

V. 19 N. 1
JAN-JUN 2020

ISSN
Versão Impressa 2447-9047
Versão Online 2447-9047

**Diálogos
Possíveis**

1. DOUTORA EM DIREITO. DOCENTE DA UNIVERSIDADE PORTUGALENSE E INVESTIGADORA DO INSTITUTO JURÍDICO PORTUGALENSE, NA LINHA "DIMENSIONS OF HUMAN RIGHTS".

<https://orcid.org/0000-0002-0813-4789>

Como citar este artigo:

GUIMARÃES, Ana P. Entre a segurança e a liberdade: A introdução do perfil de Adn do condenado na base de dados. **Revista Diálogos Possíveis**, v. 19, n. 1, pp. 266-279, jan/jun de 2020.

Recebido: 13.04.2020

Aprovado: 30.05.2020

Entre a segurança e a liberdade: A introdução do perfil de Adn do condenado na base de dados.

BETWEEN SECURITY AND FREEDOM: THE INTRODUCTION OF THE CONVICTED'S DNA PROFILE IN THE DATABASE

Ana Paula Guimarães ¹

RESUMO

A ciência é, indiscutivelmente, uma ferramenta da maior valia em vários aspectos da vida da sociedade, em geral, e dos indivíduos, em particular. Agora, em contexto de pandemia, as expectativas do mundo pairam sobre o conhecimento científico em busca de uma solução eficaz. Os instrumentos científicos serviram e continuam a servir muitas outras finalidades, entre elas, a descoberta da verdade em matéria criminal probatória.

A Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN, tanto para fins de identificação civil, como para fins de investigação criminal. Uma das questões mais debatidas centrou-se na discussão sobre a obrigatoriedade ou não obrigatoriedade, em caso de condenação pela prática de crime doloso em pena de prisão igual ou superior a três anos, de o tribunal ordenar, por despacho autónomo proferido após trânsito em julgado da decisão, a recolha de amostra do condenado (caso ainda não tivesse sido extraída anteriormente durante o procedimento criminal), para fins de inserção do seu perfil de ADN na base de dados, conforme o inicialmente previsto no n.º 2, do artigo 8.º da correspondente Lei. De igual modo no que respeita à declaração de inimputabilidade, quando ao arguido é aplicada uma medida de segurança (n.º 3 do normativo). A doutrina pronunciou-se e a jurisprudência também tomou posição neste debate. Não foi encontrada unanimidade nas posições adoptadas: uns pugnaram pela não automaticidade da determinação judicial, enquanto outros defenderam justamente o contrário, que só assim deveria ser decidido quando razões bastantes o aconselhassem, como o tipo de personalidade do arguido, a gravidade do crime praticado e o alarme social provocado, perigo de continuação da actividade criminosa, entre outros elementos apurados no caso concreto. A redacção inicial do invocado normativo (artigo 8.º, n.ºs 2 e 3) não era suficientemente clara e, dada a não liquidez nesta matéria, a prática judicial também não era uniforme. Afinal, os dados genéticos de

uma pessoa condenada nos termos acima enunciados têm necessária e inevitavelmente de fazer parte da base de dados de perfis de ADN? E, para isso, o tribunal que condena tem de ordená-lo sempre ou cabe-lhe a liberdade discricionária – embora não arbitrária – de, casuisticamente, assim decidir de acordo com uma ponderação de interesses a realizar no caso em apreço? Trata-se, por um lado, de uma questão de particular importância já que o património genético do condenado é um bem a ser salvaguardado, atenta a informação de que o ADN é portador de cada pessoa e dos bens jurídicos em potencial colisão por via de uma recolha imposta e, portanto, para a qual não tem relevância a falta de consentimento do visado. Por outro lado, trata-se de uma questão que envolve finalidades de prevenção criminal, desígnios de segurança comunitária a partir deste material genético que assim contribui para a criação, construção e manutenção de uma base de dados instrumental aos fins públicos de investigação e prossecução criminal. Fazemos uma incursão por várias decisões jurisprudenciais, onde vemos vertidas as diferentes posições sobre o tema, elencando os principais fundamentos jurídicos utilizados a favor e contra a obrigatoriedade da determinação judicial, passando pelo Acórdão n.º 333/2018, do Tribunal Constitucional, publicado no Diário da República n.º 152/2018, Série II, de 08/08. Findamos o percurso com o mais recente enquadramento normativo, resultante da nova redacção do artigo 8.º, dada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de Agosto, que veio fixar a regra segundo a qual é sempre ordenada na sentença a recolha de amostra biológica dos condenados em pena de prisão igual ou superior a três anos, por crimes dolosos, e dos arguidos declarados inimputáveis a quem sejam aplicadas medidas de segurança de internamento, mesmo que as sanções sejam suspensas na sua execução, com a correspondente inserção do perfil de ADN na base de dados.

Palavras-chave: Segurança. Liberdade. Base de dados de ADN. Investigação criminal. Condenação.

ABSTRACT

Science is undoubtedly an extremely valuable tool in various aspects of the life of society, in general, and of citizens, in particular. Now, in the context of a pandemic, the world's expectations hover over scientific knowledge in search of an effective solution. Scientific instruments have served and continue to serve many other purposes, including the discovery of the truth in criminal evidence. Law n.º. 5/2008, 12 February, approved the creation of a database of DNA profiles,

both for civil identification purposes and for criminal investigation purposes. One of the most debated issues focused on the discussion on whether the Court is obliged or not to order the sampling of the convict for the purposes of inserting his DNA profile in the database, as initially provided for in paragraph 2, of article 8.º of the Law n.º 5/2008. Similarly with regard to the declaration of non-imputability, when the defendant is applied a security measure (paragraph 3 of the same article). The doctrine has spoken and the jurisprudence has also taken a position in this discussion. Unanimity was not found in the adopted positions: some defended the non-automaticity of judicial determination, while others defended precisely the opposite, which should only be decided when sufficient reasons advised, such as the type of personality of the accused, the seriousness of the crime committed and the social alarm, danger of continuing criminal activity, among other elements found in the specific case. The initial wording of the normative plea (Article 8.º, paragraphs 2 and 3) was not sufficiently clear and judicial practice was also not uniform. Do the genetic data of a person convicted in the terms stated above necessarily and inevitably be part of the DNA profile database? And does the court that condemns always have to order it or is it free to decide according to a balance of interests to be carried out in the present case? This is a matter of particular importance because the sentenced person's genetic heritage is an asset to be safeguarded, bearing in mind the information that DNA is the carrier of each person and of the legal assets in potential collision through an imposed collection. It is also an issue that involves criminal prevention purposes, community security purposes based on this genetic material that contributes to the creation, construction and maintenance of an instrumental database for public purposes of criminal investigation and prosecution. We studied several jurisprudential decisions, where the different positions on the subject are found, with the main legal bases used for and against the mandatory judicial determination. We studied Judgment N.º 333/2018, of the Constitutional Court, published in Diário da República N.º 152/2018, Series II, of 08/08. We end with the most recent regulatory framework, resulting from the new wording of article 8.º, given by Law n.º 90/2017, 22 August, which says that the collection of the biological sample must always be ordered in the sentences that condemn in imprisonment equal to or greater than three years, for intentional crimes, and also when internment security measure are applied to unimputable defendants, putting the DNA profile in the database.

Keywords: Security. Freedom. DNA Database. Criminal

INTRODUÇÃO

Numa altura caótica, de pandemia, de séria ameaça para a saúde pública com consequências a alastrarem ao domínio da economia, a nossa esperança fixa-se na ciência, na expectativa de que uma vacina ou medicamento consiga eliminar o vírus ou, pelo menos, contê-lo.

A técnica e o conhecimento científico têm este dom de resolver muitos dos problemas que mais afligem a humanidade nos mais variados sectores da sua vida.

Um dos domínios da sua aplicabilidade é a investigação criminal, onde o cruzamento de perfis de ADN permite resolver muitos casos. Tanto no sentido de descobrir os autores dos crimes como no sentido de afastar alguém do cenário criminoso.

O relatório anual sobre o funcionamento da base de dados de perfis de ADN, da autoria do Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, que se reporta ao ano de 2018, revela um aumento de perfis de condenados, desde 12 de Fevereiro de 2010, data em que começou a funcionar (OAP). Esta base de dados, até ao final de Dezembro de 2018, conta com 11.774 perfis de ADN, sendo “4 amostras de voluntários, 29 amostras problema de identificação civil, 15 amostras referência de identificação civil, 2.455 amostras problema de investigação criminal, 9.128

amostras de condenados e 143 amostras de profissionais”.

Uma das questões mais debatidas em torno da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN, tanto para fins de identificação civil, como para fins de investigação criminal, consistiu na inserção dos dados de ADN dos condenados na respectiva base de dados. A pergunta centrou-se no seguinte: a inclusão do perfil de ADN relativo a pessoas condenadas, com decisão final transitada em julgado, era uma possibilidade a ponderar caso a caso pelo tribunal julgador ou, pelo contrário, uma automaticidade e, portanto, uma obrigatoriedade judicial?¹

O património genético do condenado é um bem a ser salvaguardado, atenta a informação de que o ADN é portador de cada pessoa e dos bens jurídicos que poderão entrar em colisão em uma recolha coerciva, não sendo dela impeditiva a falta de consentimento do condenado. Por outro lado, trata-se de uma questão que envolve

¹ Situações há em que é admissível a inserção de perfis de suspeitos sem condenação, como em Inglaterra, País de Gales, Estónia, Letónia, Lituânia, Holanda, Luxemburgo, Alemanha e Áustria (nestes dois últimos se suspeitos de ofensa grave). Outras em que a inserção não depende de critérios bastando a condenação (Áustria, República Checa). Outras em que a inserção é limitada em função da medida da pena aplicada ao condenado (caso de Portugal, Suécia e Finlândia), ou em função da gravidade ou tipo de crime (Noruega, França e Alemanha com avaliação de probabilidade de reincidência).

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

finalidades de prevenção criminal, desígnios de segurança comunitária, de prevenção da reincidência a partir do ficheiro resultante da extracção do material genético. Deste modo, o perfil de ADN do condenado concorrerá para a construção e manutenção de uma base de dados que fica adstrita aos fins públicos de investigação, de eficácia da prossecução criminal e da descoberta da verdade. Trata-se de uma “presunção” de que este condenado virá a cometer outras infracções no futuro? Não carece de uma concreta ponderação dos valores que despontam em cada situação? O material genético dos condenados pode ser recolhido coercivamente após a condenação visando exclusivamente a constituição de uma ferramenta auxiliadora das finalidades de investigação criminal e da prevenção da reincidência, por meio da obtenção destas amostras referênciadas²?

A VERSÃO PRIMITIVA DA LEI N.º 5/2008, DE 12 DE FEVEREIRO

Para respondermos a este problema, percorreremos as redacções legislativas. Na sua primeira versão, no que respeita à recolha de amostras biológicas com finalidades de investigação criminal, a aludida lei dispunha, no artigo 8.º:

² Os conceitos de amostra problema e de amostra referênciada estão definidos na Lei – art. 2.º, alíneas c) e d): “a amostra, sob investigação, cuja identificação se pretende estabelecer” e “a amostra utilizada para comparação”, respectivamente.

“1 - A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal.

2 - Quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, 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 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída.

3 - Caso haja declaração de inimputabilidade e ao arguido seja aplicada uma medida de segurança, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal, a recolha de amostra é realizada mediante despacho do juiz de julgamento quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do n.º 1. (...)”.

Daqui resultava que as amostras de ADN de um condenado seriam inseridas no respectivo ficheiro da base de perfis de ADN, após trânsito em julgado da decisão condenatória, verificados os respectivos pressupostos: condenação por crime doloso, em pena de prisão igual ou superior a três anos, ou em caso de inimputabilidade, aplicação de uma medida de segurança sempre que resultante da prática de um facto ilícito típico correspondente a crime contra as pessoas ou crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos. Deveria ser ordenada pelo tribunal a extracção de amostra biológica do condenado para este efeito, se durante o decurso da tramitação processual não se tivesse já procedido à recolha de amostras. Não sendo legítima a constituição de um

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

ficheiro de perfis de ADN de arguidos, é possível a constituição de ficheiro de perfis de condenados. Sobre a constitucionalidade da inserção no ficheiro dos perfis de ADN dos condenados, o Tribunal Constitucional Alemão invocou dois argumentos, na sua decisão de 14 de Dezembro de 2000: a) não é todo e qualquer crime que admite esta possibilidade, mas tão-só os mais graves; b) o julgador emitirá um juízo de valor sobre o perigo de continuação da actividade criminosa do arguido, ora condenado.

A PROBLEMATICIDADE

Nestes termos, é criado um ficheiro contendo informação relativa a amostras, obtidas a partir dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º, de pessoas condenadas em processo crime, por decisão judicial transitada em julgado (artigo 15.º, n.º 1, alínea e), o que visa um futuro cruzamento de “amostras problema” e “amostras referência” para efeito de investigação criminal de outros factos.

Sucedem que a redacção dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º não fazia depender esta determinação judicial de qualquer tipo de fundamentação casuística, diferentemente da posição assumida pelo Tribunal Constitucional Alemão acima referenciada; para tanto bastava a verificação dos pressupostos de índole objectiva/quantitativa, mesmo em caso de as sanções aplicadas virem a ser

substituídas por outras, nomeadamente, no caso de aplicação suspensão da execução da sanção. Mas a verdade é que, em caso de suspensão de execução da pena, o tribunal aprecia, caso a caso, se esta solução – consistente na censura do facto e na ameaça da prisão – é bastante para realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Levará em conta, nomeadamente, circunstâncias como a personalidade do agente, as condições gerais da sua vida, a sua conduta anterior e posterior ao crime e as circunstâncias em que este foi cometido, necessariamente fundamentando de facto e de direito.

A não exigência legal de fundamentação casuística sobre a necessidade ou a adequação da recolha compulsiva de ADN do condenado, da inserção do seu perfil e da manutenção de um ficheiro de condenados levou a questionar a sua legitimidade. Será necessária e adequada a mácula de um condenado constar do ficheiro da base de dados de ADN de modo a considerar-se suspeito em futuras investigações criminais? Estamos perante uma “ordem ou injunção judicial” (BRAVO, 2010: 115-117) que desconsidera qualquer critério de natureza qualitativa no caso concreto, não valorizando elementos que são tidos como relevantes, a saber, o alarme social da infracção que fora cometida ou a probabilidade da futura reincidência do condenado. De um lado, o carácter automático da ordem judicial colide com

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

os parâmetros de actuação de *ultima ratio* a que o Estado de Direito está vinculado no exercício do seu *ius puniendi*. De outro lado, a condição de condenado a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade, por força do texto constitucional (artigo 30.º, n.ºs 4 e 5) não é eliminadora da manutenção da titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução. A criação e manutenção da base de dados de perfis de ADN de condenados é um excesso no sentido de prognosticar, antever e pressupor a prática de ulteriores crimes por parte de quem da base de dados faz parte integrante, a partir de um juízo presuntivo de alarme social e de gravidade da infracção resultante unicamente da sanção aplicada em concreto. Um excesso profanador de princípios constitucionais como da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2) e da igualdade dos cidadãos perante a lei (artigo 13.º) na medida em que preconiza uma medida legislativa estigmatizadora do condenado. De resto, autores houve, como Paulo Pinto de Albuquerque, a pugnar pela inconstitucionalidade do artigo 8.º nesta parte (ALBUQUERQUE, 2008: 468). É o designado “automatismo “cego” no que toca ao princípio da proporcionalidade, mas que parte de um perfil criminógeno da personalidade do arguido” nas palavras da Comissão Nacional de Protecção de Dados constantes do Parecer n.º 18/2007 (CNPd),

tendo chegado a propor um mais restritivo enquadramento: “A referência da pena para este efeito, sem dispensa de fundamentação, deve ser a dos 10 ou 5 anos, neste caso, a pena concreta de 10 ou de 5 anos de pena de prisão. Isto, não apenas por razões de proporcionalidade, mas também por razões de coerência e compreensão globais do ordenamento jurídico” (CNPd).

Com um ponto de vista diferente, argumentando no sentido de protecção dos direitos fundamentais, mas sobrelevando a necessidade da investigação e da realização da justiça criminal, apontamos M. José Morgado, que diz: “O ADN é um aliado da justiça mas isolado, não é uma varinha mágica”, acrescentando que “a lei tem uma visão híper-garantística que prejudica os direitos fundamentais e viola, ela própria, o princípio da proporcionalidade, pois não considerou a ciência como aliada da polícia (e acaba por objectivamente, passar a ser aliada dos criminosos quando a ciência, aliada da polícia, depende de quem a controla e como).” E prossegue: “Em face a todas estas questões, ironizo dando o palpite de que, daqui a 200 anos, teremos um biobanco eficaz” (MORGADO, 2012: 159).

CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

Tratando-se de uma automaticidade que se impõe ao julgador, vai eximi-lo da obrigação de fundamentação da decisão final no que toca a este elemento. Este pormenor merece toda a atenção, pois não é despiciendo em face dos requisitos da sentença, previstos no Código de Processo Penal, e possível nulidade desta. Da sentença devem constar, entre outros elementos, a fundamentação, com a enumeração dos factos provados e não provados, bem como uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal (artigo 374.º, n.º 2, do CPP), sendo a sentença nula quando não contém estas menções (artigo 379.º, n.º 1, alínea a). Ora, se a ordenação judicial da recolha da amostra biológica do condenado (que não tenha sido colhida anteriormente) e inserção do seu perfil de ADN na base de dados resultar de um dever imposto ao julgador, uma vez verificada a existência dos pressupostos de índole quantitativa (*quantum* da pena aplicada em concreto), o tribunal não terá de fundamentar as razões do despacho, nem a adequação, a necessidade ou proporcionalidade da medida por si imposta, pelo que a ausência de fundamentação nunca constituirá causa da nulidade da sentença ou do acórdão proferido.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

A FAVOR DA AUTOMATICIDADE

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no Processo n.º 6/11.4TAPTG.E1, de 15/05/2012, Relator: António João Latas, decidido por unanimidade³:

“I. O n.º 2 do art. 8º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, na interpretação refletida na decisão recorrida, ou seja, no sentido que a recolha de amostra biológica ali prevista, para inserção na base de dados de perfis de ADN, depende apenas dos requisitos de natureza formal mencionados naquele n.º 2, não é materialmente inconstitucional”.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, no Processo n.º 670/11.4PDVNG.P1, de 10/16/2013, Relator: Castela Rio, decidido por unanimidade:

“I - A ordem de recolha de amostra biológica contendo ADN, quando «efeito substantivo» da condenação penal, só pode ser determinada em despacho do juiz posterior ao trânsito: i) da sentença ou acórdão condenatório em pena de prisão efetiva não inferior a 3 anos; ou ii) do despacho que revogar a pena de suspensão da execução da prisão e determinar o cumprimento de pena de prisão não inferior a 3 anos”.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no Processo n.º 241/11.5JELSB.L1-5, de 05/05/2015, Relatora: Alda Tomé Casimiro, decidido por unanimidade:

³ Apresentamos os acórdãos, por ordem cronológica, do mais antigo para o mais recente.

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

“Da leitura dos n.ºs 1 e 2 do art. 8.º da Lei 5/08 de 12.2, resulta que a recolha de ADN é automática, não dependendo de qualquer pressuposto, que a Lei não impõe (com exceção da condenação por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída) e sendo certo que pode ser ordenada logo após a constituição de arguido. (...).

- A intenção do legislador terá sido a de determinar a recolha de ADN como determina a recolha de impressões digitais e, de facto, não se vê como aquela recolha pode restringir direitos fundamentais do arguido, entendendo-se, outrossim, que essa determinação não viola qualquer preceito constitucional”.

CONTRA A AUTOMATICIDADE

No sentido da não automaticidade da inserção do perfil de ADN em ficheiro de condenados, defendendo a ponderação da necessidade e adequação da recolha compulsiva de amostra biológica em cada caso concreto e respectiva imprescindibilidade de fundamentação, a jurisprudência é extensa.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no Processo n.º 721/10.0PHSNT.L1-5, de 11/10/2011, Relator: Agostinho Torres, decidido por unanimidade:

“I - A recolha de amostras de ADN, a que se refere o art. 8.º, n.º 2, 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”.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no Processo n.º 8/10.8GATVR-A.E1, de 13/12/2011, Relator: Alberto João Borges, decidido por unanimidade:

“I. A recolha prevista no n.º 1 do art.º 8 da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, pressupõe a existência de uma investigação concreta e que, perante a ponderação dos interesses em confronto, a autoridade judiciária conclua pela necessidade da sua realização, que deve ser fundamentada, ou seja, que o direito à privacidade e liberdade do arguido deve ceder perante o interesse público da investigação, situação que nada tem a ver com a recolha prevista no n.º 2 do art.º 8 da Lei n.º 5/2008, depois do trânsito em julgado da condenação. II. Aquele art. 8.º n.º 2 não permite que, em caso de recusa, o condenado possa ser forçado à recolha das amostras aí referidas; se essa fosse a intenção do legislador tê-lo ia dito, como o disse no n.º 1 daquele preceito”.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no Processo n.º 351/08.6TAPTG.E1, de 13/11/2012, Relator: Fernando Paiva Gomes M. Pina, decidido por unanimidade:

“I. Não se tendo procedido à recolha da amostra de ADN dos arguidos, como meio de prova nos presentes autos, só após o trânsito em julgado de acórdão condenatório por prática de crime doloso punido com pena de prisão igual ou superior a três anos, é que - nos termos do art. 8.º n.º 2 da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro - se poderá determinar a recolha, por despacho fundamentado e com respeito pelo contraditório. II. Improcede por isso o recurso interposto pelo Ministério Público, não se verificando que exista omissão de pronúncia no acórdão proferido relativamente à recolha de amostras de ADN dos arguidos e, consequentemente, não enferma o mesmo acórdão da nulidade prevista no artigo 379.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal”.

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no Processo n.º 453/13.7TDEVR.E1, de 15/12/2015, Relator: Clemente Lima, decidido por unanimidade:

"I - A recolha de amostras de ADN, a que se refere o artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12/02, 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".

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, no Processo n.º 1805/09.2T3AVR.P1, de 15/06/2016, Relator: Artur Oliveira, decidido por unanimidade:

" I - A necessidade de recolha, nos termos da Lei n.º 5/2008 de 12/2, do perfil de ADN, deve ser objecto de fundamentação específica, e justificada à luz dos critérios de culpa, necessidade e proporcionalidade, gerando nulidade a omissão de tal fundamentação. II - Se dos factos e da personalidade do arguido não se vislumbram indícios de perigo de continuação de actividade criminosa nem de uma tendência criminosa, nem se vislumbram outros receios que permitam inferir a necessidade de recolha e conservação desses dados de ADN, a mesma não é justificada pelo que não deve ser ordenada."

A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O Tribunal Constitucional foi chamado a decidir sobre a constitucionalidade do

artigo 8.º, n.º 2, na versão originária da Lei n.º 5/2008, no âmbito do Processo n.º 195/2018, o que fez no Acórdão n.º 333/2018, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 152 (DIÁRIO DA REPÚBLICA, 2018), em termos de fiscalização sucessiva concreta.

Já anteriormente, este Tribunal se tinha pronunciado no sentido de considerar a zaragatoa bucal não consentida “uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, (...) como uma invasão da sua integridade física” (Acórdão n.º 155/2007), mas simultaneamente legitimada constitucionalmente atenta a sua finalidade e intensidade.

O presente Acórdão reconhece que a disposição legal em causa restringe direitos fundamentais, “nomeadamente o direito à proteção da reserva da intimidade, dos dados pessoais e da dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano”. Todavia, realça que a “opção legislativa concretizada na norma em análise pode não corresponder à melhor solução de regulação dos bens que põe em confronto, mas isso não demonstra a sua inadequação, desnecessidade ou excesso (...)”. Acabou por decidir pela não declaração de inconstitucionalidade da norma que impõe o decretamento da extracção de amostra biológica de condenado por crime doloso, com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, mesmo que a pena tenha sido substituída, destinada à inserção na respectiva base de dados, desde que

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

ordenada pelo juiz de julgamento competente, através de despacho, após trânsito em julgado da decisão final. As principais razões aduzidas foram as seguintes: (a) relevância do fim público do processo penal na descoberta da verdade; (b) reduzido grau de ingerência nos direitos fundamentais do condenado; (c) “modo de pensar específico do juiz” que “nunca deverá perder de vista o princípio da adequação entre meios e fins bem como a proibição do excesso”; (d) protecção dos direitos das vítimas; (e) força persuasiva da base de dados no que toca ao evitamento da reincidência; (f) eficácia da investigação mediante a comparação de perfis de ADN; (g) existência de critério definido (critério de natureza quantitativa indiciador de uma certa e determinada gravidade do ilícito cometido); (h) utilização tão-somente dos marcadores de ADN não codificante.

A VERSÃO ACTUAL DA LEI N.º 5/2008, DE 12 DE FEVEREIRO

A nova redacção dada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de Agosto, impõe o decretamento pelo juiz de julgamento da recolha de amostra biológica de condenado, o que deve ser feito na própria sentença ou acórdão.

Ficaram, assim, legislativamente dirimidas as dúvidas. Com efeito, os n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º prescrevem:

“2 - A recolha de amostra em arguido condenado por crime doloso com pena

concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, é sempre ordenada na sentença.

3 - A recolha de amostra em arguido declarado inimputável a quem seja aplicada a medida de segurança de internamento, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, ainda que suspensa nos termos do artigo 98.º do mesmo Código, com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, é sempre ordenada na sentença.”

E, caso haja recusa por parte do condenado, o juiz pode ordenar que a recolha da amostra seja realizada contra a sua vontade, compulsivamente, nos termos do artigo 172.º do Código de Processo Penal (n.º 4 do normativo).

Crê-se que a razão de ser desta obrigatoriedade se ficou a dever à constatação do reduzido número de perfis de ADN existentes no ficheiro de condenados para cruzamento de amostras sob investigação e ou outros perfis de ADN inscritos no respectivo ficheiro no âmbito da investigação criminal. Carlos Farinha, em sede de conclusões e propostas, deixa-nos dito: “Talvez seja o momento para concretizar uma solução que: aumente a inserção de amostras-referência, admitindo perfis de referência não apenas de condenados mas também de arguidos ou suspeitos, mediante decisão da autoridade judiciária competente na respectiva fase processual” (FARINHA,

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

2012: 181). Mais realça a não susceptibilidade de o ADN não codificante ser ofensivo de direitos fundamentais, dada a natureza das informações que transmite.

Não se ocultam os benefícios que podem resultar do uso dos perfis de ADN e seus cruzamentos, que são vários. Possibilita a identificação de responsáveis pela prática do crime, de agentes reincidentes, a ligação do cometimento de várias infracções e de crimes em série, o afastamento de falsas identidades e de suspeitas de inocentes, podendo também contribuir para a revisão de condenações injustas⁴.

De todo o modo, o relatório anual acima referenciado indica serem os perfis de condenados (9.128) e as amostras problema para fins de investigação criminal (2.455) o número mais

representativo da base de dados de ADN, até 31 de Dezembro de 2018.

CONCLUSÃO

A utilidade da base de dados de perfis de ADN para fins de investigação criminal é indesmentível. Todavia, há que assegurar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos em concordância com o interesse público da descoberta da verdade e da realização do direito no caso concreto.

No caso do ficheiro de condenados, a Lei Portuguesa, deu sinais no sentido de serem inseridos dos perfis de ADN dos condenados, a partir de um critério estritamente quantitativo: desde que a sanção aplicada fosse a pena de prisão igual ou superior a três anos, ainda que substituída por outra, pela prática de crime doloso, ou desde que fosse aplicada medida de segurança privativa da liberdade com duração mínima de três anos, uma vez transitada a decisão judicial, mediante despacho do juiz.

Sucedo que a redacção da norma (artigo 8.º, n.ºs 2 e 3) não era suficientemente clara, o que provocou alguma indefinição quanto à obrigatoriedade do Tribunal decretar essa inserção – e respectiva colheita de amostra biológica, caso ainda não tivesse tido lugar ao longo do processo – verificadas as condições referenciadas no artigo 8.º. Vozes se levantaram no sentido de defender que o despacho judicial

⁴ Contam-se centenas os condenados que cumpriram longas penas de prisão, muitos deles condenados à pena de morte, que foram ilibados mediante a realização de prova com recurso ao perfil de ADN nos E.U.A (INNOCENT PROJECT). Um dos últimos casos noticiados foi o de Rafael Ruiz que havia sido condenado por um crime sexual, ocorrido em East Harlem, em 1984, tendo cumprido uma pena. Foi revista a sua condenação com base em exame de ADN, tendo sido excluído como autor do facto criminoso, o que veio a ser determinado em 28 de Janeiro de 2020, pelo Supremo Tribunal de Nova Iorque. Acessível em “New York State Supreme Court Exonerates Rafael Ruiz After 35 Years” (INNOCENT PROJECT). A missão de “The Innocence Project”, fundada em 1992, é muito meritória. Do seu trabalho resultam os seguintes dados: nos E.U.A., 95% das condenações são obtidas mediante acordos de culpa; 18% dos condenados que vêm a ser exonerados de culpa declararam-se culpados pelos crimes que não cometeram; 65% dos 418 exonerados que se declararam culpados eram pessoas de cor; 83% dos casos de submetidos a revisão mediante exame de ADN resultaram na identificação do agente criminoso alternativo (GPP).

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

deveria ter lugar nesse circunstancialismo legal, mas sempre mediante uma ponderação concreta, levando em conta, sobretudo, a gravidade do crime, o alarme social provocado e a probabilidade de continuação da actividade criminosa.

A jurisprudência dividiu-se e, com a Lei n.º 90/2017, de 22 de Agosto, as dúvidas dissiparam-se. É sempre ordenada na sentença ou acórdão a recolha da amostra biológica de arguido condenado e a inserção do respectivo perfil de ADN na base de dados, sempre que a condenação seja por crime doloso, com pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, mesmo que esta tenha sido substituída. De igual modo, e com as devidas adaptações, quando se tratar de arguido declarado inimputável a quem seja aplicada medida de segurança de internamento, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal.

Na verdade, o legislador impõe o carácter automático da declaração judicial na decisão final que determine a inserção do perfil genético do condenado na correspondente base de dados (e prévia recolha coactiva do material biológico, caso ela não tenha tido lugar anteriormente). O legislador optou por adoptar um critério quantitativo, presuntivo de um determinado grau de gravidade da infracção, tendo-o considerado bastante para assegurar os fins de prevenção e munindo a investigação com mais este recurso, com vista à

descoberta da verdade e em nome da segurança comunitária. Talvez por isso se leia na Nota à Imprensa, de 11 de Fevereiro de 2020, da Justiça da República Portuguesa, que “após um período inicial de funcionamento da base de dados, a aceitação social desta ferramenta foi sendo consolidada e os receios atenuados, permitindo a sua progressiva abrangência” (GOVERNO PORTUGUÊS).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, P.P., (2008), *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2.^a ed.
- BRAVO, J.R., (2010) “Perfis de ADN de arguidos-condenados (o art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, n.º 1, Jan./Mar.
- CFB/Conselho de Fiscalização Base de Dados de Perfis ADN. Disponível em: https://www.cfbdadosadn.pt/pt/atividade/Documents/Relat%C3%B3rio%20Anual%202018_CFBDP%20ADN.pdf. Acesso em 07.02.2020.
- CNPD/Comissão Nacional de Protecção de Dados. Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2007/hm/par/par018-07.htm>. Acesso em 09.03.2020.
- DIÁRIO DA REPÚBLICA. Disponível em <https://dre.pt/application/file/a/115938848> e <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180333.html?impressa=1>. Acesso em 02.03.2020.
- FARINHA, C., (2012), “Base de Dados de ADN – Da amostra-problema à ‘amostra-solução’, através da

Limites e possibilidades das Ciências Sociais

- amostra-referência”, In: *A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Conferências CNECV 2012*. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.
- GOVERNO PORTUGUÊS, (2020), “Dez anos de base de dados de perfis de ADN”, Nota à Imprensa, de 11/02/2020. Disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=99b7b4cc-562f-4657-81da-79e0df8e3de4>. Acesso em 15.02.2020.
- GPP/Guilty Pear Problem. Disponível em: <https://www.guiltypleaproblem.org/>. Acesso em 02.04.2020.
- INNOCENT PROJECT, “*New York State Supreme Court Exonerates Rafael Ruiz After 35 Years*”, Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/innocence-project-exonerated-rafael-ruiz-nyc/>. Acesso em: 07.03.2020.
- MORGADO, M.J., (2012), “Perigos e Certezas. Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro”. In: *A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Conferências CNECV 2012*. Coimbra: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.
- OAP/Ordem dos Advogados Portugueses. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/impressao/2020/02/11/base-de-dados-de-perfis-de-adn-conseguiu-quase-13-mil-em-10-anos/>. Acesso em 09.01.2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, (2018) Acórdão n.º 333/2018, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, de 27 de Junho de 2018, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180333.html?impressao=1>. Acesso em 03.02.2020.

Diálogos
POSSÍVEIS

REVISTA DIÁLOGOS POSSÍVEIS

Editor: Professor Doutor José Euclimar Xavier Menezes

Centro Universitário Social da Bahia (UNISBA)

Avenida Oceânica 2717, CEP – 40170-010
Ondina, Salvador – Bahia.

E-mail: dialogos@unisba.edu.br

Telefone: 71- 4009-2840