

A BASE DE DADOS DE PERFIS DE ADN NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – UMA INEVITABILIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA?

Ana Paula GUIMARÃES

1. Potencialidades da prova genética e riscos associados

O uso da ciência em sede probatória, designadamente, o recurso ao registo dos perfis de ADN⁽¹⁾, quer de arguidos, quer de condenados, tem vindo a ganhar cada vez mais acolhimento por parte dos Estados. Esta vertente da ciência tem vindo a ser posta ao serviço da imprescindível manutenção da segurança e da indispensável missão estatal de restabelecimento da paz jurídica violada mesmo quando se possa tocar com o possível desencontro entre a função punitiva e os interesses da investigação e o conteúdo constitucionalmente protegido pelos direitos fundamentais.

A recolha de material biológico, que pode ser obtida coactivamente, faz parte da prática investigatória e da fundamentação das decisões judiciais. São já dezenas os países que dispõem de bases de dados de ADN, europeus e não europeus, para efeito do exercício da acção penal.

Uma visão idealista, funcionalista e utilitarista tem contribuído para a sua divulgação e “hospitalidade legislativa”. Portugal não foi excepção e em 12 de Fevereiro de 2008 foi publicada a Lei n.º 5/2008, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. Dada a natureza da matéria e a potencialidade de afectação de bens jurídicos fundamentais com assento constitucional, foram vários os organismos e entidades que previamente reflectiram e debateram as questões atinentes, como o Conselho

⁽¹⁾ Referem alguns Autores da área da ciência médica, como Helena Machado, Susana Silva, António Amorim, F. Henriques e J. Sequeiros, que a sigla DNA não é passível de tradução para ADN. Indicam a razão de a sigla DNA ser a designação que é usada, atribuída e aprovada pela Sociedade Internacional de Bioquímica para a significação de ácido desoxirribonucleico.

Nacional de Ética para as Ciências da Vida e a Comissão Nacional da Proteção de Dados⁽²⁾.

A prova científica é genericamente atractiva por, não obstante ser prova complexa não dominada nem dominável por qualquer leigo ou até mesmo pelo normal jurista, representar o rigor, a exactidão, a objectividade e a neutralidade que caracterizam as ciências naturais, particularidades que aqui são emprestadas à prova criminal. A recepção da prova de ADN ancora-se no ditame da verdade e é a verdade que os sistemas processuais penais procuram em vista de uma “justiça justa”. Veja-se. Parte-se:

- a) da concepção de que “the body does not lie” (reproduzindo parcialmente o título de um estudo escrito de Katja Franko Aas⁽³⁾);
- b) da capacidade individualizadora e diferenciadora de pessoa para pessoa do ADN humano (apoiada nas características da irrepetibilidade⁽⁴⁾, da imutabilidade⁽⁵⁾ e da universalidade⁽⁶⁾ do ADN);
- c) do sofisma da neutralidade tecnológica e científica e incorruptibilidade dos meios usados;
- d) da necessidade de uma perseverante luta contra a criminalidade;
- e) do quente combate da reincidência; e
- f) da capacidade de previsão do risco.

A combinação destas especificidades acaba por desafiar as taxas de sucesso da investigação criminal dando a aparência de que não existirão casos criminais irresolúveis.

Por outro lado, a existência de Projectos no âmbito da identificação civil com base no ADN recolhido do corpo humano, de partes do corpo e de material biológico (sangue, células corporais) demonstrou níveis elevados de sucesso. Foi o caso da Genómica para determinação da identidade dos bebés roubados em Madrid, na década de 60, do Fénix, para identificação de vítimas desaparecidas na Guerra Civil Espanhola e do DNA-Prokids, a partir de Granada, a fim de identificação e localização de vítimas de tráfico de seres humanos.

(2) De onde resultaram, entre outros, sobre o projecto do diploma legal português, o Parecer n.º 52/CNEV/07 sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN, de Junho de 2007 e os Pareceres n.ºs 18/2007 e 41/2007 da Comissão Nacional da Proteção de Dados, o primeiro, a pedido do Secretário de Estado Adjunto e da Justiça, o segundo, a pedido da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

(3) O título complete é “‘The body does not lie’: Identity, risk and trust in technoculture” da autoria de Aas, Katja Franko, in *Crime, Media, Culture*, August 2006 2: 143-158.

(4) A excepção conhecida é a dos gémeos univitelinos que, segundo a ciência, podem ter igual sequência de ADN.

(5) Que é única do indivíduo desde o momento da concepção e que não se altera ao longo da vida, mantendo-se estável até à morte.

(6) No sentido de que todas as células da pessoa são portadoras da mesma informação genética.

De outro lado, os Estados não encontram contestação veemente à utilização do corpo e dos seus materiais biológicos no seio da investigação criminal porque a adopção de medidas legislativas deste teor vão de encontro à ânsia de combate ao crime e de defesa da tranquilidade da comunidade. As tendências securitárias são populistas e fornecem uma resposta típica em momentos de urgência de reforço de proteção e segurança. Ao que acresce a aceitabilidade da população da designada “sociedade da informação e do sistema de videovigilância”, tal é a normalidade com que os cidadãos facultam, às mais variadas entidades, nos mais diversos locais, e quase de forma incontrolada, dados que lhes dizem respeito. Daí que a constituição de uma base de dados de ADN não lhes ocorra, à partida, como lesiva de direitos fundamentais e lhes apareça com a bondade peculiar de resolução de grandes males, ao serviço do combate da criminalidade.

Socorremo-nos de uma afirmação de Joseph Pugliese: “o teste de ADN não condena ninguém; no máximo revela a identidade de uma pessoa”⁽⁷⁾, ou seja, permite fazer uma individualização humana. Nesta sede, aditamos uma declaração 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”⁽⁸⁾. E efetivamente é assim. Antes de mais, não é seguro que a coincidência técnica entre uma amostra problema⁽⁹⁾ e uma amostra referência⁽¹⁰⁾ dê como certo que o agente cuja identificação tenha sido obtida seja o autor do crime que se apura. Podem ser várias as circunstâncias e razões para o ADN de um indivíduo estar presente no local da prática do facto e isso não faz, nem pode fazer, dele o culpado. Por isso, o perfil de ADN não pode ser mais do que uma ferramenta probatória ao serviço da investigação e da punição. É prova complementar e que deve ser complementada. É esta relatividade da prova de ADN que está prevista nos artigos 3.º, n.º 4 e 38.º da Lei n.º 5/2008 e no artigo 2.º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN⁽¹¹⁾ (bem como no artigo 16.º da Lei da Proteção de Dados Pessoais face à Informática⁽¹²⁾

⁽⁷⁾ Pugliese, Joseph, “Identity in question: a grammarology of DNA and forensic genetics”. *International Journal for the semiotics of law*, 12, n.º 4, 1999, p. 439. Neste sentido, a referência é feita à identidade biológica ou identidade genética.

⁽⁸⁾ 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 Setembro de 2016).

⁽⁹⁾ A amostra que se investiga e cuja identificação se pretende estabelecer.

⁽¹⁰⁾ A amostra utilizada para comparação.

⁽¹¹⁾ Deliberação n.º 3191/2008, publicada no Diário da República, 2.ª série, de 03 de Dezembro de 2008.

⁽¹²⁾ Lei n.º 10/91, de 29 de Abril. Estatui no artigo 16.º os limites da apreciação judicial: «Nenhuma decisão jurisdicional, administrativa ou disciplinar que implique apreciação sobre um

e artigo 13.º, n.º 1 da Lei da Proteção de Dados Pessoais⁽¹³⁾. Estes últimos dois normativos têm a vocação de afastar a tentação de firmar uma verdade judiciária apenas a partir de uma pura verdade científica.

Por outra via, a prova de ADN é discutível e contestável. E assim é por motivos variados. Sem estabelecimento de qualquer ordem de prioridade, avançamos algumas dificuldades inerentes a este tipo de prova:

1. A tipologia dos marcadores analisados: quer a legislação nacional (artigo 2.º, alínea e), artigo 12.º da Lei n.º 5/2008 e artigo 11.º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN), quer os instrumentos internacionais vêm no sentido de impedir a análise de ADN codificante fazendo uma escolha manifesta do ADN não codificante que é polimórfico e dotado de poder diferenciador. Ou seja, aquele ADN que, segundo o estado do conhecimento científico, não é revelador de informação de saúde nem de características hereditárias. Ora, os conhecimentos científicos da actualidade são estes, mas dada a incompletude da ciência, a dinâmica do estudo científico e a progressão da tecnologia, uma verdade de hoje poderá ser derrogada amanhã. Pelo que, não será de colocar totalmente a hipótese de o conteúdo do designado ADN não codificante poder vir a demonstrar muito mais elementos da pessoa do que aquilo que hoje é um dado adquirido.

2. A análise da parte do genoma que não permite obtenção de informação de saúde ou de características genéticas pode ser dificultada por um fenómeno designado por “desequilíbrio de ligação” que é susceptível de permitir o fornecimento de informação de uma região codificante⁽¹⁴⁾. Riscos que implicam

comportamento humano pode ter por único fundamento o resultado do tratamento automatizado da informação atinente ao perfil ou à personalidade do titular do registo».

⁽¹³⁾ Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. O artigo 13.º, sob a epígrafe “decisões individuais automatizadas”, prescreve que qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento.

⁽¹⁴⁾ Reproduzimos a explicação sobre este fenómeno dos Autores Costa, Helena e Souto, Luís, “Novas ferramentas da investigação criminal – potencialidades e limites da previsão de características físicas através da análise de ADN”. *Bases de dados genéticos forenses. Tecnologias de controlo e ordem social*. Organização de Helena Machado e Helena Moniz. Coimbra: Coimbra Editora. 2014. p. 297: «Por se localizarem fisicamente próximos uns dos outros, alguns marcadores são tendencialmente transmitidos em bloco, o que significa que à presença de um alelo num determinado locus está associada a presença de um alelo específico noutra locus próximo – fenómeno designado de *desequilíbrio de ligação*. Isto significa que, considerando dois marcadores, um numa região não-codificante (A) e o outro numa região codificante próxima (B) e estes se encontrarem em *desequilíbrio de ligação*,

sérias cautelas e que devem colocar a própria comunidade jurídica de sobreaviso relativamente à alegada inocuidade da informação fenotípica transmitida pelo ADN não codificante.

3. A possibilidade de contaminação química ou biológica é um outro elemento a ter em consideração. Daí a imprescindibilidade da cadeia de custódia a que se reporta expressamente a Lei n.º 5/2008, nos artigos 18.º, n.º 4 e 31.º, no que respeita à recolha, acondicionamento, manuseamento e manipulação do material genético, bem como a indispensável possibilidade de repetição dos procedimentos técnicos e realização de contra-análise para confirmação dos resultados, assegurada nos artigos 11.º, 13.º e 32.º da mencionada Lei.

4. O engenho para fabricar ou manipular laboratorialmente uma amostra de material genético não está de todo arredada pondo em crise a coincidência entre a amostra problema e a amostra referência, eventualmente, até com o propósito de fazer concordar o perfil obtido e armazenado em uma base de dados. Também não é de afastar a possibilidade de serem colocados no *locus delicti* vestígios biológicos por forma a indevidamente incriminar o portador desse ADN.

5. A alegada imutabilidade do ADN é apresentada como um dado adquirido mas não pode ser tida como verdade absoluta. Com efeito, não faltam vozes no sentido de apontar casuais alterações do código genético humano por influência de factores exógenos, tais como os de natureza ambiental. Nestes termos, a representação gráfica do perfil de ADN é susceptível de consubstanciar ligeiras diferenças ao longo da vida, não se conhecendo, de momento, outra causa explicativa para além da interferência externo-ambiental.

6. A facilitação da investigação e da descoberta da verdade, a eficácia da administração da justiça penal e o combate à criminalidade são finalidades que se tornam mais reais e mais enérgicas com o auxílio de uma base de dados de perfis de ADN tendencialmente universal⁽¹⁵⁾. Ora, uma base de dados desta estirpe, para além de importar elevados custos de criação e de manutenção, só se suportaria em um entendimento de todos os Estados, acordo difícil, ou até mesmo, impossível de obter. Acresce que uma base de perfis de ADN universal e duradoura constituiria uma ferramenta excessiva e desproporcionada ao respeito devido aos direitos humanos.

analisando o marcador A acedemos à informação do marcador B. Neste sentido, a regra de “testar apenas ADN de regiões não-codificantes” pode, em muitos casos, não ter significado prático».

⁽¹⁵⁾ De modo a armazenar dados globais, intergeracionais e de forma duradoura.

7. Outro dos aspectos geralmente apontados a favor da eficácia desta prova consiste no traçamento das populações de referência que permita a identificação genética populacional dada a existência de marcadores ou alelos muito frequentes em determinado tipo de população e mais raros em outros. Preocupações ligadas à estigmatização, ao ressurgimento de teorias bioantropológicas como a de Lombroso, de traçamento de um perfil crimínogeno de um sector populacional conduzem a sérias hesitações relativamente à sua aceitação. Os contra-argumentos mais proeminentes são os que afastam a índole discriminadora, afirmando ser o ADN um factor de mera destrinça das populações, não se pretendendo estabelecer qualquer favoritismo ou repugnância por certo grupo populacional. Diz Joseph Pugliese: «a essência genética de um caucasiano é o que não é: não é asiático, nem africano, e assim sucessivamente»⁽¹⁶⁾.

8. Uma questão particularmente relevante no que respeita à obtenção dos perfis de ADN e respetivo armazenamento na base de dados funda-se na necessidade de evitar resultados “falsos positivos” e assegurar o crédito e fiabilidade do conteúdo dos resultados obtidos. É imprescindível o uso de marcadores estabelecidos e seguir regras, metodologias e técnicas internacionalmente estabelecidas para análise forense e um rígido controlo de qualidade, tal como está previsto nos artigos 5.º, n.º 3 e 40.º da Lei n.º 5/2008 e artigo 10.º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN. Realçamos a *European Standard Set* relativa à escolha de marcadores de ADN⁽¹⁷⁾ como meio de asseguramento da compatibilidade com os marcadores utilizados nos perfis de outras bases de dados europeias e a Decisão-Quadro 2009/905/JAI do Conselho, no que concerne à validação das análises, controlo de procedimentos, padronização de metodologias e certificação de equipamentos, ao serviço da cooperação dos Estados no âmbito da investigação criminal.

9. Não menos importante, anotamos que os resultados da prova de ADN não são absolutos e que por isso não admitem uma leitura totalitária. Os seus resultados assentam em juízos de racionalidade probabilística e de análise estatística que nos fornece apenas uma probabilidade de coincidência do perfil obtido na análise efetuada com outros perfis genéticos no universo representado pela amostra do investigado. Desvenda a relação hipótese/evidência verificando a percentagem de pessoas que têm idênticos traços fenotípicos no universo populacional do que foi objecto de análise. Esta prova não pode ser alheia à carga ou impacto que

⁽¹⁶⁾ Pugliese, Joseph, “Identity in question: a grammatology of DNA and forensic genetics”. *International Journal for the semiotics of law*, 12, n.º 4, 1999, p. 441.

⁽¹⁷⁾ Resolução do Conselho de 25 de Junho de 2001 (2001/C 187/01) revogada pelo Documento n.º 15246/09.

outros elementos de prova poderão reflectir no juízo de probabilidade. Por isso se ultrapassou o designado “paradigma da individualização” substituindo-o pelo “paradigma da verosimilhança”⁽¹⁸⁾, que conduz à trabalhosa e esgotante actividade valorativa da prova genética por parte de quem investiga, de quem acusa, de quem pronuncia e à actuação participativa de quem, a final, profere a decisão final.

10. Finalmente, está superada a concepção segundo a qual a prova de ADN serve os interesses da investigação como nenhuma outra. Na verdade, a prova científica também é um auxiliar no que concerne ao afastamento de suspeitos no sentido de poder ser reveladora da sua não participação nos factos investigados, sobretudo na actividade voluntária de defesa activa e constitutiva do arguido na declaração do direito do caso concreto. Os seus resultados tanto podem ser de inclusão, de exclusão, como de inconclusividade.

2. A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação criminal em Portugal. Racionalidade normativa

Tanto o Código de Processo Penal Português, no artigo 172.º, n.º 1, como o artigo 6.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, estabelecem que ninguém pode eximir-se ou obstar a qualquer exame quando este se mostre necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo, contanto seja ordenado pela autoridade judiciária competente, podendo o visado ser compelido a fazê-lo.

A partir da redacção dada em 2007 ao artigo 172.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, a colheita de vestígios biológicos de um arguido, quando não consentida pelo próprio, é realizada coactivamente, mas apenas no seguimento de um despacho judicial. O juiz é garante da ponderação da necessidade da sua produção, que considerará o direito à integridade física e moral e o direito à reserva da intimidade do visado, prevenindo excessos ou abusos na realização deste tipo de procedimentos. Exige, ainda, que a realização da diligência deva ser executada por médico ou pessoa legalmente autorizada para além de que em caso algum pode fazer perigar a saúde do visado. Também o artigo 8.º da Lei 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, prevê a recolha de amostras em pro-

⁽¹⁸⁾ Gascón Abellán, Marina e Lucena Molina, José Juan, “Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma”. *Jueces para la democracia*, n.º 69, Nov. 2010, pp. 98, 99 e 100. Os Autores explicam que parte do problema reside na aceitação generalizada do designado “paradigma da individualização” que assenta na crença de que a análise científica consegue identificar de forma plena um indivíduo ou um objecto a partir de vestígios deixados no local do crime, sendo excluídos ou desvalorizados os restantes materiais probatórios. Por isso defendem a substituição do “paradigma da individualização” para o “paradigma da verosimilhança”.

cesso-crime a pedido do arguido ou ordenada, officiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido.

O legislador definiu as condições em que as análises de ADN podem servir fins de investigação criminal.

A recolha pode ter lugar em a) pessoa, cadáver, parte dele; b) em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal; c) em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, ainda que esta tenha sido substituída, ou quando em caso de inimputabilidade seja aplicada medida de segurança nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal⁽¹⁹⁾, desde que não se tenha procedido à recolha em fase processual anterior e esta será ordenada por despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado – artigos 4.º e 8.º

Os exames e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado. A recolha é susceptível de incidir sobre sangue ou outras células corporais sendo certo que a Lei 5/2008 prescreve a recolha por meio de método não invasivo, nomeadamente por via da colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente – artigo 10.º⁽²⁰⁾.

O princípio do contraditório está assegurado por via da possibilidade de realização de contra-análise. Para tanto, a colheita deve ser quantitativamente suficiente – artigo 11.º Os perfis resultantes da análise das amostras assim como os correspondentes dados pessoais são introduzidos e conservados em ficheiros de dados de perfis de ADN e ficheiros de dados pessoais – artigo 14.º Logo, para efeitos jurídico-criminais, a base de dados pessoais é constituída por um ficheiro relativo a amostras de voluntários⁽²¹⁾ e por um ficheiro contendo amostras de condenados. O arguido, na pendência do processo criminal, apenas pode ser entendido como voluntário na recolha de amostras que não impliquem a respectiva utilização para fins de investigação criminal, ou seja, só pode ser voluntário para fins de identificação civil – artigo 6.º, n.º 3. Entendemos que esta disposição legal não poderá inviabilizar a pretensão de recolha de uma amostra a pedido de um concreto arguido enquanto meio da sua defesa, no âmbito da sua liberdade de exercer o contraditório e de considerar este meio de utilidade para o exercício material e efectivo do seu direito de defesa consagrado constitucionalmente (artigo 32.º, n.º 1).

⁽¹⁹⁾ Inimputável em razão da anomalia psíquica perigoso que tenha praticado crime contra as pessoas ou crime de perigo comum punível abstratamente com pena de prisão superior a cinco anos.

⁽²⁰⁾ Assim também o artigo 8.º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN que consta da Deliberação n.º 3191/2008, de 03 de Dezembro.

⁽²¹⁾ Desta forma a base de dados de perfis de ADN vai sendo construída, faseada e gradualmente, sendo exigido o consentimento livre, informado e escrito do voluntário.

Os perfis de ADN resultantes das amostras analisadas e os correspondentes dados pessoais são introduzidos e conservados em dois ficheiros – o ficheiro de dados de perfis de ADN e o ficheiro de dados pessoais.

Dada a existência de ficheiros automatizados que alojam a informação genética, é inevitável o asseguramento de garantias conexas ao titular dos dados: garantia de informação, de acesso e conhecimento do registo, de correcção de inexactidões ou supressão de irregularidades, de segurança, de confidencialidade e sigilo da parte da entidade responsável pelas respectivas bases de dados e dos profissionais e técnicos envolvidos.

A intervenção judicial está reservada, nos termos legais, para autorizar ou ordenar expressamente, mediante fundamentação, a recolha das amostras a partir da constituição de arguido, bem como a conservação da informação relativa a essas amostras em ficheiro de condenados – artigos 8.º, n.º 1 e 15.º, n.º 1, alínea e).

O tratamento dos perfis de ADN e dos dados pessoais deve processar-se em harmonia com os princípios consagrados nos termos da legislação que regula a proteção de dados pessoais, com transparência e respeito pela vida privada, autodeterminação informativa e demais direitos, liberdades e garantias fundamentais, assim estabelece o artigo 3.º, n.º 1.

O sujeito passivo da colheita, antes da recolha da amostra, goza do direito de informação previsto no artigo 10.º da Lei de Proteção de Dados Pessoais⁽²²⁾. Abrange a informação ao examinado de 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 e 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 destruídas após a obtenção do perfil de ADN, nos casos de voluntários e condenados⁽²³⁾.

O cruzamento entre o perfil obtido pela amostra problema sob investigação e os perfis já inscritos no ficheiro de perfis de ADN 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

⁽²²⁾ Veja-se o artigo 9.º da Lei n.º 5/2008.

⁽²³⁾ Veja-se Anexo III do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN.

adoção de apropriadas medidas de segurança⁽²⁴⁾ (25). Ao titular do perfil inserido na base de dados de perfis de ADN é aplicável o direito de acesso do titular dos dados, previsto no artigo 11.º da Lei da Proteção de Dados Pessoais⁽²⁶⁾, de forma a poder conhecer o conteúdo do registo que lhe diga respeito⁽²⁷⁾.

A natureza do conteúdo dos ficheiros em causa reclamaria a judicialização do controlo da base de dados de perfis de ADN e da dos dados pessoais conexos. Todavia, o controlo da base de dados de perfis de ADN cabe ao conselho de fiscalização⁽²⁸⁾ e o Instituto Nacional de Medicina Legal é a entidade responsável pela base de dados de perfis de ADN e pelas correspondentes operações, tendo como atribuição o tratamento dos respetivos dados. O que nos parece ser insuficiente no que respeita a estes ficheiros, uma vez que a Lei n.º 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 vislumbrando por que motivo arreda a intercessão judicial no controlo da base de dados⁽²⁹⁾. Trata-se de uma discussão iniciada, travada, mas não acabada.

Nos termos do artigo 37.º da Lei n.º 5/2008, compete à Comissão Nacional de Proteção de Dados o exame das condições de funcionamento da base de dados de perfis de ADN e das condições de armazenamento das amostras⁽³⁰⁾.

⁽²⁴⁾ Artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 67/98.

⁽²⁵⁾ Nos termos do artigo 13.º da Lei n.º 5/2008.

⁽²⁶⁾ 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, retificação, apagamento ou bloqueio dos dados incompletos ou inexatos e notificação aos terceiros a quem os dados hajam sido transmitidos da retificação, apagamento ou bloqueio. A Lei n.º 5/2008, no artigo 25.º confere a qualquer pessoa o direito de exigir a correção de eventuais inexatidões, a supressão de dados indevidamente registados e o preenchimento de eventuais omissões.

⁽²⁷⁾ Todavia, a comunicação dos dados ao titular pode ser restringida em caso de suscetibilidade 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 – artigo 24.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008.

⁽²⁸⁾ Órgão que é composto por três cidadãos de reconhecida idoneidade, designado pela Assembleia da República. Trata-se de entidade administrativa independente, com poderes de autoridade e responsável apenas perante a Assembleia da República.

⁽²⁹⁾ Neste sentido, Etxeberria Guridi, José Francisco, *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».

⁽³⁰⁾ De acordo com as disposições da Lei da Proteção de Dados Pessoais. Tem o dever de denunciar junto do Ministério Público as infrações penais de que tenha conhecimento no exercício

3. A obtenção do perfil de ADN e a consideração dos direitos dos arguidos

O objecto da acção punitiva do Estado pressupõe uma dupla dificuldade: o imperioso respeito pela dignidade do sujeito processual arguido e, portanto, uma intervenção baseada no mínimo sacrifício dos seus direitos fundamentais e a manutenção da paz social e da ordem, privilegiando a máxima preservação do bem comum.

Na tessitura do processo penal a racionalidade fundamentadora do instrumento legal das bases de dados de perfis de ADN serão objecto de diálogo comunicante e de reflexão de “custos” em termos de correlação do trinómio “necessidades de protecção”, “capacidades de protecção” e “possibilidades de protecção” por parte do Estado.

A obtenção do perfil de ADN, dentro de determinados condicionalismos rigidamente fixados, revela poder ser um recurso a usar na justa medida de compaginação com os direitos fundamentais dos cidadãos protegidos constitucionalmente, como a integridade física e moral, a autodeterminação informacional e a reserva da vida privada (artigos 25.º, 26.º e 35.º da CRP).

O papel do arguido presumido inocente não sai necessariamente beliscado pelo dever de suportar uma diligência probatória. Na verdade, a prerrogativa de não autoincriminação visa respeitar o arguido na dimensão da sua liberdade declaratória, pretende salvaguardá-lo do não dever de dizer a verdade, do não dever de testemunhar contra si próprio e do não dever de confessar os factos que lhe são imputados. Sobre o arguido sujeito processual em toda a sua plenitude recaem obrigações processuais e deveres de sujeição a diligências probatórias, como a aplicação de medidas de coacção. Pelo que não é de todo líquido que a coercibilidade da extracção das amostras biológicas seja atentatória da garantia de não autoinculpação. Estabelece a Declaração Universal dos Direitos do Homem no artigo 29.º que «o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade» e o artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreve que a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem. Portanto, o indivíduo tem deveres públicos, obrigações para consigo mesmo, para com o outro e para com a sociedade, espaço onde se situam algumas das obrigações processuais. O que não é igual a afirmar que considerações de protecção pública podem tudo, por qualquer meio e a todo o custo. A obtenção coactiva de amostras biológicas do indivíduo só deveria ser legitimada se e quando estritamente

das suas funções e por causa delas e de praticar os atos cautelares e urgentes para assegurar os meios de prova. Pode ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados e proibir, temporária ou definitivamente, o tratamento de dados pessoais, mesmo que incluídos em redes abertas de transmissão de dados a partir de servidores situados em território nacional.

indispensável. Por razões de carência máxima de protecção de um bem jurídico de eminente importância, face ao alto grau de lesividade da infracção, diante de um intolerável perigo para a comunidade, perante uma impossibilidade ou alta dificuldade de outros meios de obtenção de prova apropriados ao objecto que a investigação encerra.

No que concerne à integridade física, a intervenção corporal não pode, por imposição legal e por controlo judicial, provocar dano grave, duradouro ou prolongado para o visado, nem dor física, sofrimento psicológico ou risco para a saúde, para além de ter de ser levada a cabo por entidades especializadas (médico ou equiparado) e a lei específica que o método a utilizar terá de ser de natureza não invasiva – zaragatoa bucal, preferencialmente, cujo grau de intrusividade é considerado mínimo.

O ADN, “a mais forte igualdade que se pode conceber” no dizer de João Ribeiro da Silva⁽³¹⁾ por sermos todos iguais em cerca de 99,9% do nosso ADN, pode ser codificante – revelador da estrutura morfológica do indivíduo (caracteres biológicos, somáticos e comportamentais) – ou não codificante – que existe por razões estruturais e reguladoras – não permite, segundo o estado atual do conhecimento científico, tocar com a parte da vida privada das pessoas que é constituída pela sua intimidade relacionada com o pudor e o recato. É o apelidado ADN “inofensivo” ou “neutro” do ponto de vista dos direitos de personalidade. A análise do ADN não codificante é exigência da lei nacional e dos instrumentos internacionais (Resolução do Conselho de 1997, Resolução do Conselho de 2001 e Decisão 2008/615/JAI).

Por sua vez, as informações constantes do ficheiro de dados pessoais conexos com o ficheiro dos dados de perfis de ADN contêm informações, por regra, não considerados lesivos da vida privada e familiar por serem normalmente fornecidos e disponibilizados pelos seus titulares a terceiros com relativa facilidade (*v.g.* residência, estado civil, número de identificação civil, número de identificação fiscal). Todavia, verifica-se uma descontinuidade entre a Lei da Protecção de Dados Pessoais face à Informática, a Lei da Protecção de Dados Pessoais e o disposto no artigo 35.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa. Expliquemos: a primeira refere no artigo 2.º, alínea b) que a profissão e a morada são elementos pessoais confidenciais não públicos; a primeira, no artigo 11.º e a segunda no artigo 7.º caracterizam os dados genéticos como dados sensíveis (com certeza por neles estar contemplado o ADN codificante), bem como a origem étnica cujo tratamento é também proibido no artigo 35.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, elemento que consta para registo nos anexos, destinados à

⁽³¹⁾ Silva, João Ribeiro da, *Perspectivas da Bioética – Bioética Contemporânea III*. Cosmos, 2003, pp. 65 e 66.

identificação dos arguidos e dos condenados do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN.

Na parte respeitante à autodeterminação informacional, a tridimensionalidade do direito de

- a) acesso aos dados, retificação, atualização e conhecimento da finalidade a que se destinam;
- b) sigilo;
- c) não tratamento de determinados dados ligados à vida privada,

assiste a uma tensão ainda não resolvida. A vertente negativa do direito a controlar a informação com o conteúdo de negação da informação pessoal e de oposição à recolha e tratamento sai frustrada. A perspectiva positiva de controlo da informação de modo a fiscalizar a utilização que vai sendo feita dos dados já sai resguardada. Como que em jeito de contracorrente, as garantias legais de anonimização, de confidencialidade, de segredo e de criminalização da sua violação afiançam ao indivíduo o respeito pelo conteúdo essencial deste seu direito.

Não deixamos de evidenciar um aspecto que, neste domínio, consideramos de todo o interesse. O ADN de uma pessoa pode declarar a sua identidade biológica, pode revelar o homem que dele é portador numa visão naturalista, biológica ou genética. Mas não revela a pessoa porque a pessoa é muito mais do que a sua constituição biológica ou a sua representação genética. Estas são uma parte, uma das plurais dimensões da identidade pessoal do indivíduo. Ele em uma identidade civil, social, cultural, religiosa, étnica, nacional, entre outras, ou seja, tem uma identidade *praeter genómica*. Posição que sai corroborada pela protecção dos direitos de personalidade a nível civil e criminal para além da vida terrena, que se estende fora da dimensão do simples corpo vivo, enquanto matéria, pois que a pessoa é estrutura complexa – física, psíquica e jurídica.

Concluimos relembando que é tempo de não ceder ao populismo das tensões securitárias e de reclamar o espaço de liberdade já usurpado em nome da segurança e do bem-estar comunitário. Equilíbrio e comedimento são os factores – os únicos – que proporcionarão a solução para a “batalha” travada entre o dever de respeito pelas liberdades individuais e as obrigações estatais da manutenção da paz social, da administração da justiça penal e do combate ao crime, que são da sua incumbência. A harmonia entre estes interesses são requisitos e condição de uma vida digna de qualquer cidadão. Como explana Manuel Valente «devemos olhar a liberdade não apenas como um direito fundamental, mas como um princípio norteador da actividade do Estado na prossecução de tarefas fundamentais»⁽³²⁾, quadro no qual, acrescentamos nós, se inclui o uso da

⁽³²⁾ Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Segurança. Um tópico jurídico em reconstrução*. Lisboa: Âncora Editora. 2013, p. 89.

prova de ADN em processo penal, com a excelência do seu carácter científico e com a debilidade de ser um meio probatório não absoluto.

Resumo: A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal autoriza a obtenção de perfis de ADN resultantes da análise das amostras extraídas, com ou sem consentimento do visado, a introdução e registo dos correspondentes dados pessoais e a sua conservação em ficheiros de dados de perfis de ADN e ficheiros de dados pessoais. Impõe a intervenção judicial no sentido de ser esta entidade a autorizar ou ordenar a colheita de amostras e a conservação da informação genética em ficheiro de condenados, mas não prevê qualquer forma de intercessão judicial no que respeita à manutenção e controlo da base de dados.

Direitos fundamentais dos cidadãos protegidos constitucionalmente, como a integridade física e moral, a autodeterminação informacional e a reserva da vida privada (artigos 25.º, 26.º e 35.º da CRP), o papel do arguido na tessitura do processo penal e a racionalidade fundamentadora do instrumento legal serão objecto de diálogo comunicante e de reflexão de “custos” em termos de correlação do trinómio “necessidades de protecção”, “capacidades de protecção” e “possibilidades de protecção” por parte do Estado.

Palavras-chave: perfis de ADN; direitos fundamentais; investigação criminal; recolha de amostras; prova.

Abstract: Law No. 5/2008 of 12 February, which approved the creation of a to criminal and civil identification purposes DNA profile database allows obtaining DNA profiles from the analysis of samples taken, with or without consent the target, the introduction and registration related personal data and their preservation in DNA profile data files and personal data files. Requires judicial intervention to be this entity to authorize or order sample collection and conservation of genetic information on convicted file, but does not provide any form of judicial intercession in respect of the maintenance and control of the database.

Fundamental rights protected constitutionally, as the physical and moral integrity, informational self-determination and the right to privacy (Articles 25, 26 and 35 of the Portuguese Constitution), the role of the accused in the composition of criminal proceedings and the rationality of the legal instrument shall be communicating dialogue and reflection “cost” in terms of correlation of the trinomial “protection needs”, “protection capabilities” and “protection possibilities” by the state.

Keywords: DNA profiles; fundamental rights; criminal investigation; taking of samples; evidence.

Referências bibliográficas

- 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, 2.^a ed. atualizada. 2008
- AAS, Katja Franko, “‘The body does not lie’: Identity, risk and trust in technoculture”. *Crime, Media, Culture*, August 2006, 2, pp. 143 ss.
- COSTA, Helena e SOUTO, Luís. “Novas ferramentas da investigação criminal – potencialidades e limites da previsão de características físicas através da análise de ADN”. *Bases de dados genéticos forenses. Tecnologias de controlo e ordem social*. Organização de Helena Machado e Helena Moniz. Coimbra: Coimbra Editora. 2014. pp 271 ss
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora. 2007
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona). 2000
- GASCÓN ABELLÁN, Marina e LUCENA MOLINA, José Juan. “Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma”. *Jueces para la democracia*, n.º 69, Nov. 2010, pp. 95 ss.
- KAYE, H. David, em entrevista concedida em 30 de Julho de 2010 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 Setembro de 2016)
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora. 2005
- PUGLIESE, Joseph. “Identity in question: a grammatology of DNA and forensic genetics”. *International Journal for the semiotics of law*, 12, n.º 4. 1999. pp. 419 ss.
- SILVA, João Ribeiro da. *Perspectivas da Bioética – Bioética Contemporânea III*. Cosmos. 2003
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Segurança. Um tópico jurídico em reconstrução*. Lisboa: Âncora Editora. 2013

Legislação e outros documentos:

- Código Penal Português
- Código de Processo Penal Português
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Declaração Universal dos Direitos do Homem
- Decisão 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de Junho de 2008, relativa ao aprofundamento da cooperação transfronteiras
- Decisão-Quadro 2009/905/JAI do Conselho, relativa à acreditação de prestadores de serviços forenses que desenvolvem atividades laboratoriais
- Lei da Proteção de Dados Pessoais, Lei n.º 67/89, de 26 de Outubro
- Lei da Proteção de Dados Pessoais face à Informática, Lei n.º 10/91, de 29 de Abril
- Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses

Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, que aprovou a criação da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal

Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, Deliberação n.º 3191/2008, publicada no Diário da República, 2.ª série, de 03 de Dezembro de 2008

Resolução do Conselho, de 09 de Junho de 1997 relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN no que concerne à investigação criminal

Resolução do Conselho de 25 de Junho de 2001 (2001/C 187/01) relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN no que concerne à investigação criminal

Pareceres:

Parecer n.º 52/CNEV/07 sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN, de Junho de 2007

Parecer n.º 18/2007 da Comissão Nacional da Protecção de Dados a pedido do Secretário de Estado Adjunto e da Justiça

Parecer n.º 41/2007 da Comissão Nacional da Protecção de Dados a pedido da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias