 25º da Constituição, assim o defendem J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 456.
[475] Paulo Otero, «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, AA.VV., vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 108.

alguém, é nesse alguém que interfere, o corpo é um elemento de "mediação corpórea" entre a pessoa e o médico[476]. O corpo é uma das dimensões do ser humano enquanto estrutura físico-psíquica, é uma das formas de se exteriorizar e de se revelar a pessoa. É uma camada da exitência humana, o alicerce físico da pessoa, a matéria, e a pessoa também é o seu corpo. A pessoa na sua objectividade corpórea e na sua esfera de intersubjectividade**,** mais do que sujeito de direitos, é sujeito do Direito. A protecção civil e criminal atribuída legalmente à pessoa após a morte demonstra o ponto de vista do legislador sobre esta matéria. Mesmo depois do corpo decomposto, ainda se preservam bens jurídicos pessoais tais como a imagem, o nome, a honra, a memória da pessoa falecida, entre outros[477]. A tutela da integridade pessoal abarca a protecção do corpo após a morte? Em conformidade com o há muito decidido pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão nº 130/88, de 08/06, o cadáver não pode qualificar-se como "pessoa" pois que a morte «opera uma mutação substancial na natureza e destino do corpo humano». Nestes termos, estendeu o disposto no art. 68º do Código Civil aos direitos constitucionais. Cessando a personalidade jurídica com a morte, não poderão reconhecer-se direitos fundamentais ao cadáver dada a natureza eminentemente subjectiva de tais direitos, nem admitir-se a transmissibilidade daqueles direitos pessoais a terceiros, pelo que não poderá atentar-se contra a integridade física de um cadáver. Não obstante, o direito civil protege os direitos de personalidade depois da morte do respectivo titular (art. 71º, nº 1 do CC) e o direito penal estende, também, a sua protecção aos falecidos (v.g. arts. 185º, 253º, 254º do CP, respectivamente, crimes contra a honra e crimes contra o respeito devido aos mortos).

II. O direito à integridade física e moral compreende direitos contíguos como sejam o direito à saúde física no sentido de proibição de privação de membros ou órgãos,

[476] Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito do genoma humano*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 264.

[477] Indo no sentido da protecção do corpo, embora com outro tipo de fundamentação, veja-se Luísa Neto, «Sobre a existência e utilização de uma base de dados genética em Portugal», *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 312: «(…) o corpo humano na sua globalidade é bem protegido, porque se confunde com a pessoa, objecto de todos os favores de direito: a pessoa joga o papel de um *écran* protector do corpo. De facto, e no fundo não é o corpo que está protegido e fora do comércio, mas a pessoa, a abstracção jurídica definida pelos atributos, eles mesmos abstractos que se estima constituírem a trama da dignidade humana». E na pág. 313 continua: «(…) a teoria que deve prevalecer é a de que os direitos de personalidade se encontram num nexo estreitíssimo com a pessoa, quase orgânico, que se identifica pois entre os mais elevados bens susceptíveis de apropriação jurídica. Ora se o direito à integridade física – latamente entendido, em termos que abranjam a própria reserva de intimidade – se caracteriza por uma nota de intransmissibilidade não poderá ser objecto de uma "expropriação forçada". De facto, o bem integridade física consiste na incolumidade física que vai além da existência, a qual atinge mais propriamente o bem vida».

o direito à saúde física e mental, no sentido de proibição de condutas que produzam doenças que a limitem ou suprimam, o direito ao bem-estar corporal e psíquico, que proíbe condutas causadoras de dor e sofrimento e o direito à aparência pessoal no que concerne à imagem de cada um.

O Código Penal, no nº 1 do art. 149º, enuncia o princípio da disponibilidade deste bem jurídico para logo a seguir, no nº 2, vir estabelecer a ressalva da não ofensividade dos bons costumes, em sintonia com o princípio da invalidade dos negócios jurídicos que incidam sobre disposição do corpo ou de partes do corpo atentatórios dos bons costumes. Quer isto significar que o legislador penal, de um lado, coloca nas mãos do titular do bem jurídico a possibilidade de renunciar à protecção legal do bem jurídico "integridade física" — fazendo funcionar uma causa de exclusão da ilicitude — e, de outro, diz que tal renúncia voluntária só é exequível verificadas certas e determinadas condições[478].

As intromissões no corpo não consentidas são lesivas deste direito fundamental? Mesmo que delas não resulte um risco de dano para a saúde física, sofrimento ou dores?

9.3.1. As intervenções no corpo e as intervenções sobre o corpo

I. É comum a distinção operada entre as intervenções no corpo e as intervenções sobre o corpo do arguido. As intervenções no corpo do arguido são as que visam «obter informação do organismo mediante a sua exploração interna, ou extracção de uma quantidade de sangue, outros fluidos, ou corte de tecidos, para analisar e identificar o ADN», diferentemente das intervenções sobre o corpo onde se incluem as revistas das pessoas e outras intervenções efectuadas mediante palpação física [479], ambas susceptíveis de colidir com os direitos fundamentais dos cidadãos, donde derivam

[478] Sobre a questão da disponibilidade do corpo e de partes destacáveis do corpo, veja-se Paulo Otero, «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, AA.VV., vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 107 ss. Em súmula, o dilema é o seguinte: «se é certo que uma liberdade total de disposição mutilará o valor da integridade física do ser humano e tornará o seu corpo ou partes autónomas dele em objecto de relações jurídicas, correndo o risco de deixar de ser um fim em si mesmo para passar a ser um simples objecto, também é verdade que uma indisponibilidade absoluta sacrificará a liberdade e a vontade do ser humano, negando-lhe também qualquer dimensão de vivência social em termos de solidariedade» (pp. 119 e 120).

[479] Assim, Joseph Lluis Albiñana i Olmos, *Las intervenciones corporales en el proceso penal: las debilidades de los procesos penales nacionales*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, p. 7, disponível em: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf (acedido em 06 de Março de 2012).

dúvidas quanto aos limites da acção penal e interrogações sobre a existência de um direito a um processo justo e equitativo consagrado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

II. Na base de uma intervenção no corpo do arguido, no âmbito do nosso estudo, estão sempre subjacentes os seguintes elementos: (a) uso do corpo do arguido como meio de obtenção de prova ou como meio de prova; (b) descoberta de elementos factícos com relevância para o processo — obtenção de prova relativa a vestígios, ao estado físico ou psíquico do arguido ou a objectos e instrumentos introduzidos no corpo relacionados com a prática do crime; (c) ausência de consentimento do visado; (d) recurso à força, se e quando necessário. Daqui se infere não estarmos perante um acto próprio de disposição do corpo do visado, que não o requereu nem tão-pouco o consentiu, mas antes, em face de um acto dispositivo de terceiro, ou seja, decidido por entidades externas ao sujeito de investigação. E mesmo que no caso haja consentimento do visado, o acto de intervenção no corpo raramente será de disposição própria pelo sujeito em causa, mas apenas um acto de disposição por via indirecta, pois que, na esmagadora maioria das vezes, é previamente ordenado ou autorizado por órgão judiciário e não efectuado por mera iniciativa do próprio.

III. Para o efeito do que aqui se debate são consideradas intervenções corporais «as intromissões no corpo da pessoa que, praticadas com a finalidade de constatação de factos e circunstâncias relevantes para o processo e para a averiguação da verdade, limitem os direitos fundamentais à intimidade pessoal e/ou a integridade física e moral»[480]. Note-se que estas intervenções, mesmo que não sejam de modo a provocar dor, sofrimento, ou incapacidade para o trabalho, afectam o corpo em sentido objectivo. A designada "insignificância da lesão" ou o princípio da adequação social podem dar uma especial forma à compreensão do tipo legal, preenchendo-o formalmente, mas não materialmente, por falta de necessidade de imposição de pena nestes casos. Mas, neste âmbito, também a ofensa ou perigo da ofensa à integridade física pode não ser qualificada como mínima, irrelevante ou ínfima. Espetar uma agulha num braço para

[480] Definição de Ángela Matallín Evangelio, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 173.

recolha de sangue constitui uma intromissão ou ingerência no corpo físico do visado[481]. E pode, ou não, concomitantemente, atingir a saúde se, por exemplo, vier a provocar uma infecção[482]. Situações há em que a *insignificância* da ofensa do ponto de vista físico pode não afastar a integração de uma lesão na dimensão psíquica[483]. Coloque-se a hipótese de o examinando ser dominado por um sentimento de pânico em cenários que envolvam materiais relacionados com a extracção de sangue, ou com o acto propriamente dito, e que até é daquelas pessoas que perde os sentidos quando o faz por simples exame de saúde de rotina. O critério a seguir neste âmbito não deverá ser meramente subjectivo e individualizante, não deverá hipervalorizar meros caprichos ou sensibilidades exageradas do visado. Importante é que se utilize como referência um critério de avaliação coerente e preciso oriundo da experiência comum, «regras lógicas, científicas e no sentido restrito também regras que resultam simplesmente da observação dos comportamentos humanos»[484], de modo a aferir se, não obstante a reduzida lesão à saúde física, é significativa a ofensa à saúde psíquica. O mesmo critério será utilizado para apurar se existe ofensa à saúde quando o medo que apoquenta o examinando lhe provoca suores, náuseas, calafrios, dores de estômago ou uma noite de insónia, como sucede com uma grande fracção da população, sentimentos e comportamentos associados a uma certa dose de injustificação e irracionalidade mas reais, concretos e verdadeiramente sentidos.

[481] Afirma Manuel da Costa Andrade que «a picada e punção para extracção de sangue com vista à realização do teste de SIDA configura uma lesão da integridade física com o sentido e alcance que a expressão colhe em direito penal. Por um lado, a lesão corporal integra toda a invasão da integridade física: desde a extracção de partes e substâncias e a inoculação de substâncias, até à intromissão no corpo, para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos. Por outro lado, trata-se de uma agressão que atinge o limiar de relevância (…), não podendo tratar-se como pura e simplesmente insignificante e, como tal, atípica», *Direito penal médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 69 e 70.

[482] Este exemplo é extraído do comentário ao art. 143º do CP, por Paula Ribeiro de Faria, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 205, onde assinala que, embora normalmente a ofensa ao corpo ande associada à ofensa à saúde, na verdade nem sempre assim acontece.

[483] Veja-se Paula Ribeiro de Faria, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 207: «Sob o ponto de vista do bem jurídico protegido não será de ter como relevante a agressão, e ilícito o comportamento do agente, se a lesão é diminuta».

[484] Germano Marques da Silva, «Produção e valoração da prova em processo penal», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 4, 2006, p. 49. Explica, ainda, o A. que as regras da experiência comum «(…) não são factos probatórios; são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico, independentes do caso concreto *sub judice*, assentes na experiência comum, e por isso independentes dos casos individuais em cuja observação se alicerçam». Sobre o critério das regras da experiência comum é claro o Acórdão do STJ, de 07/04/2011 (Proc. nº 936/08.0JAPRT.S1): «(…) a máxima da experiência é uma regra que exprime aquilo que sucede na maior parte dos casos, mais precisamente, é uma regra extraída de casos semelhantes. (…) Parte-se do pressuposto de que "em casos semelhantes existe um idêntico comportamento humano" e este relacionamento permite afirmar um facto histórico não com plena certeza mas, como uma possibilidade mais ou menos ampla. A máxima da experiência é uma regra e, assim, não pertence ao mundo dos factos. Consequentemente, origina um juízo de probabilidade e não de certeza».

No domínio das intervenções corporais é comum a invocação da normal natureza do meio utilizado[485] ou a breve duração da lesão. Contudo, mesmo que o meio empregue seja o adequado e a intervenção dure escassos segundos, não perde a sua característica de intervenção ao corpo ou à saúde, estas circunstâncias não relevam para excluir a tipicidade da ofensa à integridade física prevista no Código Penal[486]. Ofensa ao corpo haverá sempre que se verifique diminuição ou lesão da substância corporal, alterações físicas ou perturbação de funções físicas[487]. Acresce que o Código Penal contém uma incriminação autónoma das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários desde 1982. O então nº 3 do art. 158º, que previa a não punibilidade quando a intervenção ou o tratamento fossem impostos pelo cumprimento de uma obrigação legal, foi eliminado na redacção dada pela reforma de 1995. No entendimento de Costa Andrade, esta eliminação ficou a dever-se à sua inutilidade por via do disposto no art. 31º do Código Penal[488]. Lançando mão do princípio da unidade da ordem jurídica, contido no referido art. 31º do Código Penal, perguntamos: se o paciente pode recusar um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica que é condição da sua sobrevivência — art. 156º do CP — por que motivo não pode recusar uma intervenção requerida por terceiro? Cremos que a resposta poderá encontrar-se no bem jurídico protegido pela norma que incrimina as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias — a liberdade pessoal de opção pelo tratamento ou não face a outro tipo de liberdades *vg*. a liberdade religiosa. A razão determinante das intervenções corporais levadas a cabo em resultado da imposição de uma diligência processual penal é o interesse da comunidade na descoberta da verdade, conducente à realização e cumprimento da finalidade do processo penal, para além de que se está perante um meio probatório não dependente de oferecimento ou entrega espontânea por parte do arguido, em que a sua obtenção não deriva de qualquer acto de manifestação de vontade livre do arguido. O arguido pode introduzir no processo dificuldades à averiguação dos factos e ao esclarecimento das circunstâncias em que foram praticados, designadamente, quando decide colaborar com a justiça e apresenta uma versão totalmente deturpada da realidade, confundindo as entidades investigatórias e julgadoras. Porém, esta possibilidade não se estenderá

[485] Uma agulha pode ser levada à categoria de instrumento perigoso. Quando utilizada nas normais funções clínicas, a natureza de perigosidade deste instrumento atenua-se ou, até mesmo, desaparece.
[486] Paula Ribeiro de Faria, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 205.
[487] Ainda Paula Ribeiro de Faria, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 205 e 206.
[488] Manuel da Costa Andrade, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 379.

infinitamente dadas as exigências de segurança comum e de realização da justiça no caso concreto.

9.3.2. Intervenções e métodos invasivos e não invasivos

I. As intervenções no corpo podem ser invasivas e não invasivas e os procedimentos para as levar a cabo também podem ser de natureza invasiva e não invasiva.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de Outubro de 2004, aprovada por unanimidade e aclamação na Conferência Geral da Unesco, na sua 32ª sessão[489], no art. 2º, definiu *método invasivo* e *método não invasivo*: o primeiro, consiste na «obtenção de uma amostra biológica por um método que implica uma intrusão no corpo humano, por exemplo, a extracção de uma amostra de sangue com a ajuda de uma agulha e de uma seringa», o segundo, consiste na «obtenção de uma amostra biológica por um método que não implica intrusão no corpo humano, por exemplo, por zaragatoa bucal»[490].

São manifestamente intervenções invasivas todas as que tecnicamente impliquem penetração de pele, de músculo ou orifícios naturais do corpo humano. Uma picada para extrair sangue, a colocação de uma algália para retirar urina, uma intervenção médica no sentido de tirar uma quantidade de substâncias estupefacientes do interior do intestino são disso ilustrativas. Mas não deixam de ter este pendor invasivo certas intervenções como a simples observação de uma pessoa despida fazendo flexões, um exame ginecológico ou o uso de material radiológico permitindo ver o corpo por baixo das roupas, para detecção de substâncias proibidas ou de objectos ocultos. Estas, se não afectam directamente a integridade física, tocam de forma muito sensível com a intimidade dos cidadãos e podem aproximar-se de práticas humilhantes e degradantes consoante as circunstâncias da sua realização. A simples observação de partes do corpo para encontrar marcas como sinais, tatuagens, *piercings*, cicatrizes, verrugas, arranhões, entre outras, que por definição nada tem de invasivo, pode atentar

[489] Desenvolveu a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997. Garante a protecção, em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, com respeito pela dignidade humana e pelos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, pensando as novas questões que são levantadas a nível internacional pelas descobertas relativas ao gene humano.

[490] Art. 2º, al. VII e VIII. Disponível em: http://www.unesco.pt/cgi-bin/ciencia/docs/cie_doc.php?idd=27 (acedido em 21 de Junho de 2012).

contra o direito à intimidade, dependendo do local do corpo onde se encontrem. Assim é sempre que a intervenção corporal consista numa «exploração do corpo humano total ou parcialmente despido com a finalidade de analisar o seu estado»[491].

A Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, relativa à criação da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, estabelece no art. 10º que a recolha de amostras em pessoas é realizada através de método não invasivo e tem de respeitar a dignidade humana, a integridade física e moral individual, dando preferência à colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente. Também o art. 8º da Deliberação nº 3191/2008, de 03 de Dezembro, que contém o Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, determina que a recolha de amostras seja feita em duplicado, através da colheita de células da mucosa bucal ou de outro método não invasivo, reiterando o respeito pela dignidade humana bem como pela integridade física e moral do indivíduo.

II. Uma particularidade que destacamos no que respeita às intervenções corporais é a diferença entre as *partes do corpo estritamente pessoais*, onde se inclui o sangue, sémen, outros fluidos corporais, como urina e saliva[492], pêlos púbicos ou material retirado de orifícios corporais, em que a coacção deveria, por princípio, estar vedada, e as *partes do corpo não estritamente pessoais*, onde se contempla material biológico, como amostras retiradas das unhas ou por baixo delas, da superfície do corpo humano e cabelo (não púbico). Segundo o Direito inglês, por princípio, as partes do corpo estritamente pessoais, devem estar vedadas à coacção enquanto admite a recolha forçada mediante emprego da força razoável, na ausência do consentimento do visado, das partes do corpo não estritamente pessoais. Em Inglaterra, o primeiro tipo de amostras — também designadas *amostras íntimas* — só podem ser recolhidas por profissional médico registado, em caso de detenção ou prisão do visado, com o seu consentimento escrito, com fundamento na existência de indícios de infracção punível

[491] Juan Francisco Tapia, *Intervenciones corporales en el proceso penal*, Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, 2007, pp. 21 e 54, disponível em: http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf, (acedido em 28 de Fevereiro de 2012)

[492] A *Police and Criminal Evidence Act* (1984) designada por *PACE* considerava a saliva como amostra íntima (na section 62) mas a *Criminal Justice and Public Order Act* (1994), conhecida por *CJPO*, passou a inseri-la nas amostras não íntimas (section 65 do PACE). O mesmo se diga, com as devidas adaptações, para o material retirado dos orifícios corporais onde se conta a boca e respectiva saliva. Donde, nem todas as cavidades corporais estão contempladas na qualificação "íntima". A *National DNA Database* caracteriza as amostras de saliva e capilares como *non intimate* e impõe a sua extracção, ainda que sem consentimento do visado e mesmo que com recurso à força, para qualquer tipo de crime, independentemente da sua gravidade.

com pena de prisão desde que ordenadas pela autoridade policial a fim de confirmar ou não o envolvimento do visado nos factos. A recusa não devidamente justificada dá lugar à apreciação livre por parte do julgador. O segundo tipo de amostra — "amostras não íntimas ou não estritamente pessoais" — pode ser recolhido pela própria autoridade policial, mediante consentimento do próprio, com ressalva de detenção ou prisão[493] em que a extracção será efectuada mesmo sem consentimento do visado. A zaragatoa bucal e as amostras de cabelo foram reclassificadas, tendo passado de "íntimas" a "não íntimas" na lei britânica.

III. O Tribunal Constitucional Espanhol, em decisão proferida em 16 de Dezembro de 1996 — STC 207/1996[494] —, estabeleceu a distinção entre dois tipos de diligências sobre o corpo do arguido: as *inspecções ou registos corporais* e as *intervenções corporais*. As *inspecções e registos corporais* consistem em qualquer tipo de reconhecimento do corpo humano para identificação do arguido, das circunstâncias do facto criminoso ou descoberta do objecto do crime. Aqui se incluem diligências tais como os exames dactiloscópicos, electrocardiogramas e exames ginecológicos. Segundo o Tribunal, neste tipo de diligências não há afectação do direito à integridade física por não se produzir, por regra, uma lesão ou diminuição do corpo.

Ángela Matallín Evangelio assinala a "leveza de intervenções que não colocará em causa a limitação do direito à integridade física, mesmo que falte o consentimento do visado", indicando como exemplos precisamente o corte de cabelo ou unhas[495], sendo que pugna pela proibição de uma ingerência no corpo desnecessária quando se pode obter prova através de um outro meio menos agressivo e que produza os mesmos resultados (corte de cabelo *vs.* recolha de sangue)[496].

Por sua vez, as chamadas *intervenções corporais* consistem na colheita e extracção de determinados elementos internos ou externos do corpo destinados a exame pericial, havendo, por regra, afectação do direito à integridade física. Constituem exemplos a recolha de sangue, urina, pêlos, unhas, realização de biópsias, entre outros.

A problemática não é recente.

---

[493] Bob Bramley, «DNA databases», *Handbook of forensic science*, edição de Jim Fraser and Robin Williams, Willan Publishing, 2009, p. 311.

[494] Derivada de um processo em que uma determinação, contra a vontade do arguido, ordenava a extracção de cabelo para análise genética e sua utilização como meio de prova no processo criminal.

[495] *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 56 e 172.

[496] Ángela Matallín Evangelio, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 156.

a) Já em 1952, os tribunais norte-americanos se ocuparam da ingerência corporal não consentida no caso *Rochin vs. Califórnia.* Numa investigação criminal em que Rochin era suspeito da prática de crime de tráfico de estupefacientes, a polícia, sem mandado de busca, aproveitando-se do facto de a porta do edifício onde este residia estar aberta, subiu ao segundo andar e forçou a entrada da sua habitação. No interior, deu conta da existência de uns comprimidos sobre uma mesa. Em face do circunstancialismo, Rochin introduziu os comprimidos na boca. Os agentes policiais lutaram com este de forma a fazê-los expelir. Sem sucesso pois aquele engoliu-os. Decidiram conduzi-lo a um hospital, contra a sua vontade, onde lhe foram administrados medicamentos que provocaram o vómito, tendo sido os comprimidos recuperados. Rochin acabou por ser condenado por posse de estupefacientes e a prova consistiu exactamente no material que havia sido ingerido e, posteriormente, expelido nas instalações hospitalares. O Tribunal Supremo acabou por considerar que a extracção coactiva do conteúdo do estômago era ofensiva das sensibilidades mais duras[497] e, portanto, decidiu-se pela inadmissibilidade de tal material probatório. Os fundamentos de direito invocados foram vários: desde a garantia da existência de um processo justo e equitativo, ao privilégio da não auto-incriminação, colocando em pé de igualdade a não atendibilidade de provas como a prestação forçada de declarações e a obtenção coactiva de provas incriminatórias do interior do organismo do sujeito ainda que com recurso aos meios facultados pelo estado da ciência e da medicina.

b) Com outro tipo de argumentação se pronunciou o Tribunal no caso *Rodolph Lee vs. Winston*, de 1985. Lee, suspeito de ter perpetrado um crime de roubo, e tendo ficado ferido em consequência do disparo de uma arma, foi objecto de uma intervenção cirúrgica, realizada para extracção da bala. Esta intervenção foi autorizada pelo Tribunal de Virgínia que, para o efeito, se baseou nas indicações médicas: tratava-se, aparentemente, de uma pequena incisão com a dimensão de um centímetro e meio, a realizar-se com recurso a anestesia local e sem risco para a integridade física do visado. Acontece, porém, que após ter sido iniciada a intervenção, os médicos aperceberam-se que o projéctil se encontrava em local do corpo mais profundo que o previsto e tiveram de administrar uma anestesia geral. Perante tais circunstâncias, o Supremo Tribunal acabou por afirmar que uma intervenção corporal deste tipo importa afectação, tanto da

[497] Juan Francisco Tapia, *Intervenciones corporales en el proceso penal* Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 4, disponível em: http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf, (acedido em 28 de Fevereiro de 2012)

privacidade, como da integridade física, pelo que considerou estar-se em face de uma invasão irrazoável, mesmo que tida por indispensável para a averiguação da verdade dos factos[498].

c) Em sentido diferente e coincidente com a tendência jurisprudencial dominante do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem podemos apontar o caso *Schmerber vs. Califórnia*, de1966. Schmerber foi objecto de recolha de sangue no hospital para onde foi levado por agentes policiais por suspeita de condução sob o efeito de álcool e de estupefacientes. O resultado deste exame foi determinante para a sua condenação. Inconformado, recorreu alegando que, *in casu*, tinha sido violado de forma manifesta o privilégio da não auto-incriminação, por meio da obtenção coactiva das amostras sanguíneas, bem como a quarta emenda constitucional[499]. O recurso não teve provimento. O Tribunal interpretou o direito à não auto-incriminação como um privilégio que apenas garante ao arguido o direito a não se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados e a não fazer entrega de documentos que o incriminem. Explicitou que este privilégio não era impeditivo da obtenção de provas, por parte das autoridades competentes, contra a vontade do arguido, apresentando como exemplos a usual recolha de impressões digitais ou fotografias do arguido, a frequente sujeição a prova por reconhecimento, entre outras. Mais realçou que Schmerber não teve qualquer importância a nível do resultado final dos testes efectuados a não ser como mero doador do material. Não deixou, contudo, de se pronunciar genericamente sobre a legalidade das provas obtidas mediante intervenção corporal, definindo os pressupostos da sua obtenção: de um lado, prévia decisão judicial autorizando ou ordenando a diligência, excepto se o carácter de urgência ditar a sua realização imediata, de outro, observância do padrão de razoabilidade implícito na quarta emenda constitucional. Exigências que, segundo o tribunal, foram cumpridas no caso em apreço pois a demora que implicaria a obtenção de uma decisão judicial contribuiria para a perda ou destruição da prova. A colheita de sangue foi efectuada na estrita medida do necessário para o efeito, em quantidade mínima, sem risco para a integridade física e sem provocar dor, por entidade

[498] Seguimos de perto Juan Francisco Tapia, *Intervenciones corporales en el proceso penal* Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 7, disponível em: http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf, (acedido em 28 de Fevereiro de 2012).

[499] Relativa a buscas e apreensões, que estabelece a necessidade de mandado judicial para o efeito, protegendo a inviolabilidade das pessoas na sua privacidade, reserva do seu domicílio e documentos. De resto, os tribunais norte-americanos têm vindo a considerar que a recolha forçada de amostras de sangue ou outros vestígios biológicos fonte de ADN num suspeito colide com a quarta emenda constitucional, por violação da privacidade nela tutelada, sobretudo quando há uma desproporcionalidade entre uma suspeita diminuta e um grau de invasão da privacidade elevado.

habilitada legal e tecnicamente para tal, sendo que o visado não invocou nenhum problema de saúde nem questões de natureza religiosa que pudessem constituir obstáculo à colheita. Nada que não se fizesse num simples exame médico de rotina[500].

IV. Bem distinta será a obtenção de uma prova por via indirecta, subrepticiamente ou através de métodos ocultos e dissimulados como a que se verificaria no caso de os investigadores, no decurso de um interrogatório, oferecerem um cigarro, um copo de água ao arguido ou ao suspeito com o intuito de, posteriormente, virem a recolher vestígios biológicos e amostras de ADN desses objectos entretanto deixados por essa pessoa, muito embora sem o seu conhecimento e sem o seu consentimento. Estar-se-ia a utilizar um meio de prova desleal[501], obtido com recurso a um meio enganoso, violador do disposto no art. 126º do Código de Processo Penal e do direito a um processo equitativo consagrado no nº 4 do art. 20º da Constituição da República Portuguesa.

É relativamente pacífica a posição jurisprudencial norte-americana não sancionadora do procedimento das autoridades policiais de recolha de amostras de ADN de modo furtivo ou em circunstâncias artificiosamente criadas para o efeito e das provas provenientes dos elementos que são deixadas por mero acaso pelos suspeitos em objectos vários (copos onde beberam, guardanapos a que limparam a boca, pastilhas elásticas que deitaram ao lixo, cigarros que fumaram, etc.), mesmo nos casos em que ainda não existam indícios razoáveis do cometimento do crime. A obtenção destes meios de prova não carece de mandado ou autorização judicial. A explicação reside no facto de os tribunais perspectivarem a prova de ADN como um meio de identificação em igualdade de circunstâncias com a tradicional impressão digital[502].

---

[500] Seguimos de perto a exemplificação apresentada por Juan Francisco Tapia, *Intervenciones corporales en el proceso penal* Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, 2007, pp. 5 e 6, disponível em: http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf, (acedido em 28 de Fevereiro de 2012).

[501] Não directamente a este propósito, mas discutindo a eficácia do combate à criminalidade, Germano Marques da Silva, acentua e sublinha o relevo do princípio da lealdade como um dos princípios que imprime ao processo criminal «toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e pela Justiça», apresentando-se, nesta óptica, como «fundamento de proibição de prova», *in* «Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)», *Lusíada*, nº 3, 2005, p. 75. Esta nota resulta da reflexão do Autor sobre a admissibilidade ou não de agentes infiltrados e agentes simplesmente informadores para fins de prevenção e investigação criminal (Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto), concluindo pela negativa por entender serem meios afrontadores do princípio da lealdade processual.

[502] Assim o diz Sheldon Krimsly, «Twenty years of DNA databanks in the U.S.», Genewatch, disponível em:http://www.councilforresponsiblegenetics.org/genewatch/GeneWatchPage.aspx?pageId=369 (acedido em 30 de Janeiro de 2013).

V. Uma outra questão que também se coloca no que respeita à obtenção de prova de ADN é a de saber se é legítima a recolha de material biológico relativo a um suspeito ou a um arguido, sem o seu consentimento, conseguida através de objectos a ele pertencentes, como acontecerá com um pente ou uma escova de dentes deste. Se levada para o processo sem o consentimento do visado, a informação resultante da análise de ADN destes objectos não será tida como prova desleal se obtida dentro dos condicionalismos legalmente previstos para os meios de obtenção de prova *revistas* e *buscas*. Ou seja, sempre que autorizadas ou ordenadas por despacho da autoridade judiciária competente e presididas por ela, sempre que possível, quando existirem indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com a prática de um crime ou que possam servir de prova ou que estes objectos se encontram em lugar reservado ou não acessível ao público[503].

VI. E no que concerne ao material biológico na posse de terceiras pessoas como, por exemplo, um profissional médico? Neste particular, o dever de sigilo dos profissionais deste foro não pode ser ignorado. A sua violação consubstancia a prática de um crime contra a reserva da vida privada, previsto e punido no art. 195º do Código Penal. Por sua vez, o segredo profissional está regulado no Código de Processo Penal no capítulo relativo ao meio de prova testemunhal, especificamente no art. 135º. Não obstante prescrever a escusa no depoimento sobre factos abrangidos pelo segredo, também permite, suscitado o incidente, a prestação de testemunho com quebra do segredo profissional, ordenada pelo tribunal competente, sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, designadamente, levando em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime imputado e a necessidade de protecção de bens jurídicos, ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa[504], disposição que poderá ser aplicada a esta matéria com as devidas adaptações. O que a lei processual penal preceitua a propósito do depoimento dos profissionais obrigados ao dever de sigilo é aplicável à entrega por parte destes de

[503] Cfr. arts. 174º ss., 251º, 268º e 269º todos do CPP.
[504] Art. 135º, nºs 2, 3 e 4 do CPP.

amostras biológicas, resultados de exames ou análises, relatórios e afins obtidos e conhecidos no exercício e por causa da profissão[505].

9.3.3. Ofensa à integridade física?

I. Para além das específicas normas processuais penais, o Código de Processo Civil, que é de aplicação subsidiária[506], prescreve o dever de cooperação para a descoberta da verdade de todas as pessoas[507], sejam ou não partes na causa, recaindo sobre elas o dever de responder ao que lhes for perguntado, de se submeter às inspecções necessárias, de facultar o que lhes for requisitado e de praticarem os actos que forem determinados, sob cominação de condenação em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos admissíveis. Contudo, a recusa será legítima se importar, entre outras, a violação da integridade física ou moral das pessoas.

A tutela da integridade física, na Constituição, no Código Civil e no Código Penal, protege-a de todo o tipo de ofensas que atinjam o corpo e a saúde do seu titular. Em geral, o direito à integridade pessoal, que incide, quer sobre a integridade moral, quer sobre a integridade física, consiste no «direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais»[508]. Acresce que do ponto de vista da tutela jurídico-criminal, só estamos perante uma intervenção médico-legal não integradora de ofensa à integridade física quando efectuada com fins estritamente ou primordialmente terapêuticos ou com *animus curandi*; já constituirá ofensa corporal típica quando realizada "para a prossecução de finalidades comunitárias ou supra--individuais" ou " no interesse imediato de terceiros"[509].

---

[505] Se bem que o art. 519º do Código de Processo Civil estabeleça o dever de cooperação para a descoberta de verdade, também legitima a recusa se a obediência importar violação da integridade física ou moral das pessoas, intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações ou violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sendo aplicável o regime processual penal da escusa e da dispensa do dever de sigilo profissional. Cfr. art. 519º, nº 4 do CPC: «Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior [violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado], é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos crimes em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado». Após a alteração da Lei nº 41/2013, de 26 de Junho, é o actual art. 417º que assim preceitua.

[506] Nos termos do art. 4º do CPP.

[507] No art. 519º do CPC, actual art. 417º.

[508] Noção de J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 454.

[509] Manuel da Costa Andrade, *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 73 e 74.

No que à integridade física diz respeito, a reprovabilidade dos comportamentos que ofendem o corpo, a saúde e o espírito da pessoa pode ser de diversa intensidade, atenta a natureza da ofensa e o seu grau de gravidade. Esta gradação não deve ser feita arbitrariamente, antes pelo contrário, deve constar de um critério enunciador dos princípios básicos a levar em conta para este efeito justamente para garantir a subsistência e protecção da *hominis dignitate.* A significação do conteúdo a atribuir a expressões recorrentemente usadas como *violação pouco significativa* ou *lesão insignificante*, utilizadas como razão de valoração de acção do aparelho estatal sobre o indivíduo, é uma tarefa que incumbe à doutrina e à jurisprudência por inexistência de um critério — quantitativo ou qualitativo — pré-definidor dessa ordenação no domínio da normatividade jurídico-processual-penal.

Helena Moniz considera que a recolha de amostras do corpo do delinquente constitui um comportamento que «integra o tipo legal de crime de violação da integridade física, a não ser que ocorra uma causa de exclusão da ilicitude como o consentimento[510]. Já Sónia Fidalgo encara a hipótese de a colheita de amostras, de *per se*, não preencher "um atentado à integridade física" por se tratar de uma "agressão insignificante", e pondera haver ofensa à integridade física «apenas no caso de o arguido recusar a colaboração e a colheita ser feita com recurso à força sobre o corpo do arguido»[511]. Portanto, segundo este ponto de vista, o *modus faciendi* da colheita é que constituirá uma violação da integridade física e não a recolha em si mesma considerada[512]. Todavia, afasta esta possibilidade por via do conceito de adequação social que não considera ilícitos os comportamentos correspondentes à ordenação social sedimentada.

II. Tem sido consensual a admissibilidade de tais intervenções desde que se verifiquem, no mínimo, dois requisitos: (1) que não constituam perigo para a saúde do visado; (2) que sejam levadas a cabo por quem esteja legalmente habilitado para as realizar de acordo com as *legis artis*.

---

[510] Helena Moniz, «Problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº 2, Abr./Jun. 2002, pp. 249 e 250. Afasta, no entanto, as lesões diminutas ou insignificantes ao abrigo do critério da adequação social, exemplificando com uma pisadela na via pública ou um encontrão no interior de um transporte público.

[511] Sobre esta matéria, ver Sónia Fidalgo, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 1, Jan./Mar. 2006, pp. 122 e 123.

[512] Sobre o modo abusivo de recolha dos elementos materiais de ADN, ver Chiara Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009, p. 62.

O Acórdão do Tribunal Constitucional nº 616/98, de 21/10/1998, proferido sobre matéria não criminal[513], sublinhando que o direito à integridade física se traduz no direito de *não sofrer ofensas corporais*, e aceitando que o "exame de sangue", sem ou contra a vontade do examinado e com recurso à força para o efeito, possa constituir uma ofensa à integridade física da pessoa por violação do disposto no art. 25º da Constituição, acaba por, em nome e na presença de um interesse colectivo, considerar admissível o exame de sangue como meio probatório e os efeitos face ao princípio da livre convicção do juiz, tanto mais que considerou mínimo o grau de ofensa corporal em que se traduzia esse exame e a realização da análise de sangue como uma "intervenção banal"[514], aceitando que o tribunal valorasse a recusa da submissão ao exame enquanto negação na colaboração da descoberta da verdade[515] [516].

Por se tratar de uma realidade próxima da nossa, lançamos mão de três decisões do Tribunal Constitucional Espanhol que trataram desta matéria. O Acórdão do STC 234/1997 veio esclarecer o seu entendimento sobre a análise de sangue: uma intervenção corporal leve, desde que tecnicamente bem realizada[517]. Porém, se para a realização do exame tiver de ser administrada uma anestesia geral ou local, estar-se-á perante uma medida inadmissível.

Ainda neste domínio, é importante salientarmos o entendimento que havia sido dado pelo mesmo Tribunal, no Aresto STC 37/1989, de 15 de Fevereiro, a propósito da recusa da arguida a sujeita-se à realização de um exame ginecológico ordenado judicialmente, para averiguação da prática de um eventual crime de aborto. Concluiu que o emprego da força em tal situação seria uma prática atentatória do pudor, degradante e incompatível com a disposição constitucional espanhola que consagra o direito à integridade física no art. 15º.

---

[513] Processo cível no âmbito de uma acção de investigação de paternidade. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980616.html (acedido em 07 de Maio de 2012).

[514] Julgou que, em sede do confronto de direitos (integridade física *vs*. direito à identidade pessoal) «não se afiguraria *arbitrária* ou *gratuita* se se entendesse limitado o direito do R. à sua integridade física, tendo muito especialmente em conta, por um lado, o objectivo da norma que admitiu o exame de sangue como meio probatório na acção de investigação de paternidade e os efeitos, em sede probatória, da recusa em efectuá-lo e, por outro, o *grau mínimo* de ofensa corporal em que se traduz esse mesmo exame».

[515] Acabando por considerar compatível o art. 25º da CRP com os arts. 1801º do CC e 519º, nº 2 do CPC, actual art. 417º, nº 2. Assinale-se que, neste Acórdão, o Tribunal Constitucional nem sequer colocou a questão de os exames de sangue coactivos poderem integrar uma violação à reserva da vida privada ou à intimidade.

[516] Relacionada com a questão enunciada neste parágrafo é a assunção de que o conhecimento da identidade dos progenitores é uma decorrência do direito fundamental à identidade pessoal e, também, do direito à integridade pessoal consagrados nos arts. 25º e 26º, nº 1 da CRP, como espelha o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 631/2005, de 15/11/2005, entre outros.

[517] Ángela Matallín Evangelio, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 175 e 56, nota 110, respectivamente.

Também no aresto STC 35/1996, de 11 de Março, o Tribunal entendeu ser ajustado às exigências constitucionais um exame radiológico coactivo a fim de verificar se o visado trazia escondidos no interior do seu corpo objectos perigosos, por não se tratar de um tratamento vexatório, na sequência de uma outra decisão de 1994 a propósito da extracção, com recurso à força, de cabelo da cabeça ou pêlo das axilas, reservando os qualificativos de tratamento desumano e degradante para os comportamentos que implicam sofrimento físico ou psíquico ilícito, para os que são infligidos de modo vexatório para quem os sofre[518] ou que põem em risco a saúde do examinando (*v.g.* um exame radiológico numa grávida). Esclareceu que a concreta e específica condição física do visado deve ser levada em consideração. Uma intervenção corporal inócua para uma pessoa sadia pode transformar-se numa intervenção desnecessária ou desproporcionada quando as condições físicas do sujeito passivo em causa a desaconselham por afectar direitos como a vida ou a integridade física.

A jurisprudência constitucional espanhola tem vindo a assinalar como limite inultrapassável às intervenções corporais coactivas a estrita observância do princípio da proporcionalidade entre a natureza e gravidade da infracção praticada e os interesses afectados com a realização da intervenção[519].

De igual modo, o Tribunal Constitucional Alemão a propósito do § 81º da Lei processual penal alemã (StPO) que admite a realização de exames corporais no arguido, sem o seu consentimento, mediante decisão judicial, se a demora fizer perigar o êxito da investigação. Nos exames no corpo do arguido estão contemplados exames sanguíneos e outras intervenções corporais levadas a cabo por pessoa legalmente habilitada desde que não comportem risco para a saúde do visado. As análises sanguíneas, bem como as análises a demais células corporais, só podem fazer prova no processo à ordem do qual foram efectuadas ou num outro que se encontre pendente nessa data. E deve proceder-se à sua eliminação logo que deixem de ser necessárias à investigação em causa.

[518] Exemplos extraídos de Luís Azaola Calderón, *Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España*, p. 2, disponível em: http://www.fldm.edu.mx/documentos/revista5/articulo02.pdf (acedido em 19 de Fevereiro de 2012).

[519] Entre outros, a Sentença STC 207/1996, de 16 de Dezembro. O art. 363º da Ley de Enjuiciamiento Criminal dispõe que «*sempre que concurram acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los princípios de proporcionalidade y razonabilidad*».

III. Existem linhas jurisprudenciais nacionais sobre a intervenção não consentida no corpo do arguido no respeitante à obtenção de meios de prova coercivos — seja por coacção material, seja por imposição de obrigações. Em verdade, têm respondido às perguntas "o arguido enquanto *objecto* do processo e *meio* de prova combina com o estatuto de *sujeito processual*? A adopção das ingerências corporais constituirá uma forma escondida e indirecta de auto-incriminação? Estes meios probatórios são meios formalmente admissíveis, legalmente legitimados e também materialmente legitimados? Estamos em face de meios de prova funcionalmente dirigidos à realização da justiça penal e finalisticamente vinculados à investigação criminal em ordem à repressão do crime em solução compromissória com o respeito devido pelos direitos fundamentais? A eficácia e a justiça das decisões posta ao serviço dos interesses do Estado ameaçado ou lesado por comportamentos indesejáveis autoriza sem restrições intervenções no corpo do arguido?". Estas perguntas não são meramente factuais. Fundamentalmente são perguntas que se referem à essência, ao significado e ao sentido próprio do processo penal.

Damos nota de que na área civilista têm vindo a ser propostos caminhos no domínio da investigação da paternidade ou maternidade[520] que, como se compreenderá,

[520] Quando se está perante uma questão de averiguação de paternidade ou de maternidade, não é fundamental a análise ao ADN dos progenitores pai e mãe porque o grau de probabilidade da derivação biológica pode ser aferida através da análise e comparação do ADN de outros familiares próximos, como os avós, irmãos ou tios do investigante, possível pelas características dos seus dados genéticos e frequência do polimorfismo apresentado numa determinada população. De forma mais pormenorizada, veja-se Paula Costa e Silva, «A realização coerciva de testes de ADN em acções de estabelecimento da filiação», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 586 e 587. Em sede de direito civil, o campo de acção não é coincidente com o criminal, por interferir directamente com o ADN codificante, na medida em que visa determinar o grau de probabilidade da proveniência biológica de uma pessoa. Em processo de investigação de paternidade, o Tribunal Constitucional, por Acórdão de 02/06/2009, embora considerando o exame de ADN por recolha de sangue como "pessoal", "íntimo" e "intrusivo", ponderando o direito de personalidade da menor à sua identidade e ao seu nome e o direito à privacidade do Réu, tendeu para o primeiro, valor tido por superior, acrescentando que ao Réu é imposto o dever de cooperação para a descoberta da verdade, estabelecido no art. 519º do CPC (actual art. 417º), nomeadamente o dever de se submeter às inspecções necessárias e praticar os actos que lhe forem determinados, não crendo que os motivos que pelo Réu foram invocados se enquadrassem nas causas de recusa legítima previstos no nº 3 desse preceito. Em Acórdão de 15/12/2010, no Proc. nº 3264/08.8 TBVCD-AP1, em acção declarativa de impugnação de perfilhação, o Tribunal adoptou posição divergente, afirmando que a realização coactiva do exame de ADN acarreta a violação dos direitos constitucionais à liberdade e integridade pessoal do Réu. E sobre a ponderação de interesses em conflito referiu: «*Não se pode concluir que a violação, ilícita, dos referidos direitos constitucionais do R. se mostra proporcionada e adequada ao fim que se visa obter, não obstante não se questionar que o direito à paternidade (real) é uma dimensão do direito à identidade pessoal consagrado no artigo 26°, nº 1 da CRP*», pelo que julgou procedente a apelação, revogando a decisão recorrida na parte em que autorizava a realização coerciva do exame de ADN ao Réu, mediante a recolha forçada de saliva por zaragatoa bucal. O STJ, em Acórdão de 23/02/2012, no Proc. nº 994/06.2TBVFR.P1.S1 veio declarar que, em acção de investigação de paternidade, aquele que culposa e injustificadamente se recusar a submeter a testes de ADN na qualidade de Réu fica onerado com o encargo de provar que não é pai, nos termos do art. 344º, nº 2 do CC, devendo, para tanto, ser notificado com esta advertência, podendo a

atentas a estrutura e finalidades do processo penal e as garantias de defesa do arguido consagradas constitucionalmente, sobretudo o princípio da presunção da inocência, não devem ser importados directamente nem colados ao direito processual penal. As orientações predominantes são duas: (1) a imposição coactiva de exame de ADN a material biológico do investigando, decretada judicialmente, sob pena de a recusa ditar o estabelecimento da filiação; (2) a imposição coactiva de exame de ADN a material biológico do investigando, decretada judicialmente, sob pena de a recusa produzir efeitos a nível da apreciação da prova, nomeadamente, gerando a inversão do ónus da prova sobre o investigando[521].

A posição da nossa jurisprudência[522], as soluções nascidas na *praxis* dos nossos tribunais superiores no que diz respeito às ingerências corporais em sede criminal vão

realização dos exames de ADN ser determinada oficiosamente pelo tribunal, em conformidade com o disposto no art. 265º, nº 3 do CPC segundo o qual compete ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer nos termos do princípio do inquisitório (após a alteração da Lei nº 41/2013, de 26 de Junho, o invocado art. 265º corresponde parcialmente ao actual art. 6º do CPC que preceitua o dever de gestão processual onde cabe a promoção oficiosa das diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção). Considerou que o «*direito à identidade pessoal, por referência a um determinado arquétipo familiar, do réu, em acção de investigação da paternidade, tem de ceder perante o direito à identidade pessoal e genética do filho, nos termos do art. 26º da Constituição*». Da mesma forma decidiu o TRG, em Acórdão de 24/04/2012, nº 1057/10.1TBEPS-C.G1. Asseverando que sobre as partes civis recai o dever de cooperar com a descoberta da verdade, a recusa de colaboração na realização da perícia é apreciada livremente pelo tribunal, *podendo, mesmo, se nenhuma razão plausível for apresentada, traduzir-se na prova do facto que com a mesma se pretendia demonstrar*. E se a recusa tiver origem em comportamento culposo que tornou a perícia impossível, acarreta a inversão do ónus da prova.

[521] Por efeito do disposto no art. 519º, nº 2 o CPC (dever de cooperação para a descoberta da verdade) em articulação com o poder de direcção do processo conferido ao juiz para providenciar pelo andamento regular e célere do processo, realizando ou ordenando, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, nos nºs 1 e 3 do art. 265º do CPC (actuais arts. 417º e 6º do CPC). Paula Costa e Silva, «A realização coerciva de testes de ADN em acções de estabelecimento da filiação», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, p. 596, refere que não é minimamente condizente a cominação prevista no nº 2 do art. 519º do CPC no caso de recusa de realização de exames de ADN (condenação em multa, sem prejuízo da utilização dos meios coercitivos possíveis, bem como a inversão do ónus da prova do recusante) e o direito à liberdade consagrado no art. 25º da CRP. Diz: «Se a colaboração implica a violação de direitos fundamentais a recusa em colaborar é legítima». A ser assim, entende que o dever de colaboração a que alude o art. 519º do CPC não consubstanciaria uma obrigação mas sim um ónus, por ser associado um efeito prejudicial (as sanções cominadas) a uma conduta lícita (recusa). Contudo, conclui pela possibilidade de realização coerciva dos exames de ADN, não havendo sequer lugar a possibilidade de recusa por parte do investigando – para além do direito à identidade pessoal, por não considerar o exame coercivo um mecanismo atentatório da integridade física, desqualificando a recolha de saliva, arrancar um cabelo ou a picada de um dedo, não contemplando estas condutas no núcleo fundamental do direito à integridade física consagrado na Constituição. A Autora reconduz as condutas atentatórias deste direito à submissão à tortura, maus tratos, penas cruéis, degradantes e desumanas, quando diz «as condutas que o legislador constitucional veda como atentatórias deste direito são a submissão da pessoa a tortura, maus tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos» (p. 598).

[522] Ver em http://www.dgsi.pt. Acrescentamos que a nossa opção vai no sentido, não de fazer um levantamento exaustivo das decisões jurisprudenciais, mas sim de nos debruçarmos sobre aquelas que,

no sentido de considerar os exames corporais como meios de obtenção de prova destinados a encontrar os vestígios e os indícios que permitam ao Ministério Público acusar ou ao Tribunal julgar. Podendo os exames ter como objecto pessoas — para além de coisas ou locais —, o arguido, sendo sujeito processual, dotado de direitos e de deveres, é concomitantemente objecto de investigação, pelo que é obrigado a sujeitar-se a eles, sem necessidade do seu consentimento prévio.

Apreciam como justificadas e legitimadas, não constitutivas de ofensa à integridade física, as intervenções corporais que não acarretem qualquer prejuízo significativo no bem-estar físico do arguido nem coloquem em causa o normal funcionamento das suas funções corporais. Integram este conceito as intervenções em que há colheita não consentida de cabelos ou sangue, realizadas por perito médico com rígida observância das regras *das legis artis.* Estas intervenções são qualificadas *ofensas insignificantes* ou *ofensas mínimas* ou *pouco significativas* do direito à integridade corporal e do direito à autodeterminação corporal, visto afectarem temporária, momentaneamente e de forma muito reduzida, o corpo físico e o sistema volitivo do visado. A intervenção destinada à recolha de saliva não é susceptível de ofensa ao direito à integridade corporal, ofende o direito à autodeterminação corporal mas em *grau e medida desprezível* ou *irrelevante*[523]. Ao que acresce serem as intervenções corporais realizadas em nome da procura da verdade essencial à boa administração da justiça criminal, à manutenção da ordem pública e à preservação do bem-estar geral, pilares do Estado de direito[524].

A nossa jurisprudência superior tem sustentado a obrigação de o arguido se sujeitar às intervenções corporais argumentado também com o *carácter excepcional* das intervenções, *a estrita medida da necessidade face à ineficácia de outros meios de*

---

decidindo em torno desta questão, do nosso ponto de vista, mais ilustrativas são dos aspectos que queremos destacar, explicitando o espírito predominante dos nossos decisores judiciais.

[523] Sobre o facto de os exames ofenderem o direito à autodeterminação e à integridade física e moral das pessoas "em medida irrelevante", ver Mário Ferreira Monte, «O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?», *Revista do Ministério Público*, Ano 27, nº 108, Out./Dez. 2006, p. 260, que considerou ser este aspecto subjectivo o menos importante, afirmando que haverá sempre afectação e limitação destes direitos independentemente da medida.

[524] Em Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03/05/2006, no Proc. nº 0546541 (proferido antes da alteração do art. 172º, nº 2 pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto; estava em causa a realização compulsiva de uma zaragatoa bucal ordenada pelo Ministério Público). Assim, também, o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 13/09/2006, no Proc. nº 0641683, em recurso interposto pelo arguido, nos autos de inquérito pela prática de homicídio qualificado, requerendo a declaração da violação da legalidade do despacho do MP que ordenou a sujeição coactiva à colheita de amostra biológica para tipificação de ADN. Ainda o Aresto do Tribunal da Relação de Lisboa, no Proc. nº 6553/2007, de 24/08/2007**.** Vejam-se, no que concerne aos exames efectuados no âmbito do crime de condução sob o efeito do álcool, os Acórdãos da Relação do Porto, no Proc. nº 1271/08.PTPRT.P1, de 20/10/2010 e o de 11/10/2011, proferido no Proc. nº 101/09.0 GBMMN.E1 do Tribunal da Relação de Évora.

prova — sob pena de ser votada ao insucesso a prossecução das finalidades do processo penal[525] — e apelando aos critérios subjacentes à aplicação da medida de coacção da prisão preventiva.

O Tribunal Constitucional também se pronunciou, nos Acórdãos nºs 155/2007[526] e 228/2007[527], pela inconstitucionalidade da norma constante do art. 172º, nº 1 do Código de Processo Penal, por violação do disposto nos artigos 25º, 26º e 32º, nº 4 da Constituição, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita. Portanto, a obrigatoriedade de sujeição a exame, nestes casos de recusa do visado, só se justificaria mediante despacho judicial. Consequentemente, julgou inconstitucional, por violar o disposto no art. 32º, nº 4 da Constituição, a norma constante do artigo 126º, nºs 1 e 2, als. a) e c) e nº 3 do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos anteriormente. Note-se que esta jurisprudência data de momento anterior à nova redacção do normativo em causa, dada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, que impôs a necessidade de despacho judicial.

IV. Da análise das situações subjacentes às decisões jurisprudenciais referenciadas resulta que as intervenções coactivas no corpo do arguido e a possibilidade de as realizar com o recurso à força têm-se revelado expressão de um dever estatal no sentido da prossecução dos interesses da investigação e manifestação de uma obrigação legal de o arguido tolerar passivamente o exame que lhe é imposto pelos órgãos competentes, desempenhando o papel de *objecto de prova*. Não se pede ao sujeito processual arguido uma colaboração activa na realização do exame. Este *sujeito de prova* que, noutras circunstâncias, pode usar da faculdade de colaborar ou não, segundo a sua liberdade de opção, não usufrui, neste âmbito, da liberdade de cooperação na descoberta da verdade dado não estarem em causa actos dependentes da sua livre

[525] No Proc. nº 00844093, o Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 10/12/2008, decidiu que não era inconstitucional a norma do art. 172º, nº 1, do CPP, «interpretada no sentido de que é legítimo o uso da força física para obter, através de zaragatoa bucal vestígios biológicos de um arguido para fins de comparação com os encontrados nas cuecas da ofendida, se está em causa a investigação de um crime de violação, não havendo outras provas para além das declarações daquela, que sofre de considerável atraso mental».
[526] No Proc. nº 695/2006, publicado no DR de 10 de Abril de 2007.
[527] No Proc. nº 980/2006, publicado no DR de 23 de Maio de 2007.

manifestação de vontade. Este tipo de sujeição do arguido às acções investigatórias ordenadas por terceiro e legalmente autorizadas conta, algumas vezes, com um determinado tipo de *facere* por parte do visado. Já vimos anteriormente que a extracção de uma determinada quantidade de sangue, por mínima que seja, pressupõe alguma actividade por parte do examinando (colocar o braço em determinada posição, levantar a manga, cerrar o punho) sem a qual a realização destes se tornaria impossível a não ser com o recurso à força — as chamadas condutas passivo/activas que consistem em acções preparatórias e/ou de acompanhamento dos exames. Que o mesmo é dizer: o arguido nunca é plenamente livre no que respeita aos procedimentos probatórios realizados no seu corpo, pois momentos há em que para tolerar as acções do Estado tem, simultaneamente, de adoptar uma atitude de colaboração ou de ser objecto de força física para que possam ser executadas. O princípio da proporcionalidade permitirá a equiponderação entre pressupostos como a gravidade dos factos imputados, a intensidade, peso e seriedade dos indícios existentes, a probabilidade da produção de um resultado relevante para o processo através da recolha da amostra biológica, tanto em vista do apuramento do autor do crime, como para efeito de exclusão de um suspeito da prática do facto.

Qualquer intervenção no corpo ou na saúde não consentida, ordenada ou executada coactivamente fora dos limites legais, não fundamentada, pode vir a consubstanciar vários factos típicos e ilícitos: coacção prevista e punida no art. 154º do Código Penal — crime contra a liberdade pessoal —, tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos punida pelos arts. 243º e 244º do Código Penal — crime contra a integridade pessoal —, denegação de justiça e prevaricação prevista no art. 369º do Código Penal — crime contra a realização da justiça —, e abuso de poder incriminado no art. 382º do Código Penal — crime cometido no exercício de funções públicas. Esta matéria transporta-nos, também, para o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas estabelecido na Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro[528], por danos causados no exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa e por causa desse exercício, que estabelece a responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes de decisões manifestamente

[528] Já antes deste diploma legal, a faculdade de exigir uma indemnização ao Estado por prejuízos causados no exercício da função jurisdicional era aceite, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, por força do disposto no art. 22º da CRP.

inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto[529].

V. É matéria que pode tocar e cruzar-se com práticas de maus tratos e tortura.

Tomemos por referência o documento internacional "Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes", adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução nº 39/46, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1984, entrada em vigor em Portugal em 11 de Março de 1989[530]. Depois de no nº 1 do art. 1º se definir "tortura" como «*qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito*», no nº 2 do art. 2º afasta-se qualquer circunstância excepcional para invocar e justificar a tortura ainda que se trate de um estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de excepção, sendo que a existência de motivos sérios de receio de submissão de um cidadão a tortura constituirá causa impeditiva de expulsão, entrega e extradição para outro Estado, nos termos do art. 3º. Compete a cada Estado Parte adoptar as medidas legislativas, administrativas, judiciais ou quaisquer outras que se afigurem eficazes para impedir que actos de tortura sejam cometidos em qualquer território sob a sua jurisdição (art. 2º, nº 1). Pela sua importância, destacamos o recente acórdão piloto[531] do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Kaverzin vs. Ucrânia*

[529]O grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado é critério essencial para quantificação da indemnização. Aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça é aplicável o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa. O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente. Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles. É o que se extrai dos arts. 12º a 14º da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro.

[530] Ver em Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-conv-contra-tortura.html (acedido em 24 de Julho de 2012).

[531] Acórdãos piloto são os proferidos pelo TEDH em vista de maior eficiência por virtude do enorme número de pendências. São decisões proferidas, após a detecção de um problema recorrente num determinado país, passando o Tribunal a decidir em termos análogos em todas as outras situações em que

(Maio de 2012) sobre a violação deste país da proibição da tortura consignada no art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Não reconhece legitimidade aos Estados para, no uso dos seus poderes coercitivos e de indagação criminal, utilizarem a violência física, a fim de obtenção de informações relacionadas com o cometimento dos crimes alvo de investigação[532].

Para que uma ofensa à integridade física integre o conceito de tortura — que constitui um nível superior de maus tratos e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes — terá de preencher requisitos como os que passamos a elencar, de forma não necessariamente cumulativa: (a) carácter grave da agressão física ou psíquica; (b) intensidade e/ou duração das lesões infligidas; (c) humilhação e aviltamento da pessoa; (d) reiteração de sofrimentos físicos ou mentais; (e) impiedade dos perpetrantes; (f) crueza dos meios utilizados.

O Código Penal Português, no art. 243º, nº 3, fornece o conceito de tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano[533] e, tanto a Constituição (art. 32º, nº 8), como o Código de Processo Penal (art. 126º, nº 1), reconhecem que o útil interesse do funcionamento da justiça criminal se encontra limitado por comportamentos não atentatórios da integridade pessoal, cominando a nulidade da prova obtida por meios de tortura e a interdição absoluta da sua obtenção, utilização e valoração.

É uma questão que respeita tanto à pessoa individual como à comunidade por atingir não só a integridade física e moral e a autonomia individual, como por constituir um «atentado contra valores supra-individuais fundamentais, pertinentes ao núcleo irredutível do Estado de Direito e, mesmo, da civilização»[534]. Dado que agridem a essência e o núcleo dos direitos fundamentais, as provas obtidas mediante tortura, coacção, com violação da integridade física ou moral dos cidadãos não admitem

---

esteja em causa a mesma problemática, até que verifique, bem como o Comité de Ministros, que o Estado Parte se encontra a cumprir a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nos termos assinalados nos referidos acórdãos.

[532] Kaverzin foi detido por suspeita da prática de um crime de homicídio e, em acto de resistência à detenção, acabou por ferir uns polícias e matar um deles. Na esquadra foi vítima de espancamento violento, a fim de obtenção de informações sobre os crimes que lhe eram imputados, tendo as agressões sido a causa directa de cegueira dos dois olhos. Permaneceu durante vários meses da sua privação da liberdade sem tratamento médico, tendo-se tornado definitivas e irreversíveis as lesões provocadas nos olhos. A actividade policial não é, por regra, supervisionada, na Ucrânia. Ver mais pormenorizadamente em: http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.279102012525&seccao=Not%EDcias_Imprensa (acedido em 24 de Julho de 2012).

[533] «(…) o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação da vontade da vítima».

[534] Manuel da Costa Andrade, *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 137.

qualquer tipo de cedência sendo irremediável e inflexivelmente nulas, insusceptíveis de sanação pelo consentimento do visado, estando colocadas fora do âmbito da livre disponibilidade do respectivo titular. Admitindo as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, ainda que de forma compulsiva, sempre que proporcionais e legitimadas por despacho judicial motivado, os tribunais portugueses têm mostrado particular cautela com a forma da sua execução, de forma a afastá-las do espectro dos tratamentos desumanos ou degradantes[535].

VI. Neste panorama onde se cruza o sector da segurança com a constelação das liberdades do cidadão torna-se imprescindível delinear o ponto de equilíbrio entre ambos[536]. A perspectiva da sociedade e a perspectiva do homem-pessoa, sendo, neste particular, contrárias, têm de se encontrar no ponto óptimo de ajustamento para que o universo humano e o Direito se façam convergir.

A propensão para a recusa de realização dos exames impostos deriva do facto de o homem, a pessoa humana, ser uma criatura essencialmente individualista, pelo que a sua natureza com alguma dificuldade se conjuga com a natural força oposta de resistência e de fuga para se manter dentro dos limites compatíveis com a existência da vida em sociedade. Destacamos, aqui, Thomas Hobbes que explicava que a sociedade existe e se mantém, apesar da natureza individualista do homem, por lhe ser imposta[537]; a sociedade só existe por se verificar uma repressão permanente desta sua tendência individualista e anti-social. Daí que a manutenção da ordem social organizada implique o controlo desta tendência para o individualismo dissidente. Acontece, porém, que as regras impostas aos indivíduos têm de ser compatibilizadas e coordenadas no seio de uma estrutura de cooperação histórico-político-social, sempre atenta à diferenciação de interesses. Mas, para se atingir o escopo da manutenção da organização social em paz e harmonia e, simultaneamente, se preservarem os bens, valores e interesses pessoais terão de existir algumas forças limitadoras como forma de garantia da solidariedade, da continuidade e coesão societária. A lógica de imposição da ordem social, as normas que

[535] Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/07/2013, no Proc. nº 1728/12.8JAPRT.P1.

[536] No actual contexto, o fiel da balança tende a inclinar-se cada vez mais para o primeiro, ver Manuel da Costa Andrade, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 124.

[537] Para este representante da ciência política moderna, porque os indivíduos actuavam impulsionados pelas emoções, o poder transformava o caos natural em ordem social. A relação poder/cidadão cifrava-se, respectivamente, em direitos e deveres, em vista da utilidade da manutenção da paz social e segurança da ordem pública.

regulam e estabilizam as relações humanas direccionam-se para o homem, não só enquanto destinatário delas, mas, sobretudo, porque ele é o motor dinamizador do seu conteúdo, sentido e alcance[538].

Sinais da actualidade que perpassam na nossa sociedade como os da instabilidade, intranquilidade, insegurança crescente, desolação, frustração e desconfiança no estado da justiça portuguesa e nas instituições judiciárias, sentimento de impunidade, levam a que a população apresente uma nítida predisposição para atitudes persecutórias estatais em prol do direito a viver em segurança. Há, contudo, que distinguir a "opinião pública" de "consciência colectiva". A "opinião pública" clama por um processo penal operacional, dotado de meios de investigação céleres e eficazes, dando prevalência ao designado *homem de vidro*, favorável a um Estado forte na óptica securitária. A "consciência colectiva" exige o equilíbrio como uma componente imprescindível do processo penal, demanda objectividade, isenção e métodos de investigação ortodoxos, bem como o controlo da legalidade das investigações, reivindica um Estado forte mas, simultaneamente, comprometido com as garantias dos seus cidadãos.

Embora se possa ver no plano da acção penal um conflito de interesses entre o Estado e o cidadão, em desigualdade de circunstâncias e até concorrentes entre si, na verdade, o interesse, objectivamente, é comum e uno: o da descoberta da verdade e respectiva punição dos culpados, e só destes, com o adequado uso de instrumentos postos ao serviço da pessoa humana. Porém, para alcançar tal desiderato, o Estado vê-se a colidir com zonas do homem-pessoa que identificamos como sendo, pelo menos, de acesso condicionado ou restrito. Neste sentido, os exames, enquanto meio de obtenção de prova, «não deixam de jogar com a necessidade de equilíbrio entre as exigências e os interesses da comunidade e a salvaguarda da liberdade de realização e de identidade do

[538] Veja-se Germano Marques da Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 288: «(…) nas comunidades organizadas, mormente nos Estados, tudo deve ser orientado para o serviço e desenvolvimento da pessoa humana, sendo inaceitável qualquer princípio orientador da ordem jurídica que não seja o serviço dos homens, seus destinatários». Defendendo a necessidade do "sentir jurídico" como forma de evitar rupturas entre a normatividade imperante e o sentimento das populações, veja-se Pablo Lucas Verdú, *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, (tradução de Agassiz Almeida Filho), Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 5: «Graças ao sentimento jurídico, a normatividade jurídica penetra profundamente na sociedade e sua efectividade é alcançada mais adequadamente. Não se trata apenas de concluir que a racionalidade normativa se impõe por causa de suas virtualidades conceituais e formais. Relacionada com o sentimento jurídico, incorpora-se intensamente à vida dos cidadãos, que passam a senti-la como algo seu», e «O sentimento jurídico do povo é a fonte de todo o Direito. Os procedimentos democráticos dos Estados servem como garantia de que o sentimento jurídico da comunidade, expressado pela maioria impor-se-á sempre» (pp. 161 e 162).

indivíduo»[539]. Questão que não é recente. Há cerca de trinta anos foi levantada a hipótese de se questionar a constitucionalidade do então art. 178º do Código de Processo Penal de 1929 que prescrevia a possibilidade de o juiz tornar efectivas as suas ordens, relativamente à imposição da obrigatoriedade da realização de exames, se necessário fosse, com o auxílio da força[540].

9.3.3.1. A particularidade dos exames de sangue no Código da Estrada

A questão coloca-se a propósito da detecção do estado de influenciado pelo álcool em condutor de veículo automóvel, da sua recusa à sujeição da colheita de sangue para avaliação do referido estado e da criminalização desta recusa desde a versão inicial do Código da Estrada aprovada pelo Decreto-lei nº 114/94, de 03 de Maio, que impunha, no art. 158º, nº 1, a obrigatoriedade de submissão a exames para a detecção de eventuais intoxicações dos condutores ou de demais utentes da via pública, desde que estes últimos tivessem intervindo em acidente de viação.

São numerosos os recursos interpostos para as instâncias superiores, incluído o Tribunal Constitucional, com fundamento em desrespeito de normas da Lei Fundamental — por violação do princípio da proporcionalidade ou violação da proibição de obtenção de prova mediante ofensa à integridade física, moral ou abusiva intromissão na vida privada (arts. 18º, nº 2 e 32º, nº 8 da CRP), respectivamente, ou direito à objecção de consciência.

I. a) Ultrapassado o vício da inconstitucionalidade orgânica conhecido pelo Tribunal Constitucional no Acórdão nº 275/2009[541] relativo à incriminação contida no

[539] M. Simas Santos e M. Leal-Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, Lisboa, Rei dos Livros, 3ª ed., 2008, p. 1111.
[540] Jorge de Figueirde Dias / Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Lisboa, 1984, Separata do *BMJ*, p. 56, nota 133.
[541] Publicado no DR de 07 de Julho de 2009, nº 129, II série (Proc. º 647/08). Considerou ter-se alargado as margens da punibilidade da conduta sem a respectiva autorização legislativa sobre a concreta criminalização da recusa de realização de exames de sangue: enquanto antes qualquer condutor podia recusar a sujeição a exame através de extracção de sangue, sem necessidade de fundamentação assente em motivos médicos, a não realização da colheita de sangue passou a só poder ser justificada pela impossibilidade técnica da operação médica (o art. 153º, nº 8 passa a punir como crime de desobediência a recusa de sujeição a colheita de sangue nos casos em que seja tecnicamente possível fazê-lo). Mantém o crime de desobediência para os condutores que recusem a realização do exame através do método de ar expirado ou, quando este não for possível, quando recusem o exame médico alternativo à colheita de sangue.

Decreto-lei nº 44/2005, de 23 de Fevereiro[542] — conhecida a inconstitucionalidade orgânica das normas constantes dos arts. 152º, nº 3[543], e 153º, nº 8[544] do Código da Estrada, na redacção dada por este diploma na medida em que criminalizam e punem como desobediência a recusa à colheita de amostra de sangue para posterior exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool — o problema centra-se na questão de saber se os preceitos em causa são materialmente inconstitucionais. O diploma legal afasta do examinando, mesmo no âmbito das acções de fiscalização, o direito de recusa de colheita de sangue, independentemente do fundamento sempre que seja impossível proceder a pesquisa de álcool em ar expirado, apenas sendo realizado exame médico alternativo no caso da colheita de sangue não ser possível por razões médicas. Em relação aos exames a realizar em caso de acidente de viação, manteve a redacção do anterior art. 162º, n.º 2 — que já não fazia qualquer referência à possibilidade de recusa a exame através da colheita de sangue — tendo passado a constar do art. 156º, nº 2 em virtude de renumeração dos preceitos. Pune uma diferente realidade quando comparada com a regulamentação antecedente. Para além de que, da conjugação dos arts. 152º, n.º 3 e 153º, n.º 8, na redacção dada pelo Decreto-lei n.º 44/2005, se conclui que o legislador eliminou o direito à recusa da colheita de sangue aos condutores sujeitos a exames para comprovação do teor de influência sob o álcool. Passa a ser punida como crime de desobediência a recusa a sujeição a colheita de sangue nos casos em que seja tecnicamente possível fazê-lo, processando-se pela primeira vez, deste modo, a criminalização *ex novo* da recusa da colheita de sangue para os efeitos mencionados. A

[542] Mediante a Lei de Autorização Legislativa nº 53/2004, de 04 de Novembro que, no seu art. 1º, define o objecto, concedendo ao Governo autorização para «proceder à revisão do Código da Estrada, aprovado pelo DL nº 114/94, de 03 de Maio, com as alterações introduzidas pelos DL nºs 2/98, de 03 de Janeiro, e 265-A/2001, de 28 de Setembro, e pela Lei nº 20/2002, de 21 de Agosto, e ainda, a criar um regime especial de processo para as contra-ordenações emergentes de infracções ao Código da Estrada, seus regulamentos e legislação complementar». Acrescentando o art. 2º que o sentido da autorização visa «permitir a criação de um regime jurídico em matéria rodoviária em conformidade com os objectivos definidos no Plano Nacional de Prevenção Rodoviária, com as normas constantes de instrumentos internacionais a que Portugal se encontra vinculado e com as recomendações das organizações internacionais especializadas com vista a proporcionar índices elevados de segurança rodoviária para os utentes». O seu art. 3º que versa sobre a extensão da autorização (e que nos escusamos a transcrever dada a sua dimensão, com numerosas alíneas) enuncia os aspectos da disciplina jurídica das matérias sobre que podiam incidir as alterações a introduzir por força do exercício dos poderes delegados. Contudo, a lei de autorização legislativa não abarca qualquer tipo de criminalização de quem se recuse a submeter a colheita de sangue para ava1iação do estado de influenciado pelo álcool.

[543] Dispõe: «As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do nº 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência».

[544] Preceitua: «Se não for possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, o examinando deve ser submetido a colheita de sangue para análise ou, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico, em estabelecimento oficial de saúde, para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool».

colheita de sangue far-se-á por exigência legal sempre que seja impossível proceder a pesquisa de álcool no ar expirado (*v.g.* por falta de equipamentos adequados ou validamente aprovados e homologados para o efeito; estado de inconsciência derivado do sinistro ou até mesmo da quantidade de álcool ingerido) e só se realizará exame médico caso a colheita de sangue não seja viável por razões médicas[545] (*v.g.* após várias tentativas falhadas). A lei não impõe nem exige que seja requerido o consentimento a quem tem de sujeitar-se à recolha de ar expirado ou à colheita de sangue para os efeitos devidos. Neste último caso dos exames de sangue assim está previsto, desde logo, porque o exame de sangue é uma via excepcional de obtenção de prova, só sendo admissível nas situações expressamente tipificadas, a saber, quando o estado de saúde não permite o exame por meio de ar expirado ou esse exame não for possível (arts. 153º, nº 8 e 156º, nº 2). A recusa de um ou de outro constitui crime de desobediência.

b) Da situação específica de controlo do estado de influenciado pelo álcool de pessoas que intervieram em acidente de viação tratam os arts. 152º, nº 3 e 156º, n.º 2 do Código da Estrada[546]. Sobre estes normativos, defendeu o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 479/2010, de 09 de Dezembro, que o Decreto-Lei n.º 44/2005 nesta parte em que não permite a recusa da submissão à recolha de sangue para detecção do estado de influenciado pelo álcool, por pessoa interveniente em acidente de viação, tipificando essa recusa como um crime de desobediência «apesar de não se encontrar credenciado

[545] No art. 7º, nº 1 da Lei nº 17/2008, de 17 de Maio que aprova o Regulamento de fiscalização da condução sob influenciado álcool ou de substâncias psicotrópicas, para efeitos do disposto no nº 3 do art. 156º do CE, considera-se não ser possível a realização do exame de pesquisa de álcool no sangue quando, após repetidas tentativas, não se lograr retirar ao examinando uma amostra de sangue em quantidade suficiente.

[546] Art. 152.º (Princípios gerais): 1 – Devem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas: a) Os condutores; b) Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito; c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução. (…) 3 – As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do nº 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência. (…). 5 – O médico ou paramédico que, sem justa causa, se recusar a proceder às diligências previstas na lei para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas é punido por crime de desobediência.
Artigo 156.º (Exames em caso de acidente): 1 – Os condutores e os peões que intervenham em acidente de trânsito devem, sempre que o seu estado de saúde o permitir, ser submetidos a exame de pesquisa de álcool no ar expirado, nos termos do artigo 153º. 2 – Quando não tiver sido possível a realização do exame referido no número anterior, o médico do estabelecimento oficial de saúde a que os intervenientes no acidente sejam conduzidos deve proceder à colheita de amostra de sangue para posterior exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool e ou por substâncias psicotrópicas (na redacção dada pela lei nº 72/2013, de 03 de Setembro). 3 – Se o exame da pesquisa do álcool no sangue não puder ser feito, deve proceder-se a exame médico para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool (na redacção dada pela lei nº 72/2013, de 03 de Setembro: Se o exame da pesquisa do álcool no sangue não puder ser feito ou o examinando se recusar a ser submetido a colheita de sangue para análise, deve proceder-se a exame médico para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool e ou por substâncias psicotrópicas).

para legislar sobre esta matéria pelo parlamento, limitou-se a manter a tipificação de tal comportamento, constante da legislação que o antecedeu, a qual dispunha da necessária autorização legislativa, pelo que tal norma não reveste um cariz inovador». Por isso, não carecia de nova autorização do parlamento, pelo que decidiu não as julgar organicamente inconstitucionais.

c) Foram ainda objecto de recurso para o Tribunal Constitucional as normas do art. 152º, nº 1, al. a) e nº 3, do Código da Estrada e do 348.º, n.º 1, al. a), do Código Penal, por imporem a submissão a prova de detecção de álcool no sangue através de pesquisa no ar expirado, quando o seu destinatário não se quer a ela submeter, qualificando a recusa como crime de desobediência. No Acórdão nº 34/2012[547], o Tribunal Constitucional negou provimento ao recurso dado ter entendido que a norma que incrimina quem desobedece a ordem de autoridade ou de agente de autoridade de submissão a prova de detecção de álcool no sangue através de pesquisa no ar expirado não viola o direito de resistência previsto no art. 21.º, primeira parte, da Constituição da República Portuguesa, acrescentando que «o exame para pesquisa de álcool (…) destinando-se, não apenas a recolher uma prova perecível, como também a impedir que um condutor, que está sob a influência do álcool, conduza pondo em perigo, entre outros bens jurídicos, a vida e a integridade física próprias e as dos outros, mostra-se necessário e adequado à salvaguarda destes bens jurídicos e ao fim da descoberta da verdade, visado pelo processo penal». Aditou, ainda, o argumento extraído do disposto no art. 272º da Constituição relativo à função preventiva da actividade policial quando submete por sua iniciativa os condutores ao teste de detecção de álcool no âmbito das acções de fiscalização.

II. a) No que concerne aos exames efectuados no âmbito do crime de condução sob o efeito do álcool, os Tribunais superiores têm sido frequentemente chamados a pronunciar-se. O Tribunal da Relação do Porto, no Proc. nº 1271/08.PTPRT.P1, no acórdão datado de 20/10/2010, sustentou não ser geradora de nulidade da prova por esse meio obtida a colheita de amostra de sangue ao arguido para realização do exame a que se refere o nº 2 do art. 156º do Código da Estrada, sem sua expressa autorização, e indefensável a ofensa à integridade física e a violação da autodeterminação corporal, apoiando a justificação nos seguintes argumentos: (a) a recolha de sangue realizada em

[547] Processo nº 184/11, publicado no DR, II Série, Parte D, nº 53, de 14 de Março de 2012.

estabelecimento de saúde em consequência de acidente de viação, no sinistrado, constitui uma prática comum, desde logo por razões de diagnóstico e subsequente tratamento médico; assim sendo, e porque feita em benefício do sinistrado, presume-se o consentimento, pelo que «não se tem como violadora dos direitos do indivíduo, pelo motivo referido: é para benefício do agente»; (b) mesmo que o fim não fosse o acima referenciado, e sim um outro qualquer outro, o exame subsequente não infringiria nem a Constituição, nem a lei ordinária, desde que se tratasse de um fim legalmente autorizado; (c) a questão da submissão coactiva a exames de ADN, decidida em Acórdão do Tribunal Constitucional nº 155/2007 de julgar «inconstitucional a norma constante do artigo 172º, nº 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita» e consequentemente a insusceptibilidade de ulterior utilização e valoração da prova obtida através da colheita realizada nesses termos, assentou exclusivamente em razões ligadas ao órgão competente para a determinar[548]; (d) sobrepõe-se o interesse do Estado de garantia do bem-estar dos cidadãos e da promoção processual em vista da restauração da paz social face às garantias dos arguidos, dizendo expressamente: «Daí (…) que se aceite a submissão do agente a determinados procedimentos de obtenção de prova, sem ou contra a sua vontade, sem que isso constitua violação da lei. É o caso acima referido, da diligência de obtenção de vestígios biológicos autorizada pelo juiz»; este juízo é aplicado aos meios de obtenção de prova através dos quais se pretende apurar se o agente conduz com excesso de álcool no sangue, mesmo que o procedimento não tenha sido precedido de autorização expressa por o agente não a poder conceder; a recolha de sangue para determinação do grau de alcoolemia não ofende nem viola o direito à integridade e à autodeterminação corporal; (e) a análise visa a comprovação da existência de álcool no sangue e o fim a que se destina é essencialmente o de prevenção geral que só será alcançada pela enérgica punição de quem infringe, indispensável num domínio de perigo como o que este tipo de comportamento apresenta — a circulação rodoviária, com elevadas taxas de sinistralidade; (f) não existem provas alternativas aos exames toxicológicos; (g) o direito ao silêncio do arguido e a consequente prerrogativa de não auto-incriminação diz respeito às declarações deste e não já à realização de

[548] Não o Ministério Público, mas o juiz de instrução criminal.

determinados exames e outro tipo de contributos, com a finalidade de obtenção de provas, sobretudo se não alcançáveis por outra via, «não abrangendo o poder de se furtar a diligências de prova, sob pena de deixar desarmados os poderes públicos no desempenho da sua função de protecção e repressão»; (h) o resultado deste exame coactivo não deve ser perspectivado como um simples servidor da acusação com a intenção única de prejudicar o arguido, mas também como um elemento de prova que pode servir a defesa.

b) Em sentido nada divergente, decidiu o Tribunal da Relação de Évora, em Acórdão de 11/10/2011, no proc. nº 101/09.0 GBMMN.E1, na sequência de recurso interposto por arguido acusado da prática do crime previsto no art. 292º do Código Penal (condução em estado de embriaguez) por entender não dever ser submetido a julgamento, porquanto a prova dos autos foi obtida em resultado de recolha de sangue que lhe foi feita em estabelecimento hospitalar para onde foi conduzido na sequência de acidente de viação sem que em nenhum momento tivesse o arguido sido esclarecido sobre a finalidade da colheita de sangue efectuada ― para análise da taxa de alcoolemia. Nem sequer lhe foi dada a oportunidade de a recusar ou autorizar, considerando ter sido obtido material biológico do arguido de forma desleal para efeito da sua incriminação, prova proibida, não podendo, por isso, ser valorada, por violação do art. 32º, nº 8 da Constituição, por ofensiva da integridade física e moral. Alegou não lhe ser exigível, nem a qualquer outro acidentado que se encontre em estabelecimento de saúde a receber tratamento das lesões sofridas em acidente de viação, que faça a destrinça entre os fins a que se destina o sangue que lhe é extraído ― se para mero tratamento ou para incriminação[549]. Concluiu esta instância que: (a) o apuramento da taxa de alcoolemia por meio de exame de sangue não constitui prova proibida; (b) o exame de sangue efectuado para esta finalidade não configura violação do privilégio contra a auto--incriminação porquanto se trata de prova existente independentemente da vontade do

[549] Alegações que foram ao encontro do constante no Acórdão da Relação do Porto, 09 de Dezembro de 2009, no Proc. nº 1421/08.6PTPRT.P1 «(…) se ao ser submetido ao teste de pesquisa do álcool no ar expirado, qualquer condutor sabe a que se destina esse teste, o mesmo já não se pode dizer quando se está internado num hospital ou estabelecimento de saúde e um médico faz uma colheita de sangue ao sinistrado. Aqui, o sinistrado adquire a qualidade e é tratado como doente. E deve ser nesta qualidade que se deve interpretar e presumir qualquer consentimento seu, ainda que tácito, quanto aos actos médicos. Ora, a colheita de sangue para análise do álcool no sangue do condutor sinistrado, embora praticado por um médico, não tem, em nosso entender, a natureza de acto médico em sentido estrito mas sim de um acto ou diligência de prova para efeitos de procedimento criminal. E tratando-se de um acto que viola a integridade física e tem como objectivo, uma possível incriminação do doente/sinistrado, é nosso entendimento de que o mesmo deve ser informado ou estar devidamente esclarecido do fim a que se destina a recolha do sangue».

acusado que não integra o direito ao silêncio e é excluída da prerrogativa da não auto-incriminação, afastando o «entendimento do privilégio contra a auto-incriminação como privilégio de não contribuir "com o seu próprio corpo" para a auto-incriminação». Finalizam os magistrados afirmando a inexistência de «qualquer pretensão de o arguido determinar, pela sua vontade, quais as provas que contra si podem ser apresentadas, resultado a que se chegará pela aplicação de um amplo e injustificado entendimento do privilégio».

c) Isto no seguimento de jurisprudência resultante da Relação de Coimbra, de 14/07/2010, Proc. nº 113/09.3 GBCVL.C1: a opção pela consagração legal do regime específico de pesquisa de álcool no sangue estabelecendo um regime de obrigatoriedade de sujeição a exame resultou de uma ponderação dos valores constitucionais em confronto.

d) Sobre o exame sanguíneo, também assim o Tribunal da Relação de Coimbra, no Proc. nº 123/09.0GTVIS.C1, de 25/01/2012: «Em momento algum a lei impõe ou exige que se formule um pedido expresso de consentimento de quem tem que sujeitar-se ao exame de recolha de sangue para aferição do grau de alcoolemia» e o Tribunal da Relação de Évora no Proc. nº 279/09.2GDFAR.E1, no Acórdão de 26/02/2013, nos termos do qual a recolha de sangue coerciva e sem o consentimento do visado «não visa lesar qualquer interesse específico do arguido, mas apenas permitir a realização de uma perícia médico-legal» por impossibilidade de pesquisa de álcool no ar expirado.

III. A Lei nº 18/2007, de 17 de Maio, que aprovou o Regulamento de Fiscalização da Condução sob influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, sintetiza o regime legal das numerosas alterações ao Código da Estrada[550]. Nesta Lei a análise de sangue é um dos métodos de detecção e quantificação da taxa de álcool (art. 1º, nº 2), sendo que o modo normal assenta na determinação quantitativa da taxa de álcool por ar expirado e só excepcionalmente se recorre à análise de sangue. A obrigatoriedade geral pressupõe, assim, diferenciações. A presença de álcool no sangue é indiciada por meio de teste no ar expirado, efectuado em analisador quantitativo, e subsidiariamente, através de análise de sangue, quando não for possível realizar o teste em analisador quantitativo, nomeadamente por razões de saúde. Haverá lugar à

[550] O Decreto Regulamentar nº 24/98, de 30 de Outubro, que previa o regime jurídico da fiscalização da condução sob a influência do álcool e de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro, foi revogado pela Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio.

realização de exame de sangue quando, após três tentativas sucessivas, o examinando não conseguir expelir ar em quantidade suficiente para a realização do teste em analisador quantitativo, ou quando as condições físicas em que se encontra não lhe permitam a realização daquele teste (art. 4.º, nº 1), devendo a colheita de sangue ser feita no mais curto prazo após o acto de fiscalização ou a ocorrência do acidente (art. 5º, nº 1). O médico ou paramédico que, sem justa causa, se recusar a proceder às diligências previstas na lei para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas é punido por crime de desobediência (art. 152º, nº 2 do CE). O resultado do exame de sangue para quantificação da taxa de álcool tem prevalência sobre o resultado do teste no ar expirado realizado em analisador quantitativo (art. 6º, nº 5). O art. 7º, nº 1 esclarece os termos do exame médico para determinação do estado de influenciado pelo álcool: «Para efeitos do disposto no nº 8 do art. 153º e no nº 3 do art. 156º do Código da Estrada, considera-se não ser possível a realização do exame de pesquisa de álcool no sangue quando, após repetidas tentativas, não se lograr retirar ao examinando uma amostra de sangue em quantidade suficiente». O teor interpretativo desta norma foi explicitado no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 47/2011, de 26 de Janeiro, como sendo uma reafirmação do regime legal até então em vigor: a impossibilidade de realização do exame de pesquisa de álcool no sangue afere-se apenas em função da impossibilidade médica de proceder à extracção de sangue em quantidade suficiente para permitir a respectiva análise. Está afastada a circunstância do exame médico alternativo à colheita de sangue ser efectuado com base na mera recusa do visado[551].

No que respeita à avaliação do estado de influenciado por substâncias psicotrópicas, dispõe o art. 13º que, quando, após repetidas tentativas de colheita, não se lograr retirar ao examinando uma amostra de sangue em quantidade suficiente para a realização do teste, este deve ser submetido a exame médico. A Lei garante, no art. 15º, a confidencialidade dos dados em todas as fases, desde a colheita, ao transporte, manuseamento e guarda de amostras biológicas e da informação delas obtida, estando obrigados pelo dever de sigilo todos os que com eles tenham tido contacto. As amostras biológicas analisadas são conservadas no Instituto Nacional de Medicina Legal até à

[551] Considerou, ainda, o TC que perdeu interesse a arguição da questão da inconstitucionalidade orgânica do art. 156º, nº 2 do CE na medida em que o órgão com competência legislativa originária – Assembleia da República – agora emanou normas condizentes com o regime legal anterior, como que numa atitude de ratificação do legislado no passado, aplicável aos factos futuros.

comprovação de testes negativos, ou até ao final do prazo para interposição de impugnação, ou, ainda, até ao trânsito em julgado da sentença no caso de acção judicial. Decorridos estes períodos, o Instituto Nacional de Medicina Legal procede à sua destruição, salvo ordem judicial em contrário. As amostras biológicas não podem ser utilizadas para fins distintos dos previstos no presente diploma. Para efeitos estatísticos, o Instituto Nacional de Medicina Legal e as entidades fiscalizadoras devem remeter à Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária o número de exames de pesquisa de álcool e de substâncias psicotrópicas realizados, informando dos seus resultados.

Uma outra questão se levantou relativamente ao valor probatório da contraprova do estado de influenciado pelo álcool resultante do disposto no nº 6 do art. 153º do Código da Estrada[552], aprovado pelo DL nº 44/2005, de 23 de Fevereiro, segundo o qual «O resultado da contraprova prevalece sempre sobre o resultado do exame inicial». Vejamos: estabelecendo uma regra que tem aplicação tanto no âmbito do direito contra-ordenacional — contra-ordenação grave (art. 145º, nº 1, al. l) ou contra-ordenação muito grave (art. 146º, al. j) —, como em sede de direito processual penal — pois da conduta pode resultar um comportamento que consubstancia o crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (art. 292º do CP) —, e não constando tal matéria da Lei de autorização legislativa nº 53/2004, de 04 de Novembro, mais uma vez, o legislador feriu o diploma de inconstitucionalidade orgânica por violação do disposto na al. c) do nº 1 do art. 165º da Constituição da República Portuguesa. Foi o que decidiu o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 485/2011[553]. Com efeito, a Lei de Autorização Legislativa nº 53/2004, de

[552] O mencionado art. 153º do CE estabelece o regime de fiscalização da condução sob o efeito de álcool ou substâncias psicotrópicas: «1. O exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por autoridade ou agente de autoridade mediante a utilização de aparelho aprovado para o efeito. 2. Se o resultado previsto no número anterior for positivo, a autoridade ou agente de autoridade deve notificar o examinando, por escrito, ou, se tal não for possível, verbalmente, daquele resultado, das sanções legais dele decorrentes, de que pode, de imediato requerer a realização da contraprova e de que deve suportar todas as despesas originadas por esta contraprova no caso de resultado positivo. (Foi dada nova redacção a este número pela Lei nº 72/2013, de 03 de Setembro. A alteração reside essencialmente na actual al. c) que acrescenta ser o resultado da contraprova prevalecente sobre o resultado da prova inicial). 3. A contraprova referida no número anterior deve ser realizada por um dos seguintes meios, de acordo com a vontade do examinando: a) novo exame, a efectuar através de aparelho aprovado; b) análise de sangue. 4. No caso de opção pelo novo exame previsto na alínea a) do número anterior, o examinando deve ser, de imediato, a ele sujeito e, se necessário, conduzido a local onde o referido exame possa ser efectuado. 5. Se o examinando preferir a realização de uma análise de sangue, deve ser conduzido, o mais rapidamente possível, em estabelecimento oficial de saúde, a fim de ser colhida a quantidade de sangue necessária para o efeito. 6. O resultado da contraprova prevalece sempre sobre o resultado do exame inicial» (Também este número tem nova redacção dada pela Lei nº 72/2013, de 03 de Setembro, tendo sido eliminado o advérbio "sempre").

[553] Publicado no DR de 29 de Novembro de 2011. Apreciação da constitucionalidade nos termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva, na sequência de três juízos de inconstitucionalidade

04 de Novembro, no seu art. 3º, que expressa a extensão da dita autorização, enuncia os aspectos da disciplina jurídica das matérias sobre que podiam incidir as alterações a introduzir por força do exercício dos poderes delegados e é omissa no que respeita à matéria do valor probatório da contraprova[554].

IV. Atendendo à natureza e potencial danosidade dos crimes rodoviários ― de crimes contra a vida em sociedade se trata ― e podendo o grau de alcoolemia ser determinado pelo ar expirado, foi entendido ser este o procedimento a adoptar por ser o meio acessível menos gravoso, não exigindo uma intervenção corporal, ao contrário, do exame de sangue que é uma medida invasiva. Porém, a ponderação da virtual gravidade e perigosidade dos crimes em questão tem sido o grande argumento de política criminal fundamentador dos exames de sangue.

De outro lado, na defesa dos exames de sangue, tem-se vindo a entender que não se está perante um verdadeiro, real e efectivo meio de obtenção de prova para a investigação criminal, antes, sim, em face da imprescindibilidade da prevenção dos crimes rodoviários e suas catastróficas consequências, em que a actuação estatal está funcionalmente justificada. Ou seja, aqui a perspectiva primordial não é tanto a da pessoa envolvida no processo enquanto objecto de prova, mas a comprovada necessidade de o Estado conciliar, as vertentes de segurança, liberdade e justiça, em combinação com a função social do processo que visa a tranquila convivência comunitária e dotar a pretensão punitiva de eficácia. Digamos de outra forma: neste âmbito, o objectivo não é tanto a actividade probatória, de averiguação e de convencimento das autoridades da prática dos factos, mas antes, o estabelecimento de uma realidade fáctica que há-de ser apreciada e ajuizada, genuinamente motivada pelas regras da experiência comum que revelam altos números de sinistralidade, tantas vezes, com consequências graves e irreversíveis atingindo, entre outros bens jurídicos, a vida,

---

proferidos em sede de processos de fiscalização concreta, a saber, Acórdãos nºs 488/2009, 24/2010 e Decisão Sumária nº 394/2010.

[554] Neste Acórdão, Maria João Antunes votou vencida, invocando fundamentalmente o Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias psicotrópicas, aprovado pela Lei nº 18/2007, de 17 de Maio. Nesse voto de vencida diz a Conselheira: «estatui sobre o *valor probatório da contraprova*, quando no capítulo sobre a "avaliação do estado de influenciado pelo álcool" nada diz quanto à prevalência da prova ou da contraprova consubstanciada em exame de pesquisa de álcool no ar expirado. O silêncio da lei tem o sentido de afirmar a regra geral constante do artigo 127º do CPP (…). O que coloca a questão da revogação da "norma constante do artigo 153º, nº 6 do Código da Estrada, aprovada pelo DL nº 44/2005, de 23 de Fevereiro, na parte em que a contraprova respeita a crime de condução em estado de embriaguez e seja consubstanciada em exame de pesquisa de álcool no ar expirado" apreciada num processo que segue os termos de processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade».

a integridade física do próprio e de terceiros, bem como o património. Este fundamento argumentativo tem apoiado a orientação do nosso legislador. O modelo legislativo adoptado é fruto da ingerência do poder público impelido por motivações não de excesso de zelo ou paternalismo, mas resultado da convocação do juízo de ponderação de interesses e valores em colisão no uso dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade. A punição criminal pelo crime de perigo abstracto de condução em estado de embriaguez apresenta-se como sendo essencialmente preventiva, antecipando--se à produção de danos que podem, e a realidade factual assim o vem demonstrando, produzir lesões irreparáveis e de grande monta para o indivíduo em particular e para a comunidade em geral. Como afirmou o Tribunal Constitucional «o legislador intensificou a tutela dos bens jurídicos afetados pelo incremento do risco resultante da condução sob influência de tal substância» no sentido de evitar a condução por pessoas que «se encontrem em condições psicomotoras susceptíveis de propiciar um aumento do risco de produção de acidentes» [555].

9.3.3.2. A particularidade dos exames na legislação de combate à droga

O Decreto-lei nº 15/93, de 22 de Janeiro [556], emergente da aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, de 1988 [557], veio definir o regime jurídico aplicável em Portugal nesta matéria.

[555] Acórdão do TC nº 418/2013, Proc. nº 120/2011, de 15/07/2013. Neste Acórdão foi emitida declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral no sentido de considerar que a questão da possibilidade da análise ao sangue realizada para efeito de determinação da taxa de alcoolemia a condutor que tenha tido intervenção em acidente rodoviário, mesmo que se encontre inconsciente, não se situa no âmbito do princípio da proporcionalidade mas, antes, no contexto das normas harmonizadoras. A norma não constitui uma *restrição* à integridade física, ao direito à integridade pessoal, ou à reserva de intimidade, ou ao princípio da não auto-incriminação. No seu entendimento, trata-se de uma norma harmonizadora «através da qual o legislador ordinário procura cumprir não apenas o dever, que sobre si impende, de observar ou *não afetar* aqueles direitos (de que é titular, precisamente, o condutor de veículos) com aquele outro dever, que sobre si também impende, de *emitir normas que protejam de forma eficiente os direitos dos outros* (o direito à integridade física ou segurança dos outros)». Através da norma harmonizadora o Estado cumpre dois deveres simultaneamente – não afectação do exercício de determinados direitos e o dever de legislar protegendo o exercício de outros direitos. Esta harmonização está incluída no *âmbito de proteção de uma norma jusfundamental*, não chegando a «interferir no *âmbito de aplicação efectiva dos direitos* que nessas normas se consagram».

[556] Declaração de Rectificação nº 20/93, de 20 de Fevereiro, com rectificação da Declaração de Rectificação nº 20/93, de 20 de Fevereiro.

[557] Assinada e ratificada por Portugal – Resolução da Assembleia da República nº 29/91 e Decreto do Presidente da República nº 45/91, ambos publicados no DR de 06 de Setembro de 1991.

O art. 52º prevê a realização urgente de perícia médico-legal logo que, no decurso do inquérito ou da instrução, haja notícia de que o arguido, à data da prática dos factos que lhe são imputados, era toxicodependente, com vista à determinação desse estado. Os peritos pronunciam-se no sentido de descrever a natureza dos produtos consumidos, estado do arguido no momento da realização da perícia sobre os possíveis reflexos do consumo sobre o seu discernimento e sobre a sua vontade. Essa perícia médico-legal é ordenada pela entidade que presida à fase processual em referência, pelo que não tem de ser necessariamente precedida de despacho judicial e, se se mostrar adequado, pode ser ordenada a realização de análise de sangue ou de urina[558]. A Portaria nº 94/96, de 26 de Março, rectificada pela Declaração de Rectificação nº 11-H/96, de 29 de Junho, define os procedimentos de diagnóstico e dos exames periciais necessários à caracterização do estado de toxicodependência. Estabelece a diferenciação entre procedimentos de diagnóstico e a intervenção dos serviços médico-legais, dos serviços de saúde especializados e de médicos na realização de perícias e de exames médicos e no tratamento de toxicodependentes periciais necessários à caracterização do estado de toxicodependência[559]. Para os efeitos da perícia prevista no artigo 52.º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, os procedimentos de diagnóstico e os exames periciais visam determinar o eventual estado de toxicodependência do arguido, a natureza dos produtos por si consumidos, o estado deste no momento da sua realização e os eventuais reflexos do consumo na capacidade do arguido para avaliar a ilicitude dos seus actos ou para se determinar de acordo com a avaliação feita.

Indica que os exames periciais devem contemplar a recolha da história pessoal e familiar do visado, recolha da sua situação actual e da história clínica, exame objectivo que abrange a apresentação e o exame físico e psiquiátrico, e quando necessários, exames complementares toxicológicos ao sangue, à urina ou a outros produtos biológicos, e ainda, os serológicos e psicológicos.

No caso de haver indícios de ocultação ou transporte no corpo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e pode proceder-se a perícia nos termos do disposto no art. 53º. Para o efeito, a pessoa pode ser conduzida a hospital ou a outro

[558] Por remissão do art. 52º, nº 3 (Perícia médico-legal) para o nº 4 do art. 43º (Exame médico a consumidores habituais).

[559] Esta Portaria tem por objecto definir os procedimentos de diagnóstico e dos exames periciais necessários à caracterização do eventual estado de toxicodependência da pessoa a eles sujeita, o modo de intervenção dos serviços de saúde especializados nos serviços de apoio às autoridades policiais e judiciárias e os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações, de consumo mais frequente, constantes das tabelas I a IV do DL nº 15/93, de 22 de Janeiro.

estabelecimento adequado aí devendo permanecer o tempo estritamente necessário à sua realização. Sem prejuízo do estabelecido para a realização da perícia médico-legal urgente, a revista ou a perícia estão dependentes do consentimento do visado e, na sua falta, é imprescindível a autorização da autoridade judiciária competente, devendo, sempre que possível, presidir à referida diligência. Pelo que, no âmbito do combate à droga, poderá ser o Ministério Público a entidade competente para ordenar estas diligências na ausência de consentimento do visado, ao contrário do regime geral consagrado no Código de Processo Penal, nos arts. 154º, nº 3 e 172º, nº 2.

Caso o arguido seja considerado toxicodependente nos termos do art. 52º e o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, pode o juiz impor-lhe como medida de coacção a obrigação de tratamento em estabelecimento adequado, onde deve apresentar-se no prazo que lhe for fixado, conforme preceitua o art. 55º, nº 1[560].

A recusa de sujeição à revista ou perícia autorizada por autoridade judiciária competente, após advertência das consequências penais do acto, constitui ilícito criminal, punível com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias[561]. Esta disciplina legal mantém-se em virtude de a Lei nº 48/2007, que aprovou as alterações ao Código de Processo Penal, ter revogado, no seu art. 5º, apenas o art. 54º[562] do citado Decreto-Lei nº 15/93, permanecendo inalterado o disposto no normativo que acabámos de referenciar.

Por outro lado, ainda que o consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas tenha sido descriminalizado com a Lei nº 30/2000 de 29 de Novembro, a verdade é que o problema subsiste na medida em que o ilícito se transformou em contra-ordenação, portanto, também direito sancionatório, onde o resultado da análise poderá servir à aplicação da respectiva sanção.

Cremos que a *desnecessidade de intervenção judicial* nesta área de criminalidade foi intencional: visou facultar meios de acção na investigação do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas onde surgem com frequência casos de ocultação e transporte no corpo humano das ditas substâncias — os vulgarmente

[560] A obrigação de tratamento é comunicada ao estabelecimento em referência, sendo que o apoio dos serviços do Instituto de Reinserção Social para acompanhamento do arguido toxicodependente pode ser solicitado pelo juiz. O arguido deve proceder à comprovação do cumprimento da obrigação. O programa de tratamento da toxicodependência não deverá ser interrompido pela imposição da prisão preventiva, salvo se existirem, em concreto, necessidades cautelares de especial relevância, caso em que terá que ser executada em zona apropriada do estabelecimento prisional.

[561] Incriminação prevista no nº 4 do art. 53º.

[562] Relativo aos pressupostos da prisão preventiva nesta área de criminalidade.

designados "correios de droga" —, conferindo, deste modo, mais um meio de combate a este tipo de criminalidade que "invade, contamina e corrompe as estruturas do Estado, as actividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis"[563].

10. Exames – Medidas de coacção?

I. O princípio da presunção da inocência impõe que o processo penal trate o arguido como um sujeito de direitos, direitos que só devem ser restringidos na medida do estritamente necessário para salvaguardar outros. As suas lesões, supressões e limitações devem confinar-se ao carácter de transitoriedade, de reversibilidade e de suportabilidade até porque não se nega que a simples existência de um processo-crime cria, só por si, um determinado grau de sofrimento no indivíduo que dele é objecto[564].

O Livro IV do Código de Processo Penal, dedicado às medidas de coacção e de garantia patrimonial, procura encontrar caminhos para a concretização dos fins do processo penal, tentando alcançar a eficácia na administração da justiça penal sem nunca descurar o princípio da presunção de inocência do arguido e respectivo estatuto processual. Medidas que, ora restringem a liberdade pessoal, ora limitam a liberdade patrimonial do arguido, com vista a assegurar as finalidades subjacentes ao processo criminal: garantir o seu bom e regular desenvolvimento e assegurar a normal execução de uma decisão justa[565].

É exactamente pelas consequências que delas podem derivar e pela consequente necessidade de que seja assegurada a sua legalidade e proporcionalidade que se impõe a

[563] Conforme se lê na parte preambular do DL nº 15/93, de 22 de Janeiro.
[564] Como expõe José Manuel Damião da Cunha sobre o acto de constituição de arguido «(…) implica que o arguido não possa ignorar a existência de um processo que contra ele foi movido (e, por tal facto, está obrigado a suportar os "incómodos" que daí derivam)», *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Universidade Católica, 2002, p. 342.
[565] Atentemos nas palavras de Germano Marques da Silva sobre as finalidades das medidas de coacção e de garantia patrimonial: «(…) têm por fim acautelar a eficácia do procedimento, quer quanto ao seu desenvolvimento, quer quanto à execução das decisões condenatórias». E sublinha que o CPP «prevê outras providências processuais cautelares e de coacção mas que têm finalidades diversas das denominadas medidas de coacção e de garantia patrimonial», entre as quais se contam «providências cautelares em matéria de prova (arts. 171º, 173º e 249º), de coacção para identificação de suspeitos (250º, nº 6), e cautelares e de coacção, como sucede com a detenção (254º). Todas estas providências podem também limitar a liberdade das pessoas, arguidos ou não, mas não têm como finalidades as indicadas para as medidas de coacção e de garantia patrimonial. É a finalidade processual que as distingue», *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 286.

aplicação exclusivamente por despacho judicial[566] (art. 194º, nº 1 do CPP), com excepção do termo de identidade e residência. É também por isso que a sua aplicação depende da prévia constituição como arguido da pessoa que delas for objecto (art. 192º, nº 1 do CPP).

As medidas de coacção são assim designadas porque constrangem o arguido a uma acção ou omissão imposta pelo Estado em função *de exigências processuais de natureza cautelar*[567]. Por razões atinentes à particularidade e especificidade do termo de identidade e residência, excluímo-lo do âmbito da nossa discussão, centrando a atenção nas demais medidas de coacção.

II. Trata-se de medidas preventivas que, de uma forma ou de outra, mais ou menos intensa, cerceiam a liberdade dos cidadãos, cuja aplicação pode ter lugar ao longo do procedimento criminal, com o limite do trânsito em julgado da decisão definitiva, sempre com vista a assegurar exclusivamente finalidades de natureza cautelar. Queremos com isto dizer que, em caso algum, uma medida de coacção poderá ser aplicada como forma de antecipação de uma condenação ou de adiantamento da aplicação da respectiva sanção criminal, nem pode ser tida como presunção de culpabilidade de quem a ela é sujeita.

A sua aplicação está sujeita à observância da *pericula libertatis* contida no art. 204º do Código de Processo Penal e do *fumus comissi delicti*, em face do acervo probatório existente e visa: (a) acautelar perigo de fuga ou evitar a fuga[568] — perigo concreto de fuga baseado em provas que o demonstrem e não circunscrito a fundamentações abstractas como a gravidade do crime, a capacidade de movimentação proveniente da profissão ou estatuto social, económico ou financeiro do visado; (b) obviar a manobras que impossibilitem ou dificultem a descoberta da verdade no decurso do inquérito ou da instrução do processo[569], através da destruição ou eliminação de

[566] «Um "acto de reserva de juiz" e não uma sentença de Tribunal», não correspondente «a actos de jurisdição plena», como explica José Manuel Damião da Cunha, «Breves notas acerca do regime de impugnação de decisões sobre medidas de coacção», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, nº 2, Abr./Jun. 2009, pp. 320 e 325, respectivamente. Aqui o juiz não aplica o direito penal no caso concreto, é convocado a interferir por razões de acautelamento da liberdade do arguido que pode ser posta em causa por motivos de índole meramente processual.

[567] Como explicita o nº 1 do art. 191º do CPP.

[568] No CPP de 1929 o perigo de fuga, mas não a fuga, fundamentava a aplicação da prisão preventiva, não sendo suficientes as medidas de liberdade provisória (art. 291º, § 2º, al. a).

[569] "Instrução do processo" em sentido lato, como sinónimo de "recolha e produção de prova no processo" em todas as suas fases, desde o inquérito ao recurso. Assim, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 298.

meios de prova, fabricação de falsos meios de prova, intimidação de testemunhas, ou outros análogos, e nunca para efeito de obrigar o arguido a colaborar para a descoberta da verdade ou a impedir o exercício do seu direito de defesa, devendo sempre encontrar-se o ponto óptimo de equilíbrio entre os interesses da investigação e as garantias de defesa do arguido (perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova); ou (c) prevenir a continuação da actividade criminosa — de crimes da mesma espécie ou natureza — ou prevenir a perturbação *grave*[570] da ordem e tranquilidade pública imputável ao arguido, atenta a natureza e circunstâncias do crime ou a sua personalidade. Todos estes requisitos devem ser aferidos por referência ao momento da aplicação da medida[571].

O *fumus comissi delicti* provém da existência de fundadas razões para crer que aquele que vai ser submetido a tais medidas praticou um crime. Várias normas do Código de Processo Penal nos levam a assim interpretar:

— são as condições gerais de aplicação previstas no art. 192º: *prévia constituição de arguido*[572] *e fundados motivos para crer na inexistência de causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal*;

— é a *proporcionalidade em relação à gravidade do crime e às sanções previsivelmente a aplicar* (art. 193º);

— é o conteúdo mínimo do despacho judicial com a descrição dos factos concretamente *imputados* ao arguido (art. 194º, nº 6);

— é a *determinação da pena* nos termos do art. 195º;

---

[570] A gravidade da perturbação da ordem e da tranquilidade pública passou a ser uma exigência com a redacção dada pela Lei º 48/2007 ao art. 204º do CPP. Atente-se na crítica formulada por Vítor Sérgio Sequinho dos Santos, «Medidas de coacção», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 9 (especial), 2008, p. 131: «Exigindo-se agora, de forma clara, que haja perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas *devido a um previsível comportamento futuro do arguido*, não compreendo a exigência de que essa hipotética perturbação seja *grave*. (…) não me parece razoável que não se possa aplicar uma medida de coacção diversa do TIR com fundamento neste pressuposto quando for previsível que o arguido venha, no futuro, a perturbar a ordem e a tranquilidade públicas de forma "não grave" — e note-se que "não grave" não é sinónimo de "ligeira" ou "insignificante"».

[571] Assim é desde a entrada em vigor da Lei nº 48/2007, pois até então ainda se discutia a possibilidade de aplicação de uma medida de coacção atendendo aos requisitos legais não verificados no imediato, mas que eram de verificação previsível, para surtir efeito posteriormente, como que por antecipação (por exemplo, decretar a prisão preventiva de alguém que se encontra em cumprimento de pena, para, produzir efeitos finda a execução da sanção). Conforme avança José Manuel Damião da Cunha, «Breves notas acerca do regime de impugnação de decisões sobre medidas de coacção», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, nº 2, Abr./Jun. 2009, pp. 320 e 323, a ideia de *actualidade* da decisão é imprescindível ao juízo de necessidade e adequação da medida a decretar de modo a que exista «um nexo de imediação temporal» entre a sua aplicação e os fundamentos que lhe subjazem.

[572] Note-se que desde a redacção de 2007, o art. 58º do CPP exige, para a obrigatoriedade de constituição de arguido, que corra inquérito contra pessoa determinada e sobre esta haja suspeita fundada da prática de crime.

— é a *imputação* do crime a que se referem os arts 197º, 198º e 199º;

— é a existência de *fortes indícios da prática de crime doloso* a que se reportam os arts. 200º, 201º e 202º.

Tudo a apontar que, no momento da aplicação da medida de coacção existe, no mínimo, um manancial probatório no sentido de indicar que tais provas, a manterem-se em sede de julgamento, darão lugar, com alguma probabilidade, à aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança. Que é coisa diferente de presunção de culpa. Tanto assim é que, caso subsistam dúvidas sobre a existência de causas de extinção da responsabilidade criminal ou sobre causas excludentes da ilicitude ou da culpa, não deverá ser aplicada nenhuma medida de coacção. Não é o que resulta de uma interpretação literal do disposto no nº 2 do art. 192º, mas é a interpretação compaginável com um processo penal dotado das garantias próprias de um Estado de direito democrático centrado na dignidade da pessoa humana[573].

Tal como já tivemos oportunidade de referir, o princípio da presunção da inocência do arguido afirma-se ao longo de todo o procedimento e, portanto, também no que concerne aos termos gerais e condições particulares de aplicabilidade de tais medidas «impondo que não sejam aplicadas senão nos estritos limites das necessidades processuais, que têm por função satisfazer, e que sejam adequadas às exigências cautelares que o caso requer»[574]. Reiteramos e sublinhamos: que sejam adequadas às exigências cautelares que o caso requer. Avança Germano Marques da Silva: «Qualquer desvio na utilização dessas medidas, nomeadamente como antecipação da pena ou para coagir o arguido a colaborar na investigação, é incompatível com o princípio da presunção de inocência»[575]. Estão, assim, sujeitas aos princípios da legalidade ou tipicidade, da adequação, da necessidade e proporcionalidade, ao que acresce o princípio da subsidiariedade e excepcionalidade no que respeita à específica obrigação de permanência na habitação e à prisão preventiva[576].

III. Um dos direitos que assiste ao arguido é o de ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução criminal sempre que estes devam tomar qualquer decisão que

[573] Ver neste sentido, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 294.
[574] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 289.
[575] *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 289.
[576] Veja-se uma resenha histórica das medidas de coacção e, sobretudo, da prisão preventiva, desde as Ordenações Afonsinas até ao CPP de 1987, em Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, pp. 316 a 323.

pessoalmente o afecte (art. 61º, nº 1, al. b). Para que a aplicação de uma medida de coacção estivesse sujeita ao princípio do contraditório, deveria ser «precedida, sempre que possível e conveniente, de audição do arguido», assim estabelecia o nº 2 do art. 194º na redacção anterior a 2007, sendo que agora o actual nº 4 determina que, com excepção do termo de identidade e residência, a aplicação destas medidas «é precedida de audição do arguido, ressalvados os casos de impossibilidade devidamente fundamentada», remetendo para o disposto no nº 4 do art. 141º no que se refere à audição que, por sua vez, indica as informações que devem ser transmitidas ao arguido no primeiro interrogatório judicial de arguido detido. Esta alteração legislativa permite agora ao arguido um conhecimento mais pormenorizado dos elementos de facto que dão lugar à aplicação da medida de coacção, cuja falta se traduz no vício de nulidade insanável — descrição dos factos que concretamente lhe são imputados, circunstâncias de tempo, modo e lugar; enunciação dos elementos processuais que indiciam os factos imputados; respectiva qualificação jurídica; referência expressa aos factos constitutivos dos requisitos da concreta medida de coacção, incluindo os dos artigos 193º e 204º do CPP —, condição necessária de um efectivo exercício do contraditório por parte do arguido, querendo. Não era esta a postura do legislador até 2007. O nº 3 do art. 194º apenas previa que do despacho judicial constasse a enunciação dos motivos de facto da decisão[577]. A audição do arguido deverá ser presencial independentemente da maior ou menor gravidade da medida a aplicar, corolário do princípio da imediatividade.

IV. E no que aos exames corporais diz respeito, podem ser considerados como verdadeiras medidas de coacção?

Os exames corporais da pessoa, segundo Jorge de Figueiredo Dias, são «verdadeiros meios de coacção processual»[578] — meios de coacção ou de segurança processual, na terminologia de grande parte da doutrina alemã —, por isso, o Autor

[577] Sobre o exercício do contraditório neste âmbito, rebatendo ou aceitando os factos que são imputados ao arguido, cfr. Germano Marques da Silva, «Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 1371 ss., que preconiza a "defesa substancial". Esta pressupõe necessariamente esclarecimento cabal sobre os factos que são imputados ao arguido e tempo e oportunidade para que este possa, querendo, reunir elementos de prova refutando tais factos; Nuno Brandão, «Medidas de coacção: o procedimento de aplicação na revisão do Código de Processo Penal» *Revista de CEJ*, 1º semestre, nº 9 (especial), 2009, pp. 77 ss.; Maria João Antunes, «O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1261.

[578] *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2004, p. 439.

condiciona a sua admissibilidade aos mesmos termos dos previstos para a prisão preventiva.

Vejamos se os exames podem ser pensados numa referência intrinsecamente relacionada com as medidas de coacção.

10.1. O critério da espécie e do género

I. A aplicação das medidas de coacção reclama (quase) sempre a invasão da esfera pessoal, mormente, da liberdade individual para que o processo penal e os seus procedimentos sejam exequíveis. A prisão preventiva, a mais gravosa, é, no nosso ordenamento jurídico, uma medida cautelar e uma medida de coacção. Medida cautelar porque visa acautelar algo, a saber, evitar a destruição de provas, a continuação da actividade criminosa ou a fuga e consequente subtracção à justiça. Medida de coacção porque constrange o arguido a uma acção ou omissão imposta pelo Estado. Desde logo, impõe-lhe a restrição da sua liberdade de movimentos, através do controlo da pessoa presa a todas as horas do dia, durante todos os dias enquanto durar o período da privação da liberdade, no caso da mais gravosa de todas.

Esta matéria das medidas de coacção está conexionada com o estatuto processual do arguido, com os direitos de defesa e com a compatibilização destes com o princípio da presunção da inocência. De resto, anteriormente à Constituição de 1976, já Jorge de Figueiredo Dias, afirmava os grandes princípios a que deviam obedecer as medidas de coacção — necessidade, legalidade e subsidiariedade[579]. Assim, uma medida de coacção só deverá ser utilizada "quando absolutamente necessária", "típica" e "quando não possa ser substituída, sem inconvenientes graves para a prossecução do interesse processual que visa realizar, por outra medida menos gravosa para a liberdade do arguido". E de forma a compatibilizar as medidas coactivas com o princípio da presunção da inocência, o Autor propôs a aplicação só das medidas que «ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente»[580], o que poderá acontecer.

[579] *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, pp. 436 e 437.
[580] «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 26 e 27.

Os exames corporais da pessoa — tomando aqui o exame como termo polissémico abarcando o exame *strito sensu* e as correspectivas perícias — não são identificáveis com a figura jurídica das medidas de coacção, pelos motivos que passamos a indicar.

Integrando a mesma espécie, dado que, quer o regime legal das medidas de coacção, quer o regime legal dos exames enquanto meio de obtenção de prova, impõem obrigações que impendem sobre o arguido, são de géneros diferentes. Vemo-los como categorias onde se verifica apenas uma determinada correlação.

II. Sabendo que os elementos literal e sistemático na hermenêutica jurídica, em sede de direitos fundamentais — sendo, afinal, disso que aqui se trata — não são os preponderantes, ainda assim, não os ignoraremos. Em local próprio — Livro IV — o Código de Processo Penal contém inúmeras disposições sobre as medidas de coacção e de garantia patrimonial. Inicia com a enunciação do princípio da legalidade das medidas de coacção, consagrando, nem mais nem menos, o que resulta da Constituição (arts. 27º, 28º e al. c) do nº 1 do art. 165º), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 5º) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. 9º e 17º, nº 2). Ou seja, a liberdade dos cidadãos só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei, segundo o art. 191º do Código de Processo Penal, não sendo admitida qualquer forma híbrida, «um *mixtum compositum* inovador de duas diversas medidas típicas»[581]. E a norma, para dissipar quaisquer dúvidas, esclarece que a obrigação de identificação de suspeito e pedido de informações pela autoridade competente, nos termos e com os efeitos previstos no art. 250º, não se considera medida de coacção quando, não esqueçamos, os órgãos de polícia criminal podem conduzir o suspeito ao posto policial e compeli-lo a ali permanecer pelo tempo estritamente indispensável à identificação, embora por período nunca superior a seis horas, realizando ao identificando, se for necessário, provas dactiloscópicas, fotográficas ou outras de natureza análoga.

Dito de outra forma, o Código de Processo Penal, no art. 191º, expressa o seguinte: que a liberdade das pessoas só pode ser limitada, no todo ou em parte, pelas

[581] Como lhe chama Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 542, nota 2.

medidas de coacção previstas na lei (no presente Livro IV) em função de exigências processuais de natureza cautelar. E que as outras medidas nele previstas, também cerceadoras da liberdade dos cidadãos, não constituirão medidas de coacção. Depois, o Código de Processo Penal define as condições gerais de aplicabilidade das medidas de coacção e os pressupostos específicos de cada uma delas. Atentemos, em especial, na necessidade de prévia constituição de arguido prevista no nº 1 do art. 192º.

No Livro I, Título III — Do arguido e do seu defensor — o art. 61º, nº 2, al. d) preceitua os deveres do arguido, recaindo sobre ele, em especial, a obrigação de *sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas por entidade competente*.

Neste normativo, o legislador parece ligar as diligências de prova com a aplicação das medidas de coacção. Contudo, a norma preceitua dois deveres distintos, que visam alcançar finalidades diversas, embora conectados por elementos comuns: de um lado, a observância do princípio da legalidade e tipicidade e, de outro, a dependência de autorização ou ordenação por entidade com competência para tal.

O que reconduz o estabelecimento da distinção entre ambas as figuras, conforme já atrás referimos, à «finalidade processual que as distingue»[582].

10.2. O critério da eficácia e o critério da eficiência

Por outro lado, a noção de eficácia ou efectividade, enquanto princípio jurídico de direito público e a noção de eficiência auxiliam a compreensão das duas figuras jurídicas.

As exigências processuais de natureza cautelar e preventiva que o caso requer, fundamentadoras da aplicação de medidas de coacção ao arguido, visam a eficácia do andamento e da marcha do processo e da execução das eventuais decisões condenatórias, por outras palavras, visam a *protecção da marcha processual* e *evitar o risco de frustração processual*[583]. Assim sendo, relevante é a relação objectivo/fim. O que

[582] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 286.
[583] A que se refere Virgínia Pujadas Tortosa, *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 57 ss., como sendo aquele risco «cuja materialização impossibilita a válida prossecução do processo e a realização do seu fim essencial» (p. 60).

importa é "fazer" de forma a alcançar os resultados que são pretendidos e convocados pela finalidade última do processo penal: a realização da justiça no caso concreto.

É, conforme vamos demonstrar, uma questão que se coloca a jusante da disciplina legal do procedimento probatório.

O processo penal tem uma estrutura definida a fim da obtenção do desejável, solidário e harmónico equilíbrio comunitário. A sua construção combina um conjunto de forças, elementos ou partes que, embora com a sua autonomia, formam uma globalidade coesa. A compreensão do todo implica uma rigorosa interconexão dos vários elementos vitais. Não existe processo penal sem indícios da prática de uma infracção criminal, não há acusação sem indícios suficientes do cometimento de um crime, e muito menos, haverá condenação sem provas bastantes que o demonstrem ou pena sem convencimento da culpabilidade. Neste sentido, na prossecução das finalidades específicas do processo penal, é de fundamental importância a matéria probatória, o objecto da prova, as fontes de prova, a legalidade da prova, a admissibilidade da prova, as proibições de prova, os métodos proibidos. E nesta sede, é vital a eficiência — *fazer bem* — «um conceito relacional entre meios e fins»[584], atendendo à qualidade do resultado obtido. Como facilmente se intuirá, nunca se conseguirá atingir a finalidade última do processo penal, ainda que de permeio se utilizem medidas cautelares (medidas de coacção) assegurando o bom andamento da marcha processual, se o procedimento probatório não for orientado por uma concepção prévia de construção e validade da prova. Esta visa a protecção do sujeito processual arguido enquanto sujeito do processo. E aqui reside a diferença.

Com efeito, por apelo de exigências cautelares, a liberdade pessoal ou de disposição patrimonial das pessoas pode ser limitada, mas, para tanto, é necessária a prévia constituição de arguido. Este só assumirá tal estatuto perante a suspeita fundada da prática de um crime. Por sua vez, esta conclusão será extraída de um conjunto de meios de obtenção de prova e de meios de prova admitidos e reconhecidos como válidos materialmente num Estado de Direito democrático. De resto, não é em vão que o

[584] Cláudia Viana, «O princípio da eficiência: a eficiente eficácia da administração pública», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, p. 301. Não tem consagração constitucional, todavia, encontramo-lo no art. 10º do Código de Procedimento Administrativo. Não obstante, será um princípio a ponderar pois que o exercício da acção criminal implica custos para a esfera da liberdade dos cidadãos, por vezes bem elevados. Andreia Sofia P. Oliveira fá-lo coincidir com o princípio da proibição de excesso, «garantindo protecção aos bens jurídicos constitucionais e convocando para essa protecção recursos na *justa medida*», *in* «Eficiência e Constituição», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, p. 299.

Código de Processo Penal exige, no art. 193º, que as medidas de coacção a aplicar em concreto sejam proporcionais à gravidade da infracção criminal imputada e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas a final. Esta ponderação não pode ser realizada senão através da matéria probatória e das regras a ela atinentes.

10.3. O critério da construção das finalidades implícitas

As normas definidoras da permissividade e relevância da prova têm uma única finalidade: dignificação do processo penal ao lado da intangibilidade do núcleo essencial do ser humano; por outras palavras, evitar a funcionalização do indivíduo ao serviço dos interesses do processo penal, um sujeito que se presume inocente. Não podemos esquecer que o princípio da presunção de inocência, para além de outras decifrações, se traduz numa regra de tratamento do arguido no decurso do procedimento criminal, conforme já atrás tivemos oportunidade de referenciar, que impõe ao Estado modos, formas e regras de razoabilidade na sua intervenção.

Como se vê, o segmento da matéria probatória está situado ontológica e cronologicamente antes das preocupações de natureza cautelar. A questão da prova é «o pilar estruturante de qualquer processo»[585], é a fonte da vida do processo penal que surge como questão prévia da aplicabilidade de qualquer medida de coacção, como tema que antecede as razões práticas cautelares do processo. A sujeição a diligências de prova por parte do arguido, entre as quais se contam os exames e as provas periciais, é limitada e restringida por um conjunto de princípios e normas que valorizam o indivíduo enquanto *sujeito*, sob pena de se tornar caótica, e está a montante das medidas de coacção. Enquanto as medidas de coacção cumprem o propósito de satisfação dos interesses da pertinência da operatividade processual e estão ao serviço de interesses de natureza procedimental, as normas respeitantes às diligências de prova a que se encontra obrigado o arguido visam a protecção da esfera pessoal deste sujeito processual. Por outras palavras, nas primeiras o objecto e o objectivo é o procedimento criminal em si mesmo, nas segundas, o objecto e o objectivo é o homem-pessoa na qualidade de sujeito processual arguido.

[585] Usando a terminologia de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, *A prova do crime. Meios legais para a sua obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 124.

11. Exames e prova de ADN

11.1. Vantagens e inconvenientes da prova de ADN

I. Desde meados da década de oitenta que a actividade probatória processual penal tem vindo a ser aliciada pelas técnicas de investigação e de pesquisa criminal de ponta, mercê dos avanços científicos e tecnológicos disponíveis. A sofisticação destes instrumentos tem o dom de nos deslumbrar pela sua capacidade de resposta pronta, rigorosa e exacta por dar acesso aos mais altos padrões de evidência em matéria de prova criminal.

A ciência garante que os testes genéticos a partir da qualidade da amostra biológica recolhida — muito mais relevante do que a quantidade — constituem o meio de prova mais seguro para fins de identificação de uma pessoa, suplantando em muito a capacidade probatória dos meros exames de sangue[586]. A pretensão punitiva conta com um instrumento de identificação do autor da infracção criminal que estabelece a «identidade de um indivíduo, sendo esta um comjunto de carateres que o individualizam»[587]. A conclusão pericial de que matérias biológicas como cabelo, sangue, saliva, esperma, urina, pele, unhas, ossos, entre outros[588], tantas vezes em quantidades ínfimas, algumas delas completamente imperceptíveis à vista desarmada, encontrados no local do crime ou em objectos de alguém, pertencem a uma determinada pessoa, é antes de mais, atractiva, por parecer resolver de forma inquestionável o problema da identificação do responsável e, paralelamente, garantir a segurança e o bem-estar da população em geral. E pode mesmo resolver, mas tanto permite atribuir a autoria de uma infracção criminal a uma pessoa, como eliminar alguém da cena do crime[589] [590]. São os poderes da ciência. Daí a geral e especial empatia com as novas

[586] Neste sentido, Guilherme Freire Falcão de Oliveira, «Implicações jurídicas do conhecimento do genoma», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3860, Ano 128, 1996, p. 327. Recordamos que os exames hematológicos, tão utilizados na identificação de autores de crimes, não obstante o seu rigor, apresentavam e apresentam dificuldades que se não colocam em sede de ADN. Desde logo, por ser necessária uma quantidade considerável de sangue e em bom estado de conservação pois é rápida e facilmente degradável. Este é certamente um dos motivos da rendição às novas metodologias ligadas ao ADN no sector da investigação criminal.

[587] Maria de Fátima Pinheiro, «Identificação individual – dactiloscopia e genética forense», *Revista de Direito Maia Jurídica*, Ano VI, nº 2, Jun./Dez., 2008, p. 40.

[588] Este tipo de marcadores dá mais informação que os clássicos marcadores que se limitavam às células em que as proteínas são expressas e são mais resistentes.

[589] A este título, veja-se o caso de O. J. Simpson relatado por António Gama, «Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, nº 3, Jul./Set. 2009, p. 413: «a conclusão laboratorial de que o

técnicas de investigação criminal. Contudo, estamos longe de obter na prática resultados ultra-rápidos e inabaláveis, ao contrário do que se vem assistindo na ficção cinematográfica[591].

A ilusão de que a tecnologia resolve tudo e a necessidade de controlar a actividade criminosa permitem que, invocados os legítimos interesses públicos da pretensão punitiva, os Estados vão colocando ao serviço da administração da justiça criminal novas formas de obtenção de meios de prova e novos meios de prova, bem como os modernos instrumentos de codificação de dados relativos ao ADN das pessoas. Colhe-se ADN no mais diversificado material biológico humano para, a seguir, ser analisado. A questão que imediatamente se coloca é a de determinar como valorar este meio de prova.

II. A prova de ADN parece ser a prova perfeita, no entanto, «o teste de ADN não condena ninguém; no máximo, revela a identidade da pessoa» [592], explicita a identificação do portador do ADN analisado[593], procede a uma individualização humana, com base na *scientific evidence* que está seguramente para além da mera opinião de um

---

sangue encontrado numa luva, no local do crime, pertencia ao réu, era irrefutável e incriminadora. Acontece que se suscitou a dúvida de que o sangue tivesse sido colhido noutra altura, conservado durante algum tempo, e colocado depois no local do crime para forjar a incriminação». A este caso, incidindo no aspecto da recolha e conservação das amostras biológicas, também se referem Luísa Neto, «Sobre a existência e utilização de uma base de dados genética em Portugal», *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 315 e Luca D'Auria, «Prova penale scientifica e "giusto processo"», *La giustizia penale*, Ano CIX, XLV da 7ª Série, Parte I, Jan. 2004, p. 31.

[590] Segundo relato noticioso do Jornal Expresso, em Janeiro de 2011, um texano, de 51 anos, Cornelius Dupree Jr., esteve preso em cumprimento de pena durante trinta anos. Os crimes por que foi julgado em 1980 — violação e roubo agravado de uma mulher de 26 anos — deram lugar a uma condenação de setenta e cinco anos. Após realização e divulgação de provas de ADN, foi comprovada a sua não participação nos crimes, pelo que a sentença foi anulada. Dupree é, segundo se conhece, até à data, um dos inocentes que mais tempo cumpriu pena indevidamente. Disponível em: http://aeiou.expresso.pt/eua-teste-de-adn-prova-inocencia-de-homem-preso-durante-30-anos=f623882 (acedido em 06 de Dezembro de 2011).

[591] «Trata-se de uma visão idealizada e irreal da ciência – a projecção de uma superciência, que cria expectativas irrealistas em relação à justiça, abrindo caminho para concepções de "superjustiça", nomeadamente pela criação de expectativas de conclusividade categórica em relação à prova de ADN e a modos rápidos e objectivos de obtenção da mesma», dizem Helena Machado e Susana Silva, «Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética», disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/8808/1/cap6.pdf, p. 156 (acedido em 27 de Janeiro de 2013).

[592] Joseph Pugliese, «Identity in question: a grammatology of DNA and forensic genetics», *International Journal for the semiotics of law*», 12, nº 4, 1999, p. 439. Aqui fala-se da identidade biológica ou identidade genética.

[593] Como expressa M. Ángeles Pérez Marín, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez. 2012, p. 155.

entendido na matéria[594]. Mas pode mesmo não ir para além de resultados de mera probabilidade nos casos em que os crimes são perpetrados em espaços por onde circulam muitas pessoas, o que faculta a sobreposição de vestígios e, ao mesmo tempo, dificulta a identificação do autor. Nestas circunstâncias, a conclusão da análise de ADN de uma pessoa não se resume mais do que à expressão "admite-se que tenha estado no local do crime".

Uma coisa é o *respeito pela verdade*, outra, distinta, é o *respeito à verdade*. A primeira afirma-se no plano probatório em sede criminal nas várias fases processuais, a segunda é o resultado da segurança científica dos meios probatórios utilizados com os atributos que lhe são conferidos pela tecnicidade, objectividade e neutralidade, para além de qualquer outro tipo de valoração.

Cremos que o Homem sempre aspirou a que a Ciência lhe resolvesse todos os problemas, que respondesse às questões mais preocupantes — entre as quais se conta a descoberta da verdade no âmbito da prossecução das finalidades criminais — e que superasse as suas dificuldades. O crescimento das novas técnicas ao serviço da investigação criminal e as modificações ocorridas no seio da comunidade científica deram lugar a novos modelos de investigação criminal mais complexificados e a uma estrutura probatória mais delicada no que toca ao homem e aos seus direitos fundamentais. É exactamente o que se passa com os exames relativos a material biológico humano, mais propriamente, com a recolha de ADN. E já que «não se pode "revogar" a modernização», temos de nos adaptar e tentar «conviver com ela»[595].

Acontece, porém, que o êxito do resultado destes exames pode sair comprometido por interferência de diversas variáveis. O aviso vem de vários lados: não tomemos o resultado dos exames de ADN como instrumento único e bastante do conhecimento probatório em matéria penal dado poderem enviesar a verdade conduzindo à lamentável condenação de um inocente[596].

III. Uma coisa é a fiabilidade dos exames realizados laboratorialmente, outra, distinta, é a tendência de sacralização dos resultados obtidos no laboratório que não são

[594] Conforme refere Ángel Carracedo, A. Salas e M. V. Lareu, do Instituto Universitário de Medicina Legal da Universidade de Santiago de Compostela, «Problemas y retos de futuro de la genética forense en el siglo XXI», *Cuadernos de medicina forense*, vol. 16, nº 1-2, 2010, p. 33, disponível em: http://scielo.isciii.es/pdf/cmf/v16n1-2/revision3.pdf (acedido em 23 de Março de 2012).
[595] Utilizando as palavras de Winfried Hassemer, *A segurança pública no Estado de Direito*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, p. 111.
[596] Veja-se Chiara Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009, p. 16.

insusceptíveis de falhas, erros ou incorrecções. Todo o mecanismo, iniciado com a recolha, passando pelo acondicionamento, pelo manuseamento e manipulação do material genético é feito por seres humanos que, conforme dizem as regras da razoabilidade da experiência comum, às vezes, falham. Um dos aspectos a ter em conta é, exactamente, a possibilidade de contaminação das amostras. Também não são de descurar os interesses económicos subjacentes ao uso das novas tecnologias, bem como o indispensável profissionalismo e controlo do nível técnico-científico dos laboratórios, pois só assim se assegurará a integridade, segurança e confiança deste tipo de provas, evitando-se falsos resultados que, nesta matéria, teriam consequências desastrosas. Daqui arranca a necessidade de padronização dos métodos de análise de ADN e da adopção de normas criminais tipificando os comportamentos que os violem. Seja dolosa, seja negligentemente, qualquer conduta levada a cabo por um profissional que induza falsos resultados atinge o bem jurídico supra-individual *boa administração da justiça*, e pode ter consequências tão nefastas como a de ser condição determinante para a condenação de uma pessoa inocente.

Acresce a estes receios a relativa facilidade de colocação no local do crime de vestígios biológicos de alguém que nada tem a ver com ele de modo a criar uma falsa suspeita ou a impedir ou dificultar a descoberta da verdade.

Não podemos deixar de ressalvar que as técnicas utilizadas no apuramento da verdade são falíveis. Não terá sido por acaso que a Comissão Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no Parecer 52/CNECV/07, sobre o Regime Jurídico da base de dados de perfis de ADN, na al. g), considerou que «o mito de infalibilidade ligado à análise do ADN induz um sentimento de falsa segurança nos seus resultados, podendo secundarizar outros processos mais fiáveis da investigação criminal». Também já vieram a público notícias dando conta que uma equipa de investigadores da Universidade de Aveiro conseguiu alterar o código genético de um ser vivo (um fungo)[597] e que era possível "fabricar laboratorialmente" amostras de ADN de uma pessoa, com sangue ou saliva de um dador. E caso se tivesse, neste circunstancialismo fáctico, acesso a um perfil numa base de dados de ADN, poder-se-ia "construir uma amostra de ADN" para combiná-la com esse perfil. Para além de que de um fio de cabelo ou de uma quantidade reduzida de saliva extraída, por exemplo, de um copo, se pode criar em laboratório uma amplificação da quantidade de ADN, através da técnica

[597] Disponível em: www.sapo.pt, na coluna "Actualidade" (acedido em 20 de Junho de 2013).

de amplificação de genoma total. Tudo evidenciando a complexidade da prova e dos meios da sua obtenção. O que bem demonstra que encontrar-se ADN de uma pessoa na cena do crime não prova a autoria do facto nem o seu grau de responsabilidade na prática do facto. Prova, quando muito, que o agente por ali passou, ou que ali esteve. E pode até nem sequer ter permanecido naquele local, basta que tenha tido contacto pessoal e próximo com a vítima ou com o autor da infracção. Ou nem tanto. Vejamos com um exemplo, seguindo o teorema de Bayes, que se baseia na *lei das probabilidades*: foi traçado o perfil genético a partir do vestígio de esperma deixado numa vítima de um crime de violação; esse perfil é muito raro e coincide com o do suspeito com uma probabilidade de 93%; vem, posteriormente, a apurar-se que o suspeito, à data da prática da infracção, estava preso em cumprimento de pena e que nunca se havia evadido do estabelecimento prisional. Por outro lado, há que atentar na probabilidade de uma qualquer outra pessoa coincidir com o perfil obtido; essa probabilidade é de 7%[598]. Isto pode suceder na realidade desde logo por um marcador ou alelo ser muito frequente numa determinada população, em certas nacionalidades ou etnias e muito raro noutras[599]. Os resultados finais serão interpretados com base em juízos de racionalidade probabilística de modo a acautelar interpretações erróneas ou resultados positivos por coincidência do acaso num determinado grupo populacional[600].

A estes perigos ainda se podem acrescentar riscos como o de se obter mais do que o desejável, ou seja, de o exame fornecer elementos de carácter pessoal para além dos indispensáveis dados de identificação do examinando. Bem como o risco da utilização, por parte das entidades responsáveis pela guarda das respectivas amostras, para fins diferentes dos da mera investigação criminal. E, ainda, o da discriminação proveniente da recolha e armazenamento de amostras por grupos ou sectores da

[598] B. Hoste, «La preuve par l'ADN dans les affaires criminelles: impact des résultats et calculs de probabilité», *Revue de droit pénal et de criminologie*, Ano 79, nº 5, Mai. 1999), pp. 612 e 613. São questões que se levantam também nas probabilidades de parentesco e de paternidade.

[599] Estes dados são armazenados anonimamente nos laboratórios e são catalogados internacionalmente, fornecendo características de populações de referência (como população europeia, africana, asiática e outras). Neste sentido fala-se da *identificação genética populacional*.

[600] Reforçando a necessidade do constante aperfeiçoamento dos métodos analíticos e da análise estatística dos resultados, Maria de Fátima Pinheiro, «Identificação individual – dactiloscopia e genética forense», *Revista de Direito Maia Jurídica*, Ano VI, nº 2, Jun./Dez., 2008, p. 41. Confrontar, ainda, Francesc Mestres Naval / Josep Vives-Rego, Josep, «La resolución de casos abiertos, exoneraciones y análisis familiares por medio de la genética avanzada. Aspectos forenses, sociales y éticos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, p. 14, disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc (acedido em 02 de Setembro de 2013).

população[601], ainda que ao abrigo da invocação de finalidades como o controlo da delinquência ou a prevenção da criminalidade, a preservação da paz e harmonia do grupo social. Todos eles constituem perigos que devem ser levados em consideração sob pena de a ciência transformar o homem em inimigo de si próprio a coberto das virtudes do avanço da técnica.

11.2. Prova de ADN, valor probatório e o papel do julgador

Partindo do pressuposto de que a amostra biológica foi recolhida em conformidade com a previsão legal, mediante despacho judicial fundamentado e que foi respeitado o princípio da proporcionalidade, depois de analisada, qual o seu valor probatório?

Assinala Etxeberría Guridi: «As possibilidades de identificação de uma pessoa através do seu ADN são superiores em grau superlativo às permitidas por qualquer outra técnica existente na actualidade»[602]. Já referimos que a prova de ADN se apresenta como sendo a prova perfeita e adequada em matéria criminal, uma prova científica despida de erros e deficiências — resultante de procedimentos científicos, realizada por pessoal competente especializado, em laboratórios autorizados e certificados para o efeito, com os recursos materiais adequados — e até o poderá ser se forem utilizados procedimentos cientificamente comprovados, metodologias válidas e reconhecidas internacionalmente, tecnologia apropriada e um rigoroso controlo de qualidade.

Aquando do desenvolvimento da prova de ADN, os cientistas forenses estabeleceram que a análise deveria recair sobre 13 regiões destacadas do ADN contido no cromossoma, ou *loci*, por serem as que maior variabilidade revelavam entre os indivíduos. Estes 13 *loci* eram usados nas respectivas análises a fim de garantir a consistência dos resultados.

---

[601] *V.g.* todos os indivíduos do sexo masculino de raça negra, todos os de naturalidade de determinada freguesia, todos os que exerçam uma certa profissão, todos os que padeçam de doenças do foro psiquiátrico, todos os moradores em habitação social, todos os suspeitos de certa tipologia de crimes, todos os imigrantes oriundos de um determinado país, etc. Esta forma de catalogação poderia fazer ressurgir teorias criminológicas bioantropológicas como a Lombrosiana. Esta amostragem pode permitir, em abstracto, definir tendências ou propensões individuais para a actividade criminosa ou para determinado tipo de crime.

[602] José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 326.

Mas não serve só para incriminar, para acusar ou para condenar, a designada s*cientific evidence* até serve, como a história judicial tem revelado, para demonstrar a injustiça de algumas condenações proferidas a partir de convicções erróneas. São várias as causas das condenações injustas: prova por reconhecimento sobretudo no que toca à identificação da raça, umas vezes associada a factores de discriminação racial, outras, devido a uma certa incapacidade que as pessoas têm de reconhecerem rostos de uma raça diferente da sua, segundo alguns estudos; uso inadequado ou incompleto da ciência forense em campos onde as técnicas forenses não fornecem respostas completas (testes hematológicos que pouco revelam a não ser o grupo sanguíneo, análise das marcas de sapatos, análise microscópica de cabelo); falsas confissões por motivos diversificados entre os quais se contam os meios pouco ortodoxos utilizados pelas autoridades policiais[603]; equivocados depoimentos, e outras vezes, ainda, excesso de zelo dos órgãos de polícia criminal e da acusação em nome da célere "resolução" do processo que têm a seu cargo. Registamos aqui o caso de Jeff Pierce, acusado e condenado numa pena de 65 anos de prisão, em Maio de 1985, no Estado da Florida, em Oklahoma, pela prática de um crime de violação. As provas que determinaram a sentença condenatória basearam-se na comparação de cabelos deixados no local do crime com os seus, através de análise microscópica e no reconhecimento fotográfico efectuado pela vítima. Jeff Pierce sempre alegou estar inocente. No dia 07 de Maio de 2001, depois de ter estado a cumprir pena de prisão durante catorze anos e meio, após resultado de análise de ADN ao sémen deixado nas peças de vestuário da vítima, realizada no Instituto de Pesquisa Serológico da Califórnia, foi libertado, por inexistência de coincidência. A análise de ADN serviu, neste caso, para revelar a existência de um erro judiciário crasso [604] , o que

[603] Por isso, o *Innocence Project* tem defendido a gravação audiovisual de todos os interrogatórios e da prova testemunhal.

[604] Muitas das libertações, arquivamentos e anulações de processos e absolvições tiveram na sua base o árduo trabalho da representação legal *pro bono* da organização sem fins lucrativos *Innocence Project*, de Idaho, do Professor Greg Hampikian, seu fundador. O trabalho desta organização tem-se estendido para além dos EUA, como Irlanda, Reino Unido, Itália e França. Disponível em: www.innocenceproject.org/ (acedido em 29 de Janeiro de 2013) onde se acede a uma listagem com centenas de nomes de pessoas, local e ano de condenação ou acusação e ano de arquivamento ou anulação do processo (http://www.innocenceproject.org/know/Browse-Profiles.php). Na data em que acedemos, a lista era composta por 302 casos, sendo o último, o de Bennie Starks, condenado em 1986 e libertado em 2013. A primeira vitória data de 1989. Dezoito destas 302 pessoas encontravam-se no corredor da morte. A idade média dos condenados injustamente, à data das condenações, é de 27 anos. Deles, 188 são afro--americanos, 86 caucasianos, 21 latinos, 2 asiático-americanos e 5 de raça desconhecida. Os verdadeiros perpetradores dos crimes foram descobertos em 146 destes casos. Em estudo realizado em 1995, no *National Institute of Justice Study*, que recaiu sobre um universo de 10.060 casos em que o exame foi realizado por laboratórios do FBI, cerca de 25% dos suspeitos foram afastados, durante a investigação, por via da realização de exames de ADN. Cerca de 65% das pessoas injustamente presas receberam

só foi possível dado existirem vestígios probatórios guardados, bem acondicionados e devidamente conservados.

11.2.1. Valor da prova pericial de ADN

I. O resultado do exame de ADN constitui um meio de prova para a formação da convicção do tribunal e para a descoberta da verdade — a prova pericial — cujo valor de *prova vinculada não absoluta* está estabelecido no art. 163º do Código de Processo Penal[605]. O tribunal não tem o poder de apreciar livremente a prova pericial que revela o conteúdo dos dados que são fornecidos pelo vestígio ou amostra biológica recolhida. O parecer pericial apresenta-se como uma força limitadora do exercício de apreciação da prova por parte do órgão decisor. Presume-se subtraído ao princípio da livre apreciação da prova do julgador o juízo técnico-científico do perito, mas caso haja divergência entre a convicção do julgador e o juízo contido no parecer científico, deve aquele fundamentar a sua discordância de forma racional, crítica e objectivável, tarefa que não é fácil dado que, para tanto, são necessários especiais e peculiares conhecimentos científicos e domínio de técnicas e práticas que escapam ao tribunal. Nestas circunstâncias de discrepância — seja a divergência conducente a uma convicção de

---

indemnização. Entre 2004 e 2010, o *Projecto Inocência* confrontou-se com 22% de casos encerrados devido a perda ou destruição de provas.
Casos como o de Calvin Johnson Jr. fazem-nos reflectir. Calvin Johnson Jr., apesar de sempre ter alegado a sua inocência e de os seus pais terem testemunhado no sentido de que ele, que com eles vivia, naquele dia e àquela hora se encontrar em casa, foi condenado a prisão perpétua, em 1983, na Geórgia, por violação de uma mulher branca. Entre problemas a nível de reconhecimento, passando por pormenores do depoimento da vítima (afirmou que o violador não tinha barba, quando, decorridos cinco dias sobre a data do cometimento do crime, C. Johnson foi detido e era portador de uma barba farta). Calvin Johnson foi libertado em 1999, depois de ter cumprido 16 anos de pena de prisão, porque a análise de ADN, com a colaboração do *Projecto Inocência*, demonstrou que, quer os cabelos, quer o esperma deixados no lençol da vítima lhe não pertenciam. Os vestígios ainda não tinham sido definitivamente destruídos, o que viabilizou o exame de ADN. Calvin Johnson acabou por publicar um livro com a sua história, intitulado "*Exit to Freedom*". Pormenores sobre este caso são relatados em http://www.law.uga.edu/dwilkes_more/48exonerated.html (acedido em 29 de Janeiro de 2013). Sobre a revisão de prova a fim de demonstração de inocência veja-se, também, Francesc Mestres Naval / Josep Vives-Rego, «La resolución de casos abiertos, exoneraciones y análisis familiares por medio de la genética avanzada. Aspectos forenses, sociales y éticos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, pp. 9 ss., disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc (acedido em 02 de Setembro de 2013).

[605] Sobre os limites endógenos e exógenos ao exercício do princípio da livre apreciação da prova, veja-se Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, pp. 329 e 330. Classifica como limites endógenos: a) o grau de convicção requerido para a decisão; b) as regras relativas à proibição de meios de prova; e c) o respeito pelo princípio da presunção de inocência. Como limite exógeno apresenta a observância devida ao princípio *in dubio pro reo*.

culpabilidade, seja no sentido de declarar a não culpabilidade — os resultados periciais só poderão ser contrariados pelo julgador através de argumentos assentes no grau da razão lógica e na força do estado dos conhecimentos científicos em vigor sobre a matéria e nunca a partir de juízos meramente subjectivos ou emocionais. Finda a contraditoriedade das conclusões periciais, se subsistirem dúvidas insanáveis no espírito do julgador sobre os factos, deverá este fazer assentar a sua decisão final no princípio *in dubio pro reo*.

II. Quando inexiste coincidência entre as amostras analisadas no processo — entre a amostra problema e as amostras referência — pode tirar-se uma conclusão: a de que o agente visado não é o autor do crime.

Mas o contrário já não é verdadeiro. Ou seja, a coincidência não declara, não pode declarar por si só, de forma inquestionável e inabalável, a culpabilidade do indivíduo em causa, não pode constituir uma presunção de culpabilidade, não pode demonstrar mais do que a revelação de uma probabilidade, eventualmente elevada, do cometimento do crime, que deve, por princípio, ser corroborada por outros meios de prova[606]. Os demais meios de prova não podem ser subvalorizados nem desprezados; ao contrário, ainda que destituídos do carácter técnico e científico subjacente à prova de ADN, têm tanto valor probatório quanto esta e devem, por isso, ser levados em consideração na apreciação do caso concreto e formulação da convicção do julgador[607]. Como refere Carole McCartney, mais importante que o próprio resultado da análise do ADN — que, dada a sua cientificidade, fornece ao Tribunal um sentimento de tranquilidade para proferir uma decisão — é a sua interpretação e contextualização. Com efeito, pode haver um vasto conjunto de razões para o ADN de uma pessoa se encontrar no local do crime. Basta, para tanto, o lugar ser público e de livre acesso. Pode haver um contacto mais intenso com a cena do crime ou um contacto menor, como a simples passagem pelo local até mesmo antes de o crime ter ocorrido e este pormenor não é evidenciado no resultado do teste. Não prova que a pessoa esteve no cenário do crime aquando do cometimento da infracção e muito menos prova que a pessoa identificada na perícia de ADN tenha sido o autor do crime. Daí que obter prova de

[606] Neste sentido, Vera Lúcia Raposo, «CSI: quando a ficção se torna realidade», *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, nº 10, 2008, pp. 84 e 85; Chiara Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009, p. 16.

[607] «Os resultados recolhidos nos mesmos [dados constantes da perícia] não podem demonstrar com plena certeza os factos que se julgam», M. Ángeles Pérez Marín, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez. 2012, p. 156.

ADN e coincidência no cruzamento dos respectivos perfis não é forçosamente sinónimo de "caso resolvido", sendo imprescindível a abertura de espírito e a humildade da razão para a interpretação dos resultados. Se assim não se proceder o resultado poderá ser tão prejudicial quanto o proprietário de um Rolls Royce entregar o seu automóvel nas mãos de um mecânico aprendiz[608].

III. Atente-se, de resto, que a prova de ADN se funda em resultados probabilísticos em que a inferência estatística — sub-ramo da estatística que faz afirmações a partir de uma amostra representativa de um universo — é um método expressivo[609], sendo, através dele, mais fácil excluir um suspeito do que nele fazer assentar uma condenação.

11.2.2. Falibilidade da prova e o papel do julgador

I. A acrítica confiança na infalibilidade e irrefutabilidade da prova, bem como a sobrevalorização da prova científica e subvalorização ou alheamento dos demais meios de prova pode conduzir a condenações injustas e a resultados imerecidos. Infalibilidade que já foi apelidada como «hipérbole promocional»[610]. Assim sucederá no caso de o

[608] Tal como refere e exemplifica Carole McCartney, «The DNA expansion programme and criminal investigation», *The british journal of criminology*, vol. 46, nº 2, Mar. 2006, p. 184. Neste sentido, veja-se B. Hoste, «La preuve par l'ADN dans les affaires criminelles: impact des résultats et calculs de probabilité», *Revue de droit pénal et de criminologie*, Ano 79, nº 5, Mai. 1999, p. 625.

[609] Sobre o uso de critérios estatísticos em julgamento criminal, lembramos o caso People *vs*. Collins, de 1968, referenciado por Chiara Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009, pp. 269 e 270. Collins, um homem de raça negra, com barba, e a sua mulher, branca e loira, foram julgados pela prática de um crime de roubo. As características destes acusados correspondiam com as descritas pela vítima e pelas testemunhas que diziam ter visto o casal a entrar para um carro amarelo, pormenorizando que a mulher tinha um rabo de cavalo. Tendo havido dificuldade no reconhecimento dos autores do crime, a acusação recorreu à evidência probabilística, chamando para o efeito um perito professor de matemática. A ideia subjacente era a seguinte: provar que, tendo as testemunhas afirmado que o crime foi cometido por um "homem negro, de barba e uma mulher loira branca" havia uma esmagadora probabilidade de que o crime tivesse sido cometido por qualquer casal que correspondia a tais características. A aplicação das probabilidades estatísticas determinou a existência de uma hipótese, em doze milhões, de casais a preencherem estas características. Não obstante, o casal em causa foi condenado. Não conformados, recorreram. O Supremo Tribunal da Califórnia anulou a sentença por entender que era insuficiente a prova produzida e que a culpa não podia ser determinada por probabilidades, tendo-se feito, no caso concreto, um mau uso da estatística, afirmando a existência de um erro judicial; bastava que o autor do crime estivesse disfarçado, usando barba falsa, para distorcer os resultados estatísticos. Foram remetidos para novo julgamento.

[610] William C. Thompson, «The potential for error in forensic DNA testing», Gene Watch Page, disponível em: http://www.councilforresponsiblegenetics.org/genewatch/GeneWatchPage.aspx?pageId=57&archive=yes (acedido em 28 de Janeiro de 2013), citando Jay D. Aronson *Genetic Witness: Science, Law, and Controversy in the Making of DNA Profiling*, Rutgers University Press, 2007. Neste seu artigo, Thompson encarrega-se de pôr em causa a invocada confiabilidade e validade irrefutável do ADN recolhido e analisado, com base em motivos como verificação de coincidência de perfil entre pessoas diferentes, sobretudo, se analisadas

resultado da prova de ADN ser de coincidência ou não exclusão do perfil genético em relação a uma pessoa que teve contacto com o local do crime mas em momento anterior ao seu cometimento. O uso adequado da prova de ADN pressupõe que lhe seja atribuído o justo e legítimo valor dentro dos condicionalismos fácticos reais.

Importante será determinar a probabilidade de o ADN de uma pessoa inocente ser coincidente com o ADN do autor da infracção criminal e estabelecer a probabilidade de uma pessoa ser inocente quando o seu ADN é coincidente com o ADN da amostra problema, nos casos em que sejam, por exemplo, analisados poucos alelos em que a possibilidade de um resultado "falso positivo" não é de descurar.

A estes aspectos acrescem os problemas técnico-procedimentais de forma a evitar, nomeadamente, a contaminação das provas no exame efectuado no local do crime e, posteriormente, na fase de recolha das amostras, seu acondicionamento e posterior análise. A simples omissão de medidas preventivas, como o uso de uvas de *latex* e outros equipamentos de segurança por parte de quem faz exame ao local do crime ou de quem recolhe os indícios, é o bastante para contaminar os elementos de prova [611] . Daí a relevância da *cadeia de custódia* destas provas. Por isso, é imprescindível a existência de registo de todos os elementos relativos ao material biológico recolhido: descrição pormenorizada da natureza do material biológico, com indicação da qualidade e quantidade, definição do estado de conservação da amostra,

---

amostras incompletas ou parciais, amostras que contêm ADN de mais do que uma pessoa, degradação das amostras, troca de amostras, manuseio inadequado com transferência negligente ou acidental de material celular para a amostra dando lugar a contaminação cruzada, enganos na identificação ou rotulagem de amostras, erro humano na realização dos exames ou na interpretação dos resultados dos testes, colocação deliberada de evidências biológicas na cena do crime, estratagema utilizado com alguma frequência pelos criminosos para dissipar as suspeitas sobre si.

Entre outros, também Tania Simoncelli assinala que embora o teste de ADN seja, em teoria, mais fiável do que muitas outras técnicas, não é de todo infalível, apontando a variação na natureza e qualidade da prova de ADN e sublinhando o erro humano que pode ocorrer numa das etapas da análise das amostras, problema que tem sido ignorado num sistema onde o mito da infalibilidade e da sacralização da prova de ADN prevalece, disponível em: http://www.cup.columbia.edu/static/interview-krimsky-simoncelli (acedido em 30 de Janeiro de 2013).

Tem-se assistido a "uma beatificação destas provas" assim o dizem Marina Gascón Abellán e José Juan Lucena Molina, «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia*, nº 69, Nov. 2010, p. 96. E colocam a interrogação: «Por que se assume com este fervor quase dogmático o mito da infalibilidade das provas científicas?». Avançam a resposta: porque se parte do princípio que a prova científica assenta num juízo dedutivo, baseado em leis universais aplicáveis através de metodologia científica, ao contrário das provas não científicas que exigem o raciocínio indutivo a partir de regras de probabilidade e da experiência comum. Contudo, no que às provas de ADN diz respeito, as leis estatísticas assumem relevante valor pelo que a interpretação dos resultados não é óbvia. É indispensável um empenhado esforço no sentido de não aplicar literalmente os seus resultados.

[611] Sobre o assunto, veja-se Francesc Mestres Naval / Josep Vives-Rego, «La resolución de casos abiertos, exoneraciones y análisis familiares por medio de la genética avanzada. Aspectos forenses, sociales y éticos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, p. 5, disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc (acedido em 02 de Setembro de 2013)

descrição do local em que foi encontrado o vestígio e do momento da recolha, identificação da pessoa a quem pertence, no caso de ser conhecida, materiais utilizados para a recolha, forma de acondicionamento, explicação das análises efectuadas, indicação dos técnicos e peritos responsáveis executores, métodos utilizados e protocolos seguidos no laboratório, informação sobre o local e modo de conservação para preservação futura da integridade da amostra de forma a manter-se inalterada e disponível, na medida do possível, indicação do organismo que tem à sua guarda o vestígio e registo das entidades que a ela vão tendo acesso, desde a primeira etapa do processo. Existem, é certo, vestígios difíceis de manter intactos, ou pela sua natureza, ou pela quantidade. É o que se passa com restos de sangue deixados em local sujeito, por exemplo, a uma intempérie; ou o caso de uma impressão digital extraída de um objecto pois que o próprio manuseamento das técnicas destinadas à sua recolha e análise fazem diminuir a qualidade da dita impressão nele deixada.

Revisitando as tradicionais impressões digitais, já em 2001, Simon Cole chamou a atenção para o «mito da infalibilidade das impressões digitais e sua validade científica», revelando a sua intervenção como perito em alguns processos em que as impressões digitais, não obstante serem ferramentas úteis para busca da verdade, foram tidas como um sistema perfeito de identificação praticamente inatacável. Declarou que, após exames efectuados, se podia concluir que cerca de um em cada cinco examinadores de impressões digitais havia procedido à identificação errada a partir das amostras de impressões digitais, muitas vezes, em consequência da técnica utilizada, o que é um dado assustador face à frequência com que tem sido utilizada a credibilidade que esta prova científica tem merecido entre os órgãos de polícia criminal e a magistratura. Concluiu afirmando: «Ao longo da história, mesmo aquelas proposições que parecem mais indiscutíveis tornam-se frágeis, a nossa crença neles, inconstante. Nesta era crescentemente científica, é bom lembrar, antes de transportar para o próximo sistema [a impressão genómica e evidência do ADN] a mesma aura de infalibilidade que uma vez foi atribuída às impressões digitais»[612]. Da mesma forma, Laura Spinney esclarece que o problema não está certamente nos examinadores das impressões digitais, sendo que grande parte deles são profissionais competentes com formação especializada,

[612] Simon Cole, em artigo publicado em 03 de Maio de 2001, no The New York Times, «The Myth of Fingerprints», disponível em: http://www.truthinjustice.org/fingerprint-myth.htm (acedido em 28 de Janeiro de 2013).

mas no procedimento de identificação que é adoptado na maior parte dos países, em que se destacam quatro passos — análise, avaliação, comparação e verificação[613].

II. Voltemos aos perfis genéticos. Socorremo-nos de um exemplo que é fornecido recorrentemente por quase todos aqueles que se dedicam ao estudo desta matéria: A é acusado da prática de um crime de violação; o seu perfil genético coincide com o extraído das amostras de sémen deixadas no corpo e roupas da vítima. Como interpretar a evidência científica? A é o autor do crime? Para responder de forma séria e fiável temos de lançar mão da teoria da probabilidade na perspectiva do teorema de Thomas Bayes segundo o qual é revelada a relação entre uma probabilidade condicional e a sua inversa; este mostra a probabilidade de uma hipótese dada pela observação de uma evidência e a probabilidade da evidência dada pela hipótese[614]. Esta é uma das formas de matematicamente se proceder à inferência estatística. Ou seja, na apreciação e valoração da prova, o julgador deve preocupar-se em saber qual o grau de probabilidade de coincidência do perfil obtido na análise com outros perfis genéticos no universo representado pela amostra do acusado, o que requer, não só conhecimentos de estatística, como também de probabilidade matemática.

---

[613] Em artigo publicado on-line, em 17 de Março de 2010, intitulado «*Science in court: The fine print*», disponível em: http://www.nature.com/news/2010/100317/full/464344a.html (acedido em 30 de Janeiro de 2013). Para tanto lembra a investigação criminal das explosões de Março de 2004, em Madrid, em que foi analisada uma impressão digital incompleta, encontrada em tampas de um detonador abandonado dentro de um saco de plástico. Daí resultou a identificação do cidadão Brandon Mayfield, que foi preso pelo FBI, dadas as coincidências da impressão reveladas. Duas semanas e meia mais tarde, o FBI foi forçado a admitir que tinha cometido erros na análise dessa impressão digital, dando lugar a um "falso positivo". A polícia espanhola identificou um cidadão argelino, um dos terroristas acusados mais tarde, a partir de uma das impressões digitais, cuja coincidência se revelou mais rigorosa. Estas dificuldades deram lugar a um desconfortável relatório datado de 2009, do *National EUA Academy of Sciences (NAS), Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, reconhecendo que as impressões digitais contêm informações valiosas mas que a experiência se tem encarregado de demonstrar que não se pode reivindicar "taxas de erro zero" por não ser cientificamente plausível. Na verdade, após o devido procedimento, os resultados podem ser de "identificação", o que significa que existe coincidência entre a amostra problema e a amostra referência, de "exclusão", ou seja, de incoincidência, ou "inconclusivo", o que significa que a marca problema não é suficientemente clara para afirmar certezas.
Tem-se proposto ultimamente que os profissionais em causa, aquando da análise das impressões digitais, não sejam informados sobre o conteúdo e contexto da infracção objecto de investigação, de modo a que não se deixem influenciar pela informação externa. A análise das impressões digitais não pode ter um carácter eminentemente subjetivo. Isto é importante sobretudo nos casos em que os examinadores trabalham com impressões incompletas ou distorcidas, por exemplo, porque um dedo deslizou sobre uma superfície. Nestes casos, a selecção das características coincidentes é particularmente difícil. Defende-se, também, uma abordagem probabilística da coincidência encontrada.

[614] Sobre a aplicação do teorema de Bayes na determinação do perfil de ADN veja-se Chiara Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009, pp. 263 ss. e 273 ss. e José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, pp. 352 ss.

Como relacionar, então, de forma coerente e consistente, o acusado com a vítima e com a cena do crime? Através da análise de uma estimativa da frequência do tipo de ADN observado por meio do método que tem vindo a ser mais utilizado — o teorema de Bayes —, definindo probabilidades *a priori* e *a posteriori*. Tudo se resume a saber, do lado do perito, qual a probabilidade da evidência se a proposição da acusação for verdadeira e qual a probabilidade da evidência se a proposição da defesa for verdadeira, para atingir a rácio ou grau de verosimilhança; do lado da defesa, tudo se resume a saber qual a probabilidade da proposição da acusação dada a evidência; do lado do julgador, tudo se resume a saber qual a probabilidade de que a proposição da acusação seja verdadeira perante a evidência e, também, qual a probabilidade de que a proposição da defesa seja verdadeira dada a evidência[615].

III. Se o perfil do acusado coincide com o perfil da amostra em investigação (amostra problema), qual a probabilidade de este ser verdadeiramente o autor do crime? Há que interpretar o resultado de coincidência ou não exclusão. A técnica e a estatística permitem dar a conhecer a percentagem de pessoas que num determinado universo terão o mesmo traço fenotípico do analisado, prática, de resto, muito utilizada nos testes de paternidade. Se essa percentagem for de 50% seguramente o valor probatório da não exclusão ou coincidência é demasiado baixo. Evidentemente esta percentagem será tanto mais elevada quanto menos marcadores forem utilizados na análise da amostra. Não foi em vão que os cientistas forenses destacaram 13 regiões ou *loci* do ADN contido no cromossoma para efeito de análise, dado serem os que maior variabilidade revelavam entre os indivíduos. O uso destes 13 *loci* nas respectivas análises permitiam garantir firmeza nos resultados. O valor estatístico da prova de ADN será tanto mais elevado quanto maior número de marcadores forem utilizados. Mas se a percentagem for de 0,5%, então, o valor probatório da coincidência sobe consideravelmente. Os métodos matemáticos e estatísticos dizem-nos a frequência da verificação do tipo de

[615] Seguimos de perto Manuela Figueira Neves, «A estatística no tribunal», p. 1 a 14, disponível em: www.ceaul.fc.ul.pt/getfile.asp?where=notas&id=260 (acedido em 20 do Novembro de 2012). Apresentamos a fórmula matemática:
$\frac{P(Ha \mid E,I)}{} = \frac{P(E \mid Ha, I)}{} \times \frac{P(Ha \mid I)}{}$
$P(Hd \mid E,I) = P(E \mid Hd, I) \times P(Hd \mid I)$ em que $P(Ha \mid E,I)$ é a probabilidade de que a proposição da acusação seja verdadeira perante a evidência, $P(Hd \mid E,I)$ é a probabilidade de que a proposição da defesa seja verdadeira perante a evidência, $P(E \mid Ha, I)$ é a probabilidade da evidência se a proposição da acusação for verdadeira e $P(E \mid Hd, I)$ é a probabilidade da evidência se a proposição da defesa for verdadeira. O teorema de Bayes permite que, levando em consideração informação adicional, se proceda a uma reavaliação do grau de incerteza relativamente a uma situação.

perfil genético, do traço fenotípico obtido no grupo populacional em causa. A partir deste elemento duas interpretações são possíveis, dando lugar à designada *falácia da acusação* e *falácia da defesa*[616]:

a) a da acusação que alega só 0,5% do grupo populacional de referência deter características do perfil genético do arguido e, portanto, daí haver uma elevadíssima probabilidade (99,5%) de este ser o autor do crime e, correspondentemente, só restar uma percentagem de 0,5% de não ser o autor do facto; e

b) a da defesa segundo a qual 0,5% daquele grupo populacional teria o mesmo traço genético, pelo que o arguido é uma das pessoas entre as demais que também poderiam ter cometido o crime (*v.g.*, quantificando, uma entre 2.000); nesta perspectiva, a probabilidade de o arguido ser o autor do crime fica mais reduzida.

Se limitados a uma destas interpretações, sem recurso a qualquer outro meio de prova adicional, alheados de qualquer outra informação, a probabilidade subjectiva e a sensibilidade de cada um acabam por dominar o raciocínio, o processo de formação da convicção e a decisão final. Com base na metodologia bayesiana, analisa-se o peso e o impacto que a introdução de outros elementos de prova produz na referenciada probabilidade subjectiva e na averiguação da verdade, sendo da responsabilidade dos peritos comunicar os resultados obtidos de forma clara e precisa e explicitar o grau de insegurança ou de incerteza, se o houver.

Interrogação semelhante é apresentada por William C. Thompson: se entre os 6 biliões ou mais de pessoas no planeta Terra seria de esperar cerca de 600 pessoas portadoras de um perfil de ADN, no espaço numérico de um em 10 milhões, entre os 300 milhões ou mais, nos Estados Unidos da América, seria de esperar encontrar cerca de 30 pessoas com o perfil; como podemos ter a certeza de que o perfil pesquisado na base de dados (amostra referência) em relação ao qual se obteve resultado de coincidência é realmente o da pessoa que cometeu o crime?[617] Basta, para fazer subsistir a dúvida, que o perfil tenha resultado da análise de um determinado número de alelos, dando lugar a falsas coincidências, ou que o perfil resulte de meras correspondências

[616] A que se referem W. Thompson e Schumann «Interpretation of statistical evidence in criminal trials. The prosecutor's fallacy and the defense attorney fallacy», *Law and human behaviour*, 1987, vol. 11, p. 167 ss. *apud* José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 354, nota 381.

[617] William C. Thompson, «The potential for error in forensic DNA testing», Gene Watch Page, disponível em: http://www.councilforresponsiblegenetics.org/genewatch/GeneWatchPage.aspx?pageId=57&archive=yes (acedido em 28 de Janeiro de 2013).

parciais. Como assinala David H. Kaye «a percepção popular é que o DNA fala a verdade — ou se é culpado ou se é inocente, não há ambiguidade. Mas o DNA é apenas uma ferramenta. Dá informação, dependendo da natureza das amostras e do modo como a análise é feita»[618].

IV. Usada de forma exacta e íntegra, a prova de ADN constitui uma ferramenta probatória adequada e vigorosa em processo criminal. Mas, a especificidade dos conhecimentos que são necessários para a compreensão do fenómeno criminal em torno desta prova e a subtracção desta ao princípio da livre apreciação da prova coloca o risco de os magistrados darem como assente conclusões sobre matérias que não dominam. Ora, nesta área, é fundamental a difícil tarefa da compreensão e da interpretação dos factos, bem como a ponderação sobre o contexto humano, relacional e situacional do arguido. Só deste modo, com a participação activa do julgador, se assegurarão as justas garantias de objectividade, imparcialidade e independência deste na apreciação do material probatório que fundamentará a sua convicção e decisão.

Um modelo processual penal justo passa pela imprescindível correcta utilização da ciência, o que implica, por um lado, a aceitação dos resultados como fiáveis — que reclama uma tarefa prévia de «determinação da probabilidade de coincidência (pM)»[619] — mas, por outro, um sério e enérgico trabalho de dúvida e valoração crítica acerca da culpabilidade do agente[620]. De resto, esta problemática não é nova. Se atendermos a outras provas periciais relativas, sobretudo, a crimes contra as pessoas (*v.g.* homicídio e ofensa à integridade física), os peritos, nos seus relatórios, amiúde, afirmam haver "intenção de matar" em função do instrumento utilizado, da profundidade dos ferimentos causados, do local do corpo atingido ou do grau de violência infligido. Ora, não obstante a prova pericial estar, em princípio, à margem da livre apreciação do julgador[621], na verdade, o juízo decisório sobre a intenção de matar e sobre a culpa do

[618] Em entrevista, em 30 de Julho de 2010, concedida a Michael Bezilla, publicada e disponível em: http://phys.org/news199711582.html, sob o título «Is DNA evidence enough? An interview with David Kaye» (acedido em 28 de Janeiro de 2013).
[619] Que consiste «em calcular o número de indivíduos da população cujo perfil genético seja idêntico ao do vestígio e suspeito», nas palavras de Maria de Fátima Pinheiro, «Contribuição do estudo do DNA na solução de casos criminais», *Revista do Ministério Público*, Ano 19, nº 74, Abr./Jun. 1998, p.152.
[620] Neste sentido, Luca D'Auria, «Prova penale scientifica e "giusto processo"», *La giustizia penale*, Ano CIX, XLV da 7ª Série, Parte I, Jan. 2004, p. 23.
[621] O princípio do livre convencimento do juiz ou livre valoração da prova é, no direito espanhol, a regra nos termos do art. 632 LEC, aplicável ao processo penal, "Los jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, si estar obrigados a sujeitarse al dictamen de los peritos». O Tribunal Constitucional Espanhol (Proc. nº 868/1986, de 29 de Outubro) esclareceu que, no

agente cabe em exclusivo à entidade julgadora, não podendo esta matéria estar sujeita à regra contida no art. 163º do Código de Processo Penal até por a culpabilidade não consubstanciar um juízo técnico-médico. A presunção da intenção de matar que resulta da prova pericial mais não é do que um mero juízo de probabilidade que irá ou não ganhar viabilidade no conjunto de todas as provas produzidas em audiência de julgamento[622]. Esta é uma incumbência judicial. Se assim não fosse, assistir-se-ia a uma subversão das funções dos magistrados e dos peritos: aqueles veriam as suas decisões antecipadas nos relatórios periciais[623]. Conforme afirma Carlos Maria Romeo Casabona «tais análises [de ADN] reflectem apenas um cálculo de probabilidades que há que saber manejar e devem ser valoradas pelo juiz em conjunto com os demais meios de prova disponíveis»[624].

Explicita o Supremo Tribunal de Justiça, no Proc. nº 549/08.7 PVLSB.S1, em Acórdão de 15/12/2011, que o juízo científico resultante da prova pericial «*integra prova vinculada (…) o juiz só pode dissentir opondo um juízo, contrário ou divergente,*

âmbito destas matérias técnicas sobre que recai a prova pericial, "os relatórios não vinculam de modo absoluto os juízes porque não são em si mesmos manifestação de uma verdade não controvertida" (José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 345.

[622] São vários os Acórdãos dos Tribunais Superiores neste sentido: no Proc. nº 1947/11.4JAPRT-B.P1, de 01/02/2012, do TRP lê-se: «Se dele [juízo científico, técnico ou artístico] divergir terá de fundamentar a sua discordância e, não o fazendo, viola o artigo 163º do CPP, que leva à anulação do julgamento (acórdão do STJ de 5 de Maio de 1993). O juízo sobre a intenção de matar não é um juízo técnico, científico ou artístico, nem tão pouco um juízo de técnica médica. A presunção de intenção de matar é apenas um juízo de probabilidade sobre aquela intenção, pelo que não se lhe aplica o disposto no artigo 163º do CPP»; ainda, Processos nº 044842, de 13/01/1994 do relator Sá Ferreira, nº 048729, de 07/02/1996, do relator Andrade Saraiva e nº 07P1416, de 11/07/2007, do relator Armindo Monteiro, todos do STJ e todos disponíveis em: www.dgsi.pt. Neste último, afirma o STJ: «A prova pericial é valorada pelo julgador a três níveis: quanto à sua validade (respeitante à sua regularidade formal), quanto à matéria de facto em que se baseia a conclusão e quanto à própria conclusão. No que concerne à validade, deve aferir-se se a prova foi produzida de acordo com a lei ou se não foi produzida contra proibições legais – *v.g.*, se as partes foram notificadas do despacho que ordenou a prova (n.º 2 do art. 154.º) ou se os peritos prestaram o devido compromisso (n.º 1 do art. 156.º). Também fica a cargo do julgador examinar se o procedimento da perícia está de acordo com normas da técnica ou da prática corrente. No que respeita à matéria de facto em que se baseia a conclusão pericial, é lícito ao julgador divergir dela, sem que haja necessidade de fundamentação científica, dado que não foi posto em causa o juízo de carácter técnico-científico expendido pelos peritos, aos quais escapa o poder de fixação daquela matéria».

[623] Preocupação demonstrada por Pedro Verdelho, «Técnica no C.P.P.: exames, perícias e prova digital», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 9 (especial), 2008, p. 146, que alerta para que o sistema de prova não seja subvertido de modo a que os Magistrados não permitam ver as suas decisões adiantadas pelas conclusões periciais nos casos concretos. Também, assim, Marina Gascón Abellán e José Juan Lucena Molina, «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia*, nº 69, Nov. 2010, p. 98. Adiantam os AA. que parte do problema reside na aceitação generalizada do designado "paradigma da individualização", ou seja, na crença de que a análise científica – seja de ADN, seja de outra natureza – consegue identificar de forma plena um indivíduo ou um objecto a partir dos vestígios deixados no local do crime, excluindo ou desvalorizando as demais fontes probatórias. Propõem que este paradigma seja substituído pelo "paradigma da verosimilhança" (pp. 99 e 100).

[624] Carlos Maria Romeo Casabona, no prefácio de José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. XXI.

igualmente científico; o juiz tem que jogar, então, no mesmo plano e no mesmo campo do perito. Terá que deixar claro as razões do porquê do seu afastamento do perito, sem que lhe seja conforme à lei argumentar com razões de ciência pessoal, como conhecedor enciclopédico, que não é».

Estamos num campo de particular dificuldade para os julgadores pois que, não raras vezes, a propósito da questão técnica, os relatórios periciais são bem diversificados, existindo tantas orientações e juízos quantos os intervenientes. Dificuldade que pode ser enfraquecida na prova de ADN com a estandardização das metodologias técnicas e procedimentais. Aqui respondem a ciência e a tecnologia. O vestígio biológico recolhido pode corresponder aos polimorfismos de ADN de outro vestígio que faz parte do ficheiro ou não, pode identificar a pessoa ou não, desde que as análises tenham sido realizadas com recurso aos meios adequados, pelas entidades competentes e sem erros, deficiências ou adulterações. Pelo que, neste restrito aspecto, a actividade jurisdicional não terá muito a acrescentar. Assim se procederá, numa fase inicial, para determinar a autoria de um crime a partir de vestígios biológicos.

A tarefa do perito é a de revelar o conteúdo dos dados retirados da amostra biológica. Acontece, porém, que mesmo a identificação do examinado não é *de per se* um dado irrefutável. A autoridade da ciência não é inabalável, o excesso de confiança nela é um perigo pois pode dar lugar a resultados viciados que provêm de amostras contaminadas ou que não obedeceram ao rigor de conservação.

Ao julgador cabe apreciar os dados científicos — a prova pericial dotada dos seus conhecimentos especializados e específicos elaborada por quem tem especial formação e qualificação técnica e profissional — em conjunto com os demais elementos de prova no sentido de concluir se o indivíduo é ou não aquele, se praticou ou não o facto, se é ou não o autor do crime. Para tanto, é necessário que o relatório pericial seja o mais pormenorizado possível, indicando a técnica adoptada, o método utilizado e demais informações minuciosas sobre a realização da perícia, para ser sindicável. Só assim poderão os julgadores formular os juízos ajustados a cada caso concreto. Portanto, mesmo no que respeita à identificação do examinado, a prova pericial não pode ser tida, à partida, como uma prova absolutamente incontroversa, antes como prova relativa, discutível e contestável. À tarefa do perito acresce a do julgador — a de valorar os resultados da prova pericial conjuntamente com todos os demais elementos de prova disponíveis. É a esta interacção e complementaridade probatória entre perito e julgador que se dá o nome de *paradigma da verosimilhança*.

Por outro lado, não será aqui de desprezar a regra relativa às decisões individuais automatizadas dos arts. 3º, nº 4 e 38º da Lei nº 5/2008, respectivamente: «qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a nenhuma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento de dados» e «em caso algum é permitida uma decisão que produza efeitos na esfera jurídica de uma pessoa ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base no tratamento de dados pessoais ou de perfis de ADN». O mesmo se diga, com as devidas adaptações, a propósito da Lei nº 10/91, de 24 de Abril, cujo art. 16º, sobre os limites da apreciação judicial, preceitua que «nenhuma decisão jurisdicional, administrativa ou disciplinar que implique apreciação sobre um comportamento humano pode ter por único fundamento o resultado do tratamento automatizado da informação atinente ao perfil ou à personalidade do titular do registo». O perfil de ADN deverá ser, por isso, uma prova a ser ponderada em articulação com as demais provas existentes no processo, assim o estabelece expressamente o art. 2º do regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN. Trata-se de reconhecer os direitos e garantias processuais-constitucionais atinentes ao direito de defesa do arguido como pretensões de validade da interpretação e integração das normas e da aplicação do Direito, espaço em que os executantes judiciais têm por honrosa missão a de *realizar o Direito*.

V. Em síntese, a prova pericial, *prova vinculada não absoluta*, carece da mediação do técnico especializado elaborador do parecer pericial, não concedendo ao tribunal o poder de apreciar livremente o conteúdo dos dados que são fornecidos pelo vestígio recolhido. Enquanto a inexistência de coincidência entre as amostras analisadas no processo — entre a amostra problema e as amostras referência — permite a conclusão de que o agente visado não é o autor do crime, o contrário não é necessariamente verdadeiro, a existência de coincidência não permite concluir, sem mais, que o é. Apesar de a prova de ADN se apresentar como perfeita e isenta de erros por resultar de procedimentos científicos levados a cabo por pessoal competente especializado, em laboratórios autorizados e certificados para o efeito, com os recursos materiais adequados cientificamente comprovados, metodologias válidas e reconhecidas internacionalmente, tecnologia apropriada e um rigoroso controlo de qualidade, a história judicial revela que nem sempre assim é. O resultado de coincidência ou de não exclusão não declara por si só a culpabilidade do indivíduo em causa, assim como não

pode desencadear uma presunção de culpabilidade, ela não exterioriza mais do que a revelação de uma probabilidade do cometimento do crime que tem de ser corroborada por outros meios de prova. Os demais meios de prova, ainda que, pela sua natureza, estejam despojados de caraterísticas tecnicistas e científicas, são imprescindíveis meios de apreensão e compreensão da verdade factual pelo órgão decisor na formulação da sua convicção. O momento alto da apreciação e valoração da prova será o da interpretação, contextualização e análise do universo humano do concreto indivíduo, investigado e julgado, onde os acontecimentos criminosos poderão ter ocorrido. A falibilidade da prova de ADN não permite que a perícia se feche sobre si própria como meio de prova auto-suficiente, reclama e alimenta o empenhado esforço de formação da convicção do julgador para decidir de forma justa, «no respeito daquele núcleo essencial referente tanto aos direitos de desfesa, como sobretudo aos valores que constituem o fundamento legitimador do exercício da função jurisdicional»[625].

12. As bases de dados de perfis de ADN para fins de identificação criminal

I. Hoje é comum a existência de bases de dados com elementos obtidos a partir do ADN para fins de prevenção e repressão criminal. São os designados *DNA Databanks*, mais conhecidos por *DNA Profiling*. É vulgar o recurso à prova científica para fins forenses desde que a ciência passou a poder identificar o ser humano com as informações provenientes do seu corpo, sua estrutura biológica e genética e dados biométricos[626].

A *Criminal Justice and Public Order Act* foi o diploma legal que introduziu a primeira base de dados, no Reino Unido, em 1995, que corresponde ao *Combined DNA Index System*[627]. Deu origem à *Police National DNA Database* (NDNAD) que contava

[625] Usando uma expressão de José Manuel Damião da Cunha, «Algumas questões do atual regime de recursos em processo penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, nº 2, Abr./Jun. 2012, pp. 299 e 300.

[626] «(…) informação, é claro, digitalizada, capaz de ser processada», Adriana Espíndola Corrêa, *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*, Tese de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil, 2009, p. 16, disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1 (acedido em 07 de Março de 2012).

[627] Os célebres sistemas CJPOA e CODIS, respectivamente. Foram já milhares os casos solucionados com recurso à base de dados britânica: entre 1995 e 2002, 826 homicídios, 1357 crimes de natureza sexual, 2993 roubos e 60783 furtos; são dados fornecidos por Francisco Corte-Real, «Bases de dados

já, em 2006, com cerca de três milhões de perfis de ADN[628], sendo introduzidos cerca de mil diariamente[629].

De realçar o projecto *DNA-PROKIDS*, criado em 2004, pelo laboratório de identificação genética da Universidade de Granada, com o intuito de proceder à identificação e localização das vítimas de tráfico de seres humanos, sobretudo crianças, e seus familiares, de modo a encontrar pessoas desaparecidas em consequência destes repugnantes actos criminosos[630].

Sabe-se que a investigação genética em Portugal tem um nível de desenvolvimento semelhante ao de outros países europeus e até mesmo dos Estados Unidos da América e é um instrumento cujo contributo é fundamental para a prova criminal em todas as fases processuais.

O discurso de tendência securitária das entidades competentes frente à inalienável necessidade de prevenção e controlo da criminalidade face à indispensabilidade de o Estado assegurar o livre desenvolvimento da personalidade ética

---

genéticos com fins forenses», *Direito e Justiça*, volume especial, 2004, p. 146. A NDNAD continha, em Março de 2008, 4.920.703 perfis provenientes de 4.264.251 indivíduos, o que representa cerca de 7% da população do Reino Unido e por volta de 14% da população masculina. Também continha 323.466 perfis relativos a casos não resolvidos. A NDNAD é constituída pelo nome dos indivíduos, sexo, data de nascimento, aparência étnica (e não a origem étnica propriamente dita), local e data da recolha da amostra e respectivo perfil de ADN, representado por um conjunto de números. Estes dados são fornecidos por Bob Bramley, «DNA databases», *Handbook of forensic science*, edição de Jim Fraser and Robin Williams, Willan Publishing, 2009, p. 316.

A *Combined DNA Index System*, base de dados organizada pelo FBI teve na sua origem o registo dos perfis dos delinquentes sexuais com a *DNA Identification Act* of 1994 que autorizou o FBI a criar e manter um arquivo centralizado de *software* de forma a permitir a partilha dos dados por todos os Estados. Mais tarde, em 2004, com a *Justice for All Act*, assinada em 30 de Outubro, pelo Presidente George W. Bush, alargou o seu âmbito de aplicação a todos os tipos de crime e o registo do perfil de ADN dos condenados. A nível federal, foi assinada, em 2006, a *DNA Fingerprint Act of 2005* autorizando a recolha e a manutenção de ADN de nacionais americanos presos ou de estrangeiros detidos por uma autoridade federal. Esta Lei afasta a manutenção do registo dos perfis de todos aqueles que se tenham oferecido como voluntários a fim de afastar as suspeitas que contra si recaiam.

[628] A *National DNA Database* foi constituída por colheita de amostras de saliva e de cabelo mesmo contra a vontade do visado e, se necessário, com recurso à força, qualquer que fosse a gravidade do crime imputado. O registo do perfil de ADN dos condenados era armazenado e conservado indefinidamente. Uma reforma legislativa de 2001 alargou a conservação destes registos aos arguidos absolvidos. Mais recentemente, em 2008, no âmbito da luta contra o terrorismo, a *Counter-Terrorism Act* concedeu poderes às polícias para procederem à recolha de amostras de ADN e impressões digitais de pessoas sujeitas a vigilância, bem como para conservar as informações delas provenientes sem qualquer limitação temporal e para serem usadas, se necessário, em prol dos interesses de segurança nacional.

[629] Elementos fornecidos por Carole McCartney, «The DNA expansion programme and criminal investigation», *The british journal of criminology*, vol. 46, nº 2, Mar. 2006, p. 176.

[630] Segundo dados da UNICEF, cerca de 300 milhões de menores em todo o mundo sofrem das maiores atrocidades, passando pelo rapto, exploração sexual, trabalho escravo, violência física, entre outras. Esta base de dados constitui uma preciosa ferramenta no sentido de detectar crianças vítimas da actividade criminosa. Estendeu a sua intervenção a nível internacional, contando já com a colaboração de países como o Brasil, Tailândia, Filipinas, Indonésia, Índia, Sri Lanka, Nepal, China, México e Guatemala. Só funcionará na sua plenitude e só poderá obter taxas de sucesso dignas de registo com a colaboração internacional, integrando uma base de dados mundial.

dos seus cidadãos coloca problemas de concordância que não são de fácil e imediata resolução. Tem dado lugar a dúvidas e críticas especialmente no que respeita à possibilidade de elaboração de bases de dados de perfis de ADN, de forma indiscriminada, de toda a população. Desde logo porque a ausência de qualquer tipo de restrição ou critério delimitador poderia traduzir um ónus de presunção de culpabilidade sobre todos aqueles que integrassem o respectivo ficheiro[631].

O Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida nº 52/CNEV/07, aprovado na reunião plenária de 12 de Junho de 2007, referenciou que «a criação de uma base de dados alargada à população em geral, para fins de identificação civil, é de muito difícil justificação, dado o seu carácter excessivo, considerando a desproporção entre riscos e benefícios, incluindo os seus custos económicos» e preveniu para os exageros a que pode dar lugar se a base não for criada com finalidades específicas e restritas. Indica a experiência de outros países europeus — Reino Unido e França — cujas bases de dados foram inicialmente estabelecidas com particulares finalidades criminais e, aos poucos, os instrumentos legislativos foram alargando o seu âmbito de aplicação «vulgarizando as razões da sua criação e suscitando preocupações nas respectivas sociedades»[632]. Preocupação partilhada pela doutrina constitucionalista portuguesa de que destacamos Gomes Canotilho e Vital Moreira, que se pronunciaram, em momento anterior à publicação da Lei nº 5/2008, no sentido da exigência de «rigorosas garantias jurídico-constitucionais quanto à criação de "bancos de informação genética" ou de bases de dados para fins criminais»[633].

II. A criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins criminais assenta em três ideias cruciais: (a) que o crime cometido e que se pretende ver esclarecido e investigado deixa facilmente ou com grande probabilidade vestígios biológicos; (b) que o titular do perfil de ADN armazenado no respectivo ficheiro vai provavelmente

[631] Argumento aduzido por José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 243. Registamos a solução proposta por José de Faria Costa: admissibilidade de registo coercivo de ADN de "criminosos altamente perigosos" após trânsito em julgado das decisões condenatórias e inadmissibilidade de tal registo para os "cidadãos comuns". Critica, ainda, o A. a «perversidade da argumentação securitária e de matriz de "*esperanto universal*"» quando os Estados invocam, para a realização do armazenamento de dados a nível generalizado, o fim de reconhecimento e identificação dos corpos em caso de verificação de catástrofes, «O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*), *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 138, nº 3955, 2009, p. 228.

[632] Disponível em: http://www.cnecv.pt/pareceres/php (acedido em 27 de Outubro de 2011).

[633] *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 457.

perpetrar um outro crime, embora não necessariamente da mesma natureza[634]; e (c) que a informação contida no ficheiro poderá ser instrumento útil, emprestando um valioso auxílio à investigação na revelação da verdade relativa ao cometimento de futuros crimes.

O perfil de ADN, dadas as particularidades do material genético, tem vindo a ser considerado como o método de identificação por excelência desde logo por ter raiz científica, por ser um processo de identificação individual e individualizante, universalmente aceite, atractivo por se apresentar revelador de elementos probatórios decisivos que sem ele permaneceriam na opacidade[635] e sedutor por não discriminatório na sua essência. Não discriminatório, no sentido de ser um processo de identificação que actua com base científica e tecnológica da mesma forma para todos os cidadãos, sem atender a sexo, raça, religião ou qualquer outra particularidade. Daí a designada *universalidade* deste método.

III. A livre circulação de pessoas, facilitadora da mobilidade de delinquentes e da perpetração de crimes a nível internacional, reclama a cooperação dos Estados, quer na prevenção, quer na repressão do fenómeno criminoso. Portugal não ficou indiferente às Recomendações da União Europeia contidas nas Resoluções do Conselho nº 97/C 193/02, de 9 de Junho de 1997[636], e nº 2001/C 187/01, de 25 de Junho de 2001[637], relativas ao intercâmbio de resultados de análises de ADN no que concerne à celeridade e eficácia na identificação civil e investigação criminal.

A Resolução de 1997 foi adoptada no sentido de convidar os Estados-membros a contribuírem para a investigação criminal, elaborando bases nacionais de dados de ADN, normalizando os respectivos marcadores não portadores de códigos da molécula de

---

[634] Por exemplo, a nível de crimes contra a liberdade sexual, o grau de reincidência, conforme se sabe, é muito elevado, sendo de grande utilidade o perfil de ADN na investigação de crimes desta natureza.

[635] «A credibilidade dos Tribunais e dos órgãos de investigação criminal sai reforçada pela utilização de um meio técnico com elevada precisão e fiabilidade: o uso da identificação por perfis genéticos» assim o referiu António Costa, Ministro da Justiça de então, no discurso proferido nas instalações renovadas da Delegação de Lisboa do INML, IP, em 01/06/2007, a propósito da proposta de lei que depois deu lugar à Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, dedicada à base de dados de perfis de ADN, disponível em: http://www.mj.gov.pt/PT/NoticiasEventos/ArquivoImprensa/XVIIGovernoConstitucional/2007/Documents/Discurso_Senhor_Ministro_Base_de_Dados_Perfis_ADN.doc (acedido em 31 de Outubro de 2011). Disse, ainda, ser este «um dos mais importantes passos na prevenção, detecção e dissuasão das actividades criminosas» tanto no que respeita à descoberta dos verdadeiros autores dos crimes, como para excluir quem venha a ser injustamente acusado.

[636] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0624(02):PT:NOT (acedido em 26 de Janeiro de 2012).

[637] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001G0703(01):PT:HTML (acedido em 26 de Janeiro de 2012).

ADN e cooperando entre si. Compete, contudo, a cada Estado definir as condições e a tipologia de crime que dá lugar ao armazenamento numa base de dados de resultados de análises de ADN. Esta Recomendação sublinha a indispensabilidade de os Estados oferecerem garantias de salvaguarda da integridade física das pessoas objecto dos exames e de a respectiva legislação nacional ser conforme com a Convenção nº 108 do Conselho da Europa em matéria de protecção de dados de carácter pessoal[638]. O intercâmbio deverá limitar-se aos dados de ADN que, por confrontação, possam indicar se uma pessoa consta de um ficheiro ou se pode estar relacionada com alguns dos indícios de um crime. Numa segunda fase, quando estiverem reunidas as condições para troca de resultados de análises de ADN entre os vários Estados, incentiva-se a criação de uma base de dados europeia de ADN.

Os aspectos mais importantes da Resolução de 2001 passam por definir "marcador de ADN" (*locus* numa molécula de ADN que tipicamente contém informações diferentes para indivíduos diferentes), fazer a listagem de marcadores de ADN a que se dá o nome de "série normalizada europeia" (*European Standard Set*), reafirmar a utilização exclusiva de marcadores sem informação sobre características hereditárias específicas — no caso de os marcadores serem, porventura, portadores de tais informações, recomenda o abandono e destruição dos resultados obtidos através deles —, incentivar o estudo sobre a possibilidade de transmissão entre os Estados dos elementos inseridos nas bases de dados por meio electrónico e viabilizar acordos bilaterais entre Estados-membros, a celebrar em conformidade com as legislações nacionais respectivas, relativos à utilização de marcadores específicos.

Mais tarde, também a Decisão 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de Junho de 2008, relativa ao aprofundamento da cooperação transfronteiras, em particular, no domínio da luta contra o terrorismo e a criminalidade transfronteiras, veio prever a criação de ficheiros nacionais de ADN, a consulta e comparação automatizada dos respectivos perfis entre os Estados-membros e a transmissão de outros dados pessoais como os dactiloscópicos.

Fazer o estudo comparativo entre o ADN de um vestígio biológico deixado, por exemplo, no lugar da prática da infracção e os perfis de ADN constantes de uma base de dados permite encontrar, com elevada probabilidade de segurança científica, os autores

[638] Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal – Estrasburgo, 28 de Janeiro de 1981, disponível em: http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm (acedido em 27 de Janeiro de 2012), ratificada pelo Estado Português pelo Decreto nº 21/93 do Presidente da República.

de muitos crimes e solucionar casos intrigantes. Esta possibilidade anda associada especialmente à descoberta e perseguição de criminosos considerados perigosos e com tendência para reincidir.

12.1. A base nacional de dados de perfis de ADN

I. O labor da Comissão criada pelo Ministério da Justiça, em Janeiro de 2006, constituída por representantes de várias instituições portuguesas na área da actividade médico-legal e forense, abriu portas à criação de uma base nacional de dados genéticos com finalidades forenses, definindo o respectivo enquadramento normativo, sendo certo que o Código de Processo Penal não contém uma disciplina específica nesta matéria[639]. A Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins exclusivos de identificação civil[640] e criminal[641].

Existem princípios reitores a que base de dados obedece. Destacamos, desde já, o princípio da territorialidade em detrimento do da nacionalidade. Com efeito, a lei não estabelece qualquer tipo de discriminação entre nacionais, estrangeiros e apátridas, pelo que a base de dados será composta por perfis de ADN dos cidadãos residentes em território nacional ou que cá se encontrem, qualquer que seja a sua nacionalidade. É de realçar a preocupação legislativa de congruência entre o tratamento dos dados dos perfis de ADN e as disposições legais relativas à protecção de dados pessoais[642]. Não menos relevante é o anunciado respeito pelos princípios da legalidade, autenticidade, veracidade, univocidade e segurança dos elementos identificativos[643].

---

[639] «Contra o que poderia esperar-se e desejar-se e ao arrepio dos modelos seguidos por codificações homólogas, os autores da Reforma de 2007 silenciaram completamente os problemas suscitados pelas possibilidades de esclarecimento e de prova oferecidas pelo acesso ao ADN humano», precisa Manuel da Costa Andrade, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 146.

[640] Ensina-nos Maria Luísa Portocarrero Silva, «Autonomia da pessoa e determinismo genético», *Genoma e dignidade humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 19, que é uma característica normal do perfil genético conter indicações fiáveis no que respeita aos familiares, sobre a família passada, presente e futura.

[641] A análise de ADN e respectiva informação pode, excepcionalmente, servir fins estatísticos ou de investigação científica, conforme prevê o art. 23º desta Lei. Nesta hipótese, a informação obtida a partir dos perfis de ADN terão de passar necessariamente por um processo de anonimização irreversível, não permitindo qualquer tipo de pesquisa nominal ou alfanumérica.

[642] Entendamos "tratamento" segundo o modelo que nos é apresentado por J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 550: «abrange não apenas a individualização, fixação e recolha de dados, mas também a sua conexão, transmissão, utilização e publicação».

[643] Todos previstos no art. 3º.

Este diploma legal vem abrir as portas à participação de Portugal na cooperação europeia em matéria judicial e policial, especialmente, por intermédio do *Tratado de Prüm*, tratado de direito internacional adoptado fora do quadro da União Europeia mas com ela relacionado em virtude das matérias nele reguladas. Foi assinado em 27 de Maio de 2005, na Alemanha, por sete países da União Europeia: Bélgica, Alemanha, França, Luxemburgo, Holanda, Áustria e Espanha [644]. Visa o desenvolvimento da cooperação entre os Estados no domínio da luta contra o terrorismo, criminalidade transfronteiriça e imigração ilegal, para além de regular o intercâmbio e consulta directa e automatizada de informações sobre ADN, impressões digitais e outros dados, como os relativos ao registo de matrículas de automóveis, no âmbito da cooperação policial transfronteiriça, facilitando a identificação de suspeitos e arguidos. Também prevê, no domínio da actuação policial, intervenções operacionais a bordo de aeronaves e no seio de eventos de grande envergadura.

A cooperação intensa e efectiva entre os Estados tem estado de certo modo comprometida, dado o desfasamento das várias legislações nacionais e a diferenciação dos mecanismos processuais[645]. Note-se que a cooperação é tributária de uma adequada harmonização[646]. Harmonização não é necessariamente sinónimo de uniformização dos

---

[644] Outros oito Estados declararam formalmente a intenção de aderir: Portugal, Finlândia, Itália, Eslovénia, Suécia, Roménia, Bulgária e Grécia. Já foi apelidado de "Shengen III". Sobre este tratado, veja-se Nicolas Quillet, «Le Traité de Prüm relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière», *Revue du marché commun et de l'union européenne*, nº 513, Dez. 2007, pp. 660 a 664.

[645] Vejam-se as considerações expendidas por Helena Moniz, «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 120, 2009, pp. 154 ss., e ainda, Peter Martin, «Un bref historique de l'utilization de l'empreinte généthique dans des enquêtes criminelles en Europe», *10 ans d'empreintes généthiques*, sob a direcção de Christian Doutremepuich, Paris, La Documentation Française, 2001, pp. 15 e 19, que assinala a falta de harmonização do sistema judicial dos vários Estados e dos sistemas laboratoriais em funcionamento.

Este problema tem vindo a ser ultrapassado pelas Recomendações da UE. Desde 1988 que representantes de um número significativo de laboratórios da União Europeia têm vindo a reunir com o objectivo de compatibilizar os vários sistemas de análise de ADN, a que deram o nome de *European DNA Profiling Group* (EDNAP). Este grupo de trabalho deu lugar a um outro alargado a toda a Europa, em 1993, chamado *International Society for Forensic Haenogenetics.* A Sociedade Internacional de Genética Forense (ISFG) tem estimulado a definição dos procedimentos técnicos, através de recomendações (tipo de marcadores, nomenclatura, métodos de análise, formas de valoração do resultado final).

Sobre material, marcadores e métodos de análise de ADN pode ver-se, de forma pormenorizada e tecnicista, N. B. Rodrigues, P.T. LoVerde, A.J. Romanha e G. Oliveira, «Characterization of new schistosoma mansoni microsatellite loci in sequences obtained from public DNA databases and microsatellite enriched genomic libraries», *Mem Inst Oswlado Cruz*, Rio de Janeiro, vol. 97, supl. 1, 2002, pp. 71 a 75, disponível em: http://www.scielo.br/pdf/mioc/v97s1/23x.pdf, (acedido em 26 de Janeiro de 2012) e Qiu Chen, Feifei Lee, Koji Kotani e Tadahiro Ohmi, «An improved fast search method using histogram features for DNA sequence database», *World Academy of Science, Engineering and Technology*, nº 69, 2010, pp. 569 a 572, disponível em: http://www.waset.org/journals/waset/v69/v69-103.pdf (acedido em 26 de Janeiro de 2012).

[646] Fenómeno que «vem a ser a resposta que a globalização impõe, a vários níveis e a partir de interesses e agentes diversos, mas com o respeito necessário pela diversidade cultural que as Nações comportam»,

sistemas jurídicos. Significa, antes, a criação e manutenção de meios e mecanismos mais maleáveis que permitam o entrosamento e a comunicação dos vários sistemas dos diferentes Estados, sendo de indubitável importância o princípio da confiança mútua — princípio orientador da cooperação e auxílio entre os Estados[647]. A lei nacional não se alheou da premência de acompanharmos e cooperarmos com outros países no que respeita à prevenção e repressão da criminalidade transfronteiriça, principalmente, da criminalidade organizada, invocando o bem comum alcançável com o reforço da segurança, através da interconexão de dados, mas vedando peremptoriamente a transferência de material biológico[648].

II. O projecto deste diploma legal foi objecto de reflexão do Parecer nº 18/2007 da Comissão Nacional de Protecção de Dados e de considerações elaboradas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no Parecer aprovado na reunião plenária de 12 de Junho de 2007 — Parecer nº 52/CNECV/07[649] —, umas acolhidas na redacção em vigor, outras não. As principais apreciações do Conselho Nacional de Ética aconselhavam: (a) a constituição, recolha, manutenção e gestão dos dados sujeitos a princípios rigorosos de transparência, independência e elevados padrões de qualidade; (b) base de dados restrita a pessoas condenadas por crimes graves ou inimputáveis perigosos e com o seu assentimento, excluindo-se pessoas suspeitas da prática de crimes e arguidos (com a ressalva de que, se a base de dados vier a integrar estes últimos, o respectivo registo deverá ser destruído imediatamente após a absolvição ou o arquivamento do processo); (c) painel de marcadores sustentado por critérios de rigor científico e ético e de conhecimento público; (d) destruição de todo o material biológico utilizado para a constituição da base de dados, com excepção das amostras problema enquanto não estiver concluída a investigação; (e) afastamento da possibilidade de utilização na base de dados de elementos constantes de outros bancos de material

---

Mário Ferreira Monte, *O direito penal europeu de "Roma"a "Lisboa" – subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 32 e, ainda, se bem que no contexto explicativo da pretensão de um código penal europeu, pp. 73 e 74.

[647] Sobre o princípio da confiança enquanto princípio jurídico informador da relação entre os Estados no âmbito da cooperação jurídica internacional veja-se Fábio Ramazzini Bechara, *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*, Tese de Doutoramento, Universidade de S. Paulo, Faculdade de Direito, Brasil, 2009, pp. 125 a 137, disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf (acedido em 22 de Fevereiro de 2012).

[648] Art. 21º da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro.

[649] Disponível em: http://www.cnecv.pt/pareceres.php e http://cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasesdadosADN.pdf (acedidos em 02 de Dezembro de 2011)

biológico criados para fins médicos ou de investigação; (f) possibilidade de os dados serem utilizados para fins de investigação forense e epidemiológica desde que irreversivelmente anonimizados; (g) nítida separação entre base de dados pessoais e base de dados de perfis de ADN; (h) manutenção e gestão dos dados a cargo de entidades independentes e pluridisciplinares; (i) licenciamento, certificação e acreditação dos laboratórios autorizados a elaborar os perfis de ADN; (j) exclusão da colaboração internacional da troca de material biológico; (k) proibição da utilização da base de dados construída com fins de investigação criminal para outras finalidades.

III. A base nacional de dados de perfis de ADN está implicitamente ligada à questão do reconhecimento das provas de ADN no nosso processo penal. Partindo da premissa de que, em caso de algum, os marcadores de ADN poderão revelar informação relativa à saúde ou a características hereditárias específicas do indivíduo[650], com excepção do género da pessoa, nela se regula a recolha, tratamento e conservação das amostras de células humanas, a respectiva análise e obtenção de perfis de ADN, a metodologia de comparação de perfis de ADN e o tratamento e conservação desta informação em ficheiro informático. Dispõe a lei que se entende por *base de dados de perfis de ADN* o conjunto estruturado constituído por ficheiros de perfis de ADN e ficheiros de dados pessoais com finalidades exclusivas de identificação, sendo o *perfil de ADN* o resultado de uma análise da amostra por meio de um marcador de ADN obtido segundo as técnicas cientificamente validadas e recomendadas a nível internacional[651]. O perfil de ADN mais não é do que o resultado obtido de uma análise de um marcador de ADN por meio de técnicas cientificamente confirmadas e autenticadas internacionalmente. Os marcadores de ADN, a integrar no ficheiro de perfis, que se pretende sejam normalizados para efeito de eficaz intercâmbio entre os diversos Estados, foram fixados por Portaria conjunta dos ministérios da justiça e da saúde, nº 270/2009, de 17 de Março, de acordo com as normas internacionais e o conhecimento científico sobre a matéria, fixando duas categorias de marcadores: os de inserção obrigatória e os de inserção complementar. Nenhum deles pode ser de ADN codificante. Caso se verifique que o marcador de ADN permite informações sobre a

[650] Art. 2º, al. e) da Lei citada. É o designado ADN não codificante. Entende-se por *marcador de ADN* a região específica do genoma que tipicamente contém informações diferentes em indivíduos diferentes. Ver, também, sobre os marcadores de ADN a analisar, o art. 11º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN (Deliberação nº 3191/2008, de 03 de Dezembro, publicado no DR, 2ª série, nº 234).
[651] Art. 2º, als. l) e f), respectivamente, da referida Lei.

saúde ou características hereditárias específicas, será excluído dos perfis de ADN constantes na base de dados e deixará de ser estudado nas amostras a analisar. A escolha dos marcadores de ADN de inserção obrigatória resulta da já referida listagem — *European Standard Set* — constante da Resolução do Conselho de 25 de Junho de 2001 (2001/C 187/01), da necessidade de compatibilização com os marcadores utilizados nos perfis de outras bases de dados europeias e, ainda, da necessidade de evitar um excessivo número de coincidências entre perfis que, naturalmente, se verificaria se fosse definido um número inferior de marcadores. Os marcadores de inserção complementar estão de acordo com os restantes marcadores utilizados pela Organização Internacional de Polícia Criminal, vulgarmente conhecida como Interpol, e pela comunidade científica internacional e facultam um maior poder de discriminação de forma a evitar situações de falsas coincidências.

IV. Este diploma legal, inspirado na tendencial "verdade da ciência", colocando-a ao serviço de uma justiça mais pronta, eficaz e credível, dada a nova vertente científica, visa facilitar a identificação de suspeitos e vítimas de infracções criminais, vítimas de catástrofes e de acidentes e contribuir nas acções de investigação de paternidade e de maternidade[652]. A finalidade de investigação criminal é prosseguida através da comparação de perfis de ADN relativos a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes, com os das pessoas que, por via directa ou indirecta, possam estar com eles conexionados ou com os perfis existentes na base de dados de perfis de ADN[653]. Esta identificação resultará da coincidência entre o perfil obtido a partir da amostra sob investigação cuja identidade se pretende desvendar — amostra

[652] «O Direito e a ciência são duas formas de conhecimento que em inúmeras áreas se tocam e estão condenadas a interagir entre si. A Ciência Forense auxilia o Direito tornando a Justiça mais científica e mais rigorosa. A tecnologia forense referente ao estudo dos perfis genéticos de ADN constitui, como tem sido sublinhado, fonte de racionalidade cognitiva e instrumental», António Costa, Ministro da Justiça de então, no discurso proferido nas instalações renovadas da Delegação de Lisboa do INML, IP, em 01.06.2007, cuja transcrição se encontra disponível em: http://www.mj.gov.pt/PT/NoticiasEventos/ArquivoImprensa/XVIIGovernoConstitucional/2007/Documents/Discurso_Senhor_Ministro_Base_de_Dados_Perfis_ADN.doc (acedido em 01 de Novembro de 2011).

[653] Uma das questões que se levantam neste domínio é precisamente a da aplicação da lei no tempo. Jorge dos Reis Bravo exprimiu a sua posição nos termos seguintes: «No fundo, bem vistas as coisas, a possibilidade de identificação de perfil de ADN por recurso a uma base de perfis não se distingue do aparecimento de um novo método científico de prova, que tanto pode aplicar-se à investigação de factos praticados em data anterior como posterior ao seu aparecimento, desde que não constitua um método proibido, ou que gere nulidades nos termos do art. 126º do CPP (…), crendo-se mesmo que, com rigor, não se está perante um autêntico problema de proibição de irretroactividade da lei [processual] penal susceptível de implicar um agravamento sensível da posição jurídico processual do arguido», «Perfis de ADN de arguidos-condenados (o art. 8, nºs 2 e 3 da Lei nº 5/2008, de 12-02)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, nº 1, Jan./Mar. 2010, pp. 106 e 107.

problema — e outro ou outros perfis de ADN já constantes no ficheiro — amostras referência utilizadas para comparação — ou entre o perfil resultante da análise de amostra recolhida no arguido.

Um dos modos possíveis de identificação é o que é realizado através do método designado *familiar searching.* Na falta de exacta coincidência entre o perfil obtido a partir da amostra problema e outro ou outros perfis de ADN já inscritos no ficheiro, procuram-se registos de perfis de ADN que contenham alguns alelos partilhados com a amostra problema, busca-se uma coincidência parcial. Deste modo, podem os investigadores chegar a uma pesquisa do agente sob investigação através dos familiares mais próximos deste. Este modo de busca apresenta algum risco: pode dar-se o caso de, por esta via, se encontrarem suspeitos da prática de um crime pela simples e única razão de essas pessoas estarem relacionadas com alguém cujo perfil de ADN faz parte da base de dados, sem que estejam de algum modo relacionadas com o crime em causa. Na Alemanha não é admissível a busca familiar, enquanto nos Estados Unidos da América, cada um dos Estados será autónomo para, em legislação própria, a autorizar. Temos conhecimento que quatro deles — Califórnia, Colorado, Nova Iorque e Florida — já a têm. Maryland proibiu a busca familiar. Todavia, há a tendência de admitir os estudos genéticos de parentesco para esta finalidade desde que com base em autorização judicial[654], não obstante a necessidade de, muitas vezes, se ter de obter ADN de pessoas inocentes que nunca perpetraram crimes.

12.1.1. Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal

I. A base de dados portuguesa vai sendo progressivamente construída, a partir das amostras de voluntários, por meio de consentimento livre, informado e escrito. Se alguém for constituído arguido na pendência de um procedimento criminal, só pode ser considerado voluntário relativamente a amostras que não impliquem a sua utilização na investigação criminal já em curso. Todavia, esta restrição legal ao uso das amostras de voluntário não é impeditiva de, caso o indivíduo esteja constituído arguido num processo pendente, vir requerer a colheita de amostra biológica a fim de exercer o seu

[654] Craig Harman, em Inglaterra, e o pai de Christopher Franklin foram assim descobertos como autores dos crimes que lhes eram imputados. Ver em Francesc Mestres Naval / Josep Vives-Rego, «La resolución de casos abiertos, exoneraciones y análisis familiares por medio de la genética avanzada. Aspectos forenses, sociales y éticos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, pp. 11 e 12, disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc (acedido em 02 de Setembro de 2013).

direito de defesa, ou requerer que a amostra colhida anteriormente na qualidade de voluntário seja utilizada para esta finalidade.

O consentimento coloca a questão da relação da pessoa consigo mesma. O consentimento informado ou esclarecido é a condição sem a qual não sobreviverá o princípio da autonomia que atribui o direito de cada um dos indivíduos tomar decisões sobre si e o seu próprio corpo. Comunicar não é simplesmente informar. Para consentir, no exercício do direito à autodeterminação, é necessário que a informação fornecida seja transmitida de forma completa, acessível, perceptível, clara, precisa, objectiva, e, concomitantemente, que seja compreendida pelo receptor. Só percebendo o sentido e o alcance da informação dada é que o titular do direito poderá decidir em consciência, fazer uma escolha livre, participando activamente, dando ou não o seu assentimento. Os meios da veiculação da informação e o seu conteúdo são elementos essenciais para o perfeito entendimento de quem consente em termos de que tem a certeza do que pretende fazer e da assunção das inerentes consequências. Mais não é do que um diálogo em que dois interlocutores se entendem recíproca e equilibradamente. Do que acabámos de dizer tiramos uma ilação: o pressuposto do consentimento deverá consistir na prévia e imprescindível informação sobre dois aspectos — a intenção que preside à recolha da amostra e as inerentes consequências no caso de o resultado do exame "ser positivo". Só desta forma, o indivíduo poderá avaliar a amplitude, dimensão e consequências do seu consentimento. Preceitua o art. 5º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN que, antes de se proceder à recolha das amostras biológicas é entregue um documento informativo à pessoa em causa[655]. Por força do regime legal português em vigor, a colheita de amostras em arguido ou em condenado não está dependente do seu assentimento. O consentimento só é relevante, para os efeitos da Lei nº 5/2008, em voluntários ou em parentes de pessoas desaparecidas[656].

[655] Que os dados pessoais vão ser inseridos num ficheiro de voluntários, de amostras referência para identificação civil ou ficheiro de condenados, consoante o caso; que o perfil de ADN será obtido no uso de técnicas cientificamente validadas e recomendadas internacionalmente; que a identificação genética não contemplará informação relativa à saúde ou características hereditárias específicas; que o perfil de ADN resultante da extracção da amostra vai ser inserido num ficheiro de perfis de ADN (ficheiro de voluntários, de amostras referência para identificação civil ou de condenados, conforme os casos); que é possível o cruzamento do perfil recolhido com outros existentes na base de dados de perfis de ADN, podendo os dados ser utilizados para fins de investigação no caso dos ficheiros de voluntários e ficheiros de condenados; que a amostra recolhida pode ser conservada num biobanco.

[656] Arts. 6º e 7º da Lei nº 5/2008 e art. 4º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN. A recolha de amostras em menores ou incapazes depende de autorização judicial a obter nos termos do art. 1889º do CC.

II. A recolha de amostras — qualquer vestígio biológico de origem humana destinado a análise de ADN, obtido directamente de pessoa — [657] em processo criminal depende da prévia constituição de arguido[658]. Mas não só. Da conjugação deste diploma com as disposições processuais penais terá de ser ponderada, por despacho judicial, a necessidade da colheita da amostra e da obtenção de perfil, tendo em conta o direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade do visado[659]. Não foi intenção do legislador criar um ficheiro exclusivo e específico de amostras de ADN de arguidos, pelo que, no decurso do processo, essas amostras não transitam imediatamente para os ficheiros de ADN, ficando à guarda do tribunal em que corre o processo, só podendo ser inseridas no respectivo ficheiro, após trânsito em julgado da sentença condenatória, verificados os respectivos pressupostos. Portanto, só em caso de condenação em pena de prisão igual ou superior a três anos, transitada em julgado, é que os resultados das amostras darão entrada em um dos ficheiros da base de perfis de ADN, decretado por sentença, após comunicação a uma das entidades autorizadas para a análise laboratorial com indicação do objectivo pretendido. No caso de se ter procedido à recolha de amostras destinadas à concreta investigação criminal que haja estado em curso, também esta colheita só poderá ter sido levada a cabo por determinação de despacho judicial fundamentado, obrigatoriamente comunicado a uma das entidades autorizadas para a análise laboratorial referenciando o objectivo pretendido[660]. A posição de não criação de um ficheiro relativo a arguidos não condenados vem de encontro com o já decidido pelo Tribunal de Estrasburgo em matérias como a de proibição de provas. Recordamos o caso de dois indivíduos conhecidos por *S. e Michael Marper* que foram objecto de recolha de ADN na sequência das suas detenções[661], em Sheffield. Nenhum deles foi condenado a final e, quer as amostras de ADN, os respectivos perfis, quer as impressões digitais, ficaram registadas e armazenadas na base de dados do Reino Unido, no seguimento da legislação nacional de 1984 que assim permitia — *The Police and Criminal Evidence Act 1984* (PACE). A manutenção destes registos, por tempo

[657] Pode, ainda, o vestígio biológico de origem humana, destinado a análise de ADN, ser colhido em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a recolha com finalidades de identificação – art. 3º, al. b).
[658] Art. 8º, nº 1.
[659] Arts. 172, nº 2, 154º, nº 3 e 156º, nºs 6 e 7, «(…) assim se cumprindo os requisitos de proporcionalidade, necessidade e adequação necessários à restrição de direitos fundamentais», Helena Moniz, «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 120, 2009, p. 149.
[660] Art. 7º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN.
[661] Em 19 de Janeiro e 13 de Março de 2001, por furto e por assédio, respectivamente.

indeterminado, relativos a pessoas acusadas mas não condenadas foi declarada ilegal, por desnecessária, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em 04 de Dezembro de 2008, em decisão tomada por unanimidade, e considerada violadora do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Entendeu este Tribunal que as amostras de ADN e a conservação dos registos destes elementos afectam de forma séria o respeito devido à vida privada pela informação sensível de que são portadoras de cada indivíduo em causa.

III. A colheita pode ser feita a pedido do arguido, no exercício do seu direito de defesa, já o referimos, para determinação do seu perfil genético e, sobretudo, para demonstração de falta de coincidência entre o seu perfil e o da amostra problema[662]. Pode, também, ser ordenada por despacho judicial, oficiosamente ou a requerimento, e realiza-se nos termos estabelecidos no art. 172º do Código de Processo Penal. Que o mesmo é dizer, a recolha de amostra destinada a análise de ADN é ordenada pelo juiz e, se necessário, com recurso à força para a sua obtenção.

As amostras colhidas a requerimento do próprio arguido ou mediante despacho judicial só poderão ser utilizadas como meio probatório no respectivo processo[663]. Porém, quando o arguido assume esta qualidade em mais do que um processo, simultaneamente ou sucessivamente, o juiz pode dispensar a recolha da amostra quando não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha ou, independentemente do decurso do prazo, quando esta se revele desnecessária ou inviável[664]. Mas como não existem ficheiros destinados a perfis de ADN de arguidos, não será viável determinar a dispensa de recolha de ADN. Por outro lado, a dispensa prevista não se articula com a exclusividade da utilização do meio probatório no processo a que pertence. Também não se concilia com o preceituado no nº 7 do art. 156º do Código de Processo Penal segundo o qual, quando se tratar de análises de sangue ou outras células corporais, os exames efectuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho judicial, logo que se determine a sua desnecessidade. Por isso, de acordo com o que defende Paulo Pinto de Albuquerque, o arguido a que se reporta o nº 6 do art. 8º, terá de ser o

[662] Antes da Lei nº 5/2008, já assim era defendido por Helena Moniz, «Problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº 2, Ab./Jun. 2002, p. 240.
[663] Art. 34º, nº 2 da Lei nº 5/2008.
[664] Art. 8º, nº 6 da Lei nº 5/2008.

"condenado" a que alude o nº 2 ou o nº 3 do mesmo artigo[665]. Sobre este aspecto, advogou Helena Moniz a proibição da utilização da amostra colhida em outro processo mas admitindo, excepcionalmente, a possibilidade de ser utilizada aquela amostra, havendo em outro processo um despacho judicial a dispensar nova recolha. «O que significa que o juiz que fizer o despacho a prescindir da recolha terá que, no âmbito deste outro processo, verificar também se estão cumpridos os pressupostos para que, caso não tivesse havido recolha prévia, a recolha fosse possível»[666].

IV. As amostras ficam depositadas durante dois anos e serão conservadas em lugar seguro no Instituto Nacional de Medicina Legal ou outras entidades com as quais tenha sido celebrado protocolo, e sem possibilidade de identificação imediata da pessoa, após o que serão destruídas[667], salvo se entretanto o tribunal tiver comunicado determinação em contrário[668]. Destinam-se à realização de análises e contra-análises necessárias às finalidades de investigação criminal só podendo ser utilizadas como meio probatório no processo em causa. Já as amostras de voluntários e as de pessoas condenadas são destruídas após a obtenção do perfil de ADN. A lei permite, ainda, que as amostras recolhidas no *locus delicti* sejam comparadas com as provenientes dos voluntários.

Quando a recolha for efectuada em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas devem respeitar-se os pressupostos dos exames previstos no art. 171º do Código de Processo Penal.

---

[665] «Com efeito, só em relação a estes [condenados] faz sentido a "dispensa" da recolha da amostra. O sentido da norma do art. 8º, nº 6 é, pois, este: nos cinco anos contados desde a primeira recolha, o juiz pode dispensar a recolha da amostra quando o arguido venha a ser condenado em outro processo que se encontre pendente em simultâneo com o processo onde foi feita a primeira recolha ("processos simultâneos") e quando o arguido venha a ser condenado em processos instaurados e decididos posteriormente ("processos sucessivos"). O mesmo vale para o arguido inimputável a que se aplique medida de segurança nos termos do artigo 92º, nº 2 do CP», *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 467.

[666] Helena Moniz, «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 120, 2009, p. 151: «(…) terá que por força do art. 8º, nº 1, que remete para o art. 154, nº 2 *ex vi* art. 172º, ambos do CPP, *ponderar a necessidade da sua realização* (assim se evitando que uma amostra colhida no âmbito de um processo por terrorismo, por exemplo, possa ser utilizada num outro processo por furto simples, dado que neste último, não estaria cumprido o princípio da proporcionalidade)».

[667] Art. 25º, nº 2 da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto.

[668] O que resulta das disposições conjugadas dos arts. 25º, nº 2 da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto, 31º, 32º e 34º, nº 2 da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro.

Se durante o decurso da tramitação processual não se tiver procedido à recolha de amostras, após o trânsito em julgado da sentença condenatória por crime doloso em pena de prisão concreta igual ou superior a três anos, mesmo que tenha sido substituída, o juiz deve ordenar a pesquisa de vestígios biológicos do condenado. O mesmo se diga, com as devidas adaptações, em caso de declaração de inimputabilidade e aplicação de uma medida de segurança quando o facto ilícito típico corresponda a crime contra as pessoas ou crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos[669]. Esta ordem judicial não visa vir a produzir elementos de prova no processo em que é proferida. A sua finalidade é, tão-só, a de autorizar que os dados do ora condenado passem a constar do conteúdo do ficheiro da base de dados de perfis genéticos, nos termos do art. 15º, nº 1, al. e), para eventual cruzamento, no futuro, com outras amostras biológicas em sede de investigação criminal de outros factos, ou seja, para identificação resultante da coincidência entre o perfil obtido a partir de uma amostra sob investigação e outro ou outros perfis de ADN já inseridos no ficheiro onde constará o do condenado. Verificados os pressupostos de índole objectiva — condenação transitada em julgado por crime doloso e aplicação de pena igual ou superior a três anos de prisão ou medida de segurança nos termos do nº 2 do art. 91º do Código Penal — é determinada judicialmente a inserção em ficheiro do perfil de ADN dos arguidos condenados, não sendo exigida uma fundamentação casuística. Na decisão final o julgador apreciará se, atendendo à personalidade do agente, às condições gerais da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias em que este foi perpetrado, é de concluir que a censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição para efeito de suspensão da pena. A decisão condenatória indicará necessariamente os fundamentos da suspensão e as suas condições, de modo a que sejam cumpridos e efectivados os fins últimos da punição: protecção dos bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade. Levanta-se, nesta sede, o problema de saber se um condenado, face ao circunstancialismo descrito, que não carece de cumprir efectivamente a pena de prisão, merecerá a estigmatização de constar do ficheiro da base de dados de ADN. Uma "ordem ou injunção judicial" [670]

[669] O Tribunal Constitucional Alemão, por decisão de 14 de Dezembro de 2000, declarou a constitucionalidade da inserção no ficheiro dos perfis de ADN dos condenados invocando dois motivos: o registo só é possível em relação a crimes elencados na lei que configuram comportamentos graves e o juiz tem uma intervenção activa no sentido de valorar o perigo de continuação da actividade criminosa do arguido ora condenado.

[670] Na terminologia de Jorge dos Reis Bravo, «Perfis de ADN de arguidos-condenados (o art. 8, nºs 2 e 3 da Lei nº 5/2008, de 12-02)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, nº 1, Jan./Mar. 2010, pp.

determinada por um critério quantitativo, em vez do critério qualitativo do alarme ou ressonância social da infracção ou da reincidência. Pode interrogar-se se a prevista automaticidade levará em conta o imperativo de actuação de *ultima ratio* a que o Estado de Direito está adstrito no exercício da função de esclarecimento da verdade e da realização da justiça. Acresce que a condição de condenado, no que à criação e manutenção da base de dados de perfis de ADN diz respeito, sugere assentar numa antecipação e presunção de culpa relativamente à prática de subsequentes crimes. Por entender que a automaticidade não se coaduna com os princípios da necessidade, proporcionalidade, adequação e igualdade dos cidadãos perante a lei, Paulo Pinto de Albuquerque defende a inconstitucionalidade da norma em causa[671].

De todo o modo, a Lei nº 5/2008 considera a inserção necessária e adequada, mesmo quando haja lugar à aplicação da suspensão da execução da pena. No espírito do legislador esteve presente uma presunção de alarme social e de gravidade da infracção — não assente num juízo judicial casuístico — extraída da consequência jurídica aplicada em concreto, associada à necessidade de o Estado dispor de mecanismos que lhe permitam investigar através do cruzamento de perfis de ADN[672]. O juiz de julgamento ordena a recolha de amostra de ADN (art. 8º, nºs 2 e 3) e a colocação do respectivo perfil do condenado na base de dados nacional (art. 18º, nº 3) sempre que tais pressupostos de natureza objectiva se verifiquem[673]. A recolha pode, contudo, ser

---

115 e 117, pois não as localiza no elenco das penas acessórias, nem das medidas de segurança, nem dos efeitos penais da condenação (art. 29º da Lei nº 34/87, de 16 de Julho).

[671] *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 468. No sentido da não automaticidade de inscrição destes dados, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/10/2011, no Proc. nº 721/10.0PHSNT.L1-5: «I - A recolha de amostras de ADN, a que se refere o art. 8º, n º2, da Lei n º 5/08, de 12-2, não é automática face a uma condenação transitada em julgado, pressupondo a existência de grave perigo de continuação criminosa ou outros receios relevantes que possam ou permitam inferir a necessidade daquela recolha e subsequente conservação. II - Determinando aquela recolha, a sentença deve fundamentar em concreto aquele perigo, de modo a convencer da sua necessidade e proporcionalidade». De forma contrária, Proc. nº 6/11.4TAPTG.E1, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15/05/2012, fazendo depender a inserção na base de dados de perfis de ADN apenas dos requisitos de natureza formal constantes do nº 2 do art. 8º da Lei em apreciação.

[672] A Comissão Nacional de Protecção de Dados, no Parecer nº 18/2007, evidenciou a sua discordância sobre o critério de inserção do perfil de ADN dos condenados. Afirmou nem sempre se mostrar absolutamente necessário e pertinente quando é aplicada concretamente uma pena superior a três anos: «A obrigatoriedade para o arguido de permitir a recolha de amostras apenas por ter sido condenado em mais de três anos de prisão efectiva, independentemente do tipo de crime cometido, independentemente da pertinência do ADN para esse tipo de crime, independentemente da necessidade desse registo para a prevenção especial ou para a investigação de outras infracções, parece ser uma decisão tomada com base exclusivamente num automatismo "cego" no que toca ao princípio da proporcionalidade, mas que parte de um perfil criminógeno da personalidade do arguido», disponível em: http://cnpd.pt/bin/decisoes/2007/htm/par/par018-07.htm (acedido em 01 de Novembro de 2011).

[673] A adopção de um critério qualitativo reservaria a recolha de amostras do condenado só em crimes que «perturbam de forma sensível a paz jurídica ou os idóneos a desprezar o sentimento de segurança jurídica

dispensada[674], sempre mediante despacho judicial, quando ainda não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha, se se tratar de arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, ou, em qualquer caso, quando a recolha se revele desnecessária ou inviável (*v.g.* recolha em arguido gravemente doente e com pouca esperança de vida). A Lei, quando admite a criação de ficheiros de dados de ADN a partir do critério quantitativo — condenações em penas de prisão iguais ou superiores a três anos, mesmo que suspensas —, viabiliza a existência e manutenção de um elevado número de perfis de ADN disponíveis, promovendo a eficácia em sede de cruzamento de dados, porventura, com efeitos na prevenção da reincidência.

V. Após o trânsito em julgado da decisão, a recolha de ADN não poderá ser imposta coercivamente nos mesmos moldes em que o é em sede de inquérito, instrução ou julgamento. Na verdade, o art. 172º do Código de Processo Penal, que permite os exames compulsivos, com recurso à força, se necessário, não é aplicável nesta fase do processo por se tratar de um meio de obtenção de prova. Daí que, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, a imposição se faça com recurso à cominação da prática do crime de desobediência, previsto e punido pela al. b) do nº 1 do art. 348º do Código Penal, por falta à obediência a ordem legítima, regularmente comunicada, emanada de autoridade competente.

O modo de recolha está estabelecido no art. 10º: deve ser realizado através de método não invasivo, respeitando a dignidade humana, a integridade física e moral individual, preferencialmente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente.

Apesar de a Lei não o referenciar expressamente, de acordo com o estabelecido no art. 97º do Código de Processo Penal, o despacho judicial que ordene a recolha em arguido, deverá ser sempre devidamente fundamentado, especificando os motivos de facto e de direito[675].

De acordo com o art. 6º, nº 1 da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto, ninguém pode eximir-se à submissão a qualquer exame médico-legal quando esse se mostre necessário

---

da população». Expressão de Hilger, «Neues Strafverfahrensrecgt durch das OrgKG – 1. Teil», NStZ, 1992, nº 10, p. 462, *apud* José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 233, nota 104.

[674] Art. 8º, nº 6.

[675] Esta foi, de resto, uma das críticas da Comissão Nacional de Protecção de Dados, no Parecer nº 18/2007 sobre o projecto do diploma em causa.

ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente. Ora, para que o arguido possa ter a possibilidade de colocar em causa a necessidade da diligência ordenada ou para que possa compreendê-la terá de conhecer as razões de facto e de direito que o compelem a sujeitar-se a tal exame de recolha de amostra de ADN. E esta possibilidade só estará ao seu alcance quando o despacho for devidamente fundamentado. Alegou a Comissão Nacional de Protecção de Dados que todas as restrições de direitos fundamentais devem ser fundamentadas à luz do princípio da proporcionalidade. A necessidade de fundamentação legal estende-se, na sua perspectiva, também ao despacho do juiz de julgamento que ordene recolha de amostras do condenado [676] . Só em caso de condenação nos termos indicados anteriormente é que as amostras darão entrada em um dos ficheiros da base de perfis de ADN, caso assim o determine o juiz do julgamento. Este ficheiro só será mantido enquanto não decorrerem os prazos de prescrição ou os prazos de cancelamento definitivo do registo criminal, após o que as amostras deverão ser eliminadas.

Caso seja ser ordenado um exame coercivo ilegal, *v.g.* se for imposto coercivamente após o trânsito em julgado da sentença condenatória para os efeitos de recolha de amostras com finalidades de investigação nos termos dos nºs 2 e 3 do art. 8º[677] da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, atendendo a que o âmbito de aplicação do art. 172º, nº 1 do Código de Processo Penal e o dos nºs 2 e 3 do art. 8º da Lei nº 5/2008, não é coincidente — prevendo o primeiro a execução forçada de exame em sede de meios de obtenção de prova e situando-se o segundo em fase processual após o trânsito em julgado da decisão condenatória — o Estado incorreria em responsabilidade civil pela prática de actos no âmbito da função jurisdicional — art. 13º da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro[678].

Embora o nº 3 do art. 6º estabeleça que os arguidos só podem ser considerados fornecedores voluntários de ADN na pendência do processo criminal apenas para fins de investigação civil, na verdade, como já dissemos, quando o arguido, no uso das suas garantias de defesa, requer a análise ao seu ADN a fim de pedir o respectivo perfil, a lei

[676] No parecer 18/2007, a Comissão afirmou «(…) o despacho deve ser fundamentado porque não se deve poder exigir ao titular dos dados que não recuse a submissão a um exame sem fundamento quando o instrumento que ordena esse exame, ele próprio, não apresenta qualquer fundamento», disponível em: http://cnpd.pt/bin/decisoes/2007/htm/par/par018-07.htm (acedido em 01 de Novembro de 2011).

[677] Dispositivos que «constituem efeitos substantivos da sentença condenatória e da sentença de aplicação de uma medida de segurança», Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 448, nota 13.

[678] Veja-se art. 22º da CRP (responsabilidade das entidades públicas).

não poderá impedir, sob pena de inconstitucionalidade — por violação do art. 32º, nº 1 da CRP — que as amostras recolhidas do arguido sejam utilizadas e façam prova no processo criminal em que foram solicitadas. Este será o entendimento conforme à Constituição[679]. Pode dizer-se que, sem despacho judicial motivado, as amostras de ADN recolhidas em arguido, mesmo que com o seu consentimento, não podem ser utilizadas para fins de investigação criminal como meio de prova contra si. Mas, se recolhidas as amostras a seu próprio pedido, a fim de exercer o direito de defesa e correspectivo contraditório, já terão de ser valoradas, assumindo o arguido que as solicitou o risco de o resultado da análise lhe não ser favorável.

VI. As entidades competentes para a realização da análise da amostra com vista à obtenção do perfil de ADN a nível nacional são o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária[680] e o Instituto Nacional de Medicina Legal[681] por ambos reunirem os requisitos de cariz científico, técnico e organizacional, internacionalmente estabelecidos. Contudo, outros laboratórios poderão proceder à análise desde que devidamente autorizados pelo ministério da justiça e do ministério que tutele o laboratório em causa. Não é indiferente ser esta ou aquela a entidade competente para proceder à análise de ADN pois é fundamental que o resultado obtido seja consequência de um conjunto de procedimentos caracterizados pela total imparcialidade e isenção, sem qualquer forma de ligações aos órgãos de polícia criminal, à acusação, ao julgador ou à defesa. A associação ou dependência orgânica ou funcional do laboratório competente a um dos sujeitos processuais permite ou, pelo menos, facilita a obtenção de resultados tendenciosos[682]. São realidades que não se devem escamotear tendo em conta a

[679] Este foi o entendimento da Comissão Nacional de Protecção de Dados no Parecer nº 18/2007, segundo o qual a formulação do nº 3 do art. 6º (cuja redacção foi mantida) é discriminatória e violadora do disposto no art. 2º e 5º, nº 1, al. a) e art. 7º, nº 2 da Lei de Protecção de Dados Pessoais, bem como do art. 13º da Constituição. Por isso, partindo do princípio de que o Projecto pretendia afastar da categoria de voluntários do fornecimento de amostras para definição do perfil de ADN os arguidos sobre os quais tivesse recaído despacho judicial ordenando a sua submissão a exame ou os que tivessem requerido esse exame, a Comissão propunha que o texto legal o mencionasse expressamente.

[680] Com competência exclusiva no âmbito da investigação criminal, criada desde 1957.

[681] Os primeiros serviços públicos médico-legais oficiais datam de 1899, a par do ensinamento da Medicina Legal na universidade como disciplina autónoma. Nesta época, foram criadas as morgues, que perduraram até 1918, onde se faziam as autópsias e exames de clínica médico-legal. Com a extinção das morgues, estes serviços passaram a integrar os Institutos de Medicina Legal de Lisboa, Porto e Coimbra. Após unificação, na sequência da institucionalização de um novo modelo de organização, em 2001, passou a existir um único Instituto designado Instituto Nacional de Medicina Legal, com sede em Coimbra e três delegações no norte, centro e sul do país – Porto, Coimbra e Lisboa. Neste âmbito, procede-se a perícias em patologia, clínica, toxicologia, biologia e genética forense.

[682] Atentemos num exemplo dado por José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos

pretensão de êxito no âmbito da investigação criminal levada a cabo pelos órgãos competentes.

A análise das amostras deve restringir-se apenas aos marcadores de ADN que sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular.

12.1.2. Informação genética pessoal, informação de saúde, base de dados genéticos e bancos de ADN e de outros produtos biológicos e o Programa Nacional de Diagnóstico Precoce

Algo próximo se vem fazendo desde o início da década de oitenta, com a implementação do Programa Nacional de Diagnóstico Precoce e com a recolha de sangue a todos os recém-nascidos, após consentimento dos progenitores, apenas e só com finalidade médica, para rastreio de doenças hereditárias do metabolismo, genéticas[683], ou infecciosas[684]. As fichas com as amostras de sangue ficam armazenadas no Centro de Genética Médica Jacinto de Magalhães (unidade de rastreio neonatal), do Porto, integrado no Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, mediante autorização expressa dos pais, nos actualmente designados *bancos de ADN e outros produtos biológicos*. O Laboratório Nacional de Rastreios, que funciona no Centro de Genética Médica, onde se centralizam todas as análises por razões técnicas, económicas e de recursos humanos, recebe, diariamente, cerca de 600 fichas com sangue seco de recém- -nascidos[685]. Tais amostras encontram-se protegidas ao abrigo da Lei nº 12/2005, de 26 de Janeiro, que define o regime jurídico da informação genética pessoal e da

---

María Romeo Casabona), 2000, p. 270: na Grã-Bretanha, o Sr. Preece foi condenado por dois crimes, um de violação e um de homicídio de uma mulher, com base na análise de vestígios deixados na vítima. Alguns anos mais tarde, o condenado, em recurso de revisão, acabou por provar que a análise realizada às secreções deixadas na vítima coincidia "também" com as suas, para além de coincidir com outros perfis, e que tal facto havia sido omitido pelo perito da *Forensic Science Service*, Dr. Alan Clift, que funcionava na dependência da *Home Office*. Este facto esteve na origem da desvinculação orgânica do *Forensic Science Service* face à *Home Office*.

[683] Diferente, quanto à finalidade, da genética forense que consiste na «aplicação dos conhecimentos de genética (entendida como o estudo das diferenças entre espécies e indivíduos, dentro de uma espécie) na resolução de problemas judiciais», segundo definição de A. Carracedo, M. V. Laréu, C. Pestone, A. Salas, S. Barral, M. Brión, «Valor y limites del ADN em genética forense», *Temas de Medicina Legal*, Coordenação de Duarte Nuno Vieira, Ascensão Rebelo e Francisco Corte-Real, Coimbra, Centro de Estudos de Pós-Graduação em Medicina Legal, 1998, vol. I, p. 397.

[684] Vulgo "teste do pezinho".

[685] Disponível em: http://www.diagnosticoprecoce.org/ (acedido em 27 de Março de 2012).

informação de saúde[686], só podendo ser utilizadas para prestação de cuidados e investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei. Nos termos deste diploma, as informações de saúde[687] estão a coberto da confidencialidade, devendo os responsáveis pelo tratamento desta informação garantir a segurança das instalações e equipamentos, o controlo ao seu acesso e o reforço do dever de sigilo. O acesso à informação de saúde pode ser facultado para fins de investigação desde que anonimizada. Por sua vez, a informação genética mais não é do que a informação de saúde que recai sobre características hereditárias de uma ou várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns, estando excluída desta noção a informação proveniente de testes de parentesco ou estudos de zigotia em gémeos e os estudos de identificação genética para fins criminais.

Entende-se por *bases de dados genéticos* todo o registo, seja informatizado ou não, que contenha informação genética sobre um conjunto de pessoas ou famílias e qualquer pessoa pode solicitar e ter acesso à informação sobre si própria. A informação genética no contexto de diagnóstico pré-natal reveste natureza médica. Toda a pessoa tem direito a saber se um processo clínico, ficheiro ou registo médico ou de investigação contém informação genética sobre si própria ou da sua família e de conhecer as finalidades e usos dessa informação, a forma de armazenamento e prazos da sua conservação.

A Lei cura da obtenção e conservação do material biológico: a colheita de sangue e outros produtos biológicos e a obtenção de amostras de ADN para testes genéticos são objecto de consentimento informado em que deve constar a finalidade da colheita, bem como o tempo de conservação das amostras e seus produtos derivados. Caso o consentimento seja retirado, as amostras e derivados respectivos têm de ser definitivamente destruídos. O material biológico armazenado é considerado propriedade da pessoa a quem pertence, transmissível aos familiares após a morte ou em caso de inacapacidade, devendo ser armazenado enquanto for de comprovada utilidade para os familiares actuais e futuros. A conservação das amostras de sangue recolhidas nos rastreios neonatais deve ser considerada à luz dos potenciais benefícios e perigos

[686] Este diploma define o conceito de informação de saúde e de informação genética, a circulação de informação e a intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde, bem como as regras para a colheita e conservação de produtos biológicos para efeitos de testes genéticos ou de investigação. As bases de dados genéticos, no âmbito desta Lei, destinam-se exclusivamente à prestação de cuidados de saúde e investigação em saúde.

[687] Segundo este diploma legal, a informação de saúde versa sobre todos os elementos, directa ou indirectamente, ligados à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, viva ou falecida, e sobre a sua história clínica e familiar.

individuais e societários, podendo as amostras ser utilizadas para estudos familiares no contexto de aconselhamento genético ou, ainda, para investigação genética, com a condição da anonimização irreversível.

O repositório de amostras biológicas e produtos delas derivados fazem parte integrante dos *bancos de ADN e de outros produtos biológicos* onde se contam as amostras obtidas em programas de rastreio e destinam-se em exclusivo à prestação de cuidados de saúde, incluindo o diagnóstico e a prevenção de doenças, ou de investigação básica ou aplicada à saúde. O consentimento informado é o pressuposto básico para a obtenção e utilização deste banco de material biológico, devendo ser escrito e conter as finalidades do banco — que só pode visar a finalidade de prestação de cuidados e saúde, incluindo o diagnóstico e a prevenção de doenças, ou a investigação básica ou aplicada à saúde —, o seu responsável, as modalidades de investigação a desenvolver, eventuais riscos e benefícios, condições e duração do armazenamento, garantias de confidencialidade e privacidade e, ainda, previsão de tempo para possível comunicação ou não de obtenção de resultados com este material.

Refere expressa e inequivocamente a Lei que os bancos de produtos biológicos constituídos para finalidades forenses de identificação criminal têm regulamentação específica, pelo que não se inserem no regime jurídico acabado de traçar. Assim sendo, o que acabámos de referir não é susceptível de ser inserido na base de dados, nem de ser utilizado para fins de determinação do perfil genético com finalidades de investigação criminal, nem tão-pouco pode fazer parte do *biobanco* a que se refere a Lei nº 5/2008, desde logo porque que se trata de finalidade não abrangida no âmbito desta Lei.

Mais recentemente, a Lei nº 5/2012, de 23 de Janeiro, regula os requisitos de tratamento de dados pessoais para constituição de ficheiros de âmbito nacional, contendo dados de saúde, com recurso a tecnologias de informação e no quadro do Serviço Nacional de Saúde. Aplica-se a todos os estabelecimentos de saúde públicos, bem como aos actos praticados nos estabelecimentos de natureza privada ou social que impliquem encargos para o serviço nacional de saúde e aos sujeitos jurídicos que procedem ao tratamento desta informação. As bases de dados existentes criadas para efeito de emissão do cartão de identificação de utente e previstas no Decreto-lei nº 198/95, de 29 de Julho, serão substituídas pelos ficheiros de dados que se constituirão nos termos desta Lei. O tratamento da informação relativa à saúde é feito por médico ou outro profissional da área, sujeito a sigilo, no âmbito das suas competências. O tratamento destes dados visa as seguintes finalidades: a) organizar, uniformizar e

actualizar a informação relativa à identificação nacional de utente do serviço nacional de saúde; b) gerir e controlar pagamentos e facturação relativa a prestações de saúde e actos associados e comparticipação ou dispensa de medicamentos; c) avaliar o desempenho e financiamento dos estabelecimentos de saúde.

De forma a garantir a segurança e inviolabilidade dos dados e a cumprir as exigências da lei de protecção de dados pessoais, deve assegurar-se a separação entre dados de saúde e dados de identificação[688], estabelecendo-se diferenciados níveis de acesso à informação e o registo generalizado de acessos. Os ficheiros destinados à gestão e controlo dos pagamentos e facturação[689] e à avaliação de desempenho e financiamento[690] não podem conter dados pessoais identificados, com ressalva da admissão de um elemento identificador que permita uma relação lógica com os ficheiros de dados de identificação nacional de utente, quando indispensável para efeitos de auditoria e fiscalização. O titular dos dados tem direito de acesso, de rectificação das informações e de inclusão de informações total ou parcialmente omissas. A entidade responsável pela constituição dos ficheiros é o ministério da saúde para além do organismo competente pelo desenvolvimento, manutenção e operação dos sistemas de informação das entidades do serviço nacional de saúde. Esta entidade comunica com a administração fiscal e com a segurança social[691]. A cooperação, a coordenação e os procedimentos entre estas entidades é objecto de protocolo sujeito à apreciação da Comissão Nacional de Protecção de Dados.

[688] O ficheiro de identificação nacional de utente compreende o tratamento de dados relativos à identificação e contacto dos utentes, estabelecimento de saúde, entidade financeira responsável, médico de família, composição do agregado familiar, condições de benefícios especiais de saúde, incapacidades e óbito.

[689] O ficheiro para fins de gestão e controlo dos pagamentos e facturação inclui o tratamento de dados relativos a prestações de saúde realizadas, prescrições médicas, dispensa de produtos farmacêuticos, requisição e realização de meios de diagnóstico e terapêutica, transporte de doentes, identificação de médicos e outros profissionais de saúde, respectivos locais de prestação e prescrição, entidade financeira responsável e indicação da condição de detenção de benefícios especiais.

[690] O tratamento de dados pessoais relativos à avaliação de desempenho e financiamento abrange a identificação dos estabelecimentos de saúde, actividade, desempenho e assistência, elementos económico--financeiros e recursos humanos.

[691] No que respeita ao tratamento da informação relativa à situação de insuficiência económica do utente.

12.2. Recolha, tratamento e conservação de dados. A questão da reserva da intimidade da vida privada e autodeterminação informacional

Para além do discutido problema do direito à autodeterminação corporal — uma das dimensões do direito à liberdade dos cidadãos — em sede de obtenção de meios de prova coactivos, onde se inscreve a recolha de ADN e subsequente tratamento e conservação dos dados, é o direito à protecção da vida privada consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, instrumentos que influenciaram as legislações nacionais no sentido do seu reconhecimento.

O direito à reserva da intimidade da vida privada é incontestavelmente um direito de personalidade constitucionalmente consagrado no art. 26º, onde se inclui o respeito pela vida privada e familiar dos cidadãos. Goza de protecção no art. 80º do Código Civil [692] e constitui um bem jurídico criminalmente tutelado em capítulo específico do Livro II[693]. É, todavia, um direito de personalidade sujeito a limitação voluntária pelo seu titular[694], no exercício do seu direito de liberdade, desde que não

[692] Com a epígrafe "Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada". Salienta Paulo Mota Pinto, «A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Jurisprudência constitucional*, nº 10, Ab./Jun., 2006), p. 17 que a «definição positiva da noção "vida privada" é consabidamente difícil, e esta noção tem já mesmo sido caracterizada na doutrina como obscura e sem um verdadeiro conteúdo preciso». Também, sobre a dificuldade de definição do conteúdo de "vida privada" e "intimidade", cfr. José Eduardo Figueiredo Dias, «Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 626 ss. Diz: «Ao tutelar-se o bem jurídico da intimidade e da privacidade está-se a proteger um *direito de personalidade* que deve ser considerado como densificação do *princípio da dignidade da pessoa humana*» (p. 628). Salienta o papel activo da jurisprudência na função interpretativa destes direitos e sublinha a consagração constitucional da intimidade da vida privada, no art. 26º, diferentemente do sucedido na Alemanha, que não tem previsão constitucional expressa, em que a protecção deste direito emerge da conjugação dos seus arts. 1º e 2º da *Grundgesetz*, a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade do homem.
Há uma discussão que tem vindo a ser travada sobre a existência do direito ao respeito da vida privada e à intimidade das pessoas jurídicas. Veja-se Elimar Szaniawski, partidário do reconhecimento do direito geral à intimidade às pessoas jurídicas «Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas», *Revista da Faculdade de Direito*, ano 25, nº 25, 1989, pp. 81 ss. Diz, na pág. 89: «A pessoa jurídica, insistimos, só pode se desenvolver e cumprir suas finalidades estatutárias e contratuais se existir para as mesmas uma esfera secreta, que impossibilite a aproximação indesejada dos olhos e ouvidos alheios ou qualquer outra forma de indiscrição, o que é imprescindível para sua existência» e, na pág. 90 «(…) o direito à intimidade genérico das pessoas jurídicas é diverso e não se identifica perfeitamente com o direito geral à intimidade das pessoas naturais. Não possui a pessoa jurídica uma vida familiar. Mas durante sua existência, cresce, se desenvolve e cumpre suas funções sociais e pessoais, necessitando, portanto, de uma esfera íntima que possibilite este desenvolvimento e o cumprimento de sua função social».

[693] Título I – Dos crimes contra as pessoas –, Capítulo VII – Dos crimes contra a reserva da vida privada (arts. 190º e ss. do CP), anteriores arts. 178º e 180º do CP de 1982.

[694] Caracterizada como uma verdadeira declaração negocial – ou declaração unilateral, ou contrato – revogável a todo o tempo, regida pelo Código Civil, cfr. Paulo Mota Pinto, «A limitação voluntária do

contrária aos princípios da ordem pública, conferindo a outrem um direito à agressão, nos termos do disposto no nº 1 do art. 81º do Código Civil, e cuja extensão se define de acordo com a natureza do caso e a condição das pessoas, com alcances e graduações não uniformes, conforme preceituado no nº 2 do art. 80º do Código Civil. Por outro lado, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é assegurado por outros direitos que lhe são instrumentais, como o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a proibição de tratamento informático de determinados dados referentes à vida privada (arts. 34º e 35º, nº 3[695] da CRP, respectivamente).

12.2.1. Dificuldade de delimitação da vida privada e intimidade

I. Sendo certo que os conceitos de *vida privada* — parte da vida não consagrada a uma actividade pública da pessoa[696] — e *intimidade* — esfera íntima do direito à privacidade — não são exactamente coincidentes, na verdade, albergam um carácter de complementaridade no específico modo-de-ser da pessoa humana. O próprio direito à reserva da vida privada e familiar é plurisignificativo pois que se decompõe em outros dois direitos: (a) o «direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem»[697].

O conceito de vida privada tem vindo a ser objecto de discussão no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Este considera que a noção de vida privada «não se presta a uma definição exaustiva; ela pode, conforme as circunstâncias, englobar a integridade moral e física da pessoa. Estes aspectos da noção estendem-se a situações de privação de liberdade»[698].

---

direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 539, declaração que o A. submete a limites materiais, temporais e espaciais, dando como exemplo a inadmissibilidade de limitação *ad eternum* quando violadora de normas de natureza imperativa (pp. 546 ss.).

[695] Preceitua o nº 3 do art. 35º: «A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis».

[696] Conforme Elimar Szaniawski, «Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas», *Revista da Faculdade de Direito*, ano 25, nº 25, 1989, p. 82.

[697] J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 467.

[698] Conforme se lê em «Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelas, ano 10, nº 38, Abril, 1999, p. 277 e 278, a propósito dos arts. 3º (proibição de tratamento desumano e degradante) e 8º (protecção da vida privada) da CEDH, sobre o caso *Kaj Raninen*

Nem o Tribunal Constitucional procedeu de forma decisiva à concretização do conteúdo geral da noção de *vida privada*, conforme refere Paulo Mota Pinto[699]. Apresenta situações pontuais em que o Tribunal Constitucional se tem pronunciado sobre a violação ou não da vida privada e da intimidade das pessoas, ora a propósito da interrupção voluntária da gravidez, ora sobre informações relativas ao estado de gravidez ou à saúde em situações de recrutamento para um emprego, ora sobre a existência de equipamentos electrónicos de vigilância para fins de segurança, a inserção da morada no recenseamento, segredo bancário, segredo médico, entre outras.

Por sua vez, propõem Gomes Canotilho e Vital Moreira que o conceito de reserva da intimidade da vida privada arranque de um «conceito base de "vida privada" que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: (1) o respeito dos comportamentos; (2) o respeito do anonimato; (3) o respeito da vida em relação»[700].

Tomemos em consideração o caso de um recorrente que submeteu à apreciação do Tribunal Constitucional a questão da constitucionalidade das normas contidas nos arts. 125º e 126º, n.º 3, e no art. 374º, n.º 2, *in fine*, do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de ser permitida a admissão e valoração de provas documentais relativas a dados pessoais do arguido respeitantes à sua vida privada, retirados de uma base informatizada, sem o consentimento do visado, por violação do disposto nos arts. 17º, 18º, nºs 1 a 3, 32º, nº 8, e 35º, nº 4, todos da Constituição da

---

vs. Finlândia (condenado a várias penas de prisão por se ter furtado ao serviço militar, em 1992). Em 18 de Junho de 1992, foi levado pela polícia militar para o hospital militar da caserna de Pori. Algum tempo depois foi conduzido algemado, durante mais de duas horas, para a prisão de Sakila, sem que nada no seu comportamento e atitude revelasse que iria resistir; a colocação das algemas foi, no entendimento do próprio, desnecessária nas circunstâncias do caso concreto e um acto praticado com propósito de humilhação. Alguns meses mais tarde, foi-lhe diagnosticado um problema psicossocial indeterminado, tendo sido, em consequência disso, declarado inapto para o serviço militar, consequência dos efeitos nefastos da humilhação a que foi sujeito, segundo o próprio. O direito finlandês em vigor à data previa o recurso à força por parte das autoridades policiais mas apenas em caso de resistência. O acórdão em causa «constitui sem dúvida nenhuma um avanço importante na construção de uma Convenção mais protectora e mais ligada nas suas diversas disposições» segundo as Observações intituladas «La Cour Européenne des Droits de l'Homme face aux traitements contraires à l'intégrité physique et morale des individus» de Jean-Manuel Larralde, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelas, ano 10, nº 38, Abril, 1999, p. 284. No dizer deste comentador, é um acórdão "progressista" do ponto de vista da interpretação e interpenetração dos artigos 3º e 8º da CEDH (p. 293). Um tratamento ou uma pena viola o art. 3º da Convenção se produzir efeitos físicos ou mentais. Mas também invade o direito que é concedido à vida privada.

[699]Refere o Autor: «A jurisprudência constitucional portuguesa não delimitou, pois, a protecção enquanto direito fundamental segundo uma distinção entre "vida privada" e "intimidade da vida privada" – por exemplo incluindo apenas os aspectos respeitantes a um domínio mais limitado e estreitamente ligado à pessoa, ou um "núcleo central" da vida privada. Isto, sem prejuízo da distinção poder relevar para graduar a gravidade da ofensa ou para resolver o conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos», *in* «A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Jurisprudência constitucional*, nº10, Abr./Jun., 2006, p. 17.

[700] *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 468.

República Portuguesa. Pugnou o recorrente pela nulidade da sentença condenatória pela autoria material de um crime de condução perigosa de veículo rodoviário por, no seu entendimento, o tribunal de primeira instância ter valorado provas nulas, porque obtidas mediante ilegítima intromissão na vida privada[701]. O Tribunal Constitucional reafirmou a falta de nitidez das fronteiras da noção da esfera da intimidade da vida privada alegando que «a Constituição e a lei ordinária não estabelecem expressamente o conteúdo e alcance do direito à reserva da intimidade da vida privada». Decidiu que os movimentos e, concretamente, a deslocação de uma pessoa num veículo automóvel, não obstante se processar nas vias públicas, em locais de acesso a outras pessoas, se faz de forma "tendencialmente anónima". As informações fornecidas a terceiros sobre este tipo de movimentação com indicação do local, dia e hora, "poderá comprometer o direito à reserva da intimidade da vida privada do seu condutor". Porém, no que respeita ao acesso a estas listagens para fins processuais probatórios não considera estar verificada uma «inadmissível intromissão na vida privada do condutor do veículo em causa». Os pormenores de espaço e tempo da viagem do condutor e identificação do veículo automóvel, embora sujeitos a reserva, são susceptíveis de serem observados por qualquer outra pessoa na via pública, donde decorre que a protecção está diminuída e cede perante a necessidade de tutela de interesses superiores[702].

Não obstante a falta de contorno definidor dos conceitos em causa, tem vindo a ser aceite que a assunção e reconhecimento da reserva da vida privada visam «assegurar ao indivíduo o domínio sobre a sua esfera privada e, por via disso, um espaço de isolamento e auto-determinação resguardado contra as intromissões e injunções da

[701] O Tribunal de primeira instância deu como provado que o recorrente conduziu o veículo automóvel de matrícula X, pertencente à empresa Y, nas circunstâncias de modo, tempo e lugar constantes da acusação, tendo por base a valoração do conteúdo da lista de passagens do veículo em causa fornecida pela Via Verde Portugal Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S. A. O recorrente invocou que a Via Verde havia revelado dados de tráfego por cujo tratamento automatizado era responsável, estando obrigada ao dever de sigilo profissional e, por isso, proibida de revelar factos ou acontecimentos de que tenha conhecimento ou que lhe sejam confiados no exercício ou em razão da sua actividade profissional. Problemas semelhantes se têm levantado a propósito das facturações detalhadas de linhas telefónicas.

[702] «(…) situando-se o tipo de intromissão *sub iudicio* numa zona já afastada do núcleo mais íntimo da vida privada, justifica-se plenamente que prevaleça o interesse superior da obtenção da verdade material na realização da justiça penal, o qual legitima o conhecimento e a valoração probatória judicial das mencionadas listagens, não se mostrando violados os direitos constitucionais consagrados nos artigos 35º, nº 4 e 32º, nº 8, da CRP», Acórdão nº 213/2008, de 02/04/2008, publicado no DR, nº 86, 2ª série, de 05/05/2008, p. 19995 e 19996.

sociedade e do Estado»[703]. Acrescentamos, assegurando o resguardo tanto da "esfera pessoal simples" como da "esfera pessoal íntima"[704], «núcleo central da vida privada»[705].

É comum falar-se na teoria das três esferas ou teoria dos três graus em sede do direito à privacidade, embora nem sempre com a mesma versão[706], entendendo-se *vida privada* como um conceito mais alargado e mais abrangente que o conceito de *intimidade*: (a) esfera íntima, absoluta, não susceptível de ponderação de proporcionalidade; (b) esfera privada, susceptível de ponderação de proporcionalidade, e (c) esfera social, que toca com os direitos à imagem e à palavra, também susceptível de ponderação de proporcionalidade.

Segundo o Tribunal Constitucional pode estabelecer-se «graduações diferenciadoras entre zonas da vida privada, consoante a sua maior ou menor ligação aos atributos constitutivos da personalidade» e admite «(…) que as exigências de inviolabilidade da esfera privada não se fazem sentir de forma "plana" e uniforme, no interior da área de tutela»[707].

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada preserva o «direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. É a designada *privacy* do direito anglo-saxónico»[708], nas palavras dos Conselheiros do Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 128/92 de 01/04/1992. Acrescentando haver um âmbito pessoal, privado, íntimo ou próprio, reservado ao indivíduo, a que deverão ser alheios o Estado e a sociedade, em que não deverão intervir, «um âmbito regulado pela consciência e pelo juízo de cada um», um recanto de intimidade e não publicidade de cada uma das pessoas.

O direito à intimidade ou à vida privada contempla duas componentes: de um lado, a «autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências

---

[703] Manuel da Costa Andrade, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 727.
[704] Expressões utilizadas por J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 468.
[705] Acórdão nº 442/2007, de 14/08/2007.
[706] Por outros apelidada esfera pessoal, esfera privada e esfera de segredo; ver Paulo Mota Pinto, «A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 530, nota 8.
[707] Acórdão nº 442/2007, de 14/08/2007.
[708] *The rigth to privacy is the right to be alone* na vertente do "direito à solidão" ou do "direito a estar sozinho", "direito a ser deixado em paz", tendo surgido como um direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, em 1890, nos EUA, com Warren e Brandeiss, que publicaram "The right of privacy" na *Havard Law Review*. Posteriormente, estendeu-se a outras áreas da vida das pessoas. Para além desta dimensão da *privacidade*, pode falar-se, ainda, no "direito à intimidade da vida privada e familiar", no "direito à não interferência de terceiros" e no "direito ao anonimato". Os italianos denominam o direito à vida privada *diritto alla segretezza* e designam o direito à intimidade *diritto alla riservatezza*.

estatais e sociais, essa esfera de intimidade», de outro «o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade»[709], excepto se o próprio der o seu assentimento.

A reserva da intimidade da vida privada foi também analisada pelo Tribunal Constitucional a propósito de um recurso interposto emergente de uma condenação pela prática de um crime de condução com uma taxa de alcoolemia de 1,83 g/l., previsto e punível pelos artigos 2º e 4º do então Decreto-lei nº 124/90, de 14 de Abril. O recorrente pugnou pela inconstitucionalidade da norma do art. 6º que permitia que a autoridade policial efectuasse exames na pessoa do arguido — teste de pesquisa de álcool por meio de colheita de ar aspirado — sem a presença do Ministério Público, em plena via pública, aos olhos dos populares, por constituir um enxovalho inútil e uma humilhação violadora dos artigos 1º, 13º, 26º e 32º da Constituição da República Portuguesa. O Tribunal, no Acórdão nº 319/95, de 20/06/1995, decidiu ser o direito à reserva da intimidade da vida privada atingido pelo exame em causa. Considerou, porém, não ser um exame violador do art. 26º da Constituição por com ele não se pretender indagar dos hábitos de vida dos condutores no que respeita à ingestão de bebidas alcoólicas mas, antes, recolher prova de natureza perecível com uma finalidade preventiva. A jurisprudência constitucional sublinha que os direitos reconhecidos pela Lei Fundamental «não proíbem a actividade indagatória do Estado, seja ela judicial, seja policial», desde que adequada e necessária à função[710]. Também proclama não haver desrespeito pela dignidade da pessoa do condutor na submissão ao exame de alcoolemia. Só assim não seria se o resultado, no caso de ser positivo, fosse publicitado pelas autoridades policiais, revelando-se, assim, uma das facetas da vida privada do automobilista — a ingestão de álcool[711].

II. Já vimos que o conceito de vida privada — «o direito a uma esfera própria inviolável onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo

[709] Ainda no mesmo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 128/92, de 01/04/1992.
[710] Justificando: «(…) o quadro legal que rege a matéria, na parte em que permite que os agentes de autoridade policial submetam, por sua iniciativa, os condutores ao teste de detecção de álcool, é de molde a garantir que a actividade policial, essencialmente preventiva, se desenvolva "com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos" (cf. artigo 272º da Constituição)». Cfr. Acórdão nº 128/92, publicado no DR, II série, de 24 de Julho de 1992.
[711] Esta posição tem vindo a ser seguida maioritariamente nos nossos Tribunais de segunda instância, entre os quais se conta, o Acórdão já anteriormente mencionado do Tribunal da Relação de Évora de 11/10/2011, no Proc. nº 101/09.0GBMMN.E1.

titular»[712] — inclui a intimidade, sendo esta uma parte da vida das pessoas que lhes é exclusivamente reservada, não acessível aos demais, confidencial, própria, que deve ficar longe dos olhares e comentários dos outros, fora do conhecimento e alcance dos outros, não divulgável pelos outros, controlada e controlável pelo próprio em relação ao conhecimento que terceiros venham dela a ter, de forma a permitir o livre desenvolvimento da personalidade de cada um, de maneira a garantir a todos e cada um de nós uma qualidade mínima de vida.

Ao lado do direito à intimidade pessoal, na vertente de amparo de interferências exteriores, de resguardo da paz de espírito e da mente do seu titular face às ingerências dos outros e do Estado, está a intimidade corporal. Esta deriva daquela. A intimidade corporal está estritamente relacionada com o pudor e o recato da pessoa. Evidentemente que a parte física do corpo não está toda ela envolvida por este tipo de valoração. Há partes do corpo que são quase públicas, dentro de um determinado contexto situacional e de padrões sócio-culturais. Daí que a sua violação não afecte simultaneamente a intimidade corporal, como acontecerá com a zaragatoa bucal, a extracção de sangue de uma veia de um braço, o corte de unhas ou o desenraizamento de um cabelo.

III. À questão sobre se a realização de prova através do ADN, constitui um potencial de intromissão e devassa na perspectiva do direito fundamental *direito à intimidade*, não se pode responder peremptoriamente de forma afirmativa ou negativa sem antes apresentar algumas considerações.

Do exposto percebe-se que a sujeição a exame de ADN e a manutenção dos resultados na base de dados respectiva pode ou não colidir com o direito à intimidade e privacidade das pessoas, pode ou não ofender a essência do conteúdo destes direitos. Assim sendo, e porque sabemos que a análise de ADN é precedida das intervenções corporais instrumentais necessárias, não se confundindo uma e outra, temos de as separar para este efeito.

No que respeita ao exame propriamente dito, tudo depende do local e partes do corpo examinado e do meio utilizado no respectivo exame, tendo em conta o já explanado anteriormente. No respeitante ao resultado dos exames e análises, não parece afectar tal direito uma vez que só o ADN não codificante poderá ser analisado. Há uma facção de peritos forenses que advoga o discurso do «minimalismo genómico», segundo

[712] Segundo entendimento do Tribunal Constitucional no Acórdão nº 355/97, de 07/06/1997.

o qual a análise de ADN não codificante tem um carácter "inofensivo"[713]. Recordem-se, a este propósito, os vários instrumentos europeus no que respeita à salvaguarda do direito à intimidade das pessoas. Determinam que os perfis de ADN só poderão ser reveladores da identidade do indivíduo e do sexo e, em situação alguma, poderão denunciar os dados de natureza codificante que permitam desvendar qualquer outro dado ou característica genética da pessoa[714].

Assim é no estado actual do conhecimento científico, mas nada garante que, futuramente, não venham a ser descobertas outras componentes identificativas do indivíduo no ADN não codificante reveladoras de traços comportamentais, de doenças, ou outras, risco que não tem sido levado em conta na medida em que não se tem apresentado como uma certeza, podendo não passar de mera especulação; é um risco unicamente potencial, dado que a ciência ainda não está pronta a demonstrar esta possibilidade mas também não a desmente.

IV. O genoma humano entendido como o conjunto de todo o material genético contido nos cromossomas do organismo de cada pessoa identifica a pessoa desde o momento do seu nascimento até à morte. Exprime a filiação. Traduz a unicidade da pessoa. «Deixa uma marca por onde quer que passe e aí fique uma qualquer célula. É uma impressão digital, não de superficialidade dérmica, mas de profundidade genómica»[715]. Porque assim é, o genoma humano fornece ao homem a possibilidade de se conhecer e de se dar a conhecer. Mas a capacidade de o genoma falar da intimidade da pessoa — das suas características físicas, comportamentais, das suas características e defeitos genéticos, da saúde física e mental, do mais íntimo de cada um — fica reservado à informação revelada através do ADN codificante. É este que «conhece o homem na sua identidade profunda»[716].

---

[713] Ver Helena Machado e Susana Silva, «Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética», disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/8808/1/cap6.pdf, p. 158 (acedido em 27 de Janeiro de 2013).

[714] Na legislação portuguesa, a Lei nº 5/2008, assim o exige: segundo o disposto no art. 2º, al. e) o marcador de ADN ou a região específica do genoma que é analisado não permitirá a obtenção de informações de saúde ou de características hereditárias específicas. Assim é, também, na Parte Preambular da Lei Espanhola 10/2007, de 08 de Outubro reguladora da "base de dados policial sobre identificadores obtidos a partir do ADN", publicada no BOE, nº 242, de 09 de Outubro de 2007, pp. 40969 ss.

[715] Luís Archer, «Genoma e intimidade», *Cadernos de bio-ética*, Coimbra, nº 7, Dez., 1994, p. 66.

[716] Ainda Luís Archer, «Genoma e intimidade», *Cadernos de bio-ética*, Coimbra, nº 7, Dez., 1994, p. 66. O Autor aborda a questão da intimidade *vs.* genoma humano, não tanto no sentido de uma forma da vida privada a preservar, mas na perspectiva de uma "esfera privada a construir" a partir de três lemas:

12.2.2. Direito à autodeterminação informacional e perigos associados à automatização de dados pessoais

I. Partimos de uma citação: «a liberdade e a justiça estão tão intimamente relacionadas que não podem dar-se uma sem a outra. Não há liberdade sem justiça, nem há justiça digna de tal nome que não se baseie na liberdade»[717]. Segundo o pensamento Kantiano, sendo a razão uma característica da espécie humana, esta está dotada de autonomia e possui livre arbítrio. O exercício da vontade como corolário da liberdade, elemento fulcral do ser-se pessoa, é, assim, uma das especificidades do ser humano. Assim sendo, do homem fazem parte integrante duas componentes: a teórica, a do conhecimento — a razão — e a prática, da acção — a liberdade. A associação das duas dá-nos um homem inteira e incondicionalmente livre, dono de uma vontade autónoma. Temos, assim, a liberdade obtida a partir do uso da razão. Este atributo do homem — a razão — transmite-lhe a consciência da sua liberdade. Isto é, as pessoas só são livres quando agem racionalmente, quando racionalizam os problemas que têm para resolver. A razão surge como substrato da liberdade, da autonomia e autodeterminação do sujeito[718]. Ora, ser-se pessoa é mais do que a mera junção dos elementos corporal e psíquico, é ser-se contemplado pela liberdade e autodeterminação. Autonomia não é sinónimo de arbitrariedade, é sinónimo de decisão responsável que pressupõe uma efectiva liberdade de autodeterminação. Tanto assim que, segundo este entendimento, se um homem agir alcoolizado não deve ser tratado como homem, mas, antes, como um ser degradado, de condição inferior.

A reflexão sobre a natureza do homem já vem desde os primórdios da sua existência. Antes de mais, o homem foi definido como um ser natural por viver na natureza e dela fazer parte. Contudo, outros seres naturais existiam e existem que se

---

"conhecer", "prever" e "mudar". Conhecer o homem na intimidade e identidade dos seus genes. A partir deste conhecimento, prever o seu futuro e mudá-lo. Conclui o Autor: «A partir da intimidade do genoma, a sua análise constrói uma identidade genotípica e uma esfera privada que ao próprio compete controlar. Poderá até construir correcções do genoma que permitirão o pleno desenvolvimento de personalidades que, sem isso, estariam naturalmente condenadas. Neste sentido, a intimidade da Pessoa, mais do que zona profunda a ocultar, seria semente oculta a desenvolver» (p. 69).

[717] Juan Miguel Mora Sánchez, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnologia del ADN*, Granada, Comares, Fundação BBVA, 2001, p. 105.

[718] «Autonomia, respeito, individualidade, liberdade e pertença à humanidade — alguns aspectos da dignidade», segundo Giselle Câmara Groeninga, «O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade», *Família e dignidade humana: anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, p. 445.

diferenciam do homem exactamente pela racionalidade deste. Já Aristóteles defendia que o racional é um elemento da natureza do homem.

O ser humano está dotado de capacidade de autodeterminação o que lhe permite traçar caminhos, fazer opções e escolhas, dizer sim ou não, eleger prioridades, quer no plano individual, quer social ou cultural.

Os elementos razão, liberdade e responsabilidade, integradores da essência do ser humano, diferenciam-no dos demais seres, e são os verdadeiros emitentes da sua capacidade de autodeterminação[719]. Não é concebível um homem dotado da sua dignidade sem autonomia pessoal, seja na vertente de liberdade de decisão, de livre participação ou de poder de iniciativa. O direito ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana positivado no art. 26º, nº 1 da Constituição é uma das dimensões da autonomia do homem enquanto «corpo vivo e consciente de si, capaz de comunicar e ser interpelado por razões, valores e sentimentos» que reclama mais do que a protecção directa do corpo ou dos genes, substracto da dignidade humana[720].

II. Tendo o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada por objecto o "controlo de informação sobre a vida privada"[721], examina e fiscaliza a comunicação, conhecimento e propagação dos dados pessoais de cada um. Dá lugar ao chamado direito à autodeterminação informacional cuja origem está ligada à protecção de dados inseridos em ficheiros[722], configurando uma nova dimensão do *right to privacy*.

Este direito à autodeterminação informacional, nos termos do art. 35º da Constituição da República Portuguesa, decompõe-se em três direitos. São eles: (a) o direito de acesso aos dados informatizados, sua rectificação e actualização e conhecimento da finalidade a que se destinam; (b) o direito ao sigilo sobre os dados

[719] Francisco Fernández Segado, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos», *Rivista di scienze giuridiche*, Ano L, nº 2, Maio/Agosto 2003, p. 213.
[720] Vasco Duarte de Almeida, «Sobre o valor da dignidade da pessoa humana», *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 1, 2005, pp. 625 e 626.
[721] Paulo Mota Pinto, «A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 528.
[722] Segundo Paulo Mota Pinto, «A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 529 e 530, nota 7, a "noção de autodeterminação informacional foi formulada, para o domínio da protecção de dados constantes de ficheiros, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, segundo o qual "o livre desenvolvimento da personalidade sob as condições modernas do tratamento de dados pressupõe a protecção do indivíduo contra a recolha, armazenamento, utilização e cessão dos seus dados pessoais. (…). Nas condições actuais e futuras de tratamento automatizado de dados, o poder do indivíduo de em princípio determinar ele próprio a cessão e utilização dos seus dados pessoais (…) requer protecção em medida especial"».

constantes de uma base de dados que se estende aos responsáveis sobre a execução e manutenção da respectiva base e terceiros; (c) direito ao não tratamento de certos e determinados dados pessoais[723].

III. O direito à autodeterminação informacional é ofendido quando a cientificização da descoberta da verdade proporciona a automatização de dados e conduz a um gradual crescimento do processamento e armazenamento de informação de carácter individual das pessoas visadas?

Se o direito à autodeterminação informacional reside no poder de o seu titular controlar a informação sobre si próprio, de decidir sobre a revelação dos elementos relacionados com o seu foro pessoal, balizando os seus limites, escolhendo o momento e os destinatários dessa informação, e sendo o ADN não codificante não identificador desses dados íntimos, então não sai aqui atingido tal direito, não obstante, a doutrina pender para o debate da protecção da informação genética. O ADN não codificante e os dados dele proveniente não consubstanciam informação sensível da pessoa, sendo considerado "neutro do ponto de vista dos direitos da personalidade"[724]. Não revela traços de personalidade, nem estados ligados à pessoa como a saúde ou predisposição para patologias, nem outros dados atinentes com o foro íntimo dos indivíduos. Nada de muito diferente da identificação através das impressões digitais. Para além de que estes dados estão protegidos quer por via legal, quer do ponto de vista técnico, no sentido da anonimização, ao que acresce a confidencialidade dos dados, o consequente dever de segredo e a criminalização da sua violação. O que acabámos de expressar baseia-se nos pressupostos que o estado da ciência nos fornece sobre a natureza do ADN não codificante ― o que não invalida que os avanços científicos venham futuramente a desmentir tudo isto ― e nas normas constantes da Lei nº 5/2008 relativa à criação e manutenção da base de dados de perfis de ADN. As análises de ADN visam apenas finalidades de identificação civil e de investigação criminal. Na investigação criminal procede-se à comparação de perfis de ADN entre as amostras de material biológico recolhido nos locais dos crimes com as dos indivíduos que possam estar relacionados

[723] A este direito de controlar a informação, Jorge Miranda e Rui Medeiros atribuem o significado de «um direito de natureza negativa, que permite que um indivíduo negue informação pessoal ou que se oponha à sua recolha e tratamento» e de um direito de natureza positiva, conferindo ao cidadão o poder de fiscalizar a utilização que é feita dos dados que lhe pertencem, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 380.

[724] Cfr. José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 85.

com a infracção, directa ou indirectamente, e os perfis existentes na respectiva base de dados. Ressalva-se, contudo, a possibilidade de comunicação da informação obtida dos perfis de ADN para fins de estatística ou de investigação científica após anonimização irreversível[725].

Em rigor, só o ADN não codificante pode ser utilizado para servir tais desígnios. Mesmo a nível internacional, as bases de dados só devem conter informação relativa a este tipo de ADN que não permite informação sobre a pessoa em causa. Esta é, de resto, uma preocupação oriunda da Decisão-Quadro 2008/615/JAI: apenas deve ser transferida entre os Estados-membros informação relativa aos perfis de ADN desde que obtidos do não codificante, sem que haja transmissão de elementos relativos à identificação directa da pessoa, devendo ser respeitadas e cumpridas as regras em vigor sobre a protecção de dados pessoais. Não esqueçamos que cerca de dez anos antes, as Resoluções do Conselho, de 09 de Junho de 1997[726] e de 25 de Junho de 2001[727], relativas ao intercâmbio de resultados de análises de ADN no que concerne à investigação criminal, já insistiam na necessidade da utilização exclusiva do ADN não codificante. Importante é que a transferência de dados seja efectuada para os estritos fins de investigação criminal, sem desvios e fugas por outros caminhos intransitáveis como os relacionados com questões do foro laboral, da banca e seguros.

IV. Não obstante, não deixa de ser interessante pensar nas possibilidades que o ADN codificante potencia revelar, por exemplo, a origem étnica ou outras características fisionómicas externas de um indivíduo para fins de investigação criminal. Equacionemos a hipótese de ter sido perpetrado um crime e de não haver qualquer outra prova, nem sequer a testemunhal, que permita traçar um retrato do suspeito. Num cenário destes, este tipo de identificação étnica poderia funcionar como ponto de partida para a averiguação do facto. E poderia não configurar violação do direito à privacidade por apenas revelar características externas do agente que são percepcionáveis por todos, a todo o momento[728]. Tal qual acontece com uma fotografia. Teríamos, assim, o *retrato*

[725] Arts. 4º e 23º, respectivamente.
[726] Publicada no JO C 193, de 24/06/1997.
[727] Publicada no JO C 187, de 03/07/2001.
[728] Veja-se Maria de Fátima Pinheiro, «Identificação genética: passado, presente e futuro», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 118, Ab./Jun., 2009, p. 191. A Autora dá-nos conta que na Holanda, desde 2003, é permitida a utilização de marcadores de ADN codificante para fins de identificação de antepassados.

robot genético[729]. De resto, há quem defenda, em tese, a viabilidade da utilização do ADN codificante para fins criminais não vendo qualquer tipo de problemas na determinação dos traços físicos de uma pessoa ou do local geográfico da sua proveniência[730]. A solução não é fácil. Na verdade, enquanto o mapeamento e sequenciação do genoma humano atribui uma identidade ao ser humano, diferenciando-o dos demais seres vivos, também permite o estabelecimento das diferenças individuais de uma pessoa em relação às outras. Ora, assim sendo, desvendando-se o ADN codificante, está a revelar-se o homem que dele é portador. Mas com isto não está a revelar-se a *pessoa*. Com efeito, é reducionista circunscrever o ser humano à sua dimensão puramente biológica, como fazem alguns cientistas[731] porque ele é *corpore et anima unus*. A vertente biológica é apenas uma das suas componentes. O ser humano é também um produto da sua vivência, do processo de socialização, de um modelo educacional, de um conjunto de factores ambientais, económicos e culturais, crescendo e desenvolvendo-se ao longo do tempo nesta dinâmica. Assim sendo, se é certo que a revelação do ADN de um indivíduo declara a sua identidade biológica esta não se confunde com a sua identidade pessoal[732]. A identidade biológica própria de cada um, bem como sua identidade genética, fazem parte integrante de um universo maior que é a

[729] Aflora esta questão Françoise Doutremepuich e Christian Doutremepuich, «Les empreintes génethiques en pratique judiciaire», *10 ans d'empreintes généthiques*, sob a direcção de Christian Doutremepuich, Paris, La Documentation Française, 2001, p. 26.
Raphaël Coquoz, «Profils ADN: matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire? Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN», *Revue pénale suisse*, tomo 118, nº 2, 2000, p.166, utiliza a designação «retrato robot» para definir a análise de ADN. Diz o Autor que na elaboração de um retrato robot não se obterá muito êxito se não se souber o formato e cor dos olhos, tamanho e cor do cabelo, tipo de óculos, etc. O mesmo se passa com a análise de ADN: quanto mais material disponível, melhor, porque «a análise de ADN se conjuga no plural», ou seja, «um único marcador não permite identificar ninguém. É adicionando marcadores que se aumenta a certeza da identificação», sob pena de se encontrar uma correspondência por mero acaso, fortuita, com apreciável prejuízo para a segurança e a certeza jurídicas.
[730] Neste sentido, Ángel, A. Salas e M. V. Lareu, do Instituto Universitário de Medicina Legal da Universidade de Santiago de Compostela, «Problemas y retos de futuro de la genética forense en el siglo XXI», *Cuadernos de medicina forense*, vol. 16, nº 1-2, 2010, pp. 32 e 33, disponível em: http://scielo.isciii.es/pdf/cmf/v16n1-2/revision3.pdf (acedido em 23 de Março de 2012).
[731] É a «perspectiva naturalista, biológica, genética do homem», como a apelida M. Patrão-Neves, «O genoma e a identidade da pessoa», *Genoma e dignidade humana*, Coordenação de Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes, Colectânea Bioética Hoje, V, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 29. Continua: «Se esta visão cientista do homem vingar – expectativa de uns e receio de outros – reconduzirá o homem universal a uma concepção de si estritamente como ser natural e o homem singular à sua dimensão biológica».
[732] «A identidade biológica refere-se à definição do que em cada um dos homens é natural e comum a todos, ou seja, à universalidade da espécie. A identidade pessoal refere-se à enunciação do que é único, ou singular, em cada ser humano», M. Patrão-Neves, «O genoma e a identidade da pessoa», *Genoma e dignidade humana*, Coordenação de Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes, Colectânea Bioética Hoje, V, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, pp. 32 e 33.

identidade pessoal. A identidade civil, a cultural, a religiosa e a étnica são componentes da identidade pessoal.

Auto-consciência, autodeterminação, capacidade intelectual e liberdade são outros dos sustentáculos da identidade do homem enquanto pessoa. «A pessoa não existe apenas do ponto de vista genómico já que há nela uma dimensão racional, espiritual e uma vivência ambiental»[733].

V. Realidade mais problemática é a da criação de uma base de dados no interesse do Estado e da segurança pública sem possibilidade de os indivíduos controlarem a informação que nela consta sobre si próprios e de esta informação ser utilizada sem o seu consentimento para fins além dos permitidos[734].

Em numerosos diplomas internacionais a protecção da informação genética está salvaguardada em várias normas: desde o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem[735], passando pelo art. 6º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem[736], indo até aos arts. 11º e 12º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, que estabelece, logo no seu art. 2.º, o primado do ser humano. Declara: «*O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência*»[737].

---

[733] Reproduzindo Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito do genoma humano*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 172. Na p. 173, acrescenta: «Em cada genoma humano há uma alma. A pessoa existe pela própria sobrevivência da sua alma que ultrapassa o "tempo" terreno e não acaba com a morte física. A alma é a raiz, o pilar do ser humano». Perspectiva segundo a qual a pessoa é um ser material e espiritual, dotado de substância e alma, na senda do pensamento do Cristianismo.

[734] Possibilidade colocada ao serviço de um Estado assumidamente securitário, campo de proclamação de políticas eugénicas, como as exaltadas por Hitler, quando, em alguns dos seus discursos, apregoava as qualidades da raça humana: "os homens deviam ser magros, altos e rápidos como uma lebre, fortes como o cabedal e duros como o aço".

[735] «1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros».

[736] «Ninguém poderá ser discriminado com base nas suas características genéticas de forma a violar ou que tenha o efeito de violar os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana».

[737] Foi assinada por Portugal em 4 de Abril de 1997; aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 1/2001, de 3 de Janeiro, publicada no DR, I Série - A, nº 2; ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 1/2001, de 3 de Janeiro, publicado no DR, I Série - A, nº 2; o depósito do instrumento de ratificação data de 13 de Agosto de 2001 (Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros nº 108/2001, de 1 de Outubro, publicado no DR I Série – A, nº 228) e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1 de Dezembro de 2001. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19.htm (acedido em 01 de Fevereiro de 2013). Art. 11º (Não discriminação): «É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu património genético». Art. 12º (Testes genéticos preditivos): «Não se poderá proceder a testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene

O progresso tecnológico apresenta, é certo, alguns perigos de discriminação que não podemos deixar de salientar. Desde logo o risco de *genetic fishing expeditions*[738] que consiste na possibilidade de elencar certas imperfeições e erros cromossomáticos indiciadores de uma determinada propensão para certo tipo de criminalidade, como a violenta, associando características físicas, psicológicas ou comportamentais a determinado tipo de criminalidade. A tipologia desta informação genómica acarreta inconvenientes de discriminação e de tentações políticas eugénicas, preocupações que se estendem a todos, desde juristas a biólogos[739].

Outro perigo associado ao uso destas técnicas na ciência forense é exactamente o de se poder fazer a busca de particularidades no perfil de ADN de subgrupos raciais, étnicos[740], de minorias, etc. — em teoria, facilmente concretizável, por exemplo, no seio de determinados grupos populacionais (*v.g.* população prisional) — na tentativa de determinação de "identidades sociais", e a sua utilização na perseguição de suspeitos criminosos, sobretudo no âmbito da luta contra o terrorismo, controlo da ordem pública e controlo da imigração nos serviços aduaneiros e nas fronteiras.

É de suma importância a Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, de 24 de Abril de 2009, na prevenção da utilização abusiva destes dados, encarregando o seu Presidente de a transmitir ao Conselho, e para conhecimento à Comissão, aos Governos e Parlamentos dos Estados-Membros. É paradigmática a sua alínea i): «Deverá ser proibida a recolha de dados sobre indivíduos apenas com base no facto de estes terem uma determinada origem racial ou étnica, convicção religiosa, orientação ou

---

responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado».

[738] Designação dada por um Procurador da Califórnia segundo Andrea de Gorgey, «The advent of DNA Databanks: implications for information privacy», *American Journal of Law and Medicine*, XVI, nº 3, 1990, p. 389.

[739] Neste sentido, cfr. Maria Carolina Vaz Goulart, Flávia Godoy Iano, Paulo Maurício Silva, Sílvia Helena de Carvalho Sales-Peres e Arsênio Sales-Peres, «Manipulação do genoma humano: ética e direito», *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 15, supl. 1, Rio de Janeiro, Junho, 2010, p. 3, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700082 (acedido em 28 de Janeiro de 2012): «O conhecimento das características genéticas humanas pode ensejar discriminação, quando aliado ao poder do homem de interferir na constituição genética dos seres humanos, e poderá conduzir à prática criminosa de "limpeza étnica", gerando, com isso, uma discussão de até que ponto é ético a utilização dessas informações genómicas».

[740] A pertença a um grupo étnico permite, em teoria, estabelecer a designada "identidade social" a par da "identidade individual" e a "classificação ou categorização social dos indivíduos", ou, ainda, a "racialização da sociedade" relacionando características biológicas e comportamentais, conforme Helena Machado, Susana Silva e António Amorim, «Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», Análise Social, Ano XLV, nº 196, 2010, pp. 540, 542 e 550, disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1283950470C0xRF9bo4Yl23YJ7.pdf (acedido em 09 de Outubro de 2012).

comportamento sexual ou opinião política, ou por serem membros de movimentos ou organizações que não são proibidas por lei; devem estabelecer-se salvaguardas de protecção e possibilidades de recurso contra a utilização discriminatória de instrumentos de aplicação da lei».[741]

Todavia, numa perspectiva positiva de um disciplinado uso dos dados sobre os perfis de ADN, fora do plano da investigação criminal, sempre se poderá entender este procedimento — o *profiling* com origem étnica, racial ou de grupo — como uma forma não necessariamente de discriminação, mas até, eventualmente, de inclusão. De facto, sendo a base do ADN comum aos vários povos, na verdade, existem especificidades genéticas em relação às diversas raças que à ciência importa estudar, no uso da liberdade de investigação, ao serviço do homem, destinado ao aperfeiçoamento das suas condições de vida. Em termos genéricos, o conhecimento científico permite afirmar que «a essência genética de um caucasiano é o que não é: não é asiático, nem africano, e assim sucessivamente»[742].

No âmbito da Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, relativa à protecção dos dados pessoais tratados no quadro da cooperação policial e judiciária em matéria penal, nos termos do art. 6º, o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica apenas é admissível quando tal for absolutamente necessário e desde que a legislação nacional preveja garantias adequadas.

Neste campo, face à legislação portuguesa, a etnia, não fazendo parte dos ficheiros dos perfis de ADN, é um elemento que será inserido no ficheiro da base de dados pessoais conexa. Com efeito, o auto de colheita de amostras e de identificação em arguidos e condenados lavrados ao abrigo do art. 8º, nºs 1, 2 e 3 da Lei nº 5/2008, nos termos dos Anexos II – C e D do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, contém o grupo étnico do examinado e dos seus progenitores.

Note-se que, em princípio, tanto na Lei de Protecção de Dados Pessoais[743], como na Lei da Protecção de Dados Pessoais face à Informática[744], a origem racial ou étnica é matéria vedada no tratamento dos dados pessoais. No entanto, abrem excepções,

[741] JO C 184E de 08/07/2010, p. 126: Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho referente ao problema da exploração de dados para a obtenção de perfis, nomeadamente com base na origem étnica e na raça, nas operações de luta contra o terrorismo, manutenção da ordem, controlo da imigração, alfândegas e controlo fronteiriço [2008/2020 (INI)].
[742] Joseph Pugliese, «Identity in question: a grammatology of DNA and forensic genetics», *International Journal for the semiotics of law*», 12, nº 4, 1999, p. 441.
[743] Ver art. 7º (Tratamento de dados sensíveis) da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro.
[744] Ver art. 11º (Restrições ao tratamento de dados) da Lei nº 10/91, de 24 de Abril, alterado pela Lei nº 28/94, de 29 de Agosto, que aprova medidas de reforço da protecção de dados pessoais.

permitindo o tratamento destes dados, em situações, entre outras, como a de necessidade de declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial, para fins estatísticos ou de investigação, desde que as pessoas a que respeitam não sejam identificáveis, pelos serviços públicos, com garantia de não discriminação e mediante prévio parecer da Comissão Nacional da Protecção de Dados Pessoais Informáticos, ou se estes dados tiverem sido fornecidos a instituições pelo respectivo titular, com conhecimento do seu destino e utilização. A Constituição da República Portuguesa, não obstante proíba, no nº 3 do art. 35º, a utilização da informática para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, ressalva o consentimento expresso do titular e autorização prevista por lei, com garantias de não discriminação, ou destinada a processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

É significativo o disposto no art. 8º da Lei da Protecção de Dados Pessoais. Na verdade, os serviços públicos com competência específica definida na respectiva lei de organização e funcionamento, com prévio parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais, podem criar e manter registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias, para fins de investigação policial. O tratamento destes dados pode ser autorizado pela referida Comissão quando necessário à execução de finalidades legítimas sempre que os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados não prevaleçam. O tratamento dos dados pessoais destinados a fins de investigação policial deve restringir-se ao necessário para prevenir um perigo concreto, reprimir uma infracção determinada, para exercício das competências próprias, ou para executar acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte[745].

Importa mencionar que as matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas condicionam o direito à informação dos administrados e limitam o princípio do *arquivo aberto* da Administração[746], no que

[745] No Título IX, respeitante à Administração Pública, o art. 272º da CRP preceitua sobre a actuação da polícia: «1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. 2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário. 3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. 4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional».

[746] Sobre os dois temas, direito à informação dos administrados e a protecção da reserva da intimidade da vida privada, face a uma sociedade de informação, tecnológica e digitalizada e a uma Administração

respeita ao acesso aos arquivos e registos, conforme prevê o nº 2 do art. 268º da Constituição[747].

VI. A questão pode complicar-se em sede de cruzamento e intercâmbio de dados a nível internacional ou até mesmo mundial ― pois que um dia lá se vai chegar de forma plena. A informação digitalizada é facilmente transmissível e amplamente relacionável. Só uma séria, recta e generalizada política de processamento, tratamento, acesso, comunicação, divulgação e difusão dos dados pessoais constantes nas mais variadas bases de dados nacionais assegurarão a incorruptibilidade do direito à identidade pessoal, genética e biológica dos cidadãos do espaço global. A ampla necessidade pragmática de eficiência e eficácia na prossecução do fim pretendido da administração da justiça criminal, as extraordinárias e crescentes capacidades da tecnologia informática e do cientificismo, a praticamente imbatível corruptibilidade na inserção e transmissão de dados dos cidadãos, quando conjugadas, podem conduzir a inevitáveis sequelas à privacidade dos titulares dos respectivos dados. A *teoria do mosaico* anuncia os riscos provenientes do inter-relacionamento dos dados pessoais: é susceptível de associar informações de várias bases de dados que, em si mesmas consideradas, são comuns e pouco significativas, mas quando cruzadas com outras, abrem a possibilidade de traçar um perfil completo do visado excedendo o âmbito e violando os limites normativos impostos pelas legislações internas e pelos instrumentos internacionais[748].

---

aberta e comunicante com o exterior, que potencia a fácil recolha de dados pessoais e seu acesso, cfr. José Eduardo Figueiredo Dias, «Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 615 ss. Parte do princípio de que nenhum destes direitos goza de tutela absoluta e procura encontrar o equilíbrio entre ambos, levando em consideração tanto a esfera pessoal, como a vertente societária.

[747] Que enuncia os direitos e garantias dos administrados, conferindo-lhes o direito de serem informados pela Administração, desde que assim o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o direito de conhecerem as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. O direito à informação dos cidadãos em face da Administração Pública toca directamente com um outro direito fundamental previsto no art. 37º da CRP – *liberdade de expressão e informação* – que não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo de censura. Também não se pode dissociar o direito à informação de um outro direito enunciado no art. 48º da CRP – *direito de participação na vida pública*. Nestes termos, para além de todos os cidadãos terem o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos, também têm o direito de ser esclarecidos objectivamente sobre actos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades sobre a gestão dos assuntos públicos.

[748] Ver Juan Miguel Mora Sánchez, *Aspectos substantivos y procesales de la tecnologia del ADN*, Granada, Fundação BBVA, 2001, p. 277.

VII. Um dos segmentos da autodeterminação «enquanto expressão de um estado de direito democrático que postula a existência de um princípio geral de liberdade do indivíduo»[749], já o vimos, é a autodeterminação informacional. Esta teve a sua origem no livre desenvolvimento da personalidade humana e é uma das extensões do respeito pela dignidade humana[750]. Nos termos do art. 35º da Constituição todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e têm o direito de conhecer a finalidade a que se destinam. Remete para a lei ordinária a definição do conceito de dados pessoais, bem como das condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização e garante a protecção dos dados pessoais através da exitência de entidade administrativa independente. Por sua vez, a lei nº 10/91, de 29 de Abril, relativa à protecção de dados pessoais face à informática, consagra o direito à informação, acesso, actualização e utilização dos dados. Qualquer pessoa tem direito a ser informada sobre a existência de ficheiro automático, base ou banco de dados pessoais que lhe respeitem e respectiva finalidade, bem como da identidade e endereço do responsável do ficheiro. Tem, também, direito à exactidão e actualidade dos dados e a que só sejam utilizados para a finalidade determinante da sua recolha, salvo autorização legal (arts. 13º, 14º e 15º). O direito de acesso de cada cidadão às informações registadas sobre si em ficheiros automatizados, bancos e bases de dados só pode ser condicionado por força da lei sobre o segredo de Estado e segredo de justiça (art. 27º).

O referido art. 35º da Constiruição articulado com o direito à intimidade na sua dupla dimensão — negativa ou de não invasão ou interferência e positiva ou de fiscalização e controlo das informações automatizadas e sua transmissão — reserva a cada um de nós o monopólio sobre a recolha, tratamento, divulgação e utilização de toda a informação relacionada com os dados pessoais. Atribui o poder de cada um decidir "quem, o quê, quando e em que contexto pode saber sobre si"[751]. E alarga-se no sentido de proclamar o "direito a não saber" nada sobre si próprio, nomeadamente, no

[749] Paulo Otero, «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, AA.VV., vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 123.

[750] A autodeterminação informativa nasceu na Alemanha, uma criação jurisprudencial, nomeadamente, numa sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 15 de Dezembro de 1983, em que surge como uma consequência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana e da dignidade humana, ambas com assento na referida Constituição Alemã, nos arts. 2º e 1º, respectivamente. É a *informationelle Selbstbestimmung*.

[751] Expressão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, citada por Manuel da Costa Andrade, *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 22.

que respeita a matérias relacionadas com a saúde e com o corpo. O que ganha todo o significado, sobretudo, em sede do ADN codificante, dado ser tão desconcertantemente revelador do ser humano. Não terá sido por acaso que a Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, adoptada unanimemente por aclamação na Conferência Geral da UNESCO, em 11 de Novembro de 1997, reconheceu, na al. c) do art. 5º, o direito de cada indivíduo de «decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes»[752]. Daí que a Lei nº 10/91 preceitue que a finalidade determinante da recolha de dados deve ser conhecida antes do seu início[753].

Neste aspecto é crucial o consentimento informado. A relação da pessoa consigo mesma envolve a utilização da liberdade, da autonomia individual e da autodeterminação enquanto instrumentos de navegação, gizando, a cada momento, a existência da informação de cada um.

O consentimento informado ou esclarecido é a condição sem a qual não sobreviverá o princípio da autonomia que atribui o direito de cada um tomar decisões sobre si e o seu próprio corpo. O princípio do consentimento informado está reconhecido no art. 6º da Lei nº 5/2008 e no art. 10º da Lei da Protecção de Dados. Para consentir, o indivíduo terá de ser previamente informado sobre a intenção que preside à recolha da amostra e as inerentes consequências no caso de o resultado do exame "ser positivo". Só desta forma o arguido poderá avaliar a amplitude do seu consentimento, uma vez que «todos os contributos probatórios do arguido terão de corresponder ao exercício esclarecido da sua liberdade»[754].

12.2.3. Compatibilidade da base de dados de ADN com a legislação de protecção de dados pessoais

I. A recolha, tratamento, utilização e conservação de análises de ADN e armazenamento dos respectivos perfis pode dar lugar ao chamado *homem de cristal*. As suas características individuais, no caso, a revelação de traços de uma vertente da sua

[752] Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf (acedido em 10 de Abril de 2012).
[753] Art. 12º, nº 3.
[754] Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 202.

identidade — a identidade genética, biológica e genómica — é matéria sobre que se deve ponderar.

Sendo verdade que o ser humano não se reduz à sua dimensão biológica, também não é menos verdade que a informação genética de cada um revela muito sobre a sua pessoa: é única, por o ADN ser individualizante, pois se não repete em duas pessoas[755], é inalterável dado que se conserva durante toda a vida e é universal no sentido de todas as nossas células conterem a mesma informação genética ao longo de toda a vida, desde o nascimento até à morte.

A constituição e manutenção de ficheiros e intercâmbio de perfis de ADN só é exequível a partir da existência de ficheiros automatizados e de bases de dados, o que toca directa e genericamente com as questões do tratamento de dados pessoais e uso da informática e, especialmente, com a Lei de Protecção de Dados Pessoais — Lei nº 67/98, de 26 de Outubro — e com a Lei de Protecção de Dados Pessoais face à Informática — Lei nº 10/91, de 29 de Abril, com alterações introduzidas pela Lei nº 28/94, de 29 de Agosto, que aprovou medidas de reforço da protecção de dados pessoais. De resto, a protecção ínsita nestes diplomas legislativos deriva da consagração constitucional, no art. 35º, do direito de acesso de todos os cidadãos aos dados informatizados que lhes digam respeito, à sua rectificação, actualização, e direito de conhecer a finalidade a que se destinam. O legislador ordinário, por remissão da Constituição, estabelece três ordens de proibições: (a) a utilização da informática para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis; (b) o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei; (c) a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. Garante livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei ordinária o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiriços e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. Assegura protecção idêntica aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais.

Sem pretensão de nos alargarmos sobre a disciplina da protecção de dados pessoais, por não fazer parte do objecto do nosso estudo, temos, porém, de conectar a

[755] Com excepção dos gémeos univitelinos, por estes poderem ter a mesma sequência de ADN.

Lei nº 5/2008 com o tratamento e livre circulação dos dados pessoais e a correlativa utilização informática.

No que concerne ao armazenamento dos correspondentes resultados na base de dados, existem garantias de não violação deste direito, dada a protecção conferida por lei aos dados pessoais no âmbito dos tratamentos automatizados. A Lei nacional atribui o direito à protecção de dados pessoais dos cidadãos, quer por via positiva, quer por via negativa, ou seja, confere aos titulares dos dados o direito de permitir ou negar a sua utilização. Veja-se que o nº 2 do art. 3º da Lei nº 5/2008 sujeita o tratamento dos perfis de ADN e dos dados pessoais aos princípios consagrados na legislação específica reguladora da protecção de dados pessoais, nomeadamente, ao estrito respeito pela reserva da vida privada, autodeterminação informativa e demais direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Hoje o ADN não codificante — do que se trata nesta sede — não fornece traços físicos, nem a constituição fenotípica dos indivíduos, não permite a obtenção de informação de saúde, nem características hereditárias específicas, nem características de personalidade, nem fornece o mapa genético completo de uma pessoa; serve apenas para conhecer a identidade, determinar o sexo do sujeito e, eventualmente, estabelecer o grau de parentesco deste com outrem[756], numa palavra, toca com uma parcela da identidade genética do visado na vertente da sua constituição biológica, um dos segmentos da sua existência, não atingindo a profundidade da grandeza total do ser-se pessoa que encerra o duplo registo da dimensão biológica e social desta e a dimensão da sua personalidade. O perfil genético obtido a partir do ADN não codificante não fornece informação exaustiva sobre a pessoa, nem informação considerada sensível[757]. Não divulga o carácter da pessoa, as suas aptidões, desejos, alegrias, tristezas, afectos, paixões, amores, ódios. Não revela características físicas ou comportamentais que, segundo estudos científicos e resultados estatísticos, permitam associar aquele tipo de

[756] Por este motivo é que Autores como Chiara Fanuele falam da contitularidade dos dados genéticos, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009, p. 67.

[757] A Lei nº 67/98, de 26 de Outubro, sobre protecção de dados pessoais, fornece-nos uma definição sobre o que deve entender-se por "dados sensíveis" – dados pessoais referentes a convicções religiosas, filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada, origem racial ou étnica, tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos. A estes se contrapõem os "dados não sensíveis" ou "dados geralmente acessíveis" nos termos do art. 6º da Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal, do Conselho da Europa, que não são sinónimo de "dados públicos". Na verdade, os "dados não sensíveis", como o endereço, a profissão, o estado civil, são sempre de carácter privado, cabem na titularidade da pessoa a quem pertencem. Todavia, o acesso a este tipo de dados pessoais está à distância da simples consulta de uma certidão de nascimento, por exemplo.

perfil à prática de certas categorias de crimes. Não contém em si informação identificativa do agente muito para além da proveniente das impressões digitais ou da que já resulta da análise hematológica. O poderio elucidativo do ADN codificante não é comparável com as propriedades informativas mais restritas do ADN não codificante. Pelo exposto, as questões jurídicas e éticas atinentes à esfera da personalidade e intimidade, são relevantes apenas no âmbito do ADN codificante, dado o seu carácter distintivo do ADN não codificante. A realização de prova através da análise de ADN dentro dos parâmetros definidos não constituirá um potencial de intromissão e devassa, em particular, do direito de autodeterminação informacional. A estrutura classificativa utilidade *vs*. nocividade propõe-nos um sentido de não censura do registo e manutenção destes dados. Verificam-se riscos de «redução do ser humano a mero objecto de conhecimento pondo--se a descoberto circunstâncias que pertencem ao mais íntimo do indivíduo»[758] mas se utilizado o ADN codificante.

Aspecto diferente é o do conteúdo do ficheiro de dados pessoais propriamente dito conexo com o ficheiro de perfis de ADN. Este contém numerosos elementos que são armazenados e que não são provenientes do resultado da análise de ADN. Efectivamente, aquando da realização dos exames são captados dados pessoais do examinado. De forma a assegurar a autenticidade e identificação do visado, os laboratórios competentes — de polícia científica, do Instituto Nacional de Medicina Legal, ou outro designado para o efeito — devem certificar-se da identificação daquele através da recolha da impressão digital, de fotografia e extracção de cópia do documento de identificação que tem de ser apresentado. Realizada a análise, juntamente com o perfil de ADN, são enviadas para a sede do Instituto Nacional de Medicina Legal, pelo laboratório, cópias do referido documento de identificação, da fotografia e da impressão digital. Estes elementos serão anexados ao ficheiro de dados pessoais[759]. Por sua vez, o auto de colheita de amostras e de identificação em arguidos e em condenados exarado ao abrigo do art. 8º, nºs 1, 2 e 3 da Lei nº 5/2008, nos termos dos Anexos II – C e D do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, contém os dados constantes do documento de identificação civil, como data de nascimento,

[758] Citando José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 198.
[759] Cfr. Art. 6º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN para fins de investigação civil e criminal.

naturalidade, estado civil e, para além destes, profissão e etnia do próprio e seus progenitores.

Com excepção da etnia, todos os dados acima mencionados são referentes de identificação não integradores do desrespeito pela intimidade da pessoa e tolerados socialmente[760]. Importante é que o sujeito não se converta em simples objecto de informação, reservando-se a possibilidade de controlar as informações existentes nos registos sobre a sua pessoa[761] e, sobretudo, quando se sabe que os dados vão integrar um ficheiro automatizado, que poderá ser transmitido a outros Estados no âmbito da cooperação para prevenção e repressão criminal.

II. Os perfis de ADN resultantes da análise das amostras e os correspondentes dados pessoais são introduzidos e conservados em ficheiros de dados de perfis de ADN e ficheiros de dados pessoais. O uso de ficheiros automatizados onde se guarda esta informação genética pressupõe a existência de garantias de informação, de acesso e conhecimento do registo, de correcção de inexactidões ou supressão de irregularidades por parte do titular dos dados e de segurança, confidencialidade e sigilo da parte da entidade responsável pelas respectivas bases de dados e de todos os profissionais e técnicos envolvidos. A preceder a tramitação do tratamento destes dados contamos com a reserva da intervenção judicial a autorizar ou ordenar expressamente, fundamentando, a recolha das amostras a partir da constituição de arguido e a conservação da informação relativa a essas amostras em ficheiro de condenados — arts. 8º, nº 1 e 15º, nº 1, al. e) da Lei nº 5/2008 —, judicialização que confere uma garantia adicional ao cidadão contra excessos ou abusos na realização destes procedimentos.

Dispõe no art. 3º, nº 1, já o vimos, que o tratamento dos perfis de ADN e dos dados pessoais se deve processar em harmonia com os princípios consagrados nos termos da legislação que regula a protecção de dados pessoais, com transparência e respeito não só pela vida privada, como pela autodeterminação informativa e outros direitos fundamentais.

O sujeito passivo da colheita goza do direito de informação previsto no art. 10º da Lei de Protecção de Dados, antes da recolha da amostra[762]. Tanto assim que é

[760] Veja-se com que facilidade, por exemplo, nos dias de hoje, os cidadãos fornecem o seu número de identificação fiscal em todos os postos de venda e prestação de serviço.
[761] J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 551.
[762] Segundo o art. 9º da Lei nº 5/2008.

entregue ao examinado um documento com o teor do Anexo III do regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, constante da Deliberação nº 3191/2008, algo de semelhante ao sucedido com a formalidade da constituição de arguido num processo criminal. Entre outros aspectos, o visado é informado que os seus dados pessoais vão ser inseridos num ficheiro de dados pessoais, que o perfil de ADN a extrair da amostra será obtido segundo as técnicas cientificamente validadas e recomendadas cientificamente a nível internacional; que não será obtida informação de saúde ou de características hereditárias específicas; que o perfil de ADN vai ser inserido num ficheiro de perfis de ADN (ficheiro de voluntários ou ficheiro de condenados); que é possível o cruzamento do perfil com os existentes na base de dados de perfis de ADN, podendo os dados ser utilizados para fins de investigação criminal nos casos de ficheiros de voluntários e de condenados; que a amostra recolhida pode ser conservada num biobanco nos casos de familiares de pessoas desaparecidas, sendo imediatamente destruída após a obtenção do perfil de ADN, nos casos de voluntários e condenados.

O cruzamento entre o perfil obtido pela amostra problema sob investigação e os perfis já inscritos no ficheiro de perfis de ADN deve realizar-se de acordo com a Lei de Protecção de Dados[763], ou seja, o cruzamento deve ser adequado à prossecução das finalidades legais, sem implicar qualquer forma de discriminação ou de diminuição dos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados, com a adopção de apropriadas medidas de segurança[764].

O direito de acesso do titular dos dados, previsto no art. 11º da Lei de Protecção de Dados[765], é aplicável ao titular do perfil inserto na base de dados de perfis de ADN de forma a conhecer o conteúdo do registo ou dos registos que lhe respeitem. No entanto, a comunicação dos dados ao titular é restringida no caso de ser susceptível de prejudicar a segurança do Estado, a prevenção ou a investigação criminal, caso em que será o conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN a informar apenas sobre os elementos que não coloquem em causa os mencionados interesses[766].

---

[763] Nos termos do art. 13º da Lei nº 5/2008.
[764] Art. 9º, nº 2 da Lei nº 67/98.
[765] Direito a obter do responsável pelo tratamento dos dados, sem demoras ou custos excessivos, com periodicidade razoável, de forma livre e sem restrições, confirmação de serem ou não tratados dados sobre a sua pessoa, finalidades, categorias e destinatários dos dados, comunicação de forma inteligível dos seus dados e informação sobre a origem dos dados, conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado, rectificação, apagamento ou bloqueio dos dados incompletos ou inexactos e notificação aos terceiros a quem os dados hajam sido transmitidos da rectificação, apagamento ou bloqueio. A Lei nº 5/2008, no art. 25º, confere a qualquer pessoa o direito de exigir a correcção de eventuais inexactidões, a supressão de dados indevidamente registados e o preenchimento de eventuais omissões.
[766] Art. 24º, nº 3 da Lei nº 5/2008.

O conselho de fiscalização — órgão composto por três cidadãos de reconhecida idoneidade, designado pela Assembleia da República, entidade administrativa independente, com poderes de autoridade e responsável apenas perante a Assembleia da República — procede ao controlo da base de dados de perfis de ADN, sendo o Instituto Nacional de Medicina Legal a entidade responsável por esta base de dados e pelas correspondentes operações, tendo como atribuição o tratamento dos dados relativos à base de dados de perfis de ADN.

Vozes existem no sentido de propor a judicialização do controlo desta base de dados e dos ficheiros dos dados pessoais conexos dada a importância do seu conteúdo. Se a Lei nº 5/2008 impõe a intervenção judicial para autorizar ou ordenar a colheita de amostras e a conservação da informação genética em ficheiro de condenados, não se vê por que motivo afasta a intercessão judicial no controlo da base de dados[767]. Trata-se de uma fase subsequente à colheita de amostras em que a independência e isenção do poder judicial poderiam dar amparo de segurança aos cidadãos relativamente aos seus dados informatizados.

O não cumprimento de obrigações relativas à protecção dos elementos constantes dos ficheiros de perfis de ADN e dados pessoais será punido como contra-ordenação ou como crime, nos termos previstos nos arts. 35º e seguintes e 43º e seguintes da Lei de Protecção de Dados. A revelação ou divulgação de dados, total ou parcialmente, de elementos constantes da base de dados de perfis de ADN, constitui crime de violação do dever de sigilo previsto no art. 47º da referenciada lei, punível com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. O dever de sigilo profissional abrange os responsáveis das colheitas de amostras, da obtenção dos perfis, da inserção, comunicação, interconexão e acesso aos ficheiros que contêm os perfis de ADN e os dados pessoais. Este dever não cessa com o termo das funções[768].

A Comissão Nacional de Protecção de Dados — entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República e exerce as suas competências em todo o território nacional — é o órgão que o Instituto Nacional de Medicina legal deverá consultar sempre que careça de

[767] Neste sentido, José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, pp. 273 e 274: «(...) se a intervenção corporal prévia e a ordem de realização da análise de ADN estão reservadas à autoridade judicial, não vemos motivo para que o armazenamento informatizado dos resultados de ADN e todas as questões com ele conexas tenham de escapar-se, nesta última fase do procedimento de ADN, do controlo judicial».

[768] Do mesmo modo, igual obrigação recai sobre os membros do Conselho de Fiscalização que se mantém após o termo do mandato (art. 28º).

esclarecimentos quanto ao tratamento de dados pessoais e as deliberações adoptadas nestas matérias pela Comissão deverão ser respeitadas e cumpridas[769].

Compete, ainda, à Comissão Nacional de Protecção de Dados verificar as condições de funcionamento da base de dados de perfis de ADN e as condições de armazenamento das amostras, sempre de acordo com as disposições da Lei da Protecção de Dados Pessoais[770], sendo esta, de resto, a sua principal incumbência — controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de protecção de dados[771]. Tem o dever de denunciar junto do Ministério Público as infracções penais de que tenha conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas e de praticar os actos cautelares e urgentes para assegurar os meios de prova, podendo ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados e proibir, temporária ou definitivamente, o tratamento de dados pessoais, ainda que incluídos em redes abertas de transmissão de dados a partir de servidores situados em território nacional.

[769] Art. 17º, nº 2 da Lei nº 5/2008.
[770] Art. 37º da Lei nº 5/2008.
[771] Ver arts. 21º e 22º da Lei nº 67/98.

PARTE III

NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA NA UNIÃO EUROPEIA, TRANSFERÊNCIA DE DADOS PESSOAIS E DE MEIOS DE PROVA

13. Novos tempos, novas vontades?

13.1. Particular exigência da manutenção da paz e da harmonia em comunidade e a reacção nacional

13.2. Constatação das ameaças e instrumentos de combate adequados. A reacção internacional

13.3. Cooperação mundial contra o terrorismo e outras actividades criminosas graves conexas

13.4. Polícia e segurança externa

13.4.1. Na União Europeia

13.4.2. Em Portugal

13.5. Intercâmbio e conservação de dados de ADN

13.5.1. A questão dos sistemas laboratoriais de polícia científica

13.5.2. A questão da harmonização dos sistemas judiciais

13.5.3. A questão do intercâmbio e protecção de dados na Lei da Base de Dados Portuguesa de Perfis de ADN e Instrumentos Europeus

13.5.3.1. O cruzamento de dados

13.5.3.2. Riscos inerentes. A questão da protecção dos dados pessoais, da conservação dos dados e das amostras

13.6. Instrumentos de reconhecimento mútuo, formas de asseguramento dos meios de prova e a outra face da moeda, o arguido

PARTE III

NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA NA UNIÃO EUROPEIA, TRANSFERÊNCIA DE DADOS PESSOAIS E DE MEIOS DE PROVA

13. Novos tempos, novas vontades?

Vivemos tempos diferentes e difíceis em que as novas tecnologias se estenderam ao âmbito do criminalmente punível quer como instrumento do crime, quer como ferramenta de investigação criminal. As ameaças aos bens jurídicos individuais e supra-individuais são mais e maiores. Os actores do crime actuam *em rede*. As causas da criminalidade na Europa — disfuncionalidade familiar, acentuadas diferenças sociais e desigualdade de oportunidades, instabilidade económica, heterogeneidade étnica, mobilidade das populações, incapacidade dos guardiães da segurança interna e externa, entre outras — intensificaram-se[772]. A Europa, congregada, colocou na hierarquia das suas preocupações a edificação de um espaço de liberdade, segurança e justiça[773] e traçou as linhas fundamentais dos direitos humanos na designada Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, um novo elemento a levar em consideração, sobretudo pelo primado do direito comunitário[774]. Nesta senda, novas soluções normativas emergiram para alcançar o bem-estar colectivo. Condicionalismos vários, desde os políticos aos sócio-económicos, redimensionaram a necessidade de os Estados

[772] Veja-se Horst Entorf e Hannes Spengler, *Crime in Europe. Causes and consequences*, Berlim, Springer, 2002, designadamente, pp. 29 ss., apresentando quadros, gráficos e estatísticas, com variáveis e indicadores, sendo Portugal um dos países estudados.

[773] Um dos objectivos a atingir pela União Europeia que ressalta da interpretação conjugada do art. 3º do Tratado da União Europeia e do art. 67º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

[774] É de referir, contudo, que o primado comunitário pode ceder perante o direito interno dos Estados quando estiver em causa a realização e efectivação de direitos fundamentais dos cidadãos em virtude da designada *garantia do nível da protecção mais elevada dos direitos fundamentais* que tem vindo a ser reconhecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

garantirem uma existência humana plácida e segura. Esta tarefa criou a «apetência ("gulosa"/ "dolosa") de ingerência das autoridades públicas»[775] na vida dos cidadãos. Os poderes públicos empenham-se na defesa da imperturbabilidade do bem-estar geral e «as exigências de segurança vão sacrificando um espaço cada vez mais vasto e atingindo um núcleo cada vez mais essencial da liberdade da pessoa»[776].

13.1. Particular exigência da manutenção da paz e da harmonia em comunidade e a reacção nacional

I. Na sociedade moderna há um inimigo a combater ― o delinquente. O problema pode surgir quando é necessário o Estado decidir o modo de o fazer e partilha com a população a visão maniqueísta do bem e do mal, dando resposta às reacções sociais de indignação e de intranquilidade, nomeadamente em contextos em que o fenómeno criminal abunda[777]. O que pode proporcionar que esse combate vá sendo feito à custa de aparatosos meios de *eficientismo criminal* que passam pelo poder legislativo na sua pior vertente ― estamos a referir-nos ao inconsequente, inútil e dispensável direito penal simbólico ―, pelo reforço da força da autoridade pública, pela demanda comunitária de punições mais severas e pela diminuição de garantias do arguido. Deste modo, apazigua-se o sentimento de medo de uns (da maioria), pelo sentimento de medo de outros (da minoria). O paradoxal é que o Estado, se por um lado demonstra o seu empenho em encontrar soluções para aquietar a sociedade, por outro, derrapa no caminho da definição de prioridades. Ou seja, de um lado ouve-se a sonoridade da reclamação colectiva contra a impunidade, vozes revelando o estado de insegurança, intranquilidade e de desconfiança nas instituições jurídicas, quando o que inquieta e preocupa verdadeiramente a colectividade é o tipo de criminalidade dominante ― crimes violentos contra a vida, a integridade física, a liberdade, nas suas várias cambiantes, e contra o património, potenciados, agora, também, pela panóplia de problemas sociais e económicos como o crescimento das desigualdades, a fome, o elevado índice de desemprego e a miséria ―, de outro lado, constata-se o aparente

[775] Parafraseando António Vitorino, «Direitos, liberdades e garantias», *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. I, AA.VV., Coimbra Editora, 2012, p. 27.
[776] Assim o dizem Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 384.
[777] «Criminalidade e medo da criminalidade marcam a contemporaneidade», conforme explicita Anabela Miranda Rodrigues, «Política criminal – novos desafios, velhos rumos», *Lusíada*, nº 3, 2005, p. 16.

voluntarismo do Estado, definindo veementemente prioridades de política criminal e legislando, dando mostras de um activismo militante em categorias de criminalidade que pouco apoquentam a população, recolhendo-se, as mais das vezes, na discussão da criminalidade económico-financeira. Trata-se de uma criminalidade não menos danosa mas, na verdade, esta forma de reacção normativa demonstra que a actuação político-criminal em concreto se limita a uma parte dos problemas reais dos cidadãos. Outras vezes, sem perspectiva do *todo jurídico*, o Estado envia para o exterior sinais de atenção relativamente aos alertas sociais e dá passos nesse sentido mas ultrapassando a linha intransponível dos direitos fundamentais. O lema da prioridade de perseguir e punir os criminosos, custe o que custar, se necessário for com supressão de garantias, constitui uma ameaça aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados[778].

II. Reconhecemos que novas fórmulas de reforço da tutela penal, quer a nível substantivo, quer a nível processual, nos devem deixar mais vigilantes. Porque o Estado há-de ser um "Estado dos cidadãos", cuja existência se funda na necessidade de os servir[779], e não na servidão destes. Precisamos de um Estado forte, é certo, mas estruturado no lado oposto da arbitrariedade e opressão[780]. Posto isto, a administração da justiça penal necessita de «capacidade inventiva para lograr a tarefa de filigrana de criar meios de "moralizar" os direitos de defesa do arguido» e «aturado rigor na preocupação de salvaguardar o núcleo essencial destes mesmos direitos», parafraseando Anabela Miranda Rodrigues[781]. O Estado de direito democrático obriga-se a observar e a preservar o respeito pela pessoa humana, a dar-lhe sentido e conteúdo, independentemente da sua expressa consagração constitucional.

[778] Um exemplo desta atitude é o que se passa com algumas das alterações legislativas constantes da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro.
[779] Conforme José Manuel M. Cardoso da Costa, «O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional Portuguesas», *Direito Constitucional, Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Coordenação de Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti, São Paulo, Dialética, 1999, p. 192. Neste sentido «o Estado existe por causa do homem, e não o homem por causa do Estado» (p. 191).
[780] Neste sentido, ver Reginaldo M. Pizzorni, «La dignità della persona umana e l'autorità dello Stato», *Apollinaris*, Vol. LXIX, nº 3-4, 1996, p. 648 que se refere à necessidade de um Estado forte que não se confunde com um Estado prepotente.
[781] «A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo novo"», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº 4, Out./Dez. 2002, p. 551.

13.2. Constatação das ameaças e instrumentos de combate adequados. A reacção internacional

I. Um dos objectivos da União Europeia é a criação de um «espaço de liberdade, segurança e justiça» (art. 3º TUE), desiderato de máxima importância para o indivíduo em particular e para a comunidade em geral[782]. Do novo contexto cultural, político, social e económico emergiram novas formas de criminalidade e de violência com o contraponto da insegurança e medo das populações. Sobretudo no âmbito da criminalidade organizada internacional e global que inclui factos típicos como terrorismo[783] — quase sempre baseado em fundamentalismos religiosos e cada vez mais potenciado pelo progresso tecnológico —, tráfico de estupefacientes, de armas, de pessoas ou de órgãos humanos[784], de materiais químicos, nucleares ou biológicos, corrupção, branqueamento de capitais e contrabando. O que gerou a adopção de um novo conjunto de reacções formais em nome da luta contra o crime, quer nacionais, quer além-fronteiras[785].

---

[782] «Não basta pois garantir segurança; é preciso restituir a crença na ideia de que a Europa é um lugar seguro», assim afirma Mário Ferreira Monte, *O direito penal europeu de "Roma"a "Lisboa" – subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 174.

[783] Imagine-se o que seria um ataque massivo com objectos de pequena dimensão tripulados remotamente, equipados para provocar um ataque biológico, lançar explosivos ou libertar material radioactivo. Meios que podem provocar danos incalculáveis, com custos directos e marginais inimagináveis para bens individuais como a vida e o património, para a própria organização internacional e para o sistema de justiça criminal. A literatura e a cinematografia de ficção ficam muito aquém das potencialidades do desenvolvimento tecnológico de topo da actualidade. De resto, hoje, já se pode falar da existência de uma guerra camuflada levada a cabo com os ataques por meio dos *drones* dos EUA, no Paquistão.

[784] Criminalidade em franca expansão, segundo Steve Harvey, Chefe das Operações da Europol, fruto do "ambiente económico actual", entendimento corroborado pela Comissária Europeia do Interior, Cecília Malmstrom, numa conferência organizada em Bruxelas pela Comissão Europeia e pelo Centro Europeu de Jornalismo. As vítimas, tanto são homens, como mulheres e crianças. O tráfico destina-se para fins sexuais, para utilização de mão-de-obra forçada na agricultura, na construção e na indústria têxtil e até para doação de órgãos. A exploração sexual é a dominante, abrangendo uma parcela de cerca de 75% desta criminalidade e atinge sobretudo as mulheres (79%), segundo dados recolhidos entre 2008 e 2010. A livre circulação de fronteiras facilita a execução dos crimes e dificulta o seu combate. Abril de 2013 foi a data limite fixada para que os países da UE integrassem na sua legislação nacional a directiva comunitária sobre protecção, assistência e apoio a vítimas de tráfico, aprovada em 2010.

[785] Atente-se que, no Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos – (2010/C 115/01) –, adoptado pelo Conselho Europeu para o período de 2010 a 2014, prevê-se a necessidade de, ao nível do direito substantivo, nos domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça, entre a qual se conta o terrorismo, o tráfico de seres humanos, o tráfico de droga, a exploração sexual de mulheres e crianças, a pornografia infantil e a criminalidade informática, se formularem incriminações comuns e de se definirem níveis mínimos comuns de penas máximas. São sobretudo estas as infracções graves a que alude o art. 83º, nº 1 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Veja-se JO C 115 de 04/05/2010, p. 15. Neste documento reafirma-se a prioridade atribuída ao desenvolvimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça como forma de resposta a uma das preocupações fundamentais dos povos da União Europeia, que já vem desde a implementação dos Programas de Tempere e de Haia. Trata-se de um programa que define as orientações estratégicas da

Estamos em crer que os atentados terroristas de 11 de Setembro, em 2001, nos Estados Unidos da América, em 11 de Março de 2004, em Espanha e de 07 de Julho de 2005, no Reino Unido, marcaram, de forma alargada, a nível internacional, o panorama jurídico-criminal e foram o incontestável motor de uma produção normativa acelerada, de recriação de mecanismos securitários e da incontornável necessidade de (re)aproximação de modelos valorativos no caminho de uma integração internacional dos poderes públicos, mais condizente com os novos perigos e novas formas de ameaça.

A segurança é um dos principais elementos da vida dos cidadãos, proporcionadora do livre desenvolvimento da pessoa nas suas mais diversificadas vertentes — individual, social, económica, política. Porém, não sendo um valor absoluto, encara a barreira dos direitos fundamentais dos cidadãos. Quando a opção é a do primado da segurança, deparamo-nos com uma «sociedade paralisada, incapaz de assumir mudança, progresso e riscos»[786].

II. Nos momentos de emergência é de suma importância o Estado saber discernir *legitimidade* e *legitimação* na sua intervenção política e jurídica[787] porque se é um imperativo «travar o combate contra a criminalidade organizada, é também não menos necessário travar o combate da cultura democrática: pelo respeito dos direitos naturais e no culto da liberdade. Sem qualquer destes combates, é a própria comunidade que está sempre em perigo»[788]. Pelo que não há espaço para vias de intolerância e intransigência. Um pouco à semelhança do que sucede nos conflitos armados internacionais. Queremos com isto dizer que as guerras, embora muitas vezes conduzidas por móbeis alegadamente humanitários, na verdade, não deixam de causar o terror, de provocar a devastação e desolação de famílias, a destruição de bens, enfim, não deixam de ser agressões injustas e imerecidas na órbita de soberania de um Estado produzidas por outro[789].

---

programação legislativa e operacional no espaço de liberdade, segurança e justiça, nos termos do art. 68º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

[786] Assim Nieves Sanz Mulas, «De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-10, 2012, p. 28, disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf (acedido em 11 de Fevereiro de 2013).

[787] Enquanto a primeira parte do poder representativo, a segunda, centra-se na adesão e confiança dos cidadãos. Veja-se Laura Zúñiga Rodríguez, *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 33.

[788] Germano Marques da Silva, «Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)», *Lusíada*, nº 3, 2005, p. 81.

[789] Ver as reflexões de Erhard Denninger, «Derechos humanos, dignidad humana y soberanía estatal», *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (tradução de Cristina Hermida del

Este enquadramento de busca por soluções para novos e graves desvios de conduta dá lugar a discussões em torno do designado *movimento de lei e ordem*[790], *direito penal simbólico*[791] e do *ressurgimento do punitivismo*, que preconizam a eliminação ou o encurtamento de algumas garantias processuais, que se têm como estruturantes e edificantes do direito adjectivo penal, um direito substantivo mais severo, com novos tipos legais, molduras penais mais graves, enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade[792], mais repressão e alargamento da sua incidência ao regime de execução das penas. Movimentos oriundos de demandas colectivas assentes em estratégias de natureza populista justificativas do desígnio estatal de repor a ordem quebrada com o cometimento de crimes, movimentos que tendem a perspectivar inconciliáveis a eficiência da perseguição da criminalidade e o concomitante respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, conduzindo mesmo, em quantidades mais ou menos indesejáveis, a uma ampliação dos meios de combate ao crime[793].

Llano) Ano V, nº 9, Jul./Dez. 2000, pp. 285 ss. O A. questiona o uso da força militar em nome de valores como a liberdade, integridade e dignidade da humanidade, as nominadas "guerras justas" (*bellum iustum*) e a ingerência de um Estado na soberania de outro, face às atrocidades perpetradas com violação dos direitos humanos. Razão por que as «guerras se tornam suspeitas e as suas fronteiras duvidosas» (p. 292).

[790] Que defende a introdução no aparelho sancionatório de penas como a de morte, pena perpétua e endurecimento do processo, reforçando a estadualidade. A posição intermédia entre as modalidades extremadas dos movimentos *de lei e de ordem (Law and order)* e *abolicionista* (que vai ao ponto de defender a supressão do direito penal) é a do *direito penal mínimo*, *fragmentário* e *subsidiário*. Veja-se a propósito dos recorrentes três discursos penais – *vox populi*, *law and order* e descriminalização ilimitada e total –, Paulo Ferreira da Cunha, *A Constituição do crime – da substancial constitucionalidade do Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 26 ss.

[791] Através dos quais os Estados pretendem iludir as populações, transmitindo-lhes tranquilidade — só aparente — dando-lhes a sensação de que a assertiva lei penal tudo resolve, como se fosse uma "varinha de condão". Mas «o Direito Penal não comanda e, muito menos impulsiona as transformações sociais» conforme realça Alberto Silva Franco, «Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Fasc. 2, Abr./Jun. 1996, p. 181. De resto, este A., nas páginas 184 e 185, exemplifica o prestativo direito penal simbólico com o insucesso das leis nº 8.072/90 — lei dos crimes hediondos, crimes cujo grau de lesividade é manifestamente expressivo (sequestros, raptos, crimes sexuais, tráfico ilícito de estupefacientes, entre outros) —, 8.930/94 — inclusão do crime de homicídio nos crimes hediondos quando praticado em actividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado —, 9.034/95 — lei do crime organizado, que não a definindo, se dedicou à disciplina da produção da prova. A lei nº 8.072/90 prevê a impossibilidade de extinção da responsabilidade criminal por amnistia ou indulto relativamente às seguintes infracções: a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo; também afasta a possibilidade de fiança, na redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007, e em caso de recurso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

[792] Permitindo a indeterminação dos tipos legais e interpretações que redundam em tipificações analógicas.

[793] Winfried Hassemer, chama a atenção para o facto de os direitos fundamentais já não serem direitos de defesa contra o Estado. Diz: «Os direitos fundamentais tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade e um aspecto importante na dogmática jurídico-criminal alemã é a invenção de um direito à segurança», *in* «Processo Penal e Direitos Fundamentais», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 22. Veja-se, do mesmo Autor, sobre o agravamento das medidas coercivas de investigação *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, pp. 69 e 70.

Na direcção daquele movimento, autores há que advogam o designado direito penal do inimigo, com a sua formulação inicial dada em 1985 por Günther Jakobs, que marca o contraste entre os delinquentes *benévolos* e os *malévolos*[794], entre o indivíduo *pessoa* e o indivíduo *fonte de perigo*[795].

Assim como o homem foi capaz de construir armas químicas, nucleares e bacteriológicas na sequência do progresso, da mudança e da voraz procura de caminhos para atingir o êxtase e o êxito, também é capaz de, invocando a utilidade para a eficiência e o bem-estar comum, criar dois direitos — um geral e sóbrio, outro específico e agressivo. Quando assim age, pode estar a traçar os meios da sua própria destruição[796]. Ou, como diz Germano Marques da Silva, pode estar a delinear o "desmantelamento do Estado de Direito na sua forma, mas sobretudo na sua substância"[797].

Figueiredo Dias encara esta realidade propondo dois tipos de ponto de equilíbrio quando estiverem em causa interesses em conflito: «(…) um para a criminalidade "geral", mesmo quando deva reputar-se grave ou muito grave». Defende que, neste

---

[794] Para Jakobs *inimigo* é o indivíduo que, de forma permanente e duradoura, abandonou o direito, autoexcluindo-se, não oferecendo garantias da existência de um mínimo cognitivo de segurança e revela este défice através do seu comportamento. Tal concepção está na base da crítica que lhe é apontada de transformar o direito penal do facto em direito penal do autor.
Também Rousseau defendeu que todo aquele que violasse o contrato social estaria em guerra com a comunidade organizada, perdia o estatuto de cidadão e morria como inimigo.

[795] O indivíduo fonte de perigo é o inimigo perigoso que como tal deve ser tratado. O estatuto de *não--pessoa* está reservado aos que cometem crimes graves e reiteradamente. Assim sendo, está-se perante indivíduos a quem falta a "garantia cognitiva mínima de não voltar a reincidir". O tratamento como pessoa está reservada aos que aderem ao estado de cidadania, só eles podem beneficiar deste conceito de pessoa por só eles participarem da segurança da colectividade. Um dos exemplos de tratamento a nível processual é a total incomunicabilidade com o advogado do preso por crime de terrorismo prevista nos § 31 e ss. da Lei Alemã EGVGG (*Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*).
Jakobs, por opção político-criminal, distingue entre direito penal dos cidadãos e direito penal do inimigo e, jusfilosoficamente, estabelece a distinção entre *pessoa* e *não-pessoa* para o Direito Penal. As *não-pessoas* são as que não frustram as expectativas normativas, como se verifica com os inimputáveis, ou as que frustram as expectativas normativas e não oferecem garantias mínimas de não voltar a cometer crimes no futuro, como acontece com os imputáveis perigosos. Em verdade, Jakobs não retira de forma absoluta o estatuto de pessoa a quem quer que seja porque em situação alguma trata as pessoas como "um animal perigoso" como referencia Jesus-María Silva Sánchez «Los indeseados como enemigos», *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología*, nº 09-01, 2007, p. 3, disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf (acedido em 27 de Setembro de 2012). O direito penal do inimigo dá tratamento diferenciado mais severo, quer a nível material, quer a nível adjectivo, restringindo direitos e garantias político-criminais ao cidadão, nunca o excluindo do todo do sistema do Estado de Direito, com um propósito: combater de forma veemente determinadas condutas e, entenda-se, não as pessoas em si. Neste combate reduz, assim, o *status civitatis* e não o *status personae*.

[796] José Carlos Vieira de Andrade, nas «Conclusões» do Colóquio "Revisitação do Consenso Constitucional", *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, AA.VV., vol. I, Coimbra Editora, 2012, p. 183, realça a incompatibilidade deste *direito penal do inimigo* com a tradição jurídica portuguesa e a necessidade de a ele resistir.

[797] «Os novos desafios do Processo Penal», *II Congresso de Processo Penal*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente, Comissão Científica de Germano Marques da Silva e Anabela Miranda Rodrigues, Almedina, 2006, p. 303.

espaço, todos os fazedores de direito devem continuar no «caminho que vêm trilhando de afinamento da compatibilidade dos novos métodos de investigação e de obtenção da prova com os princípios constitucionais (princípio estrito da proporcionalidade, de autodeterminação pessoal, de reserva da vida privada, etc.) e os processuais penais (reserva de lei e de juiz, lealdade processual, suspeita fundada, contraditório, oralidade, imediação, entre outros)». Pugna por um diferenciado ponto de equilíbrio dos interesses conflituantes quando o que está em causa é a grande e nova criminalidade, nomeadamente, actos terroristas e criminalidade organizada, onde as «"vítimas" reais e potenciais têm um direito indeclinável a uma protecção reforçada e, consequentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual»[798].

Se os meios ao dispor do Estado na luta contra o crime são contrários aos princípios básicos do Estado de Direito este corre o risco de perder o combate. O resultado final do duelo poderia sair invertido — em lugar do triunfo da paz e defesa social, a vitória e a legitimação da rebelião contra o Estado que consome e degenera os indivíduos. Uma pessoa é sempre uma pessoa qualquer que seja o contexto em que se encontre. O valor da liberdade e a sua ligação à dignidade da pessoa humana não se opõem à tendência crescente e generalizada de minimização dos riscos para a sociedade, nem ao eficientismo do processo penal, ambos aptos a assegurarem o objectivo final de pacificação social, mas não admitirão, mesmo em tempos de grande e grave perturbação social, um ordenamento jurídico-processual confinado ao papel que remete as garantias processuais à condição de extravagância, inconveniência ou luxo dispensável inserido, porventura, num sistema judicial mutilador do arguido, exclusivamente empenhado na repressão do crime e na punição de criminosos. Não abraçarão o terror em que se pode transformar a negação dos direitos fundamentais do arguido. Não conceberão o arguido como puro instrumento e objecto à mercê do combate contra a criminalidade em proveito absoluto da defesa da segurança colectiva. O ideário de liberdade e democracia

[798] Acrescenta: «Com uma dupla e inultrapassável limitação, em todo e qualquer caso: a que resulta do respeito pelo núcleo irredutível da dignidade humana que pertence também ao criminoso mais brutal e empedernido; e a que deriva da exigência jurídico-constitucional de não diminuição, pela legislação ordinária e pela sua aplicação, "da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais" em matéria de direitos, liberdades e garantias. Através de uma e de outra limitação ficarão preservados, na maior medida possível, os princípios processuais penais clássicos, próprios de um Estado de Direito. É minha convicção que, se não nos decidirmos em favor de uma consideração diferenciada deste teor, chegaremos, em breve prazo, a uma situação insuportável: a de nos vermos confrontados com a existência de seres humanos — os terroristas e os membros do crime organizado primeiro, os criminosos especialmente perigosos e brutais depois, em seguida sabe-se lá quem mais… — aos quais é retirada pura e simplesmente a protecção do Direito e são degradados à condição de "não-pessoas", de "inimigos" ou de "excluídos"», *in* «Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nºs 2 e 3, Abr./Set. 2008, pp. 383 e 384.

é incompatível com um processo e procedimento criminal que vive da imposição ao arguido de um comportamento permanentemente "quedo e calado". Por mais grave que seja o crime, por mais condenável que seja o seu autor, a justiça, seja ela célere ou morosa, nunca se realizará caso as garantias de defesa não sejam realmente accionadas. Os fenómenos globalizados caracterizados pela gravidade da criminalidade organizada e do terrorismo que constituem uma ameaça real e permanente aos Estados e aos seus povos não os têm deixado indiferentes. Daí que se venha assistindo «a uma construção progressiva de um regime especial para a repressão da criminalidade organizada e terrorismo»[799], com o delineamento pelos Estados de estratégias de prevenção, de definição de políticas de combate e reforço das estruturas policiais.

13.3. Cooperação mundial contra o terrorismo e outras actividades criminosas graves conexas

I. Existe um programa de cooperação mundial contra o terrorismo e outras actividades criminosas conexas, designado *Reforço do Regime Jurídico contra o Terrorismo*, que emergiu do Gabinete das Nações Unidas contra a Droga e a Criminalidade, de Outubro de 2002[800], que visa o reforço da coordenação interna e a cooperação internacional dos Estados-membros no respeito pelos direitos humanos e pelo primado do Direito. Salienta a estreita ligação entre o terrorismo e a criminalidade organizada transnacional, sendo que a interligação é, as mais das vezes, de natureza operacional, logística e financeira.

Os grupos terroristas envolvem-se em criminalidade altamente lucrativa como meio de obtenção de financiamento das suas organizações e actividades, nomeadamente, contrabando transfronteiriço. Nesta plataforma criminosa encontram-se materiais como produtos nucleares, biológicos e químicos, estupefacientes, armas, documentos falsificados — instrumento tantas vezes utilizado pelas organizações terroristas para operarem clandestinamente e facilitarem os movimentos dos seus elementos —, tráfico de pessoas e órgãos humanos, de espécies animais proibidas e em vias de extinção, tabaco, de obras de arte e automóveis produto de crimes contra o património, de

[799] Paulo Dá Mesquita, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 439.
[800] United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Disponível em: http://www.unis.unvienna.org/ (acedido em 04 de Maio de 2012) — United Nations Information Service.

mercadorias contrafeitas, e mais recentemente, crimes contra a propriedade intelectual. A corrupção, por sua vez, facilita estas práticas criminosas e dificulta a perseguição criminal e a realização da justiça.

II. O Grupo criado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, após um discurso proferido na Assembleia-Geral, em Setembro de 2003, com vista a, política e institucionalmente, se encontrarem soluções para os desafios que a globalização apresenta aos Estados-membros, sobretudo, as novas ameaças como a guerra entre Estados, violência no interior dos próprios Estados (guerras civis, manifestas e flagrantes violações dos direitos humanos, genocídio, entre outras), miséria, doenças infecciosas e a degradação ambiental, armas nucleares, radiológicas, químicas e biológicas, terrorismo, crime transnacional organizado, de difícil combate quando os Estados estão de costas voltadas e adoptam acções unilaterais, deu lugar à publicação, em 2004, do *Relatório do Grupo de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança*. Este relatório versa sobre a segurança colectiva para o século XXI, para a construção de um mundo mais seguro. Nele consta: «Hoje em dia, uma ameaça a um de nós constitui uma ameaça a todos. A globalização significa que um ataque importante que se produza em qualquer lugar do mundo industrializado tem consequências devastadoras para o bem-estar de milhões de habitantes do mundo em desenvolvimento. (…) E a erosão da capacidade do Estado, em todas as partes do planeta, enfraquece-o perante ameaças transnacionais como o terrorismo e o crime organizado»[801]. Nele se reconhece que os Estados carecem da cooperação internacional como forma de garantir a sua segurança e que as Nações Unidas não têm feito tudo o que seria possível para prevenir e combater o terrorismo, pelo que deve ser adoptada uma estratégia anti-terrorista que poderá incluir medidas coercitivas, caso sejam necessárias[802], e criados novos mecanismos de combate auxiliadores dos Estados na sua acção interna. A Comissão dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas terá um papel fundamental neste domínio, numa dinâmica de acção integrada com a Assembleia-Geral, o Conselho Económico e Social e o Conselho de Segurança. O relatório propõe que em caso algum se legitimem acções

[801] Disponível em: http://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/panelreport_summary.html (acedido em 08 de Maio de 2012).

[802] A Carta das Nações Unidas define, no art. 51º, o enquadramento do recurso à força quando a prevenção se mostra insuficiente, nele se consagrando o direito à legítima defesa. As regras do direito internacional consuetudinário, estabelecidas desde há muito, permitem que os Estados intervenham militarmente face a uma ameaça de agressão iminente, desde que não possa ser afastada de outro modo e que as medidas sejam proporcionadas ao fim pretendido.

terroristas, que se defina o terrorismo e solicita à Assembleia-Geral das Nações Unidas que elabore uma convenção geral sobre esta matéria.

III. É de particular importância o compromisso resultante dos Estados Partes na *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, entrada em vigor em Setembro de 2003, e os seus protocolos adicionais, que é um dos principais instrumentos internacionais para responder globalmente ao crime organizado. Foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 32/2004[803], e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 19/2004, ambos de 02 de Abril. A referida Convenção tem por objecto promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional. Versa sobre a criminalização de condutas como a participação em grupo criminoso organizado, branqueamento de produto de crime, branqueamento de capitais, corrupção, obstrução à justiça, entre outras, sobre criação de equipas de investigação conjuntas por acordo bilateral ou constituídas casuísticamente e definição de técnicas especiais de investigação[804], assistência e protecção às vítimas, protecção de testemunhas, recolha, intercâmbio e análise de informações sobre a natureza da criminalidade organizada.

IV. Também se contam outros instrumentos, tais como:

a) *Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba*, aberta para assinatura em 12 de Janeiro de 1998, em Nova Iorque, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 40/2001, de 25 de Junho e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 31/2001, de 25 de Junho;

---

[803] Aprova, para ratificação, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, o Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, e o Protocolo Adicional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, adoptados pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 15 de Novembro de 2000.

[804] Veja-se art. 20º. Nele se prevê a "entrega controlada" que consiste em permitir a passagem de remessas ilícitas ou suspeitas pelo território de um ou mais Estados, com o conhecimento e supervisão das entidades competentes, com a finalidade de investigar infracções criminosas e identificar os agentes e pode incluir métodos como intercepção de mercadorias, autorização de prosseguir o seu encaminhamento sem alteração ou após subtracção ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias; a vigilância electrónica; outras formas de vigilância e acções encobertas.
Sobre o conceito e caracterização das técnicas especiais de investigação criminal veja-se António Sintra, «Técnicas especiais de investigação criminal. Factor segurança», *Lusíada. Política internacional e segurança*, nº 4, 2010, pp. 176 ss. Embora sejam também utilizadas na investigação criminal, são primordialmente destinadas à prevenção.

b) *Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo*, adoptada em Nova Iorque, em 09 de Dezembro de 1999, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 51/2002, de 02 de Agosto;

c) *Acordo entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para a Troca de Informação de Rastreio do Terrorismo*, assinado em Washington, em 24 de Julho de 2012, aprovado pela Resolução da Assembleia da República nº 51/2013, de 15 de Fevereiro [805], ratificado por Decreto do Presidente da República nº 53/2013, publicado em 11 de Abril; o Aviso nº 73/2013, de 06 de Junho, torna público que foram cumpridas as formalidades constitucionais internas de aprovação deste Acordo e que, por força do disposto no seu art. 20º este entra em vigor em 07 de Junho de 2013;

d) *Convenção contra a Corrupção*, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 31 de Outubro de 2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 21 de Setembro; o Aviso n.º 148/2008, de 30 de Julho, torna público o depósito do instrumento de ratificação da Convenção.

No que ao tráfico de estupefacientes diz respeito, contamos com outros instrumentos internacionais:

a) *Convenção Única sobre Estupefacientes*, concluída em Nova Iorque, em 31 de Março de 1961, aprovada, para ratificação, pelo Decreto-Lei n.º 435/70, de 12 de Setembro;

b) *Protocolo Emendando a Convenção Única de 1961 sobre Estupefacientes*. O Decreto-Lei n.º 161/78, de 21 de Dezembro aprovou-o para adesão;

c) *Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas*, aberta para assinatura em Viena, em 21 de Fevereiro de 1971, aprovado para adesão pelo Decreto n.º 10/79, de 31 de Janeiro; o Aviso de 05 de Julho de 1979 torna público o depósito do instrumento de adesão pelo Governo de Portugal à Convenção;

---

[805] Publicada do DR nº 71, 1ª Série, de 11 de Abril. Nos termos do art. 1º estabelece a cooperação entre as Partes em matéria de partilha e utilização de informação de rastreio do terrorismo retirada da informação produzida pelos serviços de informações e pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei, apenas para efeitos de prevenção e combate ao terrorismo e às infrações relacionadas com terrorismo, tal como definido no direito interno das Partes e no direito internacional que lhes é aplicável. Para Portugal considera-se *terrorista conhecido* aquele que haja sido condenado ou tenha sido acusado de um crime de terrorismo num tribunal português. A informação de rastreio do terrorismo prestada inclui o nome completo do indivíduo, data de nascimento, número do passaporte ou outro documento de identificação, a nacionalidade/cidadania actual e anterior, se conhecida. Para além destas informações, ainda podem ser incluídos elementos como impressões digitais e fotografias, se tal for permitido por lei e por decisão da Parte transmissora. Entende-se por entidade competente transmissora qualquer serviço de informações, autoridade responsável pela aplicação da lei, serviço de imigração e autoridade de segurança pública de cada uma das Partes, incluindo, para os Estados Unidos da América, qualquer autoridade federal, estadual, local, territorial ou de governo tribal.

d) *Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*, assinada por Portugal em Nova Iorque, em 13 de Dezembro de 1989, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, de 6 de Setembro; pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 6 de Setembro foi ratificada a Convenção.

E ainda, em outro âmbito, a *Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais*, assinada em Lanzarote, em 25 de Outubro de 2007, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 75/2012 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 90/2012, ambos de 28 de Maio.

13.4. Polícia e segurança externa

13.4.1. Na União Europeia

A construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça é uma preocupação dos Estados-membros da União Europeia e um ideal a concretizar, reforçada pela supressão dos controlos das fronteiras internas do espaço Schengen. Coube ao Conselho Europeu de Amesterdão, de 16 e 17 de Junho de 1997, aprovar um plano de acção contra a criminalidade organizada que foi reforçado no Conselho Europeu de Viena de Dezembro de 1998. O Conselho Europeu de Tampere, reunido em 15 e 16 de Outubro de 1999, na Finlândia, já preconizava a necessidade da União Europeia enfrentar as ameaças provindas da grande criminalidade para a liberdade e direitos das pessoas. «Impõe-se a mobilização conjunta dos recursos policiais e judiciais para garantir que os criminosos ou os produtos do crime não se possam esconder na União (conclusão nº 6 da Presidência)»[806]. Neste alinhamento, foi elaborado o Documento *Prevenção e Controlo da Criminalidade Organizada: Estratégia da União Europeia para o Início do Novo Milénio* (2000/C 124/01), onde se definem as acções a implementar no terreno da União Europeia, a respectiva prioridade, entidades responsáveis e calendário a cumprir. Uma das linhas de força consistia em gizar um quadro colectivo policial com a finalidade de contribuir para a cooperação entre os Estados-membros, com reforço dos

[806] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:124:0001:0033:PT:PDF, p. 1 e 2 (acedido em 29 de Maio de 2012). Acrescentava: «Para se alcançar um elevado nível de segurança no espaço de liberdade, de segurança e de justiça, é necessária uma abordagem eficaz e abrangente da luta contra todas as formas de criminalidade».

aspectos técnicos, como, por exemplo, a articulação das várias administrações aduaneiras em colaboração com as forças policiais nacionais.

As matérias relativas à polícia e à segurança contam-se entre as preocupações principais do Conselho da Europa que se tem debruçado sobre as mudanças a nível organizativo e as medidas de actualização dos sistemas de segurança interna, da justiça penal, e ainda, da cooperação policial internacional.

O primeiro comité intergovernamental criado no âmbito do Conselho para gerir este tipo de questões foi o designado *Comité de Peritos em Ética Policial e Problemas de Policiamento*. Entre 1998 e 2001, discutiu o papel e atribuições da polícia, seus objectivos e enquadramento legal da sua actividade, bem como a forma da sua fiscalização. O resultado deste trabalho culminou na Recomendação (2001)10 relativa ao Código Europeu de Ética Policial, aprovada em 19 de Setembro de 2001, na 765ª reunião dos delegados dos Ministros. Nela se definem os objectivos da polícia numa sociedade democrática regida pelo princípio da preponderância do Direito: garantir a manutenção da tranquilidade pública, o respeito da lei e da ordem na sociedade, proteger e respeitar as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo de acordo com a consagração na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, prevenir e combater a delinquência e facilitar a assistência e serviços à população.

A Convenção assinada em 29 de Maio de 2000, elaborada pelo Conselho, em conformidade com o art. 34º do Tratado da União Europeia, relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-membros da União Europeia, prevê, nos arts. 13º e seguintes, a possibilidade de criação de equipas de investigação conjuntas para um objectivo específico e por um período limitado, sobretudo, quando estiverem em causa investigações difíceis e complexas ou quando o circunstancialismo objecto de investigação torne indispensável uma acção coordenada e concertada dos Estados-membros envolvidos[807].

As conclusões do Conselho Europeu de Laeken, de 14 e 15 de Dezembro de 2001, apontam a necessidade de melhoramento do Sistema de Informação de Schengen e de aumento das suas capacidades operativas[808]. Nesta sequência, o Conselho da União

[807] JO C 197 de 12/07/2000 (2000 C 197/1).
[808] Sobretudo as conclusões 14 e 43 – cooperação entre serviços especializados no combate ao terrorismo; Eurojust e cooperação policial relativamente à Europol (serviço europeu de polícia). Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0044:0048:PT:PDF, p. 1, ponto (4), (acedido em 28 de Maio de 2012).

Europeia, através da Decisão 2005/211/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005[809], decidiu introduzir novas funções no Sistema de Informação de Schengen, incluindo a luta contra o terrorismo, considerando oportuno adoptar disposições relativas à troca de todas as informações complementares através da autoridades designadas para o efeito em todos os Estados-membros ― *Supplementary Information Request at the National Entry* (*SIRENE*) no que respeita a dados pessoais e a coisas. Para tanto, procedeu à alteração de várias disposições da Convenção de Shengen de 1990. Relativamente às pessoas, os elementos inseridos são o nome, apelido, alcunhas, sinais físicos particulares, objectivos e inalteráveis, local e data de nascimento, sexo, nacionalidade, indicação sobre a sua perigosidade, informações sobre porte de arma e sobre a situação prisional (se se encontram evadidas), tipo de crime imputado e condutas a adoptar. No que concerne às coisas, são inseridas as seguintes categorias de objectos roubados, desviados, extraviados ou invalidados: veículos a motor[810], embarcações e aeronaves; reboques [811], caravanas, equipamento industrial, motores fora de borda e contentores; armas de fogo, documentos em branco; documentos de identificação como bilhetes de identidade, passaportes, cartas de condução, autorizações de residência; títulos de registo de propriedade e chapas de matrícula; notas registadas de banco; valores mobiliários e meios de pagamento como cheques, cartões de crédito, acções, obrigações, participações. As autoridades judiciárias nacionais, no exercício da acção penal, até à dedução da acusação, podem ter acesso aos dados inseridos no Sistema de Informação Schengen, nos termos previstos na legislação nacional, sendo que a Europol [812] só efectuará consultas a estes dados na medida em que tal seja necessário para a execução e cumprimento das suas tarefas. A utilização das informações aqui obtidas está sujeita ao consentimento do Estado-membro em causa. Os membros nacionais da Eurojust e os seus assistentes têm o mesmo direito de acesso e consulta desde que necessário para o exercício das suas funções. As informações recolhidas só podem ser comunicadas a

[809] JO L 68, de 15/03/2005.
[810] Com cilindrada superior a 50 cc.
[811] Com peso superior a 750 kg.
[812] Organismo policial de natureza europeia, com sede em Haia, criado à semelhança da Interpol, por Resolução de 15 de Fevereiro de 1993. Sobre o âmbito das suas competências, ver Emilio de Llera Suárez-Bárgenas, «El intercambio de información policial y de servicios de inteligencia», *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Prólogo Víctor Moreno Catena y Luis Arroyo Zapatero, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2006, pp. 391 ss. e Raquel Castillejo Manzanares, «Intercambio de información policial en el marco de la Unión Europea», *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Prólogo Víctor Moreno Catena y Luis Arroyo Zapatero, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2006, pp. 409 a 411.

Estados e organizações terceiras com a anuência do Estado-membro que tenha inserido tais dados. No âmbito dos Serviços de Informação Schengen, os dados de cariz pessoal constam de três segmentos: primeiro, unidades nacionais inseridas em sistema informático, cujo conteúdo e gestão é de inteira responsabilidade de cada um dos Estados (NSIS), segundo, unidade de apoio técnico com sede em Estrasburgo, que recolhe e distribui as informações provenientes dos Estados, e finalmente, o terceiro, o já mencionado sistema *SIRENE*, colocando em contacto os Estados-membros durante 24 horas por dia, todos os dias do ano[813].

Tendo em conta, ainda, o Tratado da União Europeia, o Conselho adoptou a *Decisão-Quadro 2005/212/JAI*[814], de 24 de Fevereiro de 2005, já atrás referida, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, sobretudo, para prevenir e combater a criminalidade além-fronteiras, destinada à obtenção de lucro fácil, como acontece na criminalidade organizada. Salvaguarda, no art. 5º, o princípio da presunção de inocência. A declaração de perda total ou parcial dos bens de uma pessoa terá lugar em consequência de uma condenação pela prática de um dos seguintes tipos de crime: contrafacção de moeda, branqueamento de capitais, tráfico de seres humanos, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, tráfico de estupefacientes e terrorismo.

Também ainda a nível europeu, o documento *Estratégia da segurança interna europeia em acção: cinco etapas para uma Europa mais segura*, da Comissão Europeia, de 22 de Novembro de 2010[815], delineia um plano de acção de cooperação conjunta frente às ameaças, mais amplas e mais sofisticadas, à segurança provenientes da criminalidade organizada, do terrorismo, do cibercrime, das crises e das catástrofes de origem natural ou humana[816], realçando a importância capital de lutar contra este tipo de criminalidade ao lado e em conjugação de esforços com países terceiros, nomeadamente os Estados Unidos da América. Envidar-se-ão esforços no sentido de dificultar o financiamento de actividades terroristas e o financiamento e obtenção de materiais químicos, biológicos, radiológicos ou nucleares. Proteger-se-ão as infra-estruturas dos

---

[813] Ver em *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Prólogo de Víctor Moreno Catena y Luis Arroyo Zapatero, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2006, p. 20.

[814] JO L 68, de 15/03/2005.

[815] Disponível em: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/malmstrom/archive/internal_security_strategy_in_action_fr.pdf (acedido em 03 de Abril de 2012). Define os objectivos a atingir, as acções a executar, as entidades responsáveis e a calendarização nas pp. 19 ss.

[816] Quatro em cada cinco europeus reclamam mais acção no que respeita à criminalidade organizada e ao terrorismo, segundo dados do Eurobarómetro Standard 71, constante na pág. 2 do Documento COM (2010) 673, referenciado na nota anterior.

meios de transporte da União Europeia e ajudar-se-ão as comunidades a prevenir o recrutamento de eventuais terroristas. No que à cibercriminalidade diz respeito, promover-se-á a adequada formação e dotar-se-ão de equipamento as forças policiais, os serviços do Ministério Público e os tribunais para uma luta mais eficaz. Incrementar-se--á a legislação neste sector e trabalhar-se-á com as empresas com vista a melhorar a segurança da Internet e aperfeiçoar a capacidade de resposta a ciberataques, com o auxílio de especialistas na investigação e prevenção deste tipo de criminalidade. Constituir-se-á uma rede de equipas de emergência informática aptas a actuar em caso de ciberataques. Por outro lado, os Estados membros adoptarão medidas contra potenciais ameaças às fronteiras, quer externas, quer internas da União Europeia. Procederão à elaboração de relatórios sobre o tráfico de seres humanos, imigração ilegal e contrabando. Será, ainda, criado um sistema de vigilância europeu das fronteiras externas, tentando diagnosticar os "pontos problemáticos" destas. Em caso de crises e catástrofes naturais ou de origem humana, os Estados deverão estar munidos de infra--estruturas, equipamentos e pessoal especializado para dar uma resposta pronta e eficaz face a emergências externas e internas.

De igual modo, o *Programa de Estocolmo*, no ponto 4, sob o título "Uma Europa que protege", delineia uma estratégia de Segurança Interna da União. Desta estratégia faz parte o desenvolvimento de "uma verdadeira cultura policial europeia"[817] a fim de uma maior eficácia da cooperação policial. O primordial objectivo na cooperação policial na União é a luta contra as formas de crime tipicamente transnacionais. Na verdade, conforme se lê no Programa, «dado que o crime organizado tende a tornar-se mais globalizado, é cada vez mais importante dotar os serviços policiais dos meios para agirem com eficácia, sem limites de fronteiras ou jurisdições»[818]. Um dos maiores passos dados consistiu na criação das Equipas de Investigação Conjunta (EIC). Tanto a Europol, como a Eurojust, deverão intensificar a colaboração entre si, participar em intervenções consideradas significativas transfronteiras, estreitar relações com as regiões e países vizinhos da União e ser informadas da criação das equipas de investigação conjunta. Nesse seguimento, o Conselho Europeu convida a Comissão a analisar a forma de garantir que a Europol receba informações das autoridades policiais dos Estados-membros de forma a permitir que estes façam uso pleno das capacidades desta; estudar o modo de intensificar a

[817] JO C 115, de 04/05/2010, p. 18.
[818] JO C 115, de 04/05/2010, p. 21.

cooperação policial no plano operacional (de maneira a evitar incompatibilidade de equipamentos e sistemas de comunicação, decidir a utilização de agentes encobertos, etc.); ponderar a elaboração de um código de cooperação policial simplificador dos instrumentos existentes; definir modalidades de cooperação que garanta segurança no que concerne à protecção de dados; enunciar padrões comuns de qualidade no sector da polícia científica expondo boas práticas de investigação; verificar eventuais incompatibilidades entre as missões de polícia no quadro da Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD) e a Europol[819].

Com a preocupação de garantir um elevado nível de segurança através de medidas de prevenção e de combate da criminalidade, mesmo que por meio da aproximação das legislações dos Estados, mais recentemente, a Comissão Europeia, adoptou a *Decisão 2012/C 53/05*, criando um grupo de peritos sobre política penal da União Europeia[820].

Esta ideia de fortalecimento das instituições internacionais ao serviço de interesses comuns na procura de respostas cooperantes esteve evidenciada, também, no *National Security Strategy* (NSS 2010) apresentado pela Administração Barack Obama[821], em Maio de 2010[822], no reforço de uma ordem internacional justa e sustentável. Dá ênfase ao Tratado de Não Proliferação Nuclear propondo o diálogo com as potências mais ameaçadoras[823], revela a intenção de lutar, tanto militarmente, como civilmente, contra "os inimigos da paz", o "extremismo" dos grupos terroristas, nomeadamente a organização Al-Qaeda, e manifesta o propósito de reforçar a influência americana e de fortalecer a segurança interna e internacional[824].

Ciente do mundo globalizado, o *Programa de Estocolmo* realça o papel e a dimensão externa da Europa, nomeadamente no que respeita à cooperação com parceiros estratégicos como os Estados Unidos da América, em todas as questões do espaço de liberdade, segurança e justiça[825]. Reuniões regulares no âmbito de cada

[819] JO C 115, de 04/05/2010, p. 20
[820] JO C 53/9, de 21/02/2012.
[821] Disponível em: http://www.whitehouse.gov (acedido em 03 de Abril de 2012).
[822] Contrariamente à Estratégia de Segurança Nacional da Administração Bush de 2002 (NSS 2002) que reafirmava o unilateralismo no exercício do direito de auto-defesa.
[823] Designadamente o Irão e a Coreia do Norte.
[824] Sobre o NSS 2010, veja-se Sandra Almendra, «O Presidente Obama e as novas prioridades de segurança nacional», *Lusíada. Política internacional e segurança*, nº 4, 2010, pp. 129 ss.
[825] Entre os parceiros estratégicos fora da União também se conta a Federação da Rússia. A União Europeia visa chegar a um entendimento com a Federação Russa sobre vistos e migração legal e ilegal, reforço da luta comum contra a criminalidade organizada, sobre cooperação operacional e cooperação judiciária e celebração de um acordo-quadro sobre intercâmbio de informações e protecção de dados. Em

presidência e diálogo constante têm sido alguns dos instrumentos de reforço desta aproximação entre a União Europeia e os Estados Unidos da América no que toca à luta contra o terrorismo[826] e outras formas de criminalidade transnacional, à segurança das fronteiras, à política de vistos[827], à migração, à cooperação judiciária e à negociação de acordo sobre protecção de intercâmbio de dados pessoais tendo em vista a aplicação da lei criminal. Com a finalidade de protecção contra a criminalidade grave e organizada dispõe este Programa que o combate implica um sistemático intercâmbio de informações, criação e uso das agências da União, desenvolvimento de técnicas de investigação e prevenção comuns e, ainda, reforço da colaboração com países terceiros.

---

reuniões semestrais entre o Conselho Permanente da Parceria no espaço de liberdade, segurança e justiça, a União Europeia e a Rússia têm constituído pontos de partida para a almejada cooperação intensa e reforçada. Veja-se em JO C 115, de 04/05/2010, pp. 35 e 36.

[826] O Conselho adoptou um acordo entre a UE e os EUA que, para ser celebrado, formalmente, está sujeito ao consentimento do Parlamento Europeu, sobre o tratamento e a transferência de dados de mensagens financeiras para efeitos do programa de detecção do financiamento do terrorismo (Documento TFTP [*Terrorist Finance Tracking Program*] 16110/09 de 27 de Novembro de 2009 – Decisão do Conselho relativa à assinatura, em nome da União Europeia, do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre o tratamento de dados de mensagens de pagamentos financeiros e a sua transferência da União Europeia para os Estados Unidos, para efeitos do Programa de Detecção do Financiamento do Terrorismo; art. 1º: «É aprovada, em nome da União Europeia, a assinatura do Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre o tratamento de dados de mensagens de pagamentos financeiros e a sua transferência da União Europeia para os Estados Unidos, para efeitos do Programa de Detecção do Financiamento do Terrorismo, sob reserva da sua celebração. Art. 2.º: O Presidente do Conselho fica autorizado a designar a(s) pessoa(s) com poderes para assinar o Acordo em nome da União Europeia, sob reserva da sua celebração. Art. 3.º: Em conformidade com o artigo 15.º do Acordo, as disposições do Acordo são aplicáveis a título provisório, nos termos da legislação interna vigente, a partir de 1 de Fevereiro de 2010, enquanto se aguarda a sua entrada em vigor. A declaração em anexo, relativa à aplicação provisória, deve ser feita no momento da assinatura»), disponível em: www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/.../112308.pdf (acedido em 28 de Novembro de 2012). Este acordo destina-se a vigorar temporária e provisoriamente entre 01 de Fevereiro de 2010 e 31 de Outubro do mesmo ano. Através dele o Departamento do Tesouro dos EUA recebe dados de mensagens financeiras para efeitos de investigações anti-terroristas, tendo sempre em vista um elevado nível de protecção dos dados. Os pedidos apresentados pelos EUA e, necessariamente fundamentados, são apreciados pelas autoridades competentes dos Estados-Membros da UE. Qualquer outro acordo de longo prazo para período posterior a 31 de Outubro de 2010 tem de ser objecto de negociação e concluído segundo as regras do Tratado de Lisboa que impõem que o Parlamento Europeu seja integralmente informado de todas as fases das negociações e que este dê o seu assentimento à celebração formal do acordo.

[827] Uma das finalidades do trabalho conjunto é a isenção de vistos entre os EUA e a União Europeia e aumentar a segurança dos viajantes.

13.4.2. Em Portugal

I. A Lei de Segurança Interna — Lei nº 53/2008, de 29 de Agosto[828] — estabelece que as nossas forças e serviços de segurança possam actuar fora do espaço sujeito aos poderes de jurisdição do Estado Português, no âmbito de compromissos internacionais e de acordo com as normas de direito internacional, em cooperação com organismos e serviços de outros Estados ou com organizações internacionais de que Portugal seja parte integrante, sempre com vista ao "aprofundamento do espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia"[829], dado que deixámos de ser locais e regionais e o espaço dos delinquentes e da criminalidade é plurilocalizado[830]. Compete ao secretário-geral do sistema de segurança interna, no âmbito das suas competências de coordenação, direcção, controlo e comando operacional, cooperar com os organismos congéneres internacionais, de acordo com o plano de coordenação, controlo e comando operacional das forças e dos serviços de segurança, dando cumprimento ao princípio da disponibilidade no intercâmbio de informações com as estruturas de segurança dos Estados-membros da União Europeia.

Internamente, as forças e os serviços de segurança cooperam entre si, nomeadamente, por meio da comunicação de informações consideradas relevantes não só para a prossecução dos objectivos específicos de cada um deles, como as necessárias à realização das finalidades dos outros, salvaguardados os segredos de justiça e de Estado.

Por sua vez, a lei de Organização da Investigação Criminal — Lei nº 49/2008, de 27 de Agosto — prevê o dever de cooperação mútua dos órgãos de polícia criminal[831]

---

[828] A actividade de segurança interna visa "garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática". As medidas previstas neste diploma destinam-se essencialmente a "proteger a vida e a integridade das pessoas, a paz pública e a ordem democrática, designadamente contra o terrorismo, a criminalidade violenta ou altamente organizada, a sabotagem e a espionagem, a prevenir e reagir a acidentes graves ou catástrofes, a defender o ambiente e a preservar a saúde pública" (art. 1º, nºs 1 e 3). O art. 25º define as forças e serviços de segurança como organismos públicos exclusivamente dedicados ao serviço do povo português. Estas forças são integradas pela Guarda Nacional Republicana, Polícia de Segurança Pública, Polícia Judiciária, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e Serviço de Informações de Segurança.

[829] Veja-se o disposto no art. 4º da Lei nº 53/2008.

[830] É a chamada *desterritorialização do crime* de que nos fala Manuel Monteiro Guedes Valente, «A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI», *Direito e Cidadania*, Ano X, nº 29, 2009, p. 51.

[831] São órgãos de polícia criminal de competência genérica a polícia judiciária, a guarda nacional republicana e a polícia de segurança pública. Compete-lhes coadjuvar as autoridades judiciárias na investigação e desenvolver as acções de prevenção e investigação da sua competência ou as que lhe sejam

no exercício das suas funções, dever que é garantido pelo sistema integrado de informação criminal que assegura a partilha de informação, regulado por níveis de acesso à informação no âmbito de cada órgão de polícia criminal, com ressalva do regime legal específico do segredo de justiça e do segredo de Estado.

No que respeita à cooperação internacional, compete à polícia judiciária assegurar o funcionamento da Unidade Nacional Europol e do Gabinete Nacional Interpol. Tanto a Unidade, como o Gabinete são integrados pela guarda nacional republicana, serviço de estrangeiros e fronteiras e polícia de segurança pública, através de oficiais de ligação permanente. Os Gabinetes Nacionais de Ligação a funcionar junto da Europol e da Interpol são integrados pela polícia judiciária, polícia de segurança pública, guarda nacional republicana e serviço de estrangeiros e fronteiras. No âmbito das suas competências, todos os órgãos de polícia criminal têm acesso à informação disponível na Unidade Nacional Europol, no Gabinete Nacional Interpol e nos Gabinetes Nacionais de Ligação a funcionar junto da Europol e Interpol. Compete ao secretário-geral, em sede de coordenação, assegurar o funcionamento e o acesso de todos os órgãos de polícia criminal ao sistema integrado de informação criminal, de acordo com as necessidades e competências respectivas, todavia, este não pode aceder a processos concretos, elementos deles constantes, nem às informações do sistema integrado de informação criminal.

13.5. Intercâmbio e conservação de dados de ADN

I. No quadro acabado de traçar o recurso às novas tecnologias de informação é essencial, tanto para prevenção, como para repressão de actividades delituosas. O uso de bases de dados de ADN, bem como de impressões digitais, é um mecanismo que permite extrair elementos informativos através dos vestígios deixados no *locus delicti* que podem ser preciosos na identificação dos agentes criminosos.

A criminalidade é, hoje, intercomunicativa e multicultural no sentido de atravessar fronteiras e cruzar nacionalidades, sem o mínimo de dificuldade; é também complexa, pois que os modos de organização dos agentes e de perpetração dos crimes se sofisticaram ao ponto de dificultar e complicar a descoberta da verdade. Este

---

cometidas pelas autoridades judiciárias competentes. Os demais órgãos de polícia criminal têm competência específica.

expansionismo das actividades delituosas confronta-nos com o *saber intervir* quer em sede de prevenção, quer em sede de repressão. E se «a eficácia da prevenção constituirá um critério de valor reitor para a intervenção [estatal]», não é menos verdade que «a prevenção sem os contrapesos de outros princípios orientadores da intervenção do Estado se torna exagerada e sem limites»[832]. Daí que seja essencial a reivindicação de mecanismos de controlo da intervenção estatal no que se refere ao fenómeno criminal.

Surge, todavia, evidente que os elementos constantes das bases de dados genéticos têm um papel fulcral e, muitas vezes, indispensável. Sempre permitirão, no mínimo, por exemplo, localizar um terrorista ou um traficante de estupefacientes através do grau de parentesco de alguém cuja impressão genética conste na base de dados; sempre se poderá determinar a etnia, ou a localização geográfica, ou a naturalidade do suspeito por este meio. O que poderá contribuir para evitar ou suster comportamentos criminosos em diversificados contextos particularmente graves que colocam em perigo o interesse geral e o bem-estar comum.

Neste plano, é importante o estabelecimento, a nível europeu e internacional, de uma concertação e coordenação entre os vários Estados de forma a desincentivar o crime, desde logo porque antecipar a segurança ao risco que advém de condutas perigosas e violentas de determinados indivíduos ou grupos é tarefa primordial de todas as forças de segurança, uma vez que o primeiro passo para a manutenção da segurança consiste, exactamente, na prevenção.

São determinantes, nesta matéria, as já referidas Recomendações da União Europeia contidas na *Resolução do Conselho nº 97/C 193/02*, de *9 de Junho de 1997*[833], e na *Resolução nº 2001/C 187/01*, de *25 de Junho de 2001*[834], relativas ao intercâmbio de resultados de análises de ADN no que concerne à celeridade e eficácia na identificação civil e investigação criminal.

Neste particular, a *Resolução do Conselho, de 09 de Junho de 1997*[835], relativa ao *intercâmbio de resultados de análises de ADN* foi adoptada no sentido de convidar os Estados-membros a contribuírem para a investigação criminal elaborando bases nacionais de dados de ADN. Mais reforçou a necessidade de essas bases de dados serem criadas segundo regras uniformes, com normalização das técnicas de análise e de

---

[832] Laura Zúñiga Rodríguez, *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 273.

[833] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0624(02):PT:NOT (acedido em 26 de Janeiro de 2012).

[834] Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001G0703(01):PT:HTML (acedido em 26 de Janeiro de 2012).

[835] Publicada no JO C 193, de 24 de Junho de 1997 (p. 0002-0003).

marcadores de ADN, de forma a evitar incompatibilidades, tendo em vista o intercâmbio dos seus resultados. Limitava a possibilidade de troca de dados à parte não portadora de códigos da molécula de ADN (de que estão ausentes informações sobre determinadas características hereditárias específicas). Garantia aos Estados-membros a liberdade de cada um decidir as condições e o tipo de criminalidade que dariam lugar ao armazenamento dos resultados obtidos nas análises de ADN na base de dados nacional. Esta Recomendação sublinhava a indispensabilidade de os Estados oferecerem garantias de salvaguarda da integridade física das pessoas objecto dos exames e de a respectiva legislação nacional ser conforme com a Convenção nº 108 do Conselho da Europa em matéria de protecção de dados de carácter pessoal[836].

O intercâmbio assentaria numa rede de bases de dados nacionais de ADN compatíveis entre si, devendo limitar-se aos dados de ADN que, por confrontação, possam indicar se uma pessoa consta de um ficheiro ou se pode estar relacionada com alguns dos indícios de um crime. Numa segunda fase, quando estivessem reunidas as condições para troca de resultados de análises de ADN entre os vários Estados, incentivava-se a criação de uma base de dados europeia de ADN.

Os aspectos mais importantes da *Resolução do Conselho, de 25 de Junho de 2001*[837], passam por: (a) considerar o intercâmbio de resultados de análises de ADN um instrumento essencial no combate à criminalidade orientada para a eficácia, a utilizar quando houver razões para crer que daí advirão informações relevantes para a investigação criminal, (b) definir *marcador de ADN* (*locus* numa molécula de ADN que tipicamente contém informações diferentes para indivíduos diferentes), (c) estabelecer uma lista mínima de marcadores de ADN, elaborando a sua listagem — série normalizada europeia ou *European Standard Set* [838] —, (d) reafirmar a utilização exclusiva de marcadores sem informação sobre características hereditárias específicas,

[836] Dedicada à protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal – Estrasburgo, 28 de Janeiro de 1981, disponível em: http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm (acedido em 27 de Janeiro de 2012), ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 21/93, de 09 de Julho. O Protocolo Adicional à Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal, respeitantes às autoridades de controlo e aos fluxos transfronteiriços de dados, de 08 de Novembro de 2001, foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 56/2006, de 20 de Junho.

[837] Publicada no JO C 187, de 03 de Julho de 2001 (p. 0001-0004).

[838] Definiu *marcador de ADN* como o *locus* numa molécula de ADN que, tipicamente, contém informações diferentes para indivíduos diferentes; *resultado de análise de ADN* como um código de letras ou números obtido com base na análise de um ou vários *loci* no ADN e utilizado para fins de informação; *série normalizada europeia* (ESS) ou (European Standard Set) como a série de marcadores de ADN constante do Anexo I; *marcador ESS* como marcador de ADN contido na série normalizada europeia e *resultado de análise ESS*, o resultado de uma análise de ADN obtido através dos marcadores de ADN acima referidos.

(e) recomendar a destruição dos resultados obtidos através de marcadores portadores de informações de ADN codificante, (f) incentivar o estudo sobre a possibilidade de transmissão entre os Estados dos elementos inseridos nas bases de dados por meios electrónicos e (g) viabilizar acordos bilaterais entre Estados-membros relativos à utilização de marcadores específicos, celebrados em conformidade com as legislações nacionais respectivas.

Ponto assente relativamente ao qual não há controvérsia: as bases de dados só devem conter informação relativa ao ADN não codificante. Esta é, de resto, uma exigência oriunda da *Decisão-Quadro 2008/615/JAI* nos termos da qual apenas pode ser transferida, entre os Estados-membros, informação relativa aos perfis de ADN desde que resultantes do não codificante, não devendo ser transmitidos elementos relativos à identificação directa da pessoa em causa, com respeito pelas regras em vigor sobre a protecção de dados pessoais.

II. Com grande probabilidade fazer o estudo comparativo entre o ADN de um vestígio biológico deixado, por exemplo, no lugar da prática da infracção e os perfis de ADN constantes de uma base de dados nacional ou europeia facilitará a investigação e a aplicação da lei criminal, permitindo esvaziar gradualmente a impunidade, sobretudo, no que respeita à perseguição de criminosos considerados perigosos e com tendência para a reincidência, como se verifica nos crimes de natureza sexual.

Ao nível da investigação criminal a troca de dados e informações torna-se indispensável quando se pretende um combate ao crime eficaz. Assume, aqui, especial relevo a base de dados de perfis de ADN com a ciência a emprestar rigor, tecnicidade e credibilidade às provas, uma faceta da biossegurança na preservação do bem comum. Revela-se, ainda, essencial a definição de métodos de investigação comuns, senão mesmo partilhados, em que a transmissão de dados entre os Estados seja, mais do que um interesse prático, uma efectividade, mas com disciplina. Tarefa que não tem sido concretizada na plenitude dada a ainda tendencial preferência pelos princípios dominantes relativos ao exercício do *ius puniendi*[839]. Com efeito, a não ingerência na actividade punitiva dos demais Estados, consequência do princípio básico da territorialidade, tem ditado o reconhecimento do poder de punir como uma imanência da

[839] Como diz Mário Ferreira Monte, *O direito penal europeu de "Roma"a "Lisboa" – subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 28 «(…) os Estados sempre colocaram algumas reservas a partilhar o poder sobre certas matérias, como é o caso do *Ius puniendi*».

soberania [840], como um monopólio estadual. Todavia, o progressivo aumento da criminalidade globalizada tem propiciado a "suavização" da territorialidade [841], sobretudo no espaço europeu.

Cabe aqui referir que existem funções e valores que devem ser prosseguidos pela entidade Estado, que não são mais do que deveres estatais: a função de punir e a defesa dos mais elementares bens jurídicos essenciais à manutenção da paz social e do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa humana. É a cada Estado que cabe assegurar estas tarefas, onde se situa a prevenção e a repressão criminal. Mas a disseminação do crime, com a consequente desterritorialização, complexificação, densidade e gravidade das novas ameaças trouxeram consigo a tendencial atenuação da tradicional divisória. Pelo que a costumada demarcação da prossecução criminal de cada Estado vai-se revelando inadequada no sentido de que o processo de actuação do poder de coerção é mais eficiente se resultante de intercomunicação dos vários poderes estatais persecutórios. Desde logo através do uso comum de recursos para obtenção de provas. Mas sem interferências na fundante realidade e vigência constitucional de cada Estado, com base numa solidariedade operativa institucionalizada e regulamentada, assente em modelos ordenadores comuns, de modo a garantir a liberdade e a segurança dos cidadãos.

A *proposta de Recomendação ao Conselho (B6-0483/2007), de 19 de Dezembro de 2007*, apresentada por Sarah Ludford, em nome do Grupo Aliança dos Democratas e Liberais Europeus (ALDE)[842], relativa à exploração de dados para a obtenção de perfis, nomeadamente com base na origem étnica e raça, nas operações de luta contra o terrorismo, manutenção da ordem pública, controlo da imigração, alfândegas e controlo fronteiriço, ditou as seguintes recomendações: (a) a manutenção da ordem pública deve basear-se no respeito pela protecção dos dados, dos direitos fundamentais e do princípio da não discriminação; (b) recolha de documentação, análise e discussão das medidas em vigor em sede de segurança e manutenção da ordem que impliquem a obtenção de perfis;

[840] Assim foi em numerosos Códigos Penais: o Alemão de 1871, o Italiano de 1930, o dos Países Baixos de 1881 e o Suíço de 1942, adoptando os princípios complementares da nacionalidade e dos interesses nacionais, não consagrando o princípio dos interesses universais ou da justiça universal. Sobre a dimensão histórica do princípio da territorialidade veja-se Luis Arroyo Zapatero, «De la territorialidad a la universalidade en la persecucion penal», *Lusíada*, nº 3, 2005, pp. 125 ss. Por sua vez, Laura Zúñiga Rodríguez vê na criação do Tribunal Penal Internacional um avanço no princípio da territorialidade face ao "princípio de direito universal de consecução penal dos crimes contra os direitos humanos", *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001, p. 203.

[841] Como lhe chama Luis Arroyo Zapatero, «De la territorialidad a la universalidade en la persecucion penal», *Lusíada*, nº 3, 2005, p. 129.

[842] À data, o terceiro maior grupo político no Parlamento Europeu.

(c) avaliação do risco da obtenção de perfis com base na raça, na etnia e no comportamento, ponderando as razões dos seus fundamentos e os resultados face aos efeitos negativos; (d) reexame das normas em vigor sobre obtenção de perfis de ADN; (e) caso se revele necessário a fim de evitar qualquer tipo de efeito discriminatório, proceder a reformas legislativas; (f) definir claramente a diferença entre as utilizações legítimas e as utilizações ilícitas dos dados pessoais sensíveis em matéria de segurança; (g) promover o reforço da cooperação entre as diferentes agências de segurança no que respeita ao tratamento da exploração de dados para a obtenção de perfis, assim como o trabalho com as entidades competentes nesta área[843].

Na sequência desta proposta de Recomendação, o Parlamento Europeu, em 24 de Abril de 2009, dirigiu ao Conselho *Recomendações* referentes ao problema da exploração de dados para a obtenção de perfis, nomeadamente com base na origem étnica e na raça, nas operações de luta contra o terrorismo, manutenção da ordem, controlo da imigração, alfândegas e controlo fronteiriço [844]. Tendo em conta que os Estados-membros recorrem cada vez com mais frequência às novas tecnologias para fazer face à criminalidade e, considerando que os perfis podem ser *descritivos*[845] ou *preditivos*[846], as recomendações iam no sentido de (a) sujeitar o tratamento de dados pessoais para fins de combate ao terrorismo e aplicação da lei criminal a um conjunto de regras claras, específicas e vinculativas que imponham limites à sua utilização, com supervisão efectiva de autoridades independentes de protecção de dados, devendo estabelecer-se sanções para o incumprimento; (b) considerar desproporcional o armazenamento de dados de carácter profilático geral para fins de prevenção; (c) estabelecer limites temporais para a conservação de informação pessoal; (d) considerar proibida, por discriminatória, a recolha de dados sobre as pessoas apenas com base na origem racial, étnica, convicção religiosa, opinião política, orientação ou comportamento sexual, ou por pertença a um grupo ou organização não proibida por lei;

[843] Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B6-2007-0483+0+DOC+XML+V0//PT (acedido em 20 de Junho de 2012).
[844] Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, referente ao problema da exploração de dados para a obtenção de perfis, nomeadamente com base na origem étnica e na raça, nas operações de luta contra o terrorismo, manutenção da ordem, controlo da imigração, alfândegas e controlo fronteiriço — Recomendação (2008/2020(INI)), JO C 184 E/119/126, de 24 de Abril de 2009.
[845] Os que «têm por base testemunhos e outras informações acerca dos autores ou as características dos crimes cometidos, auxiliando, dessa forma, a apreensão de suspeitos específicos ou a detecção de actividades criminosas actuais que sigam o mesmo padrão», JO C 184 E/122.
[846] Os que «estabelecem correlações entre as variáveis observáveis de acontecimentos passados e os dados e informações confidenciais actuais, conduzindo a deduções que se crê passíveis de identificar aqueles que poderão estar envolvidos em crimes futuros ou ainda por desvendar», JO C 184 E/122.

(e) adaptar a *Directiva 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000*[847] em matéria de exploração de dados para a obtenção de perfis; e (f) encomendar um estudo a efectuar sob a responsabilidade da Comissão, consultando a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Autoridade Europeia para a Protecção de Dados, sobre a aplicação real e potencial e eficácia das técnicas de exploração de dados para a obtenção de perfis.

III. Em 2004, na *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*, adoptada pela Unesco, no seu art. 7º, proibiu-se todo e qualquer uso dos dados genéticos que pudessem conduzir à estigmatização de um indivíduo, uma família, grupo ou comunidade, apelando para a necessidade de se prestar especial cuidado às conclusões e interpretações dos estudos de genética das populações[848] e dos estudos de genética do comportamento[849]. No referente à circulação transfronteiriça dos dados genéticos humanos e das amostras biológicas, a Declaração limita-se a fomentar a cooperação científica e cultural internacional, remetendo para a regulamentação interna dos Estados, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Conforme já atrás referenciámos, a Lei nº 5/2008, no que concerne especificamente à base de dados de perfis genéticos, proporciona que Portugal venha participar na cooperação europeia em matéria judicial e policial, especialmente, após a porta aberta pelo tratado de direito internacional adoptado fora do quadro da União Europeia, o *Tratado de Prüm*, assinado em 27 de Maio de 2005. Versou sobre o desenvolvimento da cooperação entre os Estados no âmbito da luta contra o terrorismo, criminalidade transfronteiriça e imigração ilegal e regulou o intercâmbio e consulta directa e automatizada de informações sobre ADN, impressões digitais e outros dados, como os relativos ao registo de matrículas de automóveis, no âmbito da cooperação policial transfronteiriça, de modo a facilitar a identificação de suspeitos e arguidos.

---

[847] Esta Directiva tem por objectivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica, com vista a pôr em prática nos Estados-membros o princípio da igualdade de tratamento. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:pt:HTML (acedido em 20 de Junho de 2012).

[848] Art. 2º, al. V): «Estudo que visa determinar a natureza e amplitude das variações genéticas numa população ou nos indivíduos de um mesmo grupo ou entre indivíduos de grupos diferentes».

[849] Art. 2º, al. VI): «Estudo que visa determinar possíveis relações entre características genéticas e comportamento».

Previu, no domínio da actuação policial, intervenções operacionais a bordo de aeronaves e no palco de eventos de grande envergadura.

A pretendida cooperação tem-se revelado algo envergonhada. As causas devem-se, sobretudo, ao desfasamento das várias legislações nacionais por falência, quer dos sistemas laboratoriais de polícia científica em funcionamento, quer da ideal harmonização dos sistemas judiciais dos vários Estados ainda não atingida por força dos quadros culturais próprios de cada Estado[850] e de incertezas de ordem política sobre a subjacente questão da limitação e ou da transferência do poder punitivo — ainda que delimitada à lei adjectiva — em favor da União Europeia.

13.5.1. A questão dos sistemas laboratoriais de polícia científica

I. Estes são problemas de que se têm ocupado Recomendações da União Europeia. Desde 1988 que representantes de um número significativo de laboratórios da União Europeia têm vindo a reunir com o objectivo de compatibilizar os vários sistemas de análise de ADN, a que deram o nome de *European DNA Profiling Group* (EDNAP). Este grupo de trabalho deu lugar a um outro alargado a toda a Europa, em 1993, chamado *International Society for Forensic Haenogenetics* (ISFG). A Sociedade Internacional de Genética Forense tem estimulado a definição dos procedimentos técnicos, através de recomendações indicando tipo de marcadores, nomenclatura, métodos de análise, formas de valoração do resultado final, entre outros aspectos.

Reflexo do dinamismo da União Europeia no sentido de coesão entre os Estados-membros é a *Decisão-Quadro 2009/905/JAI do Conselho, de 30 de Novembro* [851] , relativa à acreditação de prestadores de serviços forenses que desenvolvem actividades laboratoriais, a fim de garantir um intercâmbio mais seguro e fidedigno de informações relativas a provas forenses, estabelecendo a confiança mútua na validade dos métodos de análise. Este objectivo é alcançado através da garantia de que os prestadores de serviços forenses que levam a cabo actividades laboratoriais

[850] Sobre a diversidade cultural dos Estados que se espelha nos ordenamentos jurídicos nacionais, veja-se Mário Ferreira Monte, *O direito penal europeu de "Roma"a "Lisboa" – subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 157, nota 22: «(…) é verdade que existe uma unidade e até se pode dizer que os princípios gerais são comuns. Mas também é certo que algumas soluções, sobretudo no que concerne aos tipos legais e respectivas sanções, para já não falar nas processuais, estão claramente relacionadas com aspectos específicos da cultura de cada Estado, que, se não são um obstáculo intransponível, têm sido um obstáculo à celeridade nessa harmonização».
[851] JO L 322, de 09/12/2009.

relativas a perfis de ADN e dados dactiloscópicos sejam acreditados por um organismo nacional de acreditação que certifique a conformidade dessas actividades com a norma internacional "EN ISO/IEC 17025" (requisitos gerais de competência para laboratórios de ensaio e calibração), tal como é referido no *Regulamento CE nº 765/2008*.

No art. 3º da Decisão-Quadro definem-se os conceitos de *actividade laboratorial*, *resultados de actividades laboratoriais*, *prestador de serviços forenses*, *organismo nacional de acreditação*, *perfil de ADN* e *dados dactiloscópicos*[852]. Os Estados-membros adoptarão as medidas necessárias ao cumprimento destas disposições até 30 de Novembro de 2013/15 e transmitirão ao secretariado-geral do Conselho e à Comissão o texto das disposições que transpõem, para o direito nacional, as suas obrigações decorrentes desta Decisão-Quadro, até 30 de Maio de 2016. O Conselho avaliará o seu cumprimento até ao final de 2018.

De qualquer forma, a Lei nº 5/2008 já preceitua, no art. 5º, nº 3, o dever de os laboratórios que realizam as análises laboratoriais de ADN procederem de acordo com os requisitos científicos, técnicos e organizacionais internacionalmente estabelecidos. Nestes termos, e segundo o disposto no art. 40º, quer o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária, quer o Instituto Nacional de Medicina Legal — entidades competentes para a realização da análise da amostra com vista à obtenção do perfil de ADN a nível nacional[853] — devem proceder à adopção das condições necessárias ao preenchimento dos requisitos internacionalmente fixados para a acreditação da área laboratorial de análise de ADN dos respectivos laboratórios, na parte respeitante à

[852] Nos termos do aludido art. 3º, entende-se por:
a) *actividade laboratorial*: qualquer operação efectuada num laboratório ao localizar e recuperar indícios em objectos, assim como desenvolver, analisar e interpretar provas forenses com o fim de dar pareceres periciais ou proceder ao intercâmbio de provas forenses;
b) *resultados de actividades laboratoriais*: quaisquer resultados analíticos e interpretação directamente associada;
c) *prestador de serviços forenses*: qualquer organismo, público ou privado, que desenvolve actividades laboratoriais de polícia científica a pedido da autoridade de aplicação da lei ou das autoridades judiciárias competentes;
d) *organismo nacional de acreditação*: o único organismo num Estado-membro a proceder à acreditação com poderes de autoridade pública, tal como referido no Regulamento CE nº 765/2008;
e) *perfil de ADN*: um código alfanumérico que representa um conjunto de características de identificação da parte não portadora de códigos de uma amostra de ADN humano analisado, ou seja, a estrutura molecular específica presente nos diversos segmentos (*loci*) de ADN;
f) *dados dactiloscópicos*: impressões digitais, impressões digitais latentes, impressões palmares, impressões palmares latentes e modelos dessas impressões (codificação de pormenores).

[853] Nos termos do disposto no art. 5º, nº 1. Excepcionalmente, como já referenciámos, a análise dos perfis de ADN pode ser realizada por outros laboratórios mediante autorização do ministério da justiça e do ministério que exerça tutela sobre eles (art. 5º, nº 2, na redacção dada pela lei nº 40/2013, de 25 de Junho, que aprova a Lei de organização e funcionamento do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN e procede à primeira alteração da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro).

validação de análises, controlo de procedimentos, padronização de metodologias e certificação de equipamentos. O art. 10º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN — Deliberação nº 3191/2008, de 03 de Dezembro —, além de especificar que as análises são realizadas em duplicado, se possível por profissionais diferentes, com recurso a *kits* de amplificação diversos que incluam os marcadores definidos, determina que as análises sejam efectuadas segundo as regras, metodologias e técnicas estabelecidas internacionalmente para a análise forense. De resto, só as amostras recolhidas em obediência a tais padrões poderão ser incluídas na base de dados de perfis de ADN de amostras referência[854]. No caso de impossibilidade técnica de observância destes requisitos, o envio do perfil de ADN para a sede do Instituto Nacional de Medicina Legal é acompanhado do relatório explicativo e justificativo do impedimento, devendo este ser anexado na base de dados com o respectivo perfil. Para além das exigências legais relativas às entidades competentes para a análise laboratorial, também existem requisitos habilitacionais mínimos atinentes à qualificação do pessoal interveniente no processo — licenciatura adequada, experiência no âmbito de ciências forenses e demais requisitos indicados nos avisos de abertura dos concursos[855]. Os marcadores de ADN a integrar no ficheiro de perfis, que se pretende sejam normalizados para efeito de eficaz intercâmbio entre os diversos Estados, foram fixados por Portaria conjunta dos ministérios da justiça e da saúde, nº 270/2009, de 17 de Março, de acordo com as normas internacionais e o conhecimento científico sobre a matéria. Fixa duas categorias de marcadores: os de inserção obrigatória e os de inserção complementar, não podendo nenhum deles respeitar a ADN codificante. Caso se verifique que o marcador de ADN permite informações sobre a saúde ou características hereditárias específicas, será excluído dos perfis de ADN constantes na base de dados e deixará de ser estudado nas amostras a analisar posteriormente, com excepção da determinação do género relativo à pessoa a quem pertence a amostra (art. 11º da Deliberação nº 3191/2008).

A escolha dos marcadores de ADN de inserção obrigatória resulta da listagem *European Standard Set* constante da Resolução do Conselho de 25 de Junho de 2001 (2001/C 187/01), da necessidade de compatibilização com os marcadores utilizados nos perfis de outras bases de dados europeias e, ainda, da necessidade de evitar um excessivo número de coincidências entre perfis que, naturalmente, se verificaria se fosse

[854] As amostras utilizadas para comparação.
[855] Segundo o disposto no art. 15º da Deliberação nº 3191/2008, de 03 de Dezembro.

definido um número reduzido de marcadores. Os marcadores de inserção complementar estão de acordo com os restantes marcadores utilizados pela Organização Internacional de Polícia Criminal — Interpol — e pela comunidade científica internacional. Facultam um maior poder de discriminação de forma a evitar situações embaraçosas de falsas coincidências. Nesta data, o Conselho da União Europeia chegou a acordo sobre a *Série Normalizada Europeia de Loci* (ESS) que incluía sete marcadores de ADN, número que foi aumentado para doze através do projecto de Resolução do Conselho (doc. 15246/09) de 2009, de 13 de Novembro de 2009[856], relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN. A amplificação dos marcadores resultou do crescimento, em quantidade e dimensão, das bases de dados, da necessidade de existência de marcadores analisados de forma segura para um eficaz intercâmbio de dados. Esta última Resolução substituiu a 2001/C 187/01, sendo que no essencial, os princípios subsistem. Convida os Estados-membros a utilizarem técnicas de análise de ADN cientificamente testadas e comprovadas no âmbito do Grupo de Trabalho ADN da Rede Europeia de Institutos de Polícia Científica (ENFSI) e, no que respeita ao intercâmbio de resultados de análises de ADN, a restringirem-se ao uso de segmentos do cromossoma que, segundo o estado do conhecimento científico actual, não contenha informação sobre características hereditárias específicas. O laboratório de polícia científica português enquanto membro da ENFSI é sujeito periodicamente a testes de controlo, com o objectivo de aferição da qualidade da metodologia adoptada e dos resultados obtidos.

À semelhança da Lei Portuguesa, também a Lei Espanhola 10/2007, de 08 de Outubro[857], faz exigências a respeito da acreditação dos laboratórios. As análises de ADN para fins de identificação genética estão reservadas aos laboratórios acreditados para o efeito pela Comissão Nacional para o uso forense do ADN, devendo submeter-se periodicamente aos controlos de qualidade impostos pela Comissão (art. 5º). Estabeleceu, em disposição transitória, o prazo de um ano a contar da entrada em vigor da Lei para que os laboratórios das Forças e Corpos de Segurança do Estado se adaptassem às exigências da acreditação. Tudo isto, de acordo com o disposto na parte preambular, adoptando as «medidas materiais e jurídicas adequadas», com o fim de assegurar «a assumpção por parte de Espanha de uma série de obrigações recíprocas

[856] Disponível em: http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/09/st15/st15870.pt09.pdf (acedido em 09 de Outubro de 2012).
[857] Ley Orgánica 10/2007, de 08 de Outubro, reguladora da base de dados policial sobre identificadores obtidos a partir do ADN, publicada no BOE, nº 242, pp. 40969 ss.

com outros países para partilhar informação disponível nos respectivos ficheiros e bases de dados».

13.5.2. A questão da harmonização dos sistemas judiciais

I. A livre e permanente circulação de pessoas potencia a perpetração de crimes a nível internacional, motivo pelo qual é valiosa a cooperação dos Estados, quer na prevenção, quer na repressão do fenómeno criminoso. Note-se que esta cooperação já abordada só será exequível com harmonização dos sistemas jurídicos, sendo que, conforme tivemos oportunidade de referenciar, esta não é necessariamente sinónimo de uniformização, mas antes de um processo mais flexível que permita a entreajuda e a comunicação dos vários sistemas jurídicos dos diferentes Estados. Aqui é de inquestionável importância o princípio da confiança mútua — princípio norteador da cooperação e auxílio entre os Estados[858].

Não serão para ignorar as questões éticas e políticas que a cooperação internacional coloca[859], que vão desde a necessidade de preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos, à provável discriminação e estigmatização de pessoas ou grupos de pessoas, como os imigrantes, e ao plausível medo de estrangeiros de determinadas proveniências.

É verdade que no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça, a União Europeia tem por objectivo a promoção da paz e o bem-estar dos seus povos (ex-artigo 2º do TUE) e o Tratado de Lisboa preconizou alterações nos arts. 82º e seguintes, dedicando parte da sua atenção à cooperação judiciária e policial em matéria penal enquanto matéria integradora desse espaço, ao lado das políticas de asilo e imigração, mas também não é menos verdade que, se a tendência é caminhar no sentido da harmonização legislativa no espaço europeu no que respeita a matérias de processo penal relevantes — como meios de prova, garantias de defesa do arguido, protecção da vítima — os respectivos passos serão sucessivos e progressivos.

---

[858] Sobre o princípio da confiança enquanto princípio jurídico informador da relação entre os Estados no âmbito da cooperação jurídica internacional, veja-se Fábio Ramazzini Bechara, *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*, Tese de Doutoramento, Universidade de S. Paulo, Faculdade de Direito, Brasil, 2009, pp. 125 a 137, disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf (acedido em 22 de Fevereiro de 2012).

[859] Como refere Tim Wilson, «Forensic Science and the internationalisation of policing», *Handbook of forensic science*, edição de Jim Fraser and Robin Williams, Willan Publishing, 2009, p. 491.

A matéria da cooperação judiciária em matéria penal, que já havia sido introduzida em 1993, pelo Tratado de Maastricht, tida como o "terceiro pilar"[860], servirá a criação de um espaço europeu comum de justiça, assegurando a livre circulação de pessoas e a sua protecção, em que o princípio da confiança mútua tem de ser uma realidade consistente entre as várias autoridades policiais e judiciárias nacionais. Reforçará a confiança dos cidadãos na justiça a nível europeu, quer quando assumem a qualidade de arguidos, quer na faceta de vítimas do cometimento de infracções criminais. Pretende-se, deste modo, o reconhecimento mútuo entre os Estados-membros das decisões judiciais de cada um deles, o que só se conseguirá com a definição de normas mínimas comuns no que concerne ao direito a um julgamento justo e equitativo, ao reforço dos direitos dos arguidos e desenvolvimento de matérias relativas ao auxílio às vítimas.

II. Não se pode ter a arrogância de tentar almejar a uniformização total dos sistemas processuais penais, nem no respeitante às bases de dados de perfis de ADN, nem no que se refere aos demais aspectos jurídicos, por reducionista, não obstante as perspectivas de europeiização do processo penal *vs.* o princípio da reserva estadual da administração da justiça, fruto da globalização[861], que tornou os três elementos do Estado mais diluídos — «território menos estanque, população menos exclusiva, soberania menos indivisível» [862]. Vejamos: o ser humano, enquanto fazedor de pensamentos e ideias, produz cultura, entre ela, a cultura jurídica. Estes pensamentos e ideias, naturalmente, são oriundos, uns do seu próprio ambiente, outros da interacção com os demais povos. A cultura jurídica, enquanto cultura humana, emerge da matéria--prima que a envolve. E se o homem é um indivíduo tanto na África do Sul como na

[860] O Tratado de Lisboa eliminou a divisão dos três pilares.

[861] Sobre a globalização e internacionalização do direito constitucional veja-se Paulo Rangel, «Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade», *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, AA.VV., vol. I, Coimbra Editora, 2012, pp. 151 ss., em que o A. aponta a possibilidade de «"redesenhar" a constituição para um universo político em que o Estado deixou de ser o referente exclusivo dos materiais constitucionais» (p. 153). Nesta matéria, é importante a reflexão de José Carlos Vieira de Andrade sobre «a soberania normativa da Constituição» face ao alargamento e complexificação dos ordenamentos jurídicos (p. 179), nas «Conclusões» do Colóquio "Revisitação do Consenso Constitucional", *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, AA.VV., vol. I, Coimbra Editora, 2012, pp. 175 ss. O A. considera que, não obstante termos um «Estado soberano enfraquecido» (p.176), ainda assim, o Estado «é o lugar próprio para assegurar a liberdade das pessoas e a existência de uma comunidade democrática», acrescentando que «o Estado, com a sua Constituição, continua a existir como a entidade e a realidade mais capaz de assegurar a realização de um conjunto de valores culturais e civilizacionais das comunidades de pessoas» (p. 177).

[862] Como nos dá conta Francisco Lucas Pires, *Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 8

Gronelândia, a verdade é que as especificidades, quer da mãe-natureza e ambiente, quer da organização social, económica e política, ditam particularidades que são próprias de cada sociedade e, até mesmo, por vezes, contrastantes.

Embora a comunidade internacional reconheça a existência de tensões e perigos comuns, a imposição da uniformização não será, certamente, a via mais plausível para solucionar tais problemas. Sabe-se que no todo geral da humanidade, as preocupações centrais sobre a criminalidade podem ser comuns e carecem de uma actividade especializada na sua prevenção, combate, ou subsidiariamente, na sua repressão. A forma de desempenho destas competências pertence a cada um, sendo que a eficiência reclama uma disciplina comum, uma articulação, um equilíbrio, diríamos, entre os Estados, uma noção de estrutura e de função, com respeito pelas coincidências, mas também pelas dissidências. Neste sentido, a divergência de interesses dos Estados é incorporada numa generalização sobre o sentido global e utilidade da recolha e tratamento da informação sobre o cidadão, consolidando-se estratégias e modos de execução, acertando-se momentos, afinando-se técnicas, na cooperação policial e judiciária em matéria penal. Almejando a coesão no sentido de preservar a sociedade interna e externa. E é nesta medida que falamos da harmonização. Não se trata de um entendimento especialmente defensor de tendências patrióticas, mas tão-só de emprestar um sentido de respeito pelos modos de vida diferentes dos vários povos, pelos princípios próprios que orientam e moldam os seus sistemas de valores, pelos padrões culturais de cada um[863].

Exemplifiquemos: nada há a opor a regulamentações e práticas em que cada Estado defina o valor que deve atribuir às bases de dados de perfis genéticos, em que cada Estado especifique o *quantum* da pena aplicável numa sentença condenatória como pressuposto de carácter objectivo da inserção do perfil genético na respectiva base de condenados, desde logo porque em determinados países é mais frequente um determinado tipo de criminalidade do que noutros, mas também se compreende que, dada a abertura dos povos e das culturas, a globalidade de significação de certas condutas criminosas universais que atentam contra bens jurídicos que a própria comunidade internacional tem interesse e expectativa em proteger, e atentas as inúmeras

[863] Veja-se, a este título, o preceituado no art. 67º do Tratado de Funcionamento da União Europeia: a União assume-se como um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-membros, desenvolvendo esforços na luta contra a criminalidade, através de medidas de coordenação e cooperação entre as autoridades policiais e judiciárias, reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e aproximação das legislações nacionais.

dificuldades na sua prevenção e luta, haja uma concentração de esforços básicos no sentido de serem configurados instrumentos comuns pragmáticos de satisfação daqueles interesses, donde decorre a necessidade de adaptação por harmonização legislativa e de ajustamento de práticas de investigação, sobretudo, a nível técnico.

É neste sentido que deve ser interpretado o "desenvolvimento progressivo de uma cultura judiciária europeia, baseada na diversidade dos sistemas jurídicos e na unidade decorrente do direito europeu" constante do Programa de Estocolmo[864]. Nestes termos, enuncia o Programa: «Os sistemas judiciários dos Estados-membros deverão poder funcionar em conjunto, de forma coerente e eficaz, no respeito das tradições jurídicas nacionais»[865]. Esta linha de pensamento propõe o estabelecimento de um conjunto de regras mínimas comuns na medida do necessário para desimpedir o reconhecimento mútuo de sentenças e outras decisões judiciais e para facilitar a cooperação policial e judiciária em matéria penal[866].

Uma coisa é reconhecermos que os Estados não são estanques nem estão estagnados, por, a toda a hora, receberem influências externas uns dos outros, outra, diferente, é alinharmos no colonialismo da cultura jurídica, através do qual se perderia a diversidade de regras e de valores[867].

III. A *Decisão-Quadro 2006/960/JAI do Conselho*, de 18 de Dezembro de 2006, relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-membros da União Europeia[868], reconhece que o intercâmbio célere e eficaz é entravado por "formalidades, estruturas administrativas e

[864] Página 11 do Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos – (2010/C 115/01) –, adoptado pelo Conselho Europeu para o período de 2010 a 2014, que estabelece as prioridades de acção da UE na área da liberdade, da segurança e da justiça durante aquele período. O cidadão está no centro da atenção da UE. O Programa de Estocolmo trata de relevantes questões como cidadania, justiça, segurança, asilo, migração, da dimensão externa da justiça e dos assuntos internos. Ver em JO C 115, de 04/05/2010.

[865] JO C115, de 04/05/2010, p. 11.

[866] JO C115, de 04/05/2010, p. 14. Em 01 de Julho de 2010, foi criada a Direcção-Geral da Justiça, que resultou da divisão da anterior Direcção-Geral da Justiça, Liberdade e Segurança em duas Direcções-Gerais independentes, tendo sido nomeada Francoise Le Bail como directora geral. Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/mission/index_pt.htm (acedido em 18 de Janeiro de 2013).

[867] Atentemos neste exemplo: a própria população norte-americana é muito heterogénea, com diversas etnias e religiões e, por isso, também, mais atreita a ameaças e condutas criminosas com determinados padrões de comportamento, não tão comuns noutros povos. Veja-se, ainda, que no mesmo país, a admissibilidade e proibição da pena de morte não é uniforme, variando de Estado para Estado. Com esta exemplificação não queremos, de modo algum, dar a nossa concordância a este tipo de pena; queremos tão-só acentuar a diversidade de valores e de regras no interior do mesmo país. O que não coloca em causa a "unidade da sociedade", apenas revela a existência de uma pluralidade de valores nela.

[868] JO L 386, de 29/12/2006, rectificada por JO L 75, de 15/03/2007.

obstáculos jurídicos consignados na legislação dos Estados-membros"[869] dado os seus sistemas jurídicos divergirem nestas matérias. «É necessário que as autoridades de aplicação da lei[870] possam pedir e obter dados e informações de outros Estados-membros nas diferentes fases de investigação (…) mas a presente decisão-quadro não visa modificar esses sistemas. Todavia, relativamente a determinado tipo de dados e informações pretende assegurar um intercâmbio célere de certos dados vitais para as autoridades de aplicação da lei, no interior da União»[871]. Por isso, o Conselho entendeu aprovar um instrumento juridicamente vinculativo sobre esta matéria, sem prejuízo dos instrumentos actuais e futuros que promovam ou facilitem o intercâmbio de dados, acordos ou convénios bilaterais ou multilaterais entre os Estados-membros e países terceiros, sobretudo no que respeita a infracções directa ou indirectamente ligadas à criminalidade organizada e ao terrorismo, pautando-se pela procura do equilíbrio adequado entre eficiência, celeridade e protecção dos direitos e liberdades fundamentais. Na *Declaração Sobre a Luta Contra o Terrorismo*, aprovada pelo Conselho Europeu na sessão de 25 de Março de 2004, ficou este encarregado de analisar medidas destinadas à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-membros.

A Decisão-Quadro *2006/960/JAI* não impõe aos Estados-membros a obrigação de fornecer dados ou informações para serem utilizados como meios de prova perante uma autoridade judiciária, nem confere o direito de utilização desses dados ou informações para esse fim. Os dados e informações obtidos ao abrigo deste instrumento só poderão ser utilizados como meio de prova perante os órgãos judiciários dos Estados-membros mediante consentimento do Estado-membro que os forneceu, através dos instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal em vigor, salvo se o consentimento for dado aquando da transmissão dos dados. São instituídos prazos máximos de oito horas de resposta aos pedidos urgentes e de uma semana para os não urgentes. Os dados e informações solicitados destinam-se a detecção, prevenção e investigação de uma infracção criminal, sempre que haja razões factuais para crer que o Estado requisitado as possui, e no pedido devem ser explicitados os fins a que se

[869] No ponto nº 6 dos Considerandos.
[870] Nos termos do art. 2º, al. a) a "autoridade competente para aplicação da lei" é «uma autoridade nacional policial, aduaneira ou outra, habilitada pelo direito interno a detectar, prevenir e investigar infracções ou actividades criminosas e a exercer a autoridade e tomar medidas de coacção no contexto dessas funções. Os serviços ou unidades que se dediquem especificamente a questões de segurança nacional não estão abrangidos por este conceito».
[871] Ponto nº 7 dos Considerandos.

destinam as referidas informações ou dados, bem como a relação entre esses fins e a pessoa a que dizem respeito. O intercâmbio é efectuado por meio de qualquer canal existente de cooperação internacional sendo que pode haver lugar ao intercâmbio espontâneo entre os Estados-membros se se estiver perante o elenco das infracções previstas no art. 2º, nº 2 da Directiva 2002/584/JAI, relativa ao mandado de detenção europeu[872], limitado ao que for relevante e necessário para a detecção, prevenção ou investigação dessas infracções. A afectação de interesses essenciais da segurança nacional do Estado requerido, a colocação em risco do êxito de uma investigação em curso, de uma operação de informações criminais, ou da segurança das pessoas, a desproporção ou irrelevância em relação aos fins para que foram solicitados, constituem causa de recusa de prestação dos dados ou informações.

IV. Transpondo para a ordem jurídica interna a *Decisão-Quadro nº 2006/960/JAI*, foi aprovado o regime jurídico aplicável ao intercâmbio de dados e informações de natureza criminal entre as autoridades dos Estados-membros da União Europeia pela Lei nº 74/2009, de 12 de Agosto. Este diploma aplica-se ao pedido e à transmissão de dados e de informações pelas autoridades nacionais de aplicação da lei às autoridades competentes de aplicação da lei de outros Estados-membros da União Europeia, para efeitos de realização de investigações criminais ou operações de informações criminais. Sendo *autoridade competente de aplicação da lei* «uma autoridade policial, aduaneira ou outra, com excepção dos serviços ou unidades que se dediquem especificamente a questões de segurança nacional, habilitada pelo direito interno a detectar, prevenir e investigar infracções ou actividades criminosas e, no contexto dessas funções, a exercer a autoridade e tomar medidas coercivas», este diploma contempla, enquanto tais, a polícia judiciária, a guarda nacional republicana, a

[872] JO L 190, de 18/07/2002. As infracções previstas no nº 2 do art. 2º são as puníveis no Estado-membro com pena de prisão ou medida de segurança privativa de liberdade com máximo superior a três anos com o elenco que segue: participação em organização criminosa; terrorismo, tráfico de seres humanos; exploração sexual de crianças e pedopornografia; tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, munições e explosivos; corrupção, fraude; branqueamento dos produtos do crime; falsificação de moeda incluindo contrafacção do euro; cibercriminalidade; crimes contra o ambiente incluindo o tráfico de espécies animais ameaçadas e de espécies e essências vegetais ameaçadas; auxílio à entrada e à permanência irregulares; homicídio voluntário e ofensas corporais graves; tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos; rapto, sequestro e tomada de reféns; racismo e xenofobia; roubo organizado ou à mão armada; tráfico de bens culturais incluindo antiguidades e obras de arte; burla; extorsão de protecção e extorsão; contrafacção e piratagem de produtos; falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico; falsificação de meios de pagamento; tráfico ilícito de substâncias hormonais e outros factores de crescimento; tráfico ilícito de materiais nucleares e radioactivos; tráfico de veículos roubados; violação; fogo posto; crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional; desvio de avião ou navio; sabotagem.

polícia de segurança pública, a direcção-geral das alfândegas e dos impostos especiais sobre o consumo e outros órgãos de polícia criminal de competência específica. Estranho que não se tenha atribuído a qualidade de *autoridade competente de aplicação da lei* também e sobretudo ao Ministério Público por via de lhe estar conferido constitucionalmente o exercício da acção penal — art. 219º, nº 1 —, dirigindo o inquérito — arts. 53º, nº 2, al. b) e 263º, nº 1 do Código de Processo Penal — e de os órgãos de polícia criminal actuarem, coadjuvando-o, sob a sua orientação e dependência funcional, com vista à realização das finalidades do processo — arts. 55º, 56º e 263º, nº 2 do CPP, bem como os arts. 2º e 3º, nº 4 da Lei nº 49/2008, de 27 de Agosto [Lei de organização da investigação criminal], segundo a qual a autoridade judiciária a quem compete dirigir a investigação em cada fase do processo é assistida pelos órgãos de polícia criminal. É certo que os órgãos de polícia criminal impulsionam e desenvolvem por si as diligências legalmente admissíveis mas a autoridade judiciária pode, a todo o tempo, avocar o processo, fiscalizar o seu andamento e legalidade e dar instruções específicas sobre a realização de quaisquer actos.

Para efeito da Lei nº 74/2009, a *investigação criminal* compreende «uma fase processual em que por uma autoridade competente de aplicação da lei são feitas diligências na acepção do art. 1º da Lei nº 49/2008, de 27 de Agosto», ou seja, uma fase em que se procede a diligências com o fim de averiguar, nos termos da lei processual penal, a existência de um crime, a determinação dos seus agentes e sua responsabilidade e descobrir e recolher provas no âmbito do respectivo processo. *Operação de informações criminais* consiste na «fase processual, anterior à fase da investigação criminal, em cujo âmbito uma autoridade competente de aplicação da lei está legalmente habilitada a recolher, a tratar e a analisar informações sobre infracções ou actividades criminosas, com o objectivo de determinar se foram ou poderão vir a ser cometidos actos criminosos concretos». Nos precisos termos definidos na Decisão-Quadro 2006/960/JAI, o intercâmbio de dados e informações para fins de detecção, prevenção ou investigação de uma infracção é fornecido a requerimento da autoridade competente, devendo ser explicitados os fins a que se destinam, pois que só podem ser utilizados pelas autoridades requerentes para os fins para que foram proporcionados ou para prevenir ameaças graves e imediatas à segurança pública. Também podem ser entregues os dados espontaneamente nos termos do art. 11º, sem prévia solicitação, quando haja razões factuais para crer que esses dados podem detectar, prevenir ou investigar as infracções a que alude o nº 2 do art. 2º da Lei nº 65/2003, de 23 de Agosto

(que aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu em cumprimento da Decisão-Quadro 2002/584/JAI). Em caso de intercâmbio, as autoridades nacionais de aplicação da lei dão cumprimento às exigências do segredo de justiça, sigilo profissional e confidencialidade de todos os dados e informações, nos termos da legislação em vigor. Os prazos para o fornecimento dos dados e informações são os constantes da Directiva transposta, bem como as causas de recusa de transmissão. Os canais de comunicação são os gabinetes Sirene, Interpol ou Europol. Compete ao Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna garantir às autoridades o acesso aos dados e informações, de acordo com as suas necessidades e competências. Mais uma incumbência a acrescer à prevista na Lei nº 49/2008, que consiste em coordenar os órgãos de polícia criminal de acordo com as orientações genéricas emitidas pelo conselho coordenador dos órgãos de polícia criminal, ressalvadas as competências do Ministério Público, velando pelo cumprimento da repartição de competências entre os órgãos de polícia criminal de modo a evitar conflitos, garantindo a partilha de meios e serviços de apoio, de acordo com as necessidades de cada órgão e assegurando o funcionamento e o acesso de todos os órgãos de polícia criminal ao sistema integrado de informação criminal, de acordo com as respectivas necessidades e competências. Está-lhe vedada a possibilidade de emitir directivas, instruções ou ordens sobre processos determinados e não pode aceder a processos concretos, a elementos deles constantes ou às informações do sistema integrado de informação criminal.

Em todos os casos em que Portugal seja o Estado-membro requerido, os dados pessoais são protegidos de acordo com o disposto na Lei interna sobre a matéria. Compete à Comissão Nacional de Protecção de Dados exercer o controlo da comunicação dos dados e informações, podendo, para tanto, realizar diligências de auditoria aos procedimentos e às plataformas de suporte tecnológico utilizados e exercer todas as competências de fiscalização.

O disposto nesta Lei aplica-se, com as devidas adaptações, a todas as comunicações de dados e informações estabelecidas internamente entre os órgãos de polícia criminal.

13.5.3. A questão do intercâmbio e protecção de dados na Lei da Base de Dados Portuguesa de Perfis de ADN e Instrumentos Europeus

Marcada a nossa visão sobre a cooperação judiciária e penal internacional e observados os instrumentos europeus, voltamo-nos para a concreta previsão da Lei nº 5/2008 no que respeita a esta matéria.

A base de dados portuguesa de perfis de ADN, que serve finalidades de identificação civil e de investigação criminal [873], entendida como «o conjunto estruturado constituído por ficheiros de perfis de ADN e ficheiros de dados pessoais com finalidades exclusivas de identificação»[874], contém o perfil de ADN[875] de cidadãos nacionais, estrangeiros ou apátridas que se encontrem ou residam em Portugal.

Na parte atinente às finalidades de investigação criminal, a base de dados é constituída por perfis de ADN a partir da recolha de amostras obtidas nas circunstâncias indicadas no art. 8º da Lei nº 5/2008 e no Código de Processo Penal: (1) no local do crime, mesmo que pelos órgãos de polícia criminal em sede de providências cautelares quanto aos meios de prova (arts. 171º, nº 4 e 249º do CPP); (2) em processo-crime a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente, por despacho judicial, a partir da constituição de arguido, podendo ser compelido por decisão do juiz que ponderará a necessidade da sua realização tendo em conta os direitos à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado; neste caso, as amostras obtidas só podem ser utilizadas como meio probatório no respectivo processo[876]; (3) em condenado por crime doloso em pena concreta igual ou superior a três anos, mesmo que suspensa a execução, por despacho do juiz julgador, após trânsito em julgado; ou (4) em inimputável, por despacho do juiz do julgamento, sancionado com medida de segurança de internamento pela prática de facto ilícito típico contra as pessoas ou crime de perigo comum punível com pena de prisão superior a cinco anos, nos termos previstos no nº 2 do art. 91º do Código Penal; ou (5) em cadáver, parte de cadáver, coisa ou local onde se proceda a buscas.

A base de dados, para fins de identificação criminal, é constituída, nos termos do art. 15º, pelos seguintes ficheiros: (1) o que contém informação relativa aos

[873] Art. 1º, nº 2 e art. 4º, nº 1.
[874] Art. 2º, al. l).
[875] É «o resultado de uma análise da amostra por meio de um marcador de ADN obtido segundo as técnicas cientificamente validadas e recomendadas a nível internacional» nos termos do art. 2º, al. f).
[876] Art. 34º, nº 2.

condenados — imputáveis e inimputáveis — nos termos indicados anteriormente, consequência de decisão judicial transitada em julgado, mediante despacho do magistrado competente no respectivo processo; (2) o que contém as amostras problema recolhidas no local do crime sob investigação cuja identificação se pretende estabelecer e desvendar; (3) o que contém a informação relativa a amostras de voluntários; e (4) o que contém informação relativa aos profissionais que procedem à recolha e análise das amostras[877].

Na realidade existem dois grandes tipos de ficheiros, separados fisicamente: o ficheiro dos perfis de ADN e o ficheiro dos dados pessoais conexos[878], sendo este último constituído pelos dados identificativos da pessoa, ambos com acessos restritos, codificados e identificativos dos utilizadores que são distintos. No ficheiro de perfis de ADN é proibida a inclusão de qualquer elemento identificativo do titular dos dados, bem como qualquer tipo de pesquisa nominal (arts. 14º e 15º, nºs 2 e 3), sendo a identificação baseada em processo de classificação ou código numérico.

O Instituto Nacional de Medicina Legal é a entidade responsável pela inserção, tratamento, interconexão, comunicação e remoção dos dados na base de dados de perfis de ADN e, no que respeita ao tratamento dos dados pessoais, em caso de dúvida, deve consultar a Comissão Nacional de Protecção de Dados e dar cumprimento às suas deliberações (art. 17º).

---

[877] Essencialmente por dois motivos: para os fins de detecção de contaminação das amostras e de preservação das condições de segurança e fidelidade da conservação e tratamento dos dados (art. 27º, nº 3). De resto, o consentimento destes profissionais para a recolha dos seus perfis de ADN, sua inserção na base de dados e dos correspondentes dados pessoais é condição do exercício das funções enquanto técnicos de recolha e análise de amostras de ADN (art. 18º, nº 1, al. b).

[878] Atente-se que, para efeito da Lei nº 5/2008, art. 2º, al. g), entende-se por dados pessoais «o conjunto de informações, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativo a uma pessoa singular identificada ou identificável, que inclui o nome completo, a data de nascimento, a naturalidade, a residência actual conhecida, o número de identificação pessoal (número de bilhete de identidade, cartão de residência, passaporte ou outro análogo), a filiação, o estado civil, o sexo, o grupo étnico, a altura e a existência de deformidades físicas».
Nos termos da Lei da Protecção de Dados Pessoais, art. 3º, al. a), entende-se por *dados pessoais* «qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, económica, cultural ou social».
A Lei da Protecção de Dados Pessoais face à Informática define *dados pessoais* no art. 2º, al. a): «quaisquer informações relativas a pessoa singular identificada ou identificável considerando-se identificável a pessoa cuja identificação não envolva custos ou prazos desproporcionados»; define também dados públicos no art. 2º, al. b): «dados pessoais constantes de documento oficial, exceptuados os elementos confidenciais, tais como a profissão e a morada, ou as incapacidades averbadas no assento de nascimento».

A inserção dos perfis de ADN na base de dados está sujeita ao consentimento livre, informado e escrito dos titulares das respectivas amostras biológicas apenas em três casos: voluntários que contribuem para a construção faseada e gradual da base de dados — sendo que o arguido na pendência de um procedimento criminal só pode ser entendido como voluntário na recolha de amostras que não impliquem a respectiva utilização para fins de investigação criminal (art. 6º, nº 3) —, parentes de pessoas desaparecidas e técnicos de recolha e análise de amostras de ADN. Não obstante o disposto no art. 6º, nº 3, já o dissemos, não vemos impedimento para que o arguido, na pendência de um procedimento criminal, possa consentir na recolha de uma amostra biológica e inserção do perfil de ADN daí resultante na base de dados e use esses registos em sua defesa, no pleno exercício do contraditório.

O registo dos perfis de ADN e/ou correspondentes dados pessoais nas respectivas bases de dados só pode ser feito, nos restantes casos, mediante despacho do magistrado competente no respectivo processo (juiz de instrução criminal ou juiz de julgamento) — art. 18º, nºs 1 e 2.

Por sua vez, segundo o disposto no art. 19º, os perfis de ADN e dados pessoais conexos contidos nos respectivos ficheiros só podem ser comunicados ao processo, para efeitos de investigação criminal, ao juiz competente mediante requerimento fundamentado, sendo que a comunicação a outras entidades para fins estatísticos ou de investigação científica, está sujeita ao parecer favorável do Conselho de Fiscalização do Instituto Nacional de Medicina Legal[879], da Comissão Nacional de Protecção de Dados e deve conjugar-se com a Lei de Protecção de Dados Pessoais. Na posse destes dados, o juiz pode comunicá-los ao Ministério Público ou órgãos de polícia criminal, se necessário ou a pedido, mediante requerimento fundamentado, e sempre através de despacho devidamente fundamentado. A falta de fundamentação do pedido gera a recusa da comunicação dos dados.

[879] Órgão de fiscalização da actividade do INML (art. 16º, nº 5) sendo que é à CNPD que cumpre fiscalizar e controlar as condições de funcionamento da base de dados, condições de armazenamento das amostras e certificar o cumprimento das disposições relativas à protecção de dados pessoais (art. 37º).

13.5.3.1. O cruzamento de dados

I. A interconexão de dados no âmbito da base de dados de perfis de ADN é uma realidade no âmbito da investigação criminal (art. 20º). Só assim se permite a comparação de perfis de ADN relativos a amostras de material biológico colhido no *locus delicti* com os de outras pessoas que ao facto criminoso possam estar ligadas, por via directa ou indirecta. Tudo com a finalidade de descobrir os respectivos agentes criminosos. Pelo que, o cruzamento com os perfis constantes da base de dados é fundamental. Assim, os perfis de ADN obtidos a requerimento ou oficiosamente, a partir do momento da constituição de arguido, podem ser cruzados com os dados contidos nos ficheiros resultantes das amostras em cadáver, em parte dele, em coisa ou em local recolhidas pelas autoridades competentes para fins de identificação civil ou com as amostras problema obtidas no âmbito de buscas com finalidades de investigação criminal, assim como com o ficheiro contendo as amostras dos técnicos de recolha e análise de amostras. Os perfis de ADN das amostras extraídas em voluntários podem ser cruzados, sem quaisquer restrições, com qualquer dos perfis inseridos nos ficheiros legalmente existentes nos termos do art. 15º. Os perfis de amostras problema recolhidas no local do crime ao abrigo do art. 8º, nº 4 (em cadáver, parte de cadáver, em coisa ou local onde se proceda a buscas para fins de investigação criminal) e os perfis de ADN de pessoas condenadas nas condições já conhecidas, podem ser cruzados com os dados contidos em todos os outros ficheiros, com excepção do ficheiro que abrange a informação relativa a amostras problema obtidas em cadáver, parte de cadáver, em coisa ou local onde se proceda a recolhas pelas entidades competentes para fins de identificação civil. Está aberta legalmente a possibilidade de outros cruzamentos embora sempre condicionados à existência de requerimento fundamentado e prévio parecer favorável do conselho de fiscalização do Instituto Nacional de Medicina Legal e da Comissão Nacional de Protecção de Dados.

II. No que respeita à dimensão internacional da conexão de dados, que tem necessariamente um grande impacto na vida dos cidadãos, a Lei nº 5/2008 não é muito esclarecedora nem pormenorizada. Remete para as obrigações assumidas pelo Estado Português em matéria de cooperação internacional no domínio da investigação criminal. A comunicação de dados só pode ser efectuada nos termos permitidos pela lei de forma a garantir que a sua transmissibilidade seja limitada às entidades autorizadas (art. 27º, nº

1, al. e). Algo semelhante sucede em Espanha. A Ley Orgánica 10/2007, de 08 de Outubro, em matéria de intercâmbio de perfis de ADN para investigação de determinados crimes, depois de condicionar o conteúdo da base de dados à informação genética proveniente de amostras ou fluidos, reveladores exclusivamente da identificação da pessoa e respectivo sexo, relacionados com a prática de crimes graves, nomeadamente, contra a vida, liberdade, integridade física, autodeterminação sexual, património com uso de violência ou intimidação e no caso de crime organizado, prevê a possibilidade de cedência dos dados às autoridades judiciais, fiscais e policiais de terceiros países, de acordo com os instrumentos de direito internacional ratificados por Espanha e que se encontrem em vigor (art. 7º, nº 3, al. a).

13.5.3.2. Riscos inerentes. A questão da protecção dos dados pessoais, da conservação dos dados e das amostras

I. O progresso tecnológico, com o recurso à informática, torna possível o incremento da invasão da privacidade e da intimidade; a criação e manutenção de bases de dados, bem como a transmissão dos seus elementos pode ser factor de empobrecimento dos direitos de personalidade do indivíduo, mesmo quando usados para servir o direito à informação, a investigação criminal e a prossecução de outros interesses legítimos dos Estados. Com efeito, «é fora de dúvida que a vida privada é um bem jurídico indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e que o progresso técnico pode e deve ser compatibilizado com as concepções do progresso social e humano»[880]. Daí as necessárias cautelas com a pragmaticidade destas técnicas.

O art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[881] consagra a protecção dos dados pessoais na categoria dos direitos fundamentais e o art. 16º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[882] estendeu esta protecção ao sector

[880] Ivette Senise Ferreira «A intimidade e o direito penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 2, nº 5, Jan./Mar., 1994, p. 106.

[881] Artigo 8º (Protecção de dados pessoais): «1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente».

[882] Artigo 16º (ex-artigo 286º TCE) «1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à protecção das pessoas singulares no que

da cooperação policial e judiciária em matéria penal, impondo que o legislador estabeleça regras relativas à protecção e tratamento de dados pessoais quer a nível transfronteiriço, quer a nível nacional, exigindo o mesmo grau de protecção dos dados em toda a União Europeia.

Ao nível de reforço de meios, o Conselho Europeu, no Programa de Estocolmo, acentuando a importância do fluxo de informação e da sua gestão entre as autoridades nacionais e os outros intervenientes europeus, convidou o Conselho e a Comissão a implementarem a *Estratégia de Gestão da Informação para a Segurança Interna da União Europeia* que inclua um regime sólido de protecção de dados[883]. Mais salientou que a transferência de dados pessoais para países terceiros deverá ser efectuada sob a alçada de um quadro legislativo coerente[884].

O principal instrumento de legislação europeia em matéria de protecção de dados foi a *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, adoptada em 24 de Outubro de 1995, que visou proteger o direito fundamental à protecção de dados pessoais e assegurar a livre circulação desses dados entre os Estados-membros, no contexto de todas as políticas da União[885].

Foi, posteriormente, complementado por outros instrumentos, entre os quais se destaca a *Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho*, de 27 de Novembro de 2008, relativa à protecção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal[886], embora com um âmbito de aplicação limitada, pois que se destina apenas ao tratamento transfronteiriço de dados, excluindo o tratamento destes pelas autoridades judiciárias e policiais a nível nacional. Pretende-se que esta Decisão--Quadro seja revogada. Para tanto, o *Documento nº COM(2012) 10 final*[887] que contém a *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais*[888] pelas

---

diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de actividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes. As normas adoptadas com base no presente artigo não prejudicam as normas específicas previstas no artigo 39º do Tratado da União Europeia».

[883] JO C 115, de 04/05/2010, p. 18

[884] JO C 115, de 04/05/2010, p. 35.

[885] JO L 281, de 23/11/1995.

[886] JO L 350, de 30/12/2008.

[887] Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/uniao-europeia-proposta2399 (acedido em 15 de Novembro de 2012)

[888] Nesta proposta de Directiva, segundo o art. 3º, nº 2, a noção de *dados pessoais* compreende «qualquer informação relativa a um titular de dados»; no nº 10 define os *dados genéticos* como sendo «todos os dados independentemente do tipo, relacionados com as características de uma pessoa singular que são

autoridades competentes para fins de prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais ou de execução de sanções penais e à livre circulação desses dados, de 27 de Janeiro de 2012, considera que o tratamento dos dados pessoais é concebido para servir as pessoas e contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e que a evolução tecnológica e a globalização se deu de forma exponencial, criando novos desafios nesta matéria. Propõe um reforço de protecção dos dados pessoais de igual modo em todos os Estados-membros, flexibilidade no seu intercâmbio entre as autoridades competentes e poderes equivalentes de controlo e fiscalização da conformidade com as regras de protecção dos dados pessoais nos Estados-membros, a fim de assegurar a eficácia da cooperação judiciária e policial em matéria de prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais ou execução de sanções penais. A protecção conferida diz respeito às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou local da residência, e não se aplica ao tratamento de dados pessoais efectuado no exercício de actividades não sujeitas à aplicação do direito da União Europeia, como as relativas à segurança nacional, nem se aplica a dados tratados por instituições, organismos, serviços e agências da União, tais como a Europol e a Eurojust. Os Estados-membros devem assegurar que a transferência de dados para um país terceiro possa ter lugar se for necessária para efeitos de prevenção, investigação, detecção, repressão de infracções penais e execução de sanções penais se o responsável pelo tratamento dos dados no país terceiro ou na organização internacional for uma autoridade competente na acepção da Directiva[889]. A transferência de dados pode realizar-se nos casos em que a Comissão decida que o país terceiro ou a organização internacional em causa garante um nível de protecção adequado ou se tiverem sido apresentadas garantias apropriadas de protecção. Para tanto, será imprescindível que o país terceiro respeite o primado do Estado de direito, o acesso à justiça e observe regras e normas internacionais respeitantes aos direitos humanos. Caso assim não seja, é proibida a transferência de dados pessoais para esse país terceiro a menos que exista prévio acordo internacional, se verifiquem garantias adequadas ou uma derrogação[890].

---

hereditárias ou adquiridas numa fase precoce do seu desenvolvimento pré-natal», e no nº 11 explicita o conceito de *dados biométricos* como «quaisquer dados relativos às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam a sua identificação única, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos».

[889] Art. 3º, nº 14: «Qualquer autoridade pública competente para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais, ou de execução de sanções penais»

[890] V. art. 34º (Transferências acompanhadas de uma decisão de adequação), art. 35º (Transferências mediante garantias adequadas) e art. 36º (Derrogações) em que se prevê uma transferência de dados para um país terceiro ou uma organização internacional, em derrogação aos arts. 34º e 35º nos casos de ser

Cada Estado-membro deve dispor de uma ou mais autoridades públicas com competência e responsabilidade pela fiscalização da aplicação das disposições adoptadas nos termos desta Directiva e estas autoridades de controlo devem prestar entre si assistência mútua, dando execução a pedidos de informação e medidas de controlo (pedidos de consulta prévia, de investigação e de inspecção), de forma a cooperarem eficazmente entre si.

É de salientar, neste domínio, a *Decisão do Conselho de 19 de Julho de 2011 (2011/472/UE) relativa ao lançamento do intercâmbio automatizado de dados de ADN em Portugal*[891], segundo a qual, para efeitos de consulta e comparação automatizada de dados de ADN, Portugal, tendo aplicado integralmente as disposições gerais relativas à protecção de dados previstas no capítulo 6 da Decisão 2008/615/JAI, está habilitado a receber e a transmitir dados pessoais nos termos dos arts. 3º e 4º (consulta automatizada de perfis de ADN e comparação automatizada de perfis de ADN) dessa Decisão, a partir da data da adopção deste instrumento (23 de Junho de 2008).

No que respeita aos fluxos de dados transfronteiras[892], a Lei de Protecção de Dados face à Informática não é omissa. Assegurando a adequada protecção, a Comissão Nacional para a Protecção de Dados Pessoais informatizados autorizará os fluxos transfronteiriços de dados pessoais que se destinem a Estados que não sejam parte da Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal[893]. Os fluxos de dados pessoais entre as partes contratantes da

---

necessária: a) para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa; b) para proteger os interesses legítimos do titular dos dados sempre que a legislação do Estado-membro que transfere os dados pessoais o preveja; c) se for essencial para prevenção de uma ameaça imediata e grave contra a segurança pública de um Estado-membro ou de um país terceiro; d) se for necessária em casos particulares para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais ou execução de sanções penais; e) se for necessária em casos particulares tendo em vista a confirmação, exercício ou defesa de um direito no âmbito de um processo judicial relacionado com a prevenção, investigação, detecção ou repressão de uma infracção penal específica ou a execução de uma sanção penal específica.

[891] JO L 195/71, de 27/07/2011.

[892] Nos termos do disposto do art. 2º, al. i) da Lei nº 10/91 é «a circulação de dados pessoais através de fronteiras nacionais», distinta da *interconexão de dados* prevista no art. 3º, al. i) da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro «forma de tratamento que consiste na possibilidade de relacionamento dos dados de um ficheiro com os dados de um ficheiro ou ficheiros mantidos por outro ou outros responsáveis, ou mantidos pelo mesmo responsável com outra finalidade». A interconexão de dados pessoais é efectuada directamente ao abrigo da lei que a autorize ou está sujeita a autorização da Comissão Nacional para a Protecção de Dados Pessoais mediante solicitação dos responsáveis pelo tratamento. Tem de ser adequada à prossecução das finalidades legais ou estatutárias e dos interesses legítimos dos responsáveis dos tratamentos. Não pode traduzir qualquer forma de discriminação ou diminuição de direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados pessoais e deve ser acompanhada de medidas de segurança adequadas à proteção da informação tendo em conta o tipo de dados objecto de interconexão.

[893] Convenção nº 108 do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 21/93, de 09 de Julho.

Convenção serão efectuados nos termos e com as garantias nela conferidas. São proibidos, em qualquer caso, os fluxos de informação de dados pessoais para além das fronteiras caso haja fundadas razões para crer que a transferência de dados para outro Estado tem por objectivo iludir as proibições ou condicionalismos previstos na lei portuguesa ou possibilitar a sua utilização ilícita (art. 33º alterado pela Lei nº 10/94, de 29 de Agosto)[894].

II. De acordo com os *princípios proclamados e a adopção da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de Outubro de 2004*, o ser humano não é redutível à sua constituição genética. Não obstante ter uma constituição genética própria que dita as características hereditárias e predisposições genéticas, existe um conjunto de factores complexos — educativos, ambientais, pessoais, relacionais, afectivos, sociais, espirituais, culturais, entre outros — que, conjugados e associados, fazem do ser humano o que ele é[895].

A base de dados de perfis de ADN circunscreve o indivíduo à sua identidade biológica, «convertendo o corpo num mero meio de transmissão de dados descontextualizado dos aspectos sociais»[896]. O que não é impeditivo de, no que concerne à transferência de material biológico, o nosso legislador ser peremptório: está vedada (art. 21º, nº 2). E as amostras, que devem ser conservadas em local seguro no Instituto Nacional de Medicina Legal ou nas entidades com as quais este tenha celebrado protocolos para o efeito, mediante a garantia das imprescindíveis condições de segurança e confidencialidade, não podem ser cedidas a outras entidades.

Uma coisa é a existência de uma base de dados com o perfil de ADN das pessoas, realidade diferente é a presença de um biobanco, entendido como o repositório de amostras biológicas dos cidadãos e seus derivados. Reter e conservar material genético não é o mesmo que guardar os dados informativos associados a esse material. O que se entende dada a finalidade primária do biobanco: assegurar a realização de

---

[894] Citamos Ivette Senise Ferreira «A intimidade e o direito penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 2, nº 5, Jan./Mar., 1994, p. 106: «E não há dúvida que a consciência colectiva aprova a necessidade de ser assegurada pela ordem jurídica a paz e o equilíbrio do indivíduo, que pressionado pelo ritmo desenfreado da vida moderna, se vê muitas vezes impedido, pela indevida intromissão alheia, de alcançar aquela "liberdade interior" de que falava Marcuse, definida por ele como "o espaço privado no qual o homem pode tornar-se e permanecer ele próprio"».

[895] Veja-se art. 3º da Declaração com a epígrafe "Identidade da pessoa".

[896] Helena Machado, Susana Silva e António Amorim, «Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Ano XLV, nº 196, 2010, p. 549, disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1283950470C0xRF9bo4Yl23YJ7.pdf (acedido em 09 de Outubro de 2012).

análises e contra-análises para fins de identificação civil ou de investigação criminal (arts. 31º e 32º). As amostras biológicas armazenadas não podem ser manipuladas para outros fins, dado o seu elevado potencial de devassa da vida das pessoas. A Lei nº 5/2008 dá um contributo metódico nesta matéria. Deve assegurar-se, nos termos do art. 13º, a repetição dos procedimentos técnicos para a obtenção do perfil de ADN, sempre que possível, a partir das amostras, para confirmação dos resultados de identificação — que resultará, como sabemos, da coincidência entre o perfil obtido da amostra sob investigação e outro ou outros perfis de ADN já inscritos no ficheiro. Para tanto, é necessária a existência de material biológico bastante e condições materiais adequadas para o seu armazenamento em perfeito estado de conservação. Também o é para fins de realização de contra-análise no exercício do direito de defesa e em respeito pelo princípio do contraditório (art. 11º). De tal modo que a lei impõe que uma parte suficiente da amostra seja preservada para este fim e, no caso de a quantidade da amostra ser diminuta, que seja manipulada com o cuidado devido de modo a não inviabilizar a referida contra-análise. O Instituto Nacional de Medicina Legal, responsável pelo biobanco, dispõe das condições adequadas ao armazenamento das amostras, para as finalidades expostas, conservação que se mantém só e enquanto for necessária aos fins que a ditaram, sem possibilidade de identificação imediata da pessoa a quem dizem respeito.

Questão importante relativa ao biobanco é a da limitação temporal da conservação das amostras que toca com o período de conservação dos perfis de ADN e dos dados pessoais. Também, neste aspecto, a lei indicou soluções. Para tanto, conjugamos o preceituado nos arts. 15º, 26º e 34º.

As amostras resultantes de voluntários e de condenados serão destruídas logo após a obtenção do perfil de ADN. As amostras biológicas relativas às amostras problema recolhidas no local do crime são eliminadas quando se proceder à identificação com o arguido, no termo do processo-crime ou atingido o prazo de prescrição do procedimento criminal ou, se a amostra não for identificada com o arguido, decorridos 20 anos após a colheita. As amostras dos profissionais que procedem à recolha e análise são destruídas 20 anos após a cessação das funções. A destruição da amostra inclui a destruição do material biológico existente e de todos os seus derivados, será documentada em auto de destruição[897] e transmitida cópia à sede do

[897] Em conformidade com o modelo do Anexo IV publicado no Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN – Deliberação nº 3191/2008.

Instituto Nacional de Medicina Legal. Em caso de incumprimento, o Conselho de Fiscalização da base de dados deverá comunicar a não destruição à Comissão Nacional de Protecção de Dados e ao ministério que exerca a tutela sobre o laboratório em questão[898].

A construção jurídica que reconduz as partes ou substâncias separadas do corpo à categoria normativa de *coisas* escora a imposição legal da destruição das amostras pelo órgão responsável pela sua conservação. Com efeito, as amostras recolhidas nos contextos acima indicados não têm por destino a reintegração no corpo de que faziam parte. Trata-se de fluidos, células, substâncias ou tecidos que, detendo um inquestionável potencial de devassa da vida das pessoas, é certo, são fornecidos pelo próprio ou obtidos pela entidade competente em virtude do particular apelo das necessidades de identificação para efeito de investigação criminal, em que o acto de entrega ou de recolha está destituído da intencionalidade de retorno ou regresso ao corpo da sua origem. Estas amostras perdem o elemento de comunicação funcional e de ligação operante com o corpo que integravam e totalizavam. O seu titular abdica da unidade do corpo em que o direito geral de personalidade se projecta. O regime jurídico do direito das coisas representa uma alternativa concretamente disponível[899] aos direitos da pessoa, mas que cabe questionar, atenta a natureza do material biológico — uma parcela, ainda que mínima, da estrutura de mútua interferência físico-psíquica do homem-pessoa.

Obtido o perfil de ADN dos voluntários, este e os dados pessoais respectivos são conservados ilimitadamente nos correspondentes ficheiros, com ressalva da revogação expressa do respectivo titular, através de requerimento do próprio, ao contrário das amostras que não deverão ficar retidas no biobanco após a sua recolha.

Quando o perfil resultar de amostras problema recolhidas em cadáver, parte dele, coisas ou locais onde se proceda a buscas, os ficheiros de ADN e dados pessoais

[898] Conforme já indicámos, o regime jurídico das perícias médico-legis e forenses (Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto), na secção VI dedicada aos produtos e objectos examinados, preceitua, no art. 25º, que a amostra fica depositada no serviço médico-legal durante dois anos, após o que pode proceder à sua destruição, salvo se, entretanto, o tribunal tiver comunicado determinação em contrário.

[899] Embora os direitos reais não tivessem sido gizados a pensar nesta realidade, podemos ir buscar uma analógica utilização do art. 1267º do CC no que concerne à perda da posse. Estabelece o preceito que «o possuidor perde a posse: a) pelo abandono; b) pela perda ou destruição material da coisa ou por esta ser posta fora do comércio; c) pela cedência; d) pela posse de outrem, mesmo contra a vontade do antigo possuidor, se a nova posse houver durado por mais de um ano». O exercício da posse por intermédio de outrem, previsto no art. 1252º do CC, seria, nesta perspectiva, uma via de percepção legal da conservação e destruição das amostras pela entidade responsável, pois que sobre elas exerce o poder de facto. Uma outra possibilidade passaria por equacionar a figura jurídica da simples detenção ou posse precária, em conformidade com o disposto no art. 1253º do CC.

conexos devem ser eliminados, no caso de a amostra ser identificada com o arguido, no termo do processo-crime, mediante despacho do magistrado titular do processo, ou atingido o prazo máximo de prescrição do procedimento criminal, e se a amostra não for identificada com o arguido, devem os ficheiros ser removidos pelo Instituto Nacional de Medicina Legal decorridos vinte anos após a recolha. As amostras respectivas, atenta a sua função, também devem ser destruídas atingidos os prazos referidos, conforme já dissemos. Sempre que estejam em causa amostras problema recolhidas nestas condições, quando o termo do processo conduza a uma condenação transitada em julgado por crime doloso punido com pena de prisão igual ou superior a três anos, o perfil de ADN e correspondentes dados pessoais actualizados transitam para o ficheiro relativo às pessoas condenadas (art. 26º, nº 2). Caso não se tenha procedido à recolha da amostra em momento processual anterior, a colheita é ordenada pelo juiz de julgamento titular do processo e os elementos dos ficheiros de ADN e de dados pessoais serão eliminados na data do cancelamento definitivo das respectivas decisões no registo criminal[900], mediante comunicação do Instituto dos Registos e do Notariado, enquanto as amostras devem ser imediatamente destruídas após a obtenção do perfil de ADN. O legislador não o refere expressamente, mas, a nosso ver, deve estar subentendida a reserva de um período temporal razoável e adequado à realização da contra-análise pelos visados condenados, sobretudo nos casos em que se procede à recolha só após a condenação, como forma de aferir a autenticidade da amostra.

Os elementos constantes do ficheiro de perfis de ADN e do ficheiro de dados pessoais dos técnicos de recolha e análise de ADN devem conservar-se durante vinte anos após a cessação das funções, depois do que devem ser destruídos, à semelhança do que sucede com as amostras.

Atingidos os prazos referidos no art. 26º, o Instituto Nacional de Medicina Legal procederá à eliminação dos dados de perfis de ADN, podendo o conselho de

[900] Art. 15º da Lei nº 57/98, de 18 de Agosto (Cancelamento definitivo: 1 - São canceladas automaticamente, e de forma irrevogável, no registo criminal: a) As decisões que tenham aplicado pena principal ou medida de segurança, decorridos 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena ou medida de segurança, se a sua duração tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos, ou superior a 8 anos, respectivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime; b) As decisões de dispensa de pena e que apliquem pena de admoestação, decorridos 5 anos sobre o trânsito em julgado ou sobre a execução, respectivamente; c) As decisões que tenham aplicado pena acessória, após o decurso do prazo para esta fixado na respectiva sentença condenatória; d) As decisões consideradas sem efeito por disposição legal. 2 - O cancelamento definitivo previsto nas alíneas a) e b) do n.º 1 não aproveita ao condenado quanto às perdas definitivas que lhe resultarem da condenação, não prejudica os direitos que desta advierem para o ofendido ou para terceiros, nem sana, de *per se*, a nulidade dos actos praticados pelo condenado durante a incapacidade. 3 - São igualmente canceladas as decisões ou factos que sejam consequência, complemento ou execução de decisões que devam ser canceladas nos termos do n.º 1).

fiscalização comunicar ao seu presidente que ordene a destruição imediata das amostras que se encontrem nos seus serviços ou em entidades protocoladas[901].

A manutenção dos registos de ADN e dados pessoais durante os períodos legalmente estabelecidos é condição de garantia para o sucesso na actividade investigatória do cometimento de factos criminosos que deixam vestígios biológicos, que será tanto maior quanto mais perfis existirem e mais alargado for o prazo para a sua conservação.

13.6. Instrumentos de reconhecimento mútuo, formas de asseguramento dos meios de prova e a outra face da moeda, o arguido

I. O princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais é o pilar em que assenta a cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia, de acordo com o previsto no n.º 1 do art. 82.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Este princípio já havia sido recebido, desde o Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, como a peça de resistência da cooperação judiciária em matéria penal europeia.

II. Também a *Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho*, de 22 de Julho de 2003[902], relativa à *execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas*, admitiu a necessidade de reconhecimento mútuo imediato das decisões que visam impedir a destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de elementos de prova. Mas, limitando-se este documento à fase de congelamento, a decisão de congelamento tem de ser acompanhada de um pedido autónomo de transferência dos elementos de prova para o Estado de emissão, de acordo com as regras aplicáveis no auxílio judiciário mútuo em matéria penal, o que prejudica a eficácia do instrumento. De resto, este regime coabita com os demais instrumentos tradicionais de cooperação, sendo raramente utilizado.

III. O *regime jurídico da emissão e da execução de decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na União Europeia*, em cumprimento da Decisão-Quadro

[901] Sobre a remoção dos perfis de ADN e dos dados pessoais conexos veja-se o art. 14º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN – Deliberação nº 3191/2008 – em conjugação com o art. 26º da Lei nº 5/2008.
[902] JO L 196/45, de 02/08/2003.

n.º 2003/577/JAI, foi estabelecido na Lei nº 25/2009, de 05 de Junho. Sempre que, no âmbito de um processo penal, se verifique haver necessidade para impedir provisoriamente operações de destruição, transformação, deslocação, transferência ou alienação de bens que podem ser objecto de perda ou que podem constituir elementos de prova, o Estado-membro de emissão toma, valida ou confirma a decisão de apreensão e transmite-a ao Estado-membro de execução — aquele em cujo território se encontra o bem ou o elemento de prova — tendo em vista o seu reconhecimento e execução. Quando se tratar de determinado tipo de criminalidade, punível com pena de prisão de máximo não inferior a três anos nos termos da legislação nacional do Estado de emissão, o reconhecimento e execução da decisão não depende do controlo da dupla incriminação[903]. O pedido de execução da decisão é apresentado ao Ministério Público, sendo competente para o efeito, em Portugal, o tribunal com competência para proceder à instrução criminal da área onde o bem ou elemento de prova objecto da decisão de apreensão se encontre naquela data. Os actos relativos a este procedimento são considerados de natureza urgente, praticando-se fora dos dias úteis e das horas de expediente dos serviços de justiça e no período de férias judiciais.

IV. A *Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia*[904] estabelece as formalidades e procedimentos para execução e transmissão dos pedidos de auxílio judiciário mútuo, envio e notificação de peças processuais, prevê o intercâmbio espontâneo de informações, restituição de objectos, transferência de pessoas detidas para efeitos de investigação, a audição por videoconferência ou por conferência telefónica de testemunhas e peritos. Todos os Estados-membros se comprometem a permitir, a pedido de outro Estado-

[903] Quando se trate de: a) Participação numa organização criminosa; b) Terrorismo; c) Tráfico de seres humanos; d) Exploração sexual de crianças e pedopornografia; e) Tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; f) Tráfico ilícito de armas, munições e explosivos; g) Corrupção; h) Fraude, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, na acepção da Convenção de 26 de Julho de 1995 Relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias; i) Branqueamento dos produtos do crime; j) Falsificação de moeda, incluindo a contrafacção do euro; l) Cibercriminalidade; m) Crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico ilícito de espécies animais ameaçadas e de espécies e variedades vegetais ameaçadas; n) Auxílio à entrada e à permanência irregulares; o) Homicídio voluntário e ofensas corporais graves; p) Tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos; q) Rapto, sequestro e tomada de reféns; r) Racismo e xenofobia; s) Roubo organizado ou à mão armada; t) Tráfico de bens culturais, incluindo antiguidades e obras de arte; u) Burla; v) Extorsão de protecção e extorsão; x) Contrafacção e piratagem de produtos; z) Falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico; aa) Falsificação de meios de pagamento; bb) Tráfico ilícito de substâncias hormonais e outros factores de crescimento; cc) Tráfico ilícito de materiais nucleares e radioactivos; dd) Tráfico de veículos furtados ou roubados; ee) Violação; ff) Fogo posto; gg) Crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional; hh) Desvio de avião ou navio; ii) Sabotagem.
[904] JO C 197/3, de 12/07/2000.

-membro, que sejam efectuadas no seu território entregas vigiadas no âmbito de investigações criminais relativas a infracções que admitam extradição. A Convenção permite que as autoridades competentes de dois ou mais Estados-membros possam criar, de comum acordo, uma equipa de investigação conjunta para um objectivo específico e por um período limitado, que poderá ser prolongado com o acordo de todas as partes, para efectuar investigações criminais num ou em vários Estados-membros que criem a referida equipa, cuja composição será indicada no acordo. A equipa de investigação conjunta poderá ter lugar sempre que num Estado-membro haja necessidade de realizar investigações difíceis e complexas com implicações noutros Estados-membros, ou vários Estados-membros realizem investigações sobre infracções penais que, por força das circunstâncias subjacentes, tornem indispensável uma acção coordenada e concertada nos Estados-membros envolvidos. Poderão ser levadas a cabo investigações criminais por agentes encobertos ou que actuem sob falsa identidade, decisão que será tomada caso a caso pelas autoridades competentes do Estado-membro requerido, em conformidade com o direito e os procedimentos nacionais desse Estado. A duração da investigação encoberta, as suas modalidades e o estatuto jurídico dos agentes envolvidos serão objecto de acordo entre os Estados-membros, no respeito pelas legislações e procedimentos nacionais respectivos. Estas investigações encobertas serão conduzidas segundo a legislação e os procedimentos nacionais do Estado-membro em cujo território se realizam. Os Estados-membros envolvidos cooperarão no sentido de assegurar a preparação e a supervisão da investigação encoberta e de adoptar as medidas necessárias à segurança dos agentes que actuem encobertos ou sob falsa identidade. Uma autoridade competente do Estado-membro requerente pode, de acordo com os requisitos da sua legislação nacional, apresentar a uma autoridade competente do Estado-membro requerido um pedido de intercepção e transmissão imediata de telecomunicações ou intercepção, gravação e subsequente transmissão da gravação de telecomunicações.

Os dados pessoais transmitidos ao abrigo desta Convenção podem ser utilizados pelo Estado-membro a que foram transmitidos para efeitos de procedimentos a que se aplique a presente Convenção, outros procedimentos judiciais e administrativos directamente relacionados com os procedimentos referidos, prevenção de ameaças imediatas e graves à segurança pública ou outros fins, apenas com acordo prévio do Estado-membro que transmite os dados, salvo se o Estado-membro interessado tiver obtido o consentimento da pessoa em causa.

V. Por sua vez, a *Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho*[905], de 18 de Dezembro de 2008, *relativa ao mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objectos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais*, aplica o princípio do reconhecimento mútuo às decisões judiciais para efeitos de obtenção de provas a utilizar em processo penal. O *mandado europeu de obtenção de provas* consiste numa decisão judiciária emitida por uma autoridade competente de um Estado-membro, tendo em vista a obtenção de objectos, documentos e dados de outro Estado-membro, para utilização no âmbito de determinados processos. Entre eles contam-se processos penais instaurados por uma autoridade judiciária ou a instaurar perante uma tal autoridade relativamente a uma infracção penal, ao abrigo do direito interno do Estado de emissão; processos instaurados por autoridades administrativas por actos puníveis, ao abrigo do direito interno do Estado de emissão, por configurarem uma violação de normas legais e quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, em particular, em matéria penal; em processos instaurados pelas autoridades judiciárias por actos puníveis, ao abrigo do direito interno do Estado de emissão, por configurarem uma violação de normas legais e quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, em particular, em matéria penal; e no contexto referenciado relativo a infracções ou violações da lei pelas quais uma pessoa colectiva possa ser considerada responsável ou possa ser punida no Estado de emissão. O mandado é emitido em formulário próprio, normalizado e traduzido para a língua oficial do Estado de execução. As autoridades do Estado de emissão devem determinar se as provas poderiam igualmente ser obtidas ao abrigo do direito nacional num caso semelhante e concluir que as provas pretendidas são necessárias e proporcionadas para a finalidade em causa.

Os dados pessoais obtidos ao abrigo desta Decisão-Quadro podem ser utilizados pelo Estado de emissão para efeito (a) dos processos para os quais pode ser emitido o mandado europeu de obtenção de provas; (b) de outros processos judiciais e administrativos directamente relacionados com os processos referidos na alínea a); (c) de prevenção de ameaças imediatas e graves à segurança pública. Os dados pessoais obtidos só podem ser utilizados para fins distintos dos referidos nas alíneas anteriores após consentimento prévio do Estado de execução, a não ser que o Estado de emissão tenha obtido o consentimento da pessoa em causa. Em função das circunstâncias do

[905] JO L 350/72, de 30/12/2008.

caso concreto, o Estado de execução pode solicitar ao Estado-membro para o qual os dados foram transferidos fornecimento de informações sobre a utilização que deles tenha sido feita.

A autoridade de execução reconhece o mandado europeu de obtenção de provas transmitido sem impor formalidades acrescidas e tomará imediatamente as medidas necessárias para a sua execução nas mesmas condições em que uma autoridade do Estado de execução obteria os objectos, documentos ou dados, salvo se essa autoridade decidir invocar um dos motivos de não reconhecimento ou de não execução[906] ou um dos motivos de adiamento[907]. Compete ao Estado de execução escolher as medidas que,

[906] Art. 13º: 1. O reconhecimento ou a execução do mandado europeu de obtenção de provas podem ser recusados pelo Estado de execução se: a) A sua execução for contrária ao princípio *ne bis in idem*; b) Nos casos referidos no nº 3 do art. 14º, o mandado europeu de obtenção de provas respeitar a factos que não constituam infracção ao abrigo do direito interno do Estado de execução; c) No caso específico, não for possível executar o mandado europeu de obtenção de provas com as medidas à disposição da autoridade de execução em conformidade com o nº 3 do art. 11º; d) Uma imunidade ou privilégio concedidos pelo direito interno do Estado de execução tornar impossível executar o mandado europeu de obtenção de provas; e) Num dos casos referidos nos nºs 4 ou 5 do art. 11º, o mandado europeu de obtenção de provas não tiver sido validado; f) O mandado europeu de obtenção de provas for referente a infracções penais que: i) ao abrigo do direito interno do Estado de execução, sejam consideradas como tendo sido cometidas, no todo, na sua maior parte ou no essencial, no seu território ou em local equivalente, ou ii) foram cometidas fora do território do Estado de emissão e o direito interno do Estado de execução não permitir que sejam instauradas acções judiciais para esse tipo de infracções quando cometidas fora do território desse Estado; g) No caso específico, a sua execução puder prejudicar interesses nacionais essenciais de segurança, puser em perigo a fonte da informação ou implicar o uso de informação classificada relativa a actividades específicas de informações; h) O formulário constante do anexo estiver incompleto ou for manifestamente incorrecto e não tiver sido devidamente preenchido ou corrigido num prazo razoável pela autoridade de execução. 2. A recusa de executar ou reconhecer o mandado europeu de obtenção de provas com base no nº 1 deve ser tomada por um juiz, tribunal, juiz de instrução ou representante do Ministério Público do Estado de execução. Se o mandado europeu de obtenção de provas tiver sido emitido por uma autoridade judiciária referida na subalínea ii) da al. c) do art. 2º, e se o mandado europeu de obtenção de provas não tiver sido validado por um juiz, tribunal, juiz de instrução ou representante do Ministério Público do Estado de emissão, a decisão também pode ser tomada por qualquer outra autoridade judiciária competente, caso o direito interno do Estado de execução o preveja. 3. As decisões adoptadas em aplicação da subalínea i) da al. f) do nº 1 no que se refere a infracções cometidas em parte no território do Estado de execução, ou num local equivalente ao seu território, devem ser tomadas pelas autoridades competentes referidas no nº 2 em circunstâncias excepcionais e, caso a caso, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, em especial se a maior parte ou a parte essencial da conduta em causa foi praticada no Estado de emissão, se o mandado europeu de obtenção de provas se refere a um facto que não constitui uma infracção penal ao abrigo do direito interno do Estado de execução e se é necessário proceder a uma busca ou apreensão para executar o mandado europeu de obtenção de provas. 4. Caso uma autoridade competente pondere a possibilidade de invocar o motivo de recusa referido na subalínea i) da al. f) do nº 1, deve consultar a Eurojust antes de tomar essa decisão. Caso uma autoridade competente discorde do parecer da Eurojust, os Estados-Membros devem assegurar que essa autoridade fundamente a sua decisão e que o Conselho seja informado. 5. Nos casos referidos nas al. a), g) e h) do nº 1, antes de decidir não reconhecer ou não executar total ou parcialmente um mandado europeu de obtenção de provas, a autoridade competente do Estado de execução consulta a autoridade competente do Estado de emissão por quaisquer meios apropriados e, se necessário, solicita-lhe que forneça sem demora qualquer informação adicional.

[907] O reconhecimento do mandado europeu de obtenção de provas pode ser adiado pelo Estado de execução quando: a) O formulário constante do anexo estiver incompleto ou for manifestamente incorrecto, até ser completado ou corrigido; ou b) Num dos casos referidos nos nºs 4 ou 5 do art. 11º, o mandado europeu de obtenção de provas não tiver sido validado, até a validação ser efectuada. 2. A

ao abrigo do seu direito interno, asseguram a obtenção dos objectos, documentos ou dados abrangidos por um mandado europeu de obtenção de provas e determinar a necessidade do recurso a medidas coercivas para facultar esta assistência. Qualquer medida que venha a ser necessária em virtude do mandado europeu de obtenção de provas deve ser tomada de acordo com as normas processuais aplicáveis do Estado de execução.

VI. Constatando que o regime a nível de recolha de elementos de prova, desde a adopção das referidas Decisões-Quadro 2003/577/JAI e 2008/978/JAI, se encontra disperso e confuso, em Maio de 2010, foi apresentada uma iniciativa de sete países — Bélgica, Bulgária, Estónia, Espanha, Áustria, Eslovénia e Suécia — tendo em vista a *adopção de uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Decisão Europeia de Investigação em Matéria Penal* (DEI)[908]. Um dos pontos de partida foi o Programa de Estocolmo que considerou haver necessidade de avaliar a eficácia dos instrumentos jurídicos adoptados e identificar os obstáculos ao bom funcionamento do espaço judiciário europeu que deverá centrar-se na plena aplicação do princípio do reconhecimento mútuo e na melhoria dos instrumentos de cooperação.

A *Decisão Europeia de Investigação em Matéria Penal* revogaria as Decisões--Quadro 2003/577/JAI e 2008/978/JAI e os vários instrumentos relativos ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal que abrangem a obtenção de elementos de prova para utilização em processo penal e estabeleceria um regime único para obtenção de elementos de prova. Seria o instrumento único de regulamentação segundo o qual uma ou várias medidas específicas de investigação são executadas no Estado de execução tendo em vista a recolha de elementos de prova, a partir do pedido da autoridade de

---

execução do mandado europeu de obtenção de provas pode ser adiada pelo Estado de execução quando: a) A sua execução puder prejudicar uma investigação ou acção criminal em curso, durante um prazo que o Estado de execução considere razoável; ou b) Os objectos, documentos ou dados em causa já estiverem a ser utilizados noutro processo, até deixarem de ser necessários para esse efeito. 3. A decisão de adiar o reconhecimento ou a execução do mandado europeu de obtenção de provas em aplicação dos nºs 1 e 2 deve ser tomada por um juiz, tribunal, juiz de instrução ou representante do Ministério Público do Estado de execução. Se o mandado europeu de obtenção de provas tiver sido emitido por uma autoridade judiciária a que se refere a subalínea ii) da al. c) do art. 2º, e se o mandado europeu de obtenção de provas não tiver sido validado por um juiz, tribunal, juiz de instrução ou representante do Ministério Público do Estado de emissão, a decisão também pode ser tomada por qualquer outra autoridade judiciária competente ao abrigo do direito do Estado de execução, caso este o preveja. 4. Assim que o motivo de adiamento deixe de existir, a autoridade de execução deve tomar sem demora as medidas necessárias para a execução do mandado europeu de obtenção de provas e informar do facto a autoridade competente relevante do Estado de emissão, por qualquer meio que permita conservar um registo escrito.

[908] Disponível em: http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/10/st09/st09288.pt10.pdf (acedido em 13 de Dezembro de 2012).

emissão, incluindo a obtenção de elementos de prova que já se encontrem na posse da autoridade de execução. A Decisão Europeia de Investigação consiste numa decisão judicial emitida por uma autoridade competente de um Estado-membro (Estado de emissão) para que sejam executadas noutro Estado-membro (Estado de execução) uma ou várias medidas de investigação específicas, tendo em vista a obtenção de elementos de prova no âmbito dos processos a que se refere o artigo 4.º[909] e os Estados-membros executam-na com base no princípio do reconhecimento mútuo.

Existem medidas de investigação que deverão ser incluídas na Decisão Europeia de Investigação como a transferência temporária de pessoas detidas, a audição por videoconferência ou conferência telefónica, a obtenção de informações relacionadas com contas ou operações bancárias, ou as entregas vigiadas. A Decisão Europeia de Investigação abrange medidas de investigação que implicam recolha de elementos de prova em tempo real, de forma ininterrupta e durante um determinado período. Todas as medidas de investigação estariam abrangidas pela Decisão Europeia, com excepção das que requerem regras específicas e autónomas, como é o caso da criação de equipas de investigação conjuntas e recolha de elementos de prova por essas equipas, bem como determinadas formas de intercepção de telecomunicações ― com transmissão imediata e intercepção de telecomunicações por satélite.

A decisão sobre a medida a utilizar deverá ser tomada pelo Estado de emissão dado que é o mais bem colocado para aferir da necessidade e natureza da medida de acordo com o conhecimento que tem da investigação em causa. Porém, a autoridade de execução poderá utilizar outro tipo de medida, por inexistência da medida requerida, por indisponibilidade no âmbito do seu direito interno, ou ainda, porque outro tipo de medida será susceptível de atingir o mesmo resultado, de forma menos agressiva ou coerciva.

[909] Estabelece o art. 4º (Tipos de processos para os quais pode ser emitida uma DEI): A DEI pode ser emitida: a) No âmbito de processos penais instaurados por uma autoridade judiciária, ou que possam ser instaurados perante uma tal autoridade, por crimes previstos no direito interno do Estado de emissão; b) Em processos instaurados pelas autoridades administrativas por actos puníveis ao abrigo do direito interno do Estado de emissão, por configurarem uma infracção à lei, e quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, em particular, em matéria penal; c) Em processos instaurados pelas autoridades judiciárias por actos puníveis ao abrigo do direito interno do Estado de emissão, por configurarem uma infracção à lei, e quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, em particular em matéria penal; e d) No contexto dos processos referidos nas alíneas a), b) e c) relativos a crimes ou infracções à lei pelos quais uma pessoa colectiva possa ser responsabilizada ou punida no Estado de emissão.

Sem prejuízo dos princípios fundamentais do direito do Estado de execução, a Decisão Europeia de Investigação deverá ser executada de acordo com as formalidades e os procedimentos explicitamente indicados pelo Estado de emissão. A autoridade de emissão pode solicitar que uma ou várias autoridades do seu Estado assistam as autoridades competentes do Estado de execução a cumpri-la, o que não equivale a que as autoridades do Estado de emissão sejam dotadas de poderes de execução no território do Estado de execução. Os motivos de recusa de reconhecimento, de execução e de adiamento da execução da Decisão Europeia de Investigação devem ser tipificados exaustivamente e restringidos por forma a garantir a maior eficiência da cooperação. Os prazos de execução também deverão ser encurtados e a execução efectiva da medida de investigação deverá processar-se com a celeridade e prioridade de que as investigações nacionais são detentoras.

VII. A *Autoridade Europeia para a Protecção de Dados* aceitou o Parecer (2010/C 355/01) sobre a iniciativa de adopção de uma directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Decisão Europeia de Investigação em matéria penal[910], baseada no artigo 82º, nº 1, al. a), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Exigindo esta iniciativa que os Estados-membros recolham, armazenem e transmitam elementos de prova, mesmo que estes não estejam ainda disponíveis na sua jurisdição nacional, ultrapassa o previsto na Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativa ao mandado europeu de obtenção de provas, que só é aplicável a determinados elementos de prova já existentes e disponíveis. Os elementos de prova recolhidos através da Decisão Europeia de Investigação conterão dados pessoais ― informações sobre contas bancárias, informações e vigilância sobre operações bancárias e podem abranger a comunicação de dados pessoais no caso, por exemplo, de videoconferência ou de conferência telefónica. As autoridades competentes dos diversos Estados-membros procederão ao tratamento e intercâmbio dos dados pessoais. A pessoa visada tem de estar protegida pelo direito fundamental à protecção de dados, reconhecido no art. 16º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e no art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[911]. A Autoridade

[910] JO C 355, de 29/12/2010.
[911] JO C 303/4, de 14/12/2007. O art. 8º confere protecção aos dados de carácter pessoal, atribui às pessoas o direito de acesso e de rectificação aos dados coligidos, devendo estes ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei.

Europeia para a Protecção de Dados (AEPD) aponta que na análise de impacto incluída na "ficha pormenorizada" que acompanha a iniciativa Decisão Europeia de Investigação, as questões relativas à protecção de dados não são tomadas em consideração e salienta a importância da protecção dos dados pessoais neste particular contexto tendo em conta o vasto domínio da cooperação judiciária em matéria penal e o facto de os dados serem, muitas vezes, de natureza sensível e, normalmente, obtidos pela polícia e pelas autoridades policiais e judiciárias em consequência de uma investigação, podendo abranger qualquer tipo de provas.

A Autoridade Europeia para a Protecção de Dados revela-se consciente da especial atenção que merece o intercâmbio transfronteiras de informações na União Europeia pois que o tratamento de dados pessoais em mais de uma jurisdição faz aumentar os riscos para os direitos e os interesses das pessoas singulares envolvidas, tanto mais que os dados pessoais serão objecto de tratamento em várias jurisdições cujos requisitos jurídicos e enquadramento técnico não são necessariamente iguais.

De resto, a Autoridade Europeia para a Protecção de Dados questiona-se sobre as razões por que a iniciativa não aborda a questão da protecção dos dados pessoais, com excepção da referência no art. 18º sobre os deveres de confidencialidade impostos aos intervenientes na investigação, recomendando que na iniciativa se remeta para o que a Decisão-Quadro 2008/977/JAI prescreve para o tratamento de dados e que, para além disso, se incluam garantias específicas de exactidão, segurança e responsabilidade na sua protecção. Conclui pela necessidade de se estabelecer um elevado grau comum de protecção de dados nesta área como forma de promover a confiança mútua entre os Estados-membros e reforçar a cooperação judiciária baseada no reconhecimento mútuo, melhorando a qualidade dos dados no intercâmbio de informações.

VIII. Ao mesmo tempo em que a União Europeia energicamente desenvolve o reforço da luta contra o crime, proporcionando os mecanismos de aproximação legislativa e de cooperação judiciária e policial na edificação do espaço de liberdade, segurança e justiça, não revela idêntico fôlego nem entusiasmo na vertente da defesa do arguido. Não é que os direitos dos arguidos em processo penal sejam abreviados ou suprimidos, mas a dinâmica institucional europeia não regista, na mesma medida e de forma equilibrada, acções e intervenções significativas no domínio dos direitos do arguido. Um dos pratos da balança da União Europeia está mais pesado que o outro, o

que pesa a perseguição criminal inclina mais do que o que pesa os interesses e direitos de quem é perseguido[912].

Toda a movimentação e esforços envidados em torno da defesa da Europa no mundo globalizado, sobretudo a ênfase no reconhecimento mútuo das decisões proferidas a nível nacional com impacto no sistema judiciário dos outros Estados--membros e na cooperação judiciária e policial em matéria penal, em domínios de criminalidade grave, com dimensão transfronteiriça, têm dado lugar à intensificação da definição de prioridades viradas para a vertente da segurança dos Estados-membros e investigação das condutas criminosas. Todavia, uma Europa que se pretende responsável e solidária tem de se manter aberta à promoção da cidadania e dos direitos fundamentais, com pleno respeito pela pessoa humana e pela sua dignidade, tem de se afirmar como uma Europa do Direito e da Justiça[913]. Uma Europa que protege não se reduz ao espaço que desenvolve e executa a estratégia de segurança da União; uma Europa que protege é aquela que não se alheia das ameaças e das lesões que uma estrutura de defesa interna e externa do espaço europeu pode provocar na esfera privada dos cidadãos; uma Europa que protege é aquela que assegura estabilidade a todos os que se confrontam com um processo criminal num Estado diferente do seu, com um idioma diferente e com regras procedimentais múltiplas; uma Europa que protege é aquela que, de forma efectiva e eficiente, garante o livre exercício dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, sobretudo o acesso à justiça, a presunção de inocência, o direito de defesa, o que poderá ser conseguido através de um sistema europeu harmonizado de direitos fundamentais, tomando como ponto de partida a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

---

[912] Sobre o perigo de securitarização da União Europeia e subsequentes efeitos, veja-se a reflexão de Mário Ferreira Monte, *O direito penal europeu de "Roma"a "Lisboa" – subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, pp. 177 ss., e em especial, no que respeita à cooperação judicial em matéria penal, onde se incluem as medidas de procedimento e processuais penais, pp. 183 ss., salientando a "válvula de segurança" contida no nº 3 do art. 83º do TUE.

[913] No sentido de que a União Europeia enfraqueceu a defesa em sede de processo penal, ver Sabine Gless, «A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal», (tradução de Luciana Goulart Quinto, revista e editada por Pedro Caeiro), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 3, Jul./Set. 2011, p. 418: «1. A defesa é confrontada com uma crescente estrutura europeia de perseguição penal, sem dispor de uma estrutura análoga adequada; 2. Falta uma defesa dimensionada para o âmbito europeu que parifique o princípio do reconhecimento mútuo das decisões de execução; 3. A atenção dada pela EU às necessidades da defesa em processo penal é demasiado reduzida; é necessária uma integração orientada dos direitos de defesa em todos os instrumentos de perseguição penal transfronteiriça ("*mainstreaming of defense rights*")». Acrescenta: «De uma maneira geral, a Europa integrada abriu um novo espaço de execução à perseguição e criou um processo penal de um novo género, onde se procede a uma divisão de trabalho entre os vários países – mas sem incluir a defesa».

Por isso, a associação *European Criminal Bar Association* (ECBA) [914], constituída por advogados de defesa independentes de todos os Estados-membros, organização não governamental, promove os direitos das pessoas suspeitas, arguidas, acusadas e condenadas no espaço europeu. Trata-se de uma organização com poderes consultivos que visa exercer forças de pressão junto dos órgãos europeus, Comissão e Parlamento, em matéria de justiça penal. O principal objectivo deste organismo consiste na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos que se presumem inocentes, de modo a concorrer para um modelo de justiça penal brioso dos direitos fundamentais dos cidadãos, através dos contributos dos seus associados que têm qualificação, experiência e competência na área.

A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais dedica o Título VI à "Justiça" — arts. 47º a 50º — mas nele não se vislumbra mais do que a proclamação de um direito à acção e a um tribunal imparcial, o reconhecimento da presunção de inocência enquanto não for legalmente provada a culpa do arguido, a garantia do respeito pelos seus direitos de defesa, a consagração dos princípios da legalidade e proporcionalidade dos delitos e das penas e do direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. Pelo que, nem sequer estabelece um quadro de protecção, de forma clara, dos direitos fundamentais mínimos dos arguidos. Para além do que, a harmonização da concretização prática desses direitos deveria ser uma prioridade[915], importante tanto para os arguidos como para os advogados europeus no âmbito do exercício do direito de livre circulação. Não esqueçamos que o arguido e seu defensor se debatem, através de uma "batalha desigual" com as autoridades policiais e judiciárias — estas cada vez mais dotadas de atribuições e novas ferramentas e beneficiando de *modus operandi* oriundos dos instrumentos legais — no espaço de liberdade, segurança e justiça.

Veja-se só, a título de exemplo, o disposto no art. 2º da Lei nº 65/2003, de 23 de Agosto, que aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu, em cumprimento da Decisão-Quadro nº 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, segundo o qual a extradição com origem num mandado de detenção europeu será

[914] Disponível em: http://www.ecba.org/ (acedido em 11 de Dezembro de 2012).
[915] Como acontece com direitos básicos tais como a acesso aos autos, apoio judiciário, assistência por advogado, direito a intérprete e tradutor, direito de comunicação com autoridades consulares, entre outros.

concedida sem controlo da dupla incriminação do facto, com base no princípio do reconhecimento mútuo[916], o que revela «um aumento unilateral da punibilidade»[917].

IX. O princípio do reconhecimento mútuo, em que assentam as ferramentas de investigação e perseguição criminal europeia, alicerça-se no princípio da confiança, ou seja, o princípio do reconhecimento mútuo faz pressupor que as autoridades competentes de cada Estado-membro confiem nos sistemas de justiça penal dos outros Estados-membros. Por sua vez, este princípio só será plena e integralmente realizado se funcionar em dois sentidos cruciais: de Estado para Estado e do Estado para o cidadão. Ou seja, o consenso alargado sobre o elenco e conteúdo mínimo de direitos do arguido, bem como a firmeza da sua transposição e aplicação fiel e eficaz por parte dos Estados-membros caucionaria a segurança do arguido e o respeito pelos seus direitos. Como aconteceu em Frankfurt/Oder, no Fórum "Direitos Fundamentais nos Processos Penais na Europa", realizado em 16 de Setembro de 2006, em que os participantes decidiram propor ao Conselho da União Europeia a adopção de direitos processuais fundamentais que assistissem ao arguido como *standard* mínimo[918]. De resto, o zelo da União

[916] Para os crimes elencados taxativamente no nº 2 do art. 2º.

[917] De que fala Sabine Gless, «A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal», (tradução de Luciana Goulart Quinto, revista e editada por Pedro Caeiro), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 3, Jul./Set. 2011, p. 417. Em torno desta questão, são suas as expressões «código europeu global sobre a defesa em processo penal» e «genuíno direito de defesa europeu» (p. 422).

[918] Disponível em: www.oa.pt/.../%7Bb37359b4-47e1-425a-957b-3d27584ba679%7D (acedido em 14 de Dezembro de 2012): «**I. Presunção de inocência**: 1. Todo o indivíduo suspeito de um crime é inocente até à prova da sua culpa nos termos da lei. 2. A prova da culpa só pode ter lugar mediante decisão judicial eficaz e definitiva. 3. A presunção de inocência não exclui a admissibilidade de medidas coactivas de carácter provisório, mas implica a necessidade de especial legitimação dessas medidas: • A aplicação e a execução das medidas coactivas deve ser rigorosamente proporcional; • Os requisitos das medidas coactivas têm que estar previstos legalmente *a priori* e ser verificáveis judicialmente a posteriori; • A aplicação de medidas coactivas é, regra geral, da competência de um juiz, que procede de modo independente à verificação da existência dos pressupostos de aplicação das medidas. 4. Se o arguido não for condenado tem, regra geral, direito a ser compensado pela violação dos seus direitos causada pela aplicação das medidas coactivas. **II. Direito a ser ouvido: Direitos de informação e declaração**: 1. O arguido tem direito a ser ouvido. Deste direito decorrem, por um lado, direitos de informação, e por outro, direitos de declaração. 2. O arguido deve ser informado na íntegra dos factos que lhe são imputados,nomeadamente: • em caso de execução de medidas coactivas, no início da mesma; • nos restantes casos, com excepção para aqueles em que a revelação possa ser prejudicial para os fins da investigação, tão cedo quando possível. 3. O arguido que não domine a língua do processo tem direito a ser assistido gratuitamente por um intérprete em todos os actos relevantes para a sua defesa. 4. Ao defensor é garantido o acesso ao processo, nomeadamente • em caso de aplicação de medidas coactivas, imediatamente e (pelo menos) aos elementos do processo com relevância para a aplicação da medida e aos elementos necessários para a verificação da legalidade da mesma; • nos restantes casos, com excepção para aqueles em que a revelação possa ser prejudicial para os fins da investigação, tão cedo e de forma tão extensa quanto possível. O acesso aos autos em toda a sua extensão é garantido, o mais tardar, no final da investigação. 5. O arguido tem o direito a ser confrontado com as testemunhas da acusação e a interrogá-las, directamente ou através do seu defensor. 6. Em qualquer momento do processo, o arguido tem o

Europeia para garantir a segurança do seu espaço deve fazer-se acompanhar por um esforço congénere a nível de segurança dos seus cidadãos enquanto suspeitos e arguidos num processo penal, de protecção dos direitos processuais dos cidadãos.

O *Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais resultante da Resolução do Conselho aprovada em de 30 de Novembro de 2009*[919] declara a necessidade de «reforçar as garantias processuais penais e o respeito pelo Estado de direito nos processos penais, independentemente do local da União Europeia onde os cidadãos decidam viajar, estudar, trabalhar ou viver»[920] cujo anexo, com a enunciação e explicação de algumas medidas, serve de base para a adopção de acções futuras, legislativas ou de outro tipo[921]. O Roteiro já deu frutos, a sua

---

direito a prestar declarações relativamente aos factos que lhe são imputados, directamente ou através do seu defensor. As suas declarações devem ser tidas em conta na tomada de decisões. 7. O arguido tem o direito de estar presente em toda audiência onde seja julgado. 8. Nos casos em que os factos imputados revistam maior gravidade, não é admissível o procedimento contra arguidos ausentes. Nos casos em que o julgamento na ausência seja admissível, tem de ser garantido o direito do arguido a ser ouvido e a participar na audiência. 9. Toda a condenação deve ser sindicável judicialmente. **III. Direito de defesa / Direitos de consulta:** 1. Em qualquer momento do processo e em qualquer interrogatório, o arguido tem o direito a ser assistido por um defensor; a investigação policial é parte integrante do processo. 2. O arguido que não tenha meios suficientes tem direito a um defensor pago pelo Estado. 3. A detenção de um arguido que não para fins de identificação implica o direito de consultar imediatamente um advogado. 4. O direito a comunicar com o advogado é válido a todo o momento e sem excepções. 5. O arguido deve ser informado do seu direito a consultar um advogado. 6. A comunicação por qualquer meio entre o arguido e o seu defensor é livre e protegida pelo sigilo; essa comunicação não pode ser vigiada. **IV. Direito ao silêncio:** 1. O arguido tem o direito de guardar silêncio acerca dos factos que lhe são imputados. O arguido deve ser informado deste direito. 2. Não é permitido retirar do silêncio do arguido quaisquer consequências prejudiciais para este. 3. O direito ao silêncio estende-se às perguntas formuladas no âmbito de inquirição noutro processo, na qualidade de testemunha, conquanto a resposta seja prejudicial para o próprio arguido, bastando aqui a possibilidade de ser prejudicial. O arguido deve também ser informado deste direito. **V. Transposição processual das garantias processuais mínimas:** 1. O respeito pelas garantias processuais mínimas deve ser sindicável junto dos tribunais nacionais e, eventualmente, junto do Tribunal de Justiça das Comunidades. 2. O desrespeito das garantias processuais mínimas deve estar associado a consequências jurídicas para todo o processo, ou para determinada fase processual, ou para determinado acto processual». Negrito nosso.

Já no Documento de 28/04/2004, COM (2004) 328 final havia sido apresentada pela Comissão uma proposta de Decisão-Quadro relativa a certos direitos processuais no âmbito dos processos penais na União Europeia. Embora todos os Estados-membros tenham sistemas de justiça penal que satisfaçam os requisitos dos direitos à liberdade, à segurança e a um julgamento justo, proclamados na CEDH, em lugar de repetir as disposições da CEDH, promove-se o cumprimento de um padrão consistente do uso destes direitos e garantias mediante acordo entre os Estados-membros.

[919] JO C 295, de 04/12/2009.

[920] Ponto nº 10 das Considerações do Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais resultante da Resolução do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, JO C 295, de 04/12/2009, p. 2

[921] «**Medida A: Tradução e interpretação**: É indispensável que o suspeito ou acusado possa compreender o que se passa e se possa fazer entender. Se o suspeito ou acusado não falar ou não compreender a língua do processo, precisará de um intérprete e da tradução das peças processuais mais importantes. Deverá dar-se também especial atenção às necessidades dos suspeitos ou acusados com deficiências auditivas. **Medida B**: **Informação sobre os direitos e sobre a acusação**: O suspeito ou acusado deverá ser informado dos seus direitos fundamentais, oralmente ou, quando adequado, por escrito, nomeadamente mediante uma declaração de direitos. Deverão, além disso, ser-lhe prestadas sem demora informações sobre a natureza e os motivos das acusações que sobre ele recaem. A pessoa sobre a qual

primeira etapa concretizou-se com a *Directiva 2010/64/UE do Parlamento e do Conselho, de 20 de Outubro de 2010*[922] reportada à medida "A". Estabelece regras mínimas comuns relativas ao direito à interpretação e tradução em processo penal e em processo de execução de mandados de detenção europeus, a fim de desenvolver a confiança mútua entre Estados-membros.

Na verdade, a justiça criminal, a partir do Tratado de Lisboa, tem uma nova forma de abordagem. A estratégia passa pela adopção de princípios como o da subsidiariedade[923], do reconhecimento mútuo, coerência e aproximação, quer do direito penal, quer do processo penal dos Estados-membros, o que implica boas relações de vizinhança entre os Parlamentos nacionais, o Parlamento Europeu e o Conselho, sendo que as preocupações e soluções para um direito de defesa europeu estão longe de ser alcançadas.

---

recaia uma acusação terá direito a receber, no momento oportuno, as informações necessárias para a preparação da sua defesa, no pressuposto de que tal não deverá prejudicar o bom desenrolar do processo penal. **Medida C: Patrocínio e apoio judiciários**: O direito do suspeito ou acusado num processo penal ao patrocínio judiciário (através da assistência de um advogado) na fase mais precoce e oportuna do processo é fundamental para garantir a equidade do mesmo; o direito ao apoio judiciário deverá garantir um acesso efectivo ao patrocínio judiciário. **Medida D: Comunicação com familiares, empregadores e autoridades consulares**: O suspeito ou acusado privado de liberdade deverá ser prontamente informado do seu direito a que pelo menos uma pessoa, como um familiar ou empregador, seja informada da sua privação de liberdade, no pressuposto de que tal não deverá prejudicar o bom desenrolar do processo penal. Além disso, o suspeito ou acusado privado de liberdade num Estado que não o seu deverá ser informado do seu direito a que as autoridades consulares competentes sejam informadas da sua privação de liberdade. **Medida E: Garantias especiais para suspeitos ou acusados vulneráveis**: Para garantir a equidade do processo, é importante que se dê especial atenção aos suspeitos ou acusados incapazes de compreender ou de acompanhar o conteúdo ou o significado do processo devido, por exemplo, à sua idade ou ao seu estado mental ou físico. **Medida F: Livro Verde sobre detenção antes da fase do julgamento**: O tempo de detenção antes do julgamento e durante a fase do julgamento varia consideravelmente de um Estado-Membro para outro. Períodos de detenção anterior ao julgamento excessivamente prolongados são prejudiciais para a pessoa em causa, podem prejudicar a cooperação judiciária entre Estados-Membros e não traduzem os valores que inspiram a União Europeia. As medidas adequadas a tomar neste contexto deverão ser analisadas num Livro Verde» (JO C 295, de 04/12/2009, p. 3, negrito nosso).

[922] JO L 280, de 26/10/2010.

[923] Art. 5º, nº 3 do Tratado da União Europeia que pressupõe que a EU não adopte medidas em domínios de competência repartida, excepto se «os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros, tanto ao nível central, como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União».

PARTE IV

REINTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SUBSIDIARIEDADE E DA PROPORCIONALIDADE?

14. Essencialidade dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade

14.1 Da subsidiariedade

14.2. Da proporcionalidade

14.2.1. O art. 18º, nºs 2 e 3 da Constituição

14.2.2. Restrição do exercício de direitos

14.2.3. Cláusula geral de limitação de exercício dos direitos e o art. 29º, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem

15. Os requisitos de admissibilidade dos exames de ADN não consentidos

15.1. Exames de ADN: uma inovação útil e indispensável?

15.2. Legitimidade formal

15.2.1. A "reserva legal"

a) A delimitação subjectiva passiva

i) Intervenção corporal em pessoa suspeita não constituída arguida

ii) Intervenção em terceiro voluntário com direito a recusa de depoimento

b) A delimitação da intervenção corporal

c) A delimitação subjectiva activa ou reserva judicial

d) A delimitação subjectiva activa no que concerne à recolha das amostras

e) A delimitação objectiva dos factos a investigar por este meio e determinação dos casos em que a utilização deste recurso é sempre coactiva

f) A expressa rejeição de mecanismos proibidos

g) O respeito pela vida privada e familiar

15.2.2. "Decisão judicial fundamentada"

15.3. Legitimidade material, princípio da proporcionalidade e suas derivações

i) exigência de idoneidade, utilidade ou adequação

ii) intervenção mínima ou alternativa menos gravosa, princípio da necessidade, exigibilidade ou indispensabilidade

iii) "justa medida", racionalidade, razoabilidade ou proporcionalidade *strito sensu* que se traduz no respeito pelo núcleo, pelo conteúdo essencial do direito objecto de restrição e ponderação de interesse

15.4. Controlo da proporcionalidade

15.5. Outros requisitos

a) Esclarecimento legal cabal dos efeitos processuais da obtenção destes meios de prova fora dos parâmetros enunciados e das provas resultantes deste modo de obtenção. A ineficácia absoluta das provas obtidas sem este tipo de legitimação

b) Princípio da humanidade

c) Princípio da eficiência

d) Princípio da cooperação internacional

PARTE IV

REINTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SUBSIDIARIEDADE E DA PROPORCIONALIDADE?

14. Essencialidade dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade

I. A imposição do dever de sujeição do arguido às diligências de prova necessárias e determinadas pelo órgão competente para a descoberta da verdade, ainda que no quadro legal, coloca o problema do respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo e dos limites e intensidade das restrições a estes direitos constitucionalmente consagrados.

14.1. Da subsidiariedade

O descompasso entre a realidade e o fenómeno criminal e o desencontro entre a finalidade da pretensão punitiva do Estado e o conteúdo protegido pelos direitos em causa não são desejáveis. A organização estatal no que respeita à realização da justiça penal e os anseios da sociedade devem combinar-se com ponderação e prudência. Neste domínio, a subsidiariedade funciona como critério de delimitação de uma justa e equilibrada relação entre o poder público e a esfera pessoal dos indivíduos. Por outras palavras, a origem do princípio da subsidiariedade remete-nos para o espaço de acção dos indivíduos enquanto membros da sociedade, área que não deverá ser invadida se esta estiver dotada dos meios e dos instrumentos aptos à realização e satisfação dos interesses públicos de forma eficaz[924]. A sociedade está acima do poder público e a

[924] O princípio da subsidiariedade – princípio que delimita as competências e atribuições – não se confunde com a supletividade como regra de aplicação de normas nas matérias jurídicas cuja regulamentação estiver omissa ou definida de forma insuficiente. Na ordem normativa penal, o princípio

estrutura deste e correspectiva Administração serve para dar resposta às questões que os cidadãos, individual ou colectivamente organizados, não conseguem solucionar. Ou seja, a missão primeira do Estado é de alentar e estimular as acções dos cidadãos, grupos e colectividades e, em caso de impossibilidade, dificuldade ou impedimento destes, intervirá em sua substituição[925]. O poder público intromete-se quando o cidadão, o grupo ou a sociedade civil for incapaz de realizar as finalidades de bem-estar individual e comunitário[926]. A subsidiariedade, como princípio jurídico delimitador e distribuidor de competências e atribuições, surge no âmbito do direito administrativo e invoca a descentralização na realização do interesse público. O papel do Estado é subsidiário no culto e promoção das responsabilidades individuais, familiares e grupais. Porém, em sede de realização da justiça criminal o princípio de nivelação é outro: o Estado tem atribuições de primeira linha dados os inconvenientes do exercício da justiça privada[927]. O Estado reconhece que há domínios em que tem de se estruturar e ser suficientemente forte, encontrando simultaneamente uma medida de intervenção não excessiva, na resolução das tensões e confrontos desenvolvidos entre os cidadãos ou entre estes e a própria comunidade, tal como acontece com o dever estadual de investigação das infracções criminais, no domínio da realização da justiça criminal, no exercício do *ius puniendi*. O poder judicial faz, a final, o controlo da actuação do poder público sobre a correcção das restrições aos direitos fundamentais exigidas e impostas no âmbito do procedimento criminal, realiza a protecção jurisdicional dos direitos dos cidadãos, sejam eles fundamentais, económicos, sociais ou culturais. Como último reduto, o Tribunal Constitucional, no Estado de Direito, avaliará os actos estatais limitativos da liberdade individual e fará o controlo da sua constitucionalidade.

---

da subsidiariedade é entendido como critério de intervenção desta – direito de *ultima ratio* ou direito fragmentário.

[925] Manifestações do princípio da subsidiariedade no direito constitucional português são, entre outras, o direito à liberdade de associação (art. 46º), o direito à participação na vida pública (art. 48º), o direito à livre iniciativa privada (art. 61º), o direito à propriedade privada (art. 62º) onde se perspectiva a relação tripartida Estado/sociedade/indivíduo.

[926] Na Idade Média a Igreja desempenhou funções subsidiárias de auxílio que passaram a ser assumidas pelo Estado.

[927] O princípio da subsidiariedade é o contraposto do monopólio da Administração Pública. No que respeita à administração da justiça penal é feita pelo poder próprio (judicial), órgãos próprios competentes (Tribunais), sujeita ao princípio da jurisdicionalidade. Existem, contudo, meios alternativos à litigiosidade, de desjudicialização, promovendo a aproximação dos sujeitos processuais arguido e vítima. O princípio da subsidiariedade assume particular importância no plano do Direito Comunitário num espaço em que a soberania dos Estados deixa de ser indivisível. O princípio delimita as atribuições dos Estados-membros no conjunto das competências nas instituições comunitárias e na orgânica da Comunidade Europeia.

O carácter subsidiário do direito penal introduzido pelo Iluminismo deu lugar à aplicabilidade da ideia de proporcionalidade na disciplina substantiva penal [928], preconizando o que, mais tarde, viria a ser a grande matriz constitucional que vem a ter particular incidência na função estatal da prossecução penal, sobretudo em matéria de validade das provas.

14.2. Da proporcionalidade

O positivismo legalista-formalista deu lugar a uma hermenêutica jurídica que, ancorada na mais estrita observância da letra da lei, sustentou e firmou incriminações, consolidou interpretações e decisões judiciais especialmente austeras, desproporcionais e injustas, inseridas num determinado contexto histórico-cultural. Assim foi com o direito penal e processual penal totalitário, punitivo da imoralidade e impositivo de uma certa orientação político-ideológica[929]. O Estado, com as vestes de protector e com o aparato da lei geral e obrigatória, legitimava as suas agressões à sociedade civil[930], confundindo-se Direito com a Lei.

O princípio da proporcionalidade no âmbito de direito criminal, introduzido na marcante obra de Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, defende uma proporção entre os delitos e as penas[931]. Em Portugal teve consagração nos arts. 10º e 11º da Constituição de 1822: nenhuma lei, e especialmente a penal, poderia ser estabelecida sem absoluta necessidade; toda a pena deveria ser proporcional ao delito. O conteúdo e significação do princípio da proporcionalidade alargaram-se a outras matérias criminais. E temo-lo hoje como um grande princípio de direito público, sobretudo no âmbito do direito administrativo, que funciona como o grande moderador das relações entre o

[928] Veja-se o disposto nos arts. 10º e 11º da Constituição de 1822.

[929] Mezger, enquanto membro nomeado da Comissão de Reforma do Direito Penal, na reforma do StGB de 1935, chegou a introduzir a analogia como fonte de Direito Penal.

[930] «Chega-se a sustentar que a legalidade jurídica, por mais infame que seja, deve ser tida como obrigatória», assim o diz Hernán A. Ortiz Rivas, «Reflexiones sobre derechos humanos», *Estudios de Derecho*, vol. LIV, nºs 119-124, Mar./Set., 1995, p. 157.

[931] São suas as seguintes palavras: «Se o prazer e a dor são os motores dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens mesmo para as mais sublimes acções o invisível legislador incluiu o prémio e a pena, da sua incorrecta distribuição nascerá aquela tanto menos observada contradição, quanto mais comum, segundo a qual as penas punem os delitos a que deram origem. Se uma mesma pena se destina a dois delitos que de forma desigual ofendem a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte para cometer o maior delito se a isso se associar uma maior vantagem», Cesare Beccaria no seu *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 75. Como explica José de Faria Costa, na Introdução à tradução "Ler Beccaria Hoje", «Não temos a menor dúvida em considerar que "Dos delitos e das Penas" é cerzido por uma fina tessitura cujo fio condutor pode ser visto na ideia forte do garantismo» (p. 7).

Estado e os cidadãos no quadro de um Estado de Direito democrático, em especial, a partir do pós segunda guerra mundial[932]. Foi acolhido nas Leis Fundamentais dos países ocidentais (tendo começado na Alemanha) e adoptado pelas Instâncias Internacionais (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Tribunal de Justiça da União Europeia).

No campo jurídico-penal, o princípio da proporcionalidade sobreveio como forma de refrear a intemperança do positivismo jurídico e numa dupla acepção: enquanto proibição de excesso e, também, como proibição de insuficiência ou de protecção deficiente por parte da actividade estatal. O Estado, face aos cidadãos, aparece como fornecedor de garantias e dos direitos mais elementares e como protector deles. Nesta sua incumbência, quer no âmbito da função legislativa, quer no plano do poder judicial, tem o dever de legislar em nome dos cidadãos e para os cidadãos e de realizar o justo, através dos Tribunais, atribuindo a real dimensão aos direitos humanos. A normatividade jurídica tem um significado próprio: positivação dos direitos dos cidadãos e sua efectiva protecção material.

A função do princípio da proporcionalidade é credora de uma reavaliação face à renovada contextualização da teoria dos deveres de protecção do Estado emergente do redimensionamento das exigências de protecção dos bens jurídico-penais e da percepção social da necessidade de uma luta eficaz contra os fenómenos criminais?

A sociedade, ao sentir-se ameaçada, procura um grau elevado de segurança e a opinião publicitada e veiculada pelos meios de comunicação social tende a ir no sentido de apoiar instrumentos intervencionistas efectivos, de reforço das medidas policiais de prevenção, de dotação de técnicas científicas ao serviço da investigação criminal e de fortalecimento dos meios de reacção repressivos formais à prática do crime[933]. O direito penal corre o risco de, paulatinamente, atenuar o seu carácter subsidiário e o direito processual penal de, progressivamente, deixar de ser o garante da liberdade dos cidadãos e do arguido. Os apontados "*deficits* de funcionamento"[934] do sistema jurídico processual-penal conduzem-nos à questão da eventual hierarquização dos conflitos de interesses que se colocam nesta área. É um problema de dar primazia à segurança

[932] Atente-se no art. 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem onde o princípio da proporcionalidade está presente.

[933] «Esta maior dureza do direito penal material e do direito processual penal deve-se a uma política criminal surgida da dramatização a que dá lugar a violência, e pretende afrontar de um modo efectivo o crescente sentimento individual de insegurança», escreve Winfried Hassemer, «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XV, 1992, p. 190.

[934] Como lhe chama Winfried Hassemer, «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XV, 1992, p. 192.

pública ou de atribuir preponderância aos direitos fundamentais dos cidadãos[935]? Vive-se numa época de "dramatização da violência e da ameaça"[936] ou de real e objectiva necessidade de um direito penal e processual penal verdadeiramente eficazes?

As necessidades elementares da manutenção da paz social da colectividade e de preservação dos direitos fundamentais do indivíduo levam a que a invocada inalienabilidade destes seja uma reivindicação estéril. De resto, sempre assim foi. A título de exemplo podemos referir a vida humana. É inviolável, assim o afirma a Constituição da República Portuguesa mas apenas e tão-só enquanto princípio, pois circunstâncias há em que a violação do bem jurídico vida é tolerável e até mesmo lícita.

II. As normas jusconstitucionais têm de ser capazes de orientar a relação do poder público com os indivíduos de modo a que os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da segurança e da justiça possam pactuar entre si, sem frustração do seu fundamento e conteúdo útil. Aceitá-los como rígidos, absolutos, irrestritos, ilimitados ou subtraídos à esfera de acção dos poderes legislativo e judicial inviabiliza a força de persuasão da pretensão punitiva do Estado, torna-a inútil e votada ao fracasso. A limitabilidade como característica dos direitos fundamentais não é recente. O disposto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, além de estabelecer que os limites devem ser determinados por lei, refere que o exercício dos direitos de um cidadão tem o limite do exercício e gozo desse direito por outro cidadão. O direito à liberdade — o direito de poder fazer tudo aquilo que se quer que não lese o próximo — não é mera construção semântica, é reconhecido pela comunidade, mas esta «liga os direitos a uma ideia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários»[937].

Não há possibilidade de negligenciar esta temática sobretudo num contexto social, político, ideológico e económico em que está presente o discurso da crise do

[935]«(…) limites ao poder político, defesas e garantias do indivíduo e da colectividade, "direitos morais" duramente conquistados pelas lutas e pensamento avançado da modernidade», assim entende os direitos humanos Hernán A. Ortiz Rivas, «Reflexiones sobre derechos humanos», *Estudios de Derecho*, vol. LIV, nºs 119-124, Mar./Set. 1995, p. 160. Para o A., os direitos humanos como direitos fundamentais mais não são do que os "direitos superiores" consagrados numa Constituição e os juridificados em diplomas e instrumentos internacionais (pp. 163 e 164).

[936] Designação de Winfried Hassemer, «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XV, 1992, p. 198.

[937] Assim o afirma José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, reimpressão, 1987, p. 213.

Estado de direito democrático e dos direitos fundamentais, em especial da liberdade individual[938].

A tensão e a situação conflitual entre direitos têm de ser resolvidas. Se, por um lado, os direitos fundamentais na vertente *de defesa* do cidadão acolhem o impedimento ou proibição à ingerência do Estado e, sobretudo, à intervenção excessiva (direitos subjectivos em sentido negativo ou de proibição de excesso de actuação do Estado), por outro, os direitos fundamentais na óptica *de protecção* do cidadão obrigam o Estado a actuar, de forma preventiva ou repressiva, de modo a assegurar a plenitude desses mesmos direitos fundamentais (direitos subjectivos em sentido positivo ou de proibição de insuficiência de actuação ou proibição de abstencionismo do intervencionismo estatal). A solução não deverá passar pela via do aniquilamento de um direito fundamental em prol de outro. A resolução passará antes por privilegiar o sentido de integração e compromisso de inclusão dos direitos conflituais no âmbito da prestável funcionalidade da Lei Fundamental. O conteúdo de um direito na medida em que concede privilégios e prerrogativas ao indivíduo, subtrai-o ao Estado na proporção da mesma dimensão. O teor de um direito incorporado numa norma constitucional só será contraído ou diminuído na medida em que for indispensável à realização do conteúdo encerrado numa outra. Não se trata de funcionalizar ou subordinar os direitos individuais com assento constitucional ao interesse colectivo da preservação da paz mas, antes, de os compatibilizar, com o mínimo de lesão para o seu titular, na assumida dupla função do Estado de protecção e concretização dos direitos individuais e de salvaguarda e realização dos interesses comunitários. Trata-se de lhes assegurar a fundamentalidade do conteúdo mínimo, outorgando à sociedade as condições essenciais de manutenção da paz jurídica, quer enquanto direitos de defesa, quer como deveres de protecção. A proporcionalidade opera como critério de aferição e determinação da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais e de comprometimento na procura de uma solução justa — "no sentido da melhor resposta possível"[939]. Será «um princípio a observar em qualquer restrição de direitos fundamentais»[940].

[938] «(…) crise de identidade e confiança na Constituição e nos direitos fundamentais», apelidada por Ingo Wolfgang Sarlet, «Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, 2005, p. 331.
[939] Expressão de Ingo Wolfgang Sarlet, «Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, 2005, p. 369.
[940] Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 279.

III. A indispensabilidade da realização da justiça criminal, da obtenção de meios de prova e do uso de meios de prova para cumprimento deste desiderato, como já vimos, sacrifica o indivíduo no sentido em que adequa os seus direitos e deveres ao estatuto processual de arguido. Por força deste condicionamento legal, ao arguido são impostas obrigações de tolerar comportamentos e de adoptar condutas que não resultam da sua livre disposição ou acto de vontade. As diligências de prova que sobre si recaem, no seu corpo ou partes do corpo, tocam com direitos fundamentais constitucionais como a integridade física, a autodeterminação informacional e a reserva da vida privada. Qual o critério a utilizar para atingir o desempenho do compromisso entre os valores da liberdade e da segurança? Quais os limites possíveis dos direitos fundamentais? Como conciliar a substância do conteúdo essencial dos diversos direitos e destes e dos valores societários?

14.2.1. O art. 18º, nºs 2 e 3 da Constituição

O art. 18º, nos nºs 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa, define as condições de legitimação das retrições ao exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais: só nos casos expressamente previstos ou impostos na Constituição[941] (nuns casos, por remissão directa para a lei ordinária, como é o caso da privação da liberdade pelo tempo e nas condições que a lei determinar prevista no art. 27º, nº 3, noutros casos, a Constituição admite as restrições mas não especificadamente, tal como se verifica com a "ressalva dos casos expecionais previstos na lei" na proibição do acesso a dados pessoais de terceiro no art. 35º, nº 4)[942]; para salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; por meio de medida necessária para alcançar o objectivo desta salvaguarda e idónea para o efeito; não pode destruir o conteúdo essencial do direito em causa; a lei restritiva tem de revestir carácter geral e abstracto; mediante proibição do efeito retroactivo da restrição; e, finalmente, deve estar sujeita ao princípio da reserva relativa da Assembleia da República (lei ou decreto-lei no uso de autorização legislativa).

[941] Também existem as restrições mediatamente autorizadas pela Constituição e as implícitas fundadas, não em normas, mas em princípios constitucionais. Ver Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 160 e 161.

[942] «No primeiro caso, a lei limita-se a *declarar* a restrição prevista na Constituição; no segundo caso a lei *cria* a restrição admitida pela Constituição», J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed. Revista, 2007, p. 391 (itálico do Autor).

14.2.2. Restrição do exercício de direitos

Na doutrina jusconstitucionalista tem-se procedido à distinção entre os *limites imanentes* ou *restrições não expressamente autorizadas pela Constituição*"[943], as *colisões de direitos* ou *conflitos de direitos* e *leis restritivas*.

a) Fala-se em limites imanentes quando o que está em causa é uma limitação do direito fundamental que exclui determinado modo ou forma do seu exercício. Trata-se de restrições não expressamente autorizadas, previstas ou indicadas pela Lei Fundamental. O art. 25º da Constituição estabelece a inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas. O art. 27º garante o direito à liberdade das pessoas. O art. 32º prescreve o princípio da presunção da inocência do arguido. Poderão invocar-se estes normativos para desonerar o arguido à realização de diligências de prova que vão contra a sua vontade quando estas lhe impõem ingerências no e com o seu corpo e a comparência em determinado local, a certa hora, para as efectuar, derrogando o dever previsto no Código de Processo Penal e na Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro? Os preceitos constitucionais em causa comportam o exercício dos direitos neles inseridos da forma que o arguido pretende deles fazer uso? Segundo a concepção dos limites imanentes, a questão não é de conflito de direitos mas, antes, de hermenêutica jurídica. Trata-se de apurar o alcance da protecção constitucional dos preceitos, de determinar até onde se estende a referida protecção. Se o exercício do direito de forma plena acaba por colocar em causa a essencialidade de outro direito, *rectius*, se afecta outro direito de forma inqualificável ou intolerável, então é porque «a protecção constitucional do direito não quer ir tão longe»[944], é porque não reconhece o «tratamento de todos com igual consideração e respeito»[945].

b) Os direitos conflituam ou colidem entre si se bilateralmente se limitam ou contradizem, concorrendo ambos à aplicação no caso concreto, ou se interceptam a esfera de protecção de um outro princípio, outro valor ou bem materialmente constitucional. Casos há em que a lei ordinária restringe os direitos fundamentais para protecção dos fins definidos por outros direitos fundamentais com assento na Constituição. A restrição do exercício dos direitos fundamentais actua depois de

[943] J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed. Revista, 2007, p. 389.
[944] José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, reimpressão, 1987, p. 219.
[945] Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 106.

definido juridicamente o conteúdo e delimitado o âmbito do direito fundamental em causa, a liberdade de conformação legislativa está sujeita ao «*mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante* do direito legalmente delimitado»[946].

Dado que a Lei Fundamental não apresenta nenhum critério abstracto que defina previamente uma hierarquia de valores constitucionais e porque também não é legítimo, nem tolerável, dentro do funcionamento da ordem constitucional democrática[947], que se sacrifique totalmente ou anule definitivamente um valor em benefício de outro, a solução passará por, «no quadro da *unidade da Constituição*»[948], os conjugar da forma mais congruente possível, harmonizando-os de modo a não criar rupturas entre eles ou aniquilamento da fundamentalidade de um deles porque se um direito ou valor atinge o conteúdo essencial do outro, o problema já não é de conflito, mas sim de limites imanentes. Nisto consiste o princípio da concordância prática enquanto «*método* e *processo de legitimação* das soluções que impõe a *ponderação* de todos os valores constitucionais aplicáveis(…)» [949] que é cumprido através do critério da proporcionalidade. Só razões ponderosas, atendíveis, com peso e força objectivas — expurgada de toda a subjectividade — determinarão justificadas restrições ao exercício de um direito fundamental estabelecendo a preponderância de um relativamente a outro[950].

c) As leis ordinárias restritivas de direitos fundamentais constitucionais estão elas próprias condicionadas aos valores atinentes aos direitos, liberdades e garantias, seja do ponto de vista formal, seja materialmente. A regulamentação (caso se trate de normas auto-exequíveis) ou a concretização (caso sejam normas não auto-exequíveis que carecem da *interpositio legislatoris*) dos direitos, liberdades e garantias permite a sua transposição para a imediatividade da vida real. No âmbito da liberdade de conformação legislativa pode a Assembleia da República ou o Governo devidamente autorizado, além de explicitar, declarar, desenvolver, condicionar o normativo

[946] J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª ed. Revista, 2007, p. 389.
[947] Excepcionalmente, quando a perturbação da ordem constitucional democrática o justifique, podem os direitos ser suspensos (e não todos) temporariamente até ao restabelecimento das normais condições de funcionamento do Estado de direito democrático (art. 19º da CRP).
[948] José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, reimpressão, 1987, p. 222.
[949] José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, reimpressão, 1987, p. 222.
[950] Os "direitos/trunfos limitáveis ou *derrotáveis*" de que nos fala Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 111.

constitucional, atingir o conteúdo de um direito de modo a restringir o seu exercício, delimitando o seu âmbito de aplicação. É aqui que a própria Constituição estabelece restrições às restrições dos direitos fundamentais no art. 18º, nºs 2 e 3, que fixam o mínimo intocável. Com elas se pretende não seja retirada, por qualquer forma, a utilidade do direito em si, o seu conteúdo essencial e o seu fim. Para tanto, importa que o órgão legiferante atente na origem histórica do direito, na evolução legislativa, na sua relevância jurídico-criminal e na unicidade e integralidade da Lei Fundamental[951]. Atribuindo-se aos direitos fundamentais o carácter e força de "trunfos" ou de "armaduras" — o que constitui um óbice à sua descaracterização pela tomada de decisão das maiorias políticas — estes são credores de uma elevada e privilegiada protecção e, concomitantemente, objecto de compatibilização e harmonização com todos os demais bens jurídicos que mereçam protecção no seio de um Estado de Direito democrático[952].

Em resposta à questão que acima colocámos, o Código de Processo Penal e demais legislação avulsa sobre matéria probatória não podem destruir, anular, deturpar, adulterar ou restringir de forma insuportável ou intolerável o direito à liberdade, o direito à integridade física e moral, bem como o princípio constitucional estruturante da legalidade democrática da presunção de inocência, tendo sempre as restrições como referente a dignidade da pessoa humana. Todavia, neste âmbito, se a dignidade da pessoa humana há-de ser perspectivada como uma obrigação de não ingerência ou, pelo menos, de não ingerência excessiva por parte dos poderes públicos, também não deixará de ser simultaneamente uma obrigação de comportamento do indivíduo para consigo próprio e um dever de actuação deste à altura das obrigações que tem para com a comunidade jurídico-política em que se insere, para com os demais indivíduos integrantes da comunidade de que faz parte. Desta relação do indivíduo com o outro é exemplificativo o estabelecido no art. 29º, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: «O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade». Daí que, não obstante a proclamação constitucional do direito à liberdade dos cidadãos, estes possam ser presos preventivamente e privados da liberdade pelo tempo fixado em consequência de uma sentença criminal condenatória transitada em julgado. Intervém aqui o «carácter

[951] Neste sentido, veja-se Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 163.
[952] Neste sentido, Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 49 ss.

constitutivo do princípio da dignidade da pessoa humana» como «princípio onde domina a ideia de pessoa como sujeito, assente na recusa da consideração e tratamento degradantes do indivíduo como meio ou instrumento para a prossecução de fins alheios»[953]. O artigo 1º da Constiuição, que sustenta a dimensão da pessoa humana como prevalecente sobre o *ius imperium*, é referente axiológico e critério de actuação de todo e qualquer governo, de exercício de todo e qualquer órgão legislativo, da actividade de todo e qualquer órgão jurisdicional, afastando a tendencial inclinação de fazer indiscriminadamente do arguido um sujeito processual polifuncional — perseguido, investigado, julgado e, simultaneamente, contribuinte forçado da sua auto--incriminação.

14.2.3. Cláusula geral de limitação de exercício dos direitos e o art. 29º, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem

A *restrição* de um direito fundamental, alicerçando-se em específicas razões e atingindo um direito a título permanente, parcialmente e na sua extensão objectiva, prejudica-o de modo geral, afectando o seu conteúdo, de forma a constranger ou suprimir faculdades que nele estavam inscritas — «apaga uma parcela potencial do direito» [954] — assim se diferenciando do *limite* ao exercício de um direito fundamental[955]. O *limite ao exercício dos direitos* funda-se em razões de carácter geral aplicáveis a todo e qualquer direito, «contempla condições gerais que incidem sobre todos os direitos e que têm que ver com o seu exercício»[956] — como é o caso da cláusula geral sobre o exercício dos direitos contida no art. 29º, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem[957] —, dificulta o modo do exercício pelo seu titular e

[953] Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 98.
[954] Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 160.
[955] Sobre a diferenciação entre restrição e limite aos direitos vejam-se os esclarecimentos de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 346, 408 e 416, respectivamente, já referenciados no ponto 3.3.2 deste texto.
[956] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 5ª ed., 2012, p. 191.
[957] Art. 29º da DUDH: «2. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. 3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas».

pode, muitas vezes, representar condicionamentos ao seu exercício[958]. Uma fórmula genérica como esta inexiste na nossa Constituição pelo receio de, através dela, se poder vir a municiar os órgãos de poder com um instrumento capaz de frustrar ou inverter o regime dos direitos, liberdades e garantias alcançadas com esforço após a vivência do regime político autoritário. Contudo, quando o art. 16º, nº 2 da Constituição consagra o princípio da interpretação dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pode afirmar-se que esta cláusula e os seus elementos valorativos se aplicam na ordem jurídico-constitucional interna a todos os direitos[959]. A própria Declaração Universal, no nº 3 do preceito, deixa claro que, em circunstância alguma, os direitos e liberdades poderão ser exercidos contra os fins e os princípios das Nações Unidas. Para além de que não são os direitos em si que são limitados em função das «justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática»[960], mas as próprias limitações aos direitos, ou seja, estas justas exigências a que alude a Declaração Universal «não são apenas limites ao exercício dos direitos; são também, elas próprias, limites aos limites»[961] [962].

[958] O condicionamento, não diminuindo o âmbito do direito, representa uma limitação ao seu exercício ou um ónus. O titular do direito de queixa pode exercê-lo, contudo, está sujeito ao prazo de caducidade da apresentação da queixa, previsto no art. 115º do CP.

[959] Assim, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 5ª ed., 2012, p. 190. Adianta, na p. 191: «O art. 29º, nº 2, não é, pois, nova fonte de restrições de direitos, liberdades e garantias; situa-se, sim, ao nível da regulamentação (e daí a referência que nele se encontra à lei)».

[960] Explica Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 5ª ed., 2012, p. 192 e 193 que a moral há-de ser entendida como moral social, moral pública e não enquanto moral religiosa; que a ordem pública há-de ser aferida pelo critério «conjunto de condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos» e que está ao serviço do bem-estar na sociedade democrática.

[961] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 5ª ed., 2012, p. 194.

[962] Diz Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 99 que a invocação de «abstracções como os interesses do Estado, da comunidade ou da nação» podem vir a degenerar o sentido da dignidade humana, conduzindo aos tempos anteriores à segunda guerra mundial, impondo ao indivíduo limitações não desejáveis à sua esfera da autonomia privada.

15. Os requisitos de admissibilidade dos exames de ADN não consentidos

15.1. Exames de ADN: uma inovação útil e indispensável?

I. O surgimento de mudanças a nível do comportamento humano, mais especificamente no cenário da criminalidade, leva-nos a reapreciar as convicções que nos surgiam como estáveis, universais e indisponíveis, desde logo por nos encontrarmos munidos com a armadura do conhecimento adquirido e com alguma cegueira à mudança, o que nos conduz à reflexão sobre a eventual necessidade de reconfigurar o saber e a estrutura do pensamento jurídico.

A era da tecnologia, por sua vez, produziu mutações quantitativas e qualitativas na vida do ser humano. No que respeita à investigação criminal[963], as conquistas científicas tornaram muitos casos, antes irresolúveis, em solucionáveis[964], as provas cientificizaram-se e passaram a ser produzidas mais rapidamente e com mais precisão. Porém, nem tudo são vantagens. Na verdade, no uso da sua inteligência e da sua racionalidade, o homem constrói e contribui para o desenvolvimento da humanidade, porém, os avanços da ciência e da técnica constituem, não raras vezes, razão de preocupação para a própria humanidade dados os riscos e consequências inerentes[965]. «A dignidade do Homem persistirá na força do seu pensamento, no desenvolvimento da

[963] Veja-se Guy Carcassonne, «Les tests ADN», *Recueil Dalloz*, Ano 183, nº 42 / 7315, 2007, p. 2992.

[964] Casos como Brian Field, em Leatherhead, no Reino Unido, e Penny Lowry, nos EUA, em Oklahoma. O primeiro tratou-se de um crime de violação e homicídio de um jovem de 14 anos de idade, Roy Tutill, perpetrado em 1969 que só foi solucionado em 2001, pelo *Forensic Science Service*. As provas que continham ADN tinham sido convenientemente arquivadas, armazenadas, conservadas e classificadas de tal forma que, decorridos mais de trinta anos, foi encontrado o perfil genético do autor do crime (Brian Field) que tinha sido introduzido na base de dados inglesa, *National DNA Database*, desde 1999, em consequência de uma detenção por uma infracção que entretanto havia cometido de condução em estado de embriaguez. O segundo consistiu em homicídio de uma criança recém-nascida, em 1991, que foi resolvido, após reabertura do inquérito em 2003, através do perfil genético da mãe, Penny Lowry, inserido no *Combined DNA Index System*. Sobre estes e outros casos análogos, veja-se Francesc Mestres Naval / Josep Vives-Rego, «La resolución de casos abiertos, exoneraciones y análisis familiares por medio de la genética avanzada. Aspectos forenses, sociales y éticos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, pp. 4 ss., disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc (acedido em 02 de Setembro de 2013).

[965] Ulrich Beck, sociólogo alemão, em 1986, teorizou sobre a sociedade de risco aproximando o desenvolvimento progressivo e a modernidade com a sociedade de risco. Riscos ecológicos, ambientais, genéticos, nucleares, entre outros, ainda não devidamente quantificados e com consequências futuras ainda não definitivamente conhecidas, ameaçam o homem individualmente e as sociedades plurais, em virtude do acelerado desenvolvimento da ciência, da técnica e da industrialização. A que acrescenta riscos de ordem económica, como rupturas nos mercados financeiros internacionais ligados ao fenómeno da globalização. Por isso, perspectiva os riscos como sendo "democráticos", pela possibilidade de afectarem diversificadas nações e as tradicionais classes sociais, sem limite de fronteiras.

sua cultura, na capacidade da sua inteligência e no reconhecimento de que tudo o que a Humanidade fizer, para o Homem é feito, que usufruirá o progresso, se acertadamente distinguir o que nesse progresso estiver certo ou estiver errado»[966].

O normal curso e desenvolvimento da vida comunica-se a todos os sectores, pelo que o Direito, mais propriamente, o direito criminal, tanto substantivo, como adjectivo, não ficam imunes às novas circunstâncias. Necessariamente, um dos aspectos básicos e estruturantes do direito processual penal, o centro nevrálgico do nosso direito processual penal — a matéria probatória — sofre este embate com tamanha extensão que o Tribunal Constitucional Português foi instado a pronunciar-se sobre estas matérias. Daí que haja soluções preconizadas como a constante do Acórdão nº 155/2007 que explanou o seu entendimento sobre a zaragatoa bucal não consentida: «uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma *invasão* da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do art. 25º da Constituição». Daí que o mesmo Tribunal tenha expendido considerações sobre a oportunidade e legitimação constitucional deste tipo de intervenções, levando em linha de conta a sua intensidade e a sua finalidade, concluindo pela não conflitualidade com o âmbito do constitucionalmente protegido dado «o grau de intrusividade — que é mínimo». Mas, o entendimento de hoje não será certamente o de amanhã. «Na idade do domínio do tecnológico a missão delicada confiada a cada um é a de proteger uma realidade bem frágil e perecível, que é o futuro longínquo da humanidade, que não pode circunscrever-se ao nível das acções já feitas, mas atinge o das acções a fazer»[967]. E como a realidade é una, inserida num somatório de factores de diversa natureza e numa universalidade de vida, as soluções têm de ser dela parte integrante. Queremos com isto significar que é essencial a coesão e a harmonização entre a realidade e as normas elaboradas pelo legislador de modo a que o Direito seja um elemento aglutinador, ao invés de ser criador de tensões e conflitos. Só se alcançará um processo penal estruturado, funcionalmente eficiente e solidário com a sua própria bipolarização — defesa do bem-estar geral *vs.* respeito pelos direitos, liberdades e garantias do cidadão — quando se partir desta ideia, dando-lhe forma e materializando-a, se e quando os instrumentos legais se orientarem na procura sistemática deste

[966] Como expressa João Ribeiro da Silva, *Perspectivas da Bioética – Bioética Contemporânea III*, Chamusca, Cosmos, 2003, p. 21.
[967] Alexandra Idalina Pereira Gaspar, *Bioética e dignidade humana: uma problematização a partir da antropologia da falibilidade de Paul Ricouer*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 2005, p. 60.

equilíbrio. Caso as normas vigentes não traduzam de forma clarividente este espírito, terá de ser o jurista o realizador e o intérprete da indispensável compreensão integrada e global[968]. Esta actividade, bem como o exercício do poder estatal, deverá orientar-se sempre no sentido da preservação da dignidade humana. Esta há-de ser o seu fundamento, pressuposto e limite. No contexto de evolucionismo imparável pode afirmar-se que «a praticabilidade da dignidade assenta cada vez mais na incorporação do dever de respeito numa multiplicidade de processos e de relações»[969] que se cruzam no caminho de acesso à verdade. Longe da fórmula vazia para onde muitos remetem a dignidade da pessoa humana, é esta que dita as condições de restrição dos direitos fundamentais[970].

O carácter limitado ou vulnerável dos direitos fundamentais conduz-nos a um problema de definição de limites e de séria ponderação sobre os critérios delimitadores pois que «não há direitos ilimitados e muito menos se podem exercer os direitos abusivamente. E nesta ordem de considerações, a dignidade tem vindo a operar como um limite face ao exercício abusivo dos direitos»[971].

Limitações aos direitos, quer em diplomas internacionais, como em legislação nacional, temos várias, em diversificadas ordens normativas. Os direitos fundamentais que foram adquiridos ao longo de gerações com o progresso da civilização contam com características como a historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, concorrência, efectividade, interdependência, complementaridade e perpetuidade. Os limites são «validados no tempo e no espaço, cabendo ao poder público o dever de actuar para garantir a sua efectivação, usando, inclusive, meios coercitivos quando necessário»[972]. Essa efectivação pode ser obtida à custa do sacrifício ou da relativização de outros direitos, mercê da impossibilidade de garantir de forma

[968] «As regras relativas à prova devem ser dinâmicas, possibilitando o controlo judicial estrito e criativo na busca de transparência, mesmo quando não expressamente previstas nos ordenamentos processuais, sempre que visem a salvaguarda das garantias constitucionais» Juan Francisco Tapia, *Intervenciones corporales en el proceso penal* Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Mar del Plata, Buenos Aires, 2007, p. 2, disponível em: http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf, (acedido em 28 de Fevereiro de 2012).

[969] Vasco Duarte de Almeida, «Sobre o valor da dignidade da pessoa humana», *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 1, 2005, p. 638.

[970] Sobre a banalização a que se votaram conceitos como o de dignidade e outros inerentes à pessoa humana, ver José de Oliveira Ascensão, «A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, nº 1, Jan. 2008, pp. 97 ss.

[971] Francisco Fernández Segado, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos», *Rivista di scienze giuridiche*, Ano L, nº 2, Maio/Agosto 2003, p. 232.

[972] Vânia Márcia Damasceno Nogueira, «A importância dos vários ângulos de estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais», *MPMG, Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Ano V, nº 19, Jan., Fev. e Mar. 2010, p. 24.

quantitativa e qualitativamente igual bens jurídicos conflituantes. É o que se verifica num panorama de complexificação e aumento da criminalidade violenta que a todos preocupa. Mais: os princípios básicos de interpretação das normas constitucionais da "presunção de constitucionalidade" e da "conservação das normas", no respeitante às normas que colidem com as definidoras de direitos fundamentais, dão lugar ao "princípio da presunção de inconstitucionalidade", sendo que «o ónus da prova dessas medidas ablativas ou limitativas dos direitos e liberdades jusfundamentais implicados compete ao legislador. Este terá de demonstrar e provar, no caso concreto, que essas medidas limitadoras dos direitos ou liberdades ameaçados se mostram não apenas "necessárias" e "razoáveis", mas também que de entre os meios ao seu dispor escolheu os "menos drásticos" ou "menos restritivos", pois que só estes poderão ser considerados os "mais constitucionais", passando o teste da constitucionalidade a ser aferido pela aplicação do *princípio da proporcionalidade*, com os seus três sub-princípios — idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito —, que aqui se apresenta como um instrumento material de controlo da constitucionalidade de normas de natureza infra-constitucional»[973]. É a chamada interpretação conforme aos direitos fundamentais. Vejamos só a título de exemplo: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 29º, depois de afirmar que o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade, permite que a lei estabeleça limites ao exercício dos direitos e ao gozo das liberdades dos cidadãos para assegurar o respeito e o reconhecimento de direitos e liberdades dos outros com a finalidade de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática, e em caso algum, estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas. Do mesmo modo, o art. 5º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, reconhecendo o direito à liberdade, prevê, contudo, a possibilidade de os cidadãos dela serem privados em casos de condenação por tribunal competente, de desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei, para comparecimento perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável da prática de uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedir

[973] Cristina M. M. Queiroz, «O princípio da interpretação conforme a Constituição. Questões e perspectivas», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, pp. 321 e 322.

o seu cometimento, ou evitar a fuga após o cometimento, e ainda, detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo, ou ainda, se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição. Também o art. 8º, nº 2, que consagra o respeito pela vida privada e familiar, excepciona a ingerência das autoridades públicas quando prevista na lei e por motivos de segurança nacional, bem--estar económico do país, defesa da ordem e prevenção de infracções penais, protecção da saúde ou moral e protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

Ao nível da legislação nacional são vários os casos de restrição legal dos direitos fundamentais, entre os quais destacamos a obrigatoriedade de sujeição a exames de alcoolemia ou de substâncias psicotrópicas no âmbito das infracções rodoviárias, a obrigatoriedade de sujeição a exame prevista no art. 171º, nº 1 do Código de Processo Penal e no art. 6º da Lei nº 45/2004, a sujeição ao dever de cooperação do contribuinte com a administração tributária (prestação de esclarecimentos sobre matérias solicitadas pelos órgãos da administração tributária e sobre as relações económicas que mantenha com terceiros — de acordo com o previsto no art. 59º, nº 4 da Lei Geral Tributária — e cooperação de boa-fé na instrução do procedimento, devendo esclarecer de modo completo e verdadeiro os factos de que tenha conhecimento e oferecendo os meios de prova a que tenha acesso — conforme preceituado no art. 48º, nº 2 do Código de Procedimento e de Processo Tributário[974].

II. A obtenção dos meios de prova e a obtenção de provas à custa da pessoa do arguido e, especialmente do seu corpo, fazendo dele um instrumento de prova, bem como a recolha, tratamento, utilização e conservação de análises de ADN e dos perfis de ADN em matéria probatória criminal, que permite fazer «desaparecer a pessoa por detrás dos indivíduos, ou apenas dos seus corpos»[975], coloca desafios à protecção da pessoa humana, sobretudo quando a colheita é feita de forma coactiva. Entendemos que a almejada segurança «não pode ser materializada a qualquer custo sob pena do Estado utilizar os mesmos meios e instrumentos dos criminosos ou daqueles que colocam em

[974] Ambos actualizados pelo DL nº 6/2013, de 17 de Janeiro.
[975] Utilizamos uma expressão de Vasco Duarte de Almeida, «Sobre o valor da dignidade da pessoa humana», *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 1, 2005, p. 625.

perigo ou destroem a segurança»[976]. Pelo que, se impõe o delineamento das condições da sua obtenção com respeito pela dignidade da pessoa humana enquanto «valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e de direitos correlativos»[977].

Em rigor, descobrir a verdade é uma finalidade conexionada quer com o interesse do Estado, quer com o interesse de quem é arguido num procedimento criminal. Na verdade, na relação Estado/arguido os interesses não são sempre desarmónicos. Se o arguido é inocente, e se pretender exercer de forma plena o direito à defesa e o direito ao contraditório, tudo fará no sentido de afastar os indícios que sobre si recaem. Se o arguido for culpado, e se pretender colocar em acção as suas garantias de defesa, também tudo fará no sentido de afastar os indícios que sobre si recaem. O arguido que é inocente fá-lo-á auxiliando as autoridades, se preciso for, na descoberta da verdade, de modo a evitar a injustiça da acusação e posterior condenação. O culpado fá-lo-á de forma a escapar à justiça. Portanto, verifica-se um elemento comum na intervenção de ambos: afastamento dos indícios que recaem sobre si. O objectivo com que o fazem é que é dissonante: o primeiro, visa evitar a injustiça da condenação de um inocente, o segundo, visa eximir-se à justiça. De onde se depreende que o olhar e a atitude destes dois arguidos perante o facto criminoso é que diverge.

Na contemporaneidade histórico-cultural, tomemos como assente este ponto de partida e, simultaneamente, ponto de chegada: o ponto óptimo é o do modelo de "segurança em liberdade"[978]. O que implica a definição «da esfera do indivíduo face ao Estado, ou a definição, pelo Estado, de uma esfera do indivíduo face aos seus concidadãos»[979].

---

[976] Manuel Monteiro Guedes Valente, «A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI», *Direito e Cidadania*, Ano X, nº 29, 2009, p. 53.

[977] Utilizamos uma formulação dada por João Carlos Loureiro, «Os genes do nosso (des)contentamento. Dignidade humana e genética: notas de um roteiro», *Genoma e dignidade humana*, Coordenação de Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes, Colectânea Bioética Hoje, V, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, p. 229.

[978] Expressão utilizada por Di Fábio, Juiz do Tribunal Constitucional Federal, *apud* Manuel da Costa Andrade, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 124.

[979] De acordo com Luísa Neto, «Sobre a existência e utilização de uma base de dados genética em Portugal», *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 306.

A almejada "segurança em liberdade" não confere aos cidadãos, segundo muitos, «um direito constitucional à não submissão a estas provas e sim a obrigação de suportá--las. Obrigação que nasce da legitimidade deste tipo de actuações»[980].

Neste seguimento, e estando perfeitamente conscientes que o nosso tempo está em profunda, frenética e vertiginosa mudança, propomos requisitos mínimos de legitimação formal e material de intervenção no corpo do indivíduo para que o sujeito não se transfigure em simples objecto ou instrumento do processo penal.

III. O modelo de Estado e a estrutura do processo penal determinará o regime de obrigatoriedade do arguido à submissão a um exame, à extracção forçada de uma amostra de cabelo, de sangue ou de outro fluido corporal ou qualquer outra amostra biológica. A possibilidade de o Estado intervir no corpo do indivíduo com a finalidade de alcançar a verdade pode significar para o arguido a obrigatoriedade de apresentação de uma prova, contra a sua vontade, que pode ser incriminadora. O direito ao silêncio reserva-lhe um espaço de abstenção ou de nada dizer. Esta prerrogativa processual pode estender-se a todo o campo de produção de prova? Ou seja, neste âmbito, por razões derivadas da subsequente e frequente lesão de outros direitos pessoais como a integridade física e moral e a auto-determinação do arguido, o modelo de um processo penal assente na trave-mestra do respeito pela dignidade humana, como o nosso, pode exigir dele um tipo de intervenção construtiva na descoberta da verdade, na fase de investigação ou na fase de julgamento[981]? Já referenciámos na Parte I o dever de colaboração do arguido na prossecução dos interesses processuais na ordem normativa processual-penal portuguesa e a questão das provas obtidas através de meios coercivos que dependem de um acto de manifestação de vontade do arguido e das provas obtidas e produzidas independentemente da vontade deste.

O direito ao silêncio confere ao arguido a prerrogativa de não revelar a verdade sobre os factos, nem por meio das suas declarações, nem através da apresentação de

[980] Continua a Autora: «Manter outra posição, utilizando como argumento uma concepção hipergarantística da dignidade da pessoa, que impediria, em todo o caso, o acesso à corporeidade do sujeito sem o seu consentimento, constitui, em nosso juízo, um erro», palavras de Ángela Matallín Evangelio, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 181.

[981] Afirma ser entendimento generalizado a proibição da imposição de o arguido colaborar na sua própria condenação por atentatória da dignidade da pessoa humana, Karl-Heinz Gossel, «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha» (tradução de Manuel da Costa Andrade), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Jul./Set. 1992, p. 423. Daí que considere que estão a coberto da proibição de valoração todas as declarações que o arguido tenha sido legalmente compelido a proferir no âmbito de outros processos judiciais ou não.

elementos de prova que podem ser auto-inculpadores, donde resulta a proibição de utilização de meios coercitivos para obtenção da confissão, bem como a proibição de imposição ao arguido de intervenção activa nas diligências probatórias que estejam dependentes de um acto de manifestação de vontade deste, como acontece com a obtenção de autógrafos. Vimos, também, que a ordem normativa processual penal não admite, não reconhece, nem consagra um autónomo e singular direito do arguido a prejudicar ou a dificultar a descoberta dos factos mesmo quando os elementos de prova são o seu corpo ou partes do corpo.

A lei processual penal sendo, ela própria, como deve ser, o garante das liberdades individuais e da segurança colectiva, nesta sua bifuncionalidade por expressa imposição constitucional — art. 9º CRP —, tem de exigir e providenciar tratamento adequado ao sujeito processual que é presumível inocente. E fá-lo de diversos modos. Desde logo, estabelecendo regras relativas aos métodos proibidos de obtenção de prova e acautelando as garantias de defesa do arguido. Porém, as necessidades de protecção do interesse geral da segurança da sociedade, de apuramento das circunstâncias de modo, tempo e lugar do cometimento de um crime, do exercício do *ius puniendi*, não são compatíveis com o especial e particular interesse do arguido. Com as análises de ADN, tal como resulta do nosso Código de Processo Penal e da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, sobressai uma realidade do indivíduo adquirida através de procedimentos contra ou sem a sua vontade, reveladora da sua identidade genética e obtida, tantas vezes, através de meios invasivos. Que pensar e que fazer em face desta realidade?

À semelhança do que sucede com outros meios de obtenção de prova — como as revistas e buscas — a lei definirá, dentro dos limites constitucionais, as condições da sua admissibilidade, o que não significa que com isto se consagre o direito de o «*arguido determinar, pela sua vontade, quais as provas que contra si podem ser apresentadas*» nem tão-pouco que se reconheça o "*direito do arguido a prejudicar ou a dificultar a descoberta da verdade*" [982].

A lei estabelecerá as limitações ao exercício do direito de não auto-incriminação do arguido porque o direito à não auto-inculpação não é sempre absolutamente impeditivo da produção de prova contra si próprio. As excepções e restrições legais ditarão as circunstâncias em que as decisões e as escolhas dos indivíduos não serão plenamente livres, em que a legítima autonomia de cada um é encurtada.

[982] Nos termos descritos no anteriormente citado Acórdão de 11/10/2011, proferido pelo Tribunal da Relação de Évora, no Proc. nº 101/09.0 GBMMN.E1.

Os pressupostos que sugerimos não são válidos em qualquer época de qualquer sociedade. O que é hoje um dado indiscutível pode amanhã ser totalmente questionável. A única certeza que temos é a de que não podemos sentar-nos à sombra de arquétipos do passado. O jurista desempenhará cada vez mais, de ora em diante, o papel de, primeiro, observador, e depois, intérprete da organização e estrutura social em funcionamento, num contínuo e permanente esforço de compreensão dos complexos processos de desenvolvimento da sociedade humana em geral.

IV. Partindo da nossa compreensão desta temática, apresentamos uma possibilidade de intervenção normativa por considerarmos ser imperioso estabelecer-se um regime jurídico que faça uma equiponderação entre o exercício da pretensão punitiva e o núcleo fundamental dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Sem confundirmos a análise de ADN propriamente dita com a intervenção corporal que a precede destinada à obtenção de substâncias corporais, ou seja, de amostras de ADN — estamos a levar em consideração apenas as amostras recolhidas directamente do corpo do visado sem contemplar os vestígios deixados no local da prática do crime — e sempre com o desiderato de traduzir e concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, de lhe dar desenvolvimento e de bem o aplicar, sem abandonar o interesse subjacente à imprescindível missão estatal de descoberta da verdade e realização do direito no caso concreto, propomos que a realização coactiva das intervenções corporais, o meio de obtenção de prova *exame coactivo* ou a recolha de amostras biológicas que implicam intromissão na integridade pessoal e que antecedem a execução da análise de ADN, deveria estar sujeita aos seguintes condicionalismos:

15.2. Legitimidade formal

15.2.1. A reserva legal

Começamos pela formalidade de reserva legal. Só uma norma habilitante — lei da Assembleia da República ou decreto-lei do Governo no uso de autorização legislativa (em respeito pelo princípio vertido no art. 165º, nº 1, al. c) da CRP) — enunciará as condições de admissibilidade deste meio de obtenção de prova — recolha de amostras

biológicas com interferência no corpo do visado — instrumental da efectiva realização da análise de ADN.

Considerando que a previsão legal tem de ser específica, não se bastando com uma previsão genérica destinada à explicitação abstracta da utilização da ciência genética ao serviço da investigação e prova criminal, a lei deve ter um conteúdo mínimo, indicando as circunstâncias em que é possível a intervenção, explanando as actuações admissíveis no corpo, enquanto modo de garantia dos direitos fundamentais com os quais a execução coactiva das intervenções corporais colide.

O esclarecimento e investigação do facto criminoso através da extracção de uma amostra biológica, comportando restrição a outros direitos, nomeadamente, a liberdade e integridade física ou moral, carece de alguma acuidade legal. Apreciemos, então, de momento, a delimitação legal no plano subjectivo que há-de recair sobre dois aspectos: a delimitação subjectiva passiva e a delimitação subjectiva activa.

a) A delimitação subjectiva passiva

Esta tem por objectivo definir as pessoas que podem ser sujeitas às intervenções corporais impostas pelos órgãos competentes a fim de averiguar e determinar o cometimento do crime e a responsabilidade dos seus autores. Será todo aquele que for regular e validamente constituído arguido num processo, que tenha uma real vinculação com o processo, no sentido de que não sejam afectadas mais pessoas do que as absolutamente indispensáveis[983].

i) Intervenção corporal em pessoa suspeita não constituída arguida

Poderá, eventualmente, prescindir-se da assunção da posição processual de arguido? Vejamos: se no caso concreto não se verificarem os condicionalismos de constituição formal de arguido, previstos no art. 58º, als. b), c), e d) do Código de Processo Penal, só poderá ser constituído como tal aquele sobre quem recaia suspeita fundada da prática do crime, desde que corra inquérito contra pessoa determinada e esta

[983] Conforme refere José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 245.

preste declarações perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal. Caso a intervenção corporal seja o único meio de prova possível na descoberta da verdade, manifestamente inalcançável por outro modo, para cimentar e consolidar as suspeitas inicialmente existentes na fase de inquérito, a investigação poderá estar logo à partida condenada ao fracasso, na medida em que nunca se conseguirá atingir o patamar da *suspeita fundada*. Por outras palavras, poderá esta eventualidade querer significar que aqui cabe o conceito de *suspeito* previsto na al. e) do art. 1º do Código de Processo Penal[984]?

Duas respostas se nos afiguram possíveis. Trata-se de posicionamentos claramente distintos assentes, em lógicas diversas, mas com base em uma opção comum.

Porque o indivíduo suspeito *ainda não é sujeito processual*, porque ainda não foi formalmente constituído como tal, porque ainda não goza das prerrogativas do arguido (*v.g.* direito de não responder a perguntas feitas sobre os factos, direito à não incriminação relativamente à falsidade do depoimento sobre os factos imputados, direito a constituir advogado ou solicitar a nomeação de um defensor, entre outros), porque reserva a exclusividade da condição de suspeito não constituído arguido, as provas com ele e dele obtidas funcionariam como provas provenientes do interveniente processual *testemunha* sobre quem recai o dever de verdade e a obrigação de se apresentar, no tempo e lugar devidos, à autoridade por quem tiver sido legitimamente convocada ou notificada, mantendo-se à sua disposição até por ela ser desobrigada. Ora, deste modo, proporcionar-se-ia ao Estado a faculdade dissimulada — que qualificamos de embuste processual — de carrear provas da pessoa da testemunha, abrindo a possibilidade de, posteriormente, formar a base da *suspeita fundada* para, de seguida, convolar formalmente o suspeito em arguido. Conseguir-se-ia, através do suspeito, a prova que, de outro modo, era inatingível e com ela legitimar-se-ia a categoria legal da suspeita fundada para a constituição de arguido da pessoa em causa.

Igualmente inclinada para o êxito e eficácia da investigação criminal, a segunda opção poderá permitir que aquele que não é sujeito processual, que reserva a exclusividade da condição de suspeito não constituído arguido, por ainda não ter sido formalmente constituído como tal, despido da possibilidade de exercer os direitos conferidos ao arguido no art. 61º do Código de Processo Penal, seja incluído na delimitação de âmbito subjectivo e, portanto, sujeito às intervenções corporais coactivas:

[984] «Toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar».

as provas com ele e dele obtidas funcionariam como provas provenientes do interveniente processual *testemunha* sobre quem recai o dever de verdade. Até aqui nada de novo. A diferença reside apenas na área de circunscrição de actuação: a posição ora expendida claramente limitar-se-ia a tipos de crime que, pela sua extrema gravidade e pela monta do bem jurídico em causa, reclamassem a efectivação de diligências probatórias no corpo e com o corpo da pessoa simplesmente suspeita.

Realidade diferente é a possibilidade, prevista no nº 8 do art. 250º do Código de Processo Penal, de os órgãos de polícia criminal pedirem ao suspeito ou a pessoas susceptíveis de fornecerem informações úteis, e deles receberem informações relativas a um crime, nomeadamente, relativas à descoberta e à conservação de meios de prova que poderão perder-se antes da intervenção da autoridade judiciária, sem prejuízo da oportunidade de constituição de arguido do até então suspeito nos termos do disposto no art. 59º. A ideia é exactamente a de evitar que as autoridades policiais venham a ouvir indivíduos suspeitos da prática de um crime com a aparência de testemunhas, desvirtuando as regras processuais, mormente o privilégio da não auto-incriminação, com o objectivo de obterem uma confissão ou elementos probatórios que elas próprias se vêem incapazes de alcançar pelos meios legalmente adequados. Um facilitismo tentador em vista da posterior constituição de arguido daquele que prestou declarações ou forneceu outros elementos de prova.

Em ambas as situações apresentadas prevalece a aposta securitária e o eficientismo processual. Nenhuma delas é seguidora da plenitude da matriz humanista e humanizante de que se alimenta a lei processual penal portuguesa, sendo que a segunda opção é, apesar de tudo, a mais suportável das duas enunciadas.

O eventual sacrifício da descoberta da verdade resultante da delimitação no âmbito subjectivo a estas intervenções coercivas daquele e só daquele que for regular e validamente constituído arguido num processo penal não constitui nenhum problema. Está em sintonia com a postura da Constituição que erige a dignidade humana em princípio enformador e informador dos demais direitos fundamentais dos cidadãos e delimitador das formas de actuação estatal. Muito mais problemático seria tudo valer e tudo ser possível a bem da investigação, da perseguição e da condenação. Como clarifica Germano Marques da Silva, a constituição de arguido num processo-crime constitui uma garantia de defesa do cidadão não estando obrigado a dizer tudo o que

sabe sobre o cometimento do crime, nem aos órgãos de polícia criminal, nem às autoridades judiciárias[985].

Veja-se, a título de exemplo, o reflectido Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no Proc. nº 199/11.0GDFAR.E1, de 09/10/2012[986]. Tudo teve origem num crime de roubo praticado por quatro pessoas (três do sexo masculino e uma do sexo feminino), no dia 26 de Julho de 2011, numa pastelaria. Após várias inquirições de testemunhas, surgiram fundadas suspeitas que a co-autora dos factos era a arguida JV. O Ministério Público decidiu inquiri-la na qualidade de testemunha, tendo esta relatado os factos, confessado o crime e identificado os outros três co-autores. Só no final da inquirição, e depois de esta ter assumido a co-responsabilização pela prática dos factos, foi constituída arguida, informada dos seus direitos, foi-lhe nomeado defensor oficioso, vindo a ser sujeita a interrogatório nessa qualidade, onde decidiu não prestar declarações. Entendeu o Tribunal que a inquirição feita a JV não deveria ter sido feita na qualidade de testemunha mas sim de arguida, face ao estatuído no art. 58º, nº 1, al. a) do Código de Processo Penal. Não o tendo sido, as declarações prestadas por JV na qualidade de testemunha não poderão ser utilizadas como prova, tal como preceitua o nº 5 do art. 58º do mesmo Código.

ii) Intervenção em terceiro voluntário com direito a recusa de depoimento

Diferente será a questão de qualquer pessoa vir voluntariamente demonstrar o seu propósito de auxiliar na descoberta da verdade solicitando às autoridades que lhe seja recolhida uma amostra biológica, não para efeitos de auto-incriminação, mas para encurtar e facilitar o caminho de chegada até ao autor do crime, através da eventual correspondência parcial da sua amostra biológica com a amostra problema. Expliquemos: partindo da verdade científica de que o ADN não codificante permite identificar uma pessoa, determinar o seu sexo e estabelecer parentescos, no âmbito de uma investigação criminal, um familiar de um presumível autor do crime pode,

[985] «Arguido: do presumido inocente ao presumido culpado», *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Artur Anselmo*, Almedina, 2008, p. 178.
[986] Disponível em: www.dgsi.pt. Recurso interposto pelo Ministério Público do Tribunal Judicial de Faro em consequência do despacho de indeferimento proferido pelo JIC do pedido daquele de autorização de busca domiciliária às residências de RG, MH e MR e de interrogatório judicial de arguidos não detidos, a fim de sujeitar a arguida JV e o suspeito RG a medida de coacção para além do termo de identidade e residência.

querendo, sujeitar-se a uma extracção de sangue, saliva ou outro material biológico a fim de coadjuvar as autoridades competentes no apuramento da verdade, com vista a comparar os resultados da sua análise com os da amostra problema que se pretende esclarecer.

Questão interessante parece-nos ser uma outra decorrente desta: sendo, na verdade, esta uma possibilidade, numa fase mais adiantada do processo, por hipótese, no julgamento, poderá o voluntário arrepender-se das diligências a que se propôs e que tiverem sido realizadas anteriormente e solicitar o não uso ou inutilização dessa prova invocando a recusa de depoimento prevista na al. a) do nº 1 do art. 134º do Código de Processo Penal, por ser, por exemplo, descendente, ascendente ou irmão do arguido?

Se a iniciativa da recolha da amostra biológica no familiar do suspeito ou arguido partir das autoridades, este tem o direito de recusar imediatamente e, para tanto, deve ser advertido pela entidade competente, sob pena de nulidade, de que lhe assiste o direito à recusa. Não só por motivos atinentes com as razões subjacentes ao preceituado no art. 134º — respeito pelos laços de parentesco e manutenção da lisura nas relações familiares — mas, também, atendendo ao disposto na Lei nº 5/2008 e respectivo regulamento de funcionamento, em especial, na matéria referente às recolhas efectuadas em voluntários relativamente às quais vigora o princípio da livre disponibilidade[987].

Partimos de uma situação prática que se vivencia com alguma frequência nos nossos tribunais. Em investigação por crime de violência doméstica, no inquérito, dois filhos depõem contra o progenitor pai relatando várias situações por si presenciadas de agressões físicas e morais à progenitora mãe. Posteriormente, em sede de julgamento, recusam-se a depor ao abrigo do disposto no art. 134º, não porque os factos não sejam verdadeiros, mas porque tomam a consciência de que, para além do dever de colaboração com a justiça e do dever de solidariedade face à progenitora mãe, não conseguem suportar a realidade de verem o pai a enfrentar o poder judicial e a cada vez mais próxima e maior probabilidade de condenação deste com base em provas por si oferecidas. Encontram-se numa dualidade pessoal de muito difícil resolução. Usam a faculdade consignada no art. 134º e as únicas provas presenciais em que se sustentava a acusação deixam de existir. O arguido é absolvido por falta de prova — no pressuposto

[987] Art. 26º, nº 1, al. a) da Lei nº 5/2008 e art. 14º, al. a) do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN (que prevê a remoção do perfil de ADN e correspondentes dados pessoais mediante requerimento do voluntário).

de inexistência de outras provas consistentes, desde logo pelo ambiente doméstico, reservado e praticamente secreto em que estas infracções são cometidas.

Faz parte das atribuições do Ministério Público sustentar a acusação em julgamento. Sabemos que a prova que este tem em sua posse foi obtida licitamente, sem recurso à força, a pedido do próprio voluntário. E, por conseguinte, tudo indicaria ser prova a usar e a valorar em sede de julgamento. Todavia, a *ratio legis* da norma constante na al. a) do nº 1 do art. 134º do Código de Processo Penal e a natureza da prova pericial leva-nos a concluir de forma diversa: o direito de recusa de depoimento previsto em sede de prova testemunhal deve estender-se, com as devidas adaptações, à prova pericial resultante da análise da amostra de ADN do familiar voluntário. Exactamente porque a prova pericial de ADN, dada a sua cientificidade, tem uma alta fiabilidade, dificilmente contestável e os seus resultados são praticamente irrefutáveis. Trata-se de uma prova com um grau de assertividade de difícil desarmamento, com um conteúdo muito mais inteiro, completo e acabado que a prova testemunhal, pelo que a entrega da testemunha/voluntário em ambas as provas não é de igual ou comparável intensidade. Na prova testemunhal a pessoa/familiar/testemunha só se limita a responder com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas e, querendo usar a faculdade prevista na lei, recusa-se a depor; na prova pericial vai-se mais ao fundo da pessoa/familiar/testemunha e, através da identidade genética, deixa-se a ciência a falar por si mesma, de forma simples e crua, a relatar aquilo que dificilmente se consegue desmentir, colocando o fornecedor da amostra a assistir passivamente à heteroincriminação do seu parente.

b) A delimitação da intervenção corporal e método de recolha

A intervenção corporal, instrumental da análise de ADN, deve ser realizada através de meios minimamente invasivos e deve incidir, sempre que possível, sobre as zonas do corpo que não ofendam a intimidade ou o pudor do visado. Referimos os métodos minimamente invasivos, pois que qualquer interferência externa no corpo do sujeito, sobretudo quando a diligência é coactiva, acaba por funcionar de modo invasivo [988]. O procedimento de recolha da amostra tem de obedecer a critérios

[988] Recordamos a definição constante do art. 2º da *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*, de 16 de Outubro de 2004 de "método invasivo" e "método não invasivo": o primeiro, consiste na «obtenção de uma amostra biológica por um método que implica uma intrusão no corpo humano, por

científicos de qualidade e a normas de quantidade pré-definidos pela comunidade médica e a ulterior análise e subsequentes resultados só podem incidir sobre o ADN não codificante. É inadmissível e não pode produzir qualquer efeito probatório toda a informação genética para além da não codificante, por excessiva.

c) A delimitação subjectiva activa ou reserva judicial

A lei enunciará os procedimentos a adoptar para levar a cabo este tipo de diligência probatória e, sobretudo, definirá as entidades competentes para as requererem, para as ordenarem ou autorizarem e para as efectuarem.

O Ministério Público, na direcção do inquérito, será a autoridade judiciária que melhor percepção terá sobre a necessidade da realização da análise de ADN. Por isso, caber-lhe-á a função de requerer a execução da diligência em causa. Estamos tendentes a conceder a suficiência de despacho deste órgão se o visado anuir na intervenção pois que, dentro deste circunstancialismo, o risco de ingerência corporal abusiva é inexistente. Já assim não será no caso de falta de consentimento ou oposição expressa ou tácita do visado em que será o juiz de instrução criminal, na sua veste de *juiz das liberdades* a ordenar a necessidade da sua realização mediante despacho fundamentado, recorrível. Pode abrir-se uma excepção para os casos em que a demora na obtenção de despacho judicial faça perigar a incolumidade da prova e o êxito da investigação, para o que se propõe que a legalidade e imprescindibilidade da diligência seja garantida posteriormente, no mais breve prazo, por despacho fundamentado do órgão judicial.

Na fase da instrução, a competência para determinar a sua realização caberá, também, ao juiz de instrução criminal, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público. Ainda oficiosamente — segundo o princípio da investigação consagrado no art. 340º do Código de Processo Penal — ou a requerimento do Ministério Público, será o juiz de julgamento o órgão judiciário competente para a ordenar na fase de julgamento, desde que se lhe afigure ser prova necessária e fundamental à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

A ausência ou insuficiência de fundamento judicial deverá conduzir à inadmissibilidade da intervenção corporal e consequente ineficácia da prova obtida em

---

exemplo, a extracção de uma amostra de sangue com a ajuda de uma agulha e de uma seringa», o segundo, consiste na «obtenção de uma amostra biológica por um método que não implica intrusão no corpo humano, por exemplo, por zaragatoa bucal».

tais condições, como se a diligência não tivesse tido lugar. De resto, como veremos de seguida, a fundamentação de facto e de direito do despacho que autoriza ou ordena a diligência probatória é uma exigência derivada do princípio da proporcionalidade.

d) A delimitação subjectiva activa no que concerne à recolha das amostras

Atendendo a que as amostras são recolhidas do corpo e no corpo do visado e que, dada a sua natureza, podem colocar em causa a integridade pessoal, sobretudo se se tratar de sangue, ou até mesmo a intimidade, se se tratar de outras células corporais de determinadas partes do corpo, a extracção deve ser realizada por profissionais habilitados para tal efeito — médico ou outra pessoa apta e legalmente autorizada.

A lei também deverá especificar que a dimensão da amostra a retirar seja compatível com a quantidade absoluta e estritamente indispensável à sua análise para obtenção das informações necessárias para o processo e à realização da contra-análise, de forma a evitar intervenções excessivas e a salvaguardar a saúde do visado. De resto, a exigência de pessoal tecnicamente competente para este efeito tem a ver não só com o próprio acto de extracção, como com o acto de acondicionamento da amostra no tempo, forma e material adequados, de maneira a não permitir a sua destruição ou contaminação, garantia da idoneidade dos resultados da posterior análise.

e) A delimitação objectiva dos factos a investigar por este meio e determinação dos casos em que a utilização deste recurso é sempre coactiva

Podemos dizer que a utilização deste meio de obtenção de prova sem consentimento do visado tem cabimento sempre que cumpra os requisitos legais ora propostos, bem como o critério da proporcionalidade, sem prescindir da adequada fundamentação judicial. Mas não é o bastante. Entendemos ser essencial, em matéria tão sensível, a lei prever um reforço das garantias dos cidadãos.

Admitimos que a intervenção não consentida no corpo de um cidadão em busca da descoberta de elementos probatórios com relevo para o processo penal seja efectuada sempre que estas diligências de investigação sejam reivindicadas atenta a ponderação dos valores em questão. Para tanto, e porque não é desejável um critério assente em parâmetros de natureza subjectiva, a moldura penal prevista para as infracções sob

averiguação, poderia funcionar como critério objectivo orientador da admissibilidade de tais intervenções por não ser susceptível de levantar particulares dificuldades no controlo da verificação dos pressupostos e da sua aplicação em concreto. A necessidade de restrição do direito constitucional à integridade pessoal seria aferida por um critério de ponderação geral e abstracto, manifestação da importância atribuída pelo legislador ao bem jurídico lesado pelo comportamento que se investiga e pela gravidade da conduta que o lesou. Uma intervenção equilibrada e racional no corpo e sobre o corpo do visado enquanto objecto de prova seria garantida pela medida da pena prevista abstractamente, bem como, também, pela enumeração de crimes de catálogo eleitos pela especial gravidade da infracção e manifesta danosidade social — aproximando-se das *serious arrestable offences* na terminologia britânica[989] —, desde que, naturalmente, sejam crimes em que os vestígios biológicos deixem rasto e em que a descoberta da verdade seja impossível, por não haver outros meios de obtenção de prova, ou seriamente dificultada, por outros meios de obtenção de prova alternativos serem de muito difícil obtenção, dada a sofisticação do *modus faciendi* criminoso — aferida pelo "engenho e arte" das práticas, métodos, meios e instrumentos utilizados pelos criminosos — que, muitas vezes, embaraça a perseguição criminal, conforme veremos a seguir.

Cremos não estarmos, com esta proposição, a colocar em causa o princípio da igualdade[990] pois, conforme o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 319/95 de 20/06/1995 «(…) basta recordar que ele [princípio da igualdade] não proíbe que a lei estabeleça distinções ou diferenciações de tratamento; recusa apenas o arbítrio (e, assim,

[989] Na *Police and Criminal Evidence Act* (1984), designada por *PACE*, as *arrestable offences* incluíam as infracções criminais puníveis com pena de prisão não inferior a cinco anos e as *non arrestables offences* abarcavam os demais factos puníveis.

[990] Como aponta Carlos Blanco de Morais, «Os direitos, liberdades e garantias na jurisprudência constitucional portuguesa: um apontamento» *O Direito*, Ano 132, nºs III/IV, Jul./Dez., 2000, p. 368, o art. 13º da CRP «proíbe essencialmente privilégios ou prejuízos derivados de um conjunto exemplificativo de circunstâncias, onde figuram factores como o sexo, a religião, a raça ou a condição social». Fundamental é que não se criem discriminações em «resultado de opções irracionais, arbitrárias, incompreensíveis ou desproporcionadas», ou seja, que haja «observância de fundamentos materiais suficientes» (p. 370). Há mais de dez anos, reflectindo sobre o *arguido/objecto* e o *arguido/sujeito* do processo, Anabela Miranda Rodrigues acentuava a necessidade de «respostas diferenciadas para fenómenos criminais diferenciados» sem, contudo, admitir que o poder persecutório possa desconectar-se dos direitos fundamentais do arguido: «soluções céleres e flexíveis ao nível da pequena e média criminalidade, servidas por mecanismos de consenso e oportunidade; e soluções "formais" e ritualizadas ao nível da criminalidade grave, em que o conflito se decide enquanto conflito», onde inclui a designada criminalidade de massa e a organizada, *in* «A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo novo"», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº 4, Out./Dez. 2002, p. 553. Basta atentarmos, a título meramente exemplificativo, na diferenciação do tratamento dado aos arguidos no Código de Processo Penal português no que toca à prisão preventiva. Nem todos os crimes admitem esta medida de coacção, estando reservada aos de maior gravidade e lesividade.

as diferenciações de tratamento irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material)». Já antes, em Acórdão de 12/12/1984, nº 126/84, o mesmo Tribunal se havia pronunciado, afirmando que «o princípio da igualdade não só autoriza como pode exigir desigualdades de tratamento, sempre que por motivo de situações diversas um tratamento igual conduzisse a resultados desiguais», e no Acórdão nº 449/87, de 18/11/1987, evidenciou que o princípio da igualdade não permite o estabelecimento de diferenças que sejam arbitrárias. Pelo que, é inerente ao conteúdo do princípio da igualdade o tratamento diferenciado de pessoas e situações desde que sejam distintas, sem recurso a favoristismos e alheio a critérios de arbitrariedade. Assim, o que o princípio da igualdade encerra é a *proibição do arbítrio*, a *proibição de disc*riminação e a *obrigação de diferenciação*[991].

É perfeitamente compreensível que um agente criminoso condenado por sentença transitada em julgado tenha um tratamento diferente daquele que é conferido à generalidade dos cidadãos respeitadores e não violadores da lei penal. Mas é importante que o tratamento dado a um condenado seja o mesmo que é oferecido aos demais indivíduos nas suas condições. É, de resto, o significado do preceituado no nº 5 do art. 30º da Constituição da República Portuguesa quando estabelece que, no âmbito da execução das sanções criminais, o condenado mantém a titularidade dos direitos fundamentais, ressalvados os inerentes ao sentido da condenação e às exigências da respectiva execução. Assim o será, com as devidas adaptações, para o sujeito processual arguido. O arguido é um sujeito processual, mas existem arguidos e arguidos, uns sobre os quais recai a suspeita de cometimento de um crime de furto de coisa móvel alheia de diminuto valor, outros sobre os quais recai a suspeita da prática de um crime de terrorismo que arrasou um edifício e matou centenas de pessoas.

Em sentido análogo, aponta Manuel da Costa Andrade quando ensina que a obediência aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade devem «manter o processo penal "comum" imune aos meios mais drásticos e invasivos, a que só a iminência e a urgência dos valores ameaçados podem emprestar a indispensável legitimação»[992].

---

[991] J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 339.

[992] Manuel da Costa Andrade, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 124.

f) A expressa rejeição de mecanismos proibidos

A "integridade científica"[993], a cientificidade dos métodos de investigação criminal utilizados e a experiência dos profissionais deve ser mais uma exigência legal.

O universo científico não está imune a riscos, negligências, erros ou desvirtuamentos que desacreditem os resultados pretendidos, pelo que os procedimentos da recolha de amostras hão-de obedecer a padrões estandardizados e sujeitos a apertados sistemas de controlo de qualidade e de fiscalização do cumprimento da legalidade. Estes cuidados são absolutamente necessários dada a verosimilhança de a diligência de extracção de uma amostra biológica, a correspectiva análise e seus resultados compreendidos em termos de «consenso entendido como o estado da opinião maioritariamente manifestada, defendida e assumida por uma sociedade num dado momento»[994] virem a interferir com a dignidade humana e com valores conexos como a integridade pessoal do visado, custos que podem ser evitados através da definição precisa de uma convencional cadeia de custódia.

g) O respeito pela vida privada e familiar

Nos termos do art. 8º, nº 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem «não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiro».

A ingerência na vida privada e familiar não constituirá uma ameaça ao conteúdo do direito constitucionalmente consagrado desde que o interesse processual na averiguação da verdade dos factos se contenha no âmbito estritamente não codificante do ADN que as amostras biológicas recolhidas encerram, conforme os dados fornecidos pela actualidade da discussão científica na área.

---

[993] De que fala, a propósito da realização das análises de ADN, José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 163.

[994] Parafraseando Milagros Otero Parga, «El valor dignidad», *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 12, nº 1, 2003, p. 144.

15.2.2. Decisão judicial fundamentada

A realização coactiva das intervenções corporais só deverá ter lugar quando legitimamente ordenada ou autorizada por um juiz — juiz de instrução criminal nas fases do inquérito e da instrução[995] e juiz presidente na fase do julgamento, já o vimos. Embora a magistratura judicial nos surja aqui como garante das liberdades dos cidadãos, a legitimação da decisão judicial estará sempre e necessariamente subordinada aos requisitos legais de forma e de substância. Queremos com isto dizer que a legitimação da decisão judicial de *per se* é manifestamente insuficiente; essa decisão deverá assentar nos critérios legais devida e previamente definidos para a realização da colheita e análise de ADN e sua utilização em sede de matéria de prova criminal[996]. Nem devemos aceitar que no campo de limitação de direitos fundamentais o poder judicial se substitua à inexistente ou deficiente Lei. O que poderia descambar num perigoso subjectivismo e, necessariamente, em um fazer desigual do Direito, pois que não existe *perfeição jurisdicional* quando a justiça é feita por homens.

Acresce que o despacho judicial carece de fundamentação de facto e de direito, com o grau de concretização bastante, especificando a diligência a efectuar[997], a razão de ser da ingerência, o objectivo pretendido, sob pena de a prova dela resultante ser tida como arbitrária. A motivação pouco clara, imprecisa e insuficiente (*v.g.* através de mera remissão legal) equivalerá a falta de fundamentação. A fundamentação, decorrência do princípio da proporcionalidade e da necessidade de tornar públicas as decisões, é um pressuposto do exercício pleno do direito de defesa pois só conhecendo as razões de facto e de direito é que o visado poderá impugnar, contrapor e discordar justificadamente da decisão restritiva dos seus direitos fundamentais, entre os quais se

[995] Desde que o juiz de instrução criminal, nestas fases processuais, actue como *juiz das liberdades* e não na simplificada versão de mero aplicador da pretensão do Ministério Público ou dos órgãos de polícia criminal, afastando-se, assim, do papel de «marioneta que se limita a corroborar a vontade dos órgãos de polícia criminal» (Prechtel), «cão que nem ladra nem morde» (Geppert), «mito ou emplastro do Estado de Direito» (Asbrock), ou «ilusão» (Kühne), *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, «Escutas telefónicas – o que não muda com a reforma», *Revista de Economia e Direito*, Vol. XII, nº 2, 2007/Vol. XIII, nº 1, 2008, p. 307, nota 28.

[996] Neste sentido, também, Arthur Pinto de Lemos Júnior, «A aplicação da perícia de ADN no processo penal para fins de identificação criminal», *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, nº 3, 2005, p. 92. O A. advoga que, em sede de comprovação do perfil genético do arguido, este seja objecto material dela e não sujeito da mesma, desde que haja prévia autorização legal para o efeito.

[997] No sentido de a decisão precisar a necessidade da análise de ADN que resulta de uma intervenção corporal, obviamente, sem entrar nos pormenores sobre os procedimentos técnicos a adoptar no caso concreto, desde logo por não ser matéria do conhecimento da autoridade judiciária (por exemplo, os magistrados não sabem, nem lhes é exigível que saibam, quais as quantidades mínimas de uma amostra para obtenção de ADN, assim como desconhecem as especificidades das técnicas utilizadas para demonstrarem a sua preferência pela utilização de uma delas num caso concreto).

contam a integridade física, moral, a liberdade de movimentos, a intimidade. Mas não basta o escrupuloso respeito pelas normas legais. Essencial é que os dispositivos legais sejam resultado de um estreito e apertado compromisso com os direitos fundamentais de natureza constitucional e com as garantias do processo penal ínsitas no art. 32º da Constituição da República Portuguesa. Se assim não suceder, é o próprio Estado de Direito que sai abalado.

15.3. Legitimidade material, princípio da proporcionalidade e suas derivações

O fundamento da legitimidade material reside na ideia base do sacrifício mínimo das garantias dos cidadãos para preservação do máximo possível do bem-estar comunitário, onde se lembra com nitidez a diferença estrutural dos direitos fundamentais «enquanto *deveres de protecção* e *proibições de ingerência*»[998]. Ou seja, se de um lado, temos de estar atentos no sentido de averiguar se o Estado se comporta de forma suficiente para assegurar o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais dos cidadãos, de outra banda, temos de indagar se existe excesso de interferência na prossecução criminal, na realização da tarefa que é atribuída ao Estado pelo art. 9º, al. b) da Constituição de garantia dos direitos e das liberdades fundamentais.

Neste espaço, o princípio da proporcionalidade — que resulta do carácter restritivo das restrições[999]— surge como um incontestável e incontornável «instrumento de limitação do exercício do poder» [1000] com a funcionalidade de preservação dos direitos fundamentais.

Conforme resulta da jurisprudência constitucional no que concerne às restrições aos direitos, liberdades e garantias, «a exigência de proporcionalidade resulta do artigo 18º, n.º 2, da Constituição da República. Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio

[998] Joana Costa, «A protecção deficitária da vítima à luz da Constituição – breve reflexão em torno do art. 219º do Código de Processo Penal», *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, AA.VV., Coimbra Editora, 2012, p. 131. Útil a explanação da A. sobre a liberdade de conformação do legislador ordinário entre "a proibição do excesso" enquanto limite da intervenção permitida e a "proibição da insuficiência" ou "proibição da protecção deficitária" enquanto garantia da protecção mínima dos direitos fundamentais (pp. 131 ss).

[999] Como lhe chamam Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 152.

[1000] Virgínia Pujadas Tortosa, *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 139.

geral do Estado de Direito, impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado-legislador e o Estado-administrador adequar a sua projectada acção aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas»[1001]. Analisa-se em:

i) exigência de idoneidade, utilidade ou adequação

Segundo este sub-princípio toda e qualquer restrição de um direito deve ser idónea à prossecução da finalidade que se pretende atingir. Aplicado ao nosso objecto de estudo visa determinar *se* o meio de obtenção de prova a utilizar (a execução forçada dos exames de ADN, a recolha coactiva de amostras biológicas) é de grande e manifesto interesse para a descoberta da verdade, *se* é o mais indicado no caso concreto, no sentido de ser o instrumento a eleger no caso *sub iudice* e *se* é susceptível de atingir o objectivo proposto. O meio de obtenção de prova será idóneo sempre que for capaz de trazer um elemento novo para a descoberta da verdade e para a realização da justiça, portanto, sempre que seja apto a alcançar os fins que se propõe; numa palavra, o princípio da idoneidade, utilidade ou adequação impõe uma consonância entre os meios utilizados e os fins almejados. «Trata-se, pois — como consta da jurisprudência constitucional — de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação "calibrada" — de justa medida — com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis»[1002]. O funcionamento do princípio na função legislativa apela a «(…) uma "prerrogativa de avaliação", como que um "crédito de confiança", na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objectivos visados com a medida (que, como se disse, dentro dos quadros constitucionais, ele próprio também pode definir)»[1003].

[1001] Ac. nº 200/2001, de 09/05/2001, no Proc. nº 168/99.
[1002] Ac.do TC nº 187/2001, de 02/05/2001, no Proc. nº 120/95.
[1003] Ac.do TC nº 187/2001, de 02/05/2001, no Proc. nº 120/95.

ii) intervenção mínima ou alternativa menos gravosa, princípio da necessidade, exigibilidade ou indispensabilidade

Este sub-princípio demanda que a medida restritiva seja indispensável no caso concreto e que não possa ser substituída por uma outra menos gravosa e com a mesma eficácia. Tal implica avaliar o resultado desejado — descobrir e comprovar os factos criminosos praticados — e analisar as formas de lá se chegar, para que se opte por aquela medida que afecte o menos possível e com menor intensidade os direitos fundamentais do visado. «Se atendendo a todas as consequências secundárias resulta que os prejuízos produzidos pela medida utilizada são maiores que os de outra igualmente eficaz cabe negar a *necessidade* da medida»[1004].

Cifra-se em identificar se existe ou não outro meio de obtenção de prova, outra diligência investigatória que, causando menor dano, seja igualmente eficiente, de modo a que se faça uso do meio mais violento e mais invasivo só e apenas quando for absolutamente necessário, o que pressupõe determinar *que meio*, *em que medida* e *como o utilizar*. A obtenção do meio de prova será legítima se for necessária ou essencial para assegurar o interesse público, desde que não se consiga obter o mesmo resultado por outro meio probatório que seja menos oneroso para o agente, subalternizando este em face daquele. Consequentemente, o método coercivo não deve ser adoptado como meio de obtenção de prova por rotina de investigação, não pode ser vexatório, nem humilhante, nem desnecessariamente severo, tendo em vista o respeito pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Será um meio ilegítimo de obtenção de prova a intervenção no corpo do arguido contra a sua vontade quando a diligência probatória puder ser levada a cabo por meios alternativos menos exigentes, embora eventualmente até mais demorados, mais trabalhosos, desde que a intervenção corporal não se revele, no caso, a fonte única ou principal de recolha de elementos de prova. A legitimidade da obtenção deste meio de prova nunca se poderá fundar exclusivamente em razões de maior comodidade, maior celeridade ou de maior facilidade de obtenção. Por isso, a prova coactiva de ADN deve ficar reservada para crimes cujo material probatório é praticamente inexistente, em que se demonstra ser estritamente necessária, como sucede,

[1004] José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, p. 78.

na maior parte dos casos de crimes de natureza sexual, e em que pode ser decisiva para a descoberta da verdade.

iii) "justa medida", racionalidade, razoabilidade ou proporcionalidade *strito sensu* que se traduz no respeito pelo núcleo, pelo conteúdo essencial do direito objecto de restrição e ponderação de interesse

O terceiro sub-princípio destina-se a ponderar a razoabilidade dos meios de obtenção de prova eleitos face ao efeito a atingir, através de uma apreciação da relação custo/benefício entre os danos provocados e os resultados obtidos.

É neste contexto que se revela de extrema importância e utilidade a decisão judicial fundamentada. A ponderação de interesses, de *per se*, testemunha a impossibilidade de se atribuir o mesmo grau de realce a ambos os valores em causa. A função judicial, imbuída do seu papel de garante da liberdade, dissolverá as dúvidas e inquietações, sacrificará uma quota-parte de cada um deles ou privilegiará um deles. Este é um dos aspectos em que a função judicial apresenta e exibe a sua grandeza.

Visa determinar se o meio eleito é um meio moderado ou equilibrado no sentido de proporcionar mais vantagens e benefícios para o interesse comum que prejuízos para os outros bens jurídicos em conflito no caso concreto[1005]. É do princípio da menor lesividade possível, enquanto medida de *ultima ratio*, que estamos a falar. Não é o grau de eficiência da investigação que aqui assume preponderância, relevante é que, entre todos os instrumentos de obtenção de prova disponíveis, este seja o que supõe uma restrição menor aos direitos fundamentais. E pode sê-lo por dois motivos: ou por impossibilidade de obtenção de meios de prova por outra forma, ou por excepcional dificuldade na obtenção de prova por outros meios menos onerosos. Imprescindível é que se atenda à gravidade e natureza do crime praticado *vs*. essencialidade[1006] do direito constitucional fundamental do visado colocado em causa[1007], e desta ponderação,

[1005] Luís Azaola Calderón, *Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España*, p. 5, disponível em: http://www.fldm.edu.mx/documentos/revista5/articulo02.pdf (acedido em 19 de Fevereiro de 2012).

[1006] Sobre o conteúdo essencial de um direito remetemos para Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 343 e 350, de acordo com o exposto em 3.3.2 deste texto.

[1007] Jorge Miranda / Rui Medeiros lembram que o conteúdo essencial de um direito se radica na Constituição e não na lei. Esta, sendo subordinada à Constituição, não pode atentar contra a essencialidade do direito atingido, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 163.

sobressaia como preponderante o grau de lesividade do direito à segurança da comunidade. Aqui está em questão o direito à segurança pública e, reflexamente, o direito à segurança individual.

Esta proporcionalidade de sacrifício — ponderação entre a intromissão na integridade pessoal do agente e a finalidade que se pretende alcançar de busca da verdade — que dita a intervenção mínima e o exaurimento de todos os outros meios ou vias alternativas, permite que o Estado, perante uma missão tão difícil que envolve tarefas antagónicas e conflituantes como a de controlar o interesse colectivo do clima de segurança, de um lado, e de funcionar como garante dos direitos dos cidadãos, de outro, não acabe por fazer sucumbir o próprio direito à liberdade do cidadão. recordam

É grande o risco de o Estado cair na tentação de suprimir ou de encolher as garantias processuais-penais a troco do restabelecimento do sentimento de segurança individual e colectivo, procurando a verdade a todo o custo e estabelecendo como fim exclusivo do processo penal a busca dessa verdade. Caminho pernicioso o de fazer perecer o modelo garantístico que tanto custou a conquistar desde as atrocidades do processo inquisitório, atravessando os desprezíveis horrores de regimes totalitários[1008]. O que implica que estejamos perante uma indiscutível, profunda e grave danosidade social do crime cometido e, demonstradamente, em face de um meio de obtenção de prova consideravelmente dificultado ou impossibilitado por outra via, portanto, só usado subsidiariamente.

Deste modo, a subsidiariedade aparece como uma forma de expressão do princípio da proporcionalidade. Daqui ressalta a necessidade de apreciação da legitimidade do fim através da ponderação dos interesses conflituantes: de um lado, a prossecução do interesse público na averiguação dos factos criminosos praticados e dos seus responsáveis, do outro, os direitos do cidadão/arguido a atingir em benefício da comunidade, com a respectiva ponderação da relação custo/benefício — custo para o arguido e benefício para a comunidade.

Só nesta medida do estritamente indispensável — o que exige uma apreciação em concreto da natureza dos interesses em causa — é que se dará prevalência ao valor supra-individual do bem-estar e segurança colectiva, por razões de solidariedade e pacificação do agente com a comunidade, longe, bem distante, no entanto, de qualquer

[1008] «Não desejável, nem tolerável num Estado democrático de Direito», como acentua Alberto Silva Franco, «Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, fasc. 2, Abr./Jun. 1996, p. 187.

atitude que relegue o arguido para o mundo das coisas ou que o converta em mero objecto ou instrumento processual. Ou seja, dada a clara dimensão social do indivíduo, para além da sua dimensão biológica, familiar e económica, este tem deveres perante a sociedade a que pertence, sendo um deles o de se sujeitar, em determinadas condições e só nessas, a diligências de prova impostas, ainda que contra a sua vontade e sem o seu consentimento, destinadas a apurar a verdade dos factos, desde que não dependentes de um acto de vontade do próprio. Mais uma vez, levámos em conta o disposto no art. 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem segundo a qual: «1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem--estar numa sociedade democrática. Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 52º, se refere ao âmbito dos direitos garantidos nos seguintes termos: «1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros. 2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos»[1009].

O juízo de proporcionalidade levará em conta, inevitavelmente, quer a gravidade do facto praticado ― mensurável, desde logo, pelo critério quantitativo emergente da moldura penal prevista abstractamente ―, quer a intensidade e grau das suspeitas existentes sobre o visado relativamente ao facto sob investigação que se pretende esclarecer[1010]. Ponto de partida será a existência de sérias suspeitas da prática do crime

[1009] O art. 52º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia continua: «3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla».

[1010] José Francisco Etxeberría Guridi, defende que, em virtude do princípio da proporcionalidade, as investigações sobre material genético só sejam admissíveis no esclarecimento de factos de uma determinada gravidade e susceptíveis de deixarem vestígios biológicos. Também é partidário da

por parte do agente em concreto — e não, apenas e só, o mero receio, ainda que fundado, da prática de futuros crimes da mesma ou outra natureza. Colocamos a possibilidade de uma excepção: quando se estiver perante alguns dos crimes de catálogo de elevado grau de gravidade e se revelar uma alta e iminente probabilidade de o perigo se vir a concretizar no futuro próximo, desde que devidamente fundamentado por despacho judicial.

Os propostos crimes de catálogo surgem como indicadores da elevada gravidade do facto, da expressão dos intoleráveis efeitos das condutas e da natureza insuportável da infracção: temos em vista crimes contra as pessoas como o homicídio doloso, ofensa à integridade física grave, crimes contra a liberdade pessoal, como sequestro qualificado, escravidão, tráfico de pessoas, rapto e tomada de reféns, crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual como coacção sexual, violação, abuso sexual de crianças, lenocínio de menores qualificado, crimes contra a propriedade e o património como o roubo e extorsão qualificada, crimes contra a integridade pessoal como o de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves, alguns crimes de perigo comum como incêndio, explosão, libertação de gases tóxicos ou asfixiantes, emissão de radiações ou libertação de substâncias radioactivas, provocação de inundação e outras condutas especialmente perigosas, crimes contra a segurança das comunicações como desvio, captura ou atentado à segurança de aeronave, navio, comboio ou outro veículo de transporte colectivo de passageiros, crimes de terrorismo e criminalidade altamente organizada, com o conteúdo que lhe é dado pelo art. 1º, al. m) do Código de Processo Penal. Ou, em alternativa, reconduzindo-nos aos conceitos de "terrorismo", "criminalidade violenta", "criminalidade especialmente violenta" e "criminalidade altamente organizada", enunciados no art. 1º do Código de Processo Penal, poderíamos eleger os crimes de catálogo nos termos previstos nas suas alíneas i), j), l) e m), de acordo com as formas de conduta e graus de lesão pessoal e socialmente perturbadores, a saber: crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional; condutas dolosas contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública, puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a cinco anos; as condutas dolosas dirigidas contra os mesmos bens jurídicos quando puníveis com pena de prisão igual ou superior a oito anos; e

realização de análise de ADN mesmo em factos de menor gravidade se a pedido do arguido, no âmbito do exercício pleno do direito à defesa, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, pp. 120, 121 e 122.

condutas integradoras de crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento, respectivamente[1011].

A doutrina propôs um critério de criação da base de dados de perfis de ADN, antes da publicação da lei ora vigente, não para todos os crimes, mas só para crimes de maior gravidade, que apresentassem grande probabilidade de reincidência, crimes que, pela sua natureza, deixassem vestígios biológicos identificáveis (em que incluiu homicídios dolosos e crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual)[1012]. Tal como Manuel da Costa Andrade menciona «Como o Tribunal Constitucional Federal (27-02-2008) precisa, há meios de investigação portadores de um tal potencial de devassa e lesividade que só deverão ser utilizados para proteger "bens jurídicos de transcendente importância" do indivíduo (vida, integridade física e liberdade) ou da comunidade. Deste modo, há-de tratar-se de bens jurídicos cuja ameaça contende "com os fundamentos ou a subsistência do Estado ou com os fundamentos da própria existência do Homem"»[1013].

Na verdade, uma base de dados de perfis de ADN elaborada a partir desta perspectiva seria, porventura, mais frouxa em quantidade, mas mais farta em termos de eficiência de resultados na investigação de crimes de intolerável lesividade e alta gravidade.

A necessidade de fazer intervir o princípio da proporcionalidade apresenta-se particularmente patente na possibilidade que compreende o alargamento da análise de ADN a toda a população de um território, ou à população residente num determinado local, ou às pessoas de uma certa faixa etária, profissão, etnia, etc., com vista à ampliação da base de dados de perfis de ADN, com fins prospectivos[1014], quando esta informação genética se destina a ser usada ao serviço das finalidades de segurança pública. Também aqui nos deparamos com dois interesses em jogo: a respeitável

[1011] Sobre a dimensão dos bens jurídicos pessoais face a certo tipo de criminalidade com incidência económico-financeira, veja-se Mário Ferreira Monte, *O direito penal europeu de "Roma"a "Lisboa" – subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009, pp. 198 ss., em especial, pp. 207 a 209, explicando o A. que não se trata de uma intencional inversão axiológica dos bens jurídicos, mas de formas específicas e, por vezes, mais graves de agressão aos bens fundamentais pessoais, como a derivada do terrorismo.

[1012] Francisco Corte-Real, «Bases de dados genéticos com fins forenses», *Direito e Justiça*, volume especial, 2004, p. 144.

[1013] Manuel da Costa Andrade, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 124.

[1014] Estas análises de ADN em massa também podem servir fins de natureza estatística para compreensão do fenómeno criminal em certos e determinados grupos da população.

contribuição do cidadão para o bem comum na manutenção da ordem pública *vs*. afectação dos mais elementares direitos individuais (liberdade e autonomia). Estamos a referir-nos aos testes massivos de ADN. Foram utilizados na década de 80, na Grã--Bretanha, para identificação de um suspeito de dois crimes de violação e homicídio de duas jovens de 15 anos de idade, perpetrados com o mesmo tipo de violência. Através de análise de ADN concluiu-se que o sémen recolhido nos vestígios vaginais de ambas as vítimas, e posteriormente analisado, pertencia à mesma pessoa, mas não à que se encontrava acusada e que tinha confessado o segundo crime, afastando-se, assim, a responsabilidade criminal do indivíduo até então suspeito. Foi posteriormente lançada mão ao convite a todos os indivíduos do sexo masculino com idades compreendidas entre os 17 e os 34 anos de idade residentes na localidade e aldeias vizinhas, em Leicestershire, para realização do teste massivo de ADN. Numa primeira fase não se obtiveram resultados coincidentes, no universo de 4.000 colheitas, com a amostra problema. Mais tarde, um dos indivíduos acabou por declarar que um outro lhe havia pedido para realizar o exame na sua vez, o que fez com que as autoridades redireccionassem a investigação.

Na actuação policial no Reino Unido é permitida a recolha de amostras em massa, de forma rotineira em indivíduos voluntários, ou no decurso de uma investigação, quando direccionada a um tipo ou grupo específico de pessoas. Trata-se do *mass* ou *intelligence led DNA screen*. Finda a investigação, tanto a amostra, como o perfil obtido devem ser destruídos.

Na investigação de um crime de homicídio de uma jovem de 24 anos ocorrido na Alemanha, tendo sido encontrados vestígios de esperma tanto na vítima como na casa desta, a fim de identificar o autor do crime, as autoridades solicitaram a extracção de sangue ou saliva a todos os indivíduos do sexo masculino com idades compreendidas entre os 15 e os 35 anos moradores na povoação do *locus delicti*. Foram obtidas 750 amostras de cerca de 1.800 pessoas. Todos os que se recusaram foram tidos como suspeitos — ao arrepio do princípio da presunção de inocência — tendo sido emanada autorização judicial para o efeito[1015]. O mecanismo do exame genético em massa[1016], ou seja, a recolha consentida de material biológico para determinação do perfil genético num conjunto de pessoas que tenham um elemento como denominador comum a partir

[1015] Exemplos extraídos de José Francisco Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), 2000, pp. 137 e 138.
[1016] *Massenscreening* ou *Reihengentest.*

de características físicas ou outras, admitido na Alemanha (*v.g.* sexo masculino ou feminino, uma certa faixa etária, residência na freguesia A ou B, ser proprietário de um automóvel da marca X ou da cor Y) está sujeito a algumas condições de admissibilidade: (1) existência de despacho judicial que descreva pormenorizadamente as características em comum dos visados; (2) existência de indícios suficientes da prática de um crime contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal ou a autodeterminação sexual; (3) existência de vestígios biológicos do autor do crime permitindo a comparação com o dos visados; (4) proporcionalidade entre a gravidade do crime perpetrado e o número de visados; (5) destruição do material biológico após cotejo com o do autor do crime (no caso de não se verificar coincidência); (6) possibilidade de recusa do visado, não sendo permitida a realização coactiva excepto no caso de existência fundamentada de outros indícios da prática da infracção[1017].

A fim de efectivar as finalidades da investigação a Alemanha dispõe, desde 1998, de uma base de dados de ADN de pessoas suspeitas e já condenadas, para criminalidade grave como a sexual e, desde 2005, conta com a *Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA - Analyse*, para crimes de menor gravidade mas de frequência comum. São permitidas recolhas de ADN a grupos de pessoas, desde 2005, a fim de serem utilizadas na investigação de crimes violentos. São as chamadas "medidas de investigação maciça", na terminologia de Claus Roxin[1018], que podem, como acabámos de ver, ser consentidas ou não, sendo que a recusa poderá implicar uma recolha de ADN contra a vontade do visado desde que existam outros indícios fundamentados do cometimento da infracção. Neste texto, o autor enfatiza o papel do Tribunal Constitucional na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, criticando, concomitantemente, o legislador ordinário "frequentemente fixado nas exigências securitárias"[1019]. Em jeito de conclusão, deixa um aviso: «Cada direito processual penal terá de se colocar dois problemas fundamentais: a questão da sua estrutura e a questão da compatibilização do interesse persecutório do Estado com os direitos e liberdades

[1017] Elementos recolhidos de Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008, p. 470, nota 20.

[1018] «Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 393.

[1019] Claus Roxin, «Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 397.

dos cidadãos. Em ambos os campos, o direito processual penal encontra-se em colapso»[1020].

Convergindo com esta ideia, Manuel da Costa Andrade chama a atenção para o facto de as novações legislativas virem no sentido de promover a segurança pública em detrimento de certos e determinados direitos fundamentais importando consequências como «redução e neutralização das garantias de defesa; multiplicação em número e em potencial e lesividade e devassa, dos meios institucionalizados de intromissão nos direitos fundamentais; deslocação das linhas de equilíbrio normativo do lado da liberdade, da autonomia e da dignidade, para o lado da segurança; do lado da justiça e da "superioridade ética do Estado" (Eb. Schmidth), para o lado da eficácia e da *Funktionstütigkeit der Strafrechtspflege*; do arguido para a ordem, a reafirmação da validade das normas e, aqui e ali, os interesses da vítima»[1021].

A posição de desconforto perante atitudes securitárias é também partilhada por Guedes Valente quando afirma que a liberdade «aos poucos se tem dilacerado», «que se encontra a diminuir a cada passo que damos no quadro legislativo jurídico-criminal»[1022].

Na Alemanha, por meio do *Programa Rasterfahndung*, fez-se uma prospecção de dados pessoais[1023]. As autoridades policiais alemãs, a partir de bases de dados públicas e privadas, procederam aos registos pessoais de indivíduos masculinos entre os 18 e os 40 anos, que eram ou tinham sido estudantes, presumivelmente de confissão muçulmana. Com tal procedimento pretendeu fazer-se a identificação de suspeitos de terrorismo. O Tribunal Constitucional Alemão, em 04/04/2006, declarou esta prática inconstitucional alegando tratar-se de um Programa que constitui uma intrusão ilegal nos dados e privacidade pessoais, intromissão que não é justificável como resposta a situações de ameaça geral de ataques terroristas. A execução deste tipo de registos pessoais só seria defensável quando sujeita à evidência ou "demonstração de um perigo concreto", como a preparação ou encomenda de actos de terrorismo.

[1020] «Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 397.

[1021] «Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral)», *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 528.

[1022] Manuel Monteiro Guedes Valente, «A desorientada sistemática e desmesurada ampliação dos meios de obtenção de prova e das medidas cautelares e de polícia», *Revista de Economia e Direito*, vol. XII, nº 2, 2007/vol. XIII, nº 1, 2008, p. 227.

[1023] Chamam-se *perfis preditivos* os que «estabelecem correlações entre as variáveis observáveis de acontecimentos passados e os dados e informações confidenciais actuais, conduzindo a deduções que se crê passíveis de identificar aqueles que poderão estar envolvidos em crimes futuros ou ainda por desvendar», Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, de 24 de Abril de 2009, JO C 184 (E/122), de 08/07/2010.

15.4. Controlo da proporcionalidade

Na concreta problemática de ponderação entre o interesse de preservação da segurança do Estado e asseguramento da liberdade dos cidadãos, o legislador constituinte assumiu o princípio da proibição do excesso — «o mais poderoso instrumento jurídico de racionalização e objectivização das ponderações realizadas»[1024] — proclamado no art. 18º, nº 2 como critério de equiponderação dos valores em questão, sem recorrer a critérios pré-definidores do grau de importância de qualquer deles ou ao estabelecimento de uma gradação dos valores jurídico--constitucionais. Na concretização deste princípio — de conteúdo indeterminado — o legislador ordinário, em algumas das normas do Código de Processo Penal já enunciadas e em disposições normativas da Lei nº 5/2008, fez ceder a liberdade do arguido face à pretensão punitiva. O controlo jurisdicional surge como principal manifestação de escrutínio do carácter não discricionário da intervenção do legislador e das suas opções. Todavia, o poder judicial no uso da sua competência interpretativa e aplicadora do Direito dificilmente ultrapassará a resistência de oposição às opções legislativas adoptadas pelo «poder político legitimado desde que elas não surjam como evidentemente arbitrárias ou contrárias aos valores constitucionais»[1025], para além da inevitável dose de subjectivismo que o juízo de ponderação carrega atenta a relativa indefinição dos sub-princípios em que se decompõe o princípio da proporcionalidade.

A legitimidade das restrições aos direitos afirmados constitucionalmente é imprescindível, bem como a clareza da sua estrutura fundante. Saber em que medida pode um direito, um valor, ou bem ceder perante outro, isto é, saber em que termos a medida legislativa restritiva é ou não desproporcionada implica não só um juízo de ponderação[1026] — no sentido de os sopesar — mas também um controlo da proibição de excesso. Num primeiro passo, a ponderação de valores em colisão, num Estado democraticamente legitimado e respeitador do princípio da separação dos poderes, é realizada pelo órgão competente para o efeito — o legislador. Numa segunda fase, o

[1024] Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 124.
[1025] Jorge dos Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 124 e 125.
[1026] Segundo a "lei da ponderação" — «quanto mais elevado for o grau de não realização ou de afectação de um princípio, maior precisa de ser a importância da realização do princípio oposto» — que nos remete para o critério do "bom senso", não sendo capaz de fornecer parâmetros objectivos, neutros, precisos e racionais para pesar os pratos da balança. Assim, Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 126 e 127, nota 128, a partir do pensamento de Alexy.

controlo da proporcionalidade da medida restritiva resultante daquele juízo de ponderação é feita por via do cotejo entre os custos que oneram o valor em causa e os benefícios sociais emergentes da restrição tendo em vista os fins que se pretende serem atingidos com esta restrição. Da introdução desta observação comparativa entender-se-á a justiça da medida restritiva adoptada ou a injustiça dela por excessiva. Todavia, para aqui se chegar, cumpre lançar mão da análise dos «incrementos marginais de benefício e sacrifício de duas medidas alternativas em comparação»[1027]. Que o mesmo é dizer, a medida restritiva revelar-se-á constitucional e, portanto, proporcionada se a introdução desta produzir na ordem jurídica um benefício comunitário relevante face a um custo marginal de sacrifício/agressividade/lesividade da liberdade dos cidadãos; se ao invés, o sacrifício da liberdade for significativo, anormal ou relevante, silenciando, suprimindo, abandonando ou marginalizando a liberdade, face a um benefício marginal tendo em vista o fim que se pretende atingir, desde logo por a prossecução da finalidade visada ser alcançável através de medida alternativa, a medida restritiva é desproporcionada, violadora do princípio da proibição de excesso, e por isso, inconstitucional[1028].

O controlo judicial desta operação racional actuante no dia-a-dia é o sustentáculo de uma organização societária em que os valores da dignidade da pessoa humana e da liberdade se apresentam guias da actuação estatal, em que o poder público se vê coibido de exceder os seus próprios meios para atingir os fins que se propõe. A coerência do estabelecimento de limites de validade às medidas restritivas alimenta o Estado de direito democrático e constitui um pilar da boa regulação social. Atendendo a que a Constituição contém um quadro de referência incompleto, as opções valorativas do legislador no âmbito das medidas restritivas, num Estado legitimamente organizado, têm o dever de proteger o indivíduo frente ao arbítrio estatal[1029]. De todo o modo, a

[1027] De que fala Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 131 ss.

[1028] De forma a que o raciocínio seja mais facilmente perceptível, Jorge Reis Novais apresenta quadros numéricos, utilizando uma escala de 0 a 10, que reproduzimos: medida restritiva "A" com grau de aptidão ou eficácia para atingir o objectivo que se pretende de 04 e grau de sacrifício do direito constitucional de 07; medida restritiva "B" com grau de aptidão ou eficácia para atingir o objectivo que se pretende de 03 e grau de sacrifício do direito constitucional de 02. Se a medida "A" for única por não haver outra alternativa capaz que permita ao poder público atingir o fim que se propõe, não será considerada "manifestamente desproporcionada", nem inconstitucional. Mas quando comparada a medida "A" com a "B", embora esta seja menos apta a atingir os fins pretendidos, é menos constrangedora da liberdade, logo deverá ser a eleita, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 132 e 133.

[1029] «A Constituição atribui ao legislador o poder de decidir livremente como realizar o interesse público, a segurança e o bem-estar da colectividade, limitando-o apenas ao processo de manifestação da vontade legislativa e subordinando a validade das leis às opções políticas nela própria consagradas» assinala Germano Marques da Silva, «Reflexões sobre as atribuições do Ministério Público na defesa da

indispensável separação dos poderes, assegurará, por meio da contínua actuação e realização do poder judicial, o máximo de protecção ao espaço de liberdade, autonomia e dignidade do indivíduo face ao poder punitivo[1030].

15.5. Outros requisitos

a) Esclarecimento legal cabal dos efeitos processuais da obtenção destes meios de prova fora dos parâmetros enunciados e das provas resultantes deste modo de obtenção. A ineficácia absoluta das provas obtidas sem este tipo de legitimação

I. Remetendo para a matéria abordada no nosso ponto 1 da Parte I, o Código de Processo Penal enuncia o princípio da taxatividade das nulidades processuais penais que tanto podem ser absolutas e insusceptíveis de sanação, como relativas e passíveis de sanação, desde que oportunamente arguidas pelo interessado. O regime jurídico das nulidades processuais escrutina o *modus procedendi*, sancionado vícios por desrespeito dos pressupostos formais na prática de um determinado acto processual, ou, no que respeita à prova, por violação de formalidades para a sua produção ou para a sua valoração.

O art. 126º, nºs 1 e 2 do Código de Processo Penal, relativo aos métodos proibidos de prova, comina a designada nulidade atípica das provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas, parecendo fazer coincidir materialmente a significação *nulidade* e *proibição de valoração de prova* — uma nulidade insanável, absoluta, de conhecimento oficioso a todo o tempo. Prevendo a nulidade, logo de seguida, faz expressa referência à impossibilidade da utilização da prova. Ou seja, caso existam tais provas, caso tenham sido adquiridas com violação de direitos fundamentais dos cidadãos de expressão constitucional, terão de ser excluídas, como se nunca tivessem sido produzidas, não

legalidade democrática e na execução da política criminal», *Ministério Público: Que futuro?*, AA.VV., Coordenação de Mário Gomes Dias e Carlos Sousa Mendes, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 105.

[1030] Embora num plano distinto, e abstendo-nos de pronunciamento sobre a matéria concreta, assim aconteceu recentemente com a decisão do Tribunal Constitucional sobre algumas das medidas restritivas impostas pelo Governo no Orçamento de Estado para o ano de 2013.

podendo ser levadas em consideração, nem valoradas a fim de praticar um acto processual ou de fundamentar uma decisão.

É pacífico o entendimento de que nestes casos estamos perante algo mais do que uma nulidade; é verdadeiramente uma «proibição de utilização de provas obtidas por meios proibidos»[1031]. É mais do que a violação de uma mera questão de forma, mais do que o desrespeito de uma regra, está para além da simples inobservância ou incumprimento de uma fórmula, ou insuficiente consideração por uma disposição legal. É exactamente prova proibida e como tal, a prova obtida nestes termos é, ela própria proibida, bem como proibido é também o seu meio de obtenção. Dentro deste condicionalismo, é prova ineficaz, insusceptível de ser utilizada ou valorada no processo para acusar, pronunciar ou condenar.

Mais do que uma invalidade — nulidade sanável, insanável ou irregularidade — estamos em face de uma proibição de utilização, ou *vício da não utilizibilidade*[1032]. «A consequência essencial que a obtenção de uma prova proibida provoca vem a ser a sua *não utilização*: trata-se pois de não a tomar em conta para qualquer fim processual, é como se a referida prova não existisse»[1033], não podendo ser admitida no processo e não sendo passível de sanação, corolário do disposto nos nºs 1, 2 e 8 do art. 32º da Constituição. O vício da inutilizabilidade não é susceptível de convalidação, é de conhecimento oficioso a todo o tempo e não está sujeito ao princípio da taxatividade. Germano Marques da Silva realça a *não utilização da prova*, aceitando que o regime de proibições de prova e o regime de nulidades "são realidades distintas e autónomas"[1034]. De acordo com a fase processual, a prova ou não será admitida, ou não será valorada, ou viciará a decisão que nela tenha assentado. Entende o Autor que o regime de proibição de prova não se reconduz de forma linear ao regime das nulidades exactamente por virtude do disposto no nº 3 do art. 118º do Código de Processo Penal. Deve, contudo, seguir o regime das nulidades insanáveis, de conhecimento oficioso e pode servir de

[1031] António Gama, «Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, nº 3, Jul./Set. 2009, p. 383.
[1032] Nas palavras de Rodrigo Santiago «Reflexões sobre a 15ª alteração ao Código de Processo Penal: o arguido e o defensor», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nºs 2 e 3, Abr./Set. 2008, p. 324, citando o legislador italiano no Códice di Procedura Penale.
[1033] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed., revista e actualizada, 2008, p. 144 (itálico nosso).
[1034] *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 144.

fundamento de recurso extraordinário de revisão, pelo que não é sanável com o trânsito em julgado da decisão. Assim sendo «toda a prova proibida deve ser inutilizada»[1035].

II. Já destacámos na Parte I que o regime de proibições de prova tem uma função bipartida: de um lado, visa tutelar a defesa dos direitos fundamentais, por outra via, propõe-se promover um processo justo, em conformidade com os princípios constitucionais, evitando erros judiciários que saíriam caros a todos os sujeitos processuais. É diverso o fundamento da disciplina das proibições e a disciplina das nulidades: o primeiro tem um fundamento substantivo de protecção de interesses essenciais do cidadão, nomeadamente, no que respeita ao exercício do direito de defesa do arguido consagrado constitucionalmente, o segundo, motiva-se em razões de ordem adjectiva, de sancionamento da violação das elementares normas relativas à disciplina, regras e organização da forma processual que têm de ser observadas durante o *iter* processual[1036].

O sistema probatório legal processual-penal português não compreende conclusões como a proveniente do caso Herring *vs*. Estados Unidos da América que pugnou pela aceitação da "excepção da boa-fé na conduta policial", aceitando, *in casu*, a prova proibida por não se ter tratado de uma conduta grosseiramente negligente, deliberada ou recorrente por parte das autoridades policiais[1037].

[1035] Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008, p. 145.

[1036] Sobre o assunto, ver Luís Pedro Martins de Oliveira, «Da autonomia do regime das proibições de prova», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coordenação de Teresa Pizarro Beleza, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 260 a 262, que, após discutir a autonomia dogmática e a autonomia jurídica se decide por esta última, defendendo a autonomia dos dois regimes e afirmando não haver nenhuma relação de especialidade entre o regime das proibições de prova face ao regime das nulidades. No seu entendimento, a referência da lei constitucional à "nulidade" (art. 32º, nº 8) é feita em sentido não técnico. Além do que «as proibições de prova acautelam vícios substanciais, encontrando-se num plano de admissibilidade, enquanto as nulidades salvaguardam vícios formais, que estão num plano de validade» (p. 289). E acrescenta que sendo as proibições de prova uma espécie de invalidade, o seu efeito há-de ser diferente do regime das nulidades: inexistência jurídica (p. 290). Essencialmente, porque a nulidade se convalida pelo trânsito em julgado da decisão, e a proibição de prova, atenta a nova redacção do art. 449º do CPP (al. e), dá lugar a recurso de revisão se se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos nºs 1 a 3 do art. 126º. Isto sem prejuízo da nova redacção também do nº 2 do art. 310º do CPP em matéria de recurso da decisão instrutória e sem prejuízo da competência do tribunal de julgamento para excluir provas proibidas.

[1037] No caso *Herring vs. EUA*, de 14/01/2009, a polícia deteve Herring em execução de um mandado de detenção existente em uma base de dados. Aquando da detenção, Herring detinha metanfetaminas e uma arma. Posteriormente, verificou-se que o mandado de detenção, à data da sua execução, já havia caducado mas não tinha sido eliminado da base de dados. Embora Herring tivesse requerido a exclusão da prova obtida aquando da sua detenção, os Tribunais (de primeira, segunda e terceira instância) decidiram no sentido da sua não exclusão exactamente por considerarem aplicável, ao caso, a regra da excepção da boa-fé na conduta policial. Entenderam as várias instâncias judiciais que o efeito dissuasor da regra da

III. As fontes de prova violadoras de direitos e liberdades fundamentais dão lugar a provas viciadas e, por isso, devem ser excluídas quer na fase do inquérito, quer na fase da instrução, quer na do julgamento, e afectam do mesmo modo todas as provas a elas ligadas causalmente. Nestes termos, o ordenamento jurídico-processual-penal português apresenta-se como "garantista do indivíduo": a prova proibida, qualquer que tenha sido a fase processual em que tenha sido obtida ou utilizada, é inadmissível, não utilizável, não valorável e deve ser expurgada do processo. Por isso que se possam considerar carentes de eficácia probatória os fundamentos da teoria do "comportamento hipotético das autoridades que procedem à investigação" ou "doutrina da descoberta inevitável" (a *inevitable discovery*)[1038] e, ainda, da designada "excepção de boa-fé" (a *good faith exception* da jurisprudência norte-americana) [1039], doutrinas que dão prevalência aos custos sociais da exclusão de uma prova quando se trata de contrapor o interesse público da descoberta da verdade face à garantia jusconstitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos[1040].

---

exclusão da prova serve propósitos conscientemente desleais das entidades investigatórias, para evitar comportamentos verdadeiramente reprováveis, deliberados, temerários, grosseiramente negligentes, recorrentes ou sistémicos por parte das autoridades policiais e não propriamente para assegurar direitos constitucionais.

[1038] Oriundo da jurisprudência do caso *Nix vs. Williams* decidido em 18 de Janeiro de 1984, nos EUA. O caso teve lugar após o desaparecimento de uma menina de 10 anos de idade, em Des Moines, Iowa. O suspeito Williams foi preso em Davenport, Iowa. Durante a viagem no automóvel da polícia, em conversa com um agente policial, o suspeito acabou por produzir declarações incriminatórias dando informação sobre o local do corpo da criança. Independentemente desta conversa já havia no terreno uma equipa de pesquisadores que foi posteriormente orientada pelas informações fornecidas pelo suspeito. Williams foi julgado por homicídio em primeiro grau no Tribunal do Estado de Iowa e negou a acusação clamando por que a prova derivada das suas declarações obtidas ilicitamente, sem assistência de um advogado, em violação da Sexta Emenda, não fosse usada, nomeadamente a localização do corpo da vítima. O Tribunal entendeu que a localização do corpo se teria efectuado à mesma no decurso da investigação policial independentemente das declarações de Williams, que o corpo acabaria por ser inevitavelmente descoberto, não considerando ter havido "má conduta policial" por parte da autoridade policial. Disponível em: http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/ (acedido em 12 de Julho de 2013).

[1039] Invocada quando as autoridades investigatórias actuam em erro, no convencimento de que a sua actuação se baseia nos procedimentos legais. Teve origem no caso *Leon* decidido em 05 de Julho de 1984. A polícia de Burbank, na Califórnia, andava a obter informações de um informador confidencial sobre dois suspeitos de tráfico de droga. Com base nessas informações a polícia passou a vigiar as residências destes e os seus movimentos, tendo identificado Ricardo Del Castillo e Alberto Leon como elementos envolvidos no crime. Foi emitido mandado de busca com base nos elementos resultantes da vigilância policial e das informações provindas do informador e grandes quantidades de estupefacientes foram apreendidas. Porque se considerou que a busca foi realizada estando as autoridades policiais de boa-fé, a prova foi admitida. Ficou conhecida como a excepção de boa-fé à regra de exclusão da prova. Disponível em: http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/case.html (acedido em 12 de Julho de 2013).

[1040] Importa aqui sublinhar e valorizar o sentido do disposto no nº 8 do art. 32º da CRP.

b) Princípio da humanidade

Fundamento último de qualquer sistema jurídico que se afirma para além do mero pragmatismo da eficiência, o princípio da humanidade envolve o respeito pelos direitos humanos (aqui contamos com os dois sujeitos processuais — o agente criminoso e a vítima[1041]), designadamente o respeito pela dignidade da pessoa humana, por mais impiedoso que seja o delinquente e por mais bárbaro que seja o facto criminoso por ele praticado. Princípio assimilado pela civilização que se baseia no homem, nos seus limites, valores e interesses.

Refere Jorge de Figueiredo Dias que «o pior serviço, na perspectiva da sociedade democrática e liberal, que pode prestar-se à defesa dos direitos individuais é invocá-los sem razão bastante com entidades absolutas que recusam à partida todo o equilíbrio com direitos inalienáveis da comunidade. Se é certo que existe aqui um limite inultrapassável – o do respeito pela eminente dignidade da pessoa – em tudo o resto os direitos e liberdades (incluídas as «garantias de defesa» a que se refere o art. 32º - 2 da Constituição da República Portuguesa) têm inevitavelmente de entrar em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária»[1042].

Quando a liberdade individual e outras garantias constitucionais são sacrificadas são-no em nome de outros valores jurídicos material ou formalmente cosntitucionais; o critério reitor desse sacrifício é a essencialidade do indivíduo, a intolerância à diminuição da sua condição e a objectivização da materialidade do seu estatuto processual como sujeito do processo.

Neste princípio está subentendido o princípio da protecção da confiança dos destinatários na boa-fé do Estado, princípio que congrega os valores da segurança jurídica, liberdade e democracia. Neste sentido, o Estado, em todos os seus campos de acção — executiva, legislativa ou judicial — deve comportar-se ponderadamente, com lealdade e honestidade para com os seus administrados, sem recurso à arbitrariedade, sem prepotência e sem abusos e, por sua vez, os cidadãos têm a legítima expectativa de que assim será, o que deve manifestar-se com particular incidência, desde logo nos

[1041] Incluímos as vítimas directas, as vítimas indirectas, as potenciais vítimas e a comunidade.
[1042] Jorge de Figueiredo Dias, *Acordos sobre a sentença em processo penal – o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 27.

conteúdos normativos e, depois, na prática judiciária. O exercício do poder punitivo configura-se como um garante de interacção saudável e franca entre o Estado e os seus governados. Uma lei de conteúdo materialmente legítimo é o primeiro passo para a sua correcta interpretação e aplicação. São notas características de um Estado de direito democrático a afirmação de um Direito que preserve o princípio da igualdade dos cidadãos e, paralelamente, a reserva do mínimo ético de conteúdo intocável, indestrutível e inderrogável na órbita da dignidade humana no âmbito do processo penal que se pretende humano e humanizante.

c) Princípio da eficiência

Eficácia ou efectividade como princípio de direito público e eficiência não são conceitos que coincidam ou que se confundam. A realização dos objectivos pretendidos de celeridade e economia processual na perseguição criminal privilegia os *meios* face ao *sujeito* processual arguido. É esta a percepção da protestada eficácia, efectividade ou eficientismo no procedimento criminal. Numa outra perspectiva encontra-se a eficiência. Esta autoriza chegar-se aos propósitos almejados através da utilização dos recursos adequados, da *boa actuação*, do comportamento apropriado ao longo do *iter* processual. Neste sentido, são estabelecidos limites aos meios empregados em nome da pessoa humana, do respeito pelos seus direitos fundamentais e pela não funcionalização do indivíduo no procedimento criminal. Na nossa óptica, o princípio da eficiência pressupõe a avaliação e ponderação, por parte do Estado, entre as necessidades de protecção e as capacidades de protecção. É uma tarefa continuada e ininterrupta, actualizável a todo o momento, em função das incessantes e aceleradas mudanças sociais, económicas e políticas, dos danos provocados pela criminalidade cada vez mais complexificada, das reivindicações de segurança e dos desígnios de defesa das garantias dos cidadãos, tanto no contexto nacional, como internacional. O respeito pelo Estado de direito democrático impõe limites ao utilitarismo pragmático na luta contra o crime e ao primado da celeridade processual com ele conexionado: a consideração do arguido como pessoa humana portadora da sua inalienável dignidade. O garantismo, a impunidade e as absolvições injustas não são face da mesma moeda[1043].

[1043] Juan Luis Gómez Colomer, «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarollo futuro inmediato», *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el*

d) Princípio da cooperação internacional

A complexificação e especialização de determinadas tipologias de crimes, bem como as actuais condicionantes sociais, económicas e culturais e, ainda, a indispensabilidade de níveis adequados de segurança remetem-nos, inevitavelmente, para o princípio da cooperação internacional.

Em face da transnacionalidade, globalização e multidimensionalidade de certos fenómenos criminais de altíssima gravidade ― terrorismo, tráfico de seres e órgãos humanos, tráfico de estupefacientes e de armas, corrupção, entre outros ― os Estados devem outorgar uma força de auxílio entre si, em nome da liberdade e da recodificação da ordem. Não quer isto significar o reforço em exclusivo da segurança colectiva. Quer traduzir uma representação da segurança pública que se ocupe da relevância dos direitos humanos na adopção de princípios, na assunção de procedimentos e na formação e manutenção de normas compatíveis e harmonizáveis.

A prevenção, a perseguição e a investigação criminal no contexto global só terão êxito com a aceitação de uma articulação funcional e aproximação normativa «enraizada numa busca da verdade judicialmente válida em que os fins não podem justificar os meios»[1044], na base do consenso internacional, ultrapassado o temor de esvaziamento dos Estados do seu *ius puniendi* para o qual tem contribuído sobretudo o processo de unificação europeia[1045].

Atendendo a algumas debilidades da prova de ADN e porque um perfil de ADN não é apenas e tão-só um código de barras, a expansão da constituição e manutenção de bases de dados de perfis de ADN, o intercâmbio desses dados e o uso desses elementos de prova devem assentar na premissa de que a ciência não é infalível. Daí que todos os

---

sistema español y en el derecho comparado, Coordenação de Juan Luis Goméz Colomer, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 145 e 146, defende que a via mais adequada para promover o garantismo sem prejuízo do eficientismo do procedimento passaria pela formação dos órgãos de polícia criminal «para servir melhor e com mais efectividade a luta contra os mais execráveis delitos e seus despudorados autores» (p. 145) e «regular legalmente com pormenor todos os pressupostos das proibições probatórias, estabelecendo normativamente também os seus efeitos processuais» (p. 146).

[1044] Citando Manuel Monteiro Guedes Valente, «A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI», *Direito e Cidadania*, Ano X, nº 29, 2009, p. 60, e sublinha que o «desafio que se coloca à segurança interna e à perseguição criminal no século XXI face à massificação da globalização em geral e da globalização criminal em especial é respeitar, dignificar e aprofundar os direitos fundamentais de todos os cidadãos sem que se anarquize a vida em comunidade» (p. 61).

[1045] Os Estados-membros têm dado prioridade à cooperação policial e judicial deixando para segunda linha a harmonização e aproximação das legislações nacionais quer de direito substantivo, quer de direito adjectivo, desejável no que respeita às normas penais gerais e às garantias no procedimento criminal.

cuidados sejam poucos. Recordamos as palavras de David H. Kaye: «a percepção popular é que o DNA fala a verdade — ou se é culpado ou se é inocente, não há ambiguidade. Mas o DNA é apenas uma ferramenta. Dá informação, dependendo da natureza das amostras e do modo como a análise é feita»[1046]. O sistema policial e judicial, nacional e internacional, têm de resistir ao cobiçado modelo tridimensional da "supereficácia / superciência / superjustiça" capaz de corromper a inocência, a verdade, a segurança, a liberdade, a justiça, numa palavra, o Direito. Na linha da afirmação de Germano Marques da Silva «(…) um dia há-de ser possível um mundo de valores, em que a Justiça finalmente vigorará para todos, como deve ser»[1047] .

De outra banda, a profusão de bases de dados de perfis de ADN não é necessariamente sinónimo de melhor e mais investigação criminal. Muitas vezes, a multiplicação de dados dá lugar a coincidências parciais de perfis, não facultando uma identificação clara e imediata do autor do crime. Outras vezes, o alargamento do armazenamento de perfis de ADN pode ampliar, em termos quantitativos, as possibilidades de identificação do autor do crime. Mas sobrevêm dois aspectos negativos: ora aumenta o trabalho de determinação do perfil correspondente ao da amostra problema, ora mantém guardados dados de pessoas que nunca cometeram crimes nem os irão cometer[1048].

Por outro lado, a recolha de vestígios de ADN nem sempre é simples, quer porque estes existem em diminuta quantidade na cena do crime, quer porque não são percepcionáveis à vista desarmada, requerendo meios sofisticados de detecção, pelo que a prova de ADN na resolução de um crime é limitada e está condicionada pela capacidade da sua detecção, colheita e posteriores condições de armazenamento de modo a mantê-la disponível e inalterada.

São estas linhas de força que acabámos de referenciar as que consideramos serem ético-socialmente aceitáveis e axiológico-juridicamente ajustadas no que concerne às complexidades e tensões no domínio da realização do interesse público

[1046] Em entrevista, em 30 de Julho de 2010, concedida a Michael Bezilla, publicada e disponível em: http://phys.org/news199711582.html, sob o título «Is DNA evidence enough? An interview with David Kaye» (acedido em 28 de Janeiro de 2013).
[1047] Germano Marques da Silva, «Crimes contra a humanidade», *Direito e Justiça*, vol. Especial, 2006, p. 58.
[1048] No início do ano de 2013 a base de dados de perfis de ADN portuguesa continha 1020 perfis de ADN pertencendo mais de 900 inserções a condenados, segundo informação publicada e disponível em: http://dnadatabase.ces.uc.pt/news.php (acedido em 19 de Fevereiro de 2013).

segurança e *bem-estar da colectividade* no exercício da pretensão punitiva e da incumbência do Estado de fazer respeitar os direitos e liberdades fundamentais do cidadão. Os actores, instituições, estratégias e recursos decisivos para a realização da justiça criminal são percebidos na sua dimensão globalizante de tempo e espaço, sob pena de a ordem jurídica carregar posições inúteis, credoras de desconfiança, normativamente desadaptadas, embora porventura, institucionalmente profícuas. Verdadeiramente difícil e até mesmo impossível será atingir o desígnio da segurança e liberdade pessoais e do bem-estar comum mantendo imunes os direitos fundamentais dos indivíduos a qualquer forma de limitação. O dilema que se coloca ao Estado é o de, nesta macro-luta, se comportar como um autêntico mediador, suficientemente capaz de promover as opções que comportem o mínimo de custos individuais, assegurando convincentemente o desenvolvimento e qualidade da vida comunitária.

NOTAS CONCLUSIVAS

É tempo de concluir apresentando, a jeito de síntese, os resultados do nosso trabalho.

I. A Constituição da República Portuguesa dá guarida, no art. 27º, nº 1, ao «direito à liberdade e à segurança», direitos distintos, tantas vezes conflituantes, tantas vezes concorrentes. O primeiro ditado pelo interesse do cidadão enquanto tal, o segundo ditado pelo interesse colectivo. Sendo contrários não são necessariamente contraditórios. Demandam do Estado uma dupla missão: ora a de se abster de forma a evitar ingerência excessiva e cerceadora na esfera jurídica pessoal, ora a de se ocupar activamente dos direitos individuais fazendo valer os seus referentes axiológicos. O Estado de Direito democrático, proclamado no art. 2º da Constituição da República Portuguesa, requer do aparelho estatal uma pose comprometida, nem maximalista, nem minimalista, em que o Estado tem o dever de proteger os cidadãos e de garantir os valores jusfundamentais.

II. O Código de Processo Penal dedica algumas das suas normas ao regime jurídico da prova no processo penal estabelecendo nulidades e proibições de prova não contendo, porém, regras específicas, claras e precisas sobre a questão do perfil de ADN. As normas sobre proibições de prova, tutelando um duplo interesse — os direitos jusfundamentais e a existência de um processo justo e equitativo—, funcionam como reais restrições à descoberta da verdade. O seu verdadeiro fundamento reside na protecção dos interesses essenciais do indivíduo que estão para além das meras exigências técnico-processuais. Diferentemente, a disciplina das nulidades leva pressuposto um funcionalismo procedimental que visa o sancionamento da violação das elementares normas processualísticas relativas à disciplina, regras e organização do processo criminal.

III. A dignidade da pessoa humana não é simplesmente uma criação normativa. É uma componente integradora da natureza humana e inerente à condição de ser-se pessoa e, neste sentido, pré-existente a toda e qualquer estrutura ou modelo de Estado. A esfera ontológica deu um passo no sentido da materialização e concretização a partir do momento em que o indivíduo tomou consciência da essencialidade da liberdade e

autodeterminação. A normativização do conceito fornece-nos um conteúdo valorativo--material que permite a compreensão da diferença entre *o que é* e *o que deve ser*, entre o *querer* e o *poder* no contexto de uma sociedade que tem de lidar permanentemente com a imperfeição do homem, com a necessidade de responder às exigências emergentes do cometimento de infracções criminais e de realização da justiça criminal no caso concreto. A idealidade e a realidade da dignidade da pessoa humana cruzam-se no caminho dialogante entre a Lei Fundamental e a legislação processual penal, manifestação da dualidade comunicante entre estas duas ordens normativas, pressuposto da descoberta da verdade factual e limite da intervenção estatal. Pugnamos pela liberdade na base de uma concepção humanista em que os direitos e garantias processuais-constitucionais são pretensões de validade da interpretação e integração das normas e da aplicação do Direito, em que os executantes judiciais têm por honrosa missão *realizar o Direito*.

IV. Mais do que nunca é necessário compreender o papel do homem face à função estatal de investigação, perseguição e punição dos comportamentos criminosos, não apenas a nível nacional, mas na ordem europeia e, até mesmo, à escala mundial, não fosse vivermos numa sociedade de risco derivada de fundamentalismos religiosos, de ataques terroristas, de conflitos armados globais, de disputa de recursos naturais, da desregulação dos mercados económico-financeiros, enfim, de um dinamismo conflitual crescente e agudizante. Categorias como a *utilidade dos meios*, a *proficiência da tutela penal*, o *bem público*, os *direitos fundamentais* surgem como ambivalentes, reclamando novas abordagens de conciliação. A compaginação dos instrumentos de liberdade da pessoa humana na sua dimensão individual e social com os instrumentos de controlo do Estado-administração no exercício da actividade punitiva é essencial, o que implica pensar, de um lado, a acção lesiva dos bens jurídicos merecedora de censura penal e, de outro, a pessoa humana mesmo quando na qualidade de arguido ou condenado.

V. Concluído o programa de mapeamento e sequenciação do genoma humano, as suas possibilidades alargaram-se ao domínio das ciências forenses, com considerável implicação no direito probatório dada a fecundidade da definição do perfil genético de qualquer indivíduo a partir de uma quantidade mínima de amostras de material biológico, mesmo que em avançado estado de decomposição. A identificação de todos os genes do ser humano, a determinação da sua função, a informação deles proveniente

permitiu descobrir a natureza do homem e antecipar o seu futuro e deu lugar à construção da imagem do *homem de cristal* ou *homem transparente*. Uma simples gota de sangue permite o acesso ao genoma completo de uma pessoa — com extracção de informações do ADN não codificante e do ADN codificante — tomando-se consciência da concomitante universalidade, homogeneidade e singularidade do indivíduo.

VI. Existe proximidade de intencionalidade entre a impressão genética e a tradicional impressão digital. A base de dados de perfis de ADN, contendo material diverso, visa funcionar, parcialmente, de modo similar à base de dados de impressões digitais. Importante é que após a recolha de material biológico, a análise recaia exclusivamente sobre o ADN não codificante, de acordo com as imposições da legislação nacional e das normas europeias relativas a esta matéria, por se tratar do ADN não revelador da identidade genética do ser humano. Serve os fins da identificação sem nada dizer sobre as características mais impressivas da pessoa. Ambas as impressões são idóneas a reconhecer um indivíduo por referência aos elementos identificativos associados à sua identidade pessoal, essencialmente no que respeita ao nome e ao género.

VII. O recurso à prova de ADN para efeitos de prossecução das finalidades do processo penal implica a realização de intervenções invasivas — todas as que tecnicamente impliquem penetração de pele, músculo ou orifícios naturais do corpo humano. Não deixam de ter este pendor outras intervenções para detecção de marcas do indivíduo, substâncias proibidas ou objectos ocultos. Mesmo que não afectem directamente a integridade física na sua dimensão sensitiva, tocam com a intimidade das pessoas e podem aproximar-se de práticas humilhantes e degradantes consoante as circunstâncias da sua realização. A Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, relativa à criação da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e o Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN estabelecem a preferência pela recolha de amostras através de método não invasivo com respeito pela dignidade humana, integridade física e moral individual, dando primazia à colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente.

VIII. Expressões recorrentemente utilizadas como *violação pouco significativa*, *lesão insignificante*, *ofensas mínimas* ou *pouco significativas* no que respeita às

ingerências corporais, justificativas da acção do aparelho estatal sobre o indivíduo na prossecução da investigação criminal, são criações jurisprudenciais por inexistência de um critério — quantitativo ou qualitativo — pré-definidor dessa ordenação no domínio da normatividade jurídico-processual-penal. Não constituição de perigo para a saúde do visado e execução por quem esteja legalmente habilitado para as realizar de acordo com as *legis artis* têm sido os dois requisitos mínimos exigidos para a admissibilidade das intervenções corporais. Em nome da procura da verdade essencial à boa administração da justiça criminal, da manutenção da ordem pública e da preservação do bem-estar geral — pilares do Estado de direito — o arguido sendo sujeito processual, titular de direitos e de deveres, é concomitantemente *objecto de investigação*, pelo que é obrigado a sujeitar-se às ingerências corporais, sem necessidade do seu consentimento prévio, desde que estas não acarretem qualquer prejuízo significativo no seu bem-estar físico, nem coloquem em causa o normal funcionamento das funções do seu corpo e sejam compatíveis com o direito à integridade corporal e à autodeterminação corporal por ser temporária, momentânea e de forma muito reduzida — em *grau e medida desprezível* ou *irrelevante* — a afectação quer do corpo físico, quer do sistema volitivo do visado. A nossa jurisprudência superior tem sustentado a obrigação de o arguido se sujeitar às intervenções corporais argumentando ainda com o *carácter excepcional* delas, *a estrita medida da necessidade face à ineficácia de outros meios de prova*. Para além de, segundo alguns entendimentos, ser matéria enquadrável no âmbito das condutas socialmente adequadas atento o diminuto grau de lesividade do bem jurídico. A tipologia da ingerência corporal pode, todavia, cruzar os maus tratos e tortura.

IX. Podendo o ADN ser extraído no mais diversificado material biológico humano para a seguir ser analisado e constituir objecto de prova, o exame é instrumental do meio de prova pericial. São elevadas as possibilidades de identificação de uma pessoa através do seu ADN. É imprescindível determinar a forma de valoração do resultado do exame de ADN, meio de prova, para a formação da convicção do tribunal. A radicalidade do estado actual do conhecimento científico propende para a defesa intransigente da utilidade maximamente ampliada deste meio de prova, todavia, um simples erro humano ou uma mera falha técnica na *cadeia de custódia* pode implicar consequências altamente nocivas pela possibilidade de fornecer resultados "falsos positivos", o que suscita um conjunto de questões não resolvidas sobre a intenção totalizante das fórmulas objectivas e neutras da Ciência. Se a designada s*cientific*

evidence serve para incriminar, acusar ou condenar também cuida da comprovação da injustiça de algumas condenações proferidas já transitadas em julgado. A prova pericial, embora declare a coincidência entre a amostra problema e as amostras referência, não afirma de modo absoluto a culpabilidade do indivíduo, nem anuncia presunção de culpabilidade.

X. As facilidades trazidas pelas regras universais do cientificismo, as novidades e a expansão das tecnologias informáticas revelaram a possibilidade da constituição de ficheiros de perfis de ADN e elaboração de ficheiros dos dados pessoais conexos. As capacidades e eficiência da era da informação informatizada e digitalizada podem entrar em rota de colisão com um dos valores fundamentais para o desenvolvimento das condições existenciais de uma sociedade, como a reserva da intimidade da vida privada, permitindo, quer a recolha e o armazenamento de dados pessoais sem qualquer tipo de dificuldades, quer o acesso a esses dados a todo o tempo. As bases de dados dos perfis de ADN poderão ou não sacrificar o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e não frustram o direito à autodeterminação informacional positivado na Constituição da República Portuguesa. No que toca ao exame propriamente dito, dependerá do local e partes do corpo examinado e do meio utilizado no respectivo exame. No respeitante ao resultado dos exames e análises, a limitação da pesquisa ao ADN não codificante fornece garantias do acabado respeito por este direito no seguimento do discurso do minimalismo genómico adoptado por uma facção da ciência forense, que atribui carácter inofensivo à análise do ADN não codificante. Vários instrumentos europeus, com o desiderato de salvaguarda do direito à intimidade das pessoas, estabelecem de forma taxativa as componentes identificativas do indivíduo a revelar pelos perfis de ADN: nome e género; em caso algum serão revelados dados de natureza codificante que permitam denunciar qualquer outro dado ou característica genética, pessoal ou individualizante.

XI. Do mesmo modo, o direito à autodeterminação informacional referido ao poder de o seu titular controlar a informação sobre si próprio, decidir sobre a revelação dos elementos relacionados com o seu foro pessoal, delimitando os seus limites, escolhendo o momento e os destinatários dessa informação, quando deixa de fora o ADN codificante, não identifica dados íntimos. O ADN não codificante e os dados dele proveniente não consubstanciam informação sensível da pessoa. Não divulga traços de

personalidade, rasgos comportamentais, nem estados ligados à pessoa como a saúde ou predisposição para doenças, nem outros dados atinentes com o foro íntimo dos indivíduos. Não obstante não estejamos certos da inocuidade do utilitarismo destas ferramentas ao nível dos ficheiros de dados conexos, existem mecanismos de segurança e de protecção dos dados pessoais, quer por via normativa, quer técnica, no sentido da anonimização, ao que acresce a obrigação de confidencialidade dos dados, o subsequente dever de segredo e a criminalização da sua violação. Só o ADN não codificante pode ser utilizado para servir os desígnios da investigação criminal, tanto internamente, como a nível internacional.

XII. Na ordem normativa processual-penal portuguesa, o princípio da presunção de inocência na sua tríplice dimensão envolve o direito do arguido a ser protegido e o correspondente dever de a lei o proteger como possível inocente de forma a que seja tratado como tal e possa defender-se dos factos que lhe são imputados se e enquanto não for declarada a sua culpabilidade por decisão judicial transitada em julgado, exceptuadas as restrições aos direitos que lhe são impostas por força das necessidades emergentes das finalidades do próprio processo penal, de que são exemplo as medidas coactivas probatórias e as medidas de coacção. O arguido dispõe de um conjunto de direitos que, na globalidade, determinam a não obrigatoriedade de colaborar para a descoberta da verdade. Enquanto o direito ao silêncio tem consagração legal no Código de Processo Penal, no art. 61º, nº 1, al. d), o direito à não auto-incriminação é uma criação doutrinária amplamente reconhecida pela jurisprudência. É apontado como um direito fundamental do arguido, não formalmente constitucional, preenchido e completado pelo modelo do direito ao silêncio na esteira dos direitos fundamentais "implícitos". É um *direito de liberdade — da liberdade de defesa e para a defesa do arguido face às prerrogativas do Estado no exercício do poder punitivo* — uma das expressões do princípio da presunção da inocência, que culminará na associação de mais um direito ao acervo dos direitos fundamentais jusconstitucionais, na acepção da Constituição em sentido material.

XIII. A obtenção e utilização de meios de prova que se extraiem do corpo ou no corpo do arguido, como amostras e tecidos biológicos, valorizam a finalidade do eficientismo na administração da justiça penal, amparam o horizonte da verdade revelada cientificamente e favorecem a lateralização do estatuto do arguido. Afirmar o

arguido como *sujeito* do processo não é o mesmo que dizer que ele não pode ser *meio de prova*. Declarar o arguido como *sujeito* do processo é assegurar que ele assume uma posição jurídica substancialmente integradora da declaração do direito no caso concreto. A prática interpretativa da doutrina e da jurisprudência portuguesa bem como do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vai no sentido da compreensão de que a falta de vontade do arguido, no que respeita aos exames corporais e correspondente extracção de amostras biológicas, não se identifica com o direito a não colaborar com a justiça criminal. Não é reconstruível ou reproduzível o espírito do sedimentado direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação nesta sede.

XIV. Reconhece-se haver uma diferenciação de finalidades da sujeição do arguido a diligências de prova ordenadas e efectuadas por entidade competente e especificadas na lei e as medidas de coacção: as normas definidoras da permissividade e relevância da prova visam a dignificação do processo penal comprometida com a intangibilidade do núcleo essencial do ser humano impedindo a funcionalização do indivíduo, que se presume inocente, ao serviço dos interesses do processo penal. O horizonte conceptual da matéria probatória está situado ontológica e cronologicamente antes das preocupações de natureza cautelar. Nas medidas de coacção o objecto e o objectivo é o procedimento criminal em si mesmo e a instrumentalidade de ferramentas processuais para a prossecução do fim do processo penal, nas regras probatórias, o objecto e o objectivo é o sujeito processual arguido.

XV. O art. 18º, nº 2 da Constituição prevê restrições aos direitos fundamentais na medida do estritamente indispensável à salvaguarda de outros direitos ou interesses legalmente protegidos. Sendo certo que não contém uma regra pré-definidora da hierarquia ou primazia a atribuir aos vários direitos (e não sobreposição) ou qualquer escala de valores, não estabelece de forma objectiva e linear o modo de resolução da competição entre as várias grandezas constitucionais, tarefa que ficará necessariamente a cargo da prudente actividade legiferante legitimada democraticamente em cada momento histórico. Esta deve encontrar soluções conformes ao Direito e adequadas constitucionalmente. Não é em vão que a matéria referente aos direitos, liberdades e garantias é sempre de reserva relativa ou de reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República, órgão representativo dos eleitores. O princípio *in dubio pro libertate* marcará o sentido da interpretação das restrições: na dúvida, os direitos são

superiores às restrições e têm preferência sobre elas. Não haverá lugar a interpretação extensiva ou recurso à analogia quando se trate de afectação dos direitos fundamentais. Para além do que, o princípio da separação de poderes proporciona ao poder judicial a sindicância da intervenção legislativa restritiva mesmo que em nome da invocada *razão pública*, tendo em conta a ponderação do grau de eficácia da medida restritiva para o interesse comunitário e da medida do sacrifício correlativo imposto aos direitos fundamentais.

XVI. A invocação da razão de interesse público na prossecução da acção penal, a necessidade de realização da justiça e a inexistência de direitos intocáveis ou de direitos sagrados, permite aceitar a execução forçada de exames de ADN e a impressão digital genética, o processamento de elementos, gravação e armazenamento de dados pessoais desde que respeitados pressupostos e balizas totalmente transparentes, claras, a definir legalmente, condicionadoras e limitadoras do seu uso. Admite-se o uso de meios de obtenção de prova e de meios de prova resultantes do progresso científico e tecnológico, garantes da quase perfectibilidade dos seus resultados, de forma controlada. Mais para a criminalidade organizada, menos para a chamada criminalidade de massas, embora sem descurar a dimensão do ponto de vista qualitativo dos bens jurídicos ofendidos com a prática criminosa. Não se trata de privilegiar a segurança colectiva em detrimento dos direitos do arguido, nem de tratar de forma privilegiada o arguido em prejuízo da vítima e do bem-estar geral. Trata-se, antes, de encontrar soluções diferenciadas para situações desiguais. A diferenciação proposta relativamente à admissibilidade ou não dos exames coercivos não toca com o princípio da igualdade, é, antes, um produto dele. Por isso, não concordamos com a forma como hoje são permitidos os exames coactivos no nosso Código de Processo Penal e legislação complementar, redutora de bens fundamentais como a integridade pessoal, traduzindo-se num retrocesso no nível de protecção concretizada constitucionalmente independentemente da gravidade do crime que se investiga, pelo qual se acusa e julga, independentemente da natureza do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão com a infracção perpetrada e da danosidade social que esta reflecte. Apontamos o aspecto que nos parece ser o mais evidente: o arguido, que é sujeito do processo e objecto de prova, é chamado a fornecer elementos probatórios do corpo e com o seu corpo, com recurso à força, se necessário for, independentemente do tipo de crime que lhe é imputado; participa na actividade probatória e é, simultaneamente, um excluído dela em prol da

eficácia da investigação criminal; tem adequada protecção constitucional enquanto presumível inocente e a lei infra-constitucional impõe-lhe soluções em benefício prevalentemente do interesse comunitário.

XVII. Admitimos que as actuais transformações no panorama social, o medo instalado e o sentimento de insegurança generalizado geram novas necessidades que não devem ser desconsideradas e, por via disso, dão origem a respostas diferenciadas. Mas não nos deixamos colonizar por entendimentos extremistas de puro garantismo ou de puro punitivismo. Não nos deixamos embalar pelas opiniões do momento nem nas decisões das maiorias parlamentares. Temos tido em consideração um argumento que entendemos não dever escapar a esta discussão — a importância de que o Direito não permita o robustecimento dos fortes e a anemia dos fracos, muito menos pela via do reforço dos poderes estatais na administração da justiça criminal resultante de um populismo reivindicativo à custa da fragilidade da pessoa humana. Não nos permitimos viver numa sociedade desrespeitadora da essência dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa, pilares da regulação social e valores de alcance e validade internacional. Procuramos soluções sóbrias, de compromisso, de modo a permitir uma perseguição penal efectiva, sem aderirmos a tipos de resolução do tudo ou nada, sem assentirmos as posições extremadas e absolutistas do garantismo individual ou do mero eficientismo do sistema criminal. Deste modo, a posição do cidadão, quer individual, quer colectivamente, sai reforçada. A forma mais eficaz de consolidação e protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos é, justamente, a administração da justiça em matéria penal com respeito pela autonomia ética do ser humano, pelo princípio da proibição do retrocesso hasteado no que consideramos ser o limite e fundamento da actuação punitiva: a dignidade da pessoa humana. Esta é portadora de um núcleo da pessoa que deve ser integralmente respeitado em todos os tempos, em todos os lugares.

XVIII. Hoje estamos cada vez menos sós. Não estamos isolados, já não somos locais, já não somos regionais. Estamos próximos de todos os cidadãos do mundo, trocamos experiências, recebemos as boas e más influências. Não podemos contar apenas com o ordenamento jurídico nacional para afirmar a segurança colectiva. É uma evidência a co-habitação com as estratégias e os meios de combate ao crime provindas de instrumentos normativos europeus. Já para não falar na diversidade de construções de direitos fundamentais constantes de diplomas internacionais, entre as quais

destacamos a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O facto de vivermos num mundo globalizado, embora aqui e ali com tramas e enredos próprios, reclama mecanismos de prevenção e de reacção ao crime harmonizáveis de Estado para Estado, esforços conjugados e diálogo permanente. A pluralidade de protagonistas no mundo do crime e a variedade de ferramentas investigatórias não constitui obstáculo à efectivação da justiça.

XIX. Compreendendo que os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos não são irrestritos nem ilimitados, mas certos de que as interferências devem ser evitáveis ou, em caso de impossibilidade, pelo menos, limitadas ao estritamente necessário, que se consiga alcançar sempre o imprescindível equilíbrio entre a segurança e a liberdade, garantia da efectiva aplicabilidade de uma e outra. Não queremos concluir sem exprimirmos o nosso receio de, paulatinamente, se ir desvirtuando o princípio da proporcionalidade de modo a confiscar a liberdade dos cidadãos. A resolução das tensões e conflitos entre os dois interesses — liberdade e segurança — é fazível com o uso do princípio da proporcionalidade que afere os fins das normas e os meios para a sua consecução. Mas não esquecemos que os juízos de avaliação e de ponderação são formulados por pessoas inseridas numa sociedade, com as suas virtudes e imperfeições, em que a índole política governante ditará o pendor a seguir — o prudente garantismo ou o implacável justicialismo — por vezes quase silenciosamente, sem dar brado para não alvoroçar as consciências mais atentas, meticulosas e reactivas. Cabe-nos alertar para o perigo de, com o disfarce da proporcionalidade, o poder legislativo, o poder judicial e os órgãos de polícia criminal invalidarem o próprio princípio, tal como o conhecemos, outorgando mais peso e valorizando em primeira linha os interesses atinentes ao bem comum, dando primazia aos meios tecnicamente eficazes e céleres.

Na medida em que a ciência que tudo pode — ou quase tudo —, uma consolidada estratégia política e governamental de informação, vigilância e controlo dos cidadãos, associada à era da comunicação e informação, assente nas modernas e complexas técnicas associadas à genética, biometria e nanometria, catalogadora do ser humano pelas suas características físicas e comportamentais, em que o corpo é informatizado, associada a uma construção social identitária minimizadora dos direitos individuais fundamentais, equivaleria ao despojamento da dignidade do ser humano. Definir-se-iam os limites da actuação dos poderes do Estado, através de um novo

entendimento e uma nova forma de interpretação do princípio da proporcionalidade posto ao serviço de uma sociedade securitária. Tudo junto resultaria numa carga coactiva excessiva sobre os cidadãos em prol do bem-estar comum almejado, o que redundaria, inevitavelmente, em inqualificáveis abusos do poder. Neste modelo societário, o ser humano não vive, limita-se a existir distanciado da aspirada *ordem* solidária, igual e livre. Militamos pela dimensão virtuosa do homem e por que um dia a liberdade não venha a ser apenas uma memória.

BIBLIOGRAFIA

Nota: Neste local fazemos referência à bibliografia utilizada e referenciada no texto estando omissa a consultada mas não citada.

ALBIÑANA I OLMOS, Joseph Lluis, *Las intervenciones corporales en el proceso penal: las debilidades de los procesos penales nacionales*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, in: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf (acedido em 06/03/2012)

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed. actualizada, 2008

ALMEIDA, Vasco Duarte de, «Sobre o valor da dignidade da pessoa humana», *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 1, 2005, pp. 623 ss.

ALMENDRA, Sandra, «O Presidente Obama e as novas prioridades de segurança nacional», *Lusíada. Política internacional e segurança*, nº 4, 2010, pp. 129 ss.

ALONSO ALONSO, Antonio, «Conceptos básicos de ADN forense», discurso de inauguração do Curso *Nuevas Técnicas de Investigación del Delito: Intervenciones Corporales y ADN* (21 a 23/06/2004), in: http://www.slideshare.net/adnestelamartin/conceptos-basicos-deadnforense (acedido em 13/11/2012), p. 1860 ss.

AMBOS, Kai, «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán» *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Coordenação de Juan Luis Goméz Colomber, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 325 ss.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987

ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Conclusões» do Colóquio "Revisitação do Consenso Constitucional", *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, AA.VV., vol. I, Coimbra Editora, 2012, pp. 175 ss.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2006

ANDRADE, Manuel da Costa, «Constituição e direito penal», *A justiça nos dois lados do Atlântico*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento, 1998, pp. 198 ss.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 377 ss.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 725 ss.

ANDRADE, Manuel da Costa, "*Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

ANDRADE, Manuel da Costa, «Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral)», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 525 ss

ANTUNES, Maria João, «O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 1237 ss.

ARCHER, Luís, «Genoma e intimidade», *Cadernos de bio-ética*, Coimbra, nº 7, Dez. 1994, pp. 63 ss.

ARROYO ZAPATERO, Luis «De la territorialidad a la universalidade en la persecucion penal», *Lusíada*, nº 3, 2005, pp. 121 ss.

ASCENSÃO, José de Oliveira, «A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, nº 1, Jan. 2008, pp. 97 ss.

AVANCINI, Helenara Braga, «Genoma humano: reflexão ética sobre a (im)possibilidade do patenteamento do património genético humano», *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 72, Set./Out. 2004, pp. 23 ss

AZAOLA CALDERÓN, Luís*Las intervenciones corporales, un análisis comparativo entre México y España*, in: http://www.fldm.edu.mx/documentos/revista5/articulo02.pdf (acedido em 19/02/2012)

BARATA-MOURA, José, «Sobre a verdade. Um roteiro de problemas», *Revista do CEJ*, 2º semestre, nº 10, 2008, pp. 9 ss.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do genoma humano*, Coimbra, Almedina, 2007

BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1995

BECCARIA, Beccaria, *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998

BECHARA, Fábio Ramazzini, *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*, Tese de Doutoramento, Universidade de S. Paulo, Faculdade de Direito, Brasil, 2009, in: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010.../Texto.pdf (acedido em 22/02/2012).

BOGAN, Paul, «Self-incrimination, the right to silence and the reverse burden of proof», *Human Rights in the investigation and prosecution of crime*, AA.VV., editado por Madeleine Colvin e Jonathan Cooper, Oxford, University Press, 2009, pp. 347 ss.

BRAMLEY, Bob, «DNA databases», *Handbook of forensic science*, edição de Jim Fraser and Robin Williams, Willan Publishing, 2009, pp. 309 ss.

BRANDÃO, Nuno, «Medidas de coacção: o procedimento de aplicação na revisão do Código de Processo Penal», *Revista de CEJ*, 1º semestre, nº 9 (especial), 2009, pp. 71 ss

BRAVO, Jorge dos Reis, «Perfis de ADN de arguidos-condenados (o art. 8º, nºs 2 e 3 da Lei nº 5/2008, de 12-02)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, nº 1, Jan./Mar. 2010, pp. 97 ss.

CAETANO, Marcello, *Constituições Portuguesas*, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 1981

CAIN, Brian, *Legal Aspects of Gene Technology*, London, Sweet and Maxwell, 2003

CALHEIROS, Maria Clara, «A construção retórica do processo penal», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 359 ss.

CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1984

CANOTILHO, J.J. Gomes, «Tópicos de um curso de mestrado sobre os direitos fundamentais, procedimento, processo e organização», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVI, 1990, pp. 151 ss.

CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho / MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

CARCASSONNE, Guy, «Les tests ADN», *Recueil Dalloz*, Ano 183, nº 42 / 7315, 2007, p. 2992

CARRACEDO, A. / LARÉU, M. V. / PESTONE, C. / SALAS, A. / BARRAL, S. / BRIÓN, M., «Valor y limites del ADN em genética forense», *Temas de medicina legal*, Coordenação de Duarte Nuno Vieira, Ascensão Rebelo e Francisco Corte-Real, Coimbra, Centro de Estudos de Pós-Graduação em Medicina Legal, 1998, vol. I, pp. 397 ss.

CARRACEDO, Ángel / SALAS, A. / LARÉU, M. V., do Instituto Universitário de Medicina Legal da Universidade de Santiago de Compostela, «Problemas y retos de futuro de la genética forense en el siglo XXI», *Cuadernos de medicina forense*, vol. 16, nº 1-2, 2010, pp. 31 ss, in: http://scielo.isciii.es/pdf/cmf/v16n1-2/revision3.pdf (acedido em 23/03/2012).

CASSESSE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporâneo*, Barcelona, Ariel, 1993

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Intercambio de información policial en el marco de la Unión Europea», *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Prólogo Víctor Moreno Catena y Luis Arroyo Zapatero, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2006, pp. 401 ss.

CHEN, Qiu / LEE, Feifei / KOTANI, Koji / OHMI, Tadahiro, «An improved fast search method using histogram features for DNA sequence database», *World Academy of Science, Engineering and Technology*, nº 69, 2010, pp. 569 a 572, in: http://www.waset.org/journals/waset/v69/v69-103.pdf (acedido em 26/01/2012)

COLE, Simon, «The Myth of Fingerprints», artigo publicado, em 03 de Maio de 2001, no The New York Times, in: http://www.truthinjustice.org/fingerprint-myth.htm (acedido em 28 de Janeiro de 2013)

COOPER, Geoffrey M. / HAUSMAN, Robert E., *A Célula – uma abordagem molecular*, (tradução Maria Regina Borges-Osório), 3ª ed., Porto Alegre, Artmed, 2007

COQUOZ, Raphaël, «Profils ADN: matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire? Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN», *Revue pénale suisse*, tomo 118, nº 2, 2000, pp. 161 ss.

CORRÊA, Adriana Espíndola, *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*, Tese de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil, 2009, in:

http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1 (acedido em 07/03/2012).

CORREIA, João Conde, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

CORREIA, João Conde, «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 4, 2006, pp. 175 ss.

CORTE-REAL, Francisco, «Bases de dados genéticos com fins forenses», *Direito e Justiça*, volume especial, 2004, pp. 141 ss.

COSTA, Joana, «O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, nº 128, Out./Dez. 2011, pp. 117 ss.

COSTA, Joana, «A protecção deficitária da vítima à luz da Constituição – breve reflexão em torno do art. 219º do Código de Processo Penal», *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, AA.VV., Coimbra Editora, 2012, pp. 111 ss.

COSTA, José de Faria, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992

COSTA, José de Faria, «Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal», *A justiça nos dois lados do Atlântico*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, pp. 187 ss.

COSTA, José de Faria, «O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*), *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 138, nº 3955, 2009, pp. 218 ss.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da, «O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional Portuguesas», *Direito Constitucional, Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Coordenação de Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti, São Paulo, Dialética, 1999, pp. 191 ss.

CUNHA, José Manuel Damião da, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Universidade Católica, 2002

CUNHA, José Manuel Damião da, «As revisões do Código de Processo Penal. Algumas questões de técnica e lógica processuais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nºs 2 e 3, Abr./Set. 2008, pp. 211 ss.

CUNHA, José Manuel Damião da, «Breves notas acerca do regime de impugnação de decisões sobre medidas de coacção», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, nº 2, Abr./Jun. 2009, pp. 313 ss.

CUNHA, José Manuel Damião da, «*Ne bis in idem* e o exercício da acção penal», *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 553 ss.

CUNHA, José Manuel Damião da, «Algumas questões do atual regime de recursos em processo penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, nº 2, Abr./Jun. 2012, pp. 261 ss.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *A constituição do crime – da substancial constitucionalidade do direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998

D'AURIA, Luca, «Prova penale scientifica e "giusto processo"», *La giustizia penale*, Ano CIX, XLV da 7ª Série, Parte I, Jan. 2004, pp. 21 ss.

DECAUX, Emmanuel, «Dignité et universalité», *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs: les limites irréductibles*, sob a direcção de Silvio Marcus Helmons, AA.VV., Universidade Católica de Louvain, Academia, 1999, pp. 163 ss.

DENNINGER, Erhard, «Derechos humanos, dignidad humana y soberanía estatal», *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (tradução de Cristina Hermida del Llano) Ano V, nº 9, Jul./Dez. 2000, p. 285 ss.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, primeira edição, Coimbra, Coimbra Editora

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Ónus de alegar e provar em processo penal?», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 105, nº 3474, 1973, pp. 139 ss.

DIAS, Jorge de Figueiredo /MONTEIRO, Sinde, em *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do *BMJ*, Lisboa, 1984

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias / ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª reimpressão, 1997

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 2004

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

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal – o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, Conselho Distrital do Porto, 2011

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Sobre a instituição do Ministério Público, hoje e aqui», *Ministério Público: Que futuro?*, AA.VV., Coordenação Mário Gomes

Dias e Carlos Sousa Mendes, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, S.A., 2012, pp. 153 ss.

DIAS, José Eduardo Figueiredo, «Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 615 ss.

DOTTI, René Ariel, «A reforma do Processo Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 4, Out./Dez. 1994, pp. 561 ss.

DOUTREMEPUICH, Françoise / DOUTREMEPUICH, Christian, «Les empreintes génethiques en pratique judiciaire», *10 ans d'empreintes généthiques*, sob a direcção de Christian Doutremepuich, Paris, La Documentation Française, 2001

EDELMAN, Bernard, *La persone en danger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999

EDWARDS, R. A., «Generosity and Human Rights Act: the right interpretation?», *Public Law*, nº 377-580, 1999, pp. 400 ss.

ENTORF, Horst / SPENGLER, Hannes, *Crime in Europe. Causes and consequences*, Berlim, Springer, 2002.

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), Granada, Editorial Comares, 2000

FAJARDO ARTURO, Luis Andrés, *Multiplicité des cadres de protection des droits de l'homme*, Universidade Sérgio Arboleda, Bogotá, Colômbia, Jan./Jun. 2008, in: http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista14/Multiplite-de-cartres.pdf (acedido em 21/02/2012).

FANUELE, Chiara, *Dati genetici e procedimento penale*, Milão, Cedam, 2009

FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário Conimbricence do Código Penal*, AA.VV., Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 202 ss.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos», *Rivista di scienze giuridiche*, Ano L, nº 2, Mai./Ago. 2003, pp. 201 ss.

FERREIRA, Ivette Senise, «A intimidade e o direito penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 2, nº 5, Jan./Mar. 1994, pp. 96 ss.

FIDALGO, Sónia, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 1, Jan./Mar. 2006, pp. 115 ss.

FLAUSS, Jean-François, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 36, 1999, pp. 711 ss.

FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, Petrópolis, Editora Vozes, 2007

FRANCO, Alberto Silva, «Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, fasc. 2º, Abr./Jun. 1996, pp. 175 ss.

FREITAS, Florentina Maria de, «Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança *versus* privacidade», *Lusíada*, nº 7, 2010, pp. 247 ss.

GALAIN PALERMO, Pablo, «Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal», *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 613 ss.

GALLARDO RUEDA, Alberto, «El derecho a la presunción de inocencia», *Cuadernos de política criminal*, nº 38, 1989, pp. 313 ss.

GALLOUX, Jean-Christophe / GAUMONT-PRAT, Héléne, «Droits et libertés corporels», *Recueil Dalloz*, Ano 183, nº 16, 2007, pp. 1102 ss.

GALTUNG, Johan, *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*, Lisboa, Instituto Piaget, 1994

GAMA, António, «Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, nº 3, Jul./Set 2009, pp. 391 ss.

GASCÓN ABELLÁN, Marina / LUCENA MOLINA, José Juan, «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia*, nº 69, Nov. 2010, pp. 95 ss.

GASPAR, Alexandra Idalina Pereira, *Bioética e dignidade humana: uma problematização a partir da antropologia da falibilidade de Paul Ricouer*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 2005

GAUMONT-PRAT, Hélène / DOUCHY-ODOUT, Mélina, «Protection de la personne: libertés et droits corporels», *Recueil Dalloz. Sommaires commentés*, Ano 180, nº 8/7149, 26 Fev. 2004, pp. 528 ss.

GLESS, Sabine, «A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal», (tradução de Luciana Goulart Quinto, revista e editada por Pedro Caeiro), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº 3, Jul./Set. 2011, pp. 395 ss.

GOMES, Miriam / REBOLEIRA, Nuno, «Determinação do perfil genético de um indivíduo a partir da recolha de material biológico proveniente de munições de armas de fogo após o disparo», *Investigação Criminal*, nº 3, 2012, pp. 252 ss.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarollo futuro inmediato», *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Coordenação de Juan Luis Goméz Colomer, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 107 ss.

GONÇALVES, Fernando / ALVES, Manuel João, *A prova do crime. Meios legais para a sua obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009

GONÇALVES, M. Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009

GORGEY, Andrea de, «The advent of DNA Databanks: implications for information privacy», *American Journal of Law and Medicine*, vol. XVI, nº 3, 1990, pp. 381 ss.

GOSSEL, Karl-Heinz, «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha» (tradução de Manuel da Costa Andrade), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Jul./Set. 1992, pp. 397 ss.

GOULART, Maria Carolina Vaz / IANO, Flávia Godoy / SILVA Paulo Maurício / SALES-PERES, Silvia Helena de Carvalho / SALES-PERES, Arsênio, «Manipulação do genoma humano: ética e direito», *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 15, supl. 1, Rio de Janeiro, Junho, 2010, in: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700082 (acedido em 28/01/2012).

GROENINGA, Giselle Câmara, «O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade», *Família e dignidade humana: anais do V Congresso brasileiro de direito de família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, pp. 439 ss.

HASSEMER, Winfried, «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XV, 1992, p. 183 ss.

HASSEMER, Winfried, *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra* seguido de *A segurança pública no Estado de Direito*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995

HOSTE, B., «La preuve par l'ADN dans les affaires criminelles: impact des résultats et calculs de probabilité», *Revue de droit pénal et de criminologie*, Ano 79, nº 5, Maio 1999, pp. 608 ss.

ILLUMINATI, Giulio, «L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Ano LIII, fasc. 2, Abr./Jun. 2010, pp. 521 ss.

In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade – Portal Verbo Jurídico – http://www.inverbis.net/tribunais

JEANDIDIER, Wilfrid, «La présomption d'innocence ou le poids des mots», *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, nº 1, Jan./Mar., 1991, pp. 49 ss.

JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos, «A aplicação da perícia de análise do ADN no processo penal para fins de identificação criminal», *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, nº 3, 2005, pp. 83 ss.

KAYE, David H., entrevista datada de 30 de Julho de 2010, concedida a Michael Bezilla, publicada in: http://phys.org/news199711582.html, sob o título «Is DNA evidence enough? An interview with David Kaye» (acedido em 28/01/2013).

KAMENKA, Eugene, «Human rights, people's rights», *The Rights of Peoples*, AA.VV., Editado por James Crawford, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 127 ss.

KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Coimbra, ed. Atlântida, 1960

KRIMSLY, Sheldon, «Twenty years of DNA databanks in the U.S.», Genewatch, http://www.councilforresponsiblegenetics.org/genewatch/GeneWatchPage.aspx?pageId=369 (acedido em 30 de Janeiro de 2013)

KIRÁLY, Tibor, «Significato e valore della presunzione d'innocenza», *L'Indice Penale*, Ano XXVI, nº 1, Jan./Abr. 1992, pp. 5 ss.

LAGOA, Arlindo Marques, *Análise genética de impressões digitais – amostras low copy number*, Universidade do Porto, Tese de Mestrado, 2007, in: http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22055/4/20070702tese.pdf, (acedido em 20/02/2012).

LARRALDE, Jean-Manuel, «La Cour Européenne des Droits de l'Homme face aux traitements contraires à l'intégrité physique et morale des individus», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelas, ano 10, nº 38, Abril, 1999, pp. 283 ss.

LASSALLE, Ferdinand, *O que é uma constituição política?*, Porto, Ed. Nova Crítica, 1976.

LLERA SUÁREZ-BÁRCENAS, Emílio de, «El intercambio de información policial y de servicios de inteligencia», *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Prólogo Víctor

Moreno Catena y Luis Arroyo Zapatero, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2006, pp. 389 ss.

LYNCH, Michael / MENALLY, Ruth «Science, sens commum et preuve ADN: une controverse judiciaire à propos de la compréhension publique de la science», traduzido por Baudouine Dupret, *Droit et société*, Paris, nº 61, 2005, pp. 655 ss

LOUREIRO, João Carlos, «Os genes do nosso (des)contentamento. Dignidade humana e genética: notas de um roteiro», *Genoma e dignidade humana*, Coordenação de Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes, Colectânea Bioética Hoje, V, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, pp. 205 ss.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, (tradução de Agassiz Almeida Filho), Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006

LÚCIO, Laborinho, «Processo Penal e consciência colectiva», *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 135 ss.

MacDERMOT, Niall, «O Estado de Direito e a Protecção dos Direitos do Homem», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 35, 1975, pp. 531 ss.

MACHADO, Helena / SILVA, Susana, «Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética», in: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/8808/1/cap6.pdf (acedido em 27/01/2013)

MACHADO, Helena / SILVA, Susana / AMORIM, António, «Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Ano XLV, nº 196, 2010, pp. 537 ss, In: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1283950470C0xRF9bo4Yl23YJ7.pdf (acedido em 09/10/2012).

MANTOVANI, Ferrando, «Sobre a exigência perene da codificação», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, tradução do original de Cristina Líbano Monteiro, Ano 5, 2º, Abr./Jun. 1995, pp. 143 ss.

MARTIN, Peter «Un bref historique de l'utilization de l'empreinte généthique dans des enquêtes criminelles en Europe», *10 ans d'empreintes généthiques*, AA.VV., sob a direcção de Christian Doutremepuich, Paris, La Documentation Française, 2001, pp. 15 ss.

MASTROPIETRO, Andrea, «Diritto e dignità umana», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Ano LXXXVII, nº 2, Abr./Jun. 2010, pp. 241 ss.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, «Escutas telefónicas – o que não muda com a reforma», *Revista de Economia e Direito*, Vol. XII, nº 2, 2007/Vol. XIII, nº 1, 2008, pp. 279 ss.

MESQUITA, Paulo Dá, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010

MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2011

McCARTNEY, Carole, «The DNA expansion programme and criminal investigation», *The british journal of criminology*, vol. 46, nº 2, Mar. 2006, pp. 175 ss.

MESTRES NAVAL, Francesc / VIVES-REGO, Josep, «La resolución de casos abiertos, exoneraciones y análisis familiares por medio de la genética avanzada. Aspectos forenses, sociales y éticos», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 14, 2012, pp. 1 a 18, in: http://criminet.ugr.es/recpc (acedido em 02/09/2013).

MIR PUIG, Santiago, «O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, nº 1, Jan./Mar. 2009, pp. 7 ss.

MIRANDA, Jorge, *Textos Históricos do Direito Constitucional* (organização e tradução do autor), Lisboa, INMC, 1980

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional. Estrutura Constitucional da Democracia*, Tomo VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012

MONIZ, Helena, «Problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº 2, Abr./Jun. 2002, pp. 237 ss.

MONIZ, Helena, «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 120, Out./Dez. 2009, pp. 145 ss.

MONTE, Mário Ferreira, «O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?», *Revista do Ministério Público*, Ano 27, nº 108, Out./Dez. 2006, pp. 239 ss.

MONTE, Mário Ferreira, *O direito penal europeu de "Roma"a "Lisboa" – subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Juris, 2009

MONTE, Mário Ferreira, «Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão», *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 399 ss.

MONTERO AROCA, Juan, «Principio acusatório y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un slogan político», *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Coordenação de Juan Luis Goméz Colomer, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 17 ss.

MONTEIRO, Fernando Conde, «O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas), *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 321 ss.

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel, *Aspectos sustantivos e procesales de la tecnología del ADN*, Granada, Fundação BBVA, 2001

MORAIS, Carlos Blanco de, «Os direitos, liberdades e garantias na jurisprudência constitucional portuguesa: um apontamento» *O Direito*, Ano 132, nºs III/IV, Jul./Dez. 2000, pp. 361 ss.

MOREIRA, Isabel, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2007

MOURA, José Souto de, «A questão da presunção da inocência do arguido», *Revista do Ministério Público*, Ano 11, nº 42, Abr./Jun. 1990, pp. 31 ss.

MOURA, José Souto de, «Direito e processo penal actuais e consagração dos direitos do homem», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 1, nº 4, Out./Dez. 1991, pp. 567 ss.

MOURA, José Souto de, «Dignidade da pessoa e poder judicial», *Revista do Ministério Público*, Ano 18, Abr./Jun. 1997, nº 70, pp. 95 ss.

MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e imputado no Processo Penal Português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2000

NETO, Luísa, «Sobre a existência e utilização de uma base de dados genética em Portugal», *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 301 ss.

NEVES, A. Castanheira, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, fasc. 1º, Jan./Mar. 1996, pp. 9 ss.

NEVES, A. Castanheira, *O Direito hoje com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2002

NEVES, A. Castanheira, «O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», *Scientia Iuridica*, 94, 2009, pp. 45 ss.

NEVES, Manuela Figueira, «A estatística no tribunal», pp. 1 a 14, in: www.ceaul.fc.ul.pt/getfile.asp?where=notas&id=260 (acedido em 20/11/2012).

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno, «A importância dos vários ângulos de estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais», *MPMG, Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Ano V, nº 19, Jan., Fev. e Mar. 2010, pp. 22 ss.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

NUNES, Rui Manuel Lopes, *Bioética e deontologia profissional*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002

NUNES, Rui /MELO, Helena /NUNES, Cristina, *Genoma e dignidade humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, «Eficiência e Constituição», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, pp. 293 ss.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, «Implicações jurídicas do conhecimento do genoma», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 128, nº 3860, 1996, pp. 325 ss.

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, «Da autonomia do regime das proibições de prova», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coordenação de Teresa Pizarro Beleza, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 257 ss.

ORTIZ RIVAS, Hernán A., «Reflexiones sobre derechos humanos», *Estudios de Derecho*, vol. LIV, nºs 119-124, Mar./Set. 1995, pp. 139 ss.

OTERO PARGA, Milagros, «El valor dignidad», *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 12, nº 1, 2003, pp. 115 ss.

OTERO, Paulo, «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, AA.VV., vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 107 ss.

PATRÃO-NEVES, M., «O genoma e a identidade da pessoa», *Genoma e dignidade humana*, Coordenação de Rui Nunes, Helena Melo e Cristina Nunes, Colectânea Bioética Hoje, V, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, pp. 25 ss.

PEREIRA, Marcos Keel, *O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais portugueses. Uma perspectiva metodológica*, Working Paper, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, nº 4, 2002

PALMA, Maria Fernanda, «A constitucionalidade do art. 342º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)», *Revista do Ministério Público*, Ano 15, Out./Dez. 1994, nº 60, pp. 101 ss.

PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*, Lisboa, AAFDL, 2000

PATRÍCIO, Rui, «O direito fundamental à presunção de inocência (revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde)», *Direito e Cidadania*, Ano VII, nº 22, 2005, pp. 9 ss.

PATRÍCIO, Rui, «O Código de Processo Penal no regaço de Penélope», *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 86, Janeiro 2012, pp. 42 ss.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge. A., «El derecho a la no autocriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal», in: http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm (acedido em 31/08/2013).

PÉREZ MANZANO, Mercedes, «Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda», *Jueces para la democracia*, nº 67, Março 2010, pp. 51 ss.

PÉRES MARÍN, M. Ángeles, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez. 2012, pp. 127 ss.

PINHEIRO, Maria de Fátima, «Contribuição do estudo do DNA na solução de casos criminais», *Revista do Ministério Público*, Ano 19, nº 74, Abr./Jun., 1998, pp. 145 ss.

PINHEIRO, Maria de Fátima, «Identificação individual – dactiloscopia e genética forense», *Revista de Direito Maia Jurídica*, Ano VI, nº 2, Jun./Dez. 2008, pp. 39 ss.

PINHEIRO, Maria de Fátima, «Identificação genética: passado, presente e futuro», *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 118, Abr./Jun. 2009, pp. 157 ss.

PINHEIRO, Rui / MAURÍCIO, Artur, *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2007

PINTO, José Delgado «Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos Humanos e Constitucíon», *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, AA.VV., Madrid, Dykinson, ed. José Antonio López García y J. Alberto del Real, 2000, pp. 91 ss.

PINTO, Lara Sofia, «Privilégios contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido: case study: revelação coactiva da password para desencriptação de dados: resistance is futile?», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 91 ss.

PINTO, Paulo Mota, «A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, AA.VV., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 527 ss.

PINTO, Paulo Mota, «A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Jurisprudência constitucional*, nº 10, Abr./Jun. 2006, pp.13 ss.

PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)*, Coimbra, Almedina, 1997

PIZZORNI, Reginaldo M., «La dignità della persona umana e l'autorità dello Stato», *Apollinaris,* Vol. LXIX, nº 3-4, 1996, pp. 635 ss.

POLICARPO, D. José da Cruz, «A dignidade da pessoa humana, fundamento da justiça», (Homilia na missa de abertura do ano judicial, Sé Patriarcal, 08 de Fevereiro de 2001), *Direito e Justiça*, vol. XV, tomo 1, 2001, pp. 5 ss

PUGLIESE, Joseph, «Identity in question: a grammatology of DNA and forensic genetics», *International Journal for the semiotics of law*, vol. 12, nº 4, 1999, pp. 419 ss.

PUJADAS TORTOSA, Virgínia, *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008

QUEIROZ, Cristina M. M., «O princípio da interpretação conforme a Constituição. Questões e perspectivas», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, pp. 313 ss.

QUILLET, Nicolas, «Le Traité de Prüm relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière», *Revue du marché commun et de l'union européenne*, nº 513, Dez. 2007, pp. 660 ss.

RANGEL, Paulo, «Transconstitucionalismo *versus* interconstitucionalidade», *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, AA.VV., vol. I, Coimbra Editora, 2012, pp. 151 ss.

RAPOSO, Vera Lúcia, «CSI: quando a ficção se torna realidade», *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, nº 10, 2008, pp. 83 ss.

RICH, Roland, «The right to development: a right of peoples?», *The Rights of Peoples*, AA.VV., Editado por James Crawford, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 39 ss.

ROCHA, Joaquim Freitas, «Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, pp. 383 ss.

RODRIGUES, Anabela Miranda, «A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo novo"», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, nº 4, Out./Dez. 2002, pp. 549 ss.

RODRIGUES, Anabela Miranda, «Política criminal – novos desafios, velhos rumos», *Lusíada*, nº 3, 2005, pp. 15 ss.

RODRIGUES, N. B. / LoVERDE, P.T. / ROMANHA, A. J. / OLIVEIRA, G., *Characterization of new schistosoma mansoni microsatellite loci in sequences obtained from public DNA databases and microsatellite enriched genomic libraries*, Mem Inst Oswlado Cruz, Rio de Janeiro, vol. 97, supl. 1, 2002, p. 71 a 75, in: http://www.scielo.br/pdf/mioc/v97s1/23x.pdf, (acedido em 26/01/2012).

ROXIN, Claus, «Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 385 ss.

SANTIAGO, Rodrigo, «Reflexões sobre as "declarações do arguido" como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 1, Jan./Mar. 1994, pp. 27 ss.

SANTIAGO, Rodrigo, «O defensor e o arguido no processo penal português: aspectos polémicos», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, nº 2, Abr./Jun. 2007, pp. 207 ss.

SANTIAGO, Rodrigo, «Reflexões sobre a 15ª alteração ao Código de Processo Penal: o arguido e o defensor», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nºs 2 e 3, Abr./Set. 2008, pp. 317 ss.

SANTOS, M. Simas / LEAL-HENRIQUES, M., *Código de Processo Penal Anotado*, I, 3ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2008

SANTOS, Vítor Sérgio Sequinho dos, «Medidas de coacção», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 9 (especial), 2008, pp. 117 ss.

SANZ MULAS, Nieves «De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española»,

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 14-10, 2012, in: http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf (acedido em 11/02/2013).

SARLET, Ingo Wolfgang, «A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro», *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 28, 1º semestre, 2005, pp. 89 ss.

SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, 2005, pp. 325 ss.

SARRULLE, Óscar Emílio, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998

SCHOCKENHOFF, Eberhard, «Human dignity and the biological factor», *Biological nature and dignity of the human person*, 17th World Congress of FIAMC, Fédération Internationale des Associations Médicales Catholiques, 1990, p. 41 ss.

SERRÃO, Daniel, «A criação e o genoma», *Brotéria*, 4, vol. 153, 2001, pp. 803 ss.

SERRÃO, Daniel, «Os desafios contemporâneos da genética», *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coordenação de José de Oliveira Ascenção e outros, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 369 ss.

SILVA, Germano Marques da, «Princípios Gerais do Processo Penal e Constituição da República Portuguesa», *Revista de Direito e Justiça da Universidade Católica Portuguesa*, vol. 3, 1987/88, pp. 163 ss.

SILVA, Germano Marques da, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001

SILVA, Germano Marques da, «A crise da justiça. Três recados aos magistrados e advogados do século que começa», *Direito e Justiça*, vol. XV, tomo 1, 2001, p. 21 ss.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 3ª ed., revista e actualizada, 2002

SILVA, Germano Marques da, «Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 1365 ss.

SILVA, Germano Marques da, «Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)», *Lusíada*, nº 3, 2005, pp. 69 ss.

SILVA, Germano Marques da, «Produção e valoração da prova em processo penal», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 4, 2006, pp. 37 ss.

SILVA, Germano Marques da, «Crimes contra a humanidade», *Direito e Justiça*, vol. Especial, 2006, pp. 57 ss.

SILVA, Germano Marques da, «Os novos desafios do Processo Penal», *II Congresso de Processo Penal*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente, Comissão Científica de Germano Marques da Silva e Anabela Miranda Rodrigues, Almedina, 2006, pp. 295 ss.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 4ª ed. revista e actualizada, 2008

SILVA, Germano Marques da «Arguido: do presumido inocente ao presumido culpado», *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Artur Anselmo*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente e Maria Teresa Payan Martins, Almedina, 2008, pp. 177 ss.

SILVA, Germano Marques da, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 3ª ed. revista e actualizada, 2009

SILVA, Germano Marques da, «Notas soltas sobre as alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português», *Processo Penal do Brasil e de Portugal*, AA.VV., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 71 ss.

SILVA, Germano Marques da, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 789 ss.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, Verbo, 6ª edição, 2010

SILVA, Germano Marques da, *Pareceres do Gabinete de Estudos – Projecto de Proposta de Lei que visa a alteração do Código Penal*, (Relator e Presidente do Gabinete de Estudos da Ordem dos Advogados), Lisboa, 29 de Abril de 2012, in: www.oa.pt (acedido em 09/05/2012).

SILVA, Germano Marques da, *Pareceres do Gabinete de Estudos – Projecto de Proposta de Lei que visa a alteração do Código de Processo Penal*, (Relator e Presidente do Gabinete de Estudos da Ordem dos Advogados), Lisboa, 01 de Maio de 2012, in: www.oa.pt (acedido em 09/05/2012).

SILVA, Germano Marques da, «Reflexões sobre as atribuições do Ministério Público na defesa da legalidade democrática e na execução da política criminal», *Ministério Público: Que futuro?*, AA.VV., Coordenação de Mário Gomes Dias e

Carlos Sousa Mendes, Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2012, pp. 101 ss.

SILVA, João Ribeiro da, *Perspectivas da Bioética – Bioética Contemporânea III*, Chamusca, Cosmos, 2003

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María «Los indeseados como enemigos», *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminilogía*, nº 09-01, 2007, in: http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf (acedido em 27/09/2012).

SILVA, Maria Luísa Portocarrero, «Autonomia da pessoa e determinismo genético», *Genoma e dignidade humana*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002, pp. 9 ss.

SILVA, Paula Costa e, «A realização coerciva de testes de ADN em acções de estabelecimento da filiação», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 577 ss.

SIMONCELLI, Tania, entrevista in: http://www.cup.columbia.edu/static/interview-krimsky-simoncelli (acedido em 30/01/2013).

SINTRA, António, «Técnicas especiais de investigação criminal. Factor segurança», *Lusíada. Política internacional e segurança*, nº 4, 2010, pp. 173 ss.

SPINNEY, Laura, artigo publicado on-line, em 17 de Março de 2010, intitulado «*Science in court: the fine print*», in: http://www.nature.com/news/2010/100317/full/464344a.html (acedido em 30/01/2013)

SUÁREZ-BÁRGENAS, Emilio de Llera, «El intercambio de información policial y de servicios de inteligencia», *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Centro de Estudios Jurídicos, Prólogo Víctor Moreno Catena y Luis Arroyo Zapatero, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2006, pp. 391 ss.

SUDRE, Frédéric, «Droit de la Convention Européennne des Droits de l'Homme», *La semaine juridique*, ano 82, nº 30, 23/Julho/2008, pp. 167 ss.

SZANIAWSKI, Elimar, «Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas», *Revista da Faculdade de Direito*, Ano 25, nº 25, 1989, pp. 81 ss.

TAPIA, Juan Francisco, *Intervenciones corporales en el proceso penal* Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Mar del Plata, Buenos Aires, 2007, in: http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf, (acedido em 28/02/2012)

THOMPSON, William C., «The potential for error in forensic DNA testing», Gene Watch Page, In:

http://www.councilforresponsiblegenetics.org/genewatch/GeneWatchPage.aspx?pageId=57&archive=yes (acedido em 28/01/2013).

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, «A desorientada sistemática e desmesurada ampliação dos meios de obtenção de prova e das medidas cautelares e de polícia», *Revista de Economia e Direito*, vol. XII, nº 2, 2007/vol. XIII, nº 1, 2008, pp. 227 ss.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, «A globalização dos fenómenos criminais. Os desafios da segurança interna e da perseguição criminal face aos direitos fundamentais do cidadão no século XXI», *Direito e Cidadania*, Ano X, nº 29, 2009, pp. 49 ss.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, I, 3ª ed. revista, Coimbra, Almedina, 2010

VERDELHO, Pedro, «Técnica no C.P.P.: exames, perícias e prova digital», *Revista do CEJ*, 1º semestre, nº 9 (especial), 2008, pp. 145 ss.

VIANA, Cláudia, «O princípio da eficiência: a eficiente eficácia da administração pública», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, especial, 2010, pp. 301 ss.

VILELA, Alexandra, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000

VITORINO, António, «Direitos, liberdades e garantias», *Tribunal Constitucional. 35º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. I, AA.VV., Coimbra Editora, 2012, pp. 13 ss.

WILSON, Tim, *Handbook of forensic science*, edição de Jim Fraser and Robin Williams, Willan Publishing, 2009, pp. 491 ss.

WINTER, Lorena Bachmaier, «Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de América y Alemania», *Jueces para la democracia*, nº 66, Nov. 2009, pp. 118 ss.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Madrid, Editorial Colex, 2001

Sem autor identificado:

Código Deontológico dos Médicos, in: https://www.ordemdosmedicos.pt (acedido em 20/03/2013).

«Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelas, ano 10, nº 38, Abril, 1999, pp. 277 ss (sobre o caso Kaj Raninen *vs*. Filândia)

«Proposta de alteração ao Código de Processo Penal é inconstitucional», *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 86, Janeiro, 2012, p. 11.