

Poder, Corpo e Prova:
elementos para uma teoria das ingerências
corporais probatórias em processo penal

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Jorge Manuel Almeida dos Reis Bravo



Jorge Manuel Almeida dos Reis Bravo

**Poder, Corpo e Prova:
elementos para uma teoria das ingerências corporais
probatórias em processo penal**

Tese de Doutoramento em Direito - ramo de Ciências Jurídico-
Criminais – Modalidade de Doutoramento sem Curso
orientada pelo Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho
2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Jorge Manuel Almeida dos Reis Bravo

**Poder, Corpo e Prova: elementos para
uma teoria das ingerências corporais
probatórias em processo penal**

**Tese de doutoramento em Direito – ramo de Ciências
Jurídico-Criminais – Modalidade de Doutoramento sem Curso**

Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo

O corpo da pessoa humana é um dado omnipresente no processo penal.

É através do corpo que se percebem as manifestações de comportamentos e atitudes juridicamente relevantes da pessoa humana.

No que respeita à sua dimensão jurídico-criminal, pode dizer-se que o corpo é, em certo sentido, sincreticamente, causa, origem, móbil, objeto, instrumento e finalidade no processo penal. No contexto estritamente processual, o corpo da pessoa humana pode ser sujeito a ingerências probatórias que suscitem momentosos problemas de ponderação de direitos fundamentais do indivíduo, potencial ou efetivamente conflitantes com os interesses do Estado (e da comunidade) no esclarecimento da hipótese criminal em causa e na responsabilização do culpado.

As finalidades probatórias pretendidas com o recurso à informação corporal dirigem-se essencialmente à identificação do agente do crime e à determinação de substâncias e produtos criminalmente relevantes.

O corpo humano converteu-se, mercê dos avanços científico-tecnológicos, em suporte virtualmente inesgotável de informação que pode facilitar o *ius puniendi* do Estado. São exemplo disso as técnicas de biometria, de identificação dactiloscópica, sanguínea, dentária, a *genetic fingerprint* e, prospetivamente, a *brain fingerprint*. O fascínio do Estado perante as hipóteses de acesso a tão formidável fonte de informação coloca preocupações sobre o significado de princípios como o *nemo tenetur se ipsum accusare* e da presunção de inocência, o direito à autodeterminação informacional e um reclamado *direito ao silêncio corporal*.

A própria heterogeneidade das ingerências corporais probatórias mais convencionais implica o debate mais profundo de algumas áreas problemáticas, impondo que se revise o regime dos exames e das perícias, das revistas e reconhecimento pessoal, da recolha de escrita manual, de resenhas dactiloscópicas, dos exames de genética forense, da sujeição a exames radiológicos e intervenções médico-cirúrgicas.

A disponibilidade de um tal arsenal científico-tecnológico aparece como meio de potenciar um elevado grau de rigor na descoberta da verdade material.

Mas a verdade material não pode alcançar-se a qualquer preço.

A tensão surge sobretudo quando estejam em causa conflitos entre interesses e direitos fundamentais do imputado (suspeito ou arguido), por um lado, e a realização do interesse público da justiça, da eficiência da investigação ou o das vítimas dos crimes, por outro.

Na fórmula de resolução desta equação pontifica o referente da dignidade da pessoa humana, enquanto valor incompressível, delimitando o conteúdo dos direitos fundamentais

conflitantes, de acordo com critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação. Assim, só serão justificadas as ingerências corporais compatíveis com a manutenção do conteúdo essencial dos valores e direitos fundamentais, potencial ou realmente afetados: a presunção de inocência, a não autoincriminação, a integridade pessoal, a reserva da intimidade da vida privada, a liberdade de ação e a proteção da saúde. Só assim o resultado de tais medidas assumirá validade probatória.

Tentaremos, ainda, equacionar alguns cruzamentos potenciais entre a posição processual do arguido e a da vítima, com a assunção dos aspetos corporais probatórios a ela concernentes.

Procuraremos também caracterizar o fio condutor implícito na estrutura sistemático-normativa das ingerências corporais probatórias em processo penal no nosso ordenamento jurídico. Além disso, preconizaremos algumas soluções normativas que possam guiar, futuramente, o intérprete e aplicador da lei.

Pensamos, em suma, que todo um vasto conjunto de problemas – ainda latentes na nossa doutrina e na prática judiciária, mas cuja explosão se intui para breve – sobre os termos da admissibilidade da utilização probatória do corpo do imputado, tornará oportuno o presente estudo.

Abstract

The body of the human person is an omnipresent *datum* in criminal procedure.

It is through the body that we can recognize the behavior and legally relevant actions of the human person.

Regarding to its criminal dimension, we can say that the body is, syncretically, cause, source, mobile, object, instrument and purpose in the criminal procedure.

In strictly procedural context, the body of the human person may be subject to evidentiary interference that evoke very relevant weighting problems of individual fundamental rights, potentially or actually in conflict against the interests of the State (and the community) in clarifying the criminal case and the liability of the guilty.

The *required* evidentiary purposes concerning the use of body information are mainly addressed to the perpetrator identification and the determination of criminally relevant substances and products.

The human body has become, thanks to the scientific and technological advances in a virtually inexhaustible source of information that can facilitate the State *ius puniendi*. Examples include the biometric techniques, *fingerprint*, blood or dental *identification*, the *genetic fingerprint* and, prospectively, the *brain fingerprint*.

The allure of the State before the chances of access to such a formidable source of information raises concerns about the meaning of principles as *nemo tenetur se ipsum accusare* and the presumption of innocence, the right to informational self-determination and the claimed *right to body silence*.

The very diversity of the conventional evidentiary bodily interferences implies deeper discussion of some problematic issues, requiring to revisit the legal system of examinations and expertises, inspections and personal recognition, handwriting collection, dactyloscopic digest, examinations of forensic genetic profiles, radiological and medical-surgical interventions.

The availability of such scientific and technological arsenal appears as a means of enhancing a high degree of accuracy in discovering the material truth.

However the material truth may not be achieved at any price.

The tension especially arises when it concerns conflicts between interests and fundamental rights of the accused (suspect or defendant) on the one hand, and the enforcement of justice, the efficiency of the criminal investigation or the victims of crimes, on the other.

In solving this equation formula pontificates the respect for human person dignity as an incompressible value, defining the content of conflicting fundamental rights, in accordance with criteria of proportionality, necessity and adequacy.

Thus, only evidentiary bodily interference compatible with the maintenance of the essential content of the values and fundamental rights potentially or actually affected will be justified: the presumption of innocence, non self-incrimination, personal integrity, privacy of private life, freedom of action and health protection. Only then the results of such measures will take evidential validity.

We will try to also equate some potential intersections between the procedural position of the defendant and the victim, concerning some body evidential aspects.

We will also attempt to characterize the thread implicit in systematic-normative structure of evidential body interference in criminal proceedings in our legal system. Moreover, we propose some normative solutions that can guide the interpreter and law enforcer in the future.

We think, in short, a whole wide range of problems - still latent in our doctrine and judicial practice, but whose explosion we intuit soon - on the terms of the admissibility of evidential use of the body of the accused, will make this study opportune.

Agradecimentos

Reconhece-se normalmente que um trabalho de dissertação de doutoramento é tarefa solitária. Assim é, de facto, nos momentos decisivos da opção pelas proposições a apresentar. É um trabalho de curiosidade e de vontade em explorar pistas de conhecimento estruturado, do qual o autor é o último responsável.

Contudo, seria ato de indesculpável indiferença e injustiça não reconhecer o mérito e significado que assumiram tantos contributos, críticas, sugestões e os estímulos de todos os que, de uma maneira mais ou menos presente, mais ou menos científica, quiseram ajudar-me nessa tarefa. Amigos, Colegas, Professores, incluem-se neste grupo de pessoas, a quem de modo abrangente expresso reconhecidamente o apoio e os incentivos que, desinteressada e, por vezes até inadvertidamente, me concederam.

Permitir-me-ão, no entanto, que saliente, entre todos, o contributo e apoio permanente e insubstituível do meu Orientador, Senhor Doutor António Pedro Nunes Caeiro, cuja irreticente disponibilidade, desde o primeiro contacto, constante interesse e paciência, para além da erudição e experiência, permitiram que o resultado final do presente trabalho, conservando a sua modesta pretensão, fosse menos desinteressante do que certamente seria sem a sua esclarecida orientação. Foi ele, sem dúvida, um dos maiores responsáveis desta minha ousadia académica.

Aos meus Amigos e Colegas João Conde Correia e Patrícia Naré Agostinho, que me forneceram dados preciosos e linhas seguras e rigorosas de indagação científica e bibliográfica, justifica-se dirigir-lhes uma referência e agradecimento especiais.

Ao António Matos Marques, meu Amigo e “médico da família”, verdadeiro “consultor de 1.ª linha”, que me ajudou nos temas e matérias das Ciências da Vida.

Ao CSMP (composição de Abril de 2012 e seguintes) expresso igualmente o meu agradecimento por haver reconhecido mérito no projeto que apreciou, e ter confiado que o resultado do trabalho se pudesse, no final, materializar nalguma qualificação do autor, e, reflexamente, numa maior sistematização das questões objeto de abordagem, que contendem de perto com a intervenção do Ministério Público no âmbito da investigação criminal e no exercício da ação penal, dessa forma podendo servir, indiretamente, além da própria instituição, os interesses mais amplos da justiça penal.

Permitir-me-ão, por fim, um Agradecimento especial aos meus familiares e um pedido de desculpas por alguma incompreensão e impaciência que nalgumas fases poderei ter demonstrado, salientando as muitas horas subtraídas à atenção (e preocupação) da vida familiar, no que fico devedor à Né, companheira compreensiva, e às minhas Filhas, que

Agradecimentos

viveram tempo demais sem a presença do marido e do pai (*«Quando é que escreves um livro para nós?»*).

O trabalho apresentado não é, por isso, um trabalho solitário, porque beneficiou de todos estes contextos solidários que aqui reconhecidamente agradeço.

Abreviaturas e Siglário

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac.ou ac. – Acórdão

Al. ou al. – Alínea

Ac. TC – Acórdão(s) do Tribunal Constitucional

ADPCP – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AFJ – Acórdão de Fixação de Jurisprudência (do STJ)

Art.ou art. – Artigo

ADoP – Autoridade Antidopagem de Portugal

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

ADNm – Ácido Desoxirribonucleico mitocondrial

AMA – Agência Mundial Antidopagem

AR – Assembleia da República

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGH – Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão)

BKA – Bundeskriminalamt (Polícia Federal de Investigação Criminal alemã)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BOE – Boletín Oficial del Estado (de Espanha)

BVerfG – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão)

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CADHP – Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

CAS – *Court of Arbitration for Sports* (Tribunal de Arbitragem para o Desporto)

CConst – Comissão Constitucional

CC PGR – Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República

CC – Código Civil

CCPúb – Código dos Contratos Públicos

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CdE – Conselho da Europa

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CDHB – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina (Convenção de Oviedo)

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos (aprovado pelo Regulamento n.º 14/2009, de 13-01; não foi considerado o Regulamento n.º 707/2016, de 21-07 por ter sido publicado após a conclusão da tese).

Abreviaturas e Siglário

CE – Comunidades Europeias

CEsp – Constituição espanhola

CEst – Código da Estrada

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CExP – Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade (aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12-10 e alterado sucessivamente pelas Leis n.ºs 33/2010, de 02-09, 40/2010, de 03-09 e 21/2013, de 21-02)

CFBDADN – Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN

Cfr. ou cf. – confronto/ar

CIADH – Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (San José da Costa Rica, 22-11-1969)

CIDH – Corte Interamericana dos Direitos Humanos

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Cit. ou cit. – citado(a)

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CJASTJ – Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

CJMil – Código de Justiça Militar

CJPOA – Criminal Justice and Public Order Act (de 1994, que alterou o PACE - Police and Criminal Evidence Act; diploma compendiando um conjunto de regras de obtenção de prova criminal, do Reino Unido)

CMA – Código Mundial Antidopagem

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CODIS – Combined DNA Index System (Base nacional de dados de ADN dos EUA)

COI – Comité Olímpico Internacional

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPE – Convenção sobre a Patente Europeia

CPI – Código da Propriedade Industrial

CPP – Código de Processo Penal

CPP1929 – Código de Processo Penal de 1929

CRP – Constituição da República Portuguesa

Coord. – Coordenação

CTrab – Código do Trabalho

DAR – Diário da Assembleia da República

DDO – Doença(s) de Declaração Obrigatória

Dec.-Lei ou DL – Decreto-Lei

DIDGH – Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (Aprovada por unanimidade e aclamação pela 32.^a Sessão da Conferência Geral da UNESCO, em 16-10-2003)

DIUDH - Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos

DNA – Deoxyribonucleic acid (cfr. ADN)

DNA-IFG – DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes ou Lei sobre Identificação por ADN

DR – Diário da República

DReg – Decreto Regulamentar

DST's – Doença(s) Sexualmente Transmissível(eis)

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

DUBDH – Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (aprovada na 33.^a Sessão da Conferência Geral da Conferência Geral da UNESCO, em 19-10-2005)

DUGDH – Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (aprovada na 29.^a Sessão da Conferência Geral da UNESCO, em 11-11-1997)

Ed. – Editor(a)(es)

EDTEFP – Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas (Lei n.º 58/2008, de 09-09)

ENFSI – European Network of Forensic Scientific Institutes (Rede Europeia de Instituições de Polícia Científica)

ESPAD – Estrutura de Suporte ao Programa AntiDopagem

ESS – European Standard Set (Série Normalizada Europeia de marcadores de ADN)

EVP – Estado Vegetativo Persistente

FBI – Federal Bureau of Investigation (Agência federal dos EUA para investigação de “crimes federais”)

FDP – Forensic DNA Phenotyping

FIV – Fertilização *in vitro*

F. Jco. – Fundamento Jurídico (das decisões jurisprudenciais de Tribunais Superiores espanhóis)

GNR – Guarda Nacional Republicana

HGP – Human Genome Project (desenvolvido pelo NHGRI dos EUA)

- INMLCF, I.P. – Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, Instituto Público
- ISSOL – Interpol Standard Set of *Loci* (Conjunto Normalizado de *Loci* da Interpol)
- I. e. – Id est*
- IVG – Interrupção Voluntária da Gravidez
- Jl – Juiz de Instrução
- JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias
- JORF – Journal Officiel de la République Française
- JOUE – Jornal Oficial da União Europeia
- L – Lei
- LAJ – Lei do Regime de Apoio Judiciário
- LAT – Lei dos Acidentes de Trabalho (e Doenças Profissionais)
- LCN – Low Copy Number (amostras que contêm uma quantidade de ADN genómico inferior a 100 picogramas (pg))
- LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal (espanhola)
- LGTFP – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (aprov. pela Lei n.º 35/2014, de 20-06)
- LO – Ley Orgánica (lei de valor reforçado no ordenamento espanhol)
- LOFTJ – Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais
- LOIC – Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008, de 27-08)
- LPC (PJ) – Laboratório de Polícia Científica (da Polícia Judiciária)
- LTE – Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14-09)
- MP – Ministério Público
- N.º ou n.º – número
- NCPC – Novo Código de Processo Civil (aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26-06)
- N.P. ou n.p. – não publicado
- NJW* – Neue Juristische Wochenschrift
- NSiZ* – Neue Strafrecht Zeitschrift
- Op. cit.* – *Opera citata* (obra do mesmo Autor citada em último lugar)
- OE – Orçamento de Estado
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- OI – Organização(ões) Internacional(ais)
- ÖJZ – Österreichische Juristenzeitung
- OUA – Organização dos Estados Africanos
- OMS – Organização Mundial de Saúde
- ONU – Organização das Nações Unidas

OPC – Órgão(s) de Polícia Criminal

Org. – Organização

P. ou pp. – página(s)

PCR – Polymerase Chain Reaction (reação de polimerização em cadeia inventada por Kary B. Mullis, prémio Nobel da Química em 1993: técnica usada na sequenciação de genes para obtenção de perfis genéticos e outros fins)

PE – Parlamento Europeu

PIDCP – Pacto Internacional relativo aos Direitos Cíveis e Políticos (da ONU)

PGR – Procuradoria-Geral da República

PJ – Polícia Judiciária

PMA – Procriação Medicamente Assistida

Port. – Portaria

PR – Presidente da República

Pub. – Publicações, publicado

RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais

RCEJ – Revista do Centro de Estudos Judiciários

RCCS – Revista Crítica de Ciências Sociais

RDE – Revista de Direito e Economia

RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais

RC – Relação de Coimbra

RE – Relação de Évora

RECPC – Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

Reforma Penal de 2007 – Conjunto de alterações legislativas introduzidas ao Código de Processo Penal e ao Código Penal, respetivamente pelas Leis n.º 48/2007, de 29-08 e n.º 58/2007, de 04-09

Rel. ou relat. – relator

RENDA – Registo Nacional de Não Dadores

RFASP – Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas (aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17-05)

RFULusP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto

RFUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

RFLP – Restriction Fragment Length Polymorphisms

RG – Relação de Guimarães

RGIMOS – Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

RJAM – Regime Jurídico de Armas e Munições (aprovado pela Lei n.º 5/2006, de 23-02, e alterado pelas Leis n.ºs 59/2007, de 04-09, 17/2009, de 06-05, 26/2010, de 30-08 e 12/2011, de 27-04)

RL – Relação de Lisboa

RLib – Revista Liberdades (do IBCCRIM)

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RP – Relação do Porto

RPDC – Revista Portuguesa do Dano Corporal

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

ScIvr – Scientia Iuridica

S.d. (ou s.d.) – sem data conhecida

SIB – Sociedade Internacional de Bioquímica

SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

SNPs – Single Nucleotid Polymorphisms

SNS – Serviço Nacional de Saúde

Ss. ou ss. – seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)

StPO – Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão)

STC – Sentença do Tribunal Constitucional (espanhol)

STR – Short Tandem Repeats

STS – Sentença do Tribunal Supremo (espanhol)

T. ou t. – Tomo.

TADH – Tribunal Africano dos Direitos Humanos

TAE – Taxa de ar expirado

TAS – Taxa de álcool no sangue (A conversão dos valores do teor de álcool no ar expirado (TAE) em teor de álcool no sangue (TAS) é baseada no princípio de que 1 mg de álcool por litro de ar expirado é equivalente a 2,3 g de álcool por litro de sangue – art. 81.º, n.º 4 do Código da Estrada)

T.C. ou TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Trad. – tradução

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UCE – Universidade Católica Editora

UCP – Universidade Católica Portuguesa

U.E. ou UE – União Europeia

U.M.R.P. ou UMRP – Unidade de Missão para a Reforma Penal

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura.

UNICEF – sigla original de “United Nations International Children’s Emergency Fund”,
agência que antecedeu o atual United Nations Children’s Fund (Fundo das Nações
Unidas para a Infância)

V. ou vol. – volume.

Vd. – *vide*

V. g. – *Verbi gratia*

VIH-SIDA – Vírus da Imunodeficiência Humana Adquirida - Síndrome da Imunodeficiência
Adquirida

VNTR – Variable Number of Tandem Repeats

ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Referências de citação e transcrição

A indicação de referências de acórdãos ou de outras decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal de Justiça ou dos Tribunais da Relação, de Pareceres do Conselho Consultivo da PGR, ou a transcrição de partes dos mesmos, que não contenha a fonte ou local de consulta, presume-se reportada ao sítio: <http://www.dgsi.pt/>.

A indicação de acórdãos ou outras decisões jurisprudenciais do Tribunal Constitucional, ou a transcrição de partes dos mesmos, que não contenha a fonte ou local de consulta, presume-se reportada ao sítio: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

A referência a qualquer disposição legal que não indique expressamente o diploma a que pertence, presume-se referida ao Código de Processo Penal, na versão vigente em 15 de julho de 2016.

Quando não haja expressa indicação da versão das disposições legais citadas no texto e em notas, devem considerar-se referidas à versão vigente dos respetivos diplomas, em 15 de julho de 2016.

Prólogo

O facto é que ninguém determinou, até agora, o que pode o corpo, isto é, a experiência a ninguém ensinou, até agora, o que o corpo – exclusivamente pelas leis da natureza enquanto considerada apenas corporalmente, sem que seja determinado pela mente – pode e o que não pode fazer.

Espinosa, *Ética III, Prop. 2*

I.

A pessoa humana é o *sujeito* de direito(s), não podendo ser considerada senão como fim e nunca como um meio, enquanto reflexo do princípio fundacional da dignidade humana. Também no direito penal, mesmo quando assume o estatuto de imputado, não surgirá nunca como objeto.

Todavia, justamente na vertente adjetiva do direito penal há uma dimensão da pessoa que não pode deixar de reconduzir-se, num certo sentido, à condição de objeto de observação: a dimensão corporal. Como assinalou Figueiredo Dias «(...) a circunstância de o arguido dever ser considerado sempre sujeito do processo (...), não obsta a que, *em certa medida*, ele deva considerar-se também *objecto de medidas de coacção processual*»¹. Não significa isso que a pessoa deixe de ser sujeito e passe, *ipso facto*, a ser *coisificada*, *objetivada*, ou, sequer, *funcionalizada* no quadro teleológico de uma investigação criminal contra si dirigida. Muito menos que possa volver-se em objeto de prova contra si.

Tentaremos indagar – e responder da forma mais sustentada e prudente – se o corpo pode, e em que medida, tornar-se, naquele sentido, *objeto*.

O corpo como objeto de prova jurídico-penal! Esse é o verdadeiro núcleo problemático do nosso excursus indagativo no presente estudo. Oxalá se consiga, no seu termo, aproximarmo-nos de uma resposta autêntica, mais do que metodicamente rigorosa e academicamente erudita, certo de que não se chegará a soluções ou propostas definitivas.

Uma compreensão jurídica contemporânea do corpo parece exigir conceitos novos e distintos da conceção convencional. Alguma doutrina nacional, atenta a tais apreensões, já assinalou a inaptidão de muitas categorias e institutos clássicos no que toca à regulação e disciplina jurídica do corpo: «[v]ivemos hoje um tempo em que se está a reescrever o estatuto jurídico do corpo humano. Muitas regras jurídicas tradicionais, e bem assim os conceitos que lhes serviam de suporte, têm dificuldade em se adequar aos problemas com que são confrontadas (...). As normas que se ocupavam da regulação de aspectos atinentes ao corpo eram poucas, parcas em palavras e atinentes a uma ínfima parte dos problemas que hoje constituem o centro da discussão. Tal ficava a dever-se (...) à interiorização vivenciada da ideia de que tudo o que ao corpo dissesse respeito encontrava como limites últimos e incontornáveis as superiores regras da natureza, que as regras morais e sociais mais não tinham

¹ *Direito Processual Penal* - I, Coimbra Ed., Coimbra, 1981, p. 436. Explica o autor que a doutrina processual penal germânica prefere tratar a *Körperliche Untersuchung* no capítulo dos *meios de coacção ou de segurança processual* em vez de a colocar no âmbito das provas, pelo que as normas que permitem tal espécie de medidas têm de ser entendidas e aplicadas nos termos mais estritos (ob. cit., p. 439).

que pôr em evidência. A fórmula kantiana segundo a qual “o homem não pode dispor de si mesmo”, mantendo embora o seu núcleo irreduzível de validade, é hoje objecto de profundas interrogações, fruto de uma plêiade de inovações tecnológicas de que resultou uma diferente percepção do corpo»².

Procurar-se-á no nosso estudo situar o corpo, enquanto suporte tangível da pessoa, como referente normativo do Homem no ordenamento jurídico-constitucional e no diálogo deste com o ordenamento jurídico-probatório [processual] penal.

O corpo do Homem transforma-se incessantemente. Hoje, pode dizer-se que se transforma em duas aceções distintas: uma, a natural, a da transformação bio-cronológica e outra – mais recentemente permitida –, a da transformação pelas biotecnologias, o que vem colocando um novo feixe de questões bioéticas; as potencialidades da medicina preditiva, da terapia génica, de programação e reprogramação genética, de regeneração de células, de tecidos e de órgãos e da sua própria transformação (aí se incluindo as transplantações e a transgenitalização) ou a simbiose de materiais biossintéticos – ainda que com propósitos de beneficência pessoal ou familiar – poderão significar uma alteração da própria natureza do ser humano. O que pode, afinal, tornar-se numa das grandes aporias do nosso tempo: é possível alterar a natureza do ser humano sem previamente assentar na sua definição? Poderemos perspetivar uma mudança de natureza do Homem sem antes compreendermos – pelo menos de modo consensual – o que é que *humaniza*? Ou o que é que *personaliza*?

É a pensar num «*corpo contemporâneo*» em transformação, neste duplo sentido, que se escrevem as páginas seguintes, incidindo a atenção no seu potencial probatório e nos limites à admissibilidade da sua utilização, mormente quando o seu resultado possa volver-se contra o próprio sujeito.

A nossa linha de raciocínio – a seu tempo confirmaremos a sua correção – será a de tentar surpreender e isolar a relevância jurídico-probatória do corpo no processo penal, em particular na investigação criminal, nas vertentes dos modelos de identificação criminal de suspeitos e da identificação e determinação de elementos e substâncias criminalmente relevantes em sede corporal.

II.

O nosso estudo segmenta-se em três partes.

A primeira subdivide-se em três capítulos e destina-se à apresentação das questões de enquadramento geral da realidade jurídica do corpo; podendo parecer algo deslocado do

² JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Col. Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 90-92.

objeto nuclear dos temas de estudo, afigurou-se-nos fazer sentido abordar, numa Primeira Parte, as questões relativas à compreensão mais geral da realidade onto-atropológica do corpo humano, com as suas implicações éticas, de forma a poder extrair-se uma conceção do corpo à luz de paradigmas bioéticos que enformarão, de uma maneira ou de outra, a consideração normativa da tutela jurídica do mesmo no ordenamento positivo em geral – e no direito penal e processual penal, em particular –, mas também a montante, na configuração da sua matriz de tutela constitucional.

Dizemos que, primordialmente, o corpo releva no quadro jusprobatório da investigação penal, apenas porque é aí onde, numa fase processual preliminar, a produção de prova respeitante ao corpo adquire maior oportunidade e plausibilidade de eficácia, conquanto os problemas emergentes das proibições de prova e dos critérios de ponderação de interesses inerentes, relativamente a essas provas pré-constituídas se possam propagar e transferir para fases ulteriores do processo, como a do julgamento ou a dos recursos (com todas as implicações do efeito-à-distância das invalidades consequenciais da prova declarada proibida e nula, na aplicação da *fruit of poisonous tree doctrine*). Aí avultará a consideração da informação de saúde, enquanto elemento de importância probatória respeitante ao corpo, ponto em que se produzirão algumas considerações acerca dos termos da relevância de tal informação.

A segunda parte é estruturada em outros três capítulos (quarto a sexto) e regista as considerações feitas a propósito da compreensão jusfundamental das ingerências corporais probatórias, bem como uma tentativa de aproximação ao significado, função e finalidades de vários conceitos definitórios conexos e associados ao de ingerências corporais probatórias, bem como as suas modalidades. Apresenta-se em seguida o que se julga ser o enquadramento do paradigma autorizante das diversas modalidades de ingerências corporais probatórias em matéria penal, em que se debatem primacialmente os termos da coercibilidade e do consentimento; serão equacionados com particular detalhe os parâmetros do consentimento e da coercibilidade no âmbito dos paradigmas normativos da identificação genético-criminal da Alemanha, de Espanha e de Portugal, procurando extrair-se alguma indicação para a proposta que a final se tentará fazer em sede de abrangência geral das ingerências corporais probatórias. No final desta parte, abordaremos ainda o problema do consentimento (e da coercibilidade) quanto às vítimas de crimes. Terminaremos com um breve excurso acerca das implicações e relevância da tortura enquanto método geralmente exautorado de obtenção de prova, reiterando estaposição, contra teses que recentemente vêm insinuando simpatias pela sua admissibilidade.

Por fim, na parte terceira (concluindo com os sétimo a nono capítulos) abordam-se as temáticas colocadas pelas diversas formas de ingerência corporal probatória, com especial incidência no nos procedimentos probatórios no âmbito da identificação genético-criminal e da detecção de substâncias absoluta e relativamente proibidas (droga, álcool e doping), questionando a adequação, coerência e atualidade de um sistema que nos parece carecido de reformulação sistemática. Termina-se com algumas propostas de reformulação normativa de um quadro de soluções que se crê desatualizado, incoerente e assistemático.

No âmbito das ingerências jurídico-probatórias a que o corpo do sujeito processual – em especial, o imputado –, poderá ser sujeito, importa delimitar aquelas que, pela sua natureza conflituante com a dignidade humana não devem de todo ser admitidas, daquelas que toleram alguma margem de aceitabilidade e das que não suscitam qualquer problema de negação daquele princípio fundacional e jurídico-constitucional de respeito pela dignidade [da pessoa] humana. Além disso, será necessário estabelecer, no nosso itinerário discursivo, as relações entre o interesse estadual na aquisição da verdade material e o *ius puniendi*, com os assumidos direitos a um processo equitativo e, dentro destes, com o direito ao silêncio (também corporal?) e com a prerrogativa do direito à não auto-inculpação, bem como os direitos à reserva da intimidade da vida privada, à integridade pessoal (física e moral) e à autodeterminação informacional.

Uma investigação criminal que se caracteriza por ser crescente e inexoravelmente *tecnológica* abrirá, quanto a nós, duas faces que poderão implicar o reequacionamento dos modelos de produção probatória corporal e dos próprios paradigmas processuais penais. Por um lado, tentaremos situar e abordar as linhas em que o potencial de descobertas indiciárias por meios tecnológicos com recurso ao corpo poderá contender com os direitos de defesa em geral e o direito à não-incriminação, em especial; por outro lado, procuraremos prognosticar, com todas as nossas limitações, em que medida a introdução de uma leitura e interpretação tecnológico-factual sobre as implicações do corpo no facto criminoso, poderá interferir no método jurisdicional de apreciação da prova, ao ponto de se alterar ou substituir o paradigma tradicional, assim se empreendendo uma subalternização dos decisores processuais (as autoridades de investigação criminal e o juiz da causa penal) em prol de uma acrescida relevância do papel dos especialistas e dos peritos.

Houve o propósito de realizar um trabalho que pudesse ter utilidade e interesse na concretização e prática forense do direito processual penal, e no diálogo entre este e o direito penal substantivo e os direitos fundamentais, dessa forma se procurando uma aproximação ao significado do aforismo «Não há nada mais prático do que uma boa teoria».

Tentou-se estudar e perscrutar a colocação de problemas atuais em domínios que reconhecemos como exigentes, situados verdadeiramente nos limites que demarcam os interesses em confronto, atual ou potencial, no quadro do que se pretende que seja uma investigação criminal eficiente, mas leal e respeitadora dos direitos fundamentais e de um processo penal equitativo. O diálogo, muitas vezes conflituoso, entre os interesses (públicos e privados) no esclarecimento das hipóteses criminais, como o apuramento da verdade material e de responsabilização dos culpados, por um lado, e os valores de direitos fundamentais (do cidadão visado) à integridade e dignidade pessoal, à intimidade, à autodeterminação informacional e genética, por outro, manifesta-se com particular esplendor no domínio das ingerências corporais probatórias, o *leitmotiv* da nossa investigação.

Tenha-se em atenção que, embora cruzando muitos temas de cariz eminentemente técnico-científico, a presente dissertação inscreve-se numa área de investigação jurídica, nomeadamente na vertente jurídico-criminal e processual penal, pelo que devemos advertir para a eventual superficialidade da abordagem de algumas matérias daqueles domínios, bem como para a inexatidão ou impropriedade de alguns conceitos, do que antecipadamente nos penitenciamos.

Longe de se tratar de um tema esgotado, cremos que o mesmo virá ainda a suscitar muitas problemáticas que só imperfeitamente se intuem agora, face ao advento de incessantes avanços nos campos das biotecnologias, da genética e das tecnologias de informação e de comunicação. Não tivemos o propósito de as questionar antes do tempo – para isso nos faltaria o génio e a capacidade –, mas quisemos, ainda assim, debater alguns aspetos já discutidos nos *fora* próprios, pertencentes a um novo tipo de interpelações com que o investigador criminal e o jurista – mormente o aplicador forense no âmbito do processo penal –, mais tarde ou mais cedo, se vão ter de confrontar e procurar resolver. E são questões, cuja hipótese de resolução está ancorada na resposta a problemas nucleares nos domínios da bioética, dos direitos humanos e fundamentais, cuja natureza se vem, ela mesma, alterando mercê dos referidos avanços daqueles contributos científicos, desde logo, através da interferência do Homem na própria configuração da sua espécie natural, mediante a descodificação e intervenção do seu genoma, exercício de resultados incertos e, como tal, inquietantes.

É também à luz de um paradigma de matriz essencialmente técnico-científica que se terá de passar a produzir, e sobretudo valorar, muita prova sobre factos criminalmente relevantes, concretamente quando implique a utilização ou emprego do corpo na sua execução e, posteriormente, na sua observação. Também aí significativas alterações terão de interceder

ao nível da atitude das autoridades processuais, face aos critérios de certeza científica que vêm inscritos naqueles métodos de análise, exame e perícia com incidência corporal. Tornar-se-á imperioso dotá-los da necessária – e elementar – capacidade de identificar e fazer aplicar as mais adequadas técnicas e metodologias às hipóteses criminais em aberto, de uma forma eficiente e que respeite simultaneamente a dignidade da pessoa humana, a fim de apreciar e valorar de uma forma processualmente válida seus resultados. A este propósito se dirá que, assim como a verdade científica não é uma verdade absoluta (inquestionável), mas probabilística, também a verdade processual não é uma verdade ontológica, mas prático-jurídica, o que pode significar que, afinal, a primeira concorre qualificadamente para o exercício crítico e complexo de valoração probatória da matéria factual, não substituindo a segunda.

PARTE PRIMEIRA

1. Uma compreensão préjurídica da dimensão probatória do corpo

- 1.1. O corpo, esse íntimo enigma
- 1.2. O corpo como *função indexante* para o Direito e a hiperfragmentação dos seus significados
- 1.3. A integridade pessoal: corpo e mente/espírito: uma incindível dualidade?
- 1.4. A relevância jurídico-probatória do corpo em sentido amplo
- 1.5. A relevância jurídico-probatória do corpo em sentido restrito
- 1.6. Um novo paradigma probatório em processo penal?

1. Uma compreensão préjurídica da dimensão probatória do corpo

E é porque sabemos na claridade da evidência que somos o nosso corpo, é por isso que sabemos que o homem é mortal. O absoluto do nosso corpo é o absoluto do nosso «eu» - nós o podemos verificar nas experiências mais simples. Decerto um corpo é ambíguo, porque se o somos, é como se também estivéssemos nele. Sou o pé que anda, a mão que prende, o olhar que vê (...) estou sendo também esses pés que andam, no instante em que os vejo andar (...) como podem pesar-te os braços se é com eles que sentes o que é pesado? (...) O teu corpo é imponderável como tu. Como tu também ele é uno. Assim o dizer que a cabeça me dói equivale a dizer que eu tenho dores «na cabeça», como os franceses o dizem. Ter dores “na” cabeça é ter eu dores aí (...). Somos mãos, pés, boca, somos olhos, ouvidos, sexo; e porque os somos não os temos.

Vergílio Ferreira, *Invocação ao meu corpo*

1.1. O corpo, esse íntimo enigma

O corpo é um dado onto-antropológico prévio e fundacional.

Entre o momento luminoso e sublime do surgimento de um ser humano até ao «absoluto opaco» – nas palavras de Faria Costa – que a morte representa, mulheres e homens revêem-se num corpo próprio, e, através dele, sentem e pensam esse mesmo estranho “íntimo enigma”. Mesmo se, como diz a personagem Calígula na peça de Camus, «os homens morrem e não são felizes», há momentos em que estar vivo é estar próximo da felicidade. E esses momentos são-nos proporcionados pelo nosso corpo.

O corpo permite-nos uma percepção própria, enquanto sujeitos autoconscientes – e de autoconsciência de ter/ser um corpo –, bem como, simultaneamente, a consciencialização da nossa *pertinência cósmica*.

Estranhamente, questionamo-nos pouco sobre o corpo e sobre o corpo próprio. Deixamos de questionar os seus enigmas, o seu potencial, as suas vulnerabilidades. E quando voltamos a dirigir a nossa atenção para o corpo – o que sucede de forma quase sempre contingente –, tal fica a dever-se a motivos e razões muito conjunturais e precisas, ligadas ao sofrimento, próprio ou alheio, às disfunções e às doenças ou à morte.

A noção de corpo das culturas do chamado mundo primitivo – culturas ágrafas e não industrializadas –, é uma noção substancialmente distinta da atual. Para a concepção preponderante de alguns desses povos, o corpo é valorizado ou desvalorizado, predestinado a sorte idêntica à de outros animais, essencialmente concebido como parte integrante do universo, perspectivado este, também, com os limites inerentes à época.

Nos textos de civilizações posteriores, como as dos egípcios, dos hititas, dos babilônios e dos assírios, não aparecem referências expressas ao corpo, enquanto realidade autonomizável. Em muitas dessas culturas, o corpo era tido como uma evidência estreitamente ligada à dimensão mágica ou espiritual. O corpo não separa nem isola, antes, é o elo que permite o relacionamento com o mundo visível e com o mundo não sensorial ou espiritual, relacionamento esse que nunca deveria perturbar a harmonia entre as forças vitais e telúricas.

As perspectivas contemporâneas de consideração do corpo tendem a isolar a respetiva análise, renunciando a entrar profundamente em linha de conta com o significado e as implicações de um longo processo da História bio-sociológica do corpo humano³. O corpo que releva, desde o aparecimento dos primeiros registos das tentativas de compreensão do Homem – primeiramente, através de signos mágico-simbólicos, depois, por indagações filosóficas, religiosas e políticas – é sempre um corpo [humano] de algum modo fisiológica e morfologicamente *estabilizado*, prescindindo-se da preocupação com a componente evolutiva da espécie.

O corpo humano que chega aos nossos dias – e que nos pertence a todos –, é, no entanto, resultado de um industrioso processo de transformações e alterações adaptativas aos estímulos e adversidades ambientais. Mas é também o resultado do processo biológico de adaptação evolutiva que sofreu o antropóide humano⁴ e, antes dele, outras criaturas primatas e de outras espécies.

³ Percurso que, de acordo com NEIL SHUBIN, o cientista que revelou o «Tiktaalik» – o anfíbio que parece ter sido o «missing link» entre os seres vivos marinhos e terrestres –, precede a existência das primeiras criaturas terrestres e dura há mais de 3,5 mil milhões de anos (*Quando Éramos Peixes – Uma viagem pelos 3,5 mil milhões de anos de história do corpo humano*, Estrela Polar, Cruz Quebrada, 2008 e J. SARFATI, Tiktaalik a fishy missing link», *J. Creation*, 21(1), 2007, pp. 53-57, acessível em creation.com/images/pdfs/tj/j21_1/j21_1_53-57.pdf [acedido em 23-11-2013]).

⁴ Note-se, todavia, que não há um processo evolutivo contínuo e sincrónico da espécie humana, como aponta RUI NUNES, ao lembrar que «(...) a capacidade de falar é muito mais recente do que a de ouvir: o homem de Neandertal não falava e os bosquímanos não conseguem comunicar de noite porque, em grande parte, a sua comunicação é ainda gestual. É possível, portanto, que – como acontece com muitos outros aspetos do comportamento humano – o desenvolvimento do órgão fonatório tenha dado lugar, nos últimos cem mil anos, a uma fonética do adulto diferenciada da fonética da criança. O que significa, para quem apresentar a maneira de falar característica da infância, um atraso de crescimento e, portanto, de revelação da sua sexualidade» (*GeneÉtica*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 84 (nota 10)).

Normalmente, apontam-se três características, alegadamente distintivas do Homem (*homo sapiens*), enquanto espécie distinta das outras e dos restantes primatas: a forma de andar, a forma de pensar e a forma de comunicar, todas elas indissolúvelmente ligadas entre si. A primeira, o bipedismo, reporta-se a uma capacidade que, tendo possibilitado o transporte de crias e outros objetos e grandes deslocações, não conferia grande eficiência na corrida e provocou o estreitamento da zona pélvica, que, contudo, não impediu que o homem adquirisse um cérebro três vezes maior do que

Não é esse, exatamente, o corpo que nos importa enquanto objeto da presente investigação.

O corpo que nos interessa é o corpo enquanto estrutura bio-fisiológica, incidível da componente não física da pessoa, tomada esta como entidade passível de ser suspeita de um facto qualificado como crime e, como tal, como portador de informação relevante para o esclarecimento do mesmo, ainda que tal possa contribuir para a sua incriminação.

Na cultura ocidental, há um legado pessimista sobre a visão do corpo, convocando-se a ideia de impureza do corpo, porque se *sujava* no mundo, com o desejo, a ambição e os prazeres. A hostilização do corpo assumiria maior relevância em contextos sócio-culturais influenciados pelo pensamento de matriz judaico-cristã.

A interpretação doutrinal do cristianismo, ao longo dos séculos, teve profundo impacto na compreensão do corpo e na explicação dos males que o afligem. Ao afetar o corpo, as doenças eram como um castigo: resultavam de um pecado, de uma falta na condução de uma vivência cristã pura. Essa perspectiva da doença como castigo, e de cura como uma graça-milagre, continua, de certo modo, a vigorar nas sociedades contemporâneas. Muitas confissões religiosas recorrem à fórmula “pecado = doença = punição” para tentar justificar os seus dogmas ou princípios de crença, de que algumas considerações iniciais de matriz religiosa sobre as razões da propagação de certas DST, nomeadamente do VIH-SIDA, são exemplo.

No Ocidente, Jean-Paul Sartre denunciou que as interrogações sobre o corpo surgem associadas ao seu lugar «enquanto silêncio» e não como «único verdadeiro objecto psíquico». Numa visão ocidental, o corpo tem sido histórica e culturalmente olhado como o principal responsável de todos os males e tormentos do Homem. Essa má-reputação advém, em grande medida, das concepções que enformam o espaço cultural e religioso (do pensamento de matriz judaico-cristã) – atribuindo-lhe o discurso religioso o lugar de todos os males e pecados – bem como pelas práticas de estudo pela dissecação dos cadáveres, por parte dos antigos estudiosos da Medicina. Este estatuto de distanciamento da realidade do *corpo*, implicou que, na nossa relação individual, lhe seja conferida uma posição de subalternidade relativamente ao *espírito*.

O auge deste paradigma conceitual de aversão ao corpo (*somatofobia*), viria a manifestar-se na dicotomia de separação corpo/alma ou corpo/espírito.

um primata do mesmo tamanho corporal. A grande capacidade do cérebro, levou às aquisições posteriores da capacidade de abstração, representação simbólica e artística e de comunicação, através da linguagem articulada com sons, o que só um perímetro torácico “libertado” pelo bipedismo permitiu (sobre a questão dos estados da evolução antropológica, cfr. EUGÉNIA CUNHA, *Como nos tornámos Humanos*, 2.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pp. 124-150).

Na Antiguidade Clássica o corpo foi considerado de forma muito diferenciada, desde os paradigmas de exaltação do culto e da beleza física do corpo na Grécia e em Roma – que justificava a eliminação eugénica dos deficientes recém-nascidos – até formas de submissão a maus tratos, torturas e crueldades, correspondentes a sistemas de domínio escravagista, clânico ou oligárquico.

Alguns textos fundadores do cristianismo, sobretudo os de S. Paulo e, mais tarde, os de Santo Agostinho e de S. Tomás de Aquino expressam essa somatofobia. Para S. Paulo (*Epístola aos Romanos*, 13, 12-14) o espírito é luz e o corpo escuridão. O espírito é divino, puro, justo, bom, emanção primeira de Deus, enquanto o corpo é terreno, impuro, mau e pecaminoso, território cobiçado pelo demônio. A associação das práticas sexuais – as quais estão indissociavelmente ligadas ao pecado original bíblico – ao corpo, marcam-no irremediavelmente como o lugar de todos os vícios, de todas as fraquezas, de todo o mal, que era necessário dominar e reprimir. O sexo é tolerado apenas como função reprodutora e de perpetuação das gerações. O corpo é *animal*: toda a violência e selvajaria são originadas nele; o espírito é o *humano* por excelência, única instância de redenção da pessoa. Por isso, o corpo passou a ser visto como algo desprezível, que deve ser subjugado e dominado pelo espírito. O corpo, por ser instrumento do pecado, corromperia o espírito, pelo que a penitência, a renúncia aos prazeres da *carne* e a ascese são instituídas como disciplinas de repressão e prevenção sobre as pulsões pecaminosas e impuras do corpo, com vista a dominá-lo e fortalecê-lo, face a eventuais futuras tentações.

Foi entre o *Quattrocento* e o *Cinquecento* que começa a reabilitação do corpo, ou seja, o surgimento do *corpo moderno*, singular, cujas origens e atributos se autonomizam de fatores atávicos e ocultos. O Renascimento é a época e ao mesmo tempo o movimento em que o corpo ganha centralidade⁵.

A fase seguinte é a da assunção do corpo de acordo com o paradigma cartesiano, em que funciona como uma *máquina*, controlado nos seus comportamentos, na sua educação e na sua socialização. Este processo seria longo e gradual, com avanços e retrocessos, com o recrudescimento das concepções somatofóbicas, que tiveram nos Impérios ocidentais da época da sociedade vitoriana do séc. XIX o seu expoente mais representativo.

O corpo passa a ser manipulado, observado, sondado, dissecado e estudado. A distinção entre corpo objeto de conhecimento técnico-científico e corpo sensorial – que sente prazer e dor – vai-se diluindo no decurso do séc. XIX, ao surgirem os primeiros sinais de uma construção da dimensão imaginária do corpo, com repercussões em análises simbólicas (Pierre

⁵ O livro de ANDRÉ VÉSALE, *De humani corporis fabrica* (sete volumes pub. em 1543), pormenorizada e profusamente ilustrado, é considerado um atlas precursor da moderna anatomia.

Bonnier, 1861-1918) e sociais (Marcel Mauss, 1872-1950), em que o corpo se assume como “facto social”. A Revolução Industrial, o urbanismo e o êxodo rural – que modificam o “corpo em movimento” para “corpo sentado” –, associados a outros fatores, como o aparecimento da sexologia, a aplicação da anestesia, a valorização dos desportos e do culto do corpo, contribuem para alterar, talvez decisivamente, a forma de encarar o corpo e de superar a somatofobia latente⁶.

O que de mais significativo se pode apreender da vasta literatura produzida por todas essas abordagens, é que o corpo humano não é um dado adquirido ou imutável. Assim, cada época e cada cultura configuram um corpo com significados distintos, construindo, destruindo e reconstruindo novos paradigmas da corporalidade, decorando-o, desvelando-o, embelezando-o – de acordo com padrões dominantes vigentes –, mas, também, deformando-o e desfigurando-o. O que significa, afinal, que os modos de encarar e utilizar o corpo refletem as normas e valores sociais vigentes das dinâmicas culturais das comunidades em que estão integrados. Estudar e conhecer o corpo requer, por isso, conhecer os códigos sociais, as concepções de higiene e de saúde, a arte, o direito do meio cultural em que ele se situa, o que evidencia a dimensão política e artística do corpo, como, em grande medida, já foi desenvolvido por M. Foucault, na sua *História da Sexualidade*⁷.

Os contributos da descoberta da dimensão do inconsciente, por intercessão da psiquiatria vêm revelar a «vida dupla do corpo», o que permitiu a postulação de novas perspectivas clínicas para a compreensão do relacionamento do sujeito com o corpo. A especificidade da psicanálise é a de que, ao superar a dimensão somático-biológica do corpo, se remete para a sua concepção imaginária, simbólica ou real. Por isso, se em Freud não se surpreende com evidência um conceito de corpo, é porque ele é, simultaneamente, origem e sede dos conflitos pulsionais de sexo e de morte, que são experimentados psiquicamente como sensações.

Este excuro pretende contribuir para uma compreensão mais abrangente de uma temática cuja centralidade é proposta na nossa investigação: alguns aspetos jurídicos respeitantes ao corpo não poderão ser satisfatoriamente entendidos sem o enquadramento de outros referentes teórico-conceituais.

⁶ Nas últimas décadas, multiplicaram-se as pesquisas e teorizações monográficas sobre a representação e significados do corpo e respetiva “História”, em todas as áreas da ciência e do conhecimento e em abordagens multidisciplinares, podendo referir-se o exemplo das notáveis e importantíssimas obras *A História do Corpo Humano – Evolução, saúde e doença*, de DANIEL E. LIEBERMAN, Círculo de Leitores, Lisboa, 2015, e *Histoire du Corps*, em três volumes, publicada em 2005/2006: *T. I - De la Renaissance aux Lumières*, *T. II - De la Revolution à la Grande Guerre*, *T. III - Les mutations du Regard. Le XX siècle* (ALAN CORBIN, JEAN-JACQUES COURTINE e GEORGE VIGARELLO, dir.), Seuil, Paris, 2006.

⁷ *História da Sexualidade*, *T. I – A Vontade de Saber*, *T. II – O uso dos Prazeres*, *T. III – O Cuidado de Si*, Relógio d’Água, Lisboa, 1994.

O corpo, enquanto realidade íntima e incidível da categoria jurídica de pessoa humana, não tem um lugar autónomo ou específico na História do Direito. Não há, neste sentido, um *corpo jurídico*, com tudo o que de abusivo ou inapropriado leva a designação. Há múltiplas incidências de abordagens jurídicas sobre o corpo, mas houve sempre uma grande hesitação no tratamento jurídico da realidade do corpo, na sua unidade e complexidade.

As questões do corpo, ou relativas ao corpo, encontram-se estreitamente associadas às questões recorrentes da condição humana.

O corpo, tal como o conhecemos e concebemos, poderá vir a ser, mais depressa do que se pensa, algo de muito diverso do que é na atualidade. Algo de muito distinto, não só no que respeita aos modos de o pensar, mas quanto às suas origens, quanto às possibilidades da sua “(re)programação”, da sua “(re)produção”, numa palavra, quanto à sua própria natureza.

As conceções sobre o corpo podem vir a assimilar paradigmas da contemporaneidade como o paradigma cibernético, em que o funcionamento do corpo pode começar a ser compreendido e explicado à semelhança de um sistema computacional, e em que, reversamente, o computador – as máquinas informáticas – do futuro incorporem elementos do funcionamento e mecanismos do corpo humano, especialmente do cérebro. E, em complementaridade, o corpo humano poderá entrar em interação dialogante com a inteligência artificial, com a nanotecnologia, com a neurobiologia, com as tecnologias de tecidos biossintéticos, com vista ao suprimento de inaptidões ou limitações do corpo, de predisposições a doenças ou, mesmo, à melhoria das capacidades inatas (*human enhancement*).

Na verdade, o acervo das conclusões das pesquisas das Neurociências, da Biologia evolutiva e da Psicologia Cognitiva das últimas três décadas, desvendaram um paradigma de *cérebro evolucionista*. As aplicações a que este paradigma potencialmente conduz podem redundar num paradoxo, qual seja o de que os investigadores de programas das ciências da computação tentarem criar uma máquina cujo funcionamento seja tão perfeito e superior ao do próprio cérebro humano, que poderá redundar em algo que não só ignoramos, como poderemos não saber dominar⁸.

Uma nova figuração do corpo – ou várias representações do corpo – poderão afirmar-se em resultado das aplicações de conhecimentos científicos e tecnológicos no âmbito da

⁸ Desses projetos nos dá conta JEFF HAWKINS, em *Sobre la inteligencia*, Espasa-Calpe, Madrid, 2005, que juntamente com DILEEP GEORGE, na sua empresa Numenta Inc. – que se destina a investigar processos informáticos semelhantes aos processos cerebrais –, partindo do conhecimento sobre o neocórtex, a parte “inteligente” do cérebro, procurando reproduzir o funcionamento do cérebro com base numa série de ferramentas de *software* que permitem construir um neocórtex virtual num computador. Captando “sensorialmente” estímulos e processando dados, operando do mesmo modo que o neocórtex, essas máquinas conseguirão, assegura HAWKINS, *compreender e perceber* o mundo como nós, porque operarão da mesma forma que o nosso cérebro; «não nos poderemos sentar com elas a tomar um café, mas conseguirão compreender o mundo, ter expectativas e fazer predições sobre o futuro», *apud* EDUARDO PUNSET, *El Alma está en el Cerebro - Radiografía de la Máquina de Pensar*, Ed. Destino, Barcelona, 2012, pp. 91-93.

manipulação genética, da transplantação de órgãos, da criopreservação, da regeneração de tecidos e da cirurgia plástica e reconstrutiva.

O Homem confronta-se, hodiernamente, com um estatuto simultâneo de *autor difuso* e *vítima potencial* das ameaças dos “riscos globais” ou “mega-riscos” da chamada sociedade pós-industrial, mais consensualmente também designada como *sociedade de risco* (Ulrich Beck). Um tal tipo de sociedade produziu um choque antropológico cuja transcendência se transpõe não raras vezes, para o domínio do *absurdo* – e, por vezes, para a *brutalidade* – da condição humana contemporânea. Às questões existenciais da condição humana colocadas nas épocas clássica e moderna acrescentam-se, agora, as angústias e perplexidades potenciadas pelo mundo contemporâneo pós-industrial, p. ex., as que são suscitadas pela incontornabilidade de descobertas e inovações técnico-científicas, enquanto corolário tangível de um mítico *tecnosonho* – chegando a recriar-se pela subsistência da vida planetária como a conhecemos até hoje, em face da natureza e da magnitude dos mega-riscos e atentados ecossistémicos –, o que implica uma inédita responsabilidade da própria Humanidade como *sujeito histórico*, face às gerações futuras.

Este estado de coisas, que conduziu ao – afinal ilusório – “fim da História”, ao triunfo dos mitos do *mercado* e do *homo oeconomicus*, bem como ao reconhecimento da impossibilidade de gestão dos processos científicos e tecnológicos, pela ausência de uma política de cuidado que um princípio da precaução imporia, vem, por isso, exigir a necessidade de reelaboração de uma nova racionalidade global (ou *global*), de uma nova ética (e bioética), de uma nova política (e de relações de poder), de um novo direito (no que vai implicada a exigência de uma *nova justiça*), enquanto corolários da constatação da falência da razão técnico-instrumental⁹.

Centrando-se num feixe de interpelações que respeitam a uma hipótese de «direito penal perturbador» relativo à conceção da espécie humana, Mireille Delmas-Marty refere que «(...) entramos numa nova fase, onde a mundialização tecnológica e o universalismo ético relançam a distinção: com a mundialização tecnológica, os conhecimentos científicos (biotecnologias, e tecnologias da informação e da comunicação) permitiram mudar o modo de reprodução (clonagem) e/ou as características da espécie humana (manipulações genéticas, estímulos neuronais), ou, até mesmo, fabricar híbridos, homens-animais ou homens máquinas, como se a evolução biológica (hominização) implicasse, de agora em diante, a diversificação da espécie humana», partindo para uma crítica – que nos parece inteiramente procedente –, das

⁹ Assim, FIGUEIREDO DIAS, «Na era da tecnologia genética – Que caminhos para o direito penal médico?...», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial *Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico*, jan.-jun. 2004, pp. 241-262.

potenciais consequências de um *universalismo ético* que «desumaniza o humano» e «humaniza o não humano»¹⁰.

E é neste contexto que se manifesta a necessidade de pensar e refletir sobre o Homem, como ser situacional e concreto, público e particular, mas também como ser individual e comunitário, conjuntural e intemporal. O Homem, comunitária e historicamente situado, assume uma dimensão de *esfera pública* e outra de cariz eminentemente individual. A essa *pluralidade* da condição humana, Hannah Arendt aditou uma outra *condição plural* – da igualdade e da diferença –, ao observar que «[s]e não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus antepassados, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da acção para se fazerem entender»¹¹.

Para entender a dimensão eminentemente corporal, ou de *corporeidade*, do Homem, necessário se torna convocar um conjunto fragmentário de saberes, que podem produzir uma imagem global dessa realidade primeira, que é o ser humano, levando a tentativas de identificação da natureza humana – um problema em si mesmo, aprofundado a níveis inéditos pelas possibilidades da bioengenharia e da biotecnologia, com um utópico e porventura inconfessado, mas implícito, propósito de imortalidade do corpo, de que o «*human enhancements*» é mero *Ersatz* – no quadro de uma «Ciência Humana» integral, a que alguns se referem como «Consilience»¹² ou Antropociência¹³.

O facto de o Homem se confrontar com a possibilidade de um *desumano* desejo de perenidade ou imortalidade¹⁴ – em que a morte parece surgir como uma “avaria irreparável”¹⁵ –, potenciado pelos avanços científico-tecnológicos, suscita, por outro lado, cruciais questões de natureza ética¹⁶: até que ponto isso seria desejável para o indivíduo e para a espécie? O

¹⁰ «Humanidade, espécie humana e Direito Penal», *RBCC*, Ano 21, N.º 100, jan.-fev. 2013, p. 143.

¹¹ *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1958, pp. 175-176.

¹² Neologismo proposto por EDWARD O. WILSON, na alocução de abertura da Conferência Internacional «Unity of Knowledge. The Convergence of Natural and Human Sciences» (realizada em Nova York, em Junho de 2000) sobre como unificar o conhecimento respeitante às Ciências naturais e humanas. Como refere JOÃO LOBO ANTUNES em «Porque o cérebro é diferente... (Uma introdução à neuroética)», in *O Eco Silencioso - Ensaios*, Gradiva, 2008, p. 111, SUSAN HAACK observara já que o termo fora introduzido pelo filósofo William Whewell, significando etimologicamente «saltar em conjunto» (*Putting Philosophy to work*, Prometheus Books, 2008, p. 176).

¹³ Termo preferido pelo Professor Doutor BARAHONA FERNANDES, extravasando das áreas da Psiquiatria e da Saúde Mental.

¹⁴ Pretendendo contrariar o aviso de PLATÃO: «Não podendo conceder aos homens a imortalidade, os deuses deram-lhes o Tempo». O que, porventura, constitui para os integrantes de uma cosmovisão onto-anropológica laico-secular-cientificista, o *Ersatz* (não confessado) da crença ou convicção na imortalidade da *alma*. Sobre a questão FRANCIS FUKUYAMA, *O Nosso Futuro Pós-Humano*, Quetzal Ed., Lisboa, 2002.

¹⁵ Assim, JOÃO LOBO ANTUNES, «O dever Esquecido», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, p. 267.

¹⁶ O fascínio de um apelo à “imortalidade”, ou à sua admissibilidade, está em relação estreita com o tipo de vivência das sociedades contemporâneas do imediatismo e do hedonismo em que uma incessante agitação do homem moderno o torna “narcotizado” perante a ideia de morte, face às solicitações e aos impulsos do trabalho, do lucro e do prazer sem limites,

homem tornar-se-ia (re)programável através da engenharia de manipulação genética em termos distintos do *cyborg*, com a descoberta de intervenções no genoma e de substituição de tecidos e órgãos¹⁷? Quem poderia aceder, no futuro, a tais prodigalizações? Em função de que critérios? Quem financiaria os custos de tais desejos? Seria uma sociedade geriátrica (e gerontocrática) funcional? A abolição e retardamento da morte conduziria à desnecessidade da procriação?

Sugestivamente, a propósito das questões inerentes à clonagem, Luís Archerjá em 1986 lembrou que «O homem, depois de duplamente reflectido na desmistificação científica e na remitificação técnica, recebe de si mesmo e do seu próprio olhar uma imagem nova, mais complexa e autónoma. A sua imagem assumiu alteridade. Mas o diálogo não é fácil porque as linguagens são basicamente diferentes. Uma exprime a percepção *imediate* que o homem inevitavelmente tem de si. A outra é cruelmente *mediada* pelo Tecnocosmos»¹⁸. Alguns anos depois, retoma essa linha de pensamento, a respeito do *Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo para a proibição da Clonagem de seres Humanos*, referindo que neste caso, «(...) a percepção “imediate” é o sonho de imortalidade, e a “cruelmente mediada” é a clonagem reprodutiva. A primeira é anseio de continuar, em perenidade feliz, a inventividade constante com que a vida nos sorri. A segunda é o egotismo cruel de parar, em êxtase narcísico, a criatividade evolutiva. O conflito é insanável. Entre o sonho feliz do simbólico e o egotismo cruel da técnica, o homem escolhe a felicidade do simbólico e proíbe a crueldade da técnica»¹⁹.

Todas estas questões são, também, suscitadas por Hans Jonas, que, depois de acertadamente afirmar que «Foi o próprio homem que se acrescentou aos objectos da tecnologia. O *Homo faber* está em vias de se voltar sobre si próprio a apresta-se a recriar o criador de tudo o resto»²⁰, conclui «A nossa expectativa de vida talvez precise de um limite inegociável que incentive cada um de nós a contar os seus dias e a fazer com que valham a pena»²¹.

numa nova dimensão do *divertissement* pascaliano. A sociedade do imediato e que gera o pânico da morte é, portanto, a mesma que reprime um pensamento natural sobre a morte e procura refúgio na razão técnico instrumental da crença em suporte técnico-científicos de um utópico prolongamento indefinido da vida (cfr. MAX SCHELER, *Morte e Sobrevivência*, Edições 70, Lisboa, 1993, pp. 40-43).

¹⁷ Sobre a questão, MANUEL CURADO, «Samuel Butler e a política das máquinas», *Pensar radicalmente a Humanidade – Ensaio em homenagem ao Prof. Doutor Acílio Estanqueiro Rocha*, (JOÃO CARDOSO ROSAS – VÍTOR MOURA, org.), Húmus-Universidade do Minho, V. N. de Famalicão, pp. 505-519.

¹⁸ «O Homem perante o Tecnocosmos emergente da Biologia», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 122, 1986, p. 79.

¹⁹ «Comentário ao protocolo adicional que proíbe a clonagem de seres humanos», *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 165-170.

²⁰ *Ética, Medicina e Técnica*, Vega, Lisboa, 1994, p. 48. HANS JONAS preconiza, como é sabido, um novo «imperativo», diferente do imperativo categórico kantiano – dirigido à atuação imediata individual – e que se determina por uma lógica e coerência de «universalização totalizante», que considere a necessidade de permanência da atuação humana no futuro, exigindo uma ética de prospetiva e responsabilidade, assim procurando a proteção das gerações vindouras.

²¹ Idem, *Ob. cit.*, p. 51.

De acordo com o magistério de Faria Costa, «O homem afirma-se como essencial corporeidade. Só somos com corpo. Podemos imaginar outras formas de existência mas, mesmo para as imaginar, só o somos capazes de fazer porque somos corpo e corpo próprio»²². Ousaríamos parafrasear esta proposição, dizendo: não nos reconheceríamos sem corpo, com isto se significando que – mesmo para as concepções laico-secularistas, redutoras da natureza humana ao seu substrato orgânico-material – só a (pré-)existência e a (pré-)compreensão do corpo permite densificar e suportar a consciência de si próprio, dos outros e do Mundo.

A origem terminológica de *corpo* é imprecisa e esfuma-se nos labirintos do tempo. A sua nomeação, como refere o antigo dicionário indo-iraniano, poderá ter tido raiz em *kṛp*, que indicaria «forma» unitária, não separada. Já os termos gregos *soma*, de corpo morto, e *demas*, de corpo vivo, encerram a dicotómica realidade respeitante à consideração dos dois termos da pessoa (corpo físico e espírito) separados. Ainda aqui, a ideia de corpo visível, tangível, sensorialmente perceptível porque iluminado, “banhado pela luz”, logo, adquirindo forma. Mais recentemente, talvez se possa divisar a sua matriz no latim *corpus* – predominantemente utilizado numa aceção de “corpo morto”, cadáver por contraposição ao corpo animado (com *anima*) –, *corporis* e, no latim medieval, *corporeitas*, por sua vez com origem em *corporeus* (corpóreo). A expressão indica simultaneamente *ser* e *ter* corpo.

1.2. O corpo como *função indexante* para o Direito e a hiperfragmentação dos seus significados

Nascemos, crescemos, fazemo-nos adultos e depois velhos. Não habitamos ao longo da vida um único corpo, e sim inúmeros, um diverso a cada instante. A essa enorme corrente de corpos que uns aos outros se sucedem, e aos quais correspondem também diferentes pensamentos, diferentes maneiras de ser e de estar, poderíamos chamar universo – mas insistimos em chamar indivíduo. Grosso erro.

José Eduardo Agualusa, *A Rainha Ginga e de como os africanos inventaram o mundo*

Já tem sido pertinentemente salientado que a experiência vivenciada pelo *corpo próprio*, ao longo dos tempos, constitui uma das mais inquietantes interpelações antropofenomenológicas.

²² «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens* enquanto corpo-próprio, com o direito penal)», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, p. 87.

As questões atinentes à natureza jurídica do corpo e a sua consideração pela ordem jurídica e pelo pensamento jurídico, não podem, assim, ignorar e alhear-se das influências interpretativas de outros paradigmas teóricos e das aquisições científicas disponibilizadas no mercado.

O corpo como complexo orgânico, psicossomático, dinâmico, singular, irrepitível (?) e perecível tem sido percecionado nos discursos epistemológicos, filosóficos e jurídicos de uma forma que poderemos designar de *hiperfragmentada*. A esta hiperfragmentação de abordagens corresponde uma superabundância de significados sobre o corpo, no tocante às suas atitudes, utilizações, dominações, transformações, a que se designou já de *sobresignificação*²³. Numa versão contemporânea do dualismo corpo/alma ou corpo/espírito, o corpo opõe-se, hoje, ao próprio sujeito. O corpo deixa de ser a mera emanção ou encarnação irreduzível do sujeito, para passar a ser uma construção do mesmo, transformável, manipulável e precária. O corpo passa a ser um *alter-ego* de si mesmo, um duplo com tantos matizes e formas aparentes que fica à disposição do sujeito para permanentes modificações. Estes significados, impressos nas transformações e numa geometria variável do corpo, não apenas jurídicos²⁴, pretendem expressar as mudanças na maneira de pensar e dos comportamentos do sujeito, enquanto proclamação momentânea do *eu*, de acordo com as possibilidades, sempre em transformação, da indústria do *design* corporal: desde as áreas mais convencionais da indústria de estética à cirurgia plástica – que modifica as formas ou o próprio sexo –, aos fármacos psicotrópicos que modelam o humor, as dietas e as hormonas que acrescentam ou reduzem a massa muscular, às tatuagens e aplicação de botox e de piercings, à *body art*. Todos concorrendo para a aquisição de novos signos identitários, que permitem a diferenciação ou a tão almejada individualização-singularização do corpo do sujeito²⁵, revelando as mudanças de atitude ou de convicções do sujeito influenciadas pela moda²⁶.

²³ DAVID LE BRETON, *L'Adieu au corps*, Ed. Métailié, Paris, 1999, pp. 23-26.

²⁴ Cuja decomposição jurídica é, também, sublinhada por JOÃO ÁLVARO DIAS, quando refere que se assiste a «(...) uma clarificação analítica do “corpo juridificado” que leva por exemplo, a distinguir o corpo do homem e o corpo da mulher, o corpo vivo e o corpo morto, o corpo doente e o corpo são, o corpo antes e depois do nascimento, o corpo “terminal” e o corpo “recuperável”, o corpo dos tecidos regeneráveis e não regeneráveis, o corpo das células somáticas e o corpo das células germinais», *Dano Corporal - Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, cit., p. 96 (nota 185).

²⁵ Modificando o corpo, o indivíduo pode pretender mudar a sua vida, a sua atitude e a sua visão do mundo e não conseguir, mas muda o seu sentimento de identidade. A própria cirurgia estética, que pode aparecer como uma experiência-limite, pode não significar a simples metamorfose de uma característica física do rosto ou do resto do corpo, operando primeiramente no imaginário e no relacionamento entre o indivíduo e o mundo. As camadas de significações possibilitadas pelo potencial da indústria do *design* corporal, conferem, assim, uma multiplicidade de representações sobre o corpo, dos diversos indivíduos – como é evidente –, e do próprio sujeito, que se transforma e pretende modificar e reconfigurar.

²⁶ Para uma abordagem mais vasta das questões colocadas pelo paradigma da *estetização do mundo* provocado pelo modelo do hiper-consumismo, cfr. GILLES LIPOVETSKY - JEAN SERROY, *O Capitalismo Estético na Era da Globalização*, Edições 70, Lisboa, 2014.

Importa sublinhar, neste passo, que não há, entre nós, um conceito jurídico-normativo de corpo, *rectius*, não há um específico conceito legal de corpo humano. Como já foi sublinhado por Jean-Pierre Baud²⁷, que relatou a existência de uma estranha *censura* ou *esquecimento* jurídico do corpo, este não tem tido, desde o direito civil romano até ao Código de Napoleão, e mesmo contemporaneamente, um estatuto jurídico definido.

Apesar disso, em variadíssimos diplomas legais e regulamentares encontram-se definições relativamente a aspetos segmentados e parciais do corpo, como as noções – essas sim, rigorosamente recortadas em forma legal –, de *células*, *tecidos* e *órgãos*, aliás nem sempre inteiramente coincidentes²⁸.

Existe uma definição legal de cadáver, que entre nós está plasmada no art. 2.º, al. i) do DL n.º 411/98, de 30-12: «o *corpo humano* após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica». Nesta definição e na de outros conceitos legais – *v.g.* célula, tecido, órgão, dádiva, que, em princípio, valem no estrito contexto e economia dos respetivos regimes legais – remetem até para um conceito [precedente] de corpo humano, o qual não se encontra legalmente estabelecido, sendo, por isso, um pressuposto jusconceitual carecido de densificação²⁹.

O que não significa que não se possa extrapolar um conceito jurídico de corpo humano. O certo é que aquela – deliberada ou inadvertida – omissão é passível de criar dificuldades hermenêuticas ao aplicador jurista.

Essa é uma das tarefas que tentaremos empreender na economia do presente estudo, no sentido de encontrar uma proposta de conceito jurídico de corpo humano.

²⁷ Em *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil (Coll. «Des Travaux»), Paris, 1993. Nessa obra, o Autor sugere, num quadro dicotómico que apenas reconhece pessoas e coisas, a integração do corpo na categoria das coisas fora do comércio, reconhecendo, contudo, as dificuldades de compatibilização ou de adaptação do ordenamento para acolher essa nova “entidade jurídica”: «(...) si l'on admet qu'il est vital pour une personne d'être propriétaire de son corps, il en résulte qu'aucune règle morale ou de droit, pas même la législation sur le vol, ne peut être invoquée contre celui qui se procure de quoi ne pas mourir».

²⁸ Cfr. as definições de “células”, “tecido” e “órgão” do art. 1.º-A da Lei n.º 12/93, de 22-04, com as alterações da Lei n.º 22/2007, de 29-06, do Anexo I da Lei n.º 12/2009, de 26-05, e a definição de órgão do art. 3.º, al. l) da Lei n.º 36/2013, de 12-06. Com efeito, o ordenamento nacional contempla o regime jurídico dos atos que tenham por objecto a dádiva ou colheita de órgãos, tecidos e células de origem humana, para fins terapêuticos ou de transplante, bem como às próprias intervenções de transplante – aprovado pela Lei n.º 12/93 (com as alterações da Lei n.º 22/2007, transpondo parcialmente para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2004/23/CE, do PE e do Conselho, de 31 de março) –, 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 – aprovado pela Lei n.º 12/2009 (que transpõe para a ordem jurídica interna as Directivas n.ºs 2004/23/CE, do PE 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) – e o regime jurídico de garantia da qualidade e segurança dos órgãos de origem humana destinados a transplantação no corpo humano – aprovado pela Lei n.º 36/2013 (transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2010/53/UE, do PE e do Conselho, de 7 de julho).

²⁹ Interessante é o conceito de «fonte humana», utilizado na al. d) [definição de “dador”] do art. 1.º-A da Lei n.º 12/93, aparentemente para se subtrair às dificuldades de uma definição legal de corpo humano, vivo ou morto. Ao admitir-se, expressamente, a possibilidade de se tratar de uma “fonte humana” viva ou morta, o conteúdo de um tal conceito não coincidirá obviamente com um putativo conceito de corpo humano, que, em princípio, não prescindirá da sua específica característica de vitalidade, em contraponto com o conceito [legal] de cadáver.

Faria Costa lembra ainda que o corpo a considerar, nesta perspetiva, é o «Corpo que atinge a dignidade de assumir a essencialidade do ser-pessoa. Corpo que não pode ser, de modo algum, degradado para o patamar onde seria valorado como mero instrumento, como mero invólucro, de simples e talvez fungível continente da “*anima*”. Quando muito e na melhor das hipóteses o corpo teria um descolorido valor instrumental, jamais subiria aos limiares de valor final. Contudo, se “eu” enquanto pessoa não me reduzo ao “meu” corpo, não é menos verdadeiro que só se é pessoa – com toda a carga de biológica diferenciação de milhares e milhares de anos de história que lhe vai conexas e da não menos importante sedimentação de valores sociais – porque se tem corpo, porque se tem irredutivelmente corpo-próprio. Porque somos pessoa com corpo-próprio»³⁰. Estas proposições, aparentemente lineares, constituem os fundamentos essenciais de um pensamento válido sobre as questões da corporeidade em qualquer domínio, e, por maioria de razão, no contexto da discursividade jurídica, não se podendo compreender a própria ideia de dignidade da pessoa sem a prévia compreensão do significado existencial de corpo.

O postulado da incessante transformação do corpo permite interpelações sobre a apreensibilidade de todos os enigmas que comporta³¹. A permanente renovação das estruturas celulares do corpo (com algumas exceções) faz com que o corpo do autor que escreve esta linha não seja já o corpo que escreveu a anterior e não será o corpo que vai escrever a seguinte. Quando terminar este texto, o meu corpo será muito diferente do que era quando o inicii. Será, porventura, legítimo indagar: é ainda o *mesmo corpo*? E, por inferência lógico-discursiva: é ainda a *mesma pessoa*³²?

O corpo modifica-se, altera-se, transforma-se ao longo do Tempo, perante múltiplas experiências e estímulos, naturais ou artificiais, a que é sujeito, face aos elementos, em consequência da própria informação e do conhecimento. O corpo está em permanente devir e

³⁰ «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens* enquanto corpo-próprio, com o direito penal)», cit., p. 88. Noutro texto, o mesmo Autor retoma esse ponto de vista, para referir, a propósito do homicídio, crime paradigmático, «(...) se o “eu” só existe porque o “outro” existe, assim também há uma negação do “eu” quando se mata o “outro”», considerando haver aí uma rutura relacional do próprio agente-sujeito, relativamente ao “outro” – concebido já como “coisa-vítima” – e a si próprio («Ilícito-típico, resultado e hermenêutica ou o retorno à limpidez do essencial», *Problemas Fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002, pp. 34 e 35).

³¹ Cada novo indivíduo humano, desde o início da sua existência, passa gradualmente de pessoa em potência (ou pré-pessoa) até ser uma pessoa real, quando se torna capaz de valorizar a sua própria existência. É muito difícil dizer exatamente quando isso acontece. Se, no final, perde permanentemente essa capacidade, terá deixado de ser uma pessoa? (cfr. JOHN HARRIS, *The value of life*, Routledge and Kegan Paul, 1985 e 1992, London, cap.1).

³² Desse processo [de transformação] nos dá conta, literariamente, Stefan Zweig, a propósito do exercício de perscrutar a memória, na sua *Noite Fantástica*, quando escreve «[...] ainda há pouco escrevi “eu” [...] mas esta palavra já é pouco precisa, porque esse “eu” de então [...] já não existe, apesar de terem decorrido, de então para cá, apenas quatro meses, embora eu viva ainda dentro desse “eu”, e esteja a escrever à sua secretária, pegando na sua caneta com a sua própria mão». Apontando para o fundamento científico desta ideia, e referindo-se às alterações das estruturas moleculares, cfr. EDUARDO PUNSET, *Viagem à Felicidade – As Novas Chaves Científicas*, Dom Quixote, Lisboa, 2008, pp. 67: «Em termos moleculares, o leitor deste livro já não é a mesma pessoa que quando o começou e, todavia, tem a impressão de ser o mesmo».

a alegoria da metamorfose de Kafka torna-se mais compreensível. Entre o corpo que adormece e o corpo que acorda, o corpo da manhã e o da tarde, medeia o espaço de tempo que lhe confere mais informação – alterando-se a constituição e as representações mentais – e transformações morfológicas – alterando-se de forma impercetível a sua constituição e funções orgânicas.

Juridicamente, o corpo não tem conhecido um tratamento sistemático, nem concitado reflexões tendencialmente abrangentes, relevando sempre de uma forma fragmentária e segmentada, e não segundo um discurso de abordagem integrada.

Na doutrina jurídica tradicional, o corpo é, de ordinário, tratado como a dimensão [física] da personalidade [humana].

A abordagem do seu estatuto jurídico releva no plano jurídico-constitucional, civil e laboral – neles se manifestando na tutela dos direitos fundamentais, na vertente dos direitos de personalidade *stricto sensu*, e no plano infortunistico –, mas também no plano juspenal; aqui, procura-se tutelar os bens jurídicos em que o corpo se pode desmultiplicar: a integridade física *stricto sensu*, mas também a integridade psíquica, a imagem, a reserva da privacidade, a liberdade, cujas violações, deliberadas ou acidentais, em maior ou menor extensão, se visam sancionar.

Num certo sentido, o corpo não tem um lugar específico no direito, a não ser através do conceito mais amplo de pessoa e dos direitos de personalidade – e dos direitos, liberdades e garantias fundamentais – que lhe estão adscritos.

Como perceber o corpo no território das ciências jurídico-criminais?

Aceitando que o direito penal encerra um “equivoco absurdo”³³, num momento inicial da sua legitimação – em que, para garantir a possibilidade da livre realização da personalidade individual e da vida social, com vista a evitar o “mal do crime”, tenha de precipitar-se através da distribuição do “mal da pena” – como entender, então, que os métodos primevos do respetivo ordenamento deste ramo do direito se tenham dirigido, precisamente, contra o corpo, através de penas corporais (infamantes e cruéis), em que à morte do infrator se acrescentava a tortura, o suplício do corpo? Gradualmente, o *mal da pena* mudou de configuração, por intercessão de doutrinas filosóficas e criminológicas de inspiração iluminista e humanista, dando lugar à substituição das cruéis penas corporais pela pena de privação de liberdade, sobretudo a partir do séc. XVIII, sendo ela também, inquestionavelmente, uma pena com irrecusáveis implicações corporais.

³³ FARIA COSTA, «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens* enquanto corpo-próprio, com o direito penal)», cit., p. 78.

Contudo, a prisão – exautorada a pena de morte, por se considerar não poder ser hoje concebida, axiológica e teleologicamente, como uma verdadeira *pena* (para além de toda a problemática da irremediabilidade dos erros judiciários) –, apesar de se assumir ainda no nosso espaço cultural como pena simbolicamente predominante (*poena regina*), tende a ser igualmente superada, com o descrédito das penas perpétuas ou de longa duração e com o advento de formas sancionatórias alternativas e de modelos de justiça restaurativa de composição e mediação dos conflitos penais de baixa intensidade³⁴. Um dos propósitos do presente estudo será precisamente o de procurar responder à pergunta sobre se na esfera de considerações eminentemente jurídicas, será viável alcançar uma perceção jusdogmática integral *do* corpo ou *sobre* o corpo, ou, ao invés, se deveremos abandonar um tal desígnio, reconhecendo-se a inevitabilidade de uma sobrefragmentação da consideração da relevância do seu estatuto jurídico.

As implicações jurídico-criminais e processuais penais do corpo não podem dissociar-se dos problemas mais gerais e presentes na dogmática penal contemporânea do bem jurídico e das refrações da teoria dos direitos fundamentais, concretamente no que respeita à dignidade humana, à integridade pessoal, à reserva da intimidade da vida privada e, mais recentemente, à integridade informacional (para quem a reconheça enquanto dimensão autónoma relativamente à primeira).

Nesse sentido, surpreendem-se inevitáveis interferências entre o conteúdo destas temáticas, a relevância do corpo como bem jurídico penalmente tutelado e os critérios de admissibilidade das formas de intromissão ou ingerência no corpo como objeto, com finalidades probatórias.

Essas relações assumem especiais configurações e consequências no quadro do direito sancionatório (público) em geral, e em especial, no quadro do direito criminal substantivo e adjetivo, âmbito em que concentramos o nosso primordial foco de abordagem.

³⁴ Abstendo-nos de formular considerações sobre o debate acerca da superação do direito penal, como lembra FARIA COSTA, para quem «(...) a história do direito penal é, como de ordinário se ensina, a história do seu desaparecimento. Na verdade, quer-se com uma tal afirmação tornar claro que a uma primitiva compreensão monolítica e totalitária – porquanto englobante de todos os actos, de todas as opiniões, de todos os desejos, e até, em muitas circunstâncias, de todas as *nudae cogitationes* – do direitopenal se passou, paulatinamente, para uma tendência doutrinária que queria e quer que o direito penal se reduza cada vez mais. Se reduza ao mínimo essencial ou, *à la limite*, desapareça mesmo» (*Loc. cit.*, pp. 84 e 85). Ainda repescando a asserção de G. RADBRUCH, que exortava à “busca não de um direito penal melhor, mas de algo melhor que o direito penal”, aquele mesmo Autor adverte ser um tal desígnio uma “louvável carta de intenções” e não ser um sério programa de política criminal, por estar excluído por razões de praticabilidade: *ad impossibilia nemo tenetur* («Beccaria e a Legitimação do Direito Penal: entre a Ética das Virtudes e a Ética das Consequências», *RPCC*, Ano 24, N.º 2, abr.-jun., 2014, pp. 206 e 207).

Pode dizer-se, no que respeita à sua dimensão criminal, que o corpo é, em certo sentido, sincreticamente, causa, origem, móbil, objeto, instrumento e finalidade no processo penal.

No âmbito específico do direito processual penal, haveremos de nos confrontar, mais adiante, com a indagação sobre se, pelo facto de as ingerências corporais probatórias poderem, em abstrato, excluir a responsabilidade-culpabilidade criminal das pessoas a elas sujeitas, se deve, só por isso, autorizar sem limites o recurso às mesmas. Antecipando a posição que oportunamente se desenvolverá, diremos apenas que o sentido biunívoco das suas potenciais consequências – quer implicando o estabelecimento da culpabilidade, quer a inocência do suspeito –, deveria legitimar a sua admissibilidade, desde que se não coloque definitivamente em causa a dignidade humana e a integridade da pessoa.

O problema é bem mais tormentoso quando o recurso a ingerências e intervenções corporais probatórias possam atentar contra estes valores, ainda que o seu desfecho possa vir a comprovar a inocência do suspeito. O juízo da admissibilidade de certo meio de prova com incidência corporal quanto à sua validade ou proibição, não pode ficar – parece-nos –, dependente do sentido do seu resultado.

Não deve, por outro lado, esquecer-se que as considerações jurídicas sobre uma dimensão eminentemente física ou *corpórea* do corpo humano não podem deixar de acompanhar de muito perto os contributos da reflexão que nos domínios da antropologia filosófica, da bioética e da teoria dos direitos fundamentais se têm desenvolvido³⁵. Nem se pode alhear de todos os *apports* científicos que, sobretudo a medicina, a genética e as neurociências vão anunciando quase quotidianamente, como se esse suporte fosse, afinal, um infindável e fecundo território de novas descobertas e revelações.

De acordo com o anúncio profético de E. O. Wilson, na comunicação inaugural da Conferência Internacional «Unity of Knowledge. The Convergence of Natural and Human Sciences», realizada em Nova York, em junho de 2000, «*The “borderland” disciplines of cognitive neuro-sciences, human genetics, human sociobiology, and biological anthropology would together soon provide us an adequate conception of human nature and a unity of natural and human sciences*»³⁶.

³⁵ A autonomia epistemológica da Bioética afirmou-se desde há cerca de quarenta anos, a propósito de um feixe de preocupações éticas suscitadas pela reflexão motivada pelos avanços científicos, pela consideração das questões morais emergentes das realidades potenciadas pelas novas tecnologias médicas. A Bioética pretende também abarcar toda uma gama de preocupações relativas à sustentabilidade da coexistência dos diversos sistemas vitais e da sobrevivência do Homem no Planeta, e à interdependência dos seres vivos (Biodiversidade) numa visão a longo prazo. Procura ainda ser um ramo de conhecimento transdisciplinar que congregue saberes diferenciados, a participação da sociedade civil na redefinição de novos princípios e valores, bem como contribuir para um esforço de uniformização de políticas nacionais no quadro internacional.

³⁶ *Unity of Knowledge. The Convergence of Natural and Human Sciences. Annals of The New York Academy of Sciences*, vol. 935, New York, 2001, apud DANIEL SERRÃO, «Questões para o século XXI», *Estudos de Direito da Bioética*, (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, Coord.), Almedina, Coimbra, 2004, nota 10, p. 16.

As recentes e ininterruptas interpelações que os avanços nesses domínios científicos vão suscitando, provocam perplexidades e inquietações a que o discurso jurídico só com muita dificuldade e atraso vai tentando responder³⁷.

Há propostas de análise contemporâneas, embora sem especial sequência científica, que reequacionando fenómenos antigos de espiritualidade, pretendem dar a conhecer novas dimensões do corpo e aproximar-se de uma explicação sobre a origem e o critério de reconhecimento da espiritualidade e da *santidade*, procurando esclarecer a dicotomia *corpo-espírito*³⁸. Esta dupla dimensão está presente desde a Antiguidade, propondo Aristóteles, na *Alma*, Livro B, que «(...) a alma é o acto primeiro de um corpo físico que tem a vida em potência», colocando tal entidade no fulcro do seu idealismo.

Partindo de um paradigma clínico convencional, assistimos à glorificação e massificação de um conjunto de novas técnicas de diagnóstico e terapêuticas – aumentando assombrosamente a esperança e qualidade de vida, com técnicas e medicação que reduzem e suprimem a dor e os sintomas de doenças antes incuráveis e dolorosas –, as quais reforçam a validade do estatuto epistemológico da medicina convencional, passando, no entanto, a produzir uma “sobreespecialização” do saber clínico. Em todo o caso, esta linha de evolução – parecendo afastar as tendências de recurso a métodos alternativos e complementares e à medicina holística – não pode dizer-se que esteja alheada de preocupações que procuram uma solução clínica para a pessoa e não para a doença (apenas centrada em abordagens

³⁷ Esta tem sido aliás uma área de fecunda reflexão e especulação, no sentido de saber se os avanços da Ciência (p. ex., as ciências da vida e a biotecnologia) só devem produzir-se após a preparação de um quadro jurídico adequado à realidade que visa regular ou se, ao invés, se deve reconhecer a impossibilidade material de um tal propósito, abandonando-o por manifesta inviabilidade, procurando aguardar pelo resultado dos avanços científicos, de forma a intervir juridicamente *a posteriori* sobre tais realidades, que, de qualquer modo, escapam sempre aos quadros jusnormativos anteriores. E, neste contexto, surge o amparo dos princípios da segurança – propondo-se a adoção de deveres causais de cuidados face a realidades de risco já estudadas e testadas – e da precaução – onde estaria presente o recurso a deveres de cuidado (não causais) perante realidades desconhecidas ou conhecidas, mas não testadas – que funcionariam como *gate-keepers* mitigadores ou impeditivos de consequências inesperadas e indesejadas.

³⁸ Muito surpreendente é a proposta de NUNO SÁ COIMBRA, médico de formação convencional, que defende uma “medicina dos dois espaços-tempo” (do *Mundo Criador* – invisível e insensível – e do *Mundo criado*, o sensorial), através da cura de «luz de luz», como a forma natural e suave de auto-cura da causa da doença e não apenas do seu sintoma, em que a medicina convencional pode aumentar o seu potencial de sucesso. Ou como, p. ex., a que formula AUGUSTO JOAQUIM, no seu texto *Em busca do Mirocárdio* – um neologismo que pode ser traduzível como «olhar ou auscultar o coração», sem especial atenção da Ciência – através do qual intenta condensar a explicação para experiências místicas e de santidade canónica, dizendo o Autor que esse princípio, tornado ativo, «(...) produz efeitos físicos, mexe com os sensores da percepção, altera os corpos e orienta as vontades para a des-medida», para adiante explicitar Em suma, os dons são co-naturais ao corpo (...). Devo acrescentar que, na sua grande maioria, não provocam qualquer efeito visível, embora transformem irreversivelmente a psicossomática. Na realidade, alteram a própria noção do que seja um corpo», *apud* CAROLINA LEITE, «Leituras do corpo – em busca de um novo paradigma», in *Pensar Radicalmente a Humanidade – Ensaios de Homenagem ao Prof. Doutor Acílio Estanqueiro Rocha* (JOÃO CARDOSO ROSAS - VÍTOR MOURA, orgs.), Húmus – UM, 2011, p. 149. Cfr. AUGUSTO JOAQUIM, «Estratégia do papado e mutações da santidade», *posfácio a Georges Daix, Dicionário dos Santos*, pp. 239-333, Terramar, Lisboa, 2000. Também, LUÍS PORTELA, *Ser Espiritual – Da Evidência à Ciência*, Gradiva, Lisboa, 2013.

mecanicistas de «para cada sintoma seu medicamento/tratamento?»), reconhecendo à consciência individual um papel cada vez mais central³⁹.

A tentativa de reconduzir, por formas cada vez mais eficientes, o corpo, perante alguma vulnerabilidade – a doença – ao seu estado natural e originário de saúde e de bem-estar é o desafio da Medicina contemporânea convencional. E é verdade que se vencem cada vez mais “batalhas” com as novas armas das Ciências da Saúde. Contudo, e perante a incapacidade de cada um *compreender* e *interpretar* o seu próprio corpo – com as suas diferenças de reação e adaptação a estímulos e a interferências – implicam a adoção de protocolos tendencialmente universais que fazem com que as respostas aos sintomas passem por prescrição de medicação, tratamentos ou cirurgias, que podem não alcançar o sucesso pretendido. Ao invés, perante um *inimigo* que “habita” o mesmo corpo do doente e que vinha, afinal, procurar uma transação para essa “coabitação”, um novo modo de equilíbrio, a reação acaba por ser inadequada – apesar de eventualmente bem sucedida num primeiro momento –, gerando novo desequilíbrio e abrindo outro ciclo de vulnerabilidade/reação⁴⁰.

No itinerário que pretendemos empreender sobre a relevância jurídico-probatória, do corpo, reconhecemos ser pertinente – e a merecer debate sério – a objeção segundo a qual a eleição do *corpo* como objeto de investigação nos domínios propostos pode ser equívoca, na medida em que se confunde com o conceito mais abstrato de *pessoa*. Inadvertidamente, poderia pensar-se que não se justificaria uma autonomização do seu estudo e tratamento.

³⁹ Afirmando que a investigação convencional «(...) tem tido em consideração, sobretudo, o corpo do homem, que é muito importante mas não suficiente. Este estudo deve ter em atenção, também, a parte energética, pois esta é que controla a parte física, e ainda o outro espaço-tempo, do qual dependemos inteiramente. Até ao momento, o outro espaço-tempo tem sido ignorado, mas é tempo de o encarar e de o investigar. Estudar o homem, na sua *globalidade*, supõe ter em linha de conta os dois espaços-tempo. Por este motivo é que chamo a esta abordagem, a medicina dos dois espaços-tempo. Quando actuamos no outro espaço-tempo é que conseguimos tratar as verdadeiras causas da doença, pois este espaço-tempo está na dependência do outro – o Mundo Criador. A união dos dois espaços-tempo faz um; e só neste *uno* é que nos compreenderemos a nós próprios e ao que nos rodeia» (*Corpo, memória e consciência – Diálogo em torno de uma nova medicina*, Pagine d’Arte, Lugano, 2009, p. 34), e acrescentando que na medicina dos dois espaços- há uma «interdependência entre o corpo físico e o energético», enquanto «na medicina convencional não se cura, trata-se sintomas mas não a causa. Pode desaparecer uma doença, mas o que a provocou continua activo – a memória – podendo surgir novamente a mesma ou outras doenças» (*Ob. cit.*, pp. 38 e 39); por «memórias», o Autor esclarece que o termo não é usado na sua aceção corrente, mas na aceção de «situações mal vividas, mal integradas no corpo físico, mental, emocional e energético. Qualquer situação traumatizante a nível físico, mental, emocional, mal resolvida, funciona como uma *memória*, quer seja de um passado recente ou remoto» (*ob.cit.*, p. 43).

⁴⁰ Concebendo a *saúde* como uma experiência de equilíbrio e a *doença* como uma experiência de falta de equilíbrio, GADAMER anota que, não sendo a saúde um produto da vontade, não sendo um *produto*, mas sim um *acontecimento* e um estado frágil e em permanente e dinâmico processo de evolução, é inviável de se estabelecer uma relação técnica com ela; nem o médico ou outro profissional de saúde podem produzir ou construir a saúde, mas apenas auxiliar a natureza a reconstituir-se a si mesma, em que o envolvimento do doente no processo de *cura* é de capital importância; cfr. *Philosophie de la santé*, Grasset-Mollat, Paris, 1998. Note-se que GADAMER chega à conclusão do desaparecimento da experiência da morte, deslocalizada para ambientes impessoais, desdignificada por processos inadequados de prolongamento da vida, sendo marginalizada e reprimida.

Tentemos justificar a nossa posição, ao autonomizar, num discurso específico, a abordagem jurídica do corpo e da sua relevância jurídico-processual, em geral, e jurídico-probatória em particular⁴¹.

Na verdade, a própria dogmática constitucional parece pretender unificar as distintas dimensões pessoais, ao tutelar-se de forma abrangente o direito à *integridade pessoal* (cfr. art. 25.º da CRP). Noutros textos normativos, designadamente no art. 3.º da CDFUE, surge uma outra conceção da ideia de integridade pessoal, assumindo uma noção talvez mais atual(izada) de *identidade do ser humano*, a qual se desdobra em «integridade física» e em «[integridade] mental». Se propendemos a concordar com a designação mais completa de integridade do ser humano, já nos parece algo redutor a menção à «integridade mental», pois que esta desconsidera aspetos da pessoa-ser-humano que transcendem a mera condição mental. Podemos perceber que o legislador comunitário tenha sido deliberadamente minimalista, para se distanciar de conotações de matriz ética, filosófica ou religiosa, mas o termo “mental” parece-nos francamente insatisfatório para recortar conceitualmente todas aquelas dimensões não corpóreas da pessoa. É que a expressão pode acabar por significar, apenas, a referência ao âmbito ainda estritamente corpóreo ou orgânico-funcional da dimensão pessoal, responsável pelo pensamento racional e processamento do génio e da criatividade, mas não de todas as realidades por ela elaborada, como as de índole espiritual (as convicções filosóficas, religiosas ou políticas), emocional ou sentimental.

Este direito dirige-se à tutela do que se convencionou designar de integridade física e de integridade moral do indivíduo⁴². Surpreendendo-se, portanto, uma componente moral – não física – na integridade pessoal, o conceito de pessoa ficará incompleto se a tutela de alguma dessas dimensões não for garantida. Contudo, tal não significa que o nosso propósito de tratar privilegiadamente o corpo desconsidere ou menospreze a relevância da integridade moral ou psíquica do indivíduo.

Independentemente de, num certo sentido, se poder entender o corpo como uma *coisa*, porque, embora não se lhe opondo, se distingue da categoria da pessoa, o corpo é o seu «invólucro», a sua «carapaça»⁴³. Nessa medida, se o corpo é algo distinto de uma estrutura

⁴¹ Cfr., expressamente no sentido da autonomia da tutela jurídica do corpo, no conjunto da personalidade, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., Coimbra, 1995, pp. 211 e ss.

⁴² Conferindo-se tutela ao indivíduo face às ofensas que provoquem lesões ou danos no corpo ou no espírito, através de meios físicos e morais, podendo consistir na punibilidade de ofensas à integridade física, de agressões à integridade moral, ou complexas; cfr., neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Vol. 1, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, p. 454.

⁴³ Designação preferida por LUÍSA NETO, «O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo», *RFDUP*, Ano 1 (2004), p. 236. A Autora caracteriza ainda o corpo como «hábito externo» da pessoa, o que se compreende, preferindo-se, no entanto, outras designações metafóricas para evitar a confusão com o termo técnico médico-legal utilizado no exame necrópsico.

protésica, estranha, e é uma estrutura animada pelo *espírito* da pessoa, deve repudiar-se a sua assimilação a uma realidade suscetível de titularidade de qualquer direito real ou de outra espécie, por parte de outrem, mas também do próprio *titular*⁴⁴.

O indivíduo, enquanto ser a quem são concedidas e reconhecidas prerrogativas de direitos, liberdades e garantias, não pode, nem por ato próprio, nem suportando atos de terceiros, seccionar uma dimensão do seu todo pessoal, e colocar o corpo «no mercado»⁴⁵.

Por isso, o corpo não é *coisa*⁴⁶.

Nem será, também, pelo facto de os danos ou as lesões provocados no corpo poderem surtir efeitos indemnizatórios ou ressarcitórios, que nele se identificará o conceito de coisa, mas, ao invés, pela atribuição ao seu titular dos direitos de personalidade.

Mas a circunstância de o corpo ser indissociável – e não destacável – da pessoa, não impede que seja observado e tratado com a autonomia que certos aspetos da sua expressão consentem e, nalguns casos, reclamam. Não pode é dizer-se que o corpo comunga da mesma natureza da pessoa, já que é uma das suas manifestações fenomenológicas.

Aqui se pode abrir outra discussão, sobre a natureza jurídica deste *bem*. Não sendo uma coisa, que espécie de *bem* integrará o corpo?

Se o corpo é um *bem*, há um *benefício* (em favor de um *beneficiário*). A pessoa enquanto titular desse benefício, há-de usá-lo dentro de um quadro de princípios e de valores que não consintam abusos, por fundamentos de diversas ordens normativas, mas que encontram o denominador comum da dignidade da pessoa humana como limite intransponível. Portanto, a atribuição e reconhecimento à pessoa de poderes e proibições sobre o corpo só pode significar que os mesmos são preordenados à garantia das condições de realização plena da dignidade humana.

Esta construção, no plano ideológico, colocará sempre as objeções sobre se tais proibições, pretensamente dirigidas a proteger determinado destinatário, o sujeito-pessoa, não acabam por redundar numa limitação da sua autonomia num atentado à sua liberdade. Com esta discussão, introduz-se o problema da natureza subjetiva ou relativa do benefício *versus* o carácter absoluto e objetivo do conceito de dignidade da pessoa⁴⁷.

⁴⁴ Nesta medida, se poderá ver uma linha clara de demarcação entre o direito *real*(?) sobre o [corpo do] escravo – cuja pessoa era titulada “por inteiro” pelo senhor – e o “direito sobre o corpo” da pessoa livre.

⁴⁵ Toda a discussão inerente aos «Reality shows» degradantes e exibicionistas – que dão profusa expressão ao fenómeno da “extimidade” –, aos “leilões de órgãos” ou “leilões da virgindade”, às cirurgias estéticas desnecessárias, aos «atos experimentais de canibalismo», reporta-se a situações-limite, muitas vezes com intuitos de pura exploração mediática, e que atingem de forma paroxística a condição do Homem total, numa perspetiva de tutela integral da dignidade humana, desdobrada na tutela dos direitos de personalidade.

⁴⁶ Cfr. 3.1.1.

⁴⁷ LUÍSA NETO, *ob. cit.*, p. 236.

As possibilidades de aproveitamento do corpo nas mais diversificadas finalidades – profissionais, sexuais, reprodutivas, artísticas, desportivas –, pelo respetivo titular, não pressupõem a existência de qualquer direito subjetivo deste (sobre o seu corpo).

Ao reconhecer-se haver aí autonomia, e, ao dar-se preferência ao tratamento das questões do corpo – logo, circunscrito ao plano da integridade física da pessoa humana –, isso apenas representa uma opção de delimitação do objeto da nossa investigação. O que coloca a questão – inversa e especular – da possibilidade de autonomização jurídica da dimensão *espíritual* ou *moral* da pessoa.

A propósito da representação dessa entidade que é o *espírito*, cabe reconhecer o ceticismo que ainda rodeia a mesma, por parte de muitas correntes do pensamento filosófico e científico, que preferem ver nas manifestações de sentimentos, convicções, emoções e criatividade um produto do funcionamento químico do corpo (por ativação elétrica das conexões de moléculas cerebrais), não legitimando o surgimento de qualquer entidade distinta (muito menos *transcendente*). Apesar disso, quer os avanços da Ciência⁴⁸, quer os cânones de produção de pensamento ético⁴⁹, filosófico⁵⁰ e jurídico⁵¹, postulam abertamente a existência do *espírito* como realidade *para além do corpo*, *rectius* enquanto realidade *diversa* do corpo.

Por outro lado, de acordo com o conteúdo de novas formulações doutrinárias e jurisprudenciais – que constroem outras categorias de dano pessoal –, podem surpreender-se outras dimensões da pessoa, pelo que a noção da integridade pessoal pode não se esgotar nas dimensões física e psíquica, admitindo outras facetas, porventura ainda não desvendadas⁵².

Os contributos da neurobiologia confrontam-nos, algo surpreendentemente, com descobertas que parecem confirmar antigas conceções sobre o espírito⁵³ e a sua *substância*, sugerindo Marc Jeannerod que a noção de *espírito* é um objeto científico tão vulgar como

⁴⁸ Por efeito do contributo dos avanços incessantes do conhecimento sobre as estruturas encefálicas, da sua constituição e modo de funcionamento.

⁴⁹ Enquanto modo de relacionamento entre o funcionamento das estruturas cerebrais (rede neuronal) e a capacidade de avaliação moral de valores (entre o mal e o bem), por parte do indivíduo, e da sua determinação de acordo com tal ponderação.

⁵⁰ Apesar de imbuído de um significado algo coincidente com o de “alma”, nas expressões teológico-filosóficas, o espírito sempre foi uma preocupação nuclear da filosofia.

⁵¹ Neste âmbito, desde logo, o discurso jurídico-constitucional reconhece o lugar do “espírito” dentro da integridade pessoal, ao tutelar globalmente a integridade física e a integridade moral do indivíduo, cfr. art. 25.º da CRP.

⁵² Para além das categorias convencionais de danos pessoais (físico, psíquico, psicológico, misto), têm a doutrina e jurisprudência (cfr. acórdãos n.ºs 500/99 e 7.713/2000 da Corte de Cassação Italiana) avançado com a admissibilidade de outras categorias atípicas de dano, como, p. ex. o “dano à pessoa”, ou dano existencial ou da vida em relação, aí se relevando a inversão das normais expectativas de vida; cfr. CARNEIRO DA FRADA, «Nos 40 anos do Código Civil Português. Tutela da personalidade e dano existencial», *Themis*, Ed. Especial - Código Civil Português - Evolução e Perspectivas Actuais, 2008, pp. 47-68.

⁵³ Epicuro dizia que «a alma é o grito da carne».

qualquer outro⁵⁴. Esta proposição de «naturalização do espírito», provém não de discursos especulativos místicos, mas de projetos atuais de investigação científica avançada, o que poderá conduzir à reformulação de todo um feixe de pré-compreensões (ou de preconceitos) científicas, éticas, filosóficas e jurídicas.

No debate jurídico sobre a relevância do *espírito*, pode estar latente uma discussão, alimentada pelos resultados da investigação das neurociências, mormente da neurobiologia e da neuropsiquiatria – sobretudo ao colocarem em evidência novos contributos sobre o funcionamento das estruturas cerebrais –, que poderá tornar obsoletas ou ultrapassadas as categorias tradicionais da imputação subjetiva, da consideração dos termos da in/imputabilidade, dada a eventual superação dos conceitos basilares de autonomia individual para a tomada de decisões, da liberdade de autodeterminação pessoal, por noções a desvendar de um “determinismo neurocomportamental”, inibidor do livre arbítrio, eventualmente precursor de um «*brainfingerprinting*».

Poderia pensar-se que as incipientes conclusões da investigação nos domínios neurocientíficos provocariam um estado de alarme entre os juristas, mormente entre os penalistas, sobretudo após a descoberta de B. Libet⁵⁵ que, aparentemente, negaria decisivamente o livre arbítrio, base fundadora de todas as conceções tributárias de um direito penal pós-iluminista. Porém, não só a própria proposição de Libet deixa uma margem para a intercessão do livre arbítrio, reconhecendo que o sujeito conserva, afinal, uma réstea de poder de “veto” às decisões *inconscientes*, como o respetivo modelo interpretativo não tem uma prestabilidade aplicativa a todas as categorias subjetivas do comportamento criminoso, como sejam, p. ex., ao nível da estrutura do dolo nos crimes económico-financeiros ou patrimoniais, da negligência, da premeditação ou da preter-intencionalidade.

Parece, no entanto, que nem os neurocientistas se arrogam qualquer pretensão de destronar os penalistas do campo de análise da prova do elemento subjetivo típico da conduta,

⁵⁴ Este cientista, falecido em 2011, defende ser necessário «(...) *donner à l'esprit le statut d'un véritable objet de science et de connaissance, c'est à dire d'en faire un objet naturel possédant une structure définie, fonctionnant selon règles identifiables, en continuité explicative avec les autres phénomènes naturels*», *La Nature de l'Esprit: Sciences Cognitives et Cerveau*, Odile Jacob Ed., Sciences, Paris, 2002, *apud* DANIEL SERRÃO, «A Anencefalia e o Suporte Biológico do Espírito», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO coord.), Almedina, Coimbra, 2009, p. 226 (nota 2). Ainda a propósito da natureza e do papel da *consciência* e do *espírito* no pensamento científico contemporâneo, perante desenvolvimentos da neurobiologia e da neuropsiquiatria, outros autores, como JEAN-DIDIER VINCENT, apontam para a existência de uma tautologia nos conceitos de *consciência* e de *espírito*: a consciência é uma ilusão, porque só dizemos ter consciência se estivermos/formos conscientes, enquanto o *espírito é uma construção do espírito*.

⁵⁵ A investigação de LIBET relativa ao movimento voluntário da mão, permitiu comprovar experimentalmente que cerca de 500 a 1000 milissegundos antes da tomada de decisão consciente de querer iniciar um movimento, ocorre uma onda de atividade cerebral, o chamado «readiness potencial». Assim, o cérebro reconhece uma intenção do movimento mesmo antes de o sujeito dela estar consciente.

nem os penalistas devem ver ameaçado o seu *munus* de intervenção e apreciação⁵⁶, posição de compromisso que parece resultar de propostas do chamado *compatibilismo* ou *determinismo soft*, de A. J. Ayer, o qual é resumidamente enunciado por Michael Gazzaniga do seguinte modo: «Brains are automatic rule-governed, determined devices, while people are personally responsible agents free to make their own decisions. Brains are determined; people are free»⁵⁷. Ou, como também o faz Kathinka Evers, «Na medida em que as nossas escolhas não são causadas ou, pelo contrário, são causalmente predeterminadas, a nossa experiência da tomada de decisões voluntárias pode parecer ilusória. Seja como for, pode-nos *parecer* que temos uma escolha entre acções alternativas, mas não ser assim: no primeiro caso, somos geradores de acaso; no segundo caso, vivemos em piloto automático»⁵⁸. Partindo do conceito de *materialismo informado*, a Autora sustenta que o cérebro desenvolve mecanismos de interação entre dinâmicas de avaliação e os sistemas emocionais, que conferem uma predisposição neurobiológica para desenvolver valores morais, que nos permitem estabelecer relações de adequada adaptação aos ambientes sociais, físicos e culturais, E, mais adiante, «Na concepção materialista informada do cérebro, o órgão parece ser perfeitamente capaz de exercer controlo e realizar escolhas voluntárias. O cérebro é livre *por natureza*; a liberdade de escolha (acção voluntária) é uma *característica fundamental* do cérebro de acordo com esta concepção», donde resultaria que a nossa capacidade de influenciar (informar) o nosso “não consciente”, poderemos ser responsáveis por comportamentos emergentes dessas influências não conscientes. Daí que, em vez de constituir uma ameaça às noções morais fundamentais de autonomia, livre arbítrio e de responsabilidade pessoal, as neurociências podem emprestar-lhes, afinal, um suporte empírico⁵⁹.

Em todo o caso, a tentativa de explicação científica do estado mental do criminoso – documentado no facto criminalmente relevante – não é um dado recente, podendo divisar-se exemplos dessas procuras na frenologia de Gall ou na investigação dos fenótipos de C. Lombroso. Isso permite adivinhar que continuará a haver diálogo entre as neurociências e o direito penal, tentando explicar-se neurobiologicamente a *mens rea*, pelo menos enquanto

⁵⁶ Neste sentido, delimitando os espaços epistemológicos dos dois discursos, e rejeitando qualquer subordinação das “provadas” categorias dogmáticas direito penal ante as incipientes abordagens das neurociências, cfr. WINFRIED HASSEMER, «Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal», *Indret – Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Abril 2011, pp. 1-14 (acessível: em www.indret.com; acedida em 16-06-2013 – Arq.) *ed ut*, com o título «Neurociências e culpabilidade em Direito Penal», *RBCC*, Ano 21, N.º 100, jan.-fev. 2013, pp. 221-226.

⁵⁷ «Free Will in the Twenty-First Century: a discussion of neuroscience and the law», *Neuroscience and the Law*, Brent Garland Ed., Dana Press, 2004, pp. 51-70; cfr., também, MICHAEL GAZZANIGA, «Neuroscience in the Courtroom», *Scientific American*, 204: 23 Apr. 2011, pp. 54-59 <http://people.psych.ucsb.edu/gazzaniga/michael/PDF/Neuroscience%20in%20the%20Courtroom.pdf>.

⁵⁸ «Uma Nova Visão do Cérebro: o Aparecimento da Neuroética», *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO - NUNO OLIVEIRA, orgs), Almedina, Coimbra, 2010, p. 84.

⁵⁹ Loc. cit., p. 88.

elemento relevante para a compreensão da intenção global do agente, determinada multifatorialmente, ou do estado de potencial perigosidade⁶⁰.

O corpo, enquanto *suporte tangível* da pessoa⁶¹, assume, por isso, uma dimensão fragmentada do todo da integridade pessoal, que, como melhor veremos adiante, transcende o plano corpóreo. Pessoa encerra, assim, desde logo, um significado muito mais abrangente e integrado do que o conceito de corpo.

Mas é no corpo que densificam as possibilidades de manifestação e do reconhecimento sensorial da pessoa. Pelo próprio sujeito e pelos outros. Tal significa que só no plano corpóreo a pessoa pode relevar juridicamente.

E as especificidades da consideração da dimensão corpórea da pessoa fazem sentir-se, quer no plano do direito substantivo, quer, preponderantemente, no âmbito do direito probatório, i. e., quando se estabelece uma relação comunicacional entre a pretensão punitiva do Estado e o indivíduo, no âmbito de um procedimento, que vise esclarecer uma hipótese de violação, por ele, de um comportamento proibido⁶².

Em termos jurídico-substantivos, as dimensões não corpóreas da pessoa têm relevância específica.

Os atributos associados ao corpo da pessoa humana densificam-se com particular ênfase no âmbito jurídico-probatório⁶³. É que, se em termos jurídico-substantivos o corpo só assume relevância através do conceito de pessoa, em termos jurídico-probatórios a pessoa só releva através do corpo.

Há muitas hipóteses de necessidade de demonstração de factos ilícitos típicos, que não passam pela exigência de recurso a meios probatórios que incidam sobre o corpo, para além da própria identificação do agente suspeito. O estabelecimento da identificação civil do agente do crime, no âmbito de um processo, traduz a primeira – e, por vezes, única – exigência em

⁶⁰ Assim, cfr. JOÃO LOBO ANTUNES, «As neurociências e o direito», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume I - Responsabilidade: entre Passado e Futuro (FERNANDO ALVES CORREIA - JÓNATAS M. MACHADO - JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coord.), *Studia Iuridica* n.º 102, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 85-96.

⁶¹ FARIA COSTA alude a um «suporte insubstituível da *persona*», para se compreender na sua integralidade dentro de uma conceção unitária, contraposta às conceções dualistas platónica – em que o corpo era a “prisão do espírito” – e da tradição ética judaico-cristã, que forneceu a noção de inviolabilidade e de sacralidade do corpo; «O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações», in *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, N.º 3, Coimbra Ed. Coimbra, 1993, p. 89 (ed. ut BFDUC, vol. 69 (1993, pub. 1995), Coimbra, pp. 201 e ss).

⁶² Cfr., a propósito da matriz essencialmente antropocêntrica do processo penal nacional, o nosso *Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Ed. Coimbra, 2008, pp. 292 ss.

⁶³ Não que um juízo de certeza judiciária sobre aspetos concernentes à pessoa seja insuscetível de se estabelecer sem prova relativa ao corpo; com esta asserção, apenas se quer significar que, no plano jurídico-probatório, a *pessoa* se manifesta através do corpo.

que se manifesta a necessidade de ser produzida prova sobre o corpo do mesmo, de forma a alcançar a certeza sobre a sua verdadeira identidade⁶⁴.

É certo que as questões da prova relativa ao corpo se podem colocar quer do lado dos indivíduos suspeitos da prática de factos ilícitos típicos, quer no das suas vítimas.

No tocante às questões atinentes à prova sobre o corpo de suspeitos, pontificam as necessidades de submissão do suspeito com vista à comprovação da sua autoria (identificação) como agente do facto típico ilícito, a determinação da sua condição de saúde psíquica e mental – com vista à averiguação do seu grau de in/imputabilidade ou de perigosidade, a determinação de qualidades ou da condição de afetação por substâncias proibidas (droga, álcool, doping) em geral ou em certas atividades específicas (condução, caça, detenção de armas ou animais perigosos, desporto) ou, até, à descoberta de vantagens da prática do crime (conceito diveso do de produto do crime).

No que concerne às questões probatórias sobre o corpo da vítima, elas assumem um grau superlativo com o problema do homicídio “sem corpo”⁶⁵, mas dispersam-se por outras incidências, colocando sempre *situações-limite*, como, p. ex., na coercibilidade da sujeição da vítima à produção de prova ou na (in)admissibilidade da oposição do suspeito à produção de prova contra si com base no corpo da vítima.

Ocorre, aqui, antecipar uma precisão sobre o significado da expressão *ingerência corporal probatória*, no confronto com o de *intervenção corporal probatória*.

Apesar de esta questão vir a ser debatida *infra*⁶⁶ com maior detalhe, deixaremos desde já antecipado que entendemos não haver coincidência entre as noções de *ingerência corporal [probatória]* e de intervenções corporais probatórias.

Tomamos a noção de ingerência corporal com o significado mais amplo e abrangente que podem assumir no quadro do processo penal as formas que os poderes públicos dispõem para interferir na recolha de informação sobre o corpo de determinado indivíduo, para estabelecer a sua responsabilidade criminal, ou para excluí-la, ainda que só em casos de justificada excecionalidade se deva consentir a admissibilidade de vulneração de direitos fundamentais, em ordem a satisfazer interesses de natureza probatória penal e, porventura, a satisfazer outros interesses, também eles com tutela jurídico-constitucional. Esta noção,

⁶⁴ Não apenas nos casos de dúvida sobre a própria pessoa ou sobre a sua idade cronológica – enquanto pressuposto biológico para o estabelecimento da imputabilidade –, mas em todos os casos, independentemente da sua revelia processual.

⁶⁵ Cfr., exemplificativamente, uma hipótese de crime de homicídio sem (aparecimento do) corpo da vítima (com a particularidade de a decisão de 1.ª instância se tratar de uma deliberação de júri), no processo apreciado no recurso em que foi proferido o Ac. STJ de 20-04-2006 (rel. Cons. Rodrigues da Costa).

⁶⁶ Cfr. 5.1. a 5.3.

comporta, pois, um significado mais amplo, podendo não exigir a implicação de uma concreta ponderação de critérios de idoneidade, necessidade, proporcionalidade ou adequação dos meios probatórios com incidência corporal sobre o suspeito de um facto criminalmente relevante, mas tão só a determinação de uma relação de equilíbrio e ponderação entre o quadro jurídico-constitucional vinculante aplicável a certos bens e interesses da pessoa, e o quadro jurídico-probatório de necessidade ou indispensabilidade de produção de prova com recurso a incidências corporais que em concreto seja processualmente adequado, combinado com a admissibilidade da sua valoração.

Diferentemente, o conceito de *intervenção corporal probatória* traduzirá, para nós, uma subcategoria daqueloutra, com um conteúdo de ordem eminentemente processual e potencialmente mais invasiva (ou intrusiva), operando ao nível da integridade física ou corporal do visado. Relevará, pois, como (sub)categoria mais procedimental ou operativa, no contexto de uma dada investigação criminal, revestindo uma dimensão material, subjetiva e objetiva e, em princípio, poderá assumir diferentes modalidades⁶⁷. Ponto é que se trate de um tipo de ingerência que envolva um acrescido grau de intensidade ou profundidade (invasividade ou intrusividade), estabelecendo-se uma inexorável relação de ponderação entre os interesses a prosseguir numa investigação criminal e a imediata tutela do direito à integridade física.

Em termos jurídicos, a pessoa humana releva de forma diferenciada, ao longo da idade, refletindo-se em estados de capacidade e de incapacidade de exercício de direitos – no âmbito juscivilístico – em estados de imputabilidade e inimputabilidade – no âmbito juspenal –, de que o corpo é o suporte *indexante*.

É o corpo, nas suas concretas condições em função da idade cronológica e do estado mental – numa ótica de estados de maioridade-imputabilidade-responsabilidade morfológica e/ou psíquica juridicamente relevantes –, que permite reconhecer diversas dimensões do desenvolvimento da autonomia pessoal perante o ordenamento jurídico.

O corpo de uma criança, que se tornará adulto/a, progressivamente modificado, alterado, amadurecido e envelhecido, releva de forma diferenciada para o Direito, não deixando de ser a mesma pessoa jurídica. No entanto, é também em função das múltiplas condições e utilidades que o corpo vai assumindo, que o direito considera a pessoa. É essa a sua *função indexante*, de acordo com a qual o direito procura adequar a norma à situação da realidade fenomenológico-naturalística. Em especial o direito penal, em obediência a

⁶⁷ Cfr. *infra*, 5.3. e 5.4.

princípios que visam a tutela do mesmo tipo de interesses e de finalidades, tem respostas diferenciadas, p. ex., em função da idade do agente de certo facto criminoso: factos ilícitos típicos [qualificados como crime], praticados por uma pessoa antes dos 16 anos, para factos ilícitos típicos entre os 16 e os 21 anos e após idades avançadas, desencadeiam tratamentos diferenciados, ainda que em nome da proteção essencial dos mesmos bens e interesses⁶⁸.

Esta construção tem suscitado reflexão no plano da doutrina juspenal, concretamente na penologia, ao indagar-se sobre se a pessoa a quem é infligida uma pena (privativa de liberdade ou outra) é, ainda, a “mesma pessoa” que cometeu o ato criminoso. O que decorre, em grande medida, da transferência da questão do domínio da transfiguração do corpo para a modificação da pessoa. Aqui, com uma certeza: o corpo que sofre a condenação numa pena já não é, seguramente, o mesmo que era aquando da prática do facto. Observe-se, pois, a pertinência da convocação dos princípios da atualidade e da individualidade da pena, para esta discussão; decorrido que se mostre um decurso mais ou menos prolongado de tempo, já não pode dizer-se, nem biológica nem sociologicamente, e muitas vezes nem axiologicamente, que a pessoa condenada seja a *mesma* (relativamente àquela a que se irá executar a pena). Pode dizer-se que, conquanto a realidade jurídica da pessoa condenada seja a mesma, a realidade corporal – e, porventura, psicológica e emocional – que suportará a condenação, e que expiará a pena, é já outra.

O decurso de um lapso de tempo excessivamente prolongado torna a pena inútil, desnecessária e injusta.

Inútil e desnecessária, por ser insuscetível de cumprir os fins assinalados às penas, de prevenção geral e especial, e de ressocialização do delinquente. Injusta, porque a execução parecerá, então, mais um ato de vingança tardia do que um genuíno e oportuno ato de justiça justificado por uma vontade comunitariamente organizada. O instituto da prescrição – quer do procedimento criminal, quer das penas⁶⁹ –, encontra a sua axiologia nesses fundamentos, associada ao direito à segurança jurídica (das pessoas), a um processo equitativo e em tempo

⁶⁸ Assim, enquanto até aos 14, ou aos 16 anos, o direito aplicável pode nem assumir finalidade sancionatória – antes, destinar-se à tutela do superior interesse da criança ou adolescente –, no patamar seguinte relevarão preponderantemente finalidades de reeducação e ressocialização do jovem delinquente, com propósitos mais corretivos que punitivos, ao passo que em idades avançadas, a finalidade de ressocialização exigirá, justamente, que a determinação concreta da pena não se confunda com uma pena de “carácter perpétuo” (por, em última análise, a sua execução dever ser compatível com o retorno do condenado à liberdade, antes da ocorrência da sua morte). E, contudo, todas essas respostas diferenciadas se produzirão no mesmo quadro de referências político-criminais e normativas dos fins das penas.

⁶⁹ FARIA COSTA nota penetrantemente, a propósito do instituto da prescrição, e por lhe reconhecer natureza material, que «O direito penal opera um corte com o tempo. Não só com o tempo cronológico mas, por sobre tudo, com a própria temporalidade. E, de forma soberana, cria a ficção de que, em certas circunstâncias, o decurso do tempo não tem existência» («O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, p. 178).

razoável (*due process of law*), sem dilação excessiva e a uma pena cujo primordial fim é o da reinserção social⁷⁰.

Mas o corpo releva de uma outra forma diferenciada para o direito: consoante o estado de saúde psíquica do homem, do mesmo homem, ou dos diferentes homens. Relativamente a esta última hipótese, nenhuma especial dificuldade explicativa existirá quando se justifique a punição diferenciada de vários participantes no mesmo facto ilícito, uns como imputáveis, outros como inimputáveis, situação esta que pode levar, inclusivamente, à absolvição (em caso de não perigosidade) de uns, e à condenação (em caso de imputabilidade ou inimputabilidade com perigosidade) de outros.

Assim, se para o estabelecimento da responsabilidade criminal é preciso averiguar, previamente, se se verifica o pressuposto imputabilidade, a (presuntiva) condição de capacidade-imputabilidade jurídicas surge sempre metodologicamente pressuposta, em termos processuais, só se colocando em causa quando a incapacidade seja notória ou suscitada pelo próprio agente suspeito, pelo seu defensor ou outros sujeitos processuais. Cabe, porém, lembrar – e mesmo sem aqui se pretender afluorir sequer a questão dos pressupostos bio-psicológicos da inimputabilidade – que, se ocorrer uma situação de superveniente anomalia psíquica posterior à data da prática do facto ilícito típico (e que justificasse um juízo de inimputabilidade naquela data)⁷¹, também o direito terá de encontrar solução, aí se precipitando outro modo da sua *função indexante*⁷².

Todas estas refrações respeitantes à condição ou ao estado das pessoas-agentes-suspeitos carecem, em igual medida, de inequívoca demonstração processual, quer dizer, carecem, de igual modo, de prova. Elas relevam também jusprobatoriamente, fazendo parte do mesmo universo da “verdade material”, no sentido de serem, igualmente, factos a carecer

⁷⁰ Mas, mesmo que se entenda estar assinalada à aplicação da pena uma finalidade exclusiva ou eminentemente retributiva, a sua extemporânea execução perde a sua eficácia e legitimidade simbólica. Não pretendemos, com estas observações, aplaudir qualquer programa, mais ou menos explícito, que sufraga uma Justiça em “*real time*”, decorrente do que, noutro contexto, COSTA ANDRADE já designou de “*Política Criminal à flor da pele*”. A Justiça e os *Media* têm – e devem continuar a ter –, ritmos, ritos e modos procedimentais autónomos, conquanto a celeridade processual – não sendo um fim em si mesma – deva ser um valor a aperfeiçoar.

⁷¹ Note-se que o art. 20.º do CP apenas reconhece o estado de inimputabilidade a quem «(...) quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação», não tratando do mesmo modo a ocorrência superveniente de anomalia psíquica, apenas equiparando os seus efeitos penitenciários (cfr. artigos 104.º e ss. do CP).

⁷² As suas consequências poderão, então, variar consoante o resultado da avaliação da “perigosidade” do agente: sendo considerado perigoso, será determinada a modificação da execução da pena (p. ex., pelo internamento); não o sendo, poderá o tribunal suspender a execução da pena até cessar o estado que fundamentou a suspensão, dada a insuscetibilidade de o agente se influenciado com a execução da pena, para além de se haver perdido qualquer viabilidade de ressocialização.

Face ao § 20.º do StGB, norma idêntica ao art. 20.º do CP português, JESCHECK refere que «o julgamento da capacidade de culpa é uma questão jurídica cuja resolução cabe ao juiz, embora, por regra, só com a ajuda do perito seja possível ao jurista decidir» (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed., Editorial Comares, Granada, 1993 p. 399).

de demonstração. Não será, assim, legítimo ao Estado, ao procurar determinar a verdade processual e estabelecer a responsabilidade criminal, descurar esses factos concernentes à pessoa do agente e ignorar os adequados procedimentos probatórios.

Neste percurso, pode surpreender-se um aparente paradoxo, qual seja o da circunstância de *a mesma pessoa* ter praticado um facto ilícito típico criminoso, e ter sido condenado, pela sua autoria (consumada ou tentada), numa pena, e, ulteriormente, com base num juízo sobre o estado das faculdades mentais, vir a ser a pena suspensa, modificada ou convalidada para outra reação penal, ou seja, para uma medida de segurança de internamento, comprovando-se a perigosidade. Apesar de se tratar ainda da mesma pessoa, será exigível que o Direito reformule o seu olhar de forma diferenciada, em atenção à sua superveniente e distinta condição ou estado de saúde psíquica⁷³.

Em todas estas hipóteses, afinal, a *mesma* pessoa pode ser *mais do que uma* pessoa, no sentido em que é destinatária de normas jurídicas diferenciadas, de acordo com a sua concreta e mutável condição humana, de acordo com o seu – sempre evolutivo e contingente – estado de saúde (física ou psíquica).

Numa das possíveis abordagens onto-antropológicas, o Homem é considerado integralmente – não segmentadamente – para o Direito, nas relações jurídicas que estabelece, de forma individual e de forma meta-individual ou trans-individual, ao aparecer nas relações jurídicas concretas integrado num todo coletivo ou sem identificação, para além de outras, como as suas dimensões biológica (o corpo humano, a estrutura zoomórfica) e psíquica (o pensamento, os sentimentos e emoções, a criatividade, o espírito ou a dimensão espiritual). No decurso do nosso estudo, privilegiaremos naturalmente a primeira destas duas últimas aceções, sem menosprezar a importância das restantes, antes convocando-as sempre que necessário para equacionar a necessidade de uma tutela jurídica integrada que considere o corpo na sua totalidade, não se circunscrevendo aos aspetos mais imediatamente físicos ou sensoriais, nomeadamente quando se discutir a noção de corpo como bem jurídico.

⁷³ Sobre a situação em Espanha, cfr., por todos, JORGE VIZUETA FERNÁNDEZ, «El Trastorno Mental Grave apreciado después de dictarse Sentencia Firme - El art. 60 del Código penal», *RECPC*, 09-04 (2007); acessível em: <http://criminet.ugr.es/recpc> (arq). J. CONDE CORREIA, *O «Mito do Caso Julgado» e a Revisão Propter Nova*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 324 (nota 580), 399, 535 e 579.

1.3. A integridade pessoal corpo e mente/espírito: uma incidível dualidade?

A metafísica do corpo se entremostra nas imagens. A alma do corpo modula em cada fragmento sua música de esferas e de essências além da simples carne e simples unhas.

Em cada silêncio do corpo identifica-se a linha do sentido universal que à forma breve e transitiva imprime a solene marca dos deuses e do sonho.

Carlos Drummond de Andrade, *Metafísica do corpo*

A coisa mais importante de todas é que o corpo é o apoio para a mente. Não seria possível haver uma estrutura mental se não houvesse uma estrutura corporal.

António Damásio (DNa 19-12-2003)

...o meu corpo é o meu espírito e todavia posso pensar-me espírito como não sendo corpo, podemos pensar espírito sem a condição de um corpo, como o sabemos das obras que o passado nos legou.

Vergílio Ferreira, *Invocação ao meu corpo*

A natureza da personalidade humana é o resultado da combinação unitária e intersolidária de duas vertentes que têm sido sucessivamente cunhadas de forma diversa⁷⁴, mas que se reconduzem à dicotomia corpo/espírito.

A discussão dos problemas da identidade ou da natureza humanas vêm normalmente associadas às questões do *dualismo* corpo/espírito – em que o corpo físico (humano) convive com uma dimensão de espiritualidade (alma, espírito, mente) da pessoa, em qualquer caso, uma dimensão imaterial – e do *fisicalismo*⁷⁵, que pretende radicar a existência de uma dimensão

⁷⁴ Por intercessão dos discursos mágico-simbólicos, religiosos ou filosófico-metafísicos, produzidos ao longo da História, podem surpreender-se, entre outras, as expressões dicotômicas, como «carne-alma», «corpo-alma», «corpo-espírito», «corpo-mente». Mais do que uma questão semântica, a apresentação dessas duas dimensões da pessoa humana é um reconhecimento quase consensual, da coexistência das mesmas, o que as faz incorporar-se nos discursos religiosos, filosóficos e científicos atuais. Além da designação «espírito», outras têm, na verdade, sido ensaiadas, resistindo aquela mais do que qualquer outra. Poderia, aqui, propor-se, para significar a dimensão espiritual da pessoa, o termo “incorpóreo” ou “não corpóreo”, “imaterial” ou “mental”. Todavia, parecem-nos ser termos que não comportam todos os significados possíveis das dimensões não corporais da pessoa humana – desde logo se conjugando negativamente (*in-*; *não-*), o que, desde logo, limita o sentido –, pelo que continuamos a preferir o recurso à expressão «espírito».

⁷⁵ O recuso ao neologismo deve-se à ausência de melhor tradução do conceito filosófico *Physicalism*, glosado por filósofos anglo-saxónicos, nomeadamente por SHELLY KAGAN, em *Death*, Yale University Press, 2012.

não material (através de sensações, sentimentos, convicções, criatividade) em *inputs* mediados ou gerados pelo corpo, negando a existência da autonomia de uma tal dimensão humana.

Ao equacionar o problema da dicotomia «corpo/mente», António Damásio considera-o como um dado fundamental para compreendermos o que somos. Para muitos filósofos e cientistas, porém, esse problema é tido ou como um falso problema, ou como problema que já se acha resolvido. Poucas respostas satisfazem a maioria dos que refletem sobre a – eventual – distinção entre as “substâncias” que compõem o corpo e a mente⁷⁶. Só com a inclusão na agenda científica a investigação da consciência⁷⁷, principalmente na última década do séc. XX, os estudiosos do tema puderam começar a perceber de forma mais aguda, os novos contornos que o problema pode passar a assumir.

No início do séc. XX, o filósofo Max Scheler⁷⁸ refletiu sistematicamente sobre a questão da identidade do Homem, no contexto da filosofia clássica, bem como no quadro do evolucionismo de feição darwiniana, considerando que, relativamente à identidade biológica, há uma hierarquia quantitativa, de grau, entre o homem e as outras espécies animais, enquanto no tocante à identidade pessoal se manifestaria uma diferença qualitativa, essencial, que o distingue de todos os demais seres. De algum modo, harmonizar-se-iam convergentemente no Homem os atributos da natureza e do espírito.

Todavia, a corporalidade – ou, para simplificar, a dimensão física ou corporal da pessoa – consubstancia-se sempre como o referente para demonstrar a existência das dimensões intangíveis da personalidade, seja ela designada de *espírito*, de *mente*, de *alma*, de *energia vital* ou outra.

Em rigor, só logramos conceber a dimensão de espiritualidade a partir do corpo, *maxime* do cérebro⁷⁹.

Mas, a percepção do âmbito extra-sensorial – que escapa à apreensibilidade dos sentidos ou dos instrumentos de medição e monitorização – das realidades não físicas ou espirituais, não se faz de forma puramente especulativa ou divinatória. Ela resulta de experiências corporais autênticas, ainda que avulsas, escassas e espontâneas, que revelam esses outros níveis de projeção e manifestação da natureza humana.

⁷⁶ *Ao Encontro de Espinosa. As Emoções Sociais e a Neurobiologia do Sentir*, Publicações Europa-América (Forum da Ciência), Mem Martins, 2003, p. 207.

⁷⁷ A *consciência* sempre foi o objeto nuclear colocado no pensamento de Espinosa. A. DAMÁSIO não equipara consciência a mente; consciência seria o processo que enriquece a mente com a possibilidade de saber da sua própria existência – «o si» – e dos objetos que a rodeiam. Por isso, DAMÁSIO só faz equiparar como sinónimos *consciência* e *mente consciente*.

⁷⁸ *Die Stellung des Menschen im Kosmos* (1929), trad. para francês de M. Dupuy, Aubier, Paris, 1951.

⁷⁹ Sintomaticamente, no domínio das neurociências, a literatura científica distingue quase sempre corpo e cérebro, porque centra o objeto do seu estudo no funcionamento das estruturas cerebrais; todavia, no contexto da presente investigação, uma tal distinção pode não assumir contornos tão nítidos, uma vez que assimilamos o cérebro, enquanto órgão, na consideração da totalidade do corpo, realidade globalmente contraposta ao espírito.

Estamos, por isso, em crer que a experiência da corporalidade não se opõe à da espiritualidade, antes, lhe é complementar.

Se é certo que se tem entendido estar superado o célebre dualismo cartesiano⁸⁰ “substância pensante” (*res cogitans*) – que traduz a realidade do sujeito pensante – e “substância extensa” (*res extensa*)⁸¹ – significando a realidade material do corpo –, não menos certo é que se têm tentado afirmar outras propostas de dualismo ou de simbiose categorial entre as duas dimensões da personalidade⁸². Estas dimensões são – sabêmo-lo todos, mais ou menos empiricamente – a dimensão do «corpo biológico» ou «animal», o qual é suscetível de manipulação utilitária (com as inerentes questões bioéticas), e a dimensão do «corpo pessoal», que apenas obedece à lógica dos impulsos da vontade individual, dos afetos e emoções subjetivas e de interesses privados⁸³.

Com isto não se ignora que outras manifestações de dualidade são concebíveis, no tocante à completa compreensão da totalidade da natureza humana, como p. ex., as dualidades «emoção/razão», «coração/cérebro (cabeça)» e «intuição/razão», conclusões que derivam de pesquisas mais recentes da neurobiologia relativas à determinação dos limites da razão e do inconsciente⁸⁴.

Mas podem também surpreender-se outras visões interpretativas que deixam perceber como o corpo deixou de ser um genérico corpo «único e absoluto», para passar a ser, de acordo com as conveniências e interesses circunstanciais, um «corpo-emoção», um «corpo-

⁸⁰ O qual, nas *Méditations métaphysiques* já exclama «Je ne suis point cet assemblage de membres que l'on appelle le corps humain».

De recordar, a este propósito a tese defendida por JOSÉ GUSMÃO RODRIGUES, em «There Are no Good Objections to Substance Dualism», ensaio premiado pelo Royal Institute of Philosophy, em 2014, no qual o autor sustenta a inexistência de argumentos concludentes para a rejeição da construção cartesiana, face aos dados científicos atualmente disponíveis. A construção cartesiana sobre as relações entre a mente e o corpo – R. DESCARTES defende que são duas coisas distintas, «a mente não é o cérebro» – não pode rejeitar-se, mesmo à luz do estado atual da Ciência, e tem de continuar a ser uma «(...) hipótese em cima mesa, para ser trabalhada» (cfr. *Público*, de 31-02-2014).

⁸¹ Relegando a questão mais transcendental da definição de *Deus* para a categoria da substância *infinita* ou de *res infinita*, a qual, enquanto *causa sui* (causa de si mesma), originava as substâncias finitas (*res cogitans* e *res extensa*).

⁸² No seu *Tratado do Homem*, escrito em 1632, DESCARTES apresenta o corpo a partir do modelo de “machina”, executando as suas funções pela disposição das respetivas partes, como «os relógios, as fontes artificiais, os moinhos e outras máquinas semelhantes», tese que retoma em *As Paixões da Alma* (escrito em 1645-1649, mas publicado apenas em 1649). O filósofo adota, aliás, um modelo de relação mecanicista entre corpo e alma, ao atribuir a génese desta à glândula pineal, situada no cérebro. A união entre *corpo* e *alma*, duas “substâncias”, não resultaria numa mera justaposição, mas numa confusão em uma terceira substância.

Lembra-se, a propósito de tentativas de demonstração da materialidade da *alma*, a tese não cientificamente comprovada, de DUNCAN MACDOUGALL, físico americano que, numa pesquisa de 1907, se propôs provar a existência da alma humana, através do registo da perda de uma pequena massa corpórea, calculada em 21 gramas (equivalente à “perda da alma”) imediatamente após a morte. A hipótese não obteve confirmação, sequer pela comunidade científica contemporânea. Em 2003, Alejandro González Iñárritu realizou o filme «21 gramas», cujo título encerra uma homenagem poética à referida tese.

⁸³ Assim, GIOVANNI CHIMIRRI, *Psicologia del Corpo – Materialità, Spiritualità e Moralità dell'uomo*, Armando Editore, Roma, 2004, pp. 17-18. No desenvolvimento do texto, acompanhamos de perto as considerações do Autor sobre as fórmulas de contraposição ou imbricação das categorias corpo/alma.

⁸⁴ Para uma mais abrangente visão da temática, cfr. EDUARDO PUNSET, *El Alma está en el Cerebro – Radiografía de la Máquina de Pensar*, cit., pp. 54-61.

prazer», um «corpo-dor», um «corpo-função», um «corpo-instinto», um «corpo-razional», um «corpo sujeito», um «corpo-objeto», um «corpo-imagem», entre outros⁸⁵.

Se na Grécia antiga, designadamente em Aristóteles, a alma «faz-nos viver, sentir, pensar» e para os pensadores do Renascimento e da Idade Moderna é expressão da parte espiritual do Homem, que convive com o corpo físico, essa partícula do *Todo*, da *Sabedoria Universal*, tem a virtualidade de animar um determinado corpo físico e de persistir para além da sua morte, podendo voltar a animar sucessivamente outros corpos físicos.

Mais tarde, o pensamento filosófico-religioso de matriz cristã evoluiu para uma conceção de unidade do *ser* que é, ao mesmo tempo, e no espaço único de cada pessoa, corpo e espírito. Um corpo que é humano (e não apenas animal) revelando-se nas manifestações do espírito. Esse espírito, que é humano, manifesta-se através de uma forma corporal e biológica, que é humana (e não de outra ordem). A relação entre corpo e espírito não se traduz nem se deixa apreender em explicações formais ou físicas, é categorial e do domínio transcendente.

Os avanços das ciências e da tecnologia da saúde no séc. XX permitiram ousados aprofundamentos no domínio do conhecimento do corpo físico, mas obnubilaram quase por completo a dimensão não corpórea do ser humano: a vida do Homem passou a ser explicada quase exclusivamente por interações dos sistemas neuronais e hormonais, a partir de um determinante genético.

Todavia, alguma aproximação pode ser ensaiada no que concerne aos entendimentos mais primitivos sobre as noções de alma ou de espírito e a que, essencialmente, na segunda metade do séc. XX, a neurobiologia permitiu desvendar sobre os mecanismos da consciência, concretamente o circuito hipocampo-mamilo-tálamo-cingular, indispensável para a memorização a curto prazo e, acessoriamente, a longo prazo, através da utilização do córtex parietal e temporal⁸⁶. Conclui-se que a consciência não reside numa área determinada do cérebro, mas as suas funções ativam determinadas áreas preferenciais dele, o qual parece ser o centro gestor da vivência subjetiva, organizando e dando sentido e significado ao conjunto de fenómenos comportamentais, controlando os processos neurofisiológicos que ocorrem no cérebro, no sistema nervoso e em todo o corpo físico.

⁸⁵ Também em sede linguística, o corpo assume *nuanças* diferenciadas, de acordo com o idioma; assim enquanto *corps* (inglês e francês) e *Korper* (alemão) indicam uma propriedade objetiva mais estática ou anatómica, os termos *body* (ing.) e *Leib* (al.) já sugerem um significado mais subjetivo e sensorial.

Ao aludir-se, porém, à dimensão não física, são as palavras *atman* (indiana), *ruah* (hebraica) e *psyche* (grega) que, ao designar “respiração”, se voltam nos primeiros significados de uma realidade que procurava explicar a união do corpo e da mente.

⁸⁶ Descobertas só possíveis com o recurso a ressonância magnética funcional e do *PET-scan*, através dos quais se mapearam as áreas cerebrais conexas com os órgãos dos sentidos, com os raciocínios, as emoções e com o estado de diferentes zonas corporais.

O incessante questionamento dos termos da relação de dualidade corpo/espírito aparece como uma quase fatalidade na História do pensamento filosófico e antropológico. Trata-se, no fundo, de procurar definir a essência ou *substância* da natureza e da estrutura do Homem, mas do *Homem com corpo e com consciência do corpo*⁸⁷.

Facto paradigmático do que se acaba de dizer é a tradução que dessa ideia faz o texto constitucional, ao plasmar o desdobramento do direito à integridade pessoal, nas significações *física e moral*.

O espírito humano, enquanto *alteridade*, face ao suporte tangível ou corpóreo da pessoa, é que lhe possibilitam de um modo racional, e metabolizando a energia corporal, assumir as significações pessoais, relacionais éticas, religiosas, culturais, económicas, políticas, bem como espirituais, consigo mesmo, com os outros homens, com o Mundo e, eventualmente, com Deus (ainda que na forma da Sua negação).

Quedando-nos apenas no âmbito da grelha explicativa da tutela dos direitos de personalidade, de acordo com a sistematização ensaiada por Rabindranath Capelo de Sousa⁸⁸ – com a qual nos identificamos –, a componente ou dimensão espiritual do homem pode estruturar-se, por sua vez, em três sistemas: afetivo, cognitivo e volitivo⁸⁹.

Partindo-se de um conjunto de certos bens afetivos, como os sentimentos religiosos, o sentimento geral ou individual de pudor, o sentimento de honra, a sua violação pode importar tutela criminal – nos casos mais graves – ou civil, a qual recai no âmbito da tutela geral da personalidade moral, prevista no art. 70.º, n.º 1 do CC. Assim, é erigida a categoria dos danos afetivos, ao lado dos danos corporais, ressarcíveis em conjunto ou autonomamente, mas só quando a sua dignidade seja merecedora de tutela, por exceder um limite mínimo ética e socialmente suportável.

Por seu turno, no sistema cognitivo inscrever-se-á a tutela das dimensões respeitantes ao entendimento humano, à consciência e conhecimento de factos elementares das relações jurídicas, de forma a preservar a integridade de atuação intelectual, p. ex., ao nível da in/validade de negócios jurídicos, por relevarem aspetos como a idade ou o estado cognitivo do homem. O direito à integridade e autodeterminação cognitiva – que convoca pressupostos

⁸⁷ URBANO MESTRE SIDONCHA aborda com grande profundidade reflexiva a questão metodológica recorrendo ao conceito de “hiato explicativo”, que já fora proposto por J. LEVINE em 1999, como uma possível saída metodológica. Na dissertação de Doutoramento, o Autor propõe uma nova forma, muito husserliana de questionar a relação do corpo com a mente (para ele, *Espírito*), sintetizada assim: «Sou Corpo porque ele é Órgão do Espírito» (*Do Empírico ao Transcendental. A consciência e o problema mente/corpo, entre o materialismo reducionista e a fenomenologia de Husserl*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011).

⁸⁸ Relativamente à qual o Autor propõe que se analise nos seguintes elementos estruturais: “Vida humana”, “Corpo humano e elementos básicos: o somático, a psique e a saúde”, “O espírito e seus sistemas fundamentais: os sentimentos, a inteligência e a vontade” e a “Capacidade criadora do homem e respectivas criações” (*Direito Geral de Personalidade*, cit., 1995, pp. 203 e ss).

⁸⁹ *Ob. cit.*, pp. 229 e ss.

de outras ordens jurídicas, designadamente de direito público, como o direito ao ensino e à educação, à cultura e à informação – esbarra em limitações decorrentes do círculo de tutela de terceiros à reserva e aos segredos.

Em terceiro lugar, o sistema volitivo, que se integra na componente espiritual da personalidade, contende com os aspetos da afirmação da liberdade e autenticidade das declarações de vontade geradoras de efeitos jurídicos negociais, estando a respetiva tutela cometida quer ao âmbito penal (*v.g.* no plano, da punibilidade da ameaça, da coação, da extorsão ou da burla), quer ao âmbito civil (*v.g.* no âmbito dos regimes da invalidade da declaração negocial por erro ou dolo). Assim, a violação ou viciação da vontade, ou o aproveitamento de um estado de falta ou redução da vontade (livremente formada e formulada) atentam contra a personalidade moral do homem, justamente porque a vontade é um dos fundamentos essenciais da dignidade humana.

Enfim, o dualismo antropológico, desde Platão, e as antropologias materialistas/cientificistas apontam para um confinamento da vida e da morte a uma aceção meramente biológica. As dimensões humanas da existência, enquanto manifestações do espírito, não se confundiriam com o corpo. Os pressupostos desta posição apresentam óbices, como já foi sugerido por R. Lucas Lucas, ao referir que «O homem não é um corpo objectivo que está exteriormente ligado ao espírito. O corpo é, primariamente, um corpo humano. Mais do que de corpo-objecto deve falar-se de corpo-sujeito, isto é, de um carácter psíquico do corpo humano, pelo qual cada homem existe no mundo. O mundo existe pelo homem – *espírito no mundo* – enquanto é prolongamento do meu corpo, ou seja enquanto me percebo, indissociavelmente, como espírito *no mundo*». À luz de uma unidade do «homem com o próprio corpo», a morte torna-se acontecimento existencial, não apenas biológico. Por isso, «O homem total, corpo e espírito, inteligência e liberdade, empenhamento e amor, está envolvido na morte»⁹⁰. A morte seria o acontecimento definidor da humanidade do homem total, em que o espírito é indissociável do corpo, podendo e devendo falar-se de morte *humana*.

É a condição corporal, ou corporeidade, que insere o homem no mundo e o liga aos outros e à transcendência, conferindo-lhe uma dupla ontologia da existência corporal: um *ser-no mundo* e um *ser-para-a-morte*. A corporeidade oferece a possibilidade de agir humanamente, ou seja, potencia o significado da existência no mundo, através do domínio sobre o próprio corpo, balizada com a noção da morte.

⁹⁰ «Morte cerebral e morte do homem: a recuperação da morte humana», *Brotéria*, vol. 150, (2000), pp. 217-218.

A constatação de uma incindível unidade ou integridade do homem-pessoa na dualidade aparente do corpo e do espírito (ou mente) pode, quanto a nós, transcender uma conceção estritamente confessional ou espiritual, para ser património intelectual mais abrangente e geral, nessa medida podendo iluminar a consideração jurídica de diversificados aspetos no tocante à produção de prova com recurso ao corpo.

1.4. A relevância jurídico-probatória do corpo em sentido amplo

O corpo pode ser sujeito a intromissões obrigatórias e coercivas e a intromissões voluntárias, com distinto alcance e distintas profundidades e finalidades. As intromissões obrigatórias podem analisar-se, p. ex., em planos indiscriminados de rastreio e vacinação obrigatórios de natureza profilática, em que a ingerência se justifica por interesses comunitários que sobrelevam o interesse da integridade pessoal e nos quais a ofensa é, em regra, insignificante e reversível.

Também razões de segurança coletiva – face a ameaças da criminalidade organizada transnacional e terrorista – se têm afirmado para justificar a obrigatoriedade de suportar intromissões corporais, nos mais variados domínios, como as revistas pessoais e o rastreio imagiológico no acesso a transportes e serviços públicos.

Podemos surpreender manifestações de uma ampla disponibilidade do corpo – que expressam a *liberdade de autodeterminação corporal* – que podem ir desde a inserção de um *piercing* ou de uma tatuagem, passando pela ingestão abusiva de bebidas alcoólicas, ao consumo de drogas ou utilização de doping, até ao emprego do corpo na prostituição ou em processos de transformação morfoanatômica de redesignação de sexo (cirúrgicos e hormonais).

Todas estas hetero e auto-ingerências implicam, tomando-se em consideração as suas consequências, diversas manifestações ou reações jurídicas⁹¹.

As hetero-ingerências – sejam da responsabilidade dos poderes públicos ou de particulares – podem, naturalmente, ser lícitas (caso dos programas de saúde pública de rastreio e de vacinação obrigatórios, sujeição a *scanners* corporais) ou invadir o campo do ilícito, podendo, neste caso, ser cobertas por cláusulas de exclusão da ilicitude (como, p. ex., uma ordem legítima de autoridade, o consentimento do titular do interesse jurídico lesado)⁹².

⁹¹ No que toca às auto-ingerências, algumas podem revestir inteira neutralidade face ao direito – como uma inserção de um *piercing* ou uma tatuagem –, podem ser consideradas numa zona de indefinição – nem lícitas nem ilícitas, como a prostituição –, ou podem assumir específica relevância jurídica, designadamente por serem classificadas como ilícitas e sancionadas, a título contra-ordenacional ou criminal, como no caso da subministração de doping e do consumo de drogas ou da ingestão abusiva de álcool concomitantes com a prática de certas atividades.

⁹² O que é distinto das hipóteses particulares de atipicidade de condutas (v.g. art. 150.º, n.º 1 do CP). Como refere SÓNIA FIDALGO, «(...) a intervenção médico-cirúrgica medicamente indicada, realizada por um médico, com finalidade terapêutica e segundo as *leges artis* não preenche o tipo de ofensa à integridade física. E a intervenção será atípica mesmo nos casos em que falhe nos seus objectivos, isto é, mesmo que agrave a lesão ou a doença ou provoque a morte do

Uma parte preponderante da nossa investigação contenderá, precisamente, com a análise dos limites das hetero-ingerências [públicas] relativamente ao corpo, empreendidas por autoridades processuais de investigação criminal, passíveis de contender com direitos fundamentais no confronto estabelecido com os interesses de aquisição da verdade material e de responsabilização dos culpados.

Sendo distintos e diversificados os usos associados ao corpo, diversos terão de ser, inerentemente, os métodos de abordagem probatória.

Em consequência, também os modos de produção probatória sobre estados ou qualidades a que o corpo é sujeito, e que possam remeter o seu titular para o domínio do ilícito, demandam diferentes abordagens e disciplinas jurídicas, podendo questionar-se *v.g.* se o alcance do direito ao silêncio admitirá um [direito ao] *silêncio corporal*.

Por último, é latente uma aparente contradição – que pode, inadvertidamente, causar uma certa perplexidade – entre o persistente recurso ao corpo do indivíduo como meio de informação probatória privilegiado e o estado de evolução científica em geral, e da sua dimensão forense em particular, no confronto com o que se entende por autonomia individual e corporal da pessoa, a reclamar um quase-direito de *soberania* sobre o corpo. Na verdade, apesar dos formidáveis avanços científico-tecnológicos e da assunção de um estatuto epistemológico de inaudito rigor, as ciências forenses não prescindem de uma necessidade de ingerência – cada vez menos intrusiva, é certo – sobre o corpo, o que pode parecer algo anacrónico no quadro contemporâneo.

As ciências forenses, no âmbito da prova com incidência corporal, auxiliam as autoridades processuais através de meios de prova de cariz eminentemente científico-pericial: exames e perícias científicas. E, no que concerne às ciências da vida, concretamente os seus ramos forenses da biologia e da genética, não se dispõe ainda de instrumentos de sondagem ou deteção que dispensem a ingerência sobre o corpo, mesmo que mínima, indolor e inócua.

paciente». E, mais à frente «A produção de resultados indesejáveis só relevará, entre nós, como ofensa corporal típica quando representar a consequência da violação das *leges artis*» (*Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008, p. 42).

Há que considerar, porém, que nem sempre que há violação das *leges artis* a intervenção constituirá uma ofensa à integridade física, pois torna-se necessário que ela implique uma ofensa no corpo ou na saúde do paciente (arts. 143.º, 144.º e 148.º do CP). De acordo com FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, se «do *error artis* não derivar uma ofensa no corpo ou na saúde do paciente, a conduta do médico não será, por causa daquele erro, criminalmente punível (ressalvada, é claro, a hipótese de punibilidade da tentativa). Se derivar uma tal ofensa, o médico era punível, havendo então a distinguir consoante o crime foi cometido com dolo ou com negligência» («Responsabilidade médica em Portugal», *BMJ*, 332 - 1984, pp. 72-3); de notar que estas considerações se mostram feitas no âmbito da versão originária do n.º 2 do art. 150.º do Código Penal, em que era doutrinariamente aceite a punibilidade do facto a título de negligência. Com efeito, admitia-se, face à redação originária do n.º 2 do art. 150.º do CP, que a conduta fosse levada a cabo por negligência, uma vez que uma das alterações introduzidas pelo art. 2.º da Lei n.º 65/98, de 02-09, foi, precisamente, a de deixar de se fazer referência a *resultar um perigo* para se mencionar apenas a *criação de perigo* (neste sentido, RUI PEREIRA, *O dolo de perigo (contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto)*, Lex, Lisboa, 1995, p. 27 (nota 30) e p. 73 [nota 45] e FARIA COSTA, *O Perigo em Direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, reimp., Coimbra Ed. Coimbra, 2000, p. 536).

O abandono de concepções criminológicas positivistas de finais do séc. XIX e princípios do séc. XX – baseadas em arquétipos metodológico-científicos antropométricos – implicou uma modificação de entendimento do corpo como objeto das considerações de índole punitiva, co-envolvendo as suas múltiplas aceções: dogmático-penais *stricto sensu*, criminológico-penitenciárias e político-criminais, enfim, o que alguns autores vêm traduzindo no conceito global de «Ciência conjunta do direito penal»⁹³. O corpo como objeto direto de análise e de estudo é secundarizado, face a critérios de observação do comportamento criminoso com uma relevância de matriz essencialmente sociológico-comportamental. O corpo é, assim, deslocado do seu lugar central das preocupações ideológicas e morais de épocas anteriores, dos sistemas normativos medievais e do Antigo Regime e mesmo dos períodos que sofreram a influência imediata dos ideais do Iluminismo e da Revolução Francesa, pois ainda aqui se perspetiva o comportamento criminoso como algo que emana de um agente individual, de uma pessoa, cujo *instrumento* que serviu [imprescindivelmente] para praticar o delito era, invariavelmente, o corpo, e, como tal, deveria ser o primordial objeto de investigação – revestindo, ou passando, quase sempre, por formas de tortura – e de reação do sistema sancionatório, através da expiação de penas corporais.

Uma concepção clássica da *ação* criminosa – apenas referida a um comportamento humano, excluindo qualquer viabilidade de *ação coletiva* – confundia-se, assim, com uma modificação do mundo externo, embora reduzido a um mero movimento *corpóreo* do agente, presidido por uma vontade criminosa ou uma atitude imprudente com significado jurídico-criminal⁹⁴.

Mesmo para quem não aceite a superação de um tal modelo – mantendo-se fiel a um paradigma de responsabilidade criminal individual e de insuscetibilidade de punição de entes coletivos –, o mesmo apresentará hoje reais dificuldades de afirmação; por um lado, em face da entretanto assumida regra geral de punibilidade de entes coletivos (art. 11.º, n.ºs 2 a 11 do CP)⁹⁵, e, por outro, face ao advento de novas fenomenologias criminosas potenciadas pelas sempre inovadoras e voláteis tecnologias da informação e comunicação. É claro que as formas

⁹³ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de “Ciência conjunta do direito penal”, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal – Sobre os fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Ed., Coimbra, 2001, pp. 3-31.

⁹⁴ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal - I*, Reimp., Liv. Almedina, Coimbra, 1971, p. 236.

⁹⁵ Considerando que o art. 11.º do CP, após a alteração da Lei n.º 59/2007, consagra ainda uma noção paradigmática de responsabilidade criminal de matriz essencialmente individual, continuando a ser excecional a responsabilidade criminal de entes coletivos, cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, «Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos – Algumas questões em torno do art. 11.º do Código Penal», *RPCC*, Ano 20.º, N.º 1, jan.-mar. 2010, p. 43. Em sentido divergente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, U.C. Editora, Lisboa, 2008, nota 18 prévia ao artigo 11.º e JORGE DOS REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Coletivos – Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, cit., pp. 53-60 (e nota 46).

de execução dos tipos de ilícito nestas áreas de incriminação – potenciadas pelo recurso à utilização de tais meios tecnológicos de informação e de comunicação – não prescindem, de todo em todo, de uma certa utilização corporal do agente criminoso, de um recurso ao substrato material corpóreo desse agente – ainda que mínimo, acidental, acessório, espasmódico ou *virtual* –, não se limitando a uma mera atitude mental (ou *nuda cogitatio*) com um prolongamento de execução tecnológica. O que sucede é que o emprego do corpo no facto delituoso, nestas fenomenologias criminosas, aparece mediatizado pelo recurso a tecnologias de informação e comunicação, que distanciam o comportamento criminoso do seu resultado, quer temporal quer geograficamente⁹⁶. Mas também se poderia ter em consideração o âmbito da autoria mediata, em que o autor mediato pode nunca “surgir” ou “aparecer” no processo de execução do crime, e, menos ainda, no momento e local da sua consumação.

Note-se, contudo, que, mesmo aqui, poderão sempre colocar-se problemas jurídico-probatórios respeitantes ao corpo do agente suspeito, ainda que de forma mais mediatizada ou indireta (pense-se, p. ex., nas questões de identificação e reconhecimento da autoria da voz numa conversação telefónica interceptada, ou no reconhecimento de um suspeito fotografado ou filmado, ou numa tradicional perícia à escrita manual num documento no quadro da preparação ou consumação de um crime de natureza económico-financeira, *v.g.* de corrupção, de participação económica em negócio, de fraude fiscal ou de abuso de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários, ou, até, numa perícia de identificação de perfil genético neste tipo de crimes). Não se terá, aqui, em princípio, como objeto essencial de prova, o corpo do suspeito – ou algumas das suas partes –, e muito menos, a ingerência na sua integridade, mas apenas exteriorizações ou projeções “corporais”, mediatas ou indiretas, da sua conduta.

Assim, ao invés do que se poderia inadvertidamente intuir, a relevância jurídico-probatória do corpo em sentido amplo, não importa apenas à investigação daquelas condutas penalmente relevantes que impliquem de forma essencial e indispensável o emprego corporal do agente para a sua execução – aqui se incluindo, paradigmaticamente os designados crimes de mão própria⁹⁷ –, mas pode também aplicar-se a condutas em que a utilização do corpo não se revista de essencialidade (*v.g.* nos casos de autoria mediata), por ser temporalmente, e até espacialmente, distanciada [do momento e local] da prática do facto.

⁹⁶ Têm-se aqui em mente comportamentos que integram as áreas de incriminação da cibercriminalidade, dos mercados de valores mobiliários, de certas tipologias da criminalidade económico-financeira, que recorrem necessária e preponderantemente, ou exclusivamente, àquelas tecnologias.

⁹⁷ Sobre a questão, em geral, cfr. A. M. ALMEIDA COSTA, «Existe lugar para a categoria dos delitos de mão-própria no direito penal português?», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, orgs.), *Svdia Iuridica - Ad honorem* - 5, 99, t. 2, Coimbra Ed., Coimbra, 2009-2010, p. 233-293.

Nestas fenomenologias delituosas, a ação criminosa é, neste sentido, uma ação mediatizada pela tecnologia, mas não prescinde, em todo o caso, de uma certa forma de corporeidade da conduta do agente suspeito (mediato ou imediato). Logo, suscetível ou passível, de comprovação processual, eventualmente através de ingerências corporais probatórias.

Pensamos que, também por estas razões, surpreendendo-se aqui o que se poderá designar como relevância jurídico-probatória do corpo em sentido amplo, a abordagem das suas implicações não deixará de se justificar nos comportamentos em que o emprego do corpo se revela menos aparente (no sentido de evidente). Serão os casos em que não há *crime de cenário* – em que não há rigorosamente *cenário do crime*, por poder ser cometido através de plataformas informáticas, mediatizado por outras tecnologias de comunicação ou em que o cenário do cometimento do crime é difuso, nele não permanecendo vestígios biológicos que os permitam associar à prática de qualquer facto jurídico-penalmente relevante –, em que, de todo o modo, não sejam observáveis, em concreto, vestígios biocorporais.

Os *crimes sem cenário* ou crimes de *cenário difuso*, são essencialmente os tipos que integram as fenomenologias associadas à criminalidade de cariz económico-financeiro, eventualmente cometidos através de meios tecnológicos informáticos ou de outro tipo, em que a caracterização do respetivo cenário é indiferente, podendo falar-se numa fungibilidade de cenário. Trata-se de crimes em que o cenário pouco ou nada esclarece sobre o modo de execução do delito (o *modus operandi*) ou a(s) característica(s) e identificação da(s) pessoa(s) do(s) seu(s) agente(s)⁹⁸. Nele, não é de esperar que se encontrem vestígios biológicos que forneçam pistas para o esclarecimento e resolução da hipótese criminal. Assim, não fará sentido apelar ao princípio de Locard – ainda que reinventado ou atualizado –, de acordo com o qual toda a (inter)ação humana, todo o contacto do autor de um crime deixa um vestígio [biocorporal] no local (o princípio da troca) da ocorrência⁹⁹.

Em suma, a relevância jurídico-probatória do corpo pode interessar sempre, mesmo que não esteja em causa a expressão de uma manifesta ou evidente corporeidade no processo de execução do facto criminoso.

⁹⁸ Em rigor, na *cibercriminalidade*, o local ou “cenário do crime” é o ambiente difuso do “ciberespaço”. Este conceito de difusão – ou, também, de “desterritorialização” do crime interfere, como é sabido, com os elementos tradicionais de conexão relativos aos critérios de determinação da competência internacional e territorial para o conhecimento da infração.

⁹⁹ Falando de uma reinvenção ou atualização do princípio de LOCARD, de acordo com o qual a gestão criminalístico-forense do local do crime permite «saber cada vez mais a partir de cada vez menos», cfr. CARLOS FARINHA, «Base de Dados - da Amostra-problema à “Amostra-solução”, através da Amostra-referência», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, p. 173. A integração dos novos métodos técnico-científicos das ciências forenses, com a garantia da adequada abordagem e gestão dos locais do crime e com a preservação da cadeia de custódia, potenciam a descoberta de dados através da recolha de elementos cada vez mais vestigiais, permitindo «saber cada mais a partir de cada vez menos».

Neste particular contexto, será de recordar a importância que assume a panóplia dos meios ocultos de investigação e a diversidade de posições doutrinárias e jurisprudenciais que os mesmos suscitam, enquanto manifestação de um certo radicalismo de métodos intrusivos de obtenção e produção de prova, face a um crescente – e doutro modo insindicável e incontrolável – recurso da criminalidade organizada a complexos e sofisticados meios tecnológicos de telecomunicações, e que são utilizados como forma de preparação, execução e encobrimento das atividades delituosas¹⁰⁰.

Há ainda outros domínios – virtualmente mais transversais e aplicáveis à investigação de qualquer área de incriminação – em que pode ser analisada a necessidade de produção jurídico-probatória de algumas dimensões menos evidentes do corpo.

Há aceções da relevância jurídico-probatória do corpo que são tendencialmente abrangentes e não incidem exatamente sobre o alcance da prova do facto jurídico-penalmente relevante: é o que se passa no âmbito da determinação das condições mentais, comportamentais e situacionais da prática do crime, que envolvam a necessidade de ingerências probatórias sobre alguns elementos da personalidade do agente suspeito, através de exames clínicos que careçam de mediação através de instrumentos de mensurabilidade (*v.g.* RX, ECC, RMN, análises de fluidos e tecidos) de certos aspetos corporais, como o diagnóstico de alcoolismo ou de toxicodependência, entre outros. Avultará, nesse contexto, uma outra dimensão jurídico-probatória do corpo, quando haja que proceder à determinação pericial de aspetos da personalidade, das faculdades cognitivas e mentais¹⁰¹ ou das condições pessoais sócio-culturais do agente suspeito que possam ser especialmente relevantes para a valoração normativa e para a apreciação decisória do facto típico ilícito submetido a juízo.

Também nestes contextos, a relevância jurídico-probatória do corpo se tornará, pois, evidente. Neles poderá relevar, sem qualquer exceção de âmbito investigatório – ou seja, relativamente a todos os tipos de criminalidade –, o alcance jurídico-probatório do corpo, na sua dimensão pessoal, mental ou sócio-comportamental. É o que sucede quando se torna conveniente ou necessário determinar o grau de in/capacidade-in/imputabilidade (a perícia psiquiátrica), as características da «personalidade» (a perícia sobre a personalidade) ou mesmo a

¹⁰⁰ Sobre a questão, em geral e em particular sobre a localização celular ou por sinal GPS, as técnicas de IMSI/IMEI – Catcher ou SMS – Blaster, COSTA ANDRADE, «Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)», *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (MÁRIO F. MONTE, Dir. – M. CLARA CALHEIROS – F. CONDE MONTEIRO - FLÁVIA N. LOUREIRO, coords.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 525-552.

¹⁰¹ Preferimos, nesta abordagem aproximativa introdutória, referir-nos assim ao âmbito pericial da avaliação da (in)imputabilidade, para uma mais acessível compreensão do sentido do texto.

indagação sobre as condições pessoais e sócio-económicas do agente-suspeito (relatório social).

Este plano é virtualmente relevante no âmbito da investigação de qualquer espécie de criminalidade, pelo que não será procedente invocar a importância do relevo jurídico-probatório do corpo circunscrito a certos domínios, em que, p. ex., a utilização do corpo seja essencial ou preponderante, desde um ponto de vista do próprio processo de execução-materialização do crime.

Indagar, pois, um significado amplo da relevância jurídico-probatória do corpo, não se poderá, assim, reconduzir à consideração do corpo do “sujeito-agente suspeito” do crime, enquanto repositório de extração ou “revelação” de informação indiciária essencial ou necessária para o estabelecimento da sua responsabilidade-culpabilidade criminal, ou de terceiros. Estaríamos aí no sempre primordial domínio da produção processual de elementos probatórios imediatamente através do corpo – exames, perícias, reconhecimentos, revistas, etc –, em que se podem, todavia, colocar sempre problemas admissibilidade e de valoração.

Com se procurou, porém, demonstrar, a relevância jurídico-probatória do corpo pode conhecer uma dimensão mais ampla do que a estrita relevância processual penal, p. ex., quando se questionem as relações entre a produção e relevância corporal probatória em processo penal e em processo contra-ordenacional ou tutelar¹⁰².

Tais questões assumem particular relevância, sobretudo numa época marcada pela superação do paradigma dual originário direito penal/direito de mera ordenação social – com a progressiva indefinição de fronteiras sobre a natureza dos interesses tutelados por um e por outro, para além da aproximação das consequências jurídicas dos ilícitos de uma e outra espécie – em que, por vezes, o estabelecimento do critério aferidor da dignidade penal é mal explicado ou, pelo menos, mal compreendido¹⁰³. É, por exemplo, o que se passa em matéria de condução rodoviária – e noutras atividades – sob influência de álcool ou drogas e, noutros moldes, com a detenção de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas para consumo próprio.

¹⁰² Os problemas jurídico-probatórios relativos ao corpo podem, virtualmente, colocar-se no âmbito da investigação de qualquer espécie de criminalidade. Mas pode, também, surpreender-se noutra domínio, em que se torne necessário equacionar a estrutura de relações entre o direito tutelar educativo, o direito processual de contra-ordenações e o processo penal.

¹⁰³ Sobre o problema em geral, cfr. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Ed., Coimbra, 2016.

1.5. A relevância jurídico-probatória do corpo em sentido restrito

A anterior exposição habilita-nos a questionar o alcance de um significado jurídico-probatório do corpo, em sentido restrito. Procuraremos, nesta aceção, compreender o âmbito da relevância jurídico-probatória quando verse, de modo direto ou imediato, sobre alguma fração – mais ou menos complexa, mais ou menos profunda, mais ou menos estável – do corpo. Neste sentido, trata-se de procurar extrair alguma conclusão informativa (mais ou menos segura) que se torne essencial ou de elevada importância, relativamente a algum ou alguns factos que possam integrar o facto ilícito típico a perseguir e que se reportem a uma dimensão corporal.

Com o desenvolvimento científico-tecnológico, que revelou a complexidade do corpo até à sua origem – em que a descodificação do genoma é o seu máximo expoente –, o mesmo tornou-se território rico de informação. De informação penalmente relevante. E de que podem ser recolhidas amostras, para análise, comparação e interpretação, com vista à confirmação de uma suspeita da autoria ou para comparação de um ou mais suspeitos da prática de um facto ilícito típico – através de processos de identificação criminal, de ordem arquivística, genético-criminal ou de outro tipo – ou para a determinação de elementos objetivos típicos de certos tipos incriminatórios.

Note-se que o crescente – e inexorável – recurso a novas tecnologias possibilitadas pelos avanços científicos na investigação criminal, culminando na edificação de uma chamada *Ciência Forense*, mais não significa do que o aproveitamento de tais conhecimentos das ciências e disciplinas científicas tradicionais, como a Biologia – essencialmente através dos ramos da Genética¹⁰⁴, da Botânica¹⁰⁵, da Entomologia¹⁰⁶ –, a Antropologia¹⁰⁷, a Medicina¹⁰⁸, a Físico-Química¹⁰⁹ e a Psicologia¹¹⁰.

Mas as hipóteses duvidosas respeitantes ao esclarecimento de problemas probatórios respeitantes ao corpo, colocam-se também no plano das chamadas *Tracing Technologies* ou *Tecnologias Incriminatórias*. Este conceito engloba não apenas as tecnologias de identificação

¹⁰⁴ Essencialmente, através do aproveitamento das descobertas mais recentes no plano do estudo de vestígios orgânicos para determinação de perfis de ADN, através de análise de ADN nuclear, mitocondrial e do cromossoma Y.

¹⁰⁵ Com interesse para o conhecimento do ciclo biológico das plantas, permitindo conclusões sobre a datação da morte.

¹⁰⁶ Meio muito indicado no processo de datação da morte, através do conhecimento do ciclo biológico dos insetos.

¹⁰⁷ Aqui se salientando os conhecimentos para a deteção de locais de enterramento e técnicas mais adequadas para proceder a exumação de cadáveres ou de suas partes.

¹⁰⁸ Coenvolvendo aqui, não só as áreas da Medicina Legal mais vulgarmente concorrentes para a investigação criminal, como a tanatologia, a toxicologia, a avaliação do dano corporal, a psiquiatria forense, mas também áreas distintas, como a neurologia, a cirurgia estética e reconstrutiva e a imagiologia.

¹⁰⁹ Com o seu amplo potencial de aplicação na investigação criminal, desde o estudo de resíduos de disparos com arma de fogo, até à adulteração de marcas e sinais de identificação.

¹¹⁰ Aqui relevando os contributos para a avaliação da credibilidade-genuinidade do testemunho, para a análise neuropsicológica nos casos de abuso (sexual ou de outra natureza) e para a elaboração de padrões de comportamento criminal associado a crimes violentos, por recurso a técnicas de *profiling*.

através de impressões dactiloscópicas ou de perfis de ADN – para recordar aquelas que colhem uma representação de maior visibilidade e fiabilidade no contexto da investigação criminal, dado o seu elevado potencial diferenciador ou identificativo – mas também as tecnologias biométricas de reconhecimento facial, da íris ou da voz, cujo potencial de devassa, conjugado com as tecnologias de identificação de dados biométricos e de localização celular, térmica ou eletrónica, podem reduzir o corpo da pessoa a mero instrumento, vulnerável e sem resguardo possível, face a instrumentos e práticas potencialmente atentatórias de valores imanescentes à dignidade da pessoa humana, por parte do Estado ou de terceiros¹¹¹. O que deve suscitar uma tomada de consciência no sentido de que, se tais tecnologias se apresentam como sedutoras, dado o grau de probabilidade/certeza e fiabilidade dos seus resultados, por isso mesmo, quando a sua utilização possa implicar a responsabilização criminal de uma pessoa, impõem especiais cautelas e, eventualmente, limites na sua aplicação e valoração.

O corpo da pessoa volve-se em repositório de informação jurídico-processualmente qualificada; quer se procure estabelecer a identificação do agente de factos ilícitos típicos, quer quando o suspeito da sua prática oculte no seu corpo o objeto ou produto de um crime, quer quando a presença de uma determinada substância no corpo integra, por si mesma, um elemento típico de um facto criminoso, quer quando as características físicas da pessoa são o aspeto crucial a determinar ou quando os vestígios a examinar a analisar se tenham fixado no corpo de uma pessoa.

Numa dimensão restrita da relevância jurídico-probatória do corpo, podem isolar-se, assim, duas vertentes essenciais: por um lado, uma finalidade essencialmente identificativa ou de avaliação da (in)imputabilidade e da perigosidade, pontificando, aqui, o paradigma de identificação genético-criminal – através da análise do perfil genético – e os contributos da psiquiatria e das neurociências; por outro lado, a determinação do teor proibido de substâncias no organismo – associadas a certas atividades – ou a detenção corporal de substâncias ou objetos absolutamente proibidos, enquanto elementos objetivos típicos de incriminações.

Em todas essas hipóteses é conveniente, por vezes indispensável, a ingerência sobre o corpo do suspeito ou agente do facto ilícito típico, da sua vítima ou até de terceiros, como meio de alcançar-se uma “certeza processual”, peça de uma totalidade factual cuja reconstrução histórico-judicial se procura fazer da forma mais aproximada possível à realidade,

¹¹¹ Cfr., sobre o tema, HELENA MACHADO - BARBARA PRINSACK, *Tracing Technologies. Prisoners' Views in the Era of CSI*, Ashgate, 2012 (em Portugal *Tecnologias que Incriminam – Olhares de reclusos na era do CSI*, Almedina, Coimbra, 2014).

pressuposto teleológico que preside ao processo penal contemporâneo: a descoberta da verdade material, de uma forma processualmente válida.

Comparam-se e analisam-se vestígios biológicos relevantes de natureza diversificada, estudam-se características de proveniência e identidade genética, de traços de personalidade, enquanto procedimentos necessários, porventura indispensáveis, ao estabelecimento de uma certeza processual.

A procura de tais elementos probatórios, será, em princípio, possibilitada pelo recurso a meios de prova típicos – *v.g.* perícias, exames ou exames periciais – para a obtenção de determinado resultado, num certo sentido, e que se mostram especialmente idóneos à demonstração dos factos, atendendo ao seu estatuto epistemológico (o seu grau de validade, idoneidade ou, mesmo, *infalibilidade*). Procurar-se-á, ainda, estabelecer o âmbito de relevância processual probatória do corpo, a produzir de forma típica ou atípica¹¹², mas em que o mesmo surge com um significado mais preciso ou próprio.

Os propósitos de identificação sistemática e classificatória de criminosos, enquanto objeto de preocupação crescente dos Estados, evoluem pelo menos desde meados do século XIX. Começou, então, a mobilizar-se o recurso sistemático às ciências da vida e à antropologia – então ainda dentro de paradigmas positivistas – propondo-se observar, medir, mapear e resenhar o corpo dos presuntivos (e reais) delinquentes, segundo uma matriz eminentemente social, em que o crime era considerado um desvio moral ou uma enfermidade social. Os delinquentes eram, à partida, pertencentes a camadas da população socialmente desfavorecidas e excluídas e, por via de regra, confirmavam os estereótipos da antropologia criminal e do perfil de «homem delinquente» de então, que os estudos da «Escola positiva do direito penal» de C. Lombroso e Garofalo, bem como os contributos de E. Ferri, Corre, e Lacassagne, entre outros, divulgavam, como sendo impulsos caracteriológicos – mais do que comportamentais – insuscetíveis de prevenção, irresistíveis e irrecuperáveis¹¹³. Eram os indivíduos dessas classes que predominantemente compunham o acervo principal dos registos de identificação de criminosos.

¹¹² Sobre a distinção entre «provas típicas» e «provas atípicas», cfr., desenvolvidamente, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «Legalidade da prova e provas proibidas», *RPCC*, Ano 21.º, N.º 4, out.-dez. 2011, pp. 561-569 e MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da Prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., 2003, pp. 1387-1421.

¹¹³ A noção de uma descrença estrutural na recuperação do delinquente, moldado por características atávicas e hereditárias, está bem presente num estudo publicado em 1893, denominado *As mais recentes descobertas e aplicações da psiquiatria e antropologia criminal*, em que é expressa a ideia de que «(...) para os delinquentes-natos adultos não há muitos remédios; é necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos».

Os crimes eram comportamentos anti-sociais contra uma ordem burguesa estabelecida, cometidos por indivíduos *doentes*, materializando-se, além dos valores fundacionais da vida, integridade física e património, religiosos ou de defesa da ordem estadual, na vagabundagem, na prostituição, na mendicidade, no alcoolismo, no jogo ilícito, os quais se encontravam estreitamente associados a estratégias de sobrevivência ou de afronta das camadas sociais desfavorecidas. Eram condutas genericamente catalogadas como desvios contra os “bons costumes” de um sistema político-social – e de uma sociedade – estigmatizante e pouco interessada na inclusão.

O corpo de tais delinquentes era o mais resenhado nos ficheiros das polícias e das prisões, sendo a admissão de delinquentes de outros estratos sociais uma exceção, motivada quase sempre por crimes de natureza passional ou política. A posição e estatuto do corpo do agente suspeito no processo penal tem, pois, vindo a readquirir protagonismo – face à perda que sofreu após o paradigma positivista – precisamente com o recurso aos meios de prova técnica e científica, incidentes sobre os mais variados domínios corporais do agente suspeito.

Muito antes dos avanços prodigalizados pelos meios de identificação através da Genética Forense, em particular pela identificação através dos perfis de ADN, das técnicas de imagiologia, dos meios de interceção e de registo de comunicações à distância, entre outros, já anteriormente os sistemas processuais probatórios haviam sofrido diversas influências decorrentes das inovações técnico-científicas coevas; basta pensar nos avanços no campo investigatório da Medicina Legal, potenciados pela Química (sobretudo, a Toxicologia), pela Física (a Ótica, a Mecânica), pela Biologia Celular, pela Hematologia, para se considerar que o impacto dos avanços técnico-científicos não constitui exatamente uma novidade. O que certamente constituirá novidade, é a natureza e o alcance do impacto que os avanços científico-tecnológicos mais recentes podem implicar no sistema processual probatório penal.

Esses métodos evoluíram para técnicas de identificação mais apuradas, em resultado dos extraordinários avanços em praticamente todas as áreas científicas, como a lofoscopia (identificação por impressões de desenhos do rosto, pés e mãos de cada indivíduo, essencialmente com recurso ao registo de cristas dermopapiliares dactiloscópicas) ou a antropometria (identificação por registo de medidas físicas do corpo humano).

Esses novos contributos aportam agora uma marca, não apenas de elevado grau de probabilidade ou certeza técnico-científica, mas de uma quase infalibilidade, remetendo para um superior patamar de validade epistemológica os meios probatórios alcançados com o recurso aos mesmos, que se vêm a traduzir num estatuto de inquestionabilidade de tais métodos. Para além disso, a neutralidade científica, pressuposta num método de identificação

individual-criminal, como o de determinação do perfil de ADN por marcadores, pode conduzir, como alguns autores referem, a uma apropriação ideológica e sistemática do discurso e da *praxis* da investigação criminal. A esta *colonização ideológica* do discurso jurídico-político pela afirmação da validade científica da perícia de ADN, que justifica a implementação de leis e de práticas crescentemente mais securitárias e repressivas, adscreeve-se a ideia de uma alteração do sistema de justiça criminal. Dessa forma, são secundarizadas preocupações com aspetos atinentes à motivação do comportamento criminoso, à des/inserção social do agente, ao tipo subjetivo demonstrado na atuação típica e ilícita (*mens rea*), a circunstâncias eventualmente excludentes da culpa ou da ilicitude, para se centrar em questões atinentes a estados físicos e biológicos, em suma ao corpo do imputado¹¹⁴. Donde, a deriva para uma compreensão de tais tecnologias e métodos científicos que prescindem de um juízo crítico – humano – característico da necessária (e indispensável) intervenção dos agentes processuais judiciais (magistrados, advogados, jurados), para se centrarem na hipervalorização e quase imprescindibilidade do papel do perito científico.

É certo que Saks e Koehler¹¹⁵ já alertaram para a mudança de paradigma que a perícia de ADN implicou, ao significar uma transição revolucionária de uma fase «pré-científica» para uma «fase científica» [expressão dos autores] da genética forense¹¹⁶.

Alguns Autores chegam a identificar as técnicas de identificação por perfis de ADN como o *holy grail* do nosso tempo¹¹⁷, enquanto outros, numa fase “festiva” e de algum deslumbramento, viram nelas a nova “rainha das provas”¹¹⁸.

Tal mudança – apesar de se reconhecer como muito significativa – não traduz, contudo, uma revolução nas metodologias de investigação criminal, uma vez que, em primeiro lugar, as técnicas de ADN são utilizadas em aspetos parcelares desta atividade e, em segundo lugar, por pressuporem sempre a intervenção humana no tocante à manipulação, interpretação e valoração dos resultados dos exames periciais realizados. Por outro lado, ainda, não se deve descurar a eventual colocação de objeções à infalibilidade dos métodos – que, como qualquer

¹¹⁴ No contexto e economia do estudo utilizaremos a discutível noção de *imputado*, significando indistinta ou abrangentemente, as condições processuais de “suspeito” ou de “arguido”; apesar do termo ter mais tradição no ordenamento processual penal espanhol, de acordo com a exposição de motivos do Borrador de Código Procesal Penal pretende-se-á substituí-lo pelo termo “encausado”, dada a sua maior neutralidade.

¹¹⁵ MICHAEL J. SAKS – JONATHAN J. KOEHLER, «The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science», *Science*, 5 August 2005: Vol. 309 – N.º 5736, pp. 892-895.

¹¹⁶ No relatório elaborado pelo Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, do National Research Council, intitulado “*Strengthening Forensic Science in the United States*”, em 2009, nos EUA, veio proclamar-se que «*With the exception of nuclear DNA analysis, ...no forensic method has been rigorously shown the capacity to consistently, and with a high degree of certainty, demonstrate a connection between evidence and a specific individual or source*».

¹¹⁷ É o caso de CAROLE MCCARTNEY, *Forensic Identification and Criminal Justice, Forensic science, justice and risk*, William Publishing, 1st Ed., 2006.

¹¹⁸ Questionando criticamente os novos métodos de identificação criminal através de perfis de ADN, cfr. JOËLLE VUILLE, *L'ADN, reine des preuves ou roi des canulars?*, Editions L'Hèbe, Grolley, 2011.

(novo) método científico, produz resultados não isentos de incerteza, admitindo sempre a contaminação do processo pericial ou erros de interpretação, e de nem sempre as «amostras biológicas» analisadas revestirem a necessária qualidade –, para além de se ter de admitir sempre a possibilidade de descoberta de outros métodos probatórios de idêntica ou superior eficiência e validade científica e que neguem os anteriores resultados.

Problema que se torna particularmente denso, ao equacionar as exigências probatórias e de integridade e eficiência da investigação criminal, no confronto com os princípios matriciais de um sistema processual moderno, da presunção de inocência, do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação, em relação às hipóteses de ingerência corporal, nomeadamente nas técnicas de manipulação de ADN, relaciona-se com as questões – recorrentes no tratamento destas matérias –, do consentimento e da [necessidade e justificação da] coercibilidade, para extração de material biológico com suficiente quantidade e qualidade¹¹⁹.

Importa, contudo, debater as modalidades pelas quais essa entidade biológica – o ADN – é transformada em objeto de manipulação, de conhecimento e de controlo.

Apesar da superação de uma fase inicial de euforia ou deslumbramento com o potencial da Genética aplicada aos contextos forenses e, especialmente, à investigação criminal (*Genética Forense Criminal*), a perícia de determinação do perfil de ADN continua a ser predominantemente encarada como uma tecnologia praticamente infalível de identificação de indivíduos, assumido alguns autores mesmo que se trata do *padrão de ouro para a identificação*¹²⁰ nas sociedades contemporâneas, não obstante o (sempre admissível) grau de incerteza e fragilidade que as suas aplicações podem comportar.

Pode, quiçá, intuir-se – não sem algum risco de equívocos interpretativos pelo exagerado simbolismo da expressão – que se poderá estar no limiar de um novo paradigma processual de produção e valoração de *prova tarifada*. Com um risco: o de se poder descuidar todo um esforço sustentado de produção de prova sobre o enunciado essencial dos factos a

¹¹⁹ O confronto, muitas vezes delicado, entre as práticas corporais probatórias no quadro do processo penal e os direitos fundamentais, assumem configurações melindrosas. Entre os direitos que uma atividade corporal probatória pode afetar, assumem protagonismo o direito à presunção de inocência e o direito à não auto-incriminação, que lhe é derivado, podendo considerar-se menos relevante uma eventual colisão entre os interesses prosseguidos pela investigação e o direito à dignidade ou integridade pessoal, ou à reserva da intimidade ou à liberdade, cuja tutela sempre encontraria formas alternativas.

¹²⁰ LINCH, M. *et al.*, *Truth Machine. The Contentious History of DNA Fingerprinting*, Chicago, University of Chicago Press, 2008. Para COLE, o ADN representa uma espécie de «miraculosa demonstração do poder da ciência para atingir a verdade», *Suspect Identities: a History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Harvard, Harvard University Press, 2002, p. 169.

provar, e não apenas sobre algum dos factos acessórios ou sobre a relação de verosimilhança da ligação entre estes e os autores daquele¹²¹.

Há que continuar a saber distinguir entre atividade probatória global e prova – ou modos de produção de prova – pericial. A primeira é empreendida pelos investigadores; a segunda é apenas uma modalidade da primeira, levada a cabo por peritos, intervenientes processuais a quem a lei reconhece qualidades especiais em atenção aos seus qualificados conhecimentos em matéria técnica, artística ou científica. Todavia, a atividade global de avaliação probatória, de forma processualmente permitida, continuará sempre deferida aos decisores processuais.

1.6. Um novo paradigma probatório em processo penal?

A prova corporal, nos casos em que haja necessidade de uma ingerência corporal mais profunda ou intensa, é feita preponderantemente por recurso a meios de prova científico-pericial, um tipo de prova normalmente (e crescentemente) subtraído aos conhecimentos e competências das autoridades processuais que as solicitam, avaliam e se pronunciam sobre os seus resultados e conclusões¹²².

A iliteracia e falta de conhecimentos materiais específicos – essencialmente no campo da medicina, da biologia, da genética forense, da biotecnologia – por parte dos decisores processuais, estende-se à própria preparação para a avaliação da idoneidade e adequação das instituições ou das pessoas que realizam as perícias, as metodologias utilizadas e os raciocínios e ponderações estatísticas empregues para alcançar as conclusões periciais, normalmente expressas em relatórios, de acordo com a formulação de quesitos. O saber científico, que entrou em força no direito penal – aqui tomado na sua aceção global de *ciência conjunta do direito penal*, envolvendo, portanto, o direito processual penal –, ditou, porventura, a necessidade de adoção de um novo pensamento jurídico que se acha, todavia, numa fase de efervescência e de pouca densidade teórica, multiplicando-se os debates sobre aspetos aplicativos não despiciendos, como os problemas colocados a propósito do estatuto epistemológico de muitas

¹²¹ Cfr., também, em sentido próximo, a propósito das perícias no âmbito da criminalidade económico-financeira, GERMANO MARQUES DA SILVA, «A criminalidade organizada e a investigação criminal (Nem pactos com o “diabo” nem utilização de meios diabólicos no seu combate)», *I Congresso de Processo Penal – Memórias* (MANUEL GUEDES VALENTE coord.), Almedina, Coimbra, 2005, p. 412, quando refere «(...) tendo essa prova um especial valor probatório, bem pode suceder, no limite, que a decisão assente exclusiva ou quase no laudo dos peritos que, frequentemente são, como tem sucedido na criminalidade económica e financeira, os próprios investigadores. Confundem-se investigadores com peritos e porque o laudo pericial tem força probatória acrescida acabam por ser os investigadores a decidir sobre a culpabilidade! É a subversão total da garantia jurisdicional!».

Distanciamo-nos do tom perentório desta posição, sem, no entanto, deixar de reconhecer, como no texto, os riscos que a especial força probatória – não contraditada nem “contrariada” –, conferida à prova pericial, podem implicar, no sentido de orientar inexoravelmente um juízo valorativo sobre certa realidade processual carente de demonstração.

¹²² Sobre as relações entre Ciência e Direito, cfr. SUSAN HAACK, «Of truth in science and in law», *Brooklyn Law Review*, N.º 73, 2006, pp. 985-1008.

provas e de cálculos de inferência causal e de juízos probabilísticos e inferências bioestatísticas de avaliação das mesmas, no contexto da investigação criminal e em contraste com provas de outro tipo, produzidas no processo¹²³.

O resultado de uma prova científica – advertem os cientistas e os epistemólogos – nunca é isenta de uma margem de erro; configura, sim, uma probabilidade acrescida de confirmação de uma hipótese, mas nunca uma certeza absoluta.

Todas essas considerações se colocam com especial acuidade no campo da aplicação de novos métodos científicos ao âmbito jurídico-probatório sobre o corpo, pois é aí que se surpreendem os primordiais problemas respeitantes à necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos – dada a possibilidade de as aquisições corporais probatórias contribuírem para a auto-inculpação dos imputados –, face aos interesses públicos na prossecução de outros valores, como os da eficácia da investigação criminal e de proteção das vítimas e da sociedade.

A procura da verdade material, no quadro do processo penal, não prescinde do auxílio da ciência, o que, não sendo uma novidade, é, hoje, uma indispensabilidade.

Os problemas a considerar acerca das [paradigmáticas?] modificações de representação e de significado da própria estrutura, etiologia e teleologia processual podem ir desde o papel da intervenção das próprias autoridades processuais (*v.g.* os magistrados judiciais e do MP e autoridades de polícia criminal, dentro das suas esferas de competência), dos investigadores policiais e dos peritos, até à natureza da decisão de mérito final sobre os factos penalmente relevantes, em que se justificará indagar sobre se a uma *decisão* que se pretende *justa ou equitativa*, se sucederá uma *solução “cientificamente exata”*, com um inultrapassável grau de redução (ou supressão) da subjetividade e do arbítrio na metódica de formação da convicção e de fundamentação da decisão.

Importará indagar se, mesmo perante as garantias do princípio do contraditório e de prerrogativas do princípio da investigação, por parte das autoridades processuais, um tal paradigma de sistema processual probatório-científico não implicará que a *justeza da decisão* se confunda, afinal, com a *fiabilidade* dos elementos de *prova científica*.

Cremos, em definitivo, que esse passo é um risco provável, mas indesejável, devendo reservar-se uma margem de aplicação de uma metodologia judiciária que permita corrigir,

¹²³ Cfr. ROCCO BLAIOTTA, «Giudici galileiani per l'inferenza causale», *Questione Giustizia – Bimestrale promosso da Magistratura democratica*, N.º 1 - «Bioetica: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013, pp. 57-66. Para uma visão abrangente dos problemas respeitantes às interferências entre Ciência e Direito, cfr. SHEILA JASANOFF, *Science at the Bar. Law, Science and Technology in America*, A Twentieth Century Fund Book, Harvard University Press, 1995, e MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial», *RCEJ*, N.º 3 – 2.º Semestre 2005, pp. 169-226.

suprir, ou, mesmo, contrariar o unilateralismo da pretensão (presunção?) científica de omnisciência, para mais quando se pretende afirmar num contexto de admissibilidade da privação da liberdade ou da afetação do património das pessoas, que a aplicação (e execução) de uma sanção penal reveste.

Uma atitude *reverencial* dos juristas face à ciência é natural, e, até certo ponto, compreensível. Não se acha, realmente, ao alcance da maioria dos juristas – aqui compreendendo os profissionais forenses – a possibilidade de discutir, p. ex., aspetos da genética molecular ou do cálculo probabilístico. Daqui, em nosso entender, surge a imperatividade de uma nova forma de conceber o princípio do contraditório: uma forma mais ampla e global, e não surgir apenas na dialética processual *qua tale* – entre *acusação* e *defesa* –, mas enformar o próprio processo científico-pericial ordenado no processo. A um tempo, uma tal metódica reforça a garantia de defesa do imputado e antecipa problemas de que os decisores jurídicos no processo podem nem ter consciência, fazendo-os incorrer em erros de base científica, que, dessa forma, seriam evitáveis. O que pode implicar uma outra questão, qual seja a de o perito passar a assumir um papel de *co-decisor*, em vez da tradicional qualidade de *auxiliar* do tribunal. A relação de equilíbrio entre o papel do decisor e a função do perito poderá prescindir da supremacia do poder jurisdicional face a uma condição subalterna da contribuição do perito? Não poderá ocorrer, nalgumas vezes, ficarem o juiz ou o magistrado do MP, “reféns” de um veredicto – de algum modo, *essencial* – a produzir num relatório pericial? Como dissentir de uma conclusão pericial que culmina um processo de valoração sobre o qual não se tem domínio ou, pelo menos, o completo domínio?

Convém, aqui, lembrar que a verdade processual não é uma verdade em sentido ontológico. A verdade processual há-de ser fáctico-probatoriamente fundamentada. Não esquecendo que o problema da fundamentação de facto é uma das dimensões do dever de fundamentação das decisões judiciais, «(...) um bem estruturado e bem delimitado *dever de fundamentação* das decisões penais é o único mecanismo que garante a constitucionalidade do *princípio da livre apreciação da prova*»^{124 125}.

Conforme refere Figueiredo Dias, «[se] a verdade que se procura é (...) uma verdade *prático-jurídica* e se, por outro lado, uma das funções primaciais de toda a sentença (*maxime* da

¹²⁴ PAULO SARAGOÇA DA MATTA, «A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença», in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (Maria Fernanda Palma coord.), Almedina, Coimbra, 2004, p. 255.

¹²⁵ O STJ densificou o dever de fundamentação da sentença do modo seguinte: «A sentença, para além da indicação dos factos provados e não provados e da indicação dos meios de prova, deve conter os elementos que, em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos, constituam o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados na audiência» (Cfr. ac. STJ de 13-10-1992, *CJ*, Ano XVII-1992, t. 1, p. 36).

penal) é a de *convencer* os interessados do bom fundamento da decisão, a convicção do juiz há-de ser, é certo, uma convicção pessoal – até porque nela desempenha um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (*v.g.* a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais – mas, em todo o caso, também ela uma convicção *objectivável* e *motivável*, portanto capaz de impor-se aos outros. Uma tal convicção existirá quando e só quando (...) o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos factos *para além de toda a dúvida razoável*¹²⁶.

Por seu turno, Castanheira Neves já antes lembrara que a verdade que se visa alcançar «tem a ver com a realidade da vida, com a acção humana e as circunstâncias do mundo humano, pois a verdade que importa ao direito (...) não poderá ser outra senão a que traduza uma determinação humanamente objectiva de uma realidade humana. É ela, pois, uma *verdade histórico-prática*»^{127 128}.

Em todo o caso, o significado clássico da legitimidade *política* da decisão judicial, tenderá hoje, perante um contexto científico que supostamente não conhece limites, a reclamar a sua própria legitimidade acrescida, através da credenciação da prova *científica*. A opinião pública exige um maior rigor ou infalibilidade, face ao progresso científico, da decisão judicial, mostrando menos tolerância e compreensão para com lapsos ou erros que supostamente seriam evitáveis com o adequado e oportuno recurso aos contributos da ciência.

A metodologia científica impõe-se indiretamente ao decisor judicial, carente de conhecimentos suficientemente consolidados e fundamentados para contrariar e rebater as conclusões científicas das perícias.

Esta – apesar de tudo, insuprível – impreparação do decisor processual jurista (juiz, juiz de instrução ou magistrado do MP) bem como de outros intervenientes processuais, tornam-nos dependentes do contributo probatório pericial, o que assume particular sensibilidade sobretudo quando tal contributo resulte de processos informatizados e automatizados, que dificultam ainda mais a possibilidade de escrutínio. Desse modo se vem falando, não sem algum grau de verdade, que o juiz se encontra em certa medida dependente do concurso e da formulação de conclusões-decisões para a obtenção de um nível de probabilidade mais elevado e seguro sobre a verificação de certos factos, por vezes absolutamente essenciais, para a própria qualificação da conduta jurídico-penalmente

¹²⁶ *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1981, pp. 204-205.

¹²⁷ *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968, p. 50.

¹²⁸ Realce no Autor.

relevante¹²⁹. O que pode levar, por outro lado, a questionar a validade do aforismo *iudex peritus peritorum*.

Um estatuto de *cientificidade* da prova pericial, note-se, não lhe confere um grau de certeza absoluta. A infalibilidade e irrefutabilidade não são apanágio essencial da prova pericial, pois pode ter havido falhas procedimentais ou surgirem novas técnicas que conduzam a resultados diversos dos obtidos. Como ilustração, lembre-se que as notas de credibilidade ou fiabilidade dos resultados das análises genéticas não significam infalibilidade, devendo concitar sempre a maior cautela¹³⁰. Por isso, o cuidado com a conjugação da prova pericial e a articulação com elementos probatórios de outra natureza, atribui aos decisores processuais um renovado e relevante papel de gestor da matéria probatória total. De resto, isso nem constitui novidade, sabendo que Figueiredo Dias já expressara o entendimento que «(...) o tribunal guarda a sua inteira liberdade no que toca à apreciação da base de facto pressuposta; quanto, porém, ao juízo científico, a apreciação há-de ser científica também e estará, por conseguinte, subtraída em princípio à competência do tribunal – salvo casos inequívocos de erro, mas nos quais o juiz terá então de motivar a sua divergência»¹³¹.

No que respeita à prova corporal, a aplicação dos progressos científicos em áreas como as da biologia, biotecnologia, das neurociências e noutros domínios das ciências da vida, é hoje crescentemente convocada como meio de suprir ou de reduzir as dificuldades na obtenção de certos resultados probatórios, no incremento do seu grau de certeza e, por conseguinte, constituindo um processo relegitimador da atividade e da intervenção processual dos decisores. Essa relegitimação do processo – e da sua *decisão*¹³² – passa pela afirmação perante os litigantes e o público em geral, que deixam de contar apenas com uma porventura imaculada e formal operação lógico-substantiva de integração dos factos no direito, mas em que o estabelecimento daqueles se fazia sem a garantia de uma idêntica credibilidade.

A ciência carece, também, de normativização – seja ela de natureza ética ou jurídica – enquanto o direito, quer no plano substantivo, quer no plano adjetivo, não deve prescindir do

¹²⁹ Essa relação, hoje, atenta a crescente sofisticação de métodos e procedimentos científicos – alguns deles altamente automatizados e informatizados –, implica que esteja subtraído aos decisores processuais uma margem cada vez maior do controlo ou possibilidade de monitorização das providências probatórias, através de *perícias científicas*.

¹³⁰ Pense-se, p. ex., no que ocorreu nos EUA, em que, por virtude do aumento de sete para doze marcadores genéticos, 197 pessoas que haviam sido condenadas com base em provas desse tipo, foram inocentadas (arquivamento de processos, absolvição ou revisão de decisões condenatórias), sendo que catorze delas estavam condenadas à morte (CARLOS FARINHA, «Comunicação», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites*, SUSANA COSTA - HELENA MACHADO, Org., Húmus, Lisboa, 2013, p. 24).

¹³¹ *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1981, pp. 209-210.

¹³² Não apenas da decisão final de mérito, mas, sobretudo de todo um conjunto de decisões preparatórias daquela, que – determinando, autorizando ou validando a produção de prova de carácter científico – concorrem para um modo de valoração mais seguro de prova, contribuindo avulsamente, mas decisivamente, para essa “relegitimação”.

potencial dos contributos que a ciência pode fornecer, estabelecendo-se, por isso, uma relação de inevitável interdependência recíproca entre os dois discursos¹³³.

Como Susana Costa, Helena Machado e João Arriscado Nunes já fizeram notar, o recurso pelo direito, ao auxílio do saber científico, pode traduzir-se numa «submissão do aparelho jurídico à racionalidade cognitiva e instrumental da ciência»¹³⁴, sendo os juízes sensibilizados para evitar a contaminação da decisão pela subjetividade e pelas emoções, em favor da objetividade e da neutralidade, numa lógica de racionalidade que permita atingir a *verdade* de forma ainda processualmente válida, o mais aproximadamente possível da verdade cientificamente demonstrável¹³⁵.

Com esta atitude, que, no fundo, pode traduzir uma certa reverência das representações das autoridades processuais face à ciência, ou pelo menos, face ao estatuto epistemológico de alguns meios probatórios e seus resultados, opera-se o processo já designado de *isomorfização* da ciência e do direito¹³⁶, procurando-se uma concordância e harmonização possível, precária e flexível, entre a influência probatória científica e o acervo probatório convencional, ou obtido através de meios de prova tradicionais. Essas fronteiras não são rígidas, e intentam um compromisso entre o direito e os novos métodos científicos com aptidão probatória, cujo enquadramento na retórica e rituais processuais clássicos se procura manter, o que vem sendo designado como um “*boundary work*” (trabalho de demarcação)¹³⁷.

Como se disse acima, a ciência também se relegitima ao afirmar-se em áreas donde tradicionalmente se encontrava ausente, como o direito, na sua aplicação processual. A ciência, neste sentido, *processualiza-se*, conhece uma normatização não apenas inerente à sua própria natureza material de explicar e prevenir fenómenos – p. ex., no reconhecimento do valor probatório da prova pericial –, mas também no plano da colocação de limites à sua utilização no contexto de um processo jurídico.

O processo de *isomorfização* procura esbater as dificuldades no diálogo entre a discursividade – e o próprio conteúdo – dos sistemas científico e jurídico, mas reconhecemos que não se mostrará tarefa fácil de alcançar com sucesso, dado que a complexidade e hiper-

¹³³ Assim, M. JÉRÔME SIMONEL, «De quelques aspects actuels des rapports entre la science et le droit», *Journal International de Bioéthique*, Vol. 15 (jan.-set. 2004), pp. 19-36.

¹³⁴ SUSANA COSTA, HELENA MACHADO e JOÃO ARRISCADO NUNES, «O ADN e a Justiça: a Biologia Forense e o Direito como mediadores entre a Ciência e os cidadãos», in *Os Portugueses e a Ciência*, (MARIA EDUARDA GONÇALVES, org.), Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2002, p. 220. Cfr., também, ORESTE DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Guiffrè, Milano, 2005.

¹³⁵ *Idem*, loc. cit., p. 221.

¹³⁶ Assim, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*, 2.ª ed., Afrontamento, Porto, 2002.

¹³⁷ Assim, THOMAS GYERN e FELT, *apud* SUSANA COSTA, HELENA MACHADO e JOÃO ARRISCADO NUNES, «“Política molecular”, crime e “cidadania genética” em Portugal», in *RCCS*, N.º 57/58 (jul.-nov. 2000), pp. 291-301.

especialização do saber científico impedem o pleno acesso a um código comum de significados.

O Supremo Tribunal dos EUA enunciou os critérios de admissibilidade de uma (nova) prova científica em juízo, com base na 1) possibilidade de escrutínio da fiabilidade da teoria científica ou da técnica que permite obter a prova, 2) da margem de erro conhecida ou potencial do resultado, 3) da publicação da teoria ou descrição da técnica em revistas reconhecidas com revisão científica por pares e 4) na existência de consenso na comunidade científica quanto aos aspetos referidos¹³⁸.

É um equívoco continuar a entender que o mundo científico é um mundo de certezas, que oferece respostas sem ambiguidade. A incerteza, ou um certo grau de incerteza, caracteriza sempre qualquer conclusão científica. Se se admitir que nada se pode estabelecer com certeza absoluta, então teremos de aceitar apenas a possibilidade da existência de graus de credibilidade que se possam atribuir a uma hipótese, que é, afinal, uma situação incerta ou insegura, do ponto de vista da sua confirmação histórica.

E, para isso, servem as probabilidades e os seus modelos.

Um trabalho de indagação pericial sobre uma hipótese dada carece de interpretação quantitativa e avaliação estatística para que se possa, com maior margem de rigor e certeza, obter uma conclusão o mais segura e sustentada possível. No que concerne aos níveis das proposições, há que classificá-las de acordo com três níveis: quanto à *origem*, quanto à *atividade* e quanto ao *delito*.

Quando falamos em nível da proposição quanto à origem, aludimos à proveniência de um indício encontrado. Ao falar do nível de atividade, aludimos ao modo de execução (ou de não execução) de determinada atividade classificada como crime. Quando falamos de nível de delito significamos a verificação, ou não, dos pressupostos típicos de um ilícito criminal.

Tomemos como exemplo a interrogação sobre se determinado indivíduo X, suspeito de ser agente de um crime A, será ou não, a pessoa que deixou uma mancha de esperma na roupa do/a denunciante Y, da qual se extraiu já ADN, cujo perfil se determinou. A resposta à pergunta, ao quesito, não pode ser dada sem se fazer algum tipo de avaliação estatística dos resultados.

Assim, mesmo a hipótese “macro analítica” suscita interrogações tormentosas: partindo-se do princípio que a (vítima) Y acusa o indivíduo X de ser o autor de um crime de coação sexual, a mancha de esperma pode dever-se a outras causas, que não a de o mesmo ter

¹³⁸ Cfr. United States Supreme Court, *Daubert et al. v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, (28 Jun. 1993); acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579> (acedido em 15-01-2013).

ejaculado contra a roupa do/a denunciante, após um contacto sexual não consentido; ele pode ter-se masturbado previamente, e inadvertidamente, com a mão suja agarrado com força a roupa do/a denunciante para evitar que este/a caísse, assim impregnando com o seu esperma a roupa daquele/a; pode a vítima ter obtido um preservativo do indivíduo X resultante de uma relação sexual dele com terceira pessoa, extraindo o esperma derramando-o sobre a sua própria roupa, para se vingar do mesmo, tentando incriminá-lo. Outras causas seriam possíveis.

Portanto, partir da primeira hipótese como uma certeza, em abstrato, não é mais do que um preconceito resultante da normal probabilidade da experiência comum. Se se concluir que a mancha de esperma do indivíduo X encontrado na roupa da vítima resultou de um ato sexual, estar-se-ia a subverter a hierarquia das proposições, dando predominância ao nível da origem sobre o da atividade.

É que, hoje, a ciência não se mostra ainda muito direcionada e apta a dar satisfatória resposta às questões do nível de atividade, perante os vestígios encontrados no local do crime, em que a valoração dos indícios deve tomar em linha de conta as noções de *transferibilidade* e de *persistência*, com exceções conhecidas óbvias nas ciências forenses, como ocorre nos casos de determinação direcionais das manchas de sangue e de disparos com armas de fogo.

E, como o perito não pode estar inteirado de todos os cenários prováveis e das suas variáveis, não pode com rigor técnico-científico desenvolver da mesma forma, uma explicação do nível de atividade como faz relativamente ao nível da origem. A própria noção de *quantidade de ADN* existente no cenário do crime – que a roupa da suposta vítima integra – pode não ser suficientemente esclarecedora para uma conclusão com um mínimo de segurança. Estudos empíricos de aprofundamento destas dimensões tornam-se, pois necessários, não só de um ponto de vista prático como estatístico.

Por seu turno, a interpretação dos resultados micro-analíticos da comparação dos perfis de ADN obtidos a partir do esperma na roupa da vítima Y, e da saliva obtida da zaragatoa bucal do suspeito X, vão ter de se pautar pela interpretação estatística que considere, desde logo, a probabilidade de o perfil de ADN obtido a partir da amostra-referência (da zaragatoa bucal do suspeito X) não ser o mesmo do perfil da amostra-problema (da mancha de esperma localizada e recolhida na roupa da vítima Y).

Por outro lado, mesmo que os peritos venham a responder inequivocamente – ainda que com algum residual grau de incerteza – que há uma coincidência (“*match*”) entre os perfis de ADN analisados, identificando-se o ADN de ambas as amostras como sendo o ADN do

suspeito X, nada permite adiantar relativamente às causas da deposição da mancha de esperma na roupa da vítima Y¹³⁹.

Para não haver subversão da hierarquia das proposições – agora do nível de atividade relativamente ao nível do delito –, terá de interceder a apreciação das outras variáveis indiciárias que concorram no processo. Esta mesma constatação já a manifestou o BGH, ao declarar que «(...) a análise de ADN não é por si só suficiente para (com)provar a autoria, mas pode configurar um importante indício»¹⁴⁰. Encontra-se, pois, subjacente, a ideia de que não pode subverter-se, aqui, o nível do delito em benefício dos outros (dois) níveis, os da origem e da atividade.

Sobre a possibilidade de medir ou quantificar todas essas probabilidades e suas variáveis, vários modelos têm sido apresentados, sendo certo que, no domínio forense de interpretação de resultados de prova científica, tem assumido protagonismo o modelo bayesiano, assim designado por se referir ao célebre teorema de Bayes.

A utilidade da aplicação do chamado teorema de Bayes¹⁴¹ aos métodos inferenciais no âmbito forense – designadamente no processo penal –, remonta às propostas apresentadas por Finkelstein e Fairley, no seu artigo de 1970 «A Bayesian approach to identification evidence»¹⁴². A partir desse teorema, formularam-se métodos de interpretação probabilística, com aplicação em múltiplos setores, como na saúde, nas ciências naturais em geral (na biologia e genética em particular, surgindo métodos bioestatísticos¹⁴³), na engenharia, na sociologia e no direito processual, designadamente ao nível da valoração da probabilidade e verosimilhança probatórias.

Autores como B. Robertson e Vignaux¹⁴⁴ propõem que se chame ao método associado ao teorema de Bayes *método lógico*, dado que o mesmo não é mais do que uma generalização das

¹³⁹ Cfr. o caso R. v. Peter Weller, EWCA Crim [2010], 1085, *apud* JOËLLE VUILLE – FRANCO TARONI, «Non è tutto oro quel che luccica. Il giudice penale e il valore probatorio dell'indizio scientifico», *Questione Giustizia – Bimestrale promosso da Magistratura democratica*, N.º 1 - «Bioetica: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013, pp. 91 e 92 (nota 18).

¹⁴⁰ BGHSt 37, 157, 159.

¹⁴¹ O teorema leva o nome do seu autor THOMAS BAYES (1702-1761), clérigo inglês, sendo o seu trabalho «As Essay Toward Solving a Problem in the Doctrine of Chances» publicado a título póstumo em 1764 (*Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, [370-418]), com introdução de RICHARD PRICE. O estudo original está acessível em <http://www.stat.ucla.edu/history/essay.pdf> (acedido em 13-02-2014). Cfr. ainda, R. EGGLESTON, *Evidence, proof and probability*, 2nd ed., Weidenfeld Nicolson, London, 1983, e W. THOMPSON - E. SCHUMAN, «Interpretation of statistic evidence in criminal trials. The prosecutor's fallacy and the defense attorney fallacy», *Law and Human Behaviour*, N.º 11, 1987, pp. 167-187.

¹⁴² M. O. FINKELSTEIN - W. B. FAIRLEY, «A Bayesian approach to identification evidence», *Harvard Law Review*, 83 (3), 1970, pp. 489-511. Todavia, desde o início do séc. XX que esse método inferencial foi já identificado em diversos casos penais (cfr. F. TARONI - C. CHAMPOD - P. MARGOT, «Forerunners of Bayesianism in early forensic science», *Jurimetrics*, 38, 1998, pp. 183-200).

¹⁴³ O departamento espanhol de perícias de genética forense do Grupo de Línguas Espanhola e Portuguesa da ISFH (International Society for Forensic Hemogenetics), adotou em 16 de junho de 1994, o teorema de Bayes para aplicação à interpretação das análises de polimorfismos genéticos (cfr. <http://www.gep-isfg.org/en/>).

¹⁴⁴ B. ROBERTSON e G. A. VIGNAUX, *Interpreting evidence - Evaluating forensic science in the courtroom*, John Wiley & Sons, Chichester, 1995, p. 114.

regras coerentes das probabilidades. O essencial do teorema de Bayes é que o mesmo se baseia na ideia de probabilidades, ou seja, no grau de possibilidades de persuasão ou de convicção (crença) que exista (ou se demonstre) um facto concreto, que, com o auxílio da razão, da lógica e senso comum, pode transpor-se ou traduzir-se através de uma grandeza numérica, que nos fornece, por seu turno, a medida de verosimilhança sobre a ocorrência desse facto, em determinadas condições¹⁴⁵.

De um tempo em que a prova que suportava a decisão penal era inferida a partir de um exercício de conjugação de meios probatórios com valor predeterminado (prova tarifada), passámos a um tempo de exigência, ou aspiração, de uma decisão que se baseie em métodos quantificáveis, quanto à idoneidade e quanto à *cientificidade*, para procurar subtrair a decisão à crítica do subjetivismo e do casuismo. Conforme registou M. Foucault, observa-se nas instâncias judiciais «(...) um desejo furioso por parte dos juízes de medir, avaliar, diagnosticar, reconhecer o normal e o anormal (...) [o] seu imenso “apetite de medicina” que se manifesta sem cessar – desde o seu apelo aos peritos psiquiátricos, até à atenção que dão ao falatório da criminologia – traduz o facto maior de que o poder que exercem foi «desnaturado» (...) é a economia do poder que exercem, e não a dos seus escrúpulos ou humanismo, que os faz formular veredictos «terapêuticos» e decidir por encarceramentos “readaptativos”»¹⁴⁶.

E aí está todo o apelo – e aplicação processual – aos contributos das Ciências da Vida (Medicina, Biologia e Genética), à Física e à Química, à Psiquiatria e à Psicologia, como formas de procurar a redução do erro e da incerteza, e de aproximação a uma decisão probatoriamente menos aleatória ou subjetiva. Aí está, em toda a sua expressão e alcance, a importância do valor dos peritos e das perícias, apesar de os juízes pretenderem reservar-se um poder de definição da perícia e do seu valor, mesmo para além da regra enunciada no art. 163.º, n.º 1 do CPP, no sentido de o juízo pericial se presumir subtraído ao princípio da livre apreciação do julgador. Preservando a legitimidade em último recurso, para questionar a metodologia adotada, mormente em caso de erro metodológico, o resultado e as conclusões da perícia, e deles discordar, continua a poder reconhecer-se ao juiz o poder que questionar a própria classificação desse meio de prova? Ou, dito de outro modo, pode uma diligência

¹⁴⁵ Alertando para a inconveniência da aceitação acrítica de tabelas (de HUMMEL e de EVETT) de correspondência de probabilidades (LR = *likelihood ratio*) resultantes de comparações analíticas no campo dos perfis de ADN, cfr. MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, «A Perícia em Genética e Biologia Forense-Criminalística Biológica», *CSI Criminal* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, 2008, p. 37, aí se esclarecendo que «A probabilidade de concordância, não raras vezes, é confundida com a probabilidade de coincidência ou (...) de *matching*. Trata-se, porém, de uma probabilidade *a posteriori*, calculada numa situação real e refere-se a um só marcador genético e a um determinado indivíduo», suspeito, que para alguns dos sistemas utilizados pode ter alelos pouco frequentes na população de referência,

¹⁴⁶ *Vigiar e Punir*, 28.ª ed., Ed. Vozes, Petrópolis, 2004, p. 251.

classificada – e solicitada como perícia – ser tão defeituosa que o tribunal nem lhe reconheça tal *nomen* e inerente valor¹⁴⁷?

Só em situações de clamoroso erro metodológico se deve reconhecer legitimidade ao decisor judicial para desconsiderar um meio de prova que pretenda assumir-se como pericial. Nos demais casos, a possibilidade de escrutínio do procedimento e metodologia pericial permanece intacta na disponibilidade do julgador, mas só deve ser exercida em circunstâncias justificadas, e não face a entendimentos mais ou menos preconceituosos ou impulsivos sobre a proposição afirmada pelos peritos. Se a Ciência não deve aspirar a responder a questões, mas a questionar respostas, uma estrita pretensão do *saber* pode ser a sua “doença infantil”.

¹⁴⁷ A jurisprudência do STJ tem respondido no sentido afirmativo a esta questão; Cfr. Acs. STJ de 10-01-2008 (rel. Cons. Raúl Borges), de 15-10-2008 (rel. Cons. Pires da Graça). A discordância do STJ quanto ao valor pericial – de cariz científico –, tem-se dirigido predominantemente a “perícias” de âmbito psicológico, em que são desautorizadas no seu estatuto e validade de perícias processuais penais, dada a inadequada metodologia que evidenciam, manifestando discordância quanto aos pressupostos de facto da própria avaliação pericial: uma «audição» documentada de um menor – algo que o perito não pode prescindir de fazer e deve transcrever resumidamente – pode ver-se classificada como «depoimento indireto», não utilizável ou valorável processualmente. Parece-nos que este entendimento jurisprudencial se revela exageradamente formalista e exigente, eventualmente desconhecedor de muitas das metodologias da área “Psi” utilizadas como técnicas de entrevista que servirão de suporte à avaliação, à discussão e às conclusões periciais, pelo que seria desejável uma aproximação entre as duas áreas, com proveito comum, impossibilitando que a incompreensão dos discursos redunde numa cultura de mero exercício e afirmação de poder, no quadro da *decision making*.

2. O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

2.1. O significado normativo de *corpo* no contexto da presente investigação

2.1.1. Perplexidades em torno de conceitos (presuntivamente) unívocos: ser humano e pessoa

2.1.2. Critérios de reconhecimento do início da vida humana e sua tutela jurídica

2.1.3. O corpo *não significante*: os “processos de cadáveres”

2.1.4. O corpo *não imediatamente significante*: o corpo das vítimas de crimes e de terceiros

2.2. Vida humana e corpo humano: a busca de referentes jusnormativos à luz dos paradigmas bioéticos

2.2.1. O início e o fim da vida.

2.2.2. Corpo humano, potencialidades e limites das ciências da vida e implicações bioéticas

2.2.3. Os dados das neurociências e da genética como fatores de alteração da compreensão do corpo

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

2. O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

2.1. O significado normativo de *corpo* no contexto da presente investigação

Nous sommes corps à corps | nous sommes terre à terre

Nous naissons de partout | nous sommes sans limites.

Paul Éluard

Mas o meu corpo não é a sede da minha pessoa; é essa pessoa efectivada.

Não existo eu mais o meu corpo: sou um corpo que pode dizer «eu».

Vergílio Ferreira, *Invocação ao meu corpo*

O conceito – ou os conceitos – de pessoa têm sido, ao longo do tempo, muito diferenciados. Para uma abordagem em que era estranha toda a problemática da Genética reprodutiva (Reprogenética), o que importava era a definição de homem-pessoa viva e nascida.

Se para Aristóteles (384-322 a. C.) *Homem* era definido como um animal dotado de razão e de fala, na Idade Média, foi dominante a concepção de Boécio, de que “*persona est rationalis naturae individua substantia*”¹⁴⁸. A ideia de “existência em si” e não comunicada a outros, foi ultrapassada com a “consciência de si”, por Descartes, que evidencia a capacidade de duvidar como representação certa da existência do homem, por poder pensar; é célebre a sua conclusão «(...) *je pense, donc je suis, qui m’assure que jedis la verité, sinon que je vois très clairement que, pour penser, il faut être*»¹⁴⁹. Kant, propõe um conceito de *Homem* intimamente associado à ideia base de dignidade do homem, em que este só pode ser concebido como fim em si mesmo: «(...) o homem não é uma coisa; não é portanto um objecto que possa ser utilizado *simplesmente* como um meio, mas pelo contrário, deve ser considerado sempre e em todas as suas acções como fim em si mesmo»¹⁵⁰. Com Hegel surge já uma dimensão de relação social inerente ao *Homem*, que está sujeito a um processo de socialização¹⁵¹, que possibilitou a Durkheim afirmar uma dimensão preponderantemente social do *Homem*, na construção de um conceito de *Homem* enquanto pessoa, sem repudiar completamente a importância do fator do

¹⁴⁸ Para uma visão abrangente sobre a evolução do conceito de *pessoa*, ao longo da História, na Civilização Ocidental, JOAQUIM DE SOUSA TEIXEIRA, «Pessoa», *Polis*, Vol. 4, Verbo, Lisboa, 1986, p. 1179, JEAN-MARC TRIGAUD, «La personne», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 34 (*Le Sujet de Droit*), Sirey, Paris, 1989, pp. 104 e ss., ENRIQUE R. CHAPARRO, *La persona y su Capacidad Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 29-30.

¹⁴⁹ *Discours de la Méthode* (reimp.), Garnier-Flammarion, Paris, 1996, p. 60.

¹⁵⁰ *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (trad. de Paulo Quintela, do original alemão), Edições 70, Lisboa, 1992, p. 70.

¹⁵¹ *O Sistema da Vida Ética* (trad. de Artur Morão, do original alemão), Edições 70, Lisboa, 1991, pp. 34 ss e 58 ss.

processo de individualização¹⁵². A proposta de conceito de *Homem* de Max Scheller (1874-1928) faz incidir a sua essência no *espírito*, sendo a pessoa algo de dinâmico, um centro ativo e comunicacional em que se manifesta esse *espírito*.

Para as conceções personalistas, em que pontifica E. Mounier, *pessoa* não é suscetível de definição porque se acentua a natureza não objetual do Homem, enquanto «modo propriamente humano de existência, que apenas se reconhece e se “encontra” nos outros», para quem, no limite «ser é amar»¹⁵³.

Martin Heidegger, por seu lado, sublinha a necessidade de repensar a relação entre o Homem e o Ser, para tentar superar o entendimento da metafísica tradicional do *ser* (como «ser presente») e a situação a que a “agressão da técnica” conduziram (o «esquecimento da verdade do ser»), considerando ser necessário a criação de uma «ética de carácter obrigatório» para reconduzir o homem à sua essência, voltando a torná-lo *humano*¹⁵⁴.

Para a constelação do pensamento existencialista, de que Jean-Paul Sartre se tornou autor referencial, o *Homem* «abandonado por Deus» é «ser condenado à liberdade», defendendo a radical e absoluta liberdade para todo o ser humano e negando qualquer determinismo: o *Homem* existe primeiro e define-se depois. «O Homem não é definível, porque, de começo, ele não é nada. Só depois será, tal como se tiver feito»¹⁵⁵.

Não nos interessa na economia do presente trabalho, um conceito naturalístico ou biológico de corpo. Desde logo, não nos interessará imediatamente a posição ou lugar da realidade corporal das pessoas penalmente inimputáveis em razão da idade. Estas pessoas podem, por certo, praticar factos que sejam qualificados pela lei como um ilícito penal; contudo, ou não podem de qualquer forma ser responsabilizados, antes de uma certa idade¹⁵⁶, ou sê-lo-ão de acordo com princípios que se distinguem dos da filosofia da intervenção penal, como é o caso da chamada intervenção tutelar educativa¹⁵⁷. Debateremos adiante em que medida podem ser admitidas ingerências corporais probatórias em sede de direito tutelar educativo, na estrita implicação da aplicação subsidiária a este ordenamento processual das normas do processo penal¹⁵⁸. Não é, porém, esse o escopo imediato do presente estudo.

¹⁵² *Les Formes Élémentaires de la Vie Religieuse – Le Système Totémique en Australie*, 2.º ed., PUF, Paris, 1990, pp. 390 e ss.

¹⁵³ *Le Personalisme*, 15.º ed., PUF, Paris, 1992, pp. 5-7 e 33-34.

¹⁵⁴ *Carta sobre o Humanismo* (trad. e rev. de Pinharanda Gomes sobre a versão do Doutor Arnaldo Stein), Guimarães Editores, Lisboa, 1987, pp. 41, 43, 46, 55, 58, 97.

¹⁵⁵ *L'Existencialisme est un Humanisme*, Ed. Gallimard, Paris, 1996, pp. 29-31.

¹⁵⁶ O âmbito etário de intervenção tutelar educativo é entre os 12 e os 16 anos, após o que ocorre o início da imputabilidade juspenal em razão da idade (art. 1.º da LTE e 19.º do CP), sendo aplicáveis normas fixadas em legislação especial aos maiores de 16 e menores de 21 anos (art. 9.º do CP), legislação essa atualmente constituída essencialmente pelo DL n.º 401/82, de 23-09 (regime especial de jovens delinquentes).

¹⁵⁷ Cfr. ANABELA M. RODRIGUES - ANTÓNIO DUARTE FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, pp. 56 e ss.

¹⁵⁸ Cfr., entre, nós, a norma do art. 128.º, n.º 1 da LTE (aplicação subsidiária do CPP às disposições do processo tutelar).

Por outro lado, estarão excluídas do interesse direto da nossa investigação as implicações da realidade corpórea de pessoas inimputáveis em razão de anomalia psíquica, nas quais não se manifeste algum tipo de perigosidade, a partir de diagnóstico processualmente solicitado e realizado¹⁵⁹. Certo que podem estar – e, por regra, estarão – implicados num processo em que seja suspeita uma pessoa inimputável não perigosa as mesmas preocupações no que concerne ao direito à reserva da vida privada, de integridade pessoal, de respeito da dignidade humana, mas a própria violação de tais direitos, a acontecer, não terá outros efeitos do que eventual responsabilidade disciplinar ou criminal para quem a tiver cometido, uma vez que nenhuma especial repercussão processual para o visado poderá ocorrer, considerando o destino final do procedimento¹⁶⁰.

Também a realidade corporal das pessoas vítimas, ofendidas pela prática de crimes, não constitui o objeto central da nossa investigação, uma vez que não se colocam relativamente a elas as mesmas exigências de admissibilidade e compatibilização de valores e de interesses que estão subjacentes à sujeição dos imputados a medidas de ingerência corporal probatória, por poderem conduzir à responsabilização criminal destes. Teremos, contudo, oportunidade de debater alguns aspetos atinentes à implicação corporal probatória da vítima no âmbito das categorias do consentimento e da coercibilidade.

Restará – para o cerne da nossa investigação – o interesse relativo ao corpo de pessoas que sejam *jurídico-penalmente relevantes*, neste conceito se coenvolvendo os agentes imputáveis e inimputáveis perigosos, pois que também relativamente a estes últimos se terá de encontrar respostas para problemas de harmonização de interesses constitucionais e direitos fundamentais eventualmente em conflito com os interesses da perseguição penal, uma vez que a adoção e realização de ingerências corporais probatórias é suscetível de conduzir à aplicação de reações penais, na forma de medidas de segurança. Na verdade, não estando em causa, em tais hipóteses, o estabelecimento de uma responsabilidade penal *qua tale*, importa, no apuramento naturalístico-factual a que se tenha de proceder, para aferir da «autoria» do facto normativamente relevante, determinar com o mesmo rigor probatório a que se procede relativamente a um agente imputável, o nexo de imputação do facto à atuação do agente. E o

¹⁵⁹ Pode objetar-se que, para além de outras diligências de prova que envolvam o corpo de uma pessoa a quem seja diagnosticada uma anomalia psíquica passível de a isentar de responsabilidade criminal, a própria sujeição do imputado, em tais condições, a uma perícia psiquiátrica, é, já em si mesma, uma ingerência corporal sobre essa pessoa. Porém, essas pessoas não podem ser destinatárias de uma pena ou, sequer, eventualmente, de uma medida de segurança, razão pela qual não atribuímos relevo à implicação corporal probatória das mesmas no contexto do nosso trabalho.

¹⁶⁰ Sendo aí o destino do processo o arquivamento, sem apreciação da factualidade e da aplicação de qualquer reação penal – medida de segurança ou pena – careceria de sentido a sujeição do agente suspeito a qualquer medida corporal probatória adicional ou complementar relativamente às que tiverem sido necessárias para a sua incriminação precária ou indiciária – desde logo para excluir a responsabilidade de terceiros – e para a determinação do seu estado de inimputabilidade sem perigosidade.

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

estabelecimento deste nexo de imputação só será viável, parece-nos, frequentemente através do recurso a medidas probatórias que envolvam o corpo do suspeito (ainda que presumivelmente inocente e inimputável), especificamente através de ingerências corporais probatórias semelhantes às determinadas e aplicadas relativamente a imputáveis.

Em suma, o corpo significante para o presente estudo será o corpo de agentes-suspeitos imputáveis ou inimputáveis perigosos, por só relativamente a estas pessoas fazer sentido falar-se, no contexto do processo, na necessidade do estabelecimento de um critério de harmonização mais extenso entre interesses constitucionais e direitos fundamentais da posição da defesa, eventualmente em conflito com os interesses da perseguição penal.

2.1.1. Perplexidades em torno de conceitos (presuntivamente) unívocos: ser humano e pessoa

O corpo envelhece, a pessoa é intemporal
Anónimo

O próprio critério inicial de identificação do objeto essencial de abordagem – o corpo da pessoa nascida com vida, assumindo neste contexto a função de *objeto probatório* – encerra, em si mesmo, um feixe de interpelações a abordar aquando da problematização das questões relativas ao *início* e ao *fim* da vida.

Potencia-se, por outro lado, toda uma outra problemática quando se colocam em evidência as clivagens entre o conceito científico de *ser humano* e o conceito jurídico-filosófico de *pessoa* [humana].

Convém, a este propósito, recordar que historicamente nem sempre existiu uma identificação entre ambos os conceitos (pense-se, p. ex., no estatuto do cidadão e do escravo, na personificação de coisas e de animais, como o cavalo de Calígula), apesar de no direito romano e medieval já surgirem afloramentos da coincidência entre eles. Na Idade Moderna, pelo método de construção de conceitos gerais abstratos, foram segregadas duas ideias força de validade complementar, que ainda vigoram contemporaneamente, quais sejam as de que “todo o homem é pessoa” e “só o homem é pessoa”, apesar de se reconhecer ou, mesmo, potenciar toda uma gama de discriminações em função de estatutos de índole nobiliárquica ou plebeia, religiosa ou laica, castrense ou paisana, cultural ou sócio-económica.

Essa classificação jurídica de *pessoa* permanece incondicionadamente reservada ao ser humano nascido com vida, desconsiderando as outras formas de vida humana pré-natal, nas quais não se chega a reconhecer um estatuto de integral personalidade jurídica, mas apenas certos direitos, que comungam da tutela da personalidade, condicionados ao seu nascimento.

Há, portanto, na perspectiva jurídica da construção do conceito de pessoa, uma clara concepção *vitalista*. O reconhecimento da condição de pessoa, *rectius*, da personalidade integral, faz-se por referência ao nascimento¹⁶¹, a este momento se reportando a ordem jurídica como sendo o do *início* da vida da pessoa humana relevante para o direito, i. e, enquanto dotada de todos os atributos da personalidade jurídica. É este o momento determinante – e estipulado, por certo, admitamo-lo, em resultado de uma opção jurídico-política convencional – a que grande parte dos sistemas jurídicos do nosso espaço civilizacional e cultural atribui significado para o reconhecimento e identificação de um (novo) sujeito individual na comunidade social com relevo no tráfico jurídico.

Esta classificação jurídica do início da vida da pessoa humana não coincide com os dados da ciência. É mesmo questionada pelos critérios das ciências da vida, que, decididamente, situam o momento do início da vida humana na singamia, na conjugação dos gametas feminino e masculino, na fertilização, podendo, pelos contributos da psicologia perceber-se já no embrião o surgimento de uma nova vida diferenciada e exclusiva de um novo e potencial ser humano. Mas será já uma outra pessoa? À ordem jurídica parece interessar, para a consideração de um integral estatuto jurídico de pessoa ou da personalidade jurídica [humana] *qua tale*, o momento do nascimento completo e com vida.

Tal não significa que sejam indiferentes, todavia, os estados de vida humana anteriores a esse momento, do ser que é concebido e se encontra em desenvolvimento. Feto e embrião¹⁶² são da ordem das pessoas; comungam de conteúdos de tutela idênticos aos que são conferidas

¹⁶¹ No caso português, como se sabe, a personalidade adquire-se com o nascimento completo e com vida (art. 66.º, n.º 1 do CC), condicionando-se os direitos do nascituro ao seu nascimento. Por seu turno, o art. 2.º do CC brasileiro também postula uma concepção vitalista do início da personalidade jurídica: «A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro».

¹⁶² Nos EUA, a Comissão Nacional de Conselheiros para a Bioética parece ter adotado as expressões “zigoto” como significado para o organismo em desenvolvimento durante a primeira semana após a fecundação, “embrião” para identificar o organismo entre a segunda e a oitava semanas após a fecundação, e “feto” para designar o organismo a partir da nona semana de desenvolvimento. No Canadá, o relatório «Proceed with Care» constatou que, em termos biológicos, o termo “embrião” significa o organismo em desenvolvimento após a implantação no útero, e, antes da implantação, o termo científico mais adequado é zigoto. O CdE e o PE pronunciaram-se especificamente sobre a questão da proteção dos embriões em sede de experimentação e manipulação genética. Primeiramente, em 1986, a Assembleia Parlamentar do CdE aprovou a Recomendação sobre o uso de embriões e fetos humanos com fins de diagnóstico, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais, e, em 1989, a Recomendação sobre a pesquisa científica sobre embriões e fetos humanos. Por seu turno, o PE, em 1989, aprovou a *Resolução sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética*, bem como a *Resolução sobre a fecundação artificial in vivo e in vitro*, em que se estatui a necessidade de elaboração de uma definição clara do conceito de embrião humano, com vista a assegurar a proteção inequívoca da sua identidade genética e biológica, apelando-se à proibição da utilização indiscriminada para experimentação, bem como a seleção e a manutenção de embriões vivos para usos comerciais ou industriais ou para extração de tecidos, apenas admitindo a fecundação do número de embriões implantados, evitando o seu desperdício, estipulando o prazo máximo de três anos para o seu congelamento.

Claro que as questões que contendem com a proteção dos embriões excedentários podem acabar por colocar problemas de uma proteção mais intensa do que a dispensada ao embrião *in utero*, com toda a gama de questões colocadas relativamente ao aborto, o que poderia acabar por reconduzir-nos à constatação da necessidade de uma ampliação desta ou a uma redução daquela. Resta acrescentar que, apesar de todo o debate, não se alcançou ainda um consenso acerca do estatuto jurídico do embrião.

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

à pessoa nascida e viva (dotada de personalidade), mas não na sua integralidade, não lhes sendo atribuído, nem reconhecido, um estatuto jurídico semelhante.

Esta não coincidência entre o conceito científico e o conceito jurídico de pessoa vem potenciando uma diversidade de questões éticas e jurídicas – virtualmente insolúveis, em termos estritamente ético-jurídicos –, atinentes às tormentosas problemáticas da criação, manutenção e destino dos embriões excedentários com vista a procriação assistida, à manipulação genética, à maternidade de substituição e ao aborto. No limite, essa imparidade continua a suscitar o aceso debate no âmbito da bioética, do biodireito e das ciências da vida sobre a questão fundamental da exclusão de alguns membros da *família humana* do regime de reconhecimento e da atribuição do estatuto de pessoa e da tutela conferida à personalidade¹⁶³. E nem estamos a aludir, sequer, às controversas propostas de um utilitarismo bioético de Peter Singer.

O contributo que, por seu turno, a Convenção de Oviedo nos poderia fornecer para auxiliar na eventual distinção entre «ser humano» e «pessoa», não é mais do que aparente. Resultando pressuposta na formulação do seu art. 1.º uma não coincidência entre as noções de «ser humano» e de «pessoa»¹⁶⁴, o certo é que ao longo dos seus trinta e oito artigos não evolva expressamente a distinção do conteúdo de tais conceitos.

Para a definição de «ser humano» tornar-se-ia suficiente pertencer à espécie humana, *rectius*, à realidade biológica do género *Homo*, à espécie *sapiens*, que engloba a subespécie *sapiens sapiens*.

Mas, comungariam da condição de “pessoas humanas” aqueles seres humanos não dotados de capacidades de consciência (auto)reflexiva e incapazes de manifestar mental ou fisicamente juízos morais, como embriões, dementes senis, doentes em EVP?

¹⁶³ Cfr., sobre o essencial da questão, SILVA-SÁNCHEZ, «Os indesejados como inimigos: a exclusão de seres humanos do *status personae*», *RPCC*, Ano 16.º, N.º 1, jan.-mar. 2006, pp. 7-34, e JUDITH MARTINS-COSTA, «Bioética e dignidade da pessoa humana rumo à construção do biodireito», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 87-110, onde a Autora cita LAURA PALAZZANI, referindo em *Il concetto di persona tra bioetica e diritto* (Giappichelli, Turim, 1996, p. 107), que «a originária e intuitiva coincidência entre “pessoa” e “ser humano” está posta em dúvida no debate bioético e biojurídico, com a conseqüente exclusão de alguns seres humanos do reconhecimento do estatuto de pessoa”; assim, a clivagem entre o conceito científico e o conceito jurídico de pessoa – que se funda na distinção entre vida biológica do ser humano e vida da pessoa –, decorre de uma «teorização da post-cipação do início da pessoa ao início da vida do ser humano e da ante-cipação do fim da pessoa ao fim da vida do ser humano».

¹⁶⁴ Apesar de tudo, ilustrando o processo de elaboração do art. 1.º da Convenção de Oviedo, informa DANIEL SERRÃO que a primeira versão do preceito aludia à «integridade» do «ser humano», elemento literal que, por poder significar a proibição do aborto, foi abandonado na versão definitiva, face à contestação dos delegados dos Estados-membros do CdE, manifestada na Comissão de Redação, que tinham leis mais permissivas sobre o aborto e a investigação em embriões, passando a expressar-se ao segundo termo da frase (pessoa). A distinção dos conceitos – ser humano e pessoa – tinha como propósito alargar a tutela da vida aos «seres humanos não nascidos», e pressuposta a questão do abortamento e das leis de abortamento em diversos países, as quais permitiam a eliminação de embriões e fetos sem justificação médica e eticamente aceitável «Comentário ao artigo 1.º Objectivo e Finalidade», *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, UCE, Lisboa, 2003, pp. 22-24.

Há que considerar o ser humano como o suporte material da pessoa, com isto se significando que, se o ser humano tem já uma dignidade própria pelo facto de integrar a comunidade da espécie biológica humana, o conceito desenvolvido de pessoa é o que resulta do processo incessante de enriquecimento de auto-consciência, de aprendizagens de auto-reconhecimento e auto-reflexão, até ao momento em que dispõe da capacidade de auto-consciência desse auto-reconhecimento; aí se dá início à estruturação da pessoa [humana] através de processos de incorporação e densificação da cultura exterior simbólica e criadora que só termina com a demência ou a morte¹⁶⁵.

2.1.2. Critérios de reconhecimento do início da vida humana e sua tutela jurídica

O ser humano é o maior espectáculo do Mundo.
Natália Correia

Não curaremos, neste capítulo, de discutir a problemática mais ampla do estatuto jurídico do embrião humano, que se acha amplamente dependente das respostas a dar às questões colocadas sobre o tema, numa dimensão filosófica, jurídica e bioética¹⁶⁶¹⁶⁷.

Continua a colocar-se a discussão fulcral entre defensores de uma ideia de sacralidade da vida humana – cujo início indiscutido é o da singamia, muito anterior ao nascimento completo e com vida – e os defensores de um critério laico-secularista relativo, de ordem pragmático-científica, em que se identificam diversos momentos anteriores ao do nascimento para se delimitar o do início de uma nova vida humana¹⁶⁸, enquanto vida inviolável (dez, doze semanas ou outros parâmetros) por ingerência de terceiros, cuja sanção não é, porém, idêntica à da violação da vida da pessoa humana nascida¹⁶⁹.

Muitas posições não reconhecem o estatuto de indivíduo para os embriões em estágios iniciais e utilizam a denominação de pré-embrião, que foi proposta no *Relatório Warnock*, em

¹⁶⁵ Cfr. RUI NUNES, *GeneÉtica*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 43.

¹⁶⁶ Versando a questão, exatamente numa perspectiva bioética, cfr. RUI NUNES, *ob. cit.*, pp. 53-74.

¹⁶⁷ Sobre a questão, desenvolvidamente, entre nós, STELA BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Col. Teses, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 177-242 e VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade - O Exercício de Direitos Reprodutivos mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião in vitro*, Col. Teses, Almedina, Coimbra, 2014.

¹⁶⁸ Além de, em sede de procriação médica assistida e de investigação científica, os embriões excedentários poderem assumir, no discurso empírico-científico e mesmo normativo, designações distintas, como “estruturas biológicas *sui generis*” ou “material biológico atípico”, em vez de “pré-embriões”, “embriões pré-implantatórios” ou “embriões descongelados”.

¹⁶⁹ Existem outros critérios científicos, como o do Professor Doutor Mário Sousa, especialista em Biologia celular e reprodutiva, ICBAS da Universidade do Porto: quando se formam os dois pronúcleos (8-12 horas após a fecundação), o ovócito fecundado denomina-se zigoto. Os pronúcleos migram então para o centro, justapõem-se e perdem os seus invólucros nucleares, permitindo deste modo a mistura entre os cromossomas maternos e paternos. Reposto o número diplóide de cromossomas (46,XX ou 46,XY), o zigoto inicia divisões mitóticas sucessivas e, às 48 horas, a clivagem embrionária origina um embrião com 2-4 células (ou blastómeros). Ao 3.º dia, o embrião apresenta 6-8 blastómeros, e ao 4.º dia as divisões mitóticas dão origem a um embrião com cerca de 64 blastómeros (fase de mórula).

1984¹⁷⁰. É ainda neste documento que se extrai a conclusão, relativamente à fertilização artificial de embriões, análoga à que se pode extrair relativamente à reprodução e desenvolvimento embriológico naturais, de que «uma vez iniciado o processo não existe nenhum ponto particular durante o desenvolvimento que seja mais importante do que qualquer outro; todos são parte de um processo contínuo, e se todos os passos tiverem lugar no tempo e sequência corretos, terminará o seu desenvolvimento futuro»¹⁷¹.

No Canadá, o relatório «Proceed with Care» constatou que em termos biológicos o termo embrião designa o organismo em desenvolvimento após a implantação no útero, e, antes da implantação no útero materno (ao 14.º dia), o termo biológico correto é zigoto. Em 1989, o Parlamento Europeu aprovou uma resolução na qual apelava à elaboração de uma definição clara do conceito de embrião humano, a fim de assegurar a proteção inequívoca da sua identidade genética.

É difícil – e será sempre, quanto a nós, tarefa subjetiva ancorada em convicções de diversa ordem – referir o momento do início do embrião a qualquer uma das fases do desenvolvimento embrionário: fusão entre as membranas dos dois gâmetas (fecundação); formação dos pronúcleos (zigoto); mistura dos cromossomas paternos e maternos (embrião de uma célula); fase de 4-8 células em que se inicia a expressão comum dos genes maternos e paternos (3.º dia); implantação (6.º dia); formação do sistema nervoso (14.º dia); formação dos órgãos (8-10 semanas); formação da rede neuronal (12 semanas). Para alguns especialistas da embriologia humana, a única forma de resolver este debate é aceitar que o programa embrionário se inicia com a fecundação, uma vez que é a partir desse momento que surge um mecanismo novo, intrínseco e autónomo que, na ausência de patologia, culmina no desenvolvimento embrionário normal.

Na verdade, o embrião humano¹⁷² parece possuir, desde o aparecimento de célula primordial, todo o programa biológico potencialmente necessário para se tornar pessoa, sendo que é o mesmo indivíduo que vai progressivamente passando pelas fases de embrião → feto → recém-nascido → criança → ser humano adulto, pelo menos desde a sua existência se deve considerar como integrando a *comunidade moral humana*.

¹⁷⁰ Cit. em *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*: Cmd 8314, HMSO, 1984. Sobre a questão, invocando os contributos do Relatório da Comissão Warnock e outros documentos, mais desenvolvidamente, acerca da problemática dos embriões excedentários e da investigação sobre embriões, cfr. STELA BARBAS, *Direito ao Património Genético*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 83 a 94 e 99 a 105.

¹⁷¹ *Apud* RUI NUNES, *ob. cit.*, p. 57.

¹⁷² Por *embrião humano* deve entender-se o produto da singamia (união total dos gâmetas masculino – espermatozóide – e feminino – ovócito). Esse processo de fecundação ou fertilização origina a célula primordial – o zigoto – que se vai transformando ao longo da embriogénese, tornando-se numa nova entidade ontológica, ampliando a diversidade do património genético humano. A partir das oito semanas de gravidez, após a conclusão da organogénese, inicia-se o período fetal, que culmina com o nascimento.

Face ao alargado consenso científico em torno do conceito de morte cerebral, de forma a ser legalmente consagrado, foi proposta originariamente em 1968, por Frank Zimmer, um raciocínio de paralelismo analógico entre esse conceito e o de vida cerebral como critério definidor do início da vida humana.

O raciocínio foi depois retomado por Karen Dawson, enunciando-o do modo seguinte: «Como a morte do tronco cerebral é considerado o critério do final da vida humana, também a vida do tronco cerebral deve ser considerado o critério para o seu início. Assim, pretende-se que um ser humano comece a existir logo que exista vida do tronco cerebral e que deixe de existir assim que se verifique a morte do tronco cerebral»¹⁷³.

Uma tal conceção acerca do início da vida humana não pode deixar de suscitar objeções de tomo. Começando pela própria dificuldade na determinação da morte cerebral em recém-nascidos, haveria a referir que o processo biológico organizado de uma unidade como o sistema nervoso é um processo contínuo, progressivo e evolutivo. Haveria momentos chave, como o da formação do tubo neural (15.º dia pós-fertilização) ou o da conexão do tálamo com o córtex cerebral (26.ª semana de gravidez), em que se pode dizer existir um sistema nervoso integrado, embora rudimentar. Entre estes, outros momentos podem ser indicados como marcando o início da vida cerebral, não fazendo sentido empírico-científico aludir a um momento decisivo antes da vigésima quarta semana de gestação.

Ensaíram-se outras tentativas no sentido de determinar um momento relevante que permita defender o aparecimento de um novo ser humano, designadamente a partir de dados da embriogénese humana, e das fases do desenvolvimento do sulco primitivo, sem que as mesmas possam, com rigor, tomar-se como mais relevantes do que outras, para fixar tal momento. Seria arbitrário o estabelecimento de um momento em detrimento de outro, pelo que tais critérios não devem servir de critérios fiáveis para a adoção de um critério jurídico de definição de início da vida do ser humano.

Conforme adverte Rui Nunes, em posição sufragada por ampla e expressiva fração da comunidade científica, «[n]ão é possível a determinação exata do momento a partir do qual pode afirmar-se, com certeza, que existe um indivíduo – único e indivisível – da espécie humana (numa dimensão estritamente material uma vez ser admissível a criação de um ser humano em tudo semelhante a outro, mesmo após ultrapassada a barreira temporal do aparecimento temporal do sulco primitivo)» e, mais adiante, «É tarefa irrealista, e mesmo impossível, determinar um momento mais importante do que outro na evolução do sistema

¹⁷³ «Segmentation and Moral Status *in Vivo* and *In Vitro*: a Scientific Perspective», *Bioethics*, vol. 2, N.º 1, Jan. 1988, pp. 1-14.

nervoso central»¹⁷⁴. Para além desta inviabilidade de determinação com rigor de um ponto relevante de maturação neuronal, o que volveria em puro arbítrio qualquer critério que se estabelecesse, o ponto é que não existe paralelismo empírico-analógico entre a hipótese de determinação do momento do início e do fim da vida cerebral. A cessação do funcionamento do tronco cerebral pode ser instantânea, o que nunca sucede com o seu início. Por último, enquanto a cessação das funções do tronco cerebral faz cessar a sua atividade de forma irreversível, não se pode dizer que o zigoto ou embrião disponham já da totalidade das suas funções, pelo que inexistem uma semelhança de premissas no raciocínio analógico.

Aliás, a Ciência parece não ter – nem através de um raciocínio analógico respeitante ao tronco cerebral, nem de qualquer outro – recursos argumentativos suficientemente convincentes para poder fornecer critérios seguros sobre o momento a considerar para o início da vida humana¹⁷⁵.

Dessa forma, o estatuto jurídico do embrião humano não está (apenas) dependente da definição de um estatuto ético-ontológico de embrião. Certamente que ante tal indefinição, pode defender-se a conveniência – ou até a necessidade – de consagração de um direito de tutela cautelar do embrião humano, independentemente do seu estatuto ontológico. Simplesmente, isso parece contrariar os termos ideais da relação, em que o estatuto jurídico do embrião deveria ser conformado a partir de certezas científicas e da definição do seu estatuto ontológico, e não o contrário.

Note-se, contudo, que o recurso a uma categoria como a da atipicidade¹⁷⁶ –entendida como adequada para dirimir a equação dos conflitos de valores presentes na questão do aborto –, redundando na descriminalização da conduta¹⁷⁷ da interrupção voluntária de gravidez, mais não faz do que reconhecer a dignidade ético-jurídica do valor da vida humana intra-uterina, e de que apenas razões político-criminais ponderosas podem justificar, até certo

¹⁷⁴ *GeneÉtica*, cit, pp. 62 e 65.

¹⁷⁵ Esta noção científica perpassa e enforma o entendimento maioritário exarado na fundamentação da Informação-Parecer n.º 31/82, da PGR, elaborada pelo então Procurador-Geral Adjunto Manuel António Lopes Rocha (*BMJ* n.º320/1982, pp. 224 ss.), dos Acs. TC n.ºs 25/84, de 19-03, 85/85, de 29-05, 288/1998, de 17-04, 578/2005, de 28-10, 617/2006, de 15-11 e no Relatório-Parecer n.º 19/CNECV/97, de 10-01-1997, que versaram sobre as questões dos termos da definição da (i)lícitude em matéria de Interrupção Voluntária da Gravidez e – os três últimos – sobre a conformidade constitucional dos referendos efetuados sobre essa matéria. Questão pertinente – a introduzir, apenas por uma razão de metódica académica – seria a de equacionar a vocação ou legitimidade das ciências da vida (assim designadas, por simplicidade) para emitir um *diktat* em sede delimitação temporal da fase relevante para a consideração da existência de vida humana.

¹⁷⁶ Não sendo a única viável, sendo, em tese, admitidas outras soluções dogmáticas para a não punibilidade do aborto, como a de exclusão da ilicitude ou de dispensa da pena.

¹⁷⁷ Na aceção de FÁRIA COSTA, que contraria a da doutrina maioritária. De acordo com este Autor, o conceito de *descriminalização* significa a supressão da punibilidade, a qualquer título, da conduta, enquanto a despenalização equivale à degradação da dignidade (e gravidade) de punição de uma conduta, p. ex., deixar de ser punível como crime e passar a contra-ordenação (cfr. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2.ª ed., reimp. Coimbra Ed., Coimbra, 2010, p. 44 e ss).

momento¹⁷⁸ ou em certas condições¹⁷⁹, a dispensa de perseguição penal da sua destruição¹⁸⁰. Assim é que, fora das condições, das indicações, dos locais ou não observando todas as circunstâncias exigidas para a não punição da interrupção voluntária da gravidez, a conduta continue a ser punível, *maxime*, o aborto praticado por opção da mulher até às 10 semanas de gravidez fora de estabelecimento de saúde. E o bem jurídico-penalmente aí tutelado é, inquestionavelmente, a vida (humana) intra-uterina.

Em conclusão, não será por nenhuma destas vias que se conseguirá definir o critério para a determinação do início da vida humana, enquanto momento determinante do surgimento de um corpo humano juridicamente significativo (ainda que sem todos os atributos da personalidade jurídica).

No ordenamento jurídico internacional e de âmbito convencional regional, e no quadro interconstitucional, também não existe consenso no tocante à forma de tutela da vida intra-uterina (do embrião ou do feto). Assim, p. ex., no art. 6.º, n.º 5 do PIDCP e no art. 4.º, § 5 da CADH proíbe-se a execução da pena de morte sobre mulheres grávidas, o que inculca inequivocamente uma ideia subjacente de defesa da vida intra-uterina, ao menos no sentido da total autonomia face à vida da mãe, no que se manifesta o reconhecimento de um direito à vida de um sujeito distinto, apesar de não nascido. Sublinhe-se, de resto, a singularidade de, no art. 4.º § 1.º da CADH se estatuir expressamente, a tutela do direito à vida desde *o momento* da concepção, o qual não é definido, remetendo-se para a equivocidade da sua determinação a que se vem prestando a discussão a que acima se aludiu.

No que respeita à CEDH, este documento silencia a pronúncia sobre a questão da extensão do direito à vida ao nascituro, facto compreensível pela assinalável diferença de ordenamentos jurídicos dos Estados subscritores no que respeita às questões da IVG e dos embriões excedentários. Essa posição elíptica tem “contaminado” a jurisprudência do TEDH, que sobre a mesma questão vem assumindo uma atitude de neutralidade e de equidistância¹⁸¹, evitando pronunciar-se sobre se a tutela do art. 2.º da CEDH se aplica, ou não, ao nascituro. Sobre a questão, o caso *Vo c. França*, evidencia a discussão sobre a aplicação da tutela

¹⁷⁸ No sistema de *prazos*.

¹⁷⁹ No sistema de *indicações*.

¹⁸⁰ De notar que o atual modelo nacional, plasmado no art. 142.º do CP (interrupção voluntária da gravidez não punível) congrega soluções dos sistemas dos prazos e das indicações.

¹⁸¹ Na realidade, os órgãos da CEDH não lograram, ainda – apesar de já por diversas vezes mobilizados nesse sentido –, tomar uma posição definitiva sobre a matéria. Diversas queixas colocadas ainda no âmbito da CEDH e já no quadro do TEDH foram consideradas inadmissíveis, tendo aquele órgão, face à disparidade de legislações sobre IVG, emitido o entendimento de que os Estados gozavam de certo poder discricionário face à Convenção. Por seu turno, o TEDH não tomou nunca posição direta sobre a matéria. Para uma informação sobre jurisprudência da Comissão e do TEDH, cfr. IRINEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 68-69.

conferida pelo art. 2.º da CEDH ao nascituro, a propósito da omissão no ordenamento penal francês de norma que contemplasse a conduta negligente do médico que provocou a morte de um feto. O Governo francês alegou que o termo “*toute personne*” do art. 2.º da CEDH abrange apenas pessoas nascidas. O TEDH acabaria por concluir, contudo, ser incontornável uma pronúncia sobre a questão do *início do «direito de qualquer pessoa à vida»* e, consequentemente, sobre se o nascituro possui, ou não, esse direito, afastando o argumento de que o feto é protegido através do corpo da mulher grávida, do qual «é mera extensão»¹⁸².

O estar[-se] vivo é ser/ter um corpo *animado*, com todas as consequências deste termo: um corpo dotado de *alma* (*anima*) ou seja, de uma força vital, energética, incindível, mas distinta, “estranha” ao corpo, que lhe dá consciência e sentido existencial, que o abandona quando ocorre o colapso multifuncional ou de um dos seus sistemas orgânicos vitais. Se esta conceção é, para secularistas laicos e materialistas uma conceção de cariz meramente especulativo, de natureza metafísica, mística ou religiosa, é, por outro lado, um dado incontrovertido que o mistério da consciência humana – e da consciência do seu corpo próprio, presente no indivíduo –, não é comungado pelas demais espécies animais, que desenvolvem predominantemente comportamentos básicos ditados por instintos de sobrevivência e reprodução. Por outro lado, é cada vez mais sublinhado que os próprios estudiosos de domínios empírico-científicos têm manifestado crescente curiosidade e interesse científico pelo estudo de realidades tais como os fenómenos da parapsicologia, da [tele-]transmissão de pensamento, da telecinese, da própria espiritualidade, admitindo a validade do seu estudo como o de outro qualquer objeto científico, da transcomunicação instrumental, reconhecendo a viabilidade de alcançar conhecimento relativo a domínios – que hoje são pasto de abordagens especulativas e explorações pouco ou nada sérias –, como, p. ex., a identificação dos mecanismos de produção e processamento de fluxos energéticos insuficientemente estudados¹⁸³.

A tutela da vida também se materializa, em certa medida, na tutela do corpo. A vida humana é realidade carente de tutela mais ampla que o corpo – integrando a expressão física e corpórea, bem como as dimensões psíquica e espiritual –, precipitando-se na unificação desta dicotomia o objeto de proteção para o direito: a pessoa humana. Ao reconhecer a igualdade do

¹⁸² Ac TEDH de 08-07-2004 (acessível em www.echr.coe.int): a descrição e análise do caso pode ver-se em CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais. Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 358 a 360.

¹⁸³ Cfr., por todos, LUÍS PORTELA, *Ser Espiritual – Da Evidência à Ciência*, cit., *passim*. Nestas abordagens se convocam, de resto, contributos de ciências empíricas com inquestionável estatuto epistemológico, como a Neurobiologia, a Imagiologia, a Física (Acústica, Ótica), entre outras.

valor da(s) vida(s) humana(s), o direito não pode deixar de reconhecer idêntico valor ao corpo de todas as pessoas, sem distinção da origem, etnia, credo, sexo, condição sócio-económica ou cultural ou orientação ou identidade sexual.

Todos têm, por isso, um valor equivalente, não havendo vidas mais ou menos dignas, assim como não existem corpos mais ou menos valiosos. Neste sentido, propendemos a sufragar o entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo os quais, «enquanto direito fundamental, o direito à vida só pode ser titulado por pessoas (...): (1) (...) vivas (a partir do acto de nascimento) e não pessoas mortas (...); (2) todas as pessoas físicas e não as pessoas colectivas; (3) pessoas de todas as nacionalidades, raças e credos»¹⁸⁴.

É esse corpo [humano] da «pessoa nascida com vida», que se assumirá como essencial objeto pressuposto na nossa investigação.

No exercício de delimitação do objeto do nosso estudo está, pois, pressuposta uma preocupação de índole predominantemente antropológica, no que respeita à identificação do seu conteúdo.

Jacques Monod, em *O Acaso e a Necessidade (Le Hasard et la Nécessité, 1970*¹⁸⁵), sustentou a dimensão exclusivamente *biológica* do Homem, com isso sugerindo a degradação de qualquer domínio de consideração sobre qualquer dimensão não biológica ou do domínio da *espiritualidade* do Ser humano, que ficaria relegada para aspetos inerentes à Fé, crença ou convicção, definitivamente estranha às considerações empírico-científicas.

Por seu lado, James Rachels, na obra *The end of life: euthanasia and morality*, apresenta-nos uma “nova compreensão da sacralidade da vida humana”, propondo a coexistência de duas dimensões do significado da vida: o sentido biológico e o sentido biográfico.

A dimensão meramente biológica da pessoa em nada o diferenciaria dos restantes animais, assentando nas necessidades de satisfação das necessidades vitais e básicas, como respirar, beber, comer e dormir. Estar vivo, no sentido *biográfico*, é o que permite suportar atividades de carácter não estritamente *biologista*, como ler, ver um filme, apreciar uma peça musical, criar ou apreciar objetos artísticos, aderir ou repudiar credos religiosos, programas políticos, enfim todo um conjunto preocupações e ações que envolvem a capacidade de fruição e de socialização da pessoa como ser social. Um indivíduo em estado vegetativo persistente irreversível não detém *vida biográfica*, no conceito de pessoa para tal posição filosófica.

Peter Singer, na esteira de John Locke, aceitando as bases daquela proposta, por seu turno, sugere uma formulação ainda mais desconcertante, tributário de um original e

¹⁸⁴ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Vol. 1, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, p. 447 e ss.

¹⁸⁵ Pub. Europa-América, Mem Martins, reimp., 2002.

provocatório utilitarismo bioético¹⁸⁶, interrogando-se sobre se a designação *ser humano* não será ambígua e se não deverá ser abandonada. Questionando a univocidade dessa categoria tradicional, propugna mesmo o abandono daquele termo englobante e a sua substituição pelos de membro da espécie *homo sapiens* – para os indivíduos que estejam reduzidos ao sentido biológico da vida – e de *pessoa* – reservada para os indivíduos com capacidade de (man)ter um sentido biográfico das suas vidas. Os referidos sentidos podem, pois, não coexistir no mesmo indivíduo. Ancorado em experiências da etologia, o Autor chega a admitir na categoria de “pessoa” determinados símios e outros animais, que desenvolvem comportamentos assimiláveis a comportamentos humanos ou que os mimetizam, do mesmo passo que dela exclui indivíduos humanos que são portadores de deficiências profundas e irreversíveis, crianças e indivíduos com patologias degenerativas da senilidade ou de outra natureza. O equívoco de Peter Singer, ao rejeitar qualquer atitude “especista” e ao defender uma identidade de consideração dos interesses e funções ecossistémicos de todos os seres vivos, parece decorrer da incapacidade (e impossibilidade?) de sugerir fundamentos consistentes para, nos planos racional e intuitivo, conferir uma equiparação do mesmo nível de dignidade aos seres humanos e não humanos.

Linhas de abordagem totalmente opostas, tributárias de um fundamento jusfilosófico ancorado na sacralidade (ou santidade) da vida humana, é, p. ex., representada por Silva Sánchez¹⁸⁷, ao insurgir-se contra a negação do estatuto de pessoa humana dos concebidos não nascidos, a que certas conceções ético-jurídicas vieram mitigar a proteção do direito à vida, através da exclusão da ilicitude de certos comportamentos abortivos.

Estas conceções foram aqui convocadas como contributos ilustrativos para a aproximação crítica à definição do objeto da nossa investigação. Não subscrevemos a noção de “pessoa” que Peter Singer¹⁸⁸ e Gary Varner¹⁸⁹ propõem, uma vez que o próximo passo lógico de uma tal posição, seria o de relativizar o valor das vidas humanas, graduando a sua dignidade e importância e, como tal, de negar o mesmo alcance de tutela a todas as pessoas humanas, porventura colocadas em plano inferior ao conteúdo da tutela jurídica conferida a animais não humanos. Em suma, uma tal noção desconsidera o pressuposto de que a dignidade é pressuposto ontológico dos seres humanos. Sem embargo de se reconhecer o seu propósito eminentemente especulativo e conceitual, não podem esquecer-se as perigosíssimas derivas e consequências político-sociais que conceções semelhantes já favoreceram ou

¹⁸⁶ Caracterizando-se por o sentido bom ou mau de uma escolha ter mais a ver com as suas previsíveis consequências do que com o significado de valores e princípios abstratos.

¹⁸⁷ Cfr. «Os indesejados como inimigos: a exclusão de seres humanos do *status personae*», *loc. cit.*

¹⁸⁸ *Libertação Animal*, ViaOptima, Oficina Editorial Ld.ª, Porto, 2000.

¹⁸⁹ «Animals», *Life Science Ethics* (Gary L. Comstock, ed.), Iowa State Press, Ames, 2002.

fundamentaram, como as de domínio e supra-infra ordenação de certas “raças” relativamente a outras (de que o nazismo foi talvez a mais paradigmática manifestação, com as famigeradas teoria e práticas do “aniquilamento de vidas que não vale a pena serem vividas”¹⁹⁰), de um certo utilitarismo social, ou de um eugenismo com finalidades científico-experimentais, demográficas ou políticas¹⁹¹.

Com estas considerações, associamos ao conceito de pessoa com vida os atributos suscetíveis de ser sujeito de fruição de prazeres, de sofrimento com desgostos, de ter interesses e manifestar emoções e sentimentos, reconhecendo-se a si como ser único e distinto dos outros, o que traduz uma noção de *autonomia pessoal*. Autonomia não no sentido estritamente físico ou psico-motor, mas no sentido comunicacional, em que, p. ex., um tetraplégico, apesar de não ser auto-suficiente, e poder estar absolutamente dependente de terceiros para prosseguir as suas atividades básicas, possa continuar a manifestar uma consciência, opções e interesses próprios e atuar de acordo com eles. Este indivíduo não pode fisicamente, ou materialmente, cometer certos tipos de crime que pressuponham o emprego de certas dimensões do corpo, sendo certo que não está corporalmente impedido de cometer outros – enquanto executor ou autor material –, como p. ex. crimes informáticos, tributários, económico-financeiros, contra o património, etc. Mas esse indivíduo, pode, por outro lado, corporeamente, emitir enunciados que o volvam em participante ou co-autor moral de qualquer tipo de crime.

O critério de reconhecimento de um corpo de pessoa nascida com vida, faz-se por antinomia ao da verificação da morte.

Juridicamente, o evento da morte significa a *cessação da vida*. Mas esta definição carece de três precisões. Em primeiro lugar, trata-se da cessação da vida corporal. Em segundo lugar, neste sentido, falar de morte, pressupõe ser um estado global¹⁹². Por último, a própria definição legal de morte basta-se com essas exigências, ao ser equiparada, no nosso ordenamento positivo, à «cessação irreversível das funções do tronco cerebral»¹⁹³.

¹⁹⁰ Cfr., defendendo a exclusão dessa proposta do conceito mais amplo de «eutanásia», FIGUEIREDO DIAS, «A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal», *RLJ*, Ano 137.º - N.º 3949, mar.-abr. 2008, p. 204.

¹⁹¹ Cfr., para uma abordagem global, HELENA PEREIRA DE MELO, «O Eugenismo e o Direito», in *Manual de Biodireito*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 17-91.

¹⁹² A precisão é necessária porque afasta da definição a exigência da cessação ou falência das funções de todos os sistemas, órgãos e tecidos do corpo. Note-se que a possibilidade de êxito de colheita de alguns órgãos e tecidos são potenciadas por técnicas de reanimação, sem que tal represente (bem pelo contrário) uma reversão do estado da morte.

¹⁹³ Cfr., a propósito do conceito de «morte encefálica», enquanto cessação irreversível das funções do encefalo (ou seja, dos hemisférios cerebrais, do tronco encefálico e do cerebelo), MARIA AUXILIADORA MINAHIM, «Função do direito na disciplina da pesquisa e prática biomédicas», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (Maria do Céu Patrão Neves - Manuela Lima, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 157.

2.1.3. O corpo *não significante*: os “processos de cadáveres”

Estão, igualmente, excluídos da esfera das nossas cogitações, por razões óbvias, os problemas potencialmente emergentes dos famigerados “processos de cadáveres” ou “processos contra cadáveres”, que atualmente não passam de uma curiosidade histórica, mas que foram uma crua realidade¹⁹⁴. Apesar de na maioria das civilizações, mesmo nas mais primitivas, se aceitar o princípio de que a morte do culpado extingue a responsabilidade pelo facto ilícito, o certo é que se entendia, também, que certos crimes, especialmente “hediondos” ou reprováveis, mereciam um tratamento tão exemplar que justificavam, ainda que o responsável – real ou suposto – tivesse falecido, que deveria ser “julgado e punido”¹⁹⁵. Um caso particular que podia fundamentar a instauração de processo contra o cadáver, era o suicídio, em que o cadáver do suicida era invariavelmente “punido”, sendo esta hostilidade para com tal prática explicada por diversos motivos, além das considerações religiosas de que “o suicida é o homicida de si próprio” e de que “aquele que se não poupa a si próprio, muito menos poupará o seu semelhante”. Sobretudo a partir do séc. I., havia motivações fiscais, face a práticas suicidárias de acusados por delitos diversos, que assim pretendiam impedir o confisco dos bens e a anulação do testamento; por isso, os imperadores providenciaram uma série de disposições tendentes a sancionar com severidade esses comportamentos, no “corpo” do próprio suicida, sem impedir a anulação dos testamentos e o confisco dos bens que coubessem pela prática dos crimes anteriores.

A Igreja Católica, conquanto repudiasse o suicídio – tendo Nicolau I proibido a celebração de eucaristia por intenção de suicidas, bem como sepultura ou qualquer ofício religioso – permaneceu omissa quanto à instauração de processos contra cadáveres, prática que foi disseminada pelos ordenamentos sancionatórios europeus. Também os crimes de conspiração e de lesa-majestade justificavam a instauração de processo contra os seus agentes, mesmo depois da sua morte, o que frequentemente ocorria de forma arbitrária e sumária.

Estas práticas, que se prolongaram praticamente até à Revolução Francesa, foram superadas por intercessão dos filósofos iluministas e reformadores do séc. XVIII e, decisivamente, pelo pensamento e magistério de Voltaire, que se insurge contra as infâmias

¹⁹⁴ Cfr. JEAN IMBERT e GEORGES LEVASSEUR, *O Poder, os Juízes e os Carrascos – 25 séculos de repressão*, Estúdios Cor, Lisboa, s.d., pp. 207-212.

¹⁹⁵ Ilustram esta realidade, p. ex., os casos de processos contra as múmias de cidadãos suspeitos de crimes graves – podendo ficar privado de sepultura ou, caso se tratasse de personalidade de relevo, ser o seu nome apagado de todos os locais – contra os cadáveres de tiranos ou revolucionários na Grécia Antiga, contra os cadáveres dos suicidas em Roma, onde, por édito oficial de Tarquínio, o Antigo, os cadáveres dos suicidas que se recusavam aos longos e penosos trabalhos de construção dos esgotos da cidade, eram crucificados ou lançados às feras. Por vezes, as ossadas dos cadáveres chegavam a ser desenterradas e queimadas, e a descendência do defunto declarada desonrada.

que implicavam, argumentando-se que os Antigo e Novo Testamentos «nunca proibiram ao homem abandonar a vida quando já a não pudesse suportar»¹⁹⁶.

Não é, no entanto, por contraposição à realidade histórica dos processos de cadáveres que centramos a nossa atenção no *corpo com vida*, pela simples razão de que, atualmente, uma tal antinomia carece de objeto. A alusão aos processos de cadáveres apenas evidencia um tempo histórico-civilizacional em que foi concebida uma possibilidade de punir a “memória dos infratores” [mesmo após a sua morte] e, assim, provocar a sua ostracização social e civil, conjugando o simbolismo da punição à materialidade do procedimento. Estas realidades encontram-se, hoje, como é sabido, definitivamente superadas nos sistemas jurídicos do nosso espaço civilizacional e jurídico-cultural¹⁹⁷.

A morte, enquanto causa de extinção do procedimento criminal ou da pena – acervo jurídico-cultural praticamente universal, pelo menos no contexto dos ordenamentos jurídico-penais de Estados de direito¹⁹⁸ –, relativamente à pessoa suscetível de responsabilização, demonstra o desinteresse por parte do Estado e do direito na afirmação de qualquer pretensão punitiva¹⁹⁹. Como tal, o seu corpo deixa de ser jurídico-processualmente relevante, cessando todo o tipo de considerações que podem colocar-se, em termos jurídico-probatórios, relativamente ao corpo de pessoas vivas²⁰⁰.

O interesse jurídico-probatório do cadáver é, pois, nulo, no sentido de permitir uma putativa produção de elementos auto-incriminatórios²⁰¹. Por isso, tem já sido pertinentemente observado que o exame necrópsico ou a recolha de material biológico de/em cadáver pertence a outra ordem de considerações que não a da disciplina das ingerências corporais, uma vez que

¹⁹⁶ *Comentário ao Livro dos Delitos e das Penas*, 1766, § XIX.

¹⁹⁷ Sem embargo de, ocasionalmente, se tomar conhecimento de práticas que remetem esses métodos em países como a Rússia, onde aparentemente, em março de 2013, se terá iniciado o julgamento a título póstumo de Sergei Magnitski, um advogado e ativista político que denunciou uma rede de corrupção de funcionários e dirigentes da burocracia russa, e que morreu na prisão em 2009, em circunstâncias descritas pela sua família como “suspeitas”. Terá sido a primeira vez que a justiça russa julga um arguido, entretanto falecido, por acusações de fraude e evasão fiscal. Cfr. notícia no link: <http://www.publico.pt/mundo/jornal/sergei-magnitski-e-o-primeiro-morto-a-ser-julgado-na-russia-26198536>.

¹⁹⁸ Cfr. artigos 127.º, n.º 1 e 128.º, n.º 1 do CP, 125.º, 1.º do Código Penal de 1886, 130.º, n.º 1 § 1.º do Código Penal espanhol, 133-1 do Código Penal francês, 119.º e 120.º, n.º 1 do Código Penal de Macau.

¹⁹⁹ Não assim quanto a eventuais pretensões indemnizatórias civis, cuja responsabilidade pela inerente consequência de um facto ilícito típico, pode, como é sabido, ser encabeçada pelos herdeiros.

Alguns sistemas, como o francês, prevêm expressamente a prossecução dos procedimentos de execução de multa e de custas judiciais ou de confisco, mesmo após o falecimento do condenado ou da dissolução da pessoa coletiva, até ao encerramento das operações de liquidação (art. 133-1 parte final do Código Penal francês)

²⁰⁰ Sem embargo de ser discutível, no plano processual civil, se os herdeiros podem recusar-se à exumação do cadáver de pretensão progenitor, em ação de investigação de paternidade, com os efeitos do (ex) art. 519.º do CPC, com vista à recolha de células ou tecidos para determinação direta da paternidade biológica. No sentido afirmativo, cfr. Acs RP de 30-06-2008 (rel. Des. Sousa Lameira), de 03-11-2010 (rel. Des. M. Cecília Agante), de 12-12-2011 (rel. Des. Ana Paula Amorim). Em sentido contrário, admitindo a suscetibilidade de autorização de perícia através de ADN após exumação de cadáver, cfr. Acs STJ de 15-12-2011 (rel. Cons. Álvaro Rodrigues) e de 24-05-2012 (rel. Cons. Serra Baptista), Ac RC de 24-04-2012 (rel. Des. Virgílio Mateus) e Ac RP de 30-05-2013 (rel. Des. Ana Paula Lobo).

²⁰¹ Assim, INÉS IGLESIAS CANLE, *Investigación Penal sobre el Cuerpo Humano y Prueba Científica*, Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 15

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

se não fazem sentir já quaisquer necessidades de ponderação e articulação entre os interesses subjacentes ao direito à privacidade, à presunção de inocência, à integridade corporal e autodeterminação informacional em contraposição aos interesses da integridade da investigação criminal²⁰².

Pode discutir-se se, a pretexto da necessidade de averiguação da responsabilidade criminal de participantes de uma pessoa falecida em factos delituosos, a produção de efeitos probatórios no cadáver deveria convocar outro tipo de precauções, no sentido de acautelar o direito de defesa daqueles, já que a indagação probatória sobre o cadáver de um participante em certos factos pode revelar-se de importância crucial para a incriminação dos demais (não falecidos). E, nessa medida, pode ser controverso o modo de classificação do regime processual probatório das intervenções sobre o cadáver, em face da plausível afetação da posição processual de terceiros participantes num facto criminoso (*v.g.* a localização de embalagens de droga no aparelho digestivo, a deteção de presença de substâncias de consumo ilícito, a presença de vestígios biológicos). Ainda assim, cremos não poder ser transposto o regime probatório sobre o corpo de pessoas vivas para a investigação probatória sobre o cadáver, independentemente da produção de efeitos probatórios sobre terceiros.

O que pretendemos significar com a nossa preocupação sobre o corpo da pessoa com vida é, por outro lado, conferir centralidade ao corpo da pessoa auto-consciente, dotada das suas funções vitais, exteriorizando uma vontade própria de agir. Ou seja, além do óbvio pressuposto de ser dotado de vida, o corpo que releva para o nosso objeto de estudo, deve ser o corpo de pessoa jurídico-criminalmente imputável ou inimputável a quem possa ser aplicável uma medida de segurança. A nossa investigação mantém-se centrada no quadro da ciência jurídico-criminal e processual penal.

Neste sentido, excluir-se-ão do nosso imediato objeto de preocupação as considerações respeitantes às consequências jurídicas de manifestações formais de vontade de pessoas, definitiva ou temporariamente, fáctica ou juridicamente, incapacitadas, através de representantes (legais ou voluntários), e que comunicacionalmente podem ser geradores de alguma espécie de responsabilidade do “representado”. Aqui, o significado do *corpo humano com*

²⁰² Parece-nos que nos casos de recolha de amostras biológicas em cadáver (*v.g.* para determinação do estado de afetação de alcoolemia ou drogas, através de sangue e urina, ou para a deteção de vestígios de outras substâncias tóxicas, através do conteúdo gástrico), o regime a convocar será o da apreensão e não o das ingerências corporais. Essa é, expressamente, a posição da doutrina alemã, visto que, como refere C. ROXIN, «(...) um morto não pode ser testemunha, a extracção de sangue de um falecido (por ex. vítima de um acidente), não pode ser apreciada nos termos do § 81c, para esclarecer a questão da sua culpabilidade; pelo contrário, a opinião dominante permite aqui a apreensão do sangue e a intervenção necessária para tal fim, nos termos do § 94» [*Strafverfahrensrecht*, München, C.H. Beck (trad. da 25.ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, com o título *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires), 2003, p. 296]. Cfr., a este propósito, M. PILAR ALHAMBRA PÉREZ – LUÍS SEGURA ABAD, *El Alcohol: Aspectos civiles, penales, administrativos y laborales. Jurisdicción de menores. Valoración de la práctica médico-forense*, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 593-605.

vida não revestirá interesse, dado que comunicacionalmente a pessoa só interagiu no ordenamento jurídico por interposta pessoa – justamente, o seu representante ou gestor de negócios – não tendo, portanto, havido um verdadeiro e autêntico emprego do corpo próprio, sequer ao nível da mera representação consciente, cujo registo seja escrutinável.

Para a economia do presente trabalho interessar-nos-á, pois, a consideração de um conceito de corpo de pessoa nascida, com vida e que suscite a preocupação do direito, designadamente do direito criminal.

Ponto é que se delimitem as circunstâncias e o modo como tal atenção pode ser suscitada: importará preponderantemente o corpo da pessoa – imputável ou inimputável – que incorre nas consequências sancionatórias de uma conduta tipicamente incriminada na lei penal (*tatbestand*). Da pessoa que pode ser suspeita da prática de um crime e sujeita a um concreto procedimento criminal, em que se coloquem necessidades ou exigências probatórias sobre o seu corpo, como meio de estabelecer uma certeza [processualmente válida] tendente à reconstrução histórica da verdade material, enquanto desiderato último a alcançar.

2.1.4. O corpo *não imediatamente significante*: o corpo das vítimas de crimes e de terceiros

Apesar de haver necessidades – e, mesmo, exigências – processuais probatórias que incidem sobre o corpo de pessoas vítimas de certos tipos de crime, na vertente que nos importa, as ingerências que as mesmas possam constituir relevam para a incriminação de um *terceiro*, que é o suspeito da prática do facto ilícito.

Nesses casos, a relevância assumida pelos resultados de certas ingerências corporais probatórias nas vítimas de crimes – para além do quase sempre constante consentimento para a ingerência –, pode ser decisiva no sentido de contribuir para o estabelecimento da responsabilidade criminal/culpabilidade do agente suspeito. Mas não suscitará, por via de regra, os mesmos problemas jurídicos que se colocam no tocante à ponderação a respeito do conteúdo material do direito de defesa, como os que o direito ao silêncio e da não violação da integridade física e moral ou os princípios da presunção de inocência e *nemo tenetur in se ipsum accusare* impõem relativamente à posição processual do imputado.

Será, por isso, a nosso ver, inteiramente improcedente uma argumentação no sentido da admissibilidade de oposição do arguido/suspeito a que possa valorar-se [em seu desfavor] o resultado pericial de vestígios biológicos seus, encontrados no corpo ou em roupas da vítima de um crime ou de terceiros, para cuja recolha e tratamento não tenha dado o consentimento. A aceitar-se um tal entendimento, entrar-se-ia num injustificado patamar de tutela da privacidade ou da reserva de intimidade da vida privada do imputado, da autodeterminação

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

informativa, ao excluir das prerrogativas da investigação criminal a possibilidade de recolher, apreender, preservar e tratar amostras biológicas²⁰³ encontradas pela polícia no corpo ou em roupas da pessoa vítima ou no local do crime. Com a consumação da prática dos factos criminosos e com o abandono ou desprendimento de vestígios biológicos do corpo da pessoa suspeita, eles são passíveis de livre apreensão, análise e valoração probatória, sem que se careça de qualquer autorização por parte do seu autor ou produtor para o respetivo processamento e apreciação de relevância probatórios. Parece que a partir do momento em que o agente deixa uma “marca” no mundo exterior, estabelece-se um registo comunicacional de vida em relação, logo de livre acesso pelas autoridades, desde que tais atividades sejam levadas a cabo de acordo com as regras (critérios de indispensabilidade, necessidade, proporcionalidade e adequação) e as finalidades (estrito esclarecimento da autoria/comparticipação de crimes graves e integridade da investigação criminal) previstas no ordenamento processual, e posto que observada a integridade da cadeia de custódia.

A realidade corporal das pessoas vítimas ou ofendidas pela prática de crimes, ou de terceiros, não constituirá objeto essencial da nossa investigação, uma vez que relativamente a elas não se colocam as mesmas problemáticas de admissibilidade e compatibilização de valores e de interesses que estão subjacentes à sujeição dos imputados a medidas de ingerência corporal probatória, por poderem constituir meios aptos a estabelecer e conduzir à responsabilização criminal destes.

Com efeito, no plano da posição processual da vítima (ofendido pelo facto qualificado pela lei como crime²⁰⁴), não julgamos constituir um encargo ilegítimo nem desproporcionado para o seu estatuto – dado ser ele quem apresentou queixa ou a quem o Estado dispensa oficiosamente proteção [atendendo à natureza pública do crime indiciado] – poder obter-se o seu concurso corporal para a investigação dos factos, com base no seu consentimento presumido. Esse concurso e participação corporal ativa no processo, efetuar-se-ia mediante a sua comparência, disponibilidade ou presença física (sujeição a exames e perícias médico-legais) e o acesso a informação de saúde (ficheiros clínicos, registos de meios auxiliares de diagnóstico, admissibilidade de declarações de peritos).

Crê-se que esta construção não importa a constituição de um dever de colaboração incompatível com a dignidade humana ou com uma inadmissível revelação de dados pessoais relativos a informação de saúde, uma vez que seriam restringidos por um princípio de

²⁰³ «Amostras problema», como se lhes refere a Lei n.º 5/2008 em matéria de análises de ADN.

²⁰⁴ Definido, entre nós, como «o titular dos interesses que a lei quis proteger com a incriminação» - artigos 113.º, n.º 3 do CP e 68.º, n.º 1, al. a) do CPP.

especialidade, de acordo com o qual apenas se acederia aos dados relevantes e estritamente necessários para a prova de um facto essencial à investigação, vedando-se o acesso ou eliminando-se os outros. E, por outro lado, poderia uma tal intervenção ser, a todo o tempo, invertida, mediante uma decisão de *opting out*, pela qual a vítima poderia contrariar a presunção de consentimento, opondo-se à aquisição de elementos probatórios a partir do seu próprio corpo. A consequência – processual – não poderia ser outra senão a de a prova dos factos ter de ser apreciada e valorada na ausência dos elementos que decorreriam do resultado da “colaboração e participação corporal” da vítima em diligências processuais (de exames, perícias, etc), sem que isso significasse a renúncia (se ocorrer antes da queixa), desistência ou perdão implícitos.

Estamos persuadidos que tal não implica a imposição de um desproporcionado e ilegítimo dever de «colaboração corporal» processual, uma vez que a pessoa preserva sempre a prerrogativa de não revelar, ou não revelar em toda a extensão pretendida pelas autoridades processuais, dados ou informações do foro privado (respeitantes ao estado de saúde) ainda que sujeitos aos regimes do segredo médico e, eventualmente, do segredo de justiça (o qual é, como se sabe, substancialmente menos intenso, e temporalmente menos extenso do que aquele).

Será, por isso, de fácil compreensão o motivo que nos conduz à centralidade das considerações respeitantes ao corpo da pessoa humana com vida, respeitante ao imputado de factos típicos ilícitos e qualificados como crime, por ser relativamente a este que se colocarão as maiores dificuldades de articulação, ponderação e eventual concordância de interesses em conflito ou entre os quais que se fará sentir a necessidade de uma opção por soluções de prevalência de uns em detrimento de outros ou de ponderação e articulação de acordo com critérios de concordância prática.

O corpo das vítimas de crimes ou de terceiras pessoas (*v.g.* familiares a quem é pedida colaboração para identificação de pessoas suspeitas)²⁰⁵ pode, assim, assumir relevo no tocante à questão do consentimento para medidas – que não *ingerências*, por nunca se preordenarem à produção de quaisquer efeitos eventualmente “auto-incriminatórios” – corporais probatórias²⁰⁶.

²⁰⁵ Cfr. art. 67.º-A do CPP.

²⁰⁶ Cfr., com maior desenvolvimento, *infra* 6.2.3.

2.2. Vida humana e corpo humano: a busca de referentes jusnormativos à luz dos paradigmas bioéticos

O corpo humano é, essencialmente, algo diferente de um organismo animal.
Martin Heidegger

Ao longo da História, afirmaram-se três dimensões essenciais em torno da natureza (da vida) humana, precipitando-se nos conceitos de *Homem*, de *pessoa* e de *sujeito*.

Na evolução do conceito de Homem, que poderíamos sincreticamente definir como o reconhecimento do Homem face aos restantes animais, avultam as representações do *Homo faber* – o ser que produz artefactos que – do *Homo laborens* – como ser que trabalha com esses utensílios – e do *Homo oeconomicus* – o ser dotado de potencial de rentabilidade ou eficiência económica e que assegura a sua subsistência através de uma planificação grupal ou comunitária. O Homem, enquanto ser que pode ser definido como ser vivo dotado de palavra e pensamento (*homo sapiens*, *ζῷον λογὸν ἔχον*), pode sê-lo, também, como ser vivo que agindo dá à sociedade a forma de cidade regida por lei (*ζῷον πολιτικόν*).

Em todas essas dimensões se constata, todavia, a ausência de uma das principais características do homem: a sua mutabilidade ou variabilidade. O Homem, ao contrário dos restantes animais, como ser social que é e vive, não se repete de geração em geração. Não permanece imutável. Não se revê integralmente como nas gerações anteriores.

No conceito de pessoa afirma-se o propósito de reconhecer um estatuto jurídico-político do ser humano, distinto dos outros seres vivos e enquanto titular de uma qualidade que deles o separa: a personalidade. Com isso se consuma o estabelecimento de um sistema de poder antropocêntrico, em que o Homem, tomado como «medida de todas as coisas», subordina instrumentalmente toda a restante Natureza aos seus desígnios e às suas necessidades, supostas ou reais.

À categorização da noção de sujeito chega-se por impulso da filosofia, da psicologia e das ciências cognitvas, de acordo com cujos contributos o *sujeito* é simultaneamente o corpo que pensa e o corpo que ele pensa, o corpo que é e o corpo que tem.

Estes três momentos na concetualização de uma única realidade – o ser humano – demonstram que a mesma é insuscetível de compreensão através de significações lineares ou mono-discursivas.

O ponto de focagem que nos ocupa é, no entanto, o da localização do corpo, como estrutura somática, que potencia a base da (auto-)consciência da pessoa jurídica, dotada do complexo de direitos e deveres que os sistemas jurídicos ordenam, de acordo com lógicas de

variabilidade política (comunismo, nazismo, fascismo), filosófica, religiosa (judaísmo, cristianismo, islão, hinduísmo) ou económica (economias planificadas, de mercado ou mistas).

Havendo uma questão prévia fundacional a toda a ordem jurídica, ela envolverá, sem dúvida, os termos da conceptualização da pessoa humana como sujeito de direito (e de direitos). Trata-se de uma questão prévia autenticamente onto-cognitiva.

A ambiguidade da pergunta “O que é ser Pessoa para o Direito?” manifesta-se numa dupla significação; ela pode ser entendida como a pergunta sobre qual a imagem da pessoa para o direito, por um lado, e, por outro, o que é que a condição de pessoa implica para o direito²⁰⁷.

A resposta à primeira questão confrontar-se-á com uma noção normativa de pessoa, ao indagar-se do recorte que os institutos e normas juspositivas metodologicamente convocados fazem de tal conceito. A resposta à segunda questão contende já com aspetos onto-antropológicos, de forma a procurar averiguar a natureza da realidade da pessoa materialmente considerada e, conseqüentemente, quais as repercussões que emergem da respetiva conclusão para a discursividade jurídica.

A ponderação da densidade ontológica da pessoa humana é, simultaneamente, a questão prévia da “abordagem normativa” do discurso jurídico, mas também a «dimensão última no processo da realização jurídica»²⁰⁸. É, ao mesmo tempo, a sua fonte e a sua foz.

Note-se que, para o direito não releva especialmente o conceito de *homem*, mas o de *pessoa*, em parte também devido a objeções e críticas linguísticas em função da discriminação de género²⁰⁹. Embora o conceito de *homem* não seja indiferente nem ignorado para o direito, uma vez que releva no âmbito do direito internacional, até com a autonomização do direito internacional humanitário, o ponto é que nos ordenamentos jurídicos domésticos, os Estados não adotam o termo com frequência. É certo que o termo *homem* pode colocar, de facto, dificuldades hermenêutico-lexicais no estrito âmbito da técnica legislativa. Por isso, tem sido privilegiado e mais utilizado em muitas disposições normativas fundamentais o termo “pessoa”, não por levar implícita qualquer opção ontológico-conceitual de fundo, mas, justamente, para evitar problemas de interpretação e objeções de potencial discriminação

²⁰⁷ Neste sentido, DIOGO COSTA GONÇALVES, «Pessoa e Ontologia: Uma Questão Prévia da Ordem Jurídica», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 127.

²⁰⁸ DIOGO COSTA GONÇALVES, «Pessoa e Ontologia: ...», *loc. cit.*, p. 129.

²⁰⁹ São conhecidas objeções de natureza de discriminação de género à designação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no sentido de ser alterada a sua designação para *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, que corresponderia à designação das instituições homólogas Corte Interamericana dos Direitos Humanos (da OEA) e Tribunal Africano para os Direitos Humanos (da OUA), encarregadas de interpretar e julgar a conformidade dos ordenamentos jurídicos e decisões judiciais, respetivamente, com a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Entre nós, cfr. a Resolução da AR n.º 39/2013, de 08-03 (Recomendação relativa à adoção por entidades públicas e privadas da expressão universalista para referenciar os direitos humanos).

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

terminológica de género²¹⁰. De resto, haveria seguramente alternativas terminológicas equivalentes, mas mais ambíguas e vagas, como os termos “outrem” ou “alguém”²¹¹, opções em todo o caso geralmente preteridas em diplomas legislativos mais recentes.

Todavia, identificar *pessoa* com *Homem*, mesmo em termos de uma “ciência pura do direito” – expurgada, numa utopia positivista, de influências morais, religiosas, políticas ou económicas – é redutor. Desde logo, porque os ordenamentos jurídicos se fundam em conceções filosófico-antropológicas muito diversas. Isto não significa que nos distanciemos irreversivelmente de uma conceção que busque a identificação entre Homem e Pessoa.

Assim, comungamos a ideia de que todos os indivíduos que pertençam à espécie humana têm a natureza e o estatuto de pessoa – *ubi homo sapiens, ibi persona* – proposição que não colhe, como é sabido a unanimidade de correntes de pensamento eco-antropológico e filosófico, bastando recordar as posições de um *utilitarismo ético* de Peter Singer ou de H. Tristram Engelhardt Jr.. Peter Singer expressa o seu pensamento nuclear sobre a *des-humanidade* ou a *não-humanidade* dos seres humanos, a partir da constatação das desigualdades objetivas entre eles, da seguinte forma: «Também me parece duvidosa a ideia de existir uma dignidade intocável, independentemente da aptidão mental. Se pensarmos no caso extremo do anencefálico, o bebé que nasce sem córtex, e portanto sem qualquer capacidade de consciência ou relacionamento com outros seres humanos, embora sendo um ser humano vivo, não penso que tenha uma dignidade que necessite de protecção. Eu não pretenderia seguramente elevar a sua dignidade da dos animais não humanos que, segundo este documento²¹², parece não terem a mesma dignidade e valor intrínseco que qualquer ser humano tem. Rejeito o argumento de que qualquer ser humano tem esta dignidade simplesmente pelo facto de ser membro da espécie *Homo sapiens*»²¹³.

Engelhardt sustenta, como se sabe, posição muito próxima, estabelecendo uma distinção entre “human biological” e “human personal life”, com o que introduz a distinção entre os indivíduos auto-conscientes dos não auto-conscientes – aí se incluindo os fetos, embriões, recém-nascidos, deficientes mentais, senis – os quais seriam excluídos da *comunidade moral*, por serem “não-pessoas”²¹⁴.

²¹⁰ Cfr, a esse propósito e exemplificativamente, as previsões fundamentais, em qualquer ordem jurídica, do tipo de crime de homicídio – art. 131.º do CP português, art. 122.º do CP caboverdiano e art. 107.º do CP da Guiné-Bissau).

²¹¹ Aliás, é esta expressão que integra a singular formulação do art. 121.º do CP brasileiro: «Homicídio simples Art. 121.º Matar alguém. Pena: reclusão, de seis a vinte anos».

²¹² O Autor refere-se à «Declaração Universal para uma Ética Global». Este documento, comentários e debate, encontram-se acessíveis no sítio: <http://globlethic.org/center/declarel.htm> (acedido em 15-10-2013). Cfr., também, *For All Life: Towards a Universal Declaration of a Global Ethic* (LEONARD SWIDLER, org), White Cloud Press, 1999.

²¹³ «Ética para um só mundo», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Dom Quixote, Lisboa, 2009, p. 711.

²¹⁴ *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, 1996.

Não nos parece viável, como já antecipámos, conceber a existência de seres humanos a quem não seja reconhecido o estatuto jurídico de pessoa, ainda que conhecendo limitações, impostas por razões de ordem etária, nosológica (física ou mental) ou de outra natureza, que implicam a restrição ou perturbação, temporária ou definitiva, do pleno exercício de direitos e faculdades jurídicos.

O ser humano impõe-se, pois, ao direito, antecedendo-o, reclamando apenas o reconhecimento de um complexo de poderes e deveres jurídicos que integram a [sua] personalidade, e que é atribuído pelo Estado através da ordem jurídica. Nesse sentido, o ser humano é uma entidade com significado pré-jurídico, que (s)e impõe ao Direito, como pressuposto de reivindicação daquele estatuto de direitos e deveres, o reconhecimento da sua personalidade jurídica.

Mas, a personalidade jurídica não é uma construção arbitrária ou dirigida do ordenamento jurídico. Este, limita-se a reconhecê-la como um estatuto jurídico, a sancionar a sua existência e a conferir-lhe determinada configuração e conteúdo, material e processual, revelando um direito inato que caracteriza toda a pessoa. É, nessa medida, um atributo inerente à natureza mesma do ser humano, em sentido ontológico e a sua revelação jurídica equivale ao reconhecimento do Direito do que é humano, em homenagem à eminente dignidade da pessoa.

Por isso, não constituindo embora uma construção totalmente convencional, mas, antes, a tradução para o ordenamento de uma realidade existencial pré-jurídica, a personalidade jurídica é uma categoria fundamental de todo o Direito e do sistema jurídico, cumprindo reconhecê-la como instrumento operativo matricial de qualquer ordenamento.

A construção teórica da normatividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, concretamente no âmbito do tratamento da dignidade da pessoa humana, não pode deixar de convocar alguns tópicos filosóficos de inspiração kantiana.

Inicialmente postulado a propósito da especulação filosófica racionalista moderna, e logo transposto para a Ética, o primado da dignidade da pessoa humana ganhou foros de proeminente relevância jurídica na generalidade dos ordenamentos constitucionais dos Estados modernos e contemporâneos.

Como é sabido, Kant procura explicar o *imperativo categórico* de acordo com a formulação “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. A procura e seleção dessa máxima, sendo uma regra da nossa conduta, é que torna moral a ação, ao concluirmos que a mesma é suscetível de universalização, independentemente da religião, da ideologia, da economia ou qualquer outra esfera social,

sempre contingentes pelo meio concreto em que o sujeito se situe. Não basta, porém, a mera hipótese de uma universalização da conduta, emergente da racionalidade – e não da subjetividade –, adscrevendo-se a necessidade da postulação de um *dever*. E, para contrariar a natural propensão do indivíduo ao incumprimento do dever, impôr-se-á a consagração da coação positiva do Estado, possibilidade conferida na Constituição, que é referência ética e valorativa para os cidadãos, sendo também limite para o próprio Estado.

Sendo o homem, enquanto ser dotado de natureza racional – o que o distingue de todas as outras espécies e seres vivos²¹⁵ – o fundamento do pensamento kantiano, um tal sujeito só pode existir como fim em si mesmo. Nunca como meio. É, portanto, insuscetível de instrumentalização ou rentabilização por motivações ou determinações de ordem vária. Daqui emerge a dicotomia conceitual entre preço – das coisas, de animais, de outras realidades venais, suscetíveis de avaliação económica – e de dignidade da pessoa.

Essa condição de ser racional volve o homem, também, em único produtor de regras jurídicas, porque se consegue autodeterminar livremente, sendo a liberdade um atributo da dignidade da pessoa humana. O indivíduo²¹⁶ - pessoa humana é o centro do direito, um fim em si mesmo, o que o distingue dos outros animais.

Assim se começa a construir uma conceção moderna da dignidade da pessoa humana, como corolário de uma noção de primazia da consideração do homem para o ordenamento jurídico, tratando-se de um conceito evolutivo.

Apesar de se ter tornado um princípio fundacional da construção dos Estados modernos e contemporâneos, a ideia de uma eminente dignidade²¹⁷ da pessoa humana é também uma conquista da «razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que infelizmente marca a experiência humana»²¹⁸.

Mais do que um direito absoluto, o princípio da dignidade humana deriva do imperativo categórico kantiano, segundo o qual o homem deve agir de tal forma que a sua escolha se possa tornar na escolha universal.

²¹⁵ Em grande medida, a dicotomia “animal racional”/ “animais irracionais” é, por antonomásia, tributária dessa classificação kantiana, sabendo-se hoje, todavia, que várias espécies não humanas desenvolvem comportamentos que pressupõem alguma “racionalidade”, assimilável a aspetos elementares da racionalidade humana. Apesar de sermos teoricamente o ser *racional* por definição, não deixamos de ser a espécie mais *emocional* e, por assim dizer, mais violenta e agressiva. Parecendo um paradoxo, a verdade é que a Psicologia adaptativa tem concluído que as emoções não são elementos perturbadores, mas sim mecanismos adaptativos de primeira ordem.

²¹⁶ Na semântica religiosa cristã, o termo *indivíduo* significa justamente «indiviso, não dividido em si, subsiste por si e é racional».

²¹⁷ Termo etimologicamente originário do latim, que significa “prestígio”, “consideração”, “nobreza”, “excelência”, “aquilo que merece respeito ou reverência”, “o que deve ser objeto de primazia”.

²¹⁸ LUIZ A. RIZATTO NUNES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 46-48.

Será, pois, a pessoa humana, enquanto fim primordial na sua irreduzível dignidade e subjetividade, que justifica a intervenção do direito para a elaboração de regras destinadas a tutelar a sua dimensão existencial.

O individualismo liberal assume a ideia de pessoa como indivíduo e como sujeito de relações jurídicas. Indivíduo, não já como pertencente a uma classe coletiva, mas enquanto ser segregado (dividido) do grupo. Sujeito, com – ou contra – outros sujeitos interlocutores e com poderes de domínio sobre objetos (sejam eles coisas inanimadas, direitos ou outros bens suscetíveis de relações jurídicas). Essas asserções vieram obnubilar a concepção de pessoa, passando a privilegiar-se a ideia de indivíduo numa aceção marcadamente egoísta ou egotista, bem como a ideia de personalidade jurídica e com a noção procedimental de capacidade, conceitos que concorre(ra)m para uma certa instrumentalização da noção primordial de pessoa. Esta passa a ser o sujeito jurídico capaz de adquirir direitos, contrair obrigações e estar em juízo.

A dignidade da pessoa como princípio jurídico passa a designar não apenas o “ser da pessoa”, mas a “humanidade da pessoa”. Como expôs Bernard Edelman²¹⁹, embora o conceito de *dignidade* fosse já conhecido, e a ideia de uma dignidade própria ao homem remonte à filosofia de Kant²²⁰, a ideia da existência de uma proteção jurídica que é devida em razão da dignidade liga-se, fundamentalmente, a dois fenómenos: à barbárie nazi (que implicou a ideia de *crimes contra a humanidade*, no Tribunal de Nuremberga) e à biomedicina.

Se nas antigas concepções atropológicas grega e romana, o conceito de *persona* não tinha um conteúdo especificamente substantivo, já pela dificuldade da filosofia antiga em concretizar um conceito individualizado, já pela representação do corpo como *res* colocada no *cosmos*, alguns autores situam o surgimento de uma concepção substantiva e ontológica da pessoa com o advento da teologia cristã, como o faz Diogo Costa Gonçalves²²¹, salientando o papel das concepções filosófico-teológicas de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino²²², que precipitaram uma visão de *pessoa* identificada com *Homem*, sendo este construído como o único

²¹⁹ «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999, p. 505.

²²⁰ Kant propôs a possibilidade de uma ordem jurídica fundada em valores universais, abandonando a visão jusnaturalista fundada na existência de princípios inatos ou naturais e expõe a ideia de um “direito cosmopolita”, que se definiria, como regista no *Projeto para uma Paz Perpétua* (1790), como a regência «em todos os lugares da terra (...) de uma forma idêntica a violação do direito cosmopolita, sendo este direito um complemento necessário do código não escrito, tanto no direito civil como no direito das gentes, em vista do direito público dos homens em geral», *apud* VICENTE DE PAULO BARRETTO, «Bioética, biodireito e direitos humanos», *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Ricardo Lobo Torres Org.), Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 378.

²²¹ «Pessoa e Ontologia: Uma Questão Prévia da Ordem Jurídica», *loc. cit.*, p. 135.

²²² Definindo pessoa com *id quod est perfectissimum in tota natura* (*Summa Theologica*, I q. 29 a 3 c.).

ser querido por Deus, até culminar na proposição de Xavier Zubiri, de acordo com a qual «o homem é uma maneira finita de ser Deus»²²³.

Com o advento de uma perspetiva antropológica da subjetividade, coeva da filosofia moderna, a realidade perseguida da pessoa volta-se em procura do «sujeito cognoscente», pelo que se esbate a caracterização ôntica, operada pela teologia cristã, assumindo protagonismo a indagação de uma realidade emocional e subjetiva.

Na história do pensamento moderno pontifica Descartes (séc. XV-XVI) como o primeiro autor a apontar para uma dimensão de autoconsciência do sujeito (*cogito, ergo sum*), enquanto pessoa. O conhecimento e a perceção parecem fundar-se exclusivamente numa representação mental ou psíquica do sujeito. John Locke (séc. XVII), por seu turno, identifica o ser (“*being*”) como o centro de razão e reflexão, não sendo a pessoa mais do que consciência de si mesma. David Hume (séc. XVIII) sugere a inviabilidade de fixação de um conteúdo da noção de pessoa, a qual identifica como uma composição de sensações e de perceções, e, fazendo uma “análise interior” do seu “eu”, confessa não conseguir captar uma imagem constante de si mesmo, enquanto pessoa, dada a variabilidade de contextos em que se observa autoconscientemente. Joseph Fletcher (1905-1991), um teólogo protestante que viria no final da vida a declarar-se ateu, e que aprofundou aspetos de Ética e da Bioética, propõe um elenco de *indicadores de humanidade* que seriam auto-consciência, o autodomínio, o sentido de passado e futuro, a capacidade para a sociabilidade, apreocupação com os outros, a comunicação e, por último, a curiosidade. Neste sistema, parecem ficar de fora os recém-nascidos humanos e indivíduos vítimas de incapacidade mental profunda, ainda que se admita que pertencem à espécie *homo sapiens*. Mas, simultaneamente, estes indicadores não são, pelo menos, suficientes para afastar algumas espécies animais da noção de pessoa: serão os animais autoconscientes? Terão eles a capacidade de se reconhecerem como entidades distintas ao longo do espaço e do tempo e, sobretudo, serão eles sujeitos de interesses?

Situando a discussão sobre os tópicos em causa, nomeadamente os propostos por Peter Singer – em que o critério de distinção entre pessoa e espécime *homo sapiens* seria precisamente o de ter, ou não, “vida biográfica” (e não apenas “vida biológica”) –, há que ter presente o aviso formulado por Mireille Delmas-Marty, ao pronunciar-se sobre a hipótese de um “Direito Penal perturbador”: «Sugerir que a espécie humana seria outra coisa que a humanidade é admitir que um ser biologicamente humano poderia pertencer à espécie sem que isso signifique sua pertença à humanidade, ou seja, sem que faça parte da comunidade

²²³ *El Hombre y Dios*, Alianza Editorial S. A., 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 381, *apud*. DIOGO COSTA GONÇALVES, *loc. cit.*, p. 140 (nota 26).

humana. Dito de outro modo, aceitar a concepção que consiste em separar o crime contra a espécie humana do crime contra a humanidade é correr o risco de legitimar a desumanização do ser humano», e, mais adiante «(...) no momento em que o direito penal trata um ser humano, um animal ou a natureza, como verdadeiro ser humano – humanizar o não humano – poderia, inversamente, levar a legitimar formas de desumanização»²²⁴.

Sabido que a biotecnologia permite que se possa influir – de forma inédita e qualitativamente diferenciada – na nossa capacidade de manipular, criar, ou prolongar ou, até, de transformar a vida (e a natureza) humana, e tendo em conta os custos económicos que comporta, é fácil de intuir os problemas morais que pode implicar a definição dos critérios relativos ao universo de cidadãos que terão acesso às aplicações comprovadamente benéficas de tais conhecimentos.

Se se consegue chegar a um consenso mínimo, de inspiração kantiana, comum a várias cosmovisões, formulando-se a chamada *regra de ouro* ou *regra mínima*: «faz aos outros o que gostarias que te fizessem a ti!», a partir desse consenso, começam as divergências determinadas pela posição filosófico-cultural ou pela convicção religiosa ou ideológica. As concepções sobre a integridade humana, a dignidade humana, a definição do início e do fim da vida, a liberdade individual sobre o corpo ou a vida, a manipulação genética, a orientação sexual e identidade de género, entre outras questões, são, como se sabe, variáveis de acordo com o contexto filosófico-cultural ou ético-político. Mais, enquanto uns tomam como suficientes e adequados os instrumentos conceituais conhecidos da ética tradicional, outros consideram necessário refletir sobre a impropriedade de tais instrumentos e conceitos e sobre a sua inadaptação aos novos desafios, preferindo caminhos de um maior pragmatismo.

Tais questões, enunciadas em contextos de enquadramento eminentemente bioéticos, implicam compromissos e opções de natureza política, com consequências no plano jurídico-normativo.

Estas abordagens de sentidos divergentes e opostos, não podem deixar de ter impacto ao nível das opções e soluções legais a que haverá de se chegar para tendencialmente regular um acervo de novidades que o direito não conhecia nem tinha consciência da sua tão súbita irrupção, gerando uma falta de correspondência entre as novas realidades e o quadro conceitual de institutos e princípios jurídicos clássicos.

²²⁴ «Humanidade, espécie humana e Direito Penal», *RBCC*, Ano 21, N.º 100, jan.-fev., 2013, pp. 147-148. Estas considerações, ensaiadas a propósito da elaboração do objeto dos crimes contra a Humanidade, podem transpor-se para a problemática do *especismo* e do *utilitarismo ético*.

2.2.1. O início e o fim da vida

Quando nos propomos abordar questões jurídicas respeitantes à ingerência [probatória] sobre o corpo, evidentemente que temos pressuposto nesse conceito o corpo humano após o nascimento e antes da morte.

Para além dos riscos globais, as novas formas de construção de relações sócio-económicas – com os fenómenos de agricultura intensiva, de hiper-urbanização, de hiper-industrialização e de hiper-informação/comunicação – produzem *riscos pessoais*, que são essencialmente potenciados pela má-nutrição, pela má qualidade da água, pela deficiente infra-estruturação de sistemas sanitários, pela promiscuidade sexual, pelo consumo de tabaco e de álcool, pela errada e abusiva utilização de fármacos e outras drogas, pelo sedentarismo e pela poluição²²⁵.

Por outro lado, as incessantes descobertas das ciências da vida e da biotecnologia possibilitaram que estas tenham adquirido um estatuto preponderante no quadro das decisões políticas sobre aspetos essenciais relativos ao futuro da Humanidade e de outras espécies animais, concretamente no que respeita aos critérios de acesso aos benefícios de tais contributos.

Como refere Luís Archer, passa a ser possível à Ciência «conhecer o homem na própria raiz do seu enigma, prever o futuro e mudar a sua rota»; e, como regista Jean Rostand, «a Ciência explicará tudo e nós não ficaremos mais esclarecidos: ela fará de nós “deuses atordoados”»²²⁶.

Como se disse já, parece poder inferir-se que não interessará tanto “quando começa ou acaba a vida humana” de um ponto de vista estritamente científico-naturalístico, mas antes, em que circunstâncias é que esta é relevante do ponto de vista ético ou moral, aí se colocando, desde logo, as questões-limite da existência ou não de vida humana nas células, tecidos ou órgãos humanos isolados – inclusive os retirados a pessoas entretanto falecidas –, designadamente para fins de medicina reprodutiva, terapêutica ou transplantação, da pertença à *comunidade humana* de dementes senis, doente afetados por EVP, entre outras.

Conforme refere, noutra ângulo de abordagem, Stuart J. Younger «(...) excepto para as pessoas que escolhem os extremos (a criação de um ovo fertilizado, por um lado, e a morte da última célula do corpo, por outro), muitas pessoas estão dispostas a reconhecer que a vida *humana* ainda não começou, ou já acabou, na presença de algum nível de vida. (...) se certo

²²⁵ Cf. ALBERTO BARROS, «Genoma Humano», *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 163.

²²⁶ *Apud* STELA BARBAS, *Direito ao Património Genético* (reimp.), Almedina, Coimbra, 2006, pp. 11 e 39.

nível biológico é consistente com as situações em seres humanos de *ainda não estar vivo* e de *já estar morto*, precisamos de escolher entre qualidades específicas da vida para determinar qual/quais são tão importantes para que a sua ausência ou perda nos diga que a transição se efectuou»²²⁷. Se uma tal aporia se coloca como ponto básico nos discursos bioéticos, a mesma não poderia deixar de ter implicações na principiologia de matriz jurídica, em que, pela exigência de certeza e segurança conceituais, se procura metodologicamente apreender e definir, de uma forma fixa, os momentos do *início* e do *fim* da vida humana.

Todavia, os fenómenos elementares do início (surgimento) e do fim (cessação) da vida humana têm visto adensar-se as já tradicionais dificuldades de delimitação conceitual apontadas pela Ética, pela Religião, e pelas ciências empíricas e sociais (entre as quais o direito) que o surgimento e termo naturais da vida da pessoa humana têm colocado.

As grandes questões respeitantes ao início e ao fim da vida humana sofreram, entretanto, um significativo impacto com os contributos científicos da manipulação genética (em especial a PMA) e das técnicas de reanimação e sustentação artificial da vida. Isso implicou uma plasticidade das fronteiras das noções convencionais e consolidadas de início e de fim da vida humana vigentes anteriormente aos avanços decorrentes daquelas tecnologias.

Os problemas colocados nesses contextos extrapolam, pois, hodiernamente, os momentos da concepção e da morte do ser humano, enquanto processos naturais.

Até há algumas décadas, eram essencialmente as problemáticas do aborto e da eutanásia – perspectivadas de um ponto de vista eminentemente político-criminal e ético-jurídico –, que faziam expandir o leque de preocupações concernentes à vida humana. Estas problemáticas estavam ligadas ao debate sobre o tratamento jurídico-penal de algumas condutas humanas, quer no lado do início da vida – como, p. ex., práticas abortivas – quer no lado do “termo” ou cessação da vida – com o recurso a práticas médicas de não prolongamento da vida, para alívio da dor dos pacientes em estados de fim de vida (casos clínicos graves e irreversíveis). Mas não se encontravam ainda associadas ao conjunto de possibilidades que as técnicas de reprodução artificial assistida, de reanimação ou de transplantação de órgãos e tecidos vieram entretanto potenciar, inaugurando novos debates, essencialmente de natureza (bio)ética, sobre diversas “questões-limite”, como as colocadas pelas tecnologias de manipulação genética, no momento *inicial* da vida – com as possibilidades de procriação artificial (fecundação *in vitro* homóloga com dador de gâmetas falecido, fecundação heteróloga, maternidade de substituição, *etc*) e com os problemas emergentes da confidencialidade do dador de gâmetas, do destino de embriões excedentários, da gratuidade

²²⁷ «A Chegada da Vida e da Morte: o que nos Dizem de Uma e de Outra e de Nós Próprios», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 81 e 82.

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

ou não das transações de material genético, órgãos e tecidos – da clonagem (reprodutiva ou terapêutica), da maternidade de substituição, da morte assistida, da idoneidade de técnicas de reanimação para transplantação de órgãos, implicando questões jurídicas que transcendem, não raras vezes, as soluções positivadas e, até, sistêmicas, exigindo respostas a que o Direito só a custo vai tentando formular, de acordo com princípios pouco adequados às realidades subjacentes aos novos desafios.

As questões respeitantes à *determinação* do início da vida colocam-se mesmo antes da conceção do novo ser humano²²⁸. Mas, também no momento *terminal* da vida se coloca todo um feixe de problemas, que são hoje dotados da elasticidade proporcionada pelos problemas emergentes da biomedicina e das biotecnologias por um lado, ou pelos métodos de reanimação, suporte e assistência em estados de pré-mortalidade, por outro. Mesmo os acontecimentos naturais do nascimento e da morte levantam algumas questões que, por dependerem da interferência de considerações e conhecimentos científicos e médicos, postulam interpelações a que o direito nem sempre está apto a resolver, ou por ausência de previsão normativa ou por falta de representação das suas potenciais consequências jurídicas.

O Homem poderá vir a assumir-se como espécie tendencialmente concebida²²⁹ (e nascida?) *in vitro* e cuja morte ocorre *in machina*²³⁰.

O nascimento completo e com vida é o critério – pelo menos jurídico-civilmente inquestionável – do aparecimento da personalidade jurídica, definido no nosso Código Civil e noutros com semelhante inspiração. Esta conceção *vitalista* da personalidade jurídica, como se referiu já, decorre da proposição jurídico-normativa de considerar a personalidade jurídica (integral) apenas circunscrita às pessoas humanas nascidas com vida, sem ignorar que existe previamente ao nascimento um corpo, o corpo do nascituro, relativamente ao qual são reconhecidos certos atributos e direitos²³¹. Relativamente a estes, a doutrina clássica reconhecia-lhes uma *personalidade* “limitada” (Enneccerus), “pendente” (Enle), “potencial”, “incompleta” (Guidicelli²³²) ou “sob condição” (Sébag²³³).

²²⁸ Sobre os critérios distintivos da *personalidade*, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, cit., pp. 478-491.

²²⁹ Pense-se na possibilidade, não apenas conjuntural, de modificação do genoma para evitar deficiências e doenças futuras, na sequência de diagnóstico pré-natal, não só de acordo com determinações de políticas públicas – em que poderão avultar motivações de índole económico-financeira –, mas também de preferências pessoais dos “progenitores”.

²³⁰ Pense-se na possibilidade de ampliar as fontes de recolha de órgãos para transplantação, na hipótese de gestação de embriões supranumerários por mulheres em morte cerebral, proposta de um cientista australiano apoiada pelo bioeticista PAUL GERBER, da Universidade de Queensland, sugerindo a hipótese «de os mortos fazerem algo benéfico» (cfr. STELA BARBAS, *Direito ao Património Genético*, cit., p. 36).

²³¹ Sem dúvida que o critério delimitador do momento do início da personalidade poderia ser diverso, como o demonstram outros ordenamentos jurídicos. Sobre as balizas da discussão bioética acerca do estatuto do embrião humano, cfr. RUI NUNES, *GeneÉtica*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 53-74.

²³² *Génétique Humaine et Droit. A la redécouverte de l’homme*, Thèse, Poitiers, 1993, p. 68.

Um tal critério de atribuição ou de reconhecimento da personalidade (jurídica) vem sendo questionado, designadamente entre nós, com argumentos de tomo²³⁴. Um grupo representativo de Autores – entre nós, Oliveira Ascensão²³⁵, Diogo Leite de Campos²³⁶, Paulo Otero²³⁷, João Álvaro Dias²³⁸ e Stela Barbas²³⁹ –, defende o reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro, i. e, ao embrião e ao feto: ser-lhe-iam reconhecidos, porventura não todos os atributos dos seres humanos nascidos, mas todos os direitos²⁴⁰.

Rabindranath Capelo de Sousa²⁴¹ propugna uma solução de reconhecimento da personalidade jurídica ao nascituro, ainda que “parcial”, por entender que o art. 66.º do CC apenas regula o começo da personalidade jurídica plena [às pessoas nascidas], nessa norma se projetando ainda os direitos que reconhece aos nascituros.

Autores como Castro Mendes²⁴² e Luís Carvalho Fernandes²⁴³ negam a personalidade jurídica ao nascituro, defendendo o último que, a ser reconhecida, a mesma deveria ser parcial.

²³³ *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Thèse, Recueil Sirey, Paris, 1938, pp. 92 ss: «L'enfant conçu existe au sens plein du terme, il a de personnalité juridique sous condition suspensive de naître vivant et viable».

²³⁴ Para uma perspetiva atualizada da doutrina nacional sobre a questão, cfr. TIAGO FIGO, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal – O Conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 87-111, em que o Autor discorre criticamente sobre as posições de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA («Ciclo do bem da personalidade»), de OLIVEIRA ASCENSÃO («Direito ao ressarcimento»), de MENEZES CORDEIRO («Direito à vida») e de PAES DE VASCONCELOS («Personalidade resolúvel»), propondo uma atualização do conceito plasmado no art. 66.º do CC.

²³⁵ «Embrião e personalidade jurídica», *Vida e Direito – Reflexões sobre um Referendo*, Principia, Cascais, 1998 e «Procriação assistida e direito», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000.

²³⁶ *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.ª ed., Sep. do BFDUC, Vol. LXVI (1990), Coimbra, 1992, pp. 42 e 43.

²³⁷ *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano. Um Perfil Constitucional da Bioética*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 31-32. Nesse sentido, pronuncia-se o Autor que «(...) entende-se, segundo o disposto no artigo 66.º, n.º 1 do Código Civil, que a personalidade jurídica do ser humano se adquire “no momento do nascimento completo e com vida”. Nada existe, porém, de mais falso: o Direito não faz depender a tutela do ser humano da aquisição de personalidade jurídica. Ou seja, o Direito não limita a sua intervenção ao momento posterior ao nascimento completo e com vida. Ainda antes do nascimento, o Direito pode e deve intervir na tutela do ser humano, circunstância esta que é independente do reconhecimento da personalidade jurídica, pelo menos, tal como esta surge configurada no Código Civil».

O mesmo Autor sufraga a ideia de uma personalidade jurídica “pré-natal”, expressa através de uma personalidade jurídica parcial, e de uma personalidade jurídica “pós-natal” ou plena, que se adquire no momento do nascimento com vida (*Op. cit.*, p. 62).

²³⁸ *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Ed., Coimbra, 1996, pp. 207-211.

²³⁹ De forma inequívoca, STELA BARBAS, *Direito ao Património Genético*, cit., p. 78.

²⁴⁰ Cfr. a posição desta última Autora, especialmente em «O início da personalidade jurídica. O artigo 66.º do Código Civil Português perdido no tempo e contra a ciência», *Brotéria*, Vol. 148, 1999, pp. 539-548, *Direito ao Património Genético* (reimp.), cit., pp. 68-78 e, mais desenvolvidamente, *Direito do Genoma Humano*, cit., pp. 235-242. Nesta última obra, a Autora discorre sobre as teses jurídicas que podem enunciar-se para fundamentar o chamamento à sucessão de conceturos (quem não existe e pode nunca vir a existir), enquanto dimensão do reconhecimento, ou não, da personalidade jurídica destes – a qual recusa, uma vez que apenas existem *in mente* –, sufragando a posição de OPPO, que propugna a posição de um ato (ou negócio) em aberto e em vias de formação. Defende, por isso, a aplicação aos conceturos da figura dos direitos acéfalos (sem sujeito). A questão exorbita os propósitos desta dissertação, pelo que se remete para o local em que a Autora aborda mais desenvolvidamente a questão: *Direito do Genoma Humano*, cit., pp. 235-237 (nota 398).

²⁴¹ *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., Coimbra, 1995, pp. 160-167.

²⁴² *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 1978, pp. 106-107.

²⁴³ *Teoria Geral do Direito Civil, I – Introdução. Pressupostos da relação Jurídica*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, p. 198.

Também Pedro Paes de Vasconcelos nega a admissibilidade de uma personalidade jurídica pré-natal, preferindo apontar para um conceito de *personalidade resolúvel*²⁴⁴.

Rita Lobo Xavier, por seu turno, ensaia uma construção de *per mezzio* – à qual propendemos a aderir –, contrariando um pouco a tradição jurídica dicotómica entre pessoas *vs.* coisas, baseada no princípio lógico *tertium non datur*, de acordo com o qual não haveria meio termo: como os termos se excluem, não poderia haver meia-coisa/meia-pessoa: «Não creio que a forma adequada de regular os eventuais “direitos” do nascituro passe pela atribuição de personalidade jurídica (...). Por outro lado, também é óbvio que o Direito dispõe de outros meios para proteger a vida humana intra-uterina; pois existem formas de conceder tutela jurídica que não envolvam a atribuição de direitos ao próprio “objecto” tutelado»^{245 246}.

Tiago Figo preconiza, de *iure condendo*, uma concepção de personalidade pré-natal limitada, fundada na ideia de o direito não ser indiferente à diacronia ou devenida da pessoa humana: «A concepção é um facto jurídico natural ou involuntário, que produz o efeito jurídico da aquisição da personalidade, mas só com o nascimento se alcança a plenitude da subjectividade jurídica»²⁴⁷.

Não recenseámos entre nós – porventura por manifesta incompatibilidade com o princípio fundamental do respeito pela eminente dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) – qualquer posição que defendesse a negação ontológica de humanidade ao embrião, equiparando-o a coisa, em função do que a lei nunca lhe poderia reconhecer quaisquer atributos de personalidade jurídica (ainda que limitados ou residuais)²⁴⁸.

De qualquer maneira, parece-nos que apesar da sua evidência, nunca será demais reforçar a ideia de que o início da vida [humana], enquanto fenómeno natural – produzido naturalmente ou através do concurso de tecnologias de procriação assistida – é algo prévio e que transcende qualquer tentativa jusconceitual de apreender a noção de “início da personalidade” [humana].

²⁴⁴ *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, Lex, 1999, p. 54.

²⁴⁵ «O Direito Civil e a protecção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no direito português», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 147 (1998), p. 82.

²⁴⁶ De registar que, também no que concerne ao modo de dispensar tutela jurídica à posição do nascituro (aos seus direitos ou interesses), a doutrina exprime divergências; LUÍS CARVALHO FERNANDES expressa a ideia de estarmos perante direitos acéfalos ou direitos sem sujeito (*Teoria Geral do Direito Civil, I – Introdução. Pressupostos da relação Jurídica*, UCE, Lisboa, 2001, p. 198); MANUEL DE ANDRADE refere o conceito de «vinculação de certos bens (*Teoria Geral da Relação Jurídica – Sujeitos e Objecto, Vol. I*, Almedina, Coimbra, 1960, p. 35); CABRAL MONCADA fala em «legítimas expectativas» (*Lições de Direito Civil, Parte Geral, Vol. I*, Atlântida Livraria, Coimbra, 1932, p. 260); por último, PAULO CUNHA preferia apoiar a teoria da obnubilção do sujeito (*Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, 1971-1972, pp. 11-12).

²⁴⁷ *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal ... cit.*, pp. 230-231. O Autor acolhe a doutrina *gradualista* ou *progressista* de protecção da vida pré-natal afirmada nos Acs TC n.ºs 25/84, 85/85, 288/98 e 617/2010. Cfr., para mais desenvolvimentos, DIOGO LORENA BRITO, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, PUC – Porto, 2007, pp. 45 ss., 76 ss., 83 ss., 106 ss., 196 ss., e 230 ss.

²⁴⁸ Em todo o caso, no meio da investigação científica no âmbito da biomedicina e da PMA, há quem considere expressamente o embrião como não participando, sequer, da natureza humana, ou seja, não integrando a “ordem da espécie humana”, remetendo-o para conceitos como de “aglomerado de tecidos” e outras designações.

No direito positivado, o conceito legal de *nascimento* [de pessoa humana] encontra-se estabelecido no art. 2.º do DL n.º 44 128, de 28-12-1961 (Que estabelece os conceitos e a designação técnica a adoptar para substituição da definição da mortinatalidade e do abortamento de seres humanos)²⁴⁹: «Considera-se nascimento de criança viva a expulsão ou extracção completa, relativamente ao corpo materno e independentemente da duração da gravidez, do produto da fecundação que, após esta separação, respire ou manifeste quaisquer sinais de vida, tais como pulsações do coração ou do cordão umbilical ou contracção efectiva de qualquer músculo sujeito à acção da vontade, quer o cordão umbilical tenha sido cortado, que não, e quer a placenta esteja ou não retida.

§ único: O produto do nascimento ocorrido nestas condições denomina-se nado vivo»²⁵⁰.

Os Autores que formulam críticas à manutenção de um tal critério vitalista da existência de uma nova pessoa jurídica e do reconhecimento da personalidade jurídica fundam-se, essencialmente no pressuposto ontológico da prévia existência de uma pessoa humana, relativamente ao reconhecimento da personalidade jurídica, bem como da concepção evolutiva e permanente do surgimento da vida humana desde a concepção – ou, pelo menos, desde a nidação do ovo, ou seja, da sua implantação no útero materno – altura a partir da qual haveria vida humana de uma nova pessoa, singular, irrepitível, em relação à qual não se justifica proceder a qualquer discriminação em função do estado intra-uterino ou pós-parto²⁵¹²⁵².

²⁴⁹ Sendo anterior ao Código Civil (de 1966), é importante notar que este diploma se mantém em vigor na ordem jurídica portuguesa. De acordo com o Código de Seabra (Código Civil de 1867), adquiria-se a «capacidade jurídica» pelo nascimento (art. 6.º), e só era tido como filho, para os efeitos legais, «aquelle de quem se prove, que nasceu com vida e com figura humana» (art. 110.º).

²⁵⁰ Esta foi, aliás, a definição adotada pela OMS em 1950.

²⁵¹ MENEZES CORDEIRO formulara já em 1987, reservas quanto ao conceito jurídico de personalidade, embora sem desenvolver pormenorizadamente as eventuais vicissitudes, por se lhe prefigurar que o advento de realidades justamente emergentes das técnicas de reprodução artificial e da engenharia genética, poderiam pôr em causa a definição tida como intocável daquele conceito: «As questões jurídico-positivas próprias da Parte Geral do Código Civil, há que somar temas da actualidade, com eles embricados e que têm promovido os mais recentes desenvolvimentos da doutrina jurídica mundial (...) no domínio das pessoas aparecem temas ainda pouco tratados que preocupam os juristas; estão nessas condições todos os processos artificiais de reprodução, a tutela do nascituro perante a interrupção voluntária da gravidez, os danos que lhe sejam infligidos e a engenharia genética (...). Tudo isto acentua, porém, a pressão sobre alguns conceitos tidos por intocáveis – v.g. o de personalidade – e que devem ser repensados à luz de novas realidades». *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório apresentado para o concurso destinado ao preenchimento de uma vaga de professor associado do 4.º grupo (Ciências Jurídicas)*, Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, Lisboa, 1987.

²⁵² A *ectogénese* é proposta como política pública com finalidade eugénica, em 1923, na obra de ficção científica *Daedalus, or Science and the Future*, de JOHN B. S. HALDANE, sendo posteriormente retomada por ALDOUS HUXLEY no seu *Brave New World* em 1932. STELA BARBAS defende o anacronismo do conceito de personalidade plasmado no art. 66.º do Código Civil português, invocando a hipótese da ocorrência previsível (mas cientificamente não confirmada) da *ectogénese* – um estado de gestação artificial de um novo ser humano que reproduz as condições de uma gravidez natural – relativamente à qual não haveria equivalente do acontecimento natural do *nascimento* de um ser humano. Evocando as análises do ponto de vista das Ciências da Vida e da engenharia reprodutiva, cita ROBERT CLARKE: «A ideia de um ventre artificial onde se colocasse a criança desde a concepção e até à nascença apenas seria, ainda há uma dezena de anos, para alimentar a imaginação dos autores dos livros de ficção científica (...) E todavia, várias equipas americanas trabalham na elaboração de um útero que reproduziria artificialmente o local acolhedor e complexo em que se desenvolve naturalmente o embrião humano. Procura-se colocar este útero num líquido, artificial também, que reproduza as qualidades do que

Afirma-se, assim, a distinção fundamental entre *início da vida humana* – consensualmente reconhecido num momento anterior ao nascimento (no termo de gestão natural ou artificial), apesar de não haver unanimidade quanto à sua determinação – e *início da personalidade humana*²⁵³.

envolve normalmente a criança em gestação», *Os Filhos da Ciência* (trad. Maria Adozinda de Oliveira Soares), Ed. Verbo, Lisboa, 1985, p. 196. Tratar-se-ia, em suma, de uma gestação não natural, sucedânea ou de imitação, congregando as condições físico-químicas para o desenvolvimento alternativo de um qualquer embrião (fertilizado por forma natural ou artificial). Todo esse processo se desenvolveria de modo substancial e “visceralmente” diverso, não se podendo, eventualmente, equiparar as etapas, fases e momentos de desenvolvimento da embriogénese como se se tratasse de gestação natural. Virtualmente, poderiam ser retardadas, aceleradas ou modificadas as fases do desenvolvimento, alterado o tempo de “gestação de termo” – conceito que perderia objeto – pelo que o critério de “nascimento” seria sempre fluido e impossível de prever. Esta circunstância faria remeter o critério do artigo 66.º do CC para um anacronismo ostensivo e incompreensível, justificando-se a alteração «[d]o ordenamento jurídico no sentido de total equiparação do nascituro à pessoa nascida, nomeadamente, na área do direito criminal. É uma imposição lógica e necessária (...) não pode haver sujeitos e não sujeitos de direito; humanos e não humanos; a unidade da pessoa humana é um valor absoluto que com a dificuldade conhecida só foi alcançada pelo Direito no caminhar dos séculos» (*Direito ao Património Genético* cit., p. 78). No limite, parece-nos que a posição desta Autora, ao explorar o anacronismo do critério do art. 66.º do CC e remeter para um conceito legal de início da personalidade [capacidade] jurídica se aproxima de uma repriminção do critério que no Código de Seabra equiparava, *para certos efeitos* – designadamente sucessórios – a personalidade (designando-a por «capacidade») jurídica dos nascituros à das pessoas nascidas: «A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código».

²⁵³ Neste sentido, o Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93, do CNECV, assenta na necessidade de distinguir entre vida humana e vida pessoal (ou da pessoa humana), pressupondo que pessoa implica ser já indivíduo, e antes da nidação, o embrião, apesar de ser já vida humana, não é ainda um indivíduo, porquanto pode cindir-se em gémeos monozigóticos. Idêntica posição é expressamente reafirmada no Relatório-Parecer sobre Experimentação no Embrião Humano 15/CNECV/95, do CNECV, no qual se respeita a divergência de opiniões no campo bioética acerca da *humanidade* do embrião, do qual se transcreve, pela sua modelar clareza, o seguinte passo: «A questão crucial é, como vimos, a natureza do embrião humano, da qual dependerá o seu estatuto. Que se trata de um estado inicial da vida humana, não é lícito duvidar: garantidas as necessárias condições, e se vencidos os escolhos que se põem à sua implantação e crescimento intra-uterino, o embrião não pode deixar de dar origem a um representante da espécie humana, e nunca desembocará num indivíduo de qualquer outra espécie.

Vida humana, sem dúvida. Mas pessoa humana? Aqui a resposta é mais difícil, já *quenão estão em causa* apenas conhecimentos e factos biológicos, mas também conceitos filosóficos, atitudes culturais, crenças religiosas e, porventura, definições jurídicas.

Pessoa, sim, desde a fecundação porque dotada de identidade genética, única e irreduzível na sua natureza – dizem muitos. Outros dirão: pessoa potencial, porque tem em si a potência de vir a ser pessoa, mas destituída de personalidade: a) por poder originar não um mas dois, três ou mais indivíduos (gémeos univitelinos) e porque, ao invés, dois ou mais embriões no estado de mórula podem agregar-se num único; b) por ser elevado o número de embriões que não chegam a implantar-se, o que traduziria que a natureza dispõe dos embriões com manifesta prodigalidade; c) por só com a formação da placa neural (pelos 14 dias) estar garantido o esboço do sistema nervoso, indispensável às funções cognitivas, sensitivas e de relação que encerram a essência da pessoa humana.

10. Não se vislumbra a possibilidade de obter consensos entre estas posições doutrinárias. Certo é o princípio de que uma nova vida humana é marcada pela fecundação, devendo entender-se por esta a singamia, ou seja, a fusão dos dois pronúcleos (de origem materna e paterna) e não a penetração do espermatozóide no óvulo. (...)

11. Na impossibilidade de obter consensos, e sabendo-se da adopção de atitudes diversas e até opostas por significativos estratos da comunidade plural, parece aconselhável não atribuir para este efeito demasiada importância à questão da natureza pessoal ou não do embrião, limitando-a, antes, ao princípio assegurado.

A esta conclusão chegou, de resto, o CDBI (“Comité de Bioética do Conselho da Europa”), que justifica tal atitude no memorando anexo ao Projecto de Convenção de Bioética, por si elaborado.

Se há argumentos contra o carácter de pessoa assumido pelo embrião, o único de peso reside na possibilidade de divisão gemelar: não pode haver pessoa sem individualidade. Mas ele afigura-se falacioso, quando visto pelo ângulo do respeito pela vida humana: será esta menos digna do respeito por não sabermos se se vai exprimir, fenotipicamente, em uma ou mais pessoas?

Quanto aos outros dois “argumentos”, não parece que possam colher: a fragilidade do embrião, traduzida pela apreciável percentagem dos que não chegam a dar origem a um nascituro, não autoriza, de modo algum, a ter menos apreço por ele, tal e qual como não merece menos respeito um nonagenário avançado, apesar de as suas probabilidades de viver muito tempo serem diminutas. Quanto ao aparecimento da placa neural, ela é apenas um elo na cadeia de acontecimentos que marcam o processo de maturação; com o mesmo grau de credibilidade se poderia avançar a proposta de estabelecer como limite a formação do coração ou qualquer outro evento na organogénese. Não se pode deixar de ter em conta que o argumento da placa neural pode ser manejado tendo em vista objectivos pragmáticos: dado que surge ao redor do 14.º dia, e sendo essa a duração máxima de um embrião em cultura *in vitro*, a coincidência das datas permitiria fundamentar a liceidade da investigação *in vitro* até aos 14 dias, limite esse que de qualquer modo seria imposto pela impossibilidade, nas condições hoje existentes, de o embrião continuar a dividir-se, *in vitro*, para além desse prazo.

Uma proposta de equiparação da tutela dispensada aos nascituros e às pessoas nascidas, no âmbito do direito criminal – em homenagem a um estatuto de idêntica de personalidade jurídica –, formulada por Stela Barbas, baseada na artificialidade das hipóteses de “ectogénese”, contraria a doutrina tradicional de tratamento diferenciado entre as condutas penalmente relevantes contra a vida pré-natal (intra-uterina ou extra-uterina englobando a “ectogénese”) e contra as pessoas nascidas; este é um património conceitual consolidado pela doutrina geral do direito penal, que não ficará decisivamente questionado com os fundamentos de uma tal proposta.

Em suma, cometer-se-ia ao direito penal a tarefa de equiparar a tutela jurídico-criminal – mas não só – entre “pessoas não nascidas” e pessoas nascidas. Ora, a definição normativa dessas categorias não compete ao direito criminal, mas sim ao direito civil, ao direito das pessoas. Por conseguinte, qualquer intervenção legislativa nesse sentido implicaria inverter a metódica normativa clássica do direito criminal, que, antes de recortar categorias típicas autónomas, procura “receber” eventualmente reelaborando-as – categorias definidas por outros ramos jurídicos, compatibilizando-os e harmonizando-os em homenagem a princípios de continuidade e concordância lógico-sistémica, mas também de subsidiariedade e de intervenção mínima.

Por seu turno, a noção de *morte* assume inequivocamente uma dimensão material ou corpórea – se se preferir –, sendo aqui irrelevantes as aceções simbólicas, incorpóreas ou espirituais para o efeito de determinar juridicamente um tal estado²⁵⁴. Por outro lado, há-de ter-se tal fenómeno como um processo global e definitivo, o que abrange, naturalmente, as fases em que – não havendo já vida em sentido próprio – há uma suscetibilidade de utilização de partes do corpo através de técnicas de reanimação, com intuitos de colheita de órgãos ou tecidos para transplantação, que se não confundem com fases vitais do corpo humano.

De qualquer modo (e como o Conselho Nacional bem realçou no seu “Relatório sobre Reprodução Medicamente Assistida”) bastaria a existência de uma dúvida insanável quanto à natureza do embrião (pessoa, vida humana, pessoa potencial, agregado celular em processo de hominização) para tornar gravemente ilícita a experimentação no embrião (como vimos, necessariamente destrutiva).

A este propósito, cumpre recordar a posição crítica que RUI NUNES expressa: «Esta perspetiva pretende conciliar diferentes pontos de vista sobre a natureza do embrião humano, ainda que fosse mais lógico, a meu ver, que este direito de proteção, e o correlativo dever de proteger o embrião humano, estivesse direta e intrinsecamente relacionado com o seu estatuto ontológico e não o seu contrário», *GeneÉtica*, cit., p. 72, e Declaração de Voto a propósito do Parecer 51/CNECV/07 sobre Diagnóstico Genético Pré-Implantatório, Documentação 12 – Ano 2007-2008, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 2008 (acessível in <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?y=2007&o=ASC> (acedido em 18-10-2013)).

²⁵⁴ Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, «A definição de morte. Transplantes e outras utilizações do cadáver», *Estudos de Direito da Bioética*, AA. VV. Almedina, Coimbra, 2005, p. 63.

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

O conceito de morte é glosado até à exaustão, assumindo múltiplas formas de abordagem, desde um ponto de vista estritamente médico-legal, até aceções de cariz social e humanitário, ético-social, religioso, filosófico, jurídico e artístico²⁵⁵.

A morte vem legalmente definida, de acordo com o estado atual da ciência médica predominante, no art. 2.º da Lei n.º 141/99, de 28-08, correspondendo, neste quadro, à «cessação irreversível das funções do tronco cerebral». Esta asserção corresponde ao conceito corrente de “morte cerebral”²⁵⁶, que exige a verificação da ausência total do tronco cerebral dos seguintes reflexos: reflexos fotomotores (pupilas de diâmetro fixo), reflexos oculocefálicos, reflexos oculovestibulares, reflexos corneopalpebrais e reflexo faríngeo, a que acresce o indicador da ausência de respiração espontânea, através da realização da prova de apneia²⁵⁷.

Tais sinais são consensualmente aceites, segundo critérios da ciência médica, incumbindo à Ordem dos Médicos a competência para definir, manter atualizados e divulgar os critérios médicos, técnicos e científicos de verificação da morte (art. 3.º, n.º 2 da Lei n.º 141/99)²⁵⁸.

Este critério foi entendido como sendo o mais idóneo face ao estado atual da ciência médica – e legalmente imposto no domínio das transplantações –, podendo, contudo, suscitar algumas questões não despidiendas.

Entre elas, a de saber se o critério de morte cerebral deve significar irreversibilidade das funções do tronco cerebral. A questão foi colocada e debatida no seio do CNECV, donde

²⁵⁵ De acordo com uma reflexão de DANIEL SERRÃO, «a morte não existe; existo, sim, eu, que morrerei», significando-se com isso a ideia de a morte, enquanto fenómeno – e processo – natural, não assumir autonomia enquanto acontecimento *a se*, desligado de outro referente (seja animal ou vegetal) e ser, nessa medida, um fenómeno elaborado culturalmente, por ser, isso sim, cientificamente explicável em todos os seus mínimos detalhes.

²⁵⁶ Cfr., sobre a questão, em especial sobre as suas implicações penais, INÊS FERNANDES GODINHO, «Implicações jurídico-penais do critério de morte cerebral», in *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada* (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, coord.), Wolters Kluwer-Coimbra Ed., Coimbra, 2011, pp. 125 e ss.

²⁵⁷ Aditado pela Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de setembro de 1994, pub. DR I.ª Série-B, de 11-10-1994. São também pressupostas condições prévias: 1) Conhecimento da causa e irreversibilidade da situação clínica; 2) Estado de coma com ausência de resposta motora a estimulação dolorosa na área dos pares cranianos; 3) Ausência de respiração espontânea; 4) Constatação de estabilidade hemodinâmica e da ausência de hipotermia, alterações endócrino-metabólicas, agentes depressores do sistema nervoso central e ou de agentes bloqueadores neuromusculares, que possam ser responsabilizados pela supressão das funções referidas nos números anteriores. A metodologia requerida para a certificação/verificação da morte cerebral demanda os seguintes passos: 1) Realização de, no mínimo, dois conjuntos de provas com intervalo adequado a situação clínica e a idade; 2) Realização de exames complementares de diagnóstico, sempre que for considerado necessário; 3) A execução das provas de morte cerebral por dois médicos especialistas (em neurologia, neurocirurgia ou com experiência de cuidados intensivos); 4) Nenhum dos médicos que executa as provas poderá pertencer a equipas envolvidas no transplante de órgãos ou tecidos e pelo menos um não deverá pertencer a unidade ou serviço em que o doente esteja internado.

²⁵⁸ De acordo com a competência emergente dos artigos 5.º da Lei n.º 141/99 e 12.º da Lei n.º 12/93 de 22-04, a Ordem dos Médicos estabeleceu os critérios de certificação de morte cerebral, que constam da Declaração de 1 de setembro de 1994. Embora esta declaração haja sido emitida essencialmente no que toca a colheita de órgãos e tecidos em cadáver, ao abrigo do art. 12.º, n.º 2 da Lei n.º 12/93, a remissão genérica efetuada pelo art. 2.º do DL n.º 277/99, de 27-07 – relativamente a dissecação de cadáveres e extração de peças, órgãos ou tecidos – deve significar a assimilação do conteúdo da declaração aos fins regulados nesse diploma, bem como a outras finalidades e situações relativamente às quais se deva recorrer à noção legal de morte cerebral.

resultou uma pronúncia, no Parecer 10/CNECV/95²⁵⁹, de 01-02-1995, no sentido de que «A resposta é que o critério de morte definido pela irreversibilidade das funções do tronco cerebral²⁶⁰ deve ser o adoptado, pelas razões seguintes:

- a) só as estruturas nele existentes permitem a integração das diferentes funções vitais e permitem, portanto, a unidade e reacção que caracterizam o funcionamento do corpo como um todo;
- b) em indivíduos inconscientes, a disfunção irreversível do tronco cerebral é de avaliação mais rápida, fiável e segura do que a das restantes estruturas, nomeadamente as talâmicas e corticais;
- c) não é aceitável admitir como critério de morte o mau funcionamento, ou mesmo o não funcionamento (próteses ventilatórias e cardíacas) de órgãos que podem ser substituídos por transplantes».

O dito Parecer 10/CNECV/95 conclui, também, no sentido de que o critério de morte cerebral seja aplicado universalmente²⁶¹.

No tocante aos estádios de início da vida, como atrás se referiu, Silva Sánchez²⁶² edifica uma concepção de pessoa que parte da “reinclusão” dos concebidos não nascidos, refutando as posições que considera favorecerem a negação do estatuto de pessoa humana, estreitamente ligadas ao acolhimento de causas excludentes da ilicitude de certos comportamentos abortivos.

No extremo oposto – no fim da vida – Figueiredo Dias²⁶³ propende para aceitar uma ideia de que «(...) o mandamento jurídico-constitucional de tutela da vida não pode valer para uma concepção puramente *biológica* da vida e, conseqüentemente, para a preservação de um corpo completa e irreversivelmente falho de sensações, a que não mais preside um *espírito* pessoal». Com esta posição, o Autor admite que nas situações de estado vegetativo persistente, não seria a interrupção do tratamento, mas a sua continuação que demandariam o

²⁵⁹ De que foi relator o Prof. Doutor Falcão de Freitas, sendo votado por unanimidade [acessível em: <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?search=morte%20&o=DESC> (acedido em 19-10-2013)].

²⁶⁰ De acordo com a definição de ANTÓNIO DAMÁSIO, *tronco cerebral* é «uma colecção de pequenos núcleos e feixes de fibras nervosas colocada entre o diencéfalo (o conjunto formado pelo tálamo e pelo hipotálamo) e a espinal medula. Os núcleos do tronco cerebral trabalham para a regulação da vida, por exemplo, a regulação do metabolismo. A execução das emoções depende de vários desses núcleos. A lesão dos núcleos da parte superior e posterior do tronco cerebral leva à perda de consciência, notavelmente ao estado de coma. O tronco cerebral é também uma região essencial para o trajecto dos feixes nervosos que caminham do cérebro para o corpo e vice-versa» (ANTÓNIO DAMÁSIO, *Ao Encontro de Espinosa – As Emoções Sociais e a Neurologia do Sentir*, Pub. Europa-América, Mem Martins, 2003, p. 364).

²⁶¹ «O critério de morte cerebral é a comprovação da cessação irreversível das funções do tronco cerebral, sendo exigível, no plano ético, que esse critério seja usado univocamente na legislação, e não apenas no respeitante a transplantações» (Conclusão do Parecer 10/CNECV/95). Sendo a Lei n.º 12/93, de 22-04 omissa quanto aos critérios de determinação da morte a utilizar relativamente a não dadores, parece relegar para o critério dos métodos cardio-vasculares para os médicos que atestam o óbito de pessoas, que ocorra em casa, na via pública ou noutros locais, onde não se dispõe de meios de avaliação da morte cerebral.

²⁶² «Os indesejados como inimigos: a exclusão de seres humanos do *status personae*», *RPCC*, Ano 16.º, N.º 1, jan.-mar. 2006.

²⁶³ «A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal», *RLJ*, Ano 137.º - N.º 3949, mar.-abr. 2008, p. 210.

consentimento presumido, o que o leva a reforçar a desejável necessidade da manifestação, reiterada sempre que possível, de diretivas antecipadas de vontade.

Destas posições se pode colher, pois, a título ilustrativo, a pluralidade de abordagens conceituais respeitantes aos momentos do início e do fim da vida humana, próprias de sociedades marcadas por um “pluralismo social pós-moderno” – e crescentemente laico-seculares, sem renunciar ou postergar paradigmas religiosos que dominaram as sociedades influenciadas pela cultura ocidental, essencialmente judaico-cristãos –, que admitem posturas (bio)éticas diferenciadas, emergentes da tensão entre a pluralidade de crenças e de opiniões. As conceções tradicionais nesses domínios, encontram-se hoje decisivamente influenciadas por um imperativo científico-tecnológico – talvez até por um ambivalente «tecnosonho», nas palavras de Eduardo Lourenço – característico da cultura dominante nas sociedades de matriz ocidental.

Sendo a pessoa humana um *ser para a morte*, enquanto dotado da consciência da sua finitude como ser vivo, tal circunstância coloca a questão da sua dimensão para além [do fim] da vida do indivíduo. E, contudo, paradoxalmente, apesar de todos os esforços no sentido de alcançar o prolongamento da vida – que poderá não ser mais do que um “sucedâneo” da frustrada ambição de imortalidade do ser humano – o mistério da morte permanece por decifrar.

O Homem é o único animal que sabe que morrerá, procurando desesperadamente a suprema utopia de iludir a morte²⁶⁴, o que, no limite, se traduz em *não saber morrer*. O processo de preparação para a morte, bem como a própria morte como acontecimento, não concita tanto a atenção dos médicos, porque estes presumem e entendem que lhes compete salvar vidas e minorar sofrimentos, em vez de preparar a morte dos doentes. A preparação para a morte é tema que tem ocupado predominantemente a reflexão de muitos pensadores, filósofos e cientistas, procurando-se desde a Idade Média a concretização do ideal da *ars moriendi* – instruções para uma boa morte –, passando pelas recomendações dos jesuítas no sentido de a preparação de uma boa morte, dever ser, afinal, uma boa vida, preparando-nos

²⁶⁴ A pretensão de imortalidade do Homem tem aflorado não só em abordagens literárias (em que se podem citar D. H. LAWRENCE, no seu *Os Mortos não Morreram*, M. MAETERLINCK, em *Não há Mortos*) e filosóficas (HORÁCIO, nas *Odes*, PLATÃO, no tratamento da *alma*, admitindo a corruptibilidade do corpo, mas partindo da insofismabilidade da alma), aflorando em discursos científicos de alguns projetos, que assumem pretender a “imortalidade” e perdurabilidade do corpo físico, através da manipulação genética, da investigação de biomateriais e de técnicas avançadas de transplantes e de criopreservação; são, neste sentido, decorrências de linhas de investigação da biotecnologia, que terão de algum modo credenciadas pelo conceito de imortalidade de certas linhas celulares, de que é exemplo paradigmático o caso das células *He La*, células retiradas do útero de uma mulher, Henrietta Lacks, em 1951, falecida de cancro (cfr., sobre o assunto, HANNAH LANDECKER, *Immortality In Vitro: A History of the HeLa Cell Line, Biotechnology and Culture: Bodies, Anxieties, Ethics*, Paul Brodwin, Indiana University Press, 2000, pp. 53-74).

para essa grande luta terminal²⁶⁵. A evolução das concepções sobre a vida e a morte, sobretudo através dos paradigmas iluministas e renascentistas, com a sua alegria de viver e o lema “*carpe diem*”, traz uma nova visão da preparação para a morte. Longe de se esgotar na fórmula hedonista de gozo egoísta do momento, os moralistas encontraram o significado mais adequado para a expressão, preenchendo-o com um conteúdo mais altruísta, de aproveitamento da vida para a reflexão e prática de boas obras, porque depois não sobrá mais tempo para essas condutas. Donde, poder questionar-se, hoje, se “morrer bem”, é ou não um direito fundamental, questão em que qualquer tentativa de resposta encontrará múltiplos escolhos. Em todo o caso, como já afirmara Sylvia Plath, «morrer é uma arte, como tudo o resto».

A morte enquanto facto contrapõe-se ao *morrer* como acontecimento. No contexto contemporâneo, porém, a morte torna-se anónima, desumanizada, medicalizada, *hospitalizada* (ou *hospiciada*), que levou Gadamer²⁶⁶ a falar no “desaparecimento da experiência da morte”, dessocializada, retirada da família, marginalizada e, porventura, reprimida ou censurada. A morte torna-se processo.

Os próprios ritos funerários são padronizados e aligeirados, pretendendo atribuir um significado pouco acentuado à homenagem dispensada à pessoa que pereceu. Atribui-se à morte um significado social completamente distinto do que era anteriormente associado ao acontecimento do processo de morrer, muito por causa da alteração das estruturas sócio-familiares, demográficas e institucionais.

A morte é, todavia, o único dado certo para o Homem, como ser vivo: *mors certa, hora incerta*. Martin Heidegger lembrara que: «(...) mortais são os homens. Chamam-se mortais porque podem morrer. Morrer significa ser capaz da morte enquanto morte. Só o homem morre. O animal perece. Assim não há a morte enquanto morte nem diante nem atrás de si. A morte é o escrínio do nada. Os mortais, chamamos-lhe assim não porque a sua vida terrena acabe, mas porque eles são capazes da morte enquanto morte»²⁶⁷.

²⁶⁵ Daí que VASCO PINTO DE MAGALHÃES, sacerdote jesuíta, em réplica ao lema do *Ancien Régime* «*Vitam, non mortem cogito*», responda «*A vida é certa, é a que temos agora; vamos à morte, que é o nosso obrigatório destino*».

²⁶⁶ *O carácter oculto da saúde*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2006, *passim*.

²⁶⁷ Para HEIDEGGER, que desenvolveu filosoficamente a abordagem do tema, numa vertente existencialista, na sua obra *Ser e Tempo* (*Sein und Zeit*, ed. Completa Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1977), o ser humano é um ser inacabado e está sempre confrontado com uma infinita gama de possibilidades, que geram no *Dasein* um mal-estar permanente, uma tensão constante entre o real, o que ele é, e aquilo que virá a ser. O que provoca no *Dasein*, a inquietação. A morte surge como a possibilidade mais *absoluta, incondicionada e insuperável*. A dimensão da temporalidade da existência humana, implica que o Homem seja um «ser-para-a-morte» (*Sein zum Ende*), que o constitui, simultaneamente, como um «ser-no-mundo». A morte não chega, nesta perspetiva, no fim da vida, mas sucede enquanto se vive: «um homem, mal nasce, já é velho bastante para morrer» (Cfr. JOSÉ REIS, «O Tempo em Heidegger», *Revista Filosófica de Coimbra*, N.º 28, 2005, pp. 369-414). MONTAIGNE, por seu turno, fundando-se em concepções onto-existenciais não materiais, já expressara idêntica noção quanto ao significado da morte, referindo que «A morte é de facto o fim, no entanto não é a finalidade da vida, porque a morte é uma brevíssima interrupção na nossa perpétua e natural condição» (*Ensaios*, Bertrand, Lisboa, 1998).

E, apesar de a morte ser um processo inerente ao ciclo de todos os seres vivos, Anselmo Borges regista que «[c]omo qualquer animal, o homem também morre, mas é o único que sabe que é mortal e que, por isso mesmo, desde a raiz, recusa ser tratado como gado. O aparecimento dos ritos funerários, que exprimem o respeito e a reverência pela pessoa que morreu, a dor pela sua perda e o temor e a inquietação face à própria morte, constituem, no processo gigantesco da evolução do mundo, sinal inequívoco da consciência da dignidade humana, isto é, do salto qualitativo de *algo* para *alguém* de coisa para pessoa. No homem, há um “mais”, e é o saber da morte, enquanto *minha*, que constituiu o espaço da revelação de uma interioridade pessoal, de um destino único e da consciência de uma identidade»²⁶⁸.

As capacidades distintivas da espécie humana permitiram a elaboração de um atributo como a *dignidade humana*, que se funda ontologicamente nessas capacidades, não alcançadas pelas outras espécies²⁶⁹. A consciência reflexiva, o pensamento abstrato, a linguagem simbólica, a criatividade ou as atitudes morais são exclusivas da nossa espécie. Outras espécies conseguem dispor de formas rudimentares destas capacidades, mas nenhuma outra – ainda que detentora de “sentiência”²⁷⁰ – as consegue materializar com a mesma plenitude.

Início e fim da vida humana, num certo sentido, podem significar início e fim do corpo humano. Para o objeto da presente investigação, a exata coincidência desses limites é, no entanto, dispensável, pois que, como se viu, o corpo de uma criança ou jovem até à idade da imputabilidade penal não assume relevo. Poderá assumir interesse enquanto vítima; contudo, aí o seu relevo é substancialmente distinto, para relativamente a ele se colocarem os problemas da ponderação de interesses e direitos fundamentais como os da privacidade, intimidade, ou dos princípios da não auto-inculpação, da presunção de inocência ou *nemo tenetur*, em confronto com os interesses da prossecução penal e da verdade material no processo, precisamente pela insuscetibilidade de o visado ser criminalmente responsabilizado.

Razões diversas levam a reconhecer-se a irrelevância jurídico-criminal do corpo de pessoas em estado de “incomunicabilidade existencial”, qualquer que seja o motivo de tal estado – doença ou patologia que lhe provoque a impossibilidade de comunicação com o meio

²⁶⁸ «Antropologia do Processo de Morrer», *Brotéria*, 150, (2000), 188.

²⁶⁹ As particularidades alegadamente distintivas da nossa espécie – distinguindo-as das demais e dos demais primatas – são o bipedismo (especial forma de andar que nos conferiu superioridade), capacidade de pensar (possibilitada por um cérebro de volume e potencial superior ao que seria de esperar) e a capacidade de comunicar (através de linguagem articulada), características interdependentes entre si (EUGÉNIA CUNHA, *Como nos tornámos Humanos*, cit., p. 126). É certo que existem até elementos contraditórios, em todas estas características. O bipedismo não confere vantagens na corrida, mas facilita o transporte de crias e maiores deslocações. Por outro lado, estreitamento da pélvis implica o parto prematuro, sendo o nosso cérebro três vezes maior do que seria de esperar, relativamente a outro primata do nosso tamanho. O tipo de dieta incluindo carne, potenciou o crescimento do cérebro, e o surgimento da linguagem e da capacidade criativa emergem desse potencial.

²⁷⁰ RUI NUNES, *GeneÉtica*, cit., p. 29.

sócio-familiar e comunitário –, dada a insuscetibilidade de poderem manifestar uma intenção, compartilhar ou concorrer em qualquer propósito ou acordo criminoso ou, sequer, ter uma atitude juspenalmente relevante de inconsideração ou omissão de deveres de cuidado (negligência).

2.2.2. Corpo humano, potencialidades e limites das ciências da vida e implicações bioéticas

O tudo deste mundo e do outro é a alma, não é o mundo.
Padre António Vieira, *Sermões*.

O corpo humano é composto, antes de mais, por “átomos em segunda mão”, ou seja, somos constituídos por átomos que já fizeram parte de outros organismos vivos, de minerais, de estrelas que explodiram em supernovas. O programa original do corpo humano, inscrito no genoma, está desenhado para permitir a associação combinada, em proporções diferentes, de moléculas como proteínas, lípidos, hidratos de carbono, ácidos nucleicos (ADN, ARN), hormonas, neurotransmissores, Oxigénio e Hidrogénio. O significado poético da frase “Somos feitos de poeira das estrelas” encontra, assim, comprovação científica.

O corpo humano, como suporte vital de um indivíduo da espécie animal humana (espécie *homo sapiens*, sub-espécie *homo sapiens sapiens*), é passível de ser decomposto bioquimicamente.

Como se compõem, então, os elementos químicos e em que quantidade média são presentes num ser humano? Convirá, no entanto, assentar que, dada a grande variabilidade de constituição, estatura, peso, idade de cada um dos indivíduos da espécie humana, os resultados nas combinações dos diversos elementos podem ser naturalmente, diferenciados. A nossa composição em elementos químicos é, todavia, mais dependente do peso do que das restantes variáveis²⁷¹.

²⁷¹ Partindo-se de um exemplo de modelo de indivíduo jovem do sexo feminino, com um peso de 55 kg, de acordo com a calculadora existente no sítio da «Webelements», conclui-se que o corpo humano integra cerca de metade dos elementos conhecidos. Alguns em maior quantidade do que outros, mas a variedade é que surpreende. O corpo humano contém, inclusivamente, vestígios de Ouro (Au) e Urânio (U). Num modelo como o apresentado, o corpo humano possui cerca de 5,5 kg de Hidrogénio (H), 12,7 kg de Carbono (C) e 33,6 kg de Oxigénio (O). Estes são os elementos mais abundantes no corpo de qualquer ser humano. São os três elementos constituintes comuns mais abundantes de todas as substâncias que nos constroem. Em combinações e proporções diferentes, encontram-se na composição de moléculas como proteínas, lípidos (gorduras), hidratos de carbono (açúcares), ácidos nucleicos (ADN, ARN), hormonas, neurotransmissores e outros. O Oxigénio e o Hidrogénio compõem a molécula da água H₂O. E o corpo humano é composto, normalmente, por cerca de entre 60 a 75% em peso de água (o valor depende da idade, sexo e estado de saúde). Cfr. http://www.webelements.com/periodicity/abundance_humans/; Cfr. também, a literatura específica ali indicada, H.J.M. BOWEN in *Environmental Chemistry of the elements*, Academic Press, London, UK, 1979, A. M. JAMES e M. P. LORD in *Macmillan's Chemical and Physical Data*, Macmillan, London, UK, 1992, e P. A. COX in *The Elements: Their Origin, Abundance, and Distribution*, Oxford University Press, Oxford, UK, 1989.

Por seu turno, a atual representação sócio-mediática resultante da divulgação do potencial científico do ADN²⁷², tende a identificá-lo com realidades como o *espírito* ou a *alma* do Homem, no sentido em que se concebe o ADN como o «grande livro da Vida», onde se regista o passado e se prevê o futuro de cada indivíduo, inscritos no genoma humano.

O ADN é considerado a chave da descodificação do complexo biológico e caracteriológico do indivíduo, quer se traduza em aspetos fenotípicos, orgânicos, mentais ou comportamentais.

Alexandre Mauron propôs mesmo, em artigo publicado em revista científica, que o *genoma* seria o moderno equivalente secular do *espírito* (*soul*)²⁷³.

A propósito do significado do ADN no Mundo contemporâneo, Luís Archer já havia relatado em livro que «Branquinho de Oliveira, por exemplo, confidenciava a um amigo: «Afinal... sempre é verdade que existe alma: “o ADN é a alma”»²⁷⁴.

De acordo com Paulo Cunha e Silva, «O ADN é o agente da grande economia semântica com que o corpo é construído. Com quatro letras (quatro nucleótidos) escreve-se o texto mais complexo do Universo, sendo o significante global dessa linguagem a própria molécula de ADN. Os significados (ou, melhor, as relações significado-significante), todavia, ainda estão a ser cartografados, através de uma das maiores aventuras (talvez uma aventura monótona!) a que o Homem se devotou, conhecida pelo de Projecto “Genoma Humano”, com o qual se pretende iluminar a nossa identidade mais profunda, aquilo que de facto somos. (...) Ele não é um programa, como inicialmente se pretendia, mas um conjunto de dados, de potencialidades que se vão revelando, no confronto com o ambiente dinâmico que a ecologia celular vai revelando. (...) Se somos próprios, e não uma colagem mais ou menos aleatória de fragmentos, não só ao genoma o devemos, mas sim à relação que significante e significado vão estabelecendo numa relação espiral. O significante dá ao significado a possibilidade de se

²⁷² Tendo presente que a designação portuguesa abreviada de ácido desoxirribonucleico “ADN”, é questionada na literatura científica e clínica internacional e mesmo nacional, convém sublinhar que a designação mais universal (e consensual em *fora* científicos internacionais) “DNA”, resulta de uma aprovação de nomenclatura pela Sociedade Internacional de Bioquímica, a qual, naturalmente, não vincula, desde logo, o Estado português. Assim, na economia do presente trabalho, preferir-se-á a sigla ADN por se tratar da que é acolhida nos textos legais nacionais mais recentes (cfr. definição do art. 2.º, al. a) da Lei n.º 5/2008, de 12-02, Preâmbulo e art. único da Portaria n.º 270/2009, de 17-03, art. 5.º, n.º 5, al. v) do DL n.º 166/2012, de 31-07 – embora no art. 18.º, n.º 1 da Lei n.º 12/2005, de 26-01, apareça a referência a “DNA”) –, e por ser, também, a mais usualmente adotada pela doutrina jurídica portuguesa. Em sentido contrário, propugnando pela adoção da nomenclatura acolhida pela SIB («DNA»), cfr. HELENA MACHADO - ANTÓNIO AMORIM – SUSANA SILVA, «Políticas de Identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Vol. XLV, (196), 2010, p. 538 (nota 1).

²⁷³ «Is the Genome the Secular Equivalent of the Soul?», *Science*, 291, 2001, pp. 831-832. O Human Genome Project começou em 1986 sob o impulso do Departamento da Energia dos EUA, embora oficialmente só tenha sido iniciado em 1990. Projetado para terminar entre 2000 e 2003, resultaria na elaboração de uma base de dados genéticos, o CODIS (Combined DNA Index System). A sequenciação do AND foi divulgada em 2000, dando ocasião a múltiplos debates sobre a sua exploração comercial, apesar de, em paralelo ao desenvolvimento do HGP tenha sido iniciado um outro projeto, com propósitos assumidamente comerciais, não submetidos a controlo público, e financiado por promotores empresariais privados.

²⁷⁴ *Da Genética à Bioética*, Col. Bioética Hoje, N.º 11, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2006.

ressignificar. (...) dois gémeos homozigóticos, apesar de terem a mesma forma (ou muito idêntica), são diferentes, mesmo quando o meio os pretende formatar na semelhança absoluta»²⁷⁵.

Num registo mais marcado por uma semântica genético-científica, António Amorim define *genoma* como o «conjunto organizado de genes de um sistema reprodutivamente autónomo», chamando a atenção para o “triplo pleonasma” que encerra a definição, considerando a possibilidade de o sistema não ser metabolicamente autónomo²⁷⁶.

Daí que nos pareça mais acertado – como advertiu H. Atlan –, falar-se não em “Genoma”, mas em “Genomas humanos”, com o que o Homem se distancia de um genoma invariante e se torna criador de património cultural, justamente pela sua radical e matricial diferença e diversidade (multiplicidade)²⁷⁷. A heterogeneidade genética e a totalidade da diversidade dos genomas pessoais implicariam uma *responsabilidade biológica* para com o património genético (não só humano) global, em particular para com o genoma humano, sendo por isso censurável qualquer interferência externa nos processos de geração e manutenção da vida.

Todavia, a evolução biológica da espécie humana deixou de ser, há algum tempo, condicionada exclusivamente por fatores genéticos de seleção natural, imponderáveis e incontrolláveis, passando a sofrer a influência da inteligência e vontade do homem, que, através de vários recursos ao seu alcance, vem modificando o mundo que o envolve, com vista a melhorar as condições da sua existência. O homem é, neste sentido, «por sua própria natureza, produto do artificial»²⁷⁸.

O corpo do homem é, assim, em simultâneo, produto da evolução natural e *artificial*, no sentido de que toda a intervenção técnico-científica em prol do melhoramento da condição física e mental humana, enquanto reflexo da inteligência [humana] é uma derivação de processos – controlados – estranhos e externos à aleatoriedade e incontrollabilidade da Natureza, mas, ainda assim, procurando imitar, mimetizar e reproduzir padrões de construção e replicação biológicas naturais.

Como refere Jorge Crespo, «O corpo não era uma espécie de cera mole, pedindo a intervenção do exterior, mas continha em si próprio as potencialidades da sua reconfiguração, as forças indispensáveis à sua construção»²⁷⁹.

²⁷⁵ *O Lugar do Corpo – Elementos para uma Cartografia Fractal*, Instituto Piaget Editora, Lisboa, 1999, p. 87.

²⁷⁶ *A Espécie das Origens – Genomas, linhagens e recombinações*, 2.ª ed., Col. Ciência Aberta - Gradiva, Lisboa, 2009, p. 63.

²⁷⁷ «Le Projet “Génome Humain” et La Transmission du Savoir Biologique», in *Alliage*, 18, pp. 27-36.

²⁷⁸ LUÍS ARCHER, *Da Genética à Bioética*, Col. Bioética Hoje, N.º 11, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2006.

²⁷⁹ *A História do Corpo*, Difel, Lisboa, 1990, p. 553.

Em suma, o genoma é do indivíduo, embora comungue de características da espécie quando à sua estruturação, organização e (eventual) função – ainda a desvendar por inteiro –, com isso se significando que a forma e o conteúdo do corpo varia, mas está potencial e originariamente inscrito no programa semântico do ADN.

Genoma humano pode ser definido como o Património genético de um ser humano, que o identifica como membro da espécie a que pertence²⁸⁰. Mas, sendo um Património Comum da Humanidade – classificação que tem sido consensual em instâncias como a ONU e a UNESCO –, a utilização de tecnologias e informação genéticas em atividades de engenharia genética, de criação de biobancos e outras devem pautar-se por condutas conformes à dignidade humana, ao consentimento esclarecido e informado, ao direito à privacidade individual (com o correlato dever de segredo profissional) e ao princípio da incomercialidade do genoma humano²⁸¹.

O genoma humano – *rectius*, da espécie humana – é idêntico em cerca de 99,5% em todos os indivíduos, variando apenas 0,5% em cada um dos indivíduos. Uma tal margem de variabilidade atribui características de singularidade, exclusividade e individualidade e esse membro da espécie, em termos de possibilitar a sua identificação através de análise do perfil genético.

O genoma humano (informação genética total) é composto por aproximadamente três bilhões de estruturas de ADN (pares de bases/pb) codificante e não codificante. O ADN codificante é o que congrega informação genética relevante, como a determinação das características fenotípicas (cor dos olhos, cabelo, estatura) ou predisposição para patologias hereditárias, histocompatibilidade, grupo sanguíneo, resposta imunitária. Porém, cerca de 90% do genoma é composto por ADN não codificante, que, tendo uma aparente função exclusiva de regular o funcionamento dos agentes, é aquele que reveste maior interesse para a perícia médico-legal e criminalística, designadamente para a identificação criminal²⁸².

²⁸⁰ RUI NUNES, *GeneÉtica*, cit., p. 11.

²⁸¹ Cfr. a II Declaração de Bilbao, de 22-05-2013, produzida em conclusão das XX Jornadas Internacionais de Direito e Genoma Humano, da Universidade de Deusto – Universidade do País Basco: 1. La incidencia del conocimiento genético demanda una detenida reflexión de los juristas para dar respuesta a los problemas que plantea su utilización. 2. La investigación científica debe ser esencialmente libre, con el límite del respeto a los derechos humanos. 3. La intimidad personal es patrimonio exclusivo de cada persona y el consentimiento es requisito indispensable para interferir en ella aunque, excepcionalmente, el interés general pueda justificar el acceso a la misma, siempre bajo control judicial. 4. El cuerpo humano no debe ser susceptible de comercialización. Los conocimientos genéticos son patrimonio de la humanidad y deben comunicarse libremente. 5. La tecnología genética aplicada a la identificación personal deberá restringirse a la exigencia indispensable en cada caso. 6. Es prudente establecer una moratoria en la alteración de células germinales. 7. Se rechaza la discriminación por razones genéticas en el ámbito laboral, de seguros o cualquier otro. 8. Se aconseja elaborar acuerdos internacionales y armonizar leyes nacionales para regular la aplicación de los conocimientos genéticos, así como instaurar un control supranacional (acessível em <http://bioderecho.wordpress.com/ii-declaracion-de-bilbao/>, acedido em 23-04-2014).

²⁸² Cfr. MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, «Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais», *RMP*, Ano 19, abr.-jun. 1998, n.º 74, p. 151.

Os inegáveis avanços permitidos pela sequenciação do genoma humano, não devem, por outro lado, obnubilar a transcendência de um projeto como o da descodificação do *Proteoma Humano* – a informação quantitativa e qualitativa das proteínas humanas – tarefa assumidamente mais complexa, difícil e demorada do que a descoberta do genoma²⁸³.

Aliás, estudos em curso vêm pôr em causa os *achievements* da descodificação do genoma, contrapondo a incapacidade do determinismo genético para explicar novas descobertas da complexidade biológica, tornando-se necessária uma nova teoria dos sistemas vivos de feição mais holística²⁸⁴. Estudos recentes vêm propondo algumas interpretações sobre a função do ADN não-codificante, no sentido de se poder vir a demonstrar que o mesmo é re-programável por ultra-sons, frequências ou palavras sem necessidade de remover e substituir um único gene, ou sem a prática das tecnologias de manipulação invasiva convencional²⁸⁵. Parece ser uma nova forma de considerar o ADN e o seu potencial, segundo estudos empreendidos por investigadores russos, que poderiam vir a explicar fenómenos tão distintos como a clarividência, a «transmissão de pensamentos», atos remotos de cura ou de auto-cura, transferência de energias, a luz incomum / aura em torno de pessoas, influência da mente sobre padrões climáticos.

Segundo a equipa do biofísico e biólogo molecular russo, Pjotr Garjajev, o nosso ADN não é só responsável pela construção do nosso corpo, mas também serve como mecanismo de armazenamento de outros dados de comunicação. Por outro lado, os linguistas russos parecem propor que o código genético, especialmente nos 90% “aparentemente inúteis” (no ADN não-codificante), segue as mesmas regras que os idiomas humanos²⁸⁶.

Konrad Lorenz já havia advertido que os riscos dos avanços da engenharia e das técnicas de manipulação genética poderiam vir a ser equiparáveis aos resultantes dos desenvolvimentos da energia nuclear, antes mesmo de Jean-Marc Varaut ter, também, vaticinado «Depois do átomo, o gene».

²⁸³ Cfr., sobre a questão, ALBERTO BARROS, «Genoma Humano», *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, UCE, Lisboa, 2003, pp. 162-163.

²⁸⁴ Cfr. DANIEL SERRÃO, «Os desafios contemporâneos da genética», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO coord.), Almedina, Coimbra, 2008, p. 371.

²⁸⁵ Cfr. <http://quantumpranx.wordpress.com/dna-can-be-influenced-and-reprogrammed-by-words-and-frequencies/>.

²⁸⁶ Com tal fim, compararam as regras da sintaxe (a forma como as palavras são combinadas para formar frases com sentido), a semântica (o estudo do significado nas formas de linguagem) e as regras básicas da gramática, tendo descoberto que os elementos alcalinos do ADN seguem uma «gramática regular» e estabelecem regras como as dos idiomas humanos, essencialmente estruturados com nomes, adjetivos e verbos. Por isso, a constatação da teoria linguística de que todos os idiomas tinham uma base estrutural semelhante pode decorrer, afinal, de um fundamento científico como o ora proposto: o de que a semelhança da estrutura das línguas humanas não surgiu acidentalmente, mas por serem um reflexo do nosso ADN.

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

Por *Genoma* costuma também entender-se o conjunto de genes existentes nos cromossomas de todas as células de um organismo²⁸⁷. O genoma humano tem sido olhado como o *santo graal da vida humana*, o *livro da vida* ou, numa metáfora mais próxima da linguagem informática, o “mais incrível programa de software alguma vez escrito”, concluído ao longo de 3,7 biliões de anos de evolução biológica²⁸⁸. Contudo, apesar da sequenciação de parte substancial do genoma humano, que já permitiu, de certa forma, decifrar a “gramática da vida”, não foi possível ainda esclarecer o “léxico genético”, todos os mecanismos de funcionamento e interação respeitantes ao *mistério* da vida humana, nomeadamente no que respeita às circunstâncias que influenciam, ou que determinam as características da fisiologia e da patologia do indivíduo. Identificaram-se os genes responsáveis pelo desenvolvimento de certas características fenotípicas do ser humano, bem como de certas doenças e patologias. Contudo, não foi viável estabelecer ainda – e não se sabe quando tal será possível – em que circunstâncias um gene determinado, responsável pela predisposição para o desenvolvimento de certa doença, a pode fazer desencadear²⁸⁹. Entre o dado genético (genótipo) – o ADN – e a sua expressão nas estruturas e funções do organismo e na morfologia do indivíduo, intercedem mecanismos biológicos epigenéticos cuja dinâmica é escassamente conhecida²⁹⁰. O que convoca a importância da envolvente ambiental e cultural da componente genética: “a interação entre genes e ambiente é que configura os seres humanos”.

Apesar de se ter tornado comum aludir-se a «gene» a partir de 1909, não existe ainda unanimidade, como refere Michel Morange, quanto à própria definição científica de «gene», existindo diversos significados, apesar de nenhum delas esgotar o conteúdo de todas as

²⁸⁷ Assim, REMÉDIO MARQUES, «Invenções de genomas – O problema das patentes», *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 188 (nota 1). Pode dizer-se que, tendo o corpo humano entre 60 a 90 triliões de células, calcula-se em cerca de 20.000 a 25.000 o número de genes do genoma humano, contidos nos 46 cromossomas. Não existindo ainda hoje um consenso científico definitivo sobre uma grandeza aproximada de células no corpo humano, a sua variabilidade de indivíduo para indivíduo e no corpo de um mesmo indivíduo, ao longo do tempo, ocorre permanentemente, por haver uma incessante renovação das células, o que se repercute na instabilidade do seu número; todavia, de acordo com a Escola de Ciências da Vida da Universidade do Estado do Arizona (ASU School of Life Sciences), parece poder apontar-se para uma quantidade média de células num corpo de adulto, entre os 60 e os 90 triliões (60 000 000 000 000 a 90 000 000 000 000). Contudo, o *microbioma* – conjunto de micro-organismos que se encontram em equilíbrio com o organismo do hospedeiro (revestindo as mucosas do tubo digestivo e dos aparelhos respiratório e genito-urinário) – compõe-se de dez vezes mais células do que as do corpo humano.

²⁸⁸ GREGORY STOCK, *Redesigning Humans, Choosing our Children's Genes*, Profile Books, London, 2003, p. 4, JEAN-CLAUDE GUILLEBAUD, *Le Principe d'Humanité*, Seuil, Paris, 2001, pp. 226 ss., *apud* HELENA PEREIRA DE MELO, «Os Direitos das Gerações Futuras», *Manual de Biodireito*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 197 (nota 306).

²⁸⁹ É sabido, por exemplo, que as pessoas que têm uma variante específica do gene 5-HTT poderão ter um risco acrescido de padecer de depressão. Para esse risco ser efetivo, é necessário que exista, contudo, um determinado ambiente que desencadeie a doença, o qual pode variar de indivíduo para indivíduo.

²⁹⁰ Não se percebe ainda, p. ex., a razão de existência de várias sequências semelhantes. É sabido, por outro lado, que o HGP (o Projeto Genoma Humano), parece não ter ainda logrado efetivar o seu exaustivo levantamento; quando em Abril de 2003 foi anunciada a sequenciação do genoma humano, comunicou-se ter sido descoberto 99% do genoma com 99,99% de precisão. Estudos posteriores permitiram concluir, em Maio de 2004, que a identificação de 92% do genoma excedia 99,99% de precisão, sendo certo que se continua a trabalhar na completa revelação e caracterização científica do genoma, e o estado atual das descobertas já permitiram identificar 1800 genes de doenças, desenvolver 2000 testes genéticos de condições humanas e ensaiar 350 produtos baseados em biotecnologia resultante do HGP.

revelações conhecidas das suas características e virtualidades²⁹¹. Dito de outro modo, existem várias *noções operativas* de gene – de acordo com o contexto e alcance em que se analisam – mas também em estados funcionais diferentes, de acordo com o nível de purificação ou alterações a que tenham sido submetidos. Por outro lado, ainda, conquanto ainda se ignore a *função última* (codificar para uma determinada proteína) da maioria dos genes já isolados e identificados, já é possível caracterizar componentes químicos ou físicos dos mesmos, o que permite a descrição da sequência de nucleótidos de uma parte ou da totalidade dos mesmos^{292 293}.

Podem enunciar-se algumas questões imediatas, mas inquietantes, neste plano de preocupações: é possível (re)programar e (re)construir um corpo humano? E pode desligar-se o mesmo da sua origem natural para o reposicionar no universo dos “artefactos”? É viável introduzir modificações genéticas que interfiram na identidade biológica, psíquica e comportamental de uma pessoa²⁹⁴?

Pode estar-se a meio caminho do que poderá vir a ser, com grande probabilidade, uma “revolução da espécie humana” – como consequência de uma grande revolução científica –, em que, uma vez conhecido o potencial o genético de cada indivíduo, aplicando tecnologias compatíveis, será possível evitar doenças, retardar outras, recombinar funções corporais, revitalizar e reconstruir órgãos e tecidos, enfim, um sem número de aplicações que surgirão da integral revelação ou descoberta do genoma humano.

Num tal cenário, cremos não ser temerário auspiciar que o corpo humano deixará de ser como o conhecemos hoje. O corpo continuará, seguramente, a entrar em interação com aparelhos corretivos, processos clínicos e cirúrgicos (cada vez menos invasivos e dolorosos) – de natureza artificial (mesmo mecânica, muitas vezes), mas passará, também, a contar com a possibilidade de compensação, correção e antecipação dos problemas de saúde, recorrendo às técnicas instrumentais da medicina preditiva, da reprogenética, da recombinação com tecidos bio-sintéticos, da cirurgia reconstrutiva e de revitalização de células, de tecidos ou de órgãos.

Não será, pois, desrazoável pensar que o corpo humano se tornará, num futuro próximo, uma realidade muito diferente da que conhecemos hoje. Não pensamos apenas nas implicações de terapias – já hoje aplicadas – de retardamento do processo de envelhecimento,

²⁹¹ *La Part des Gènes*, Odile Jacob, Paris, 1998, p. 39, *apud* HELENA PEREIRA DE MELO, «Os Direitos das Gerações Futuras», *cit.*, p. 195.

²⁹² REMÉDIO MARQUES, *loc. cit.*, p. 192.

²⁹³ De forma algo simplista ou simplificadora, pode dizer-se que o gene é um segmento do ácido desoxirribonucleico (ADN) correspondente a uma sequência ou sequências (*exões*) que *codifica(m)* para determinada *proteína*, ou a sequência que permite a regulação da manifestação de outro ou de outros genes (*sequências promotoras*). Além da função codificante ou reguladora, nos organismos *procarióticos* (cujas células só possuem um cromossoma), o gene compreende também sequências *não codificantes* (*intrões*), cuja função não se acha ainda bem determinada e que pode destinar-se a regular a estrutura das sequências codificantes (cfr. REMÉDIO MARQUES, *loc. cit.*, p. 189).

²⁹⁴ O que tem suscitado toda a discussão respeitante à “patenteabilidade do genoma humano”, cuja proibição foi programaticamente anunciada em instrumentos internacionais como a Convenção de Oviedo, a DIDGH e a DUBDH.

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

da inserção de próteses, das transplantações de tecidos e órgãos, da criopreservação, da cirurgia reconstrutiva e regenerativa, para não falar na tão almejada intenção de reconstruir tecidos nervosos e reverter situações de paraplegia e tetraplegia, mas também das hipóteses de manipulação genética e terapia génica, do desenvolvimento do emprego de células estaminais, como métodos preventivos de doenças e patologias hereditárias, permitindo uma verdadeira “reprogramação genética” do corpo, que colocam desde já inquietantes questões respeitantes aos seus limites biológicos e éticos e à própria natureza da espécie.

E, com efeito, as apreensões que a sua indevida utilização e exploração colocam, derivam da magnitude dos potenciais efeitos danosos delas decorrentes, potenciados por um incipiente acervo, desde logo, de *guide-lines* bioéticas com aceitação universal (o existente consiste quase exclusivamente em instrumentos de *soft-law*), bem como da ausência de linhas éticas de auto-regulação, ou de auto-condução, nas inerentes atividades científicas, bem como de uma tentação comercial ou de outro tipo de motivações que encontram apenas formas larvares de regulação e de fiscalização sobre as atividades de investigação e exploração das descobertas entretanto realizadas.

Tal estado de coisas não pode deixar de concitar a atenção do direito penal, enquanto instrumento de regulação social – apesar de *ultima ratio* –, num domínio onde, porventura, nem sequer se acham estabelecidos, com a segurança, coerência e uniformidade desejáveis, princípios retores e regras de atuação procedimental universalmente aceitáveis.

2.2.3. Os dados das neurociências e da genética como fatores de alteração da compreensão do corpo

Não conhecemos as coisas senão através do nosso corpo, mas não sabemos como o nosso corpo conhece, nem quem conhece através do nosso corpo.

E não sabemos o que sabemos, enquanto não conhecermos o conhecimento que o nosso corpo tem.

Henri Atlan

As recentes abordagens científicas de múltiplos aspetos respeitantes ao corpo trouxeram inéditas mais-valias ao discurso jurídico-probatório, *maxime* no âmbito processual penal.

Duas áreas de conhecimento científico tornam-se preponderantes na compreensão do contexto probatório do facto criminoso global, perspetivado enquanto facto naturalístico – composto por dados sensoriais, geral e imediatamente reconhecíveis pelos observadores, que importam uma modificação exterior da realidade – e enquanto facto normativo – consistindo em facto emergente de um comportamento jurídico-criminalmente relevante atribuído ao seu

agente, como sujeito imputável. Referimo-nos às Neurociências e à Genética, *maxime* a genética forense.

A primeira, incidirá na demonstração de uma personalidade não afetada por qualquer doença mental ou distúrbio de personalidade que inviabilizasse a formulação de um juízo de censura e de suscetibilidade de o indivíduo ser influenciado pela aplicação de uma pena ou medida de segurança, bem como na detecção da mentira. A segunda, como enquadramento técnico-científico de um paradigma de identificação genético-criminal, baseado no tratamento comparativo de vestígios biológicos exteriorizados pelo comportamento delituoso do agente. Ambas as dimensões convocam os mesmos cuidados e problemas no que toca à ingerência probatória.

A prova da realização de um facto global criminalmente relevante, deve fazer-se pela demonstração da certeza da sua realização típica exterior, como através da demonstração da certeza – com recurso a métricas neurocientíficas – de o agente ser um indivíduo imputável ou inimputável mas perigoso. Como tal, relativamente a ambas as dimensões se podem (e devem) fazer sentir as mesmas preocupações e cautelas – e com a mesma intensidade –, emergentes da dignidade da pessoa humana e da integridade pessoal e corporal do indivíduo.

Há outros campos de descobertas e avanços científicos e tecnológicos que podem colocar em causa a estabilidade de muitos conceitos jurídicos e mesmo de representações comuns sobre o corpo.

Recentemente, têm sido descobertas novas entidades terapêuticas, químicas e biológicas, foram desenhados sistemas mais seletivos de transporte de fármacos, instrumentos de diagnóstico mais eficazes, soluções que a ciência vem desenvolvendo, no sentido de minorar ou debelar as doenças, quase sempre com a finalidade e a consequência de prolongar a duração da vida humana ou de a dotar de melhor qualidade.

Admitindo-se as inequívocas e transcendentas realizações científicas que permitiram formidáveis progressos ao bem-estar da Humanidade – em termos de aumento da esperança de vida e da própria qualidade de vida – de todos os lados surge a noção de que tais conquistas reclamam um enquadramento axiológico diferenciado. Essa reivindicação é agudizada quando se confrontam os novos dados da Biologia, mas sobretudo da Genética, que é a sua disciplina na ponta do progresso científico atual. Os desafios da biologia sintética, da clonagem, da seleção de embriões, da engenharia genética, da medicina preditiva, da cirurgia reconstrutiva e regenerativa, ao colocarem questões-limite sobre a própria natureza humana e os limites da vida do Homem, implicam repensar a complexidade e a (im)probabilidade das relações entre a ética, a genética e direito numa sociedade plural, ou mesmo multicultural. Como já foi

O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal

impressivamente lembrado, a propósito das implicações da genética e da biotecnologia, no tocante à própria evolução da espécie humana, «*Evolution by natural selection could be replaced by human manipulation. Where we can go from here is up to us*».

Precisamente por se estar perante dados científicos que podem pôr em causa a própria noção de “natureza humana”, equaciona-se um patamar civilizacional, não já de “revolução das espécies”, mas de verdadeira “rebelião das espécies”, através da orientação humana da investigação biotecnológica, em contraponto a uma “evolução das espécies” sem tal interferência.

Enquanto a *bioética* problematiza questões essencialmente centradas e suscitadas pela biomedicina, o *biodireito* deverá procurar enquadrar tais questões e dar-lhes resposta numa ótica axiológico-normativa. São questões suscitadas pelo direito de procriação, ou da sua negação (*v.g.* o aborto, a contraceção, a esterilização), o direito de procriar medicamente assistido (*v.g.* quem o pode fazer, o estatuto jurídico do embrião, destino dos embriões excedentários, cedência de óvulos, gestação de substituição), o direito a mudar de sexo (*v.g.* licitude das intervenções de transgenitalização, a mudança do estado jurídico e de nome das pessoas, alterações da configuração da relação conjugal e parental), o direito de cedência de órgãos (*v.g. inter vivos* ou *post mortem*, gratuito ou oneroso) ou produtos do corpo humano (material genético, pele, óvulos e esperma, sangue). Mas também no plano do direito de dispor livremente do seu próprio corpo (conhecido na doutrina alemã como *freien Selbstbestimmungsrecht des menschen über seinen Körper*), bem como os seus desejos em situação terminal (*v.g.* disposições antecipadas de vontade, vulgarmente conhecidas como testamento vital ou *living will*) e o direito à eutanásia (como faculdade de uma pessoa optar e exigir, em certas circunstâncias, que não se prolongue artificialmente a vida sem qualidade mínima e que se provoque a própria morte com o mínimo sofrimento possível).

Suscita-se, por outro lado, todo um feixe de problemáticas relacionadas com a ética da neurociência, designada também como “neuroética”.

Haverá que contar com o advento de uma medicina crescentemente individualizada ou personalizada (“não há doenças, há doentes”) e preditiva possibilitada por um registo de saúde informatizado/automatizado do paciente e por uma observação integral e holística do estado biopsíquico, que faz transcender as queixas, sintomas e o estado de saúde contingente do indivíduo.

Por outro lado, ainda, os desenvolvimentos da nanotecnologia suscitam implicações éticas nos planos da nanomedicina e da nanofarmacologia, das novas entidades terapêuticas e meios de transporte de fármacos – possibilitando o estabelecimento rigoroso de um *target drug*

– ou o desenvolvimento de uma terapia génica integralmente individualizada, para além da investigação com células estaminais e da clonagem.

Parecendo presidir a todos estes avanços e desenvolvimentos um intuito saudável – e louvável – de *beneficiar* a pessoa doente, suprimindo ou minorando a doença e suas consequências, permitindo maior qualidade de vida, cabe estar atento, com as cautelas que um princípio de precaução impõe, aos riscos de instrumentalização da pessoa humana, sobretudo potenciados por interesses comerciais e económicos inerentes aos projetos científico-empresariais de ponta que, apesar das incontroversas virtualidades que prodigalizam, podem veicular, consciente ou inadvertidamente, custos e consequências sociais imprevisíveis, já no plano ecossistémico, económico, ético ou mesmo estritamente clínico.

O corpo humano assume-se como repositório de uma quantidade não despreciada de elementos com valor de significado mercantil. Muito pouco no corpo humano é desprovido de interesse ou “descartável”. Como refere Vera Lúcia Raposo, «[q]uase tudo – sangue, órgãos, membros, medula óssea, genes, esperma, ovócitos, cordão umbilical, placenta, tecido fetal, veias (aliás, mesmo quem recusa a propriedade e indisponibilidade do corpo humano tende a aceitar estes poderes em relação às partes descartáveis deste) – está apto às mais diversas utilizações científicas, terapêuticas, e mesmo industriais. Neste contexto, pode afirmar-se que o corpo se tornou uma fonte de matérias-primas: a pele é largamente utilizada em cirurgia cosmética de reconstrução, as córneas são usadas para transplante de córneas; o ADN humano é passível de sequenciação e de patente, logo fonte de lucro para a empresa responsável por essa descoberta (que não pela invenção), as empresas especializam-se em investigação biotecnológica com células estaminais»²⁹⁵. A Autora acentua o interesse comercial resultante da potencial utilização industrial das partes do corpo humano que forem passíveis de transação, conjugada com o facto de algumas empresas biotecnológicas serem cotadas em bolsa e impulsionarem um novo mercado (global?) de compra e venda de partes do corpo, a carecer de adequada regulamentação e regulação.

Claro que podemos – e devemos – justificadamente questionar se os instrumentos jurídicos, de natureza civil ou criminal – *maxime* sancionatória –, devem ser os mais adequados a garantir a tutela dos princípios a cuja formulação se vai chegando, com maior ou menor grau de consenso.

Apesar de se dever recordar a fragmentaridade da intervenção penal e o princípio da subsidiariedade do direito penal – e de julgarmos que o próprio direito civil não cobrirá

²⁹⁵ «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 8, N.º 15, 2011, p. 63.

adequadamente o espectro de situações a regulamentar –, podemos dizer que, porventura, não existirão instrumentos operatórios mais idóneos ou apropriados a tais fins. Naturalmente que se impõe, aqui, uma particular cautela no tocante à incorporação no discurso científico juridicamente relevante, de conceitos e realidades – novos e *inovadores* –, a começar, desde logo, pelas reservas ante um pouco rigoroso, e ainda indefinido, conteúdo dos mesmos, face à não aplicação e verificação generalizada das suas potencialidades.

Significa isto dever ser-se prudente para que, definitivamente, não haja a tentação de conformar juridicamente o real, sem o conhecer e avaliar convenientemente. A apreensibilidade de realidades ainda não estabilizadas recomenda, a todos os títulos, uma metódica de precaução – em vez de experimentalismos voluntaristas –, em que os conceitos jurídicos procurem uma correspondência ao conteúdo material daquelas realidades. O direito não deve inventar (ou desafiar) o real através de conceitos artificiais e que derivem de princípios ou institutos inaplicáveis ou pouco plásticos, antes conformá-los de acordo com a sua especificidade e novidade, mas dentro de um paradigma do (sub)sistema jurídico.

A novidade que os avanços das ciências biomédicas, nomeadamente a genética e as neurociências pode trazer ao discurso científico, é a de que a possível introdução de alterações da própria natureza da espécie humana suscitará acrescidas preocupações e reservas em sede de reflexão bioética sobre tais problemas.

3. A relevância jurídico-probatória do corpo

3.1. O corpo como *objeto* jurídico

3.1.1. A busca (frustrada?) de um estatuto jurídico do corpo

3.1.2. O corpo: um *bem* fora do mercado?

3.1.3. A dignidade da pessoa humana e a tutela do corpo

3.1.4. O(s) direito(s) à disposição do corpo

3.2. Investigação criminal e informação de saúde: o corpo humano como suporte mediato de medidas probatórias

3.2.1. O direito à integridade pessoal (física e moral) e meios de prova com implicação corporal

3.2.2. Entre o dever de segredo médico e o dever de denúncia de crimes públicos por *funcionários-médicos*

3.2.3. Informação de saúde e (in)admissibilidade de prova

3.2.3.1. O âmbito das informações sujeitas a segredo médico e possibilidade de revelação de elementos informativos de saúde: a questão da identificação do doente

3.2.3.2. Alguns exemplos: os crimes de propagação de doenças contagiosas e de aborto

3. A relevância jurídico-probatória do corpo

3.1. O corpo como objeto jurídico

C'est sur le rapport de l'homme à son corps que se dessinent les lignes maîtresses de notre modernité, que s'opèrent les plus significatifs, les ruptures les plus fondamentales, même si n'en avons une claire conscience.

Yves Leduc

Se o fim de todo o direito é sempre um interesse dirigido à livre e integral realização, individual e coletiva, da personalidade humana (*Hominum causa omne ius introductum est*), compreender-se-á que não haja *bem* ou *objeto* mais valioso – a carecer tutela do direito – do que o corpo próprio da pessoa, no qual se materializa ou “corporiza” a sua personalidade individual.

Porém, uma ideia que parte de um pressuposto de *reificação* ou *coisificação* do corpo, colide com os princípios da indisponibilidade e inviolabilidade corporal, impostos pelo Estado, proibindo certas atividades de disposição do próprio corpo, com fundamentos de ordem diversa, quer porque são contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, ou por serem contrários à dignidade da pessoa humana. Esta é, alias, a aceção que maior controvérsia é suscetível de gerar, enquanto linha delimitadora do grau de admissibilidade aos atentados à integridade do corpo.

O princípio da não venalidade do corpo humano vivo, de órgãos, tecidos e células dele destacáveis – ou de certos elementos ou partes dele autonomizáveis –, deve-se a princípios jurídicos de ordem pública (ou de uma certa ordem pública) e de boa-fé, ou a comandos ainda superiores, que encontram o seu fundamento em razões onto-axiológicas e éticas emergentes da dignidade humana.

Importa saber se, e em que medida, tal princípio ainda mantém validade, mormente nas áreas da biotecnologia, da procriação medicamente assistida, da engenharia biológica, em termos de equacionar a sua subtração ao estatuto de “bem de mercado”. No fundo, trata-se de responder à questão enunciada por François Gros, de saber se, depois da dessacralização da Natureza – que deu lugar a um conceito de “objeto vivo” ou “objeto biológico” –, não se estará, paralelamente, a assistir à dessacralização do humano, com a recondução dos órgãos, tecidos, células e fluidos ao estatuto de mercadoria²⁹⁶.

²⁹⁶ *L'Ingénierie du vivant*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1990, cap. X. Cfr., sobre o tema em geral, HELGA KUHSE, «Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici», *Questione di Bioetica* (STEFANO RODOTÀ coord), Biblioteca Universale Laterza, 1997, pp. 65 ss; DE LORENZO, «El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano», *Diario La Ley*, Año LXXIV, N.º 39 - 25-02-2010; SALVADOR BERGEL, «Bioética, corpo e mercado», *Revista Jurídica de Buenos*

Se se quiser caracterizar o corpo humano enquanto elemento essencial de enquadramento do Direito, remetendo para a liberdade/autonomia ou disponibilidade do sujeito quanto ao seu corpo, face aos valores ou bens jurídicos fundamentais, importa identificar (isolar) o que parecem ser os três momentos cruciais na evolução vital do ser humano²⁹⁷.

No primeiro momento – as fases do momento constitutivo (ou destrutivo) do corpo humano –, enquadra-se o direito à vida, à procriação, designadamente à procriação medicamente assistida, à maternidade de substituição, ao aborto, redundando em comportamentos juridicamente relevantes alheios ao novo sujeito, ou seja, inteiramente na esfera de disponibilidade alheia (progenitores ou terceiros) com prerrogativas e posições jurídicas idóneas a conformar, ou não, o surgimento de um novo ser. Num segundo momento, já concernente à vida do corpo humano, à integridade física, à saúde, à reserva da intimidade (corporal), podem equacionar-se questões como as de orientação sexual e de identidade de género, a redesignação de sexo, os rastreios indiscriminados de saúde pública, os programas de vacinação obrigatória, as análises de perfis genéticos, a auto-colocação em perigo – com opções tão “triviais” como fumar, drogar-se ou ingerir bebidas alcoólicas – ou a auto-exposição a riscos de contração de doenças sexualmente transmissíveis (infecção de VIH-SIDA e outras), os transplantes e as doações de órgãos, as experiências médicas, as greves de fome, o *habeas corpus*, as intervenções cirúrgicas, a prostituição e as atuações pornográficas e outros negócios atípicos. No terceiro momento, referido ao dano da morte ou à escolha do momento da morte, em que se convocam questões como as do direito à vida, à intimidade e à dignidade humana, podem encontrar-se as do suicídio, do auxílio ou tentativa de suicídio, das diretivas antecipadas de vontade (“testamento vital”), do suicídio assistido e das formas de eutanásia, da disponibilidade do corpo face aos transplantes de órgãos *post mortem*, da autópsia ou da legitimidade estadual para a aplicação da pena de morte.

Estes três momentos de evolução vital do corpo humano delimitam o alcance das questões respeitantes ao respetivo estatuto jurídico e a matriz retora das problemáticas que o direito tem de debater e solucionar, num quadro sócio-cultural e jurídico-constitucional plural fundado na eminente dignidade da pessoa humana.

Naturalmente que o objeto do nosso estudo não nos permitirá aprofundar estas fascinantes temáticas, incidindo apenas alguma atenção sobre o impacto que têm nas

Aires, 2006, pp. 48 ss e «Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 35 - 2011, pp. 67-100 (acessível em <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/35doctrina2.pdf>, acedido em 03-05-2013); VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano – “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc. cit.*, pp. 47-64.

²⁹⁷ Sobre a estrutura dos (diversos âmbitos dos) direitos sobre o corpo, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, cit., 2014, pp. 270-278.

considerações por nós formuladas *infra* a propósito dos termos e limites da admissibilidade de ingerência probatória sobre o corpo. Aí, avultará o conjunto de questões relativas ao estatuto de não coisificação e à dignidade conferida ao corpo, aquando da consideração dos momentos processuais com implicações probatórias, e às condições de produção e valoração dos elementos de prova com incidência corporal. Para tudo isso, julgamos justificar-se o breve excursão que se segue.

3.1.1. A busca (frustrada?) de um “estatuto jurídico” do corpo

O corpo humano entendido como “corpo biológico” está desmembrado entre a ciência, a indústria, o género humano e a pessoa. Todos o reivindicam e invocam sobre os seus produtos e elementos o “direito” de servir-se dele, e de explorá-lo.

Bernard Edelman

A questão do estatuto jurídico do corpo humano andou sempre associada à alternativa «nem coisa nem pessoa»²⁹⁸. Parece-nos fora de dúvida que, mesmo num quadro jurídico anterior, em que o corpo assumia uma natureza mais estável, no qual não era ainda influenciado pelos quadros ideológicos do *design* corporal, nem fisicamente modelado pelas técnicas da biotecnologia, da medicina preditiva, reconstrutiva e estética, das técnicas avançadas de transplantações, o seu estatuto jurídico sempre foi inconclusivo.

O panorama contemporâneo das possibilidades biotecnológicas, só admitidas com estas realidades científicas e tecnocientíficas²⁹⁹, permite a legitimidade de interpelações que contendem com a própria dimensão política da condição humana atual, o que leva Yves Leduc a defender que «C’est sur le rapport de l’homme à son corps que se dessinent les lignes maîtresses de notre modernité, que s’opèrent les plus significatifs, les ruptures les plus fondamentales, même si n’en avons une claire conscience»³⁰⁰.

João Álvaro Dias ilustra com exemplar rigor e propriedade essas apreensões – apontando para a inaptidão de muitas categorias e institutos clássicos no que toca à regulação e disciplina jurídica do corpo: «(...) a ideia de que os actos de disposição de partes do corpo ou aquela outra de transacções comerciais tendo por objecto o próprio corpo (ou certas partes

²⁹⁸ Cfr. JEAN-PIERRE BAUD, *L’affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*, Seuil, Paris, 1993, em que o Autor sublinha a ambiguidade do estatuto jurídico conferido ao corpo ao longo da História do Direito, centrada em França; também, BERNARD EDELMAN, *Ni chose ni personne: le corps humain en question*, Hermann (Philosophie), Paris, 2009.

²⁹⁹ A Ciência volve-se em «Tecnociência», no sentido em que deixou de lhe presidir uma pura finalidade de conhecimento desinteressado (e, nalguns casos, até solidário e altruísta), passando a orientar-se essencialmente por critérios de aplicabilidade – e de rentabilidade associada – sobretudo quando considerados os planos de aplicação dos avanços da Química, da Genética, da Física, das tecnologias de imagem, entre outros, às áreas da Saúde.

³⁰⁰ *Transcendances: Essai sur Dieu et le corps*, Desclée de Brouwer, Paris, 1989, *apud* MARIA LUÍSA RAPOSO PORTOCARRERO DA SILVA, «Autonomia da pessoa e determinismo genético», *Genoma e Dignidade Humana*, Colectânea Bioética Hoje, V, Gráfica de Coimbra, Ld.^a, Coimbra, 2002, p. 17 (nota 25).

ou funções dele) continua a chocar hoje as consciências bem pensantes do mundo ocidental. Mas não é menos verdade que a prática (*rectius*, as práticas) se encarrega de pôr a nu realidades diversas, que vão desde a disponibilização para participar em ensaios clínicos remunerados até ao aproveitamento de tecidos humanos para produzir proteínas de sangue com fins comerciais (...) Tudo a fazer perigar a ideia clássica de que o corpo é uma unidade funcional»³⁰¹.

A mesma ideia de inadequação ou inadaptação de conceitos normalmente originários dos direitos reais ou das obrigações, como “propriedade”, “compra e venda” ou “doação” (de órgãos, tecidos ou células) é reiterada por Vera Lúcia Raposo³⁰², que adverte para a necessidade de os moldar, dada a analogia e maior proximidade conceitual dessas categorias ou institutos aos temas relativos à disponibilidade do corpo e às faculdades de cedência de partes do mesmo, o que aconselha a recorrer à terminologia conceitual de tais institutos³⁰³.

Esta possibilidade de visão fragmentada do corpo é tributária de uma noção de desmembramento de cariz patrimonialista, de acordo com o qual certos elementos ou produtos (células, fluidos, tecidos ou até órgãos) poderiam ser objeto de cedência ou transação; logo, pressupondo a prévia apropriação pelo seu *titular*³⁰⁴.

João Álvaro Dias, abordando a questão da incindibilidade do corpo nas suas partes – “uno na multiplicidade” –, alerta-nos para um plano de “decomposição progressiva” ou “desmembramento”, que de certa forma corresponde a uma ideia de “desconstrução da mortalidade”, perspetivada esta como decomposição de um processo de termo vital, em

³⁰¹ *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, cit., pp. 90-92.

³⁰² Que adverte para a impropriedade conceitual do emprego, pela Lei, de termos como «dádiva», «doação» (de órgãos ou de gâmetas) e mesmo de «compra e venda» – utilizados, p. ex., nos artigos 18.º da Lei n.º 32/2006, de 26-07, 5.º da Lei n.º 22/2007, de 29-06 –, uma vez que não pretendem sobrepor-se às hipóteses civilísticas típicas de tais contratos («O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc. cit.*, pp. 47 e 48). Seriam, na verdade, atendendo à admissibilidade de uma “compensação” por incómodos sofridos com a “cedência” desses produtos ou partes do corpo, classificados como contratos atípicos, o que deixa em aberto a opção e a verdadeira necessidade da instituição de um enquadramento jurídico-civilístico dedicado ou próprio. Propendemos para uma posição que passe pela adoção de novas regras de enquadramento normativo de tais realidades, como forma de contrariar a indefinição jurídica das mesmas e como meio de evitar a propagação de um “mercado” descontrolado ou, mesmo, clandestino. Em todo o caso, dado o melindre e as especificidades da problemática, compreendemos que não seria avisado intervir legislativamente sobre o tema de uma forma precipitada e contraproducente, devendo, antes, promover-se um alargado debate sobre as questões já identificadas e outras, passíveis de serem suscitadas.

³⁰³ *Loc. cit.*, p. 50 (nota 16). A autora acentua a inadequação de categorias conceituais como “*property*”, da doutrina norte-americana – que corresponde a um direito mais absoluto –, não esquecendo a distinção formulada com “*ownership*”, em termos não totalmente transponíveis para o nosso ordenamento jurídico.

³⁰⁴ Assim, JOÃO ÁLVARO DIAS, afluando a decomposição analítica da relevância jurídica do corpo, refere que se assiste a «(...) uma clarificação analítica do “corpo juridificado” que leva por exemplo, a distinguir o corpo do homem e o corpo da mulher, o corpo vivo e o corpo morto, o corpo doente e o corpo são, o corpo antes e depois do nascimento, o corpo “terminal” e o corpo “recuperável”, o corpo dos tecidos regeneráveis e não regeneráveis, o corpo das células somáticas e o corpo das células germinais», *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, cit., p. 96 (nota 185). Encontram-se, igualmente, afloramentos dessa ideia de decomposição na análise de outros estados do corpo na Medicina e nas Ciências da Vida, como o «corpo explorado», o «corpo técnico» e o «corpo frágil» (cfr. BRUNO CADORÉ, *L’expérience bioéthique de la responsabilité*, Artel, Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 76-78 *apud* JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação – Tópicos em torno da maternidade de substituição», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FÁRIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, Orgs.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, p. 1388.

doenças, mutações patológicas e enfermidades insuscetíveis de correção ou melhoramento³⁰⁵. O corpo, mercê das biotecnologias, das técnicas de transplantação, e da cirurgia reconstrutiva e estética, é remetido para um patamar de considerações sobre a pertinência da manutenção da sua unidade identitária. A permeabilização de inúmeras disciplinas regulamentadoras sobre aspetos setoriais do corpo inculca a ideia de se começar a ficar perante uma entidade decomposta, pulverizada e normativizada pela “biologização do Direito”: um corpo regulamentado juridicamente de forma atomística.

Na verdade, algumas hipóteses de utilização do corpo humano permitidas pelas biotecnologias e pela novas técnicas e especialidades médico-cirúrgicas – basta pensar, *v.g.* na remuneração para participar em ensaios clínicos, para integrar programas de procriação medicamente assistida (através da cedência de gâmetas ou de aluguer do útero), em transplantações de órgãos e tecidos, *etc* – vieram abrir um insuspeitado potencial de obtenção lucro através ou com a(s) utilização(ões) do corpo³⁰⁶ ou, essencialmente, de partes e produtos seus³⁰⁷, cuja legitimação jurídica só a custo tem sido impedida, ou contrariada, em declarações e instrumentos normativos internacionais relativos aos aspetos bioéticos colocados por essa formidável panóplia de possibilidades.

Todavia, quer os fundamentos das proclamações que sucessivamente têm sido adotadas em *fora* internacionais – podemos aqui lembrar a aprovação dos documentos referenciais nas áreas da Bioética e da Biotecnologia pela UNESCO, pelo CdE, pela ONU e pela UE – quer uma conceção de tutela integral e intransigente dos valores da dignidade humana e do respeito pela integridade da pessoa, deverão prevalecer face a tentações de uma mercantilização do corpo e suas partes, potenciada pela biotecnologia e pelos incessantes avanços das Ciências da Vida. É também certo que a assimilação no art. 6.º do Tratado de Lisboa da CDFUE parece implicar que a proibição de comercialização do corpo, estatuída no art. 3.º, n.º 2 III³⁰⁸ deste instrumento, deixa de ter um valor meramente proclamatório, para passar a ter força jurídica.

³⁰⁵ *Ob. cit.*, p. 95, aí citando (nota 184), a propósito da desconstrução do processo de morte, ZIGMUNT BAUMAN, *Life in Fragments - Essays in Post-modern Morality*, Blackwell, Oxford UK – Cambridge USA, 1995, pp. 168 ss.

³⁰⁶ Lembre-se o lamentável panorama relativo à comercialização de órgãos, que é legal nalgumas partes do globo (p. ex., na Turquia e Índia, onde existe uma “reserva industrial” de úteros), clandestino mas não violento noutras (p. ex., em países da Europa central e ocidental e do sul), reconhecidamente proibido, clandestino e violento ainda noutras (p. ex., em países da América central e do sul). Para uma abordagem algo datada mas abrangente sobre a situação, cfr. ROLF MÜLLER, *Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, Rechtlicher Grundlagen und Grenzen*, (Schriften zum Bürgerlichen Recht; BR 191), Duncker & Humblot, Berlin, 1997, bem como ORLANDO DE CARVALHO, «Transplantações e Direitos da Pessoa», in *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar* (15 de Março de 1993), Pub. Centro de Direito Biomédico da FDUC, N.º 3, Coimbra, pp. 137-147.

³⁰⁷ De que é exemplo a intensa transação clandestina – que conta com a conivência (e participação?) de equipas clínicas e a contemporização de autoridades – de órgãos em certos Países (Paquistão, Indonésia, China, entre outros), formando um conhecido mas não afrontado “mercado do corpo” ou, numa expressão mais crua, “bazar do corpo” (cfr. LORI ANDREWS – DOROTHY NELKIN, *Body Bazaar: The Market for Human Tissue in the Biotechnology Age*, Crown Publishers, 2001).

³⁰⁸ É o seguinte o teor da norma:

Artigo 3.º
Direito à integridade do ser humano

A nossa posição a este respeito é, também, a de uma intransigente valorização do corpo como realidade unitária, pela qual se recuse qualquer possibilidade de obtenção de lucro com a sua utilização. À sua utilização *comercial* dificilmente deixaria de corresponder uma efetiva apropriação, pelo próprio titular ou por outrem, a quem fossem cedidos direitos para dispor daquele ou de suas partes ou produtos.

Permanecemos, pois, adeptos de uma visão cultural que se funda no respeito a valores civilizacionais que transcendem e precedem o jurídico, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade de tratamento e à não discriminação, à saúde, o direito à não comercialidade do corpo e de suas partes e produtos.

Em todo o caso, o corpo humano volve-se em entidade jurídica em mudança. Parece ser inevitável perspetivar sob novas abordagens alguns aspetos jurídicos relativos ao corpo humano, uma vez que as potencialidades que vão sendo incessantemente – interessada ou desinteressadamente – descobertas, implicam novas preocupações ou antecipação de soluções para nódulos problemáticos e de resolução inviável ou só possível através de *ortopedia* jurídica dos institutos e conceitos atuais.

Mas serão essas exigências – de edificar novas conceptologias mais adequadas a retratar as novas realidades do corpo – passíveis de implicar a descaracterização da configuração jusnormativa da proibição da comercialização do corpo?

A indispensabilidade de se reverem as tradicionais categorias jurídicas, justificadas e consolidadas face a processos naturais estabilizados durante séculos – que potencialmente podem evoluir para a hipótese superlativa da gestação sem pais de um novo ser humano –, não evita a necessidade de identificar os princípios científicos e jurídicos referenciais que permitam «(...) restituir ao corpo a unidade perdida por força da decomposição em partes e funções, resultado do inevitável das múltiplas e surpreendentes inovações científicas e tecnológicas. A questão essencial, actual e futura, é a de saber se pode o corpo ser reduzido à categoria de um objecto, como tantos outros, colocando-o inteiramente no âmbito das relações de mercado ou se ao contrário considerações de ordem não apenas ética mas também de índole normativa (*v.g.* declarações e convenções internacionais) atinentes a princípios fundamentais impõem solução diversa. Por certo que a consideração de tais princípios e as implicações deles decorrentes são dificilmente compagináveis com concepções fragmentárias

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.

2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:

- (...),
- (...),
- a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro,
- (...).

ou atomicistas do corpo humano, desde logo enquanto entidade depositária do chamado direito à saúde»³⁰⁹.

Qualquer tentativa que hoje se empreenda no sentido de encontrar uma conceção unitária do corpo humano, defrontar-se-á com a diversidade de perspetivas sobre a antropologia do corpo, numa sociedade crescentemente plural e multicultural, pondo em evidência um ser que é «(...) um eterno indigente à procura de si próprio. Quando se fragmenta, quando se comercializa, quando se reifica, quando se transcende, quando cai e quando se levanta, o homem – cada um de nós homens – está afinal a expressar a soberania da sua indigência. Uma *soberania* sem triunfo nem recompensa, onde a renúncia de qualquer apoio no Eterno em evidência a descoberta de que a pessoa humana corre o risco de não assentar em nada que não seja ela própria. Donde resulta que a solidez dos alicerces sobre os quais se constrói o edifício da dignidade humana, corporeamente encarnada, será determinante no resultado que se pretenda alcançar e cuja pré-compreensão se depara como incontornável. Sendo, ou devendo ser, cada pessoa, portadora e expressão de um projecto existencial, inscrito na existência³¹⁰, o grande caminho a fazer será a compreensão, quiçá a descodificação da “condição ontológica da banalidade quotidiana”, residindo em tal tarefa a verdadeira transcendência»³¹¹.

Um reposicionamento do estatuto jurídico do corpo não pode, assim, deixar de ter em linha de conta todas essas considerações que derivam do cenário das possibilidades de uma *nova* – ou, pelo menos, *diferente* – natureza humana, cujo paradigma superlativo será o da clonagem ou o da possibilidade de gestação de novos seres humanos sem (bi-?)parentalidade ou cujo estabelecimento seja, *ad absurdum*, efetivamente inviável³¹².

Essa procura ou tentativa deve assentar em princípios científicos, é certo, mas com igual indispensabilidade nos princípios éticos e bioéticos, de forma a encontrar-se um compromisso que recuse a coisificação do corpo. Em suma, não deve este ser tornado objeto ou coisa em detrimento da eminente dignidade da pessoa humana, mesmo que possa haver alguma vantagem (estética ou económica) para o próprio – e, normalmente, ela existirá – resultante de um qualquer processo de comercialização do corpo ou de partes ou funções suas. Mas com um ónus: é o de que num processo que conduza ao reposicionamento do estatuto jurídico do corpo não podem deixar de ser tomados em linha de conta os contributos da própria biotecnologia e dos seus sucessos, não só para o bem-estar físico e psíquico do ser humano, mas, inclusive, para a própria representação da espécie em matérias como os processos de

³⁰⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, cit., pp. 97 e 98.

³¹⁰ Ao sabor da terminologia heideggeriana de um “ser lançado na existência” (“geworfener Entwurf”).

³¹¹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *ob. cit.*, pp. 10 e 103.

³¹² Pense-se na hipótese limite de uma gestação de substituição com recurso a gâmetas de dadores falecidos.

reprodução medicamente assistida (PMA), reprogramação genética (terapia gênica), substituição de tecidos e órgãos (transplantações), redesignação de sexo, e outros que, inegavelmente trouxeram melhorias sensíveis para a espécie e dos quais dificilmente se prescindiria.

Zigmunt Bauman já lembrou que «the body itself turned into an object for technology; the owner of the body was now a manager, a supervisor and an operator rolled into one, and the medical profession supplied him or her with even more complex technological products to perform these actions»³¹³.

Cremos, em todo o caso, que uma tal concepção não permite legitimar uma visão patrimonialista³¹⁴ ou mercantilista do corpo ou de partes do corpo, o qual se tem de continuar a entender como uma unidade psico-orgânico-funcional.

Porém, a adoção de uma ideia de direito à disposição do próprio corpo, de acordo com a qual o indivíduo não deve fazer a si próprio aquilo que não faria (por imposição legal ou moral) a qualquer outro membro da sociedade, não nos parece ser, hoje, consensual ou, sequer, preponderante. Para além do relativismo ético e do individualismo exacerbado imperantes, o princípio visa proteger a pessoa da sua própria “força destrutiva”, o que implicaria a condenação não só da automutilação, da greve de fome, do suicídio [tentado], mas, inclusivamente, de outros comportamentos que não colhem unanimidade moral e ética num Estado de direito complexo e numa sociedade plural, como a prostituição, o abuso de bebidas alcoólicas e o consumo de drogas, a auto-administração de *doping* ou atividades sexuais masoquistas.

Ensaaiemos em seguida um itinerário que nos ilumine sobre os fundamentos e limites à disponibilidade sobre o corpo e procuraremos perceber se é viável conceber e caracterizar um autêntico e autónomo estatuto jurídico do corpo.

Previamente à questão do estatuto jurídico do corpo, deverá colocar-se uma outra, que é a da sua pertinência ou necessidade prático-jurídica. Certamente que em termos especulativos, será admissível e viável uma tal indagação. Mas será a mesma pertinente em termos prático-jurídicos, que relevem sobretudo no domínio das questões surgidas a propósito da utilização do corpo como meio probatório em processo penal?

Foi a propósito das consequências do destaque de partes do corpo (no caso, de aniquilação de esperma crioconservado) que o BGH, numa decisão controversa de 09-11-

³¹³ *Life in Fragments - Essays in Post-modern Morality*, Blackwell, Oxford UK – Cambridge USA, 1995, p. 170.

³¹⁴ Os primórdios das noções de um direito de propriedade ou de domínio sobre o próprio corpo podem encontrar-se nas teses de JOHN LOCKE e JOHN STUART MILL. Este último Autor enfatiza que «The only part of the conduct of anyone, for which is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign» (*On Liberty*).

1993³¹⁵, interpretou o bem protegido corpo, no sentido do § 823 I BGB, negando aparentemente uma unidade funcional entre as partes destacáveis e o corpo; assim, densificou o conceito de corpo “não como matéria”, mas como «área de determinação e do ser da personalidade, que é materializado na sensibilidade pessoal». Conquanto destinada a surtir efeitos juscivilísticos, o certo é que tal densificação não parece ser de fácil aplicação ao direito penal, pois que, além da especial proteção conferida pela *Embryonenschutzgesetz*, a norma do § 223 StGB pode fazer recair sob proteção penal a separação de gâmetas do corpo, sob a incriminação de violação da integridade física³¹⁶.

Essa dúvida metódico-discursiva não significa que, num registo de investigação jurídica experimental, não se testem algumas proposições no sentido de se poder extrair uma conclusão que – mesmo que precária –, possa, porventura, confirmar uma impressão prévia: *a da inviabilidade de conceber um autónomo estatuto jurídico do corpo*.

Ao assumir-se liminarmente que a pessoa não se esgota no corpo, é inviável, ao menos *prima facie*, conferir-lhes o mesmo estatuto jurídico, se se persistir numa conceção dicotómica do corpo (pessoa/coisa).

A condição fenomenológica do ser humano não é – pelo menos, face ao estado atual da ciência –, comungada por outras espécies animais. Fica, por isso, impossibilitado o recurso a um qualquer referente analógico da condição fenomenológica do ser humano, no mundo animal e natural.

É a pessoa que estabelece relações jurídicas.

É a pessoa que estabelece relações jurídicas com outras pessoas, humanas ou coletivas. Não o corpo, em si mesmo considerado.

O corpo é um prolongamento instrumental da vontade de autodeterminação do sujeito-pessoa³¹⁷, manifestada em declarações negociais ou proposições de atuação unilateral do domínio da autosubsistência. O estatuto jurídico da pessoa, enquanto sujeito de direitos e de relações jurídicas é inquestionável, e não se pode confundir com o que se pretenda afirmar relativamente ao corpo.

No entanto, há relações jurídicas que se estabelecem, tendo tipicamente em vista e como *objeto* o corpo humano – ou uma parte ou dimensão do mesmo –, e não qualquer outra dimensão da pessoa (*v.g.* os casos de doação de células, tecidos ou órgãos em vida, de

³¹⁵ BGH, NJW 1994, p. 127.

³¹⁶ Assim, SONJA FISCHER, «O gâmeta na lei de proteção do embrião e no direito penal», *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana* (JOSÉ DE FARIA COSTA – URS KINDHÄUSER COORD), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, p. 287.

³¹⁷ Para CASTANHEIRA NEVES, o «Homem-sujeito» é uma entidade antropológica, enquanto o «Homem-pessoa» é uma aquisição axiológica, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», *RPCC*, Ano 6.º, N.º 1, jan.-mar., 1996, p. 33

contratos de imagem, de prestações artísticas ou desportivas). Será isso suficiente para que se divise aí uma categoria jurídica do corpo como “coisa” autónoma?

Uma hipotética resposta afirmativa à questão implicaria destringir a natureza de coisa.

Numa classificação categorial de matriz juscivilística mais aproximada, poderíamos integrar o corpo na classe de *coisas compostas*, as que são formadas pela «reunião ou combinação de várias coisas simples, que conservam a sua individualidade física sem prejuízo do nexos que as envolve»³¹⁸. Dentro das coisas compostas, o corpo revestiria características que o aproximam mais das coisas compostas *ex cohaerentibus*, ou seja, aquelas em que há uma conjugação corporal entre as partes, por contraposição às coisas compostas *ex distantibus*, que se incluem no conceito tradicional mais amplo de universalidades (*universitatis rerum*).

Esta tentativa classificatória do corpo como coisa, parece resultar inviável, por duas ordens principais de razões.

Em primeiro lugar, parece desde logo, insuscetível de caber na classificação a hipótese de as células, tecidos e órgãos se poderem configurar como *coisas simples*, já que, naturalmente, não assumem qualquer autonomia ou individualidade próprias, se tomados isoladamente, encontrando-se numa situação fisiológica de interdependência estrutural e de indissociável combinação funcional³¹⁹.

Mas, mais decisivo nos parece ser a objecção de o próprio corpo não poder ser considerado coisa, não por ser insuscetível de relações jurídicas, mas porque, entre nós, atendendo à sua natureza, ser insuscetível de apropriação individual, de acordo com o critério positivo do art. 202.º, n.º 2 do CC³²⁰.

A doutrina reconduz a noção jurídica de coisa a diversas características, uma das quais é a *apropriabilidade* por alguém, outra, a *utilidade* ou *utilizabilidade* (Vínio) – que pressupõe um bem, um benefício – e a *não personalidade*³²¹.

Capelo de Sousa, interpelando-se sobre o conteúdo juscivilístico do *bem*-corpo humano – ao qual reconhece como elementos básicos o somático, a *psique* e a *saúde* – defende que «É, antes de mais, como a vida, uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma. Assim, através daquele bem jurídico são protegidos não apenas o conjunto corporal organizado mas inclusivamente os múltiplos elementos anatómicos que integram a constituição físico-somática e o equipamento psíquico do homem bem como as relações

³¹⁸ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. I – Sujeitos e Objecto*, (4.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 1974, p. 260.

³¹⁹ Consideramos, obviamente as situações de normalidade fisiológica do corpo, e não de qualquer ocorrência patológica, como as de hemodiálise ou de respiração artificial.

³²⁰ A noção de coisa acolhida pelo art. 202.º do CC é, aliás, mais redutora do que a do art. 369.º do Código de Seabra, para o qual coisa era tudo aquilo que carecesse de personalidade.

³²¹ MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 201 e 202.

fisiológicas decorrentes da pertença de cada um desses elementos a estruturas e funções intermédias e ao conjunto do corpo, nomeadamente quando se traduzem num estado de saúde físico-psíquica. Por outras palavras, sendo o corpo uma organização unitária, contínua e intersolidária, deixam de o constituir aqueles elementos ou produtos que sejam definitivamente destacados do corpo e, em apreço à mesma unidade, passam a integrá-lo aqueles elementos ou produtos orgânicos ou inorgânicos que nele se assimilaram ou que nele se implantaram em termos de manterem com a organização corporal uma relação de solidariedade que implique a ideia de incorporação. Finalmente, no que toca ainda ao conteúdo do bem juscivilístico do corpo, importa ter presente que o corpo humano enquanto vivo é uma realidade dinâmica, autocentrada e auto-activa, marcada por uma evolução constante, o que impõe que se tome como bem da personalidade humana não apenas o corpo humano nascido mas também o concebido, independentemente da questão da personalidade jurídica deste, e que se adeque continuamente a tutela juscivilística da personalidade à própria evolução do corpo humano»³²².

Existem hoje, diversos contextos em que se pode divisar uma certa ideia de *objetivação*, *coisificação* ou *reificação*³²³ do corpo humano.

A pessoa é sujeito de direitos. A coisa é objeto de titularidade de direitos³²⁴.

Vejamos algumas implicações deste pressuposto.

Não se pode iludir a crescente assunção de uma dimensão sociológica de “privatização do corpo”. O “eu corpo” torna-se distinto do “eu pessoa”, para se tornar “[eu]coisa”. É corrente a expressão “tenho um corpo” em vez de “sou [também] um corpo”.

A esta disponibilidade privada, pela qual se vendem células, sémen ou ovócitos ou se “alugam” úteros, pode aditar-se uma outra.

Podem descortinar-se aceções de “publicização” ou de “comunitarização” – para não dizer “estatitização” – do corpo: é o que pode suceder com a obrigatoriedade de certos

³²² *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., Coimbra, 1995, pp. 211 a 217. O enunciado reconhecimento do corpo do nascituro como “bem da personalidade”, independentemente da questão da sua personalidade jurídica, parece-nos criar algumas dificuldades, a jusante, quando se tenha de equacionar qual o bem jurídico protegido, p. ex., no crime de aborto. Sendo, aqui, tutelada a vida intra-uterina, o critério do bem jurídico definido pela lei não tomou em linha de conta – parece-nos – essa dimensão de personalidade. As características dessa entidade corporal (do nascituro) podem, por certo, relevar no âmbito de uma concreta investigação criminal – pense-se na necessidade de uma identificação genética de um feto, no contexto da investigação de um crime de aborto –, embora não como “pessoa-ofendida”.

³²³ Os conceitos mencionados podem assumir significados jurídicos distintos, mas utilizam-se com o mesmo sentido.

³²⁴ Na dedicatória ao seu Pai, do livro *La Obsolescencia del Hombre (Vol. I) – Sobre el alma en la época de la segunda revolución industrial* (trad. castelhana de Josep Menter Pérez), Pre Textos, Valencia, 2011, GÜNTHER ANDERS lembra que «(...) o que converte a “pessoa” em “coisa” não é a sua manipulação científica, mas a manipulação fáctica do homem pelo homem».

programas de vacinação, esterilização ou rastreios de massa, ou a institucionalização de um sistema de dadores potenciais de órgãos³²⁵.

Uma noção jurídica de coisa³²⁶, decantada com os contributos doutrinários civilísticos, poderia enunciar-se do modo proposto por Manuel de Andrade: «tudo aquilo que, não sendo pessoa em sentido jurídico, pode constituir objecto de relações jurídicas (direitos subjectivos)», esclarecendo ainda a composição pelos seguintes elementos: objecto impessoal (carecido de personalidade jurídica), com existência autónoma, para satisfazer necessidades ou interesses humanos, suscetível de apropriação, ou seja, «capacidade de subordinação jurídica ao poder, acção ou disponibilidade exclusiva de um ou alguns homens»³²⁷.

Como é bom de ver-se, o corpo não reúne várias destas características.

O corpo, por si, não tem personalidade jurídica. O corpo está, no entanto, implicado na personalidade, emprestando-lhe o substrato tangível³²⁸. Nessa medida, não pode dizer-se que tenha personalidade, se considerado isoladamente, mas já participa na personalidade, quando visto na sua totalidade holística, na integralidade corporal e espiritual da pessoa.

A este respeito, Manuel de Andrade, após lembrar o critério corpóreo de coisa do Código Civil alemão, ultrapassado pela constatação de acompanhar o progresso das necessidades da vida, por um conceito de imaterialidade, conclui que «Entre os possíveis objectos de relações jurídicas, ficam de fora de conceito jurídico de coisas as pessoas estranhas ou a do próprio titular do correspondente direito subjectivo»³²⁹. Como se regista, o Autor, acompanhado de doutrina maioritária, contrapõe à noção jurídica de coisa a noção jurídica de pessoa, de ente dotado de personalidade; no entanto, não se afronta direta e especificamente o

³²⁵ Com base na premissa do consentimento presumido, os cidadãos nacionais, apátridas e estrangeiros que não tenham adequadamente manifestado a sua qualidade de “não dadores”, são dadores *post mortem* de tecidos e órgãos para transplante. Esta solução, que está imbuída, há que reconhecê-lo, de um espírito solidário e humanista – e é de resto, regulada em termos de equilíbrio dos interesses virtualmente em conflito –, não deixa de veicular uma posição de clara afirmação do poder de disponibilidade do Estado face ao cadáver dos cidadãos. É certo que, aqui, o corpo em causa é já o corpo sem vida, o cadáver, não sendo enquadrável na categoria das pessoas, o que, todavia, não afasta uma conceção de interferência pública (“publicização”) numa certa dimensão da corporalidade. Cfr. o regime da Lei n.º 12/93, regulamentada pelo DL n.º 244/94, de 26-09, que cria o Registo Nacional de Não Dadores (RENDA), bem como o sistema do Ficheiro Autónomo do Registo Nacional de Não Dadores (pub DR, I Série-A, n.º 169, de 22-07-1999). Cfr., ainda, o Parecer 5/CNE/93 sobre o Registo Nacional de Não Dadores, do CNECV (acessível em <http://www.cnecv.gov.pt/>).

³²⁶ Pode justificar-se uma incursão abreviada nas definições de coisa, encontradas na doutrina nacional. Para MENEZES CORDEIRO, coisa é tudo aquilo que, tendo relevância para o Direito, não tenha personalidade jurídica (*Direitos Reais*, AAFDL, Lisboa, 1998, p. 46), sem prejuízo de, posteriormente, emitir posição matizada, no que toca aos animais sensíveis, que deviam ser posicionados numa categoria onto-jurídica distinta. LUÍS CARVALHO FERNANDES define coisa como «toda a realidade autónoma, que não sendo pessoa em sentido jurídico, é dotada de utilidade e susceptível de dominação exclusiva pelo homem» (*Teoria Geral do Direito Civil, I – Introdução. Pressupostos da Relação Jurídica*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, p. 668). Para um aprofundamento do estudo da noção de coisa, cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. I. Introdução. As Pessoas. Os Bens*, Coimbra Ed., Coimbra, 2000, pp. 243 ss.

³²⁷ *Ob. cit.*, p. 202.

³²⁸ Hipócrates, o inspirador e “patrono” da Medicina, já propunha uma definição do ser humano como um todo indivisível, de corpo e mente, procurando estudar as doenças e a sua solução tomando em linha de conta todos esses aspetos diferenciados (de índole física e psíquica).

³²⁹ *Ob. cit.*, p. 204.

problema específico do corpo, por se abordar o mesmo em conjunto indissolúvel com as restantes dimensões da personalidade. Subsiste, assim, a pertinência na própria indagação sobre a autonomia do estatuto jurídico do corpo.

Oliveira Ascensão, por seu turno, convoca criticamente para a discussão sobre o conteúdo do conceito jurídico de coisa, o carácter estritamente formal da definição legal positiva que nos fornece o Código Civil, ao definir «coisa» como «tudo o que pode ser objecto de relações jurídicas» (art. 202.º, n.º 1): «(...) se coisa é tudo o que pode ser objecto de relações jurídicas, ocorre perguntar seguidamente o que é susceptível de ser objecto de relações jurídicas. A isso deveria responder-se – são as coisas – e teríamos fechado o círculo vicioso»³³⁰.

Esta objeção mereceu atenção da doutrina, que vem procurando densificar materialmente os parâmetros conceituais de coisa enquanto categoria jurídica. Propõem-se, assim, os critérios da apropriabilidade, o tratar-se de objeto impessoal, ou seja, sem personalidade jurídica, com existência autónoma, com utilidade e apto a satisfazer necessidades humanas. Ao invés, não será essencial para a classificação jurídica de uma “coisa”, para que assuma essa natureza jurídica, a sua venalidade, a sua permutabilidade (que pressuponha valor de venda ou troca) e a sua disponibilidade (que se ache no comércio).

A partir da lei positiva nacional, o corpo não se integra no conceito canónico de “pessoa”, pelo que, por exclusão, seria remetido para o de “coisa”, sendo certo que, em bom rigor, e de acordo com alguma doutrina, deve ser tratado como um *tertium genus*³³¹. Mas, que espécie de *tertium genus*? Um género de coisa consubstancial a um *espírito* ou *alma* humanos, numa ótica religiosa? Uma coisa inapropriável e insuscetível de relações jurídicas? Uma coisa totalmente fora do comércio?

Aqui se deve introduzir a *nuance* argumentativa de se tomar o corpo humano vivo como unidade psico-orgânico-funcional – em que há posições que o concebem como “coisa” e outras que rejeitam tal construção – ou nas suas partes (enquanto partes destacáveis: células, tecidos, órgãos, fluidos³³²), sendo consensual classificá-las como “coisas”, logo, suscetíveis de serem objeto de relações de domínio, designadamente de um direito de propriedade.

Há a convicção de que a admissibilidade, ou não, de rentabilização ou aproveitamento económico de partes ou produtos do corpo se relaciona com o seu carácter renovável ou não, do elemento ou produto em causa, ou ao facto de o mesmo não ser, ou ser, indispensável à vida. Todavia, essa distinção nem sempre corresponde aos dados normativos. Se é verdade

³³⁰ Cfr. *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. I.*, Coimbra Ed., Coimbra, 1997, pp. 311 ss.

³³¹ Assim, VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc. cit.*, p. 49.

³³² Enquanto partes destacáveis, hoje quase nenhum elemento corporal é “descartável”. Daí, e do seu evidente valor económico ou comercial, a necessidade de equacionar a previsão normativa do aproveitamento e (re)utilização das partes do corpo, não só a nível nacional, como internacional ou global (cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc. cit.*, p. 63).

que o cabelo, os dentes, a pele, o sémen são transacionáveis sem oposição legal, outro tanto não se passa já com os gâmetas, cuja comercialização é formalmente proibida nalguns ordenamentos jurídicos, mas se sabe dar origem a um rentável mercado clandestino ou semi-oficial, possibilitando enormes lucros por parte de estruturas empresariais que gerem a recolha e fertilização de óvulos.

Conforme refere Mary Lyndon Shanley, procura-se evitar a profusão de um comércio cuja limitação e regulação assumirá contornos problemáticos, abreviando, uma autêntica “caixa de Pandora”, uma vez que está em causa uma preocupação eminentemente prudencial no sentido de um «judgment that some parts of the body should not be for sale either because of the significance of reserving aspects of the human body form commodification, or because economic need might lead poor people to sell body parts»³³³.

A respeito da definição de personalidade jurídica, dentro da teoria geral dos sujeitos jurídicos, e sem nunca abordar expressamente a questão da natureza jurídica do corpo, H. Kelsen enuncia os termos em que é recortada a personalidade da pessoa humana: «Pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres»³³⁴. Nesta aproximação, Kelsen tem como base a pessoa física ou natural – por contraposição à pessoa estritamente jurídica ou artificial –, chamando, no entanto, a atenção para as conceções jurídicas antigas, de acordo com as quais nem todos os homens tinham personalidade jurídica, como os escravos, o que colocaria em evidência que homem e pessoa (humana e jurídica) não teriam de ser conceitos jurídicos necessariamente coincidentes. Daqui, decorre a conclusão de que, efetivamente, o escravo, a quem não era reconhecida personalidade, tinha um estatuto de coisa, para o seu senhor; não apenas o seu corpo, portanto, mas toda a sua pessoa³³⁵. Donde, poder considerar-se o corpo como realidade jurídica distinta e autónoma da pessoa.

Se as conclusões expostas pela doutrina tradicional não são idóneas a suscitar particulares reparos no que respeita a pessoas capazes de autodeterminação – que, como se sabe, não se confunde com autonomia locomotora ou de subsistência –, já outro tanto não

³³³ «Collaboration and Commodification on Assisted Procreation: reflections on an Open Market and Anonymous Donation of Human Sperm and Eggs», *Law and Society Review*, 36, 2002, p. 271, *apud* VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc. cit.*, p. 48.

³³⁴ *Teoria Pura do Direito*, 4.ª ed., Col. Studivm, Arménio Amado, Ed. Sucessor, Coimbra, 1976, p. 240.

³³⁵ Cfr. sobre o tema, MIGUEL REALE JUNIOR, «O escravo como não sujeito de direitos», *RFDUP*, Ano VIII, 2011, pp. 179-196. Neste estudo, o Autor põe em evidência o estatuto de escravo na época colonial do Brasil, em que era considerado semovente, não sendo os castigos e lesões corporais, de qualquer tipo (graves ou ligeiras, instantâneas ou duradouras) infligidos pelos donos, passíveis de originar para estes qualquer tipo de responsabilidade, nem detendo os escravos a prerrogativa de apresentar queixa.

Em certas sociedades africanas coloniais, desmentindo um certo apriorismo, verifica-se que a escravatura nem sempre é ocasionada à conta da violência ou da dominação, mas através da reprodução de processos tradicionais das sociedades banto, em que os indivíduos se acolhiam, por motivos variados, à proteção de um senhor (europeu, goês ou africano), como refúgio contra as situações de infortúnio ou necessidade (vinganças, fomes), o que é descrito como “escravatura simbiótica” ou fenómeno do “corpo vendido” (cfr. JOSÉ SOARES MARTINS, «Escravos e Escravatura em Moçambique. Problemas Identitários», *Africana Studia*, FLUP, N.º 3, 2000, pp. 37-40).

ousaríamos dizer quando em causa estejam pessoas inconscientes ou incapazes (temporária ou definitivamente, jurídica ou factualmente), em que não se percecione outra dimensão pessoal para além do seu substrato tangível, do seu corpo. E aí emerge toda a problemática da “representação” e da “substituição” da vontade da pessoa incapaz, pelos institutos jurídicos conhecidos, porventura carecidos de reconfiguração e atualização.

Embora a pessoa incapaz – e representada juridicamente – não passe a ser objeto de qualquer direito do seu representante, e apesar de todas as garantias (órgãos de fiscalização da atuação do representante, averiguação judicial da vontade hipotética do incapaz), há, contudo, por parte do representante, uma relação de titularidade (e domínio?) sobre a pessoa do incapaz representado, *abandonado*(?) já pelas dimensões espiritual, de criatividade e de pensamento crítico. Tratar-se-á, assim, de *mero corpo*, cujas funções vitais subsistem, mas relativamente ao qual, nenhuma relação social e comunicacional sensível é percecionável?

Não há, apesar disso, qualquer alteração do estatuto jurídico desse indivíduo. Nem do seu corpo. Continuando a deter personalidade jurídica, até à morte, ser-lhe-á aplicável todo o conteúdo material do princípio do respeito pela dignidade humana. Repudiariamos, assim, sem reservas, qualquer tentativa que passasse por fazer aceitar qualquer outro estatuto que não fosse o de pessoa, para um ser humano nessas condições.

Um outro patamar de interpelações sobre o eventual estatuto jurídico do corpo humano surge ao sermos confrontados com os problemas da patenteabilidade do genoma humano e do corpo humano, o que pode fazer abalar algumas proposições presuntivamente seguras ou adquiridas que tenhamos sobre a matéria.

Convém, aqui, advertir para a possível impropriedade da colocação do problema nestes termos – uma vez que o genoma humano se distingue em absoluto do corpo humano – , para além de se tratar de uma realidade em relação à qual se podem tornar obsoletas as *certezas* a que se possa julgar ter chegado.

Acresce que o problema do estatuto jurídico de pessoa se encontra estabilizado, ao passo que a definição do estatuto jurídico do genoma humano é algo sobre o que apenas se podem intuir, incipientemente, alguns aspetos jurídicos fundamentais, dada a fase do desenvolvimento das incessantes descobertas científicas (das ciências da vida, mormente da biotecnologia e da engenharia biomédica) respeitantes ao mesmo, e face à – porventura virtuosa e emergente de um princípio de precaução – moderação reguladora que alguns instrumentos normativos internacionais veiculam, no tocante às tentativas da sua disciplina³³⁶.

³³⁶ Entre os quais, a CPE e a Diretiva 98/44/CE, do PE e do Conselho de 06-07-1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas.

Genoma é o conjunto de genes existentes nos cromossomas de todas as células de um organismo^{337 338}.

O genoma – um determinado genoma humano – pode originar um ser humano. Que assumirá uma estrutura zoomórfica, um corpo animal *animado*. Tratando-se de um processo natural, origina uma pessoa.

Mas a manipulação artificial, por via biotecnológica, de um genoma que resulte numa criatura eventualmente resultante de modificação – hipótese para já ainda meramente ficcional –, será, assim, indiscutivelmente, pessoa humana? Ou as alterações feitas, que impliquem alterações genómicas do padrão natural humano, implicarão uma alteração do seu estatuto, remetendo-o para outra categoria, além do estatuto dicotómico de coisa e da pessoa: um *tertium genus*?

A estas questões, encontra-se associada, como se sabe, todo o feixe de problemas sobre a suscetibilidade de patentear o genoma humano, ou partes do genoma humano, ou certo tipo de genoma humano³³⁹.

Esta hipótese – da patenteabilidade do genoma humano ou de parte dele – reconduz-nos, desde logo, a uma aparente evidência, que é a de estarmos, aqui, perante a irredutível dimensão meramente física, material ou corpórea da pessoa humana. Trata-se do alcance mais nanoscópico do corpo, que, enquanto tal, dir-se-ia não poder comungar daquela dimensão espiritual ou cultural da pessoa, que é já um resultado da combinação e elaboração dos elementos da totalidade do corpo e do espírito.

A DUGDH prevê que «O genoma humano, em estado natural, não deve ser objeto de transações financeiras» (art. 4.º). O genoma não deve, de acordo com a DUGDH – apesar de se tratar de um conjunto de princípios, de um instrumento de *soft law* –, ser objeto de comercialização e de exploração económica, quer em termos empresariais, quer pelo Estado,

³³⁷ Assim, REMÉDIO MARQUES, «Invenções de genomas – O problema das patentes», *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 188 (nota 1).

³³⁸ Não existe atualmente um consenso científico estabelecido sobre uma grandeza aproximada de células no corpo humano. Sem embargo de se reconhecer a sua (necessária) variabilidade de indivíduo para indivíduo e no corpo de um mesmo indivíduo, ao longo do tempo, o número de células no corpo humano oscila permanentemente, por haver uma incessante renovação das células, que se reflete na instabilidade do seu número. Contudo, de acordo com os especialistas da Escola de Ciências da Vida da Universidade do Estado do Arizona (ASU School of Life Sciences), conclui-se que a quantidade média de células num corpo de adulto se situa entre os 60 e os 90 triliões (60 000 000 000 000 a 90 000 000 000 000). Cfr. *infra*, com mais desenvolvimento, a propósito dos conceitos científicos convocados para o tratamento das questões respeitantes às análises de ADN.

³³⁹ Como é sabido, as questões da patenteabilidade de genomas colocam-se, não só em relação ao homem (e aos elementos do corpo humano), mas também quanto a outras espécies animais e quanto às espécies vegetais – onde essas realidades se acham mais adiantadas – não sendo nosso propósito abordá-las, limitando-nos a enunciar os dados da questão em geral. Para uma visão desenvolvida sobre a complexidade das questões potencial e efetivamente já suscitadas, Cfr. REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. I - *Direito de Autor. Direito de Patente. Modelo de Utilidade. Desenhos ou Modelos*, e *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. II - *Obtenções Vegetais. Conhecimentos Tradicionais. Sinais Distintivos. Bioinformática e Bases de Dados. Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2007; PEDRO MIGUEL MARQUES GASPAS, «As Implicações Ético-jurídicas da Patente Biotecnológica», em: http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/271/AsImplicações_ético-jurídicas_da_Patente_Biotecnológica_-_Pedro_Gaspar.pdf (acedido em 20-10-2012, arq.).

dado se entender que o mesmo é um património cuja titularidade pertence à Humanidade³⁴⁰. Com tal disposição, parece significar-se a inviabilidade de se patentear o material genético humano, esclarecendo-se que a sua simples sequenciação ou mapeamento são insuscetíveis de propriedade intelectual. Se relativamente ao genoma, o elemento que potencialmente origina o corpo, se impede a sua comercialização – logo, a sua coisificação –, por maioria de razão nos parece poder concluir-se pela insuscetibilidade de coisificação do corpo.

A nossa lei fundamental consagra a base constitucional da sociedade e do Estado na dignidade da pessoa humana, bem como a garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano (artigos 1.º e 26.º, n.º 3 da CRP). Podem tratar-se apenas de princípios programáticos, aguardando ou exigindo regulamentação legal ordinária; em todo o caso, estabelecem fronteiras, cuja ultrapassagem tornaria inconstitucionais as disciplinas jurídicas que os infringissem.

Também a Convenção do CdE para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina - Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, vulgarmente designada por *Convenção de Oviedo*³⁴¹, estabelece no seu art. 21.º, que «O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros», e, na disposição seguinte «Sempre que uma parte do corpo humano tenha sido colhida no decurso de uma intervenção, não poderá ser conservada e utilizada para outro fim que não aquele para que foi colhida e apenas em conformidade com os procedimentos de informação e consentimento adequados». No tocante ao genoma humano, o seu art. 13.º contempla que «Uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência».

Parece-nos, assim, estar o legislador nacional muito estreitamente balizado por estas disposições, parecendo-nos que as mesmas veiculam um entendimento sobre a estrutura da

³⁴⁰ Havendo quem critique estas opções normativas, uma vez que subsistem os conflitos de interesse que a DUGDH pretende regular, face à persistência, e coexistência, da onerosidade dos produtos e processos biotecnológicos (patenteáveis) e à gratuitidade da cedência para pesquisa dos elementos biológicos dos sujeitos dadores (JOSÉ A. PERES GEDIEL, «A Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos: um Novo Modelo Jurídico para a Natureza?», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 34. Porto Alegre, Síntese, 2000, pp. 51-52, *apud* ANA PAULA MYSCZUK e JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES, «Patentes e Genoma Humano: Análise a Partir da Dignidade da Pessoa», na ligação seguinte: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ana_paula_myszczuk.pdf, - acedido em 10-10-2012, arq.).

³⁴¹ Ratificada pelo Decreto do PR n.º 1/2001, de 03-01, bem como o Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de janeiro de 1998, aprovados, para ratificação, pela Resolução da AR n.º 1/2001, em 19-10-2000, pub. DR I Série-A, n.º 2, de 03-01-2001, sendo certo que só em 1 de dezembro de 2001 entrou em vigor na ordem jurídica internacional e interna, por só então ter sido ratificada pelo número necessário de Estados (cinco, incluindo pelo menos quatro do CdE – art. 33.º, n.º 3).

identidade genética e a natureza das intervenções sobre o genoma humano que dificilmente se compaginariam com uma conceção do corpo humano como coisa.

Quer a CPE, indiretamente (art. 53.º, al. *b*)), quer a Diretiva 98/44/CE (art. 5.º, n.º 1), quer o CPI (art. 53.º, n.º 3, al. *a*)), diretamente, postulam a insuscetibilidade do patenteamento do corpo humano. No entanto, deixam em aberto – admitindo-a *expressis verbis* – a patenteabilidade de «Qualquer elemento isolado do corpo humano ou produzido de outra forma por um processo técnico, incluindo a sequência ou a sequência parcial de um gene (...), mesmo que a estrutura desse elemento seja idêntica à de um elemento natural» (art. 5.º, n.º 2 da Diretiva 98/44/CE do PE e do Conselho de 06-07-1998) e de «Uma invenção nova, que implique actividade inventiva e seja susceptível de aplicação industrial, que incida sobre qualquer elemento isolado do corpo humano ou produzido de outra forma por um processo técnico, incluindo a sequência ou a sequência parcial de um gene, ainda que a estrutura desse elemento seja idêntica à de um elemento natural, desde que seja observada expressamente e exposta concretamente no pedido de patente, a aplicação industrial de uma sequência ou de uma sequência parcial de um gene;» (art. 54.º, n.º 1, al. *c*) do CPI)³⁴².

Como se pode constatar, apesar de uma frontal proibição de patenteabilidade do corpo humano na fase acabada (após o nascimento) do seu desenvolvimento, o certo é que as restrições de proibição que acabamos de ver, podem não ter definitivamente fechado as portas a problemas sérios que poderão surgir no futuro, com o progresso dos avanços da Biotecnologia. Não nos parece mera conjectura, já hoje, poder prever-se que, em resultado da patenteabilidade de um processo biotecnológico que incida sobre um elemento isolado do corpo humano, ou uma sequência ou da sequência parcial de um gene, destinado a produzir um medicamento ou um elemento que evite ou minore certas doenças, cuja aplicação dependa da situação económica de quem dele careça, e, por tal via, se estabeleça uma discriminação sócio-nosológica.

A este propósito, convém atentar no que refere Remédio Marques, quanto à patenteabilidade de genes humanos: «Pode, de facto, sustentar-se que a patentabilidade de genes humanos e dos demais elementos e processos acima descritos reduz as *pessoas* ao universo das *coisas*, susceptíveis de serem vendidas, permutadas ou modificadas. Em suma, uma novel *coisificação dos seres humanos*, claramente atentatória do princípio da *dignidade da pessoa humana* (art. 2.º, da CRP), enquanto ser conformador *de si próprio* e da sua vida de acordo com o seu próprio projecto espiritual. Isto dito, para além de propiciar a verificação de outros

³⁴² Alertando para os “perigos” dessa admissibilidade, e para a confusão entre «descoberta» e «invenção» que o instrumento parece propiciar, defendendo que a descoberta de um gene é efetivamente descoberta, e não invenção, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, «Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica», in *Estudos de Direito da Bioética* (J. OLIVEIRA ASCENSÃO coord.), Almedina, Coimbra, 2005, p. 27.

efeitos científicos e moralmente perversos, tais como: a programação genética das gerações futuras; a perda da diversidade genética; o aumento das desigualdades sociais; a erosão do que resta do *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*; a discriminação genética; o acentuar da *exploração dos recursos genéticos* nos países subdesenvolvidos»³⁴³.

Contudo, noutro passo, ainda, pretendendo reconciliar os interesses supostos na dignidade da pessoa humana e na patenteabilidade de genes e de processos essencialmente biológicos, acrescenta que «O conteúdo da dignidade da pessoa humana não parece colidir com a patenteabilidade dos genes enquanto *substâncias químicas retiradas ou removidas* do corpo humano (e que nele não voltem a ser implantadas *qua tale*) – contanto que sejam objecto de alteração ou modificação – pois o ser Pessoa Humana depende mais das *auto-representações* espirituais e culturais – da *irreduzível transcendência* que nos separou dos outros seres que habitam neste planeta –, das ideias, dos valores, das emoções e da personalidade de cada ser humano do que dos *caracteres fisiológicos* do corpo humano ou dos *genes* que (também em larguíssima medida) partilhamos com as outras espécies de seres vivos, animais, vegetais e microrganismos»³⁴⁴.

Parece-nos, por isso, que também estas reminiscências de patenteabilidade de processos biotecnológicos que incidam sobre um elemento isolado do corpo humano, ou uma sequência ou uma sequência parcial de um gene, que como vimos, pode reprogramar e reproduzir (*i.e.*, imitar) um elemento humano, não serão idóneas para fazer colocar, seriamente, a hipótese de atribuição ao corpo de um estatuto de coisa³⁴⁵.

Devemos, também, em atitude metodológica descomprometida, empreender a comparação entre a natureza jurídica do corpo com o estatuto legal e a conceção doutrinal dominante de cadáver.

É o termo da vida corporal que fixa o momento da morte, enquanto facto juridicamente relevante, *i. e.*, enquanto fenómeno global, e não necessariamente, das funções de todos os tecidos e órgãos vitais³⁴⁶.

Nos termos do art. 68.º, n.º 1 do CC, a personalidade cessa com a morte (*mors omnia solvit*). Todavia, o art. 71.º, n.º 1, reconhece que os direitos de personalidade gozam igualmente

³⁴³ «Invenções de genomas – O problema das patentes», *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 222 e 223. Cfr, também, *Patentes de genes Humanos?*, CDB – Coimbra Ed., Coimbra, 2001, *passim*.

³⁴⁴ *Loc. cit.*, pp. 224 e 225.

³⁴⁵ COSTA ANDRADE, a propósito dos testes de SIDA, adverte contra a tentação de não tratar o sangue retirado do corpo humano como «coisa», cuja proteção não caberia na esfera de tutela do crime ofensas à integridade física. Acrescenta que uma «extensão teleológica do conceito de corpo às partes definitivamente separadas» (ROHE), não é tolerada pelo princípio da legalidade», invocando ainda o princípio da *subsidiaridade* da intervenção do direito penal e a fragmentaridade do ilícito penal (*Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Ed., Coimbra, reimp., 2004, p. 83)

³⁴⁶ Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, «A definição de morte. Transplantes e outras utilizações do cadáver», *Estudos de Direito da Bioética* (J. OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, p. 63.

de proteção depois da morte do respetivo titular, o que coloca o intérprete face a um aparente paradoxo. Tal não significa, na verdade, que seja tutelado qualquer direito de personalidade do falecido *qua tale*, exactamente porque o cadáver não é titular dos direitos de personalidade de que gozava em vida, não podendo reconhecer-se direitos fundamentais ao cadáver, nem admitir-se a transmissibilidade daqueles direitos pessoais para outrem³⁴⁷. Não é ao cadáver que se poderia alguma vez reconhecer a titularidade de qualquer interesse ou direito. Com efeito, Pires de Lima e Antunes Varela entenderam que a disposição do art. 71.º, n.º 1 constituía um desvio à regra do art. 68.º, n.º 1 do CC³⁴⁸. Por seu turno, Mota Pinto, expressou a sua discordância dessa posição, escrevendo que «(...) a tutela do art. 71.º, n.º 1 é uma protecção de interesses e direitos de pessoas vivas (as indicadas no n.º 2 do mesmo artigo) que seriam afectadas por actos ofensivos da memória (da integridade moral) do falecido»³⁴⁹.

Em termos civilísticos, o art. 71.º do CC é, pois, a principal matriz da tutela jurídica dos falecidos, exactamente nesses termos: de os direitos de personalidade não se ligarem com o mesmo alcance e extensão à pessoa do defunto³⁵⁰, mas predominantemente às pessoas elencadas no n.º 2 daquele preceito, na medida em que uma ofensa à memória (elemento da integridade moral da pessoa) do falecido poderia implicar um dano para si, enquanto pessoas vivas.

Em sede jurídico-penal, o Código Penal estatui a tutela do respeito devido aos mortos nos dois tipos de crime dos artigos 253.º e 254.º, cujo bem jurídico tutelado não é exactamente o cadáver, mas mais precisamente o sentimento de piedade para com os mortos e a possibilidade da sua livre expressão (art. 253.º) e o mesmo sentimento, como expressão da coletividade (art. 254.º)³⁵¹.

Mas pensamos serem precisamente esses significados, representações e sentimentos ancestrais e culturais de respeito que ao homem merece o cadáver de outro homem, que tem levado à atitude relutante da doutrina tradicional em classificar o cadáver como coisa, propendendo a vê-lo como uma realidade diferenciada, como um *tertium genus*, entre as pessoas

³⁴⁷ Cfr., neste sentido, Ac TC de 08-06-1988 (rel. Cons. Martins da Fonseca), *BMJ*, 378/141. Neste aresto, defende-se a insuscetibilidade de se atentar contra a “integridade pessoal” de um cadáver.

³⁴⁸ *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1982, p. 104.

³⁴⁹ *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição (12.ª reimp.), Coimbra Ed., Coimbra, 1999, p. 203.

³⁵⁰ Cfr. Ac STJ de 15-12-2011 (rel. Cons. Álvaro Rodrigues), o qual se reporta à ponderação de interesses na realização de exumação de cadáver, relativamente ao qual se tornava necessário proceder a colheita de tecidos para exame comparativo de ADN, com vista ao estabelecimento de uma certeza jurídica (e científica) sobre a paternidade do autor da ação, pronunciando-se no sentido da sua admissibilidade.

³⁵¹ Conforme refere DAMIÃO DA CUNHA, o conceito de *piedade* «está referido não ao sentido comum de *compaixão*, mas mais ao sentido original e latino do mesmo, de respeito face a entidades que transcendem a existência singular. Trata-se de um bem jurídico imaterial» (*Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. II, J. Figueiredo Dias, dir., Coimbra Ed., Coimbra, anot. aos artigos 253.º e 254.º, 2000, pp. 651 a 653).

e as coisas. Um bem jurídico autónomo. Luís Carvalho Fernandes recenseia³⁵² nesse sentido as posições de Cunha Gonçalves³⁵³, Paulo Cunha³⁵⁴ e Manuel Gomes da Silva³⁵⁵.

Oliveira Ascensão defende a inviabilidade de uma conceção que identifique o cadáver com “pessoa” ou com “coisa” «porque indissociável da personalidade de que foi suporte», propugnando uma noção de *tertium genus*, o que implicaria, no entanto, que fosse disciplinado pelos princípios relativos às pessoas.

Supomos, no entanto, e sem embargo de atender naturalmente ao tipo de representações e sentimentos acerca do significado social, cultural ou religioso do cadáver, que o mesmo não poderá ser classificado senão como coisa, embora coisa fora do comércio³⁵⁶. Isso se deve, em primeira linha, à sua sacralidade, e, em segundo lugar, por não poder ser, em princípio, objeto de atos jurídicos, exceto os admitidos ou impostos³⁵⁷ expressamente pelo direito.

Esta classificação da natureza jurídica do cadáver, não sendo pacífica, é operativa, por nos auxiliar na reflexão empreendida sobre a natureza jurídica do corpo. O cadáver é o corpo abandonado pela vida. Logo, esvaziado do *sopro vital* da historicidade, da cultura, da inteligência e criatividade, dos sentimentos e emoções, em suma, do espírito, que permite(m) reconhecer a personalidade inteira da pessoa.

Terá de ser, por isso, uma entidade com natureza distinta da pessoa.

Tentemos averiguar se a definição legal de cadáver nos ilumina nesta busca de uma natureza jurídica do corpo.

Entre nós, o conceito de cadáver tem um conteúdo normativo definido no art. 2.º, al. i) do DL n.º 411/98, de 30-12: «o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica». Esta definição importa, por diversas ordens de razões; desde logo, porque, demonstrados os pressupostos da existência de um cadáver, o mesmo ficará sujeito à chamada disciplina mortuária das inumações, cremações e trasladação, prevista no DL n.º 411/98, mas, igualmente, e sem embargo da sua extracomercialidade, ao regime de colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana (artigos 1.º a 5.º e 10.º a 14.º da Lei n.º 12/93, alterada pela Lei n.º 22/2007), ao regime de dissecação de cadáveres

³⁵² *Loc. cit.*, p. 71.

³⁵³ *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1962, pp. 304 e 305.

³⁵⁴ *Teoria geral do Direito Civil. Resumo desenvolvido das Lições do Ano Lectivo de 1971-1972*, Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, pp. 152 e ss.

³⁵⁵ *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, Lisboa, 1965, pp. 179 e ss.

³⁵⁶ Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *loc. cit.*, p. 71.

³⁵⁷ V.g. a necessidade de exumação de um cadáver para colheita de tecidos, a fim de se determinar a certeza científica sobre a paternidade, ou com vista a proceder a exame necrópsico (na autópsia) no quadro de uma investigação criminal. Também neste sentido, cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *ibidem*.

para efeitos de ensino e investigação científica (DL n.º 274/99, de 22-07) e aos princípios em que se baseia a verificação da morte (Lei n.º 141/99, de 28-08).

A circunstância de o cadáver poder ser classificado, em certa aceção, como “coisa” – mas coisa fora do comércio –, não significa que tal natureza jurídica se transmita ao corpo, ou que este comungue de tal estatuto, pelo que o problema originário da identificação do estatuto do corpo [da pessoa viva] persiste.

Já foi entendido que no estado atual da nossa civilização, tudo o que existe, menos o ser humano, é uma coisa. Então o corpo humano também seria uma “coisa”, *porque não se confunde com o ser humano: é a sua carapaça*³⁵⁸.

A hipotética tentativa de uma comparação entre o estatuto jurídico do embrião³⁵⁹ e o do corpo também nos pareceria estar antecipadamente votada ao insucesso.

De referir, a este propósito, que o argumento – indevidamente esgrimido, p. ex., no debate público sobre a interrupção voluntária da gravidez – de que a gestante “faz o que quer do seu corpo”, incorre no equívoco conceitual de se considerar a mesma “dona” do seu corpo, exprimindo uma visão distorcida sobre a relação pessoa/corpo, convertendo este num objeto suscetível de apropriação, uso e abuso. Por um lado, excluindo da decisão sobre o destino do embrião o outro sujeito responsável pela gestação (progenitor masculino)³⁶⁰ e, por outro, desconsiderando completamente qualquer hipótese de autonomia do embrião.

³⁵⁸ RENÉ DEKKERS, «*Le corps humain et le droit*», Association Henri Capitant, Journées Belges, Tome XXVI, Dalloz, Paris, 1975, pp. 1, *apud* LUÍSA NETO, «Direito à Saúde, Bioética e Biomedicina», texto tendencialmente correspondente à sessão lecionada na Pós Graduação de Direito da Saúde, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 4 de dezembro de 2008, acedida em <http://icjp.pt/sites/default/files/media/613-920.pdf>, em 02-10-2012; cfr., também, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo...cit.*, p. 426.

³⁵⁹ Não pretendemos, nesta breve incursão, obviamente, esgotar todas as possíveis variáveis de considerações e decorrências sobre a inquietante e tormentosa questão do estatuto jurídico do embrião. Apenas se apresentarão, naturalmente, salientar os pontos relevantes nucleares para a discussão entre uma hipotética analogia do estatuto do embrião e do corpo. Sobre o tema, VERA LÚCIA RAPOSO, *O Direito à Imortalidade ...*, cit., *passim*.

³⁶⁰ Sobre a temática, em abordagem de cuja perspetiva nos distanciamos, cfr. JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito do Homem a rejeitar a Paternidade de Filho Nascido contra a sua Vontade. A Igualdade na Decisão de Não Procriar*, Coimbra Ed. – FDUC- Centro de Direito da Família, Coimbra, 2013. O Autor argumenta que, face a uma unívoca – e não ilícita – manifestação do direito e vontade de abortar por parte da gestante, o progenitor teria o «contra-direito» de se opor ao estabelecimento de uma paternidade não desejada por si, mas para que contribuiu, face à ausência de acordo da progenitora no sentido de abortar. Parece-nos que se desfoca o verdadeiro núcleo do problema, uma vez que a opção de abortar, pode desconsiderar a hipotética vontade do progenitor no sentido de manter a gestação até ao nascimento natural, mas, no limite, não constitui uma opção no sentido de negar o direito à paternidade [do progenitor]. Ao invés, ao admitir-se a possibilidade de “renunciar” à paternidade da criança nascida de gestação indesejada pelo progenitor, estar-se-ia, no fundo, a admitir um sucedâneo de “aborto forçado” pela progenitora e a permitir uma inconveniente subtração à responsabilidade dos indivíduos que pretendessem invocar essa intenção de não prosseguir com uma gravidez da sua (co)responsabilidade. A solução não resolve, quanto a nós, qualquer problema de “desigualdade” na decisão de não procriar. Esta decisão (de não procriar, por parte da gestante) não decorre de um direito exclusivo e incondicionado (direito potestativo) da progenitora. Mas a sua manifestação pode, eventualmente, originar responsabilidade civil da gestante que interrompe a gravidez, por força da violação de direito da personalidade, no caso, p. ex., de incumprimento de um acordo pré-gestacional ou numa situação de quebra de um projeto de co-parentalidade no seio do casamento, de uma união de facto ou outro tipo de relação. Não cremos é que possa fundamentar, como contra-ponto, a plausibilidade de o progenitor de criança nascida de gravidez indesejada por ele, poder invocar um qualquer *direito* de se subtrair às responsabilidades inerentes à paternidade. O TC já teve oportunidade de se pronunciar expressamente sobre a questão no Ac n.º 346/2015, de 23-06, não julgando inconstitucionais as normas constantes dos artigos 1865.º, n.º 5, e 1869.º do CC, na interpretação de que é possível proceder ao reconhecimento judicial da paternidade contra a vontade do pretense progenitor, como era suscitado pelo réu numa ação oficiosa de investigação de paternidade. Cfr., também, PEDRO PAES DE

O corpo de que curamos é uma realidade cuja natureza biológica e jurídica é inteiramente distinta do embrião

As múltiplas formas de instrumentalização do corpo podem fazer supor que existe um feixe de direitos que confere poderes relativamente à sua utilização e emprego em atividades de diversa natureza. As ocupações de natureza laboral perigosa – âmbito regulado por rigorosa legislação específica – constituem aspeto que não suscita particulares problemas de compatibilização entre a autonomia do trabalhador e a dignidade humana, considerando que o trabalho é uma forma de dignificação da personalidade. Também a sujeição do corpo a testes clínicos de investigação biomédica, dada a sua finalidade e regulamentação apertada, apesar de colocar questões mais densas – como a dos interesses industriais e comerciais subjacentes, aos critérios de seleção dos candidatos, à transparência e declaração de interesses dos interessados, à divulgação dos resultados –, não vem suscitando problemas de tomo. Já outros tipos de atividades envolvendo a instrumentalização do corpo têm sido apontados como fonte de tormentosos problemas de conciliação entre o princípio da dignidade humana e a esfera de autonomia da pessoa; podemos recensear nestes casos as hipóteses – para referir as mais discutidas – de contratos de gestação (vulgarmente designados por *barrigas de aluguer* ou por “maternidade de substituição”)³⁶¹, de venda de células, tecidos e órgãos em fraude à lei (que postula a sua gratuitidade).

É também território fértil para reflexão sobre a compatibilização da autonomia pessoal com o princípio da dignidade, o conjunto de atividades ou práticas negociais de natureza sexual envolvendo o próprio corpo, ou a sua imagem, como as dos chamados “trabalhadores do sexo”, como p. ex., as práticas de prostituição, de pornografia, de acompanhamento (“*escort girls*”), de “alterne” ou de “*strip-tease*”. Naturalmente que os ordenamentos jurídicos que proscvem tais atividades para o campo do ilícito pretendem resolver, dessa forma, uma tal discussão. Pode encontrar-se outro fundamento político-criminal de punição da prostituição – para além de qualquer conceção desvaliosa da prática de tal atividade em si mesma –, como seja a prevenção contra práticas de intimidação e de violência de género e financeira, sobre as mulheres ou homens que se dediquem à prostituição, potenciados pelo universo da

VASCONCELOS, «A Posição Jurídica do Pai na Interrupção Voluntária da Gravidez», *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (A. MENEZES CORDEIRO - PEDRO PAES DE VASCONCELOS - PAULA COSTA E SILVA), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008.

³⁶¹ Cfr., por todos, VERA LÚCIA RAPOSO, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Ed. – Série Direito Biomédico n.º 10, Coimbra, 2005.

criminalidade organizada de tráfico e exploração de seres humanos. Aí, a prostituição³⁶² relevará juridicamente em termos diretos.

Mas pode ainda relevar juridicamente de forma indireta, pois a solicitação ou o oferecimento para a prática de prostituição, ou o proxenetismo (em geral ou em determinadas circunstâncias), são, em muitos ordenamentos jurídicos, sancionados e mesmo criminalmente puníveis, como entre nós (artigos 169.º e 175.º do CP)³⁶³, o que pode implicar a necessidade da prova de tais práticas para a perseguição daquelas cuja ilicitude se prevê, sem que daí resultem específicas consequências para os seus intervenientes³⁶⁴.

Noutros ordenamentos, como no nosso, a persistência de uma situação de ausência de regulamentação – estamos em crer, mais por inércia político-legislativa do que por opção deliberada –, acaba por redundar na neutralidade jurídica de tais atividades³⁶⁵. Claro que se inscreverão no âmbito não proibido pelo direito, quando tais atividades sejam exercidas por pessoas maiores, cuja opção pela sua prática se possa considerar, de alguma forma, autónoma livre e esclarecida³⁶⁶.

³⁶² A definição de prostituição, apesar de ser um termo utilizado comumente pela generalidade das pessoas, não tem sido consensual. Tida como “a mais velha profissão do Mundo”, uma tal realidade já foi escarpada conceitualmente, por Sólon, que a restringia a mulheres que se relacionassem sexualmente com uma pluralidade de homens não escolhidos por ela, mediante remuneração. Por seu turno, S. Jerónimo, numa aceção mais minimalista, entendia ser prostituta a mulher que se entregasse ao vício com muitos homens, não pressupondo remuneração dos atos sexuais. Mais recentemente, LITZ e RANK, entre outros, recuperam a definição de ser atividade sexual desenvolvida por mulheres com pluralidade de homens, mediante remuneração acordada prévia ou presumidamente. Naturalmente que o conceito abrangerá hoje a atividade sexual remunerada de qualquer espécie, desenvolvida por homens ou mulheres com pluralidade (aleatória ou selecionada) de outros homens ou mulheres (indistintamente).

³⁶³ Sobre a questão da (in)constitucionalidade, entre nós, da opção político-criminal da incriminar a referida conduta, mesmo em moldes mais amplos, como após as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, cfr. os acórdãos do TC n.ºs 144/2004, 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007, 591/2007, 559/11, 605/11 e 654/11 (todos acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt), que, de forma constante, julgaram não inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169.º, n.º 1, do CP. Avultam nos respetivos processos, fora do problema específico da punibilidade do lenocínio de menores – cuja desconformidade constitucional nunca foi, ao que sabemos, suscitada –, as questões da contrariedade da incriminação ao princípio da fragmentariedade ou da subsidiariedade do direito penal, e ao direito ao trabalho e à liberdade de empreendimento e de estabelecimento.

³⁶⁴ Cfr., numa perspetiva crítica relativamente à manutenção da incriminação do lenocínio não qualificado, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA - PEDRO MENDES LIMA, «O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos», *RPCC*, Ano 22, N.º 2, abr.-jun. 2012, pp. 201-260, no qual os autores propugnam pela exclusiva manutenção da forma qualificada, justamente por entenderem que falta a legitimidade constitucional de tutela de um verdadeiro bem jurídico determinado, justificando-se a incriminação do n.º 1 do art. 169.º do CP por razões de paternalismo ou quicá de “má-consciência” estadual, ante a omissão de regulamentação da prostituição.

³⁶⁵ Em termos morais e religiosos, tais atividades encontram uma ressonância valorativa desvalorosa. No discurso jurídico tradicional, que incriminava tais práticas, as mesmas eram expressivamente designadas por “crimes sem vítima”, o que significava já um “amortecimento” na consideração da necessidade de tutela do/a prostituto/a, por parte do Estado, desde que maior, capaz e economicamente autónomo/a.

³⁶⁶ Convém referir que a realidade global da prostituição assume características de preocupante estabilização ou incremento. Passados mais de 60 anos sobre a aprovação da Convenção das Nações Unidas para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem (1949), ratificada por Portugal em 1991 (que no seu preâmbulo afirma que «a prostituição e o mal que a acompanha, a saber, o tráfico de pessoas com vista à prostituição, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e põem em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade»). A prostituição e o tráfico de mulheres e crianças para efeitos de exploração sexual são realidades mundiais, tendo-se tornado questões sociais com contornos dramáticos. Considerando dados da United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), mais de 2,4 milhões de pessoas são atualmente vítimas de tráfico para fins comerciais, e que segundo o relatório *Global Report on Trafficking in Persons – UN.GIFT*, de fevereiro de 2009, a exploração sexual assume-se como a forma mais relatada de tráfico, com 79% dos casos (sendo que a maioria são mulheres e crianças), registando o tráfico para fins de exploração laboral 18% das situações. Por seu turno, na UE, cerca de 500.000 mulheres e

Por último, há outras utilizações ou instrumentalizações do corpo que, crescentemente, pela sua natureza e finalidades, têm vindo a colocar problemas de muito difícil enquadramento e solução. Nestas, podem elencar-se as experiências de cirurgias “artísticas” – em que, com uma finalidade exclusivamente artística, as pessoas se submetem a intervenções cirúrgicas com vista à modificação temporária da sua anatomia – ou de “canibalismo experimental”³⁶⁷.

Estas manifestações – que se poderiam designar como exercício de “poderes desviantes” – de instrumentalização do corpo, por si só, não implicam uma alteração da perspectiva sobre o seu estatuto jurídico; não bastam, por si só, para conduzir à sua *reificação* e reduzi-lo a um estatuto idêntico ao de coisa. Tomemos em consideração que muitas destas atividades e práticas são factuais, exercidas fora de qualquer contexto e controlo jurídico-normativo, em resultado de negócios de natureza duvidosa e que muitas vezes parece pretenderem contrariar a lei, a ordem pública ou os bons costumes. Como tal, normalmente inescrutáveis, incontroláveis e remetidos para cifras negras, por falta de interesse dos próprios intervenientes, mesmo que prejudicados ou lesados.

Enfim, a tentação de coisificação do corpo por parte de alguns autores, deve suscitar as maiores reservas. Neste sentido, Luísa Neto adverte para as cautelas a ter na classificação jurídica do corpo, propendendo, também, para a catalogação do corpo, numa certa aceção, como “coisa”, apesar de advertir que «(...) o corpo humano não ocupa lugar particular no direito senão por intermédio do conceito abstracto de pessoa»³⁶⁸. Neste plano, é consensual a ideia já proverbialmente expressa por Orlando de Carvalho, de que «se a pessoa pode ser objectivada não pode ser, todavia, coisificada ou reificada, ao nível da consciência ético-jurídica moderna»³⁶⁹. Podendo não ser automática a extrapolação desta asserção relativamente à realidade do corpo, cremos que encontrará bastantes dificuldades uma construção que defenda a inadmissibilidade de reificação da pessoa – que é consensual – e, simultaneamente, a possibilidade de coisificação do corpo. Paulo Otero aponta para um conceito de corpo

crianças vítimas de tráfico são abusadas e exploradas sexualmente, efetuando-se o aliciamento e recrutamento para a prática da prostituição em idades muito jovens, incluindo crianças entre os 13 e os 16 anos. Cfr., numa perspectiva de equiparação da prostituição à escravatura do séc. XXI, a Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 24/2013/M, de 14-11-2013 (Prostituição e a abolição da escravatura do século XXI), pub. DR 1.ª Série, N.º 244, de 17-12-2013.

³⁶⁷ Experiência levada a cabo por dois jornalistas holandeses, que teriam ingerido reciprocamente uma peça de tecido muscular extraída de cada um deles, alegadamente para demonstrar a «normalidade» do canibalismo, apesar de alguns sítios afirmarem que tudo não passou de uma simulação, com o objetivo de sensibilizar o público para a doação de órgãos (cfr. <http://expresso.sapo.pt/canibalismo-na-tv-holandesa-video=f695953>).

³⁶⁸ «O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo», *RF DUP*, Ano 1 (2004), p. 236.

³⁶⁹ *Direitos das Coisas*, Coimbra, 1977, p. 101.

humano que nos parece resumir estas mesmas interpelações ao defini-lo como o «suporte físico ou o substrato material da pessoa singular»³⁷⁰.

Em termos de conclusão mais final, propendemos a sufragar uma classificação jurídica de corpo que parta de critérios atinentes às suas dimensões qualitativas e quantitativas. Com efeito, não sendo possível tratar ou converter a pessoa humana em objeto – em homenagem à sua eminente dignidade – imperioso é concluir, sob pena de se incorrer em paradoxo incompreensível, que uma das suas dimensões – a física ou corporal – nunca poderia ser classificada como coisa.

Por isso, o corpo – enquanto unidade funcional, considerado como um *todo* – assume-se como bem ou objeto de um direito de personalidade, a que está ligado o direito à integridade e inviolabilidade corporal. Todavia, aquele direito pessoal pode converter-se em direito real – titulado pela pessoa titular do corpo – a partir do momento em que licitamente as suas partes se autonomizam.

Será discutível que possa falar-se, aqui, de um verdadeiro direito real ou de propriedade, uma vez que se trata de um direito ou faculdade *sui generis*. Por outro lado, não são estas realidades, de ordinário, tratadas no âmbito da teoria geral dos direitos reais. Todavia, à míngua de uma categorização específica, no nosso ordenamento, dada a semelhança material das situações, não repugnará, até oportuno desenvolvimento e identificação de novos conceitos, designar um tal direito – que assume inequívocos contornos de dominialidade – como direito de propriedade, tendo também em mente o princípio da taxatividade e não sendo despiciendo fazer notar que ninguém pode “d(o)ar” ou “ceder” – com toda a possível impropriedade da aplicação de tais conceitos à realidade das transplantações – uma parte do seu corpo se a mesma previamente não for “sua”³⁷¹.

Se não foi possível encontrar o conteúdo de um estatuto jurídico de “coisa” para o corpo humano, seria algo contraditório afirmar que pertence à categoria das *coisas* fora do comércio jurídico (*res extra commercium*). E, dizêmo-lo, quer com o alcance que assume a sua dignidade (ou sacralidade), quer na aceção do que o torna insuscetível de relações jurídicas de direito público e privado.

³⁷⁰ «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, AA. VV., vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p.108.

³⁷¹ Indicando pistas fornecidas pela jurisprudência estrangeira sobre o enquadramento normativo destas conceções, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc.cit.*

3.1.2. O corpo: um *bem* fora do mercado?

Não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa.

Cesare Beccaria³⁷²

A primeira consideração que a propósito da venalidade ou da extra comerciabilidade do corpo humano nos é sugerida, é exatamente a perplexidade emergente da constatação de que ele é uma fonte de “materiais” ou de “matérias-primas”, passíveis de se converter em mercadorias.

Muito poucos produtos corporais são, face às possibilidades biotecnológicas atuais, inaproveitáveis: órgãos, córneas, medula óssea, sangue, espermatozoides, ovócitos, cordão umbilical, placenta, tecido fetal, membros, são, hoje, aptos às mais diversificadas utilizações e intervenções científicas, terapêuticas e, até, industriais. As córneas são utilizadas para transplantes; a medula óssea é tecido que, transplantado, pode salvar vidas humanas, bem como as transfusões de sangue; a pele é utilizada em cirurgia reconstrutiva, o ADN pode ser sequenciado e é discutida a sua patenteabilidade. Há um conjunto de atividades já empresarializadas, como a procriação medicamente assistida, a criopreservação, a investigação biotecnológica com células estaminais, que são negócios altamente rentáveis.

Esta constatação pode fazer-nos questionar se o corpo é, ou não, afinal, “transacionável” ou “negociável”.

Conforme lembra Guilherme de Oliveira, «É possível que a afirmação de que o homem está fora do comércio jurídico não passe de um preconceito, mas será daqueles cuja eliminação tem vantagens muito duvidosas, qualquer que seja o propósito dos seus oponentes»³⁷³. O que se diz relativamente ao «homem» pode transpor-se para o corpo humano?

É certo que, pelo menos, ao nível proclamatório, vários documentos jurídicos internacionais sustentam o princípio da extracomercialidade do corpo e das suas partes. Vimos acima em que termos se pode cindir a apreciação da extracomercialidade – ou da insuscetibilidade de comercialização – do corpo, enquanto unidade psico-orgânica funcional, das faculdades de transação de partes destacadas do corpo, o que pode ser enquadrado não dentro de um novo direito real (inadmissível, face ao princípio da taxatividade e do *numerus*

³⁷² *Dei Delitti e delle Pene* (trad. JOSÉ DE FARIA COSTA), Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 105.

³⁷³ *Mãe há só uma duas. O contrato de gestação*, Col. Argumentum 2, Coimbra Ed., Coimbra, 1992, p. 39.

clausus destes), mas em função da aplicação da teoria dos frutos (art. 204.º, n.º 1, al. *c*) do CC) ou, eventualmente, da teoria das partes integrantes de coisas compostas (art. 206.º do CC)³⁷⁴.

Ao assinalarmos ao corpo, enquanto unidade, uma propriedade ou atributo de bem que integra de forma indissociável a pessoa humana, teremos de concluir pela sua extrapatrimonialidade, extracomercialidade ou incomercialidade³⁷⁵.

Por um lado, o corpo é um *bem* disponível. Por outro lado, é insuscetível de negociação. Qualquer das duas precedentes asserções contém, no entanto, limites. Como conjugar essas duas dimensões: disponibilidade (do titular) sobre o corpo e inegociabilidade?

O aparecimento, na época das grandes codificações, de uma lógica *propietarista*³⁷⁶ que coincide com o advento do individualismo burguês e do capitalismo, permitiu recortar o ordenamento de gestão e tutela patrimonial das coisas materiais, móveis e imóveis.

Essa lógica foi, muito depois, tentada transpor para o envolvimento da própria ideia de pessoa humana; a afirmação «Eu sou dono do meu corpo» corresponde ainda, de forma lapidar, a essa mesma visão, acabando na reificação do corpo, visto como (mais) um objeto, ao lado de outros, de um direito de propriedade, integrando o património individual do sujeito que é o seu titular; passa a ser objeto de negócio e de transação. Todavia, esta abordagem é inconsequente, uma vez que a irredutível subjetividade e dignidade da pessoa humana implicou que o direito criasse princípios, regras e instituições destinados a tutelar precisamente essa dimensão existencial da pessoa humana, subtraindo-se à venalidade e negociabilidade. Conquanto o conceito de dignidade humana já remontasse a Kant, a novidade desta construção está na ideia de que ela passa a implicar um quadro de tutela jurídica³⁷⁷; a dignidade

³⁷⁴ Neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc. cit.*, p. 50 (nota 17).

³⁷⁵ A extrapatrimonialidade do corpo já foi literariamente glosada por VERGÍLIO FERREIRA: «E é porque sabemos na claridade da evidência que somos o nosso corpo, é por isso que sabemos que o homem é mortal. O absoluto do nosso corpo é o absoluto do nosso «eu» - nós o podemos verificar nas experiências mais simples. Decerto um corpo é ambíguo, porque se o somos, é como se também estivéssemos nele. Sou o pé que anda, a mão que prende, o olhar que vê (...) estou sendo também esses pés que andam, no instante em que os vejo andar (...) como podem pesar-te os braços se é com eles que sentes o que é pesado? (...) O teu corpo é imponderável como tu. Como tu também ele é uno. Assim o dizer que a cabeça *me* dói equivale a dizer que *eu* tenho dores «na cabeça», como os franceses o dizem. Ter dores “na” cabeça é ter eu dores aí (...). Somos mãos, pés, boca, somos olhos, ouvidos, sexo; e porque os somos, não os temos (...)» (*Invocação ao Meu Corpo*, 3.ª edição, Bertrand Ed., Venda Nova, 1994, pp. 255-257).

³⁷⁶ As teses de JOHN LOCKE e de JOHN STUART MILL (*On Liberty*) apontam para a existência de um direito de propriedade ou de domínio sobre o próprio corpo. Sem haver uma correspondência entre os conceitos anglo-saxónicos de *property*, *ownership* ou *possession*, cremos que a ideia subjacente a esta filosofia era a de enfatizar uma radicalidade de matriz liberal e acentuar a noção de *entitlement*, pela pessoa que detém o corpo, do resultado do trabalho produzido com o mesmo. Nessa medida, é conhecida por “exceção Lockeana” a ideia de LOCKE de que o estado de natureza preexistente ao estado do contrato social atribuía ao homem o domínio (a propriedade) do seu corpo, elemento da Natureza, permitindo ao homem apropriar-se, através de “work and skills”, do valor criado com o trabalho gerado pelo corpo, que era concebido com um fator de ganho e de lucro, assim se considerando mais um valor na propriedade do sujeito. Rejeitando, em termos atuais, a ideia, como podendo conduzir a soluções inaceitáveis, como nos casos do trabalho de análises ao sangue, de esteticistas, cabeleireiros e tatuadores, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc. cit.*, pp. 52 e 53.

³⁷⁷ BERNARD EDELMAN, «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», in *La Personne en Danger*, PUF, Paris, 1999, p. 505, *apud*, JUDITH MARTINS-COSTA, «Bioética e dignidade da pessoa humana rumo à construção do biodireito», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 97 (nota 30).

passa a convocar a sua proteção jurídica primordialmente no séc. XX, após a avassaladora experiência do nazismo, e, mais tarde, face aos magnos problemas suscitados pela Biomedicina, que suscita interpelações-limite sobre a subsistência do paradigma identitário da Humanidade enquanto espécie.

A dignidade enquanto conceito ou atributo da qualidade de pertença do indivíduo à comunidade humana, significa, afinal que, se todos os seres humanos constituem a Humanidade, é porque todos têm idêntico atributo; todos os humanos são dignos de o ser.

A evolução do significado conceitual de dignidade humana extravasa dos quadros positivos legais dos ordenamentos jurídicos e passa a assumir centralidade inequívoca enquanto valor estruturante e fundacional das ordens jurídico-constitucionais³⁷⁸. É o valor intrínseco da humanidade da pessoa, e a sua dimensão existencial, que passam a ser o valor-fonte, o fundamento e a justificação da própria legitimidade de um ordenamento jurídico que pode, por isso, ser identificado como tributário dos valores do Estado de direito.

Se, como quase todas as instituições, convenções e conceitos jurídicos, o conceito de pessoa não é “dado adquirido”, mas um “dado construído”, essa ideia foi penetrantemente expressa por François Mitterrand, em mensagem dirigida, em 1985, aos participantes de colóquio sobre Genética, Procriação e Direito, ao afirmar: «a história dos direitos do homem é a história da própria noção de pessoa humana, da sua dignidade, da sua inviolabilidade»³⁷⁹.

A dignidade implica a subtração (ou proteção) da pessoa a toda a espécie de patrimonialidade ou de negociabilidade.

Como tal, também o corpo se incluirá nessa exceção de patrimonialidade ou de possibilidade de transação.

Certo que tem havido propostas e tentativas de conciliação entre o princípio da insuscetibilidade de negociação ou de extracomercialidade do corpo com uma suposta admissibilidade de atos transacionáveis. Neste sentido, Marie-Angèle Hermitte, sugeriu já a categorização das “coisas de origem humana” como tentativa de compatibilizar com a lógica do mercado a possibilidade de negociação – e, logo, de apropriação por terceiro – daquilo que, no corpo, pode ser objeto de relação jurídica (células, tecidos, órgãos, sangue, medula, óvulos, etc)³⁸⁰. A mesma Autora coloca com particular acutilância a pertinência da indagação sobre a natureza do estatuto jurídico do corpo, advertindo que, metodologicamente, se poderia colocar uma pergunta em termos inversos, ou seja, no sentido de saber se é necessário conferir

³⁷⁸ Cfr. artigos 1.º e 13.º, n.º 1 da CRP, 3.º da Constituição italiana de 1947, 7.º da Constituição grega de 1975, 1.º (1) da Lei Fundamental alemã, 10.º, § 1.º da Constituição espanhola de 1978.

³⁷⁹ Atas do Colóquio *Genétique, Procréation et Droit*, Actes Sud, PUF, Paris, 1985, p. 14.

³⁸⁰ Cfr. «Le corps hors du commerce, hors du marché», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 33, 1988, pp. 323 e ss., *apud* JUDITH MARTINS-COSTA, «Bioética e dignidade da pessoa humana rumo à construção do biodireito», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 96 (nota 26).

proteção e, em caso afirmativo, qual o estatuto do inconsciente ou da dimensão espiritual ou incorpórea da pessoa³⁸¹.

Note-se, todavia, que entendemos que qualquer proposição que passe por subtrair ao próprio titular a disponibilidade do corpo – *rectius*, de certos poderes ou de certas faculdades do corpo – não se fará em benefício de qualquer programa político-ideológico que passe pela sua “socialização”, “estatização” ou “coletivização” de qualquer aspeto relativo ao corpo, mas apenas em função de valores que possam compatibilizar-se com interesses do próprio, norteados pelo princípio da dignidade humana.

Com este plano de indisponibilidade comercial ou de extracomercialidade do corpo, visto como unidade orgânico-funcional, não se deve confundir, como deixámos já antecipado, a possibilidade de disposição – e, eventualmente, até, de comercialização – de partes destacadas do corpo.

A terminologia categorial adotada – que também se viu que, por ser um direito *sui generis*, sem tradução positiva, demandaria a construção de novos conceitos – tem, no entanto, vindo a ser densificada pela jurisprudência estrangeira, que já se viu confrontada com inúmeras questões versando litígios respeitantes à reivindicação de direitos sobre elementos ou produtos destacados do corpo^{382 383 384 385}.

³⁸¹ Cfr. «Le corps hors du commerce, hors du marché», *loc. cit.*, p. 340, onde se refere «(...) se exceptuamos o caso do sangue, nunca procurámos compreender as relações entre as partes do corpo e o corpo na sua globalidade, tomando os fantasmas pelas superstições que a lei poderia ajudar a ultrapassar, nunca pusemos a questão em termos inversos: será necessário que o direito garanta uma protecção jurídica do inconsciente, dos fantasmas, do irracional e porque será necessário?», *apud.* e trad. LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental...*, cit., p. 427.

³⁸² Para uma visão abrangente, sobre o tipo de questões suscitadas na jurisprudência de países como os EUA, a Alemanha, no Reino Unido e na Espanha, relativamente ao esperma, aos tecidos para investigação médica, ao ADN para fins de investigação de paternidade ou de investigação criminal, a cadáveres, a órgãos, a células estaminais em geral e do cordão umbilical, e a gâmetas, cfr., com muito interesse, a excelente recensão de VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc. cit.*, pp. 50-63.

³⁸³ Assim, p. ex. partindo-se da noção de corpo como “unidade funcional”, a jurisprudência alemã considera que o produto separado do corpo, mesmo fora dele, continua a fazer parte integrante do corpo, desde que exista a intenção de o ter de volta, admitindo-se a atribuição de indemnização por violação de direitos de personalidade, caso esse produto ou essa parte sejam destruídos. Com base numa interpretação alargada dos § 823, Abs. 1 e § 847, Abs. 1 do BGB, considerou o BGH que o corpo deve ser tido como parte integrante do direito geral de personalidade e, como tal, a lesão ao corpo constituía uma lesão da personalidade.

O caso foi suscitado em 1993, com a pretensão de um pleiteante que demandava um banco de esperma por ter destruído o esperma que aí depositara, para oportuna utilização, por poder ocorrer a sua infertilidade. A situação parece algo anómala, porquanto, como se diz no texto, aparentemente, só os produtos corporais que se tem intenção que voltem a integrar-se no corpo deveriam merecer a tutela jurídica dominial, o que não seria o caso do esperma. Contudo, o tribunal assimilou o esperma a um ovócito para FIV, tendo em vista a sua destinação finalística de concretizar o seu projeto reprodutivo, e a intenção demonstrada de o autor pretender a fertilização da companheira por essa via, face à sua superveniente condição de infertilidade, concedendo-lhe uma indemnização. BGH, Urteil vom 09-11-1993, VI, ZR, 62/93.

³⁸⁴ No caso *Janicki v. Hospital of St. Raphael*, discutiu-se o caso da dissecação de um feto contra a vontade dos pais, tendo o tribunal concluído que o feto não era nem um aglomerado de tecidos nem objeto de um direito de propriedade, invocando, no entanto, um argumento de natureza de *quase-propriedade* para fundamentar a atribuição de uma indemnização à mãe (*Janicki v. Hospital of St. Raphael*, 744 A.2d 963 – CT, 1999).

³⁸⁵ Outras construções têm sido ensaiadas, como a que no caso *R. v. Rothery* foi apresentada, de acordo com a qual a subtração por um condutor, de uma amostra de sangue para exame de determinação de TAS, foi considerada como crime de furto, assumindo, pois contornos de natureza patrimonial (contra a propriedade), pressupondo-se que a propriedade transitara do titular do corpo da amostra de sangue, para a entidade pública que procedeu à recolha do material biológico (*R. v. Rothery* [1976] RTR 550).

O mercado de gâmetas, por seu turno, ameaça ser um meio problemático no sentido da sua regulação, uma vez que aí se estará a falar em transacionar a própria vida humana, ainda que em termos potenciais. O seu carácter regenerável parece afastar uma oposição de princípio à sua consideração como “negociável” ou, no limite, como mercadorias³⁸⁶. Relativamente aos embriões – cuja classificação jurídica quer o TEDH quer o TJUE têm evitado definir, remetendo para posições prudenciais de admissibilidade de variadas construções conceituais – no caso Davis – em que estava em litígio uma querela entre um casal, sobre o destino de embriões criopreservados –, aquele tribunal entendeu sufragar o princípio de que os embriões ocupam uma condição intermédia entre os tecidos humanos e as pessoas, tratando-os como entidade *in between* entre objetos e pessoas, considerando não haver um direito de propriedade, mas um interesse semelhante, ponderando o interesse de cada membro do casal a ter filhos³⁸⁷.

A carência de instrumentos normativos porventura mais adequados e idóneos a tutelar, deriva, também, de uma fase de efervescência de descobertas científicas, que tornam movediço o território conceitual das novas realidades³⁸⁸.

³⁸⁶ Como aconteceu, no caso *Blood*, em que a viúva do dador de esperma, viajou do Reino Unido – onde era proibida a inseminação e reprodução artificial *pos mortem* – para a Bélgica, a fim de ser artificialmente inseminada com esperma do seu defunto marido (*Regina v. Human Fertilisation and Embriology Authority, ex parte Blood* [1997] 2 AII ER 687 (Court of Appeal)).

³⁸⁷ Para uma apreciação crítica da aplicação do regime do direito de propriedade nesta decisão e noutras, cfr «Hecht v. Superior Court: Recognizing a Property Right in Reproductive Material», *University of Louisville Journal of Family Law*, 33, 1995, pp. 664 ss., *apud* VERA LÚCIA RAPOSO, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *loc.cit.*, p. 63.

³⁸⁸ Entre nós, existem algumas definições legais dos elementos corporais. Na Lei n.º 12/93, relativa à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana (alterada pela Lei n.º 22/2007 - Transpõe parcialmente para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2004/23/CE, do PE e do Conselho, de 31 de Março): Artigo 1.º-A (Definições) «Para efeitos da presente lei, entende-se por: a) «Órgão» uma parte diferenciada e vital do corpo humano, constituída por vários tecidos, que mantém de modo largamente autónomo a sua estrutura, vascularização e capacidade de desenvolver funções fisiológicas; b) «Tecido» todas as partes constitutivas do corpo humano formadas por células; c) «Células» as células individuais ou um conjunto de células de origem humana, não ligadas entre si por qualquer tipo de tecido conjuntivo; d) «Dador» qualquer fonte humana, viva ou morta, de órgãos, tecidos e células de origem humana; e) «Dádiva» qualquer doação de órgãos, tecidos e células de origem humana, destinados a aplicações no corpo humano».

Na Lei n.º 12/2009, de 26-03 (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 n.ºs 2004/23/CE, do PE 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, alterada pela Lei n.º 1/2015, de 08-01) - Anexo I Definições «(...) b) «Aplicação humana» - a utilização de tecidos ou células sobre ou dentro de um receptor humano, bem como as aplicações extracorporais. (...) d) «Células» - as células individuais ou um conjunto de células de origem humana não ligadas entre si por qualquer tipo de tecido conjuntivo. e) «Células reprodutivas» - todos os tecidos e células destinados a serem utilizados para efeitos de reprodução assistida. (...) g) «Dador» - qualquer fonte humana, viva ou morta, de células ou tecidos de origem humana. h) «Dádiva» - qualquer doação de tecidos ou células de origem humana destinados a aplicações no corpo humano. i) «Dádiva entre parceiros» - a dádiva de células reprodutivas entre um homem e uma mulher que declarem manter uma relação física íntima. (...) o) «Órgão» - uma parte diferenciada e vital do corpo humano, constituída por vários tecidos, que mantém de modo largamente autónomo a sua estrutura, vascularização e capacidade de desenvolver funções fisiológicas. (...) aa) «Tecido» - todas as partes constitutivas do corpo humano formadas por células.»

A Lei n.º 36/2013 (Aprova o regime de garantia de qualidade e segurança dos órgãos de origem humana destinados a transplantação no corpo humano, de forma a assegurar a proteção da saúde humana, transpondo a Diretiva de Execução n.º 2012/25/UE, da Comissão, de 09-10, que estabelece procedimentos de informação para o intercâmbio, alterada pela Lei n.º 2/2015, de 08-01), consagra as seguintes definições: art. 3.º, al. f) - «Dádiva» a doação de órgãos para transplantação; art. 3.º, al. g) - «Dador» a pessoa que faz dádiva de um ou vários órgãos, quer a dádiva ocorra em vida, quer depois da morte; art. 3.º, al. q) «Órgão» uma parte diferenciada do corpo humano, constituída por vários

O corpo é protegido, afinal, através da pessoa, confundindo-se – mas se esgotando – parcialmente (por não se considerarem outros aspetos atinentes à integridade pessoal). É a pessoa que goza de todos os atributos jurídicos e “favores do direito”. E, por isso, conforme conclui Luísa Neto, é «(...) a pessoa que 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, abstracção jurídica definida pelos atributos, eles mesmos abstractos que se estima constituírem a trama da dignidade humana»³⁸⁹.

3.1.3. A dignidade da pessoa humana e a tutela do corpo

Não sei muito bem o que é a dignidade humana, mas conheço bem, muito bem, o que é a humilhação.

André Malraux

A dignidade da pessoa humana é erigida em valor fundacional da ordem jurídica nacional (art. 1.º da CRP). O principal corolário emergente desse postulado, é que deve ser o Estado, como organização político-institucional da comunidade, a servir a pessoa humana, e não o contrário.

Há, portanto, no estatuto matricial dos direitos fundamentais, uma inequívoca intencionalidade de oposição ao poder arbitrário do Estado, e de limitação de ingerência nos diversos planos de afirmação do indivíduo, da pessoa humana. Como tal, funcionarão como barreira que limite os poderes do Estado. Como lembra Pedro Caeiro, «Se o fim último do Direito e do Estado é a garantia da eminente dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição da República), o núcleo essencial da humanidade de cada um não pode, em caso algum, ser termo de relação com outros fins imediatos da Cidade. Esse núcleo constitui um limite, uma barreira heterónoma à organização política e não é, por isso, susceptível de ponderação ou transacção»³⁹⁰.

A moderna consagração da categoria dos direitos fundamentais teve lugar após hesitações entre a sua conceituação como “direitos negativos” ou “direitos de defesa” – do Estado face ao cidadão³⁹¹ – ou como “direitos de prestação” – em que, além de o Estado

tecidos, que mantém, de modo significativamente autónomo, a sua estrutura, vascularização e capacidade de desenvolver funções fisiológicas, incluindo as partes de órgãos que tenham como função ser utilizadas para servir o mesmo objetivo que o órgão inteiro no corpo humano, mantendo as condições de estrutura e vascularização; art. 3.º, al. v) - «Recetor» a pessoa que recebe a transplantação de um órgão; art. 3.º, al. w) - «Transplantação» o processo destinado ao restabelecimento de certas funções do organismo humano, mediante a transferência de um órgão de um dador para um recetor.

³⁸⁹ *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo...*, cit., p. 426.

³⁹⁰ «*Ut Puras servaret Manus*», *RPCC*, Ano 11.º, Fasc. 1, jan.-mar. 2011, pp. 41 e 42.

³⁹¹ Enquanto expressão que concretiza a liberdade dos indivíduos, os direitos fundamentais são vistos como autênticos «direitos contra o Estado» – mais do que «direitos a favor do cidadão» – sendo concebidos como liberdades individuais, ligadas a um “*status negativus*” (JELLINEK).

garantir a sua não violação por si ou por terceiros, se obriga a fornecer auxílios tendentes a assegurar o mínimo de dignidade –, culminou na teoria desenvolvida por R. Alexy, da sua definição por critérios estruturais analíticos, em que se distinguiria o direito fundamental *como um todo* ou como *direito principal*, de cada uma das *pretensões especiais* em que aquele se decompõe e o integram³⁹².

Enquanto manifestações que concretizam os direitos dos indivíduos, traduzem-se em liberdades individuais, visando a defesa da esfera de autonomia dos indivíduos perante a intervenção estadual³⁹³. Passa a impor-se ao Estado um dever de abstenção relativamente às esferas jurídico-subjetivas definidas e protegidas por tais direitos³⁹⁴. Esta conceção, que ainda hoje se mantém válida inspirando parte assinalável da dogmática dos direitos fundamentais, aponta para uma classificação tripartida de *direitos a alguma coisa, liberdades e competências*, é tributária, no fundo, das conceções anteriores de Bentham – que distinguia entre *rights to services, liberties e powers* – e de Bierling, ao fazer a distinção entre *Rechtsanspruch, einfaches rechtliches Dürfen e rechtliches Können*.

A afirmação da centralidade do valor da dignidade da pessoa humana como pressuposto axial da maioria dos ordenamentos jurídico-constitucionais, de que o nosso é tributário, faz com que a sua relevância impregne a própria natureza e estrutura dos Estados de direito que o acolhem. Se o Estado de direito é o Estado juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua promoção e tutela, os direitos fundamentais surgem como instrumentos que funcionam, relativamente às decisões conjuntamente maioritárias, como “limites intransponíveis”³⁹⁵. Esse reconhecimento implica, como generalizadamente vem sucedendo na doutrina e na jurisprudência de instâncias regionais de salvaguarda de direitos humanos, que a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana se assuma como pedra angular dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais³⁹⁶. O princípio é, mais do que um direito subjetivo fundamental – insuscetível de basear imediatamente uma pretensão jurídica subjetiva, por não ter densidade

³⁹² *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985, p. 216.

³⁹³ Os «direitos» estão ligados ao *status activus* ou *positivus*, sublinhando a intervenção do cidadão como elemento ativo da vida política (Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1998, pp. 360-361).

³⁹⁴ A função dos direitos fundamentais seria dupla: num plano jurídico-objetivo, constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; num plano jurídico-subjetivo, implicam o poder de exercer positivamente, direitos (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (assim, J. J. GOMES CANOTILHO, *Ob. cit.*, p. 370).

³⁹⁵ Assim, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., p. 605.

³⁹⁶ Assim, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais. Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, cit., p. 96.

suficiente para tal³⁹⁷, sendo, por isso mesmo, «algo mais e algo menos que um direito»³⁹⁸ –, um princípio que confere sentido e coerência do sistema constitucional de direitos fundamentais, à semelhança da *Grundgesetz*³⁹⁹, assumindo um valor supra constitucional, subtraído à possibilidade de revisão da constituição (cfr. art. 288.º, al. d) da CRP – Limites materiais da revisão).

Podemos dizer, partindo da distinção fundamental, entre nós introduzida por Jorge Miranda, entre dignidade da pessoa humana e dignidade humana⁴⁰⁰ – entendido este conceito como a presença do atributo de humanidade, de que comungam todas as pessoas –, que a *dignidade humana da pessoa* se complementa com a *dignidade da pessoa humana*.

Haverá que procurar distinguir como essa forma de proteção da tutela conferida à pessoa – e ao seu corpo – passa pelos direitos fundamentais.

Apesar de aparentemente, poderem constituir expressões sinónimas, convém invocar o magistério de Gomes Canotilho, de acordo com quem os direitos humanos são tendencialmente «(...) válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)»; por seu turno, os «(...) direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente»⁴⁰¹.

A tutela da dignidade da pessoa humana surge como o momento comum e fundador da doutrina dos fundamentais contra as estruturas de poder, sendo necessário, sempre que um novo poder se afirma, a oposição com o surgimento de um novo direito ou uma nova refração de um direito antigo.

Se numa aceção negativa se mostra mais viável estabelecer consensos, uma dimensão afirmativa ou positiva do conceito de dignidade humana é muitíssimo mais problemática e passível de controvérsia. É a ideia expressa por Eberle, ao dizer tratar-se de um termo «melhor entendido através da sua aplicação e não da sua definição»⁴⁰². Parece ser esse, igualmente, o significado da advertência de André Malraux⁴⁰³, ao proclamar: «Não sei muito bem o que é a

³⁹⁷ Todavia, tal não impede que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, o recurso que tem norteado as posições de defesa de valores humanos no campo bioético, designadamente no domínio das experiências de investigação com embriões, na PMA, na IVG, nas aplicações dos contributos da biotecnologia em geral.

³⁹⁸ MARIA LÚCIA AMARAL, «O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», in *Liber Amicorum de José de Sousa Brito – em comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 948.

³⁹⁹ Cfr. Art. 1.º (1): «Die Würde des Menschen ist unantastbar» («A dignidade humana é inviolável»).

⁴⁰⁰ «O artigo 1.º e o artigo 2.º da Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. II, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, p. 15; o Autor enuncia a distinção entre o que considera ser o atributo existencial e pré-jurídico de “dignidade da pessoa humana”, relativamente a cada pessoa, enquanto ser único e irrepetível (personalidade individual) em contraponto à «dignidade humana», qualidade valiosa da Humanidade, perspetivada como conjunto indistinto e difuso de pessoas.

⁴⁰¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 391.

⁴⁰² *Apud* GUY E. CARMÍ, «Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech», *Boston University International Law Journal*, Vol. 26, 2008, p. 287 (nota 42).

⁴⁰³ Para além da sua aventurosa e conseqüente vida de compromisso com os princípios e valores que sempre defendeu, A. MALRAUX foi autor de uma Obra de extraordinária envergadura (em que se conta o romance *A Condição Humana*) a todos os títulos referencial.

dignidade humana, mas conheço bem, muito bem, o que é a humilhação»⁴⁰⁴. Apesar desta dificuldade de concretização do que deve ser entendido por dignidade da pessoa humana, na sua base está o entendimento de que a dignidade da pessoa humana implica a consideração do homem como *sujeito* de direitos e não a sua redução a mero *objecto* das pretensões e interesses estaduais.

Esta dificuldade não pode implicar – nem tem implicado – qualquer renúncia à procura de um quadro de referência, pelo menos mínimo, em que se reconheçam as componentes fundamentais da chamada dignidade [humana] inerente⁴⁰⁵.

Para Jorge Miranda e Rui Medeiros, «A dignidade da pessoa humana é um *príus*. A vontade popular está-lhe subordinada; não se lhe contrapõe como princípio com que tenha de se harmonizar, porquanto é a própria ideia constitucional de dignidade da pessoa humana que a exige como forma de realização; não há respeito pela vontade do povo (...) sem respeito da dignidade da pessoa humana»⁴⁰⁶. Ponto é que se assinale a essa valoração um referente real e concreto, um destinatário identificado, sem depender da verificação de quaisquer requisitos adicionais. Por isso, aqueles Autores observam que a «(...) dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege»⁴⁰⁷.

Num contexto tão perturbado de crise do Estado social no panorama jurídico-cultural ocidental, os direitos fundamentais, enquanto realidades sensíveis e permeáveis aos processos históricos que podem ameaçar – e ameaçam – o estatuto jurídico-económico das pessoas, teriam de procurar, no plano constitucional, uma resposta a novos atentados e ameaças à dignidade humana.

De tais processos resulta a degradação da imagem jusnormativa da dignidade [da pessoa] humana, espelhada em muitas e crescentes situações de difícil sustentabilidade de condições mínimas de uma sobrevivência que se pretenderia dignificar, afetando sobretudo extratos da população mais desfavorecidos, como idosos, desempregados e jovens, mas sendo, lamentavelmente, um processo mais transversal e generalizado, impregnando mesmo,

⁴⁰⁴ *Apud* JAVIER URRÁ PORTILLO, «Niños y jóvenes sujetos de derechos y deberes», In *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (Manuel Balado - Antonio García Regueiro dir.), Barcelona, 1998, pp. 657-667, p. 659, cit. em JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Os Genes do Nosso (Des)Contentamento (Dignidade Humana e Genética. Notas de Um Roteiro)», *Direito Público*, Vol. 1, N.º 5, jul.-set. 2004, p. 127 (nota 93).

⁴⁰⁵ Por contraponto à designada «dignidade contingente», apresentando três sub-níveis, como a dignidade estética, social e expressiva; para uma síntese do conteúdo desse conceito, cfr. JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Os Genes do Nosso (Des)Contentamento (Dignidade Humana e Genética. Notas de Um Roteiro)», *loc. cit.*, p. 130 (nota 107).

⁴⁰⁶ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, t. 1, Coimbra Ed. Coimbra, 2005, p. 53.

⁴⁰⁷ *Idem, ibidem*, anot. ao art. 1.º.

progressivamente, outros setores da sociedade, inclusivamente pessoas que mantêm vínculos laborais ativos.

Esse quadro de regressão de diversos estatutos jurídicos, que redundam em degradação das próprias condições concretas de vida e de sobrevivência de extensos setores sociais, implica um retrocesso, no plano jurídico, da consideração de alguns parâmetros que se tinham como estabilizados (ou “adquiridos”) e que, de uma forma insuspeitadamente surpreendente, se vêm degradando sem qualquer cobertura constitucional, antes vulnerando diretamente a lei fundamental, através da sistemática consagração de alterações legislativas e regulamentares – no âmbito de estatutos jurídicos como os do serviço público e respetiva remuneração, dos estatutos de aposentação, dos sistemas públicos de proteção social e na saúde, entre outros –, de resto já julgadas inconstitucionais⁴⁰⁸. A justificação é a da ocorrência de uma emergência financeira.

E com isto, parece ter inteira pertinência a advertência de Gomes Canotilho, ao lembrar que «a centralidade das finanças não é nova. Já os romanos diziam *pecunia nervus rerum*, o dinheiro é o nervo das coisas. O dinheiro é o nervo da República, as finanças são a realidade de uma Constituição»⁴⁰⁹. Nesse sentido, torna-se matéria constitucional, com toda a propriedade, uma vez que a necessidade de repensar a reformulação do estatuto jurídico-constitucional é causada pela constatação de um défice de financiamento do chamado “estado social”, em que se materializam os direitos fundamentais enquanto condições jurídicas prévias de manutenção de um certo nível de dignidade humana, reputado como “mínimo” por uma dada comunidade historicamente situada.

Parece poder concluir-se que a degradação ou abaixamento de um estatuto da dignidade humana considerado como “mínimo” ou “adequado” por certa comunidade ou geração, pode ser aceite por outra. Porém, com necessários e inevitáveis reflexos nas concretas condições de vida dessa comunidade ou geração, ao posicionar-se num nível em que a insatisfação de necessidades básicas ou elementares – como a proteção de um sistema público e universal de saúde ou a proteção social no desemprego e na doença – se repercute inevitavelmente nas condições físico-psíquicas dos indivíduos, logo com inescapáveis consequências no plano do corpo físico da pessoa humana. Nessa medida, apesar de formalmente incólume, a imagem jusfundamental da tutela da pessoa humana resulta

⁴⁰⁸ Cfr. Acs TC n.ºs 353/2012 e 187/2013, que declaram inconstitucionais várias normas das LOE para 2012 e para 2013, respetivamente.

⁴⁰⁹ Entrevista ao jornal *Público* de 03-03-2013.

gravemente vulnerada na realidade das condições de vida das populações, pelo que se pode falar numa “revisão oculta” ou “fáctica” da constituição económico-social⁴¹⁰.

Essa consequência traduz-se em inequívocos atentados potenciais ou atuais ao conteúdo material do direito à vida⁴¹¹ ou do direito à tutela jurídica do corpo.

Costa Andrade teve já oportunidade de ensinar que «a dignidade humana é a verdadeira realidade numenal protegida pelo direito penal sob a forma e *sub nomine* dos bens jurídico-penais de índole pessoal, afinal de contas as máscaras, as mostrações ou cintilações fenomenológicas acessíveis à racionalidade técnico-jurídica deste peculiar ramo do direito»⁴¹².

Bens jurídicos e direitos fundamentais, constituem a refração do atributo da dignidade humana reconhecido pela ordem jurídica, dotando-a de uma blindagem que a torna essencialmente inviolável; como se tem concluído de forma praticamente consensual, o único atributo jusnormativo constitucionalmente consagrado que é absoluto. Todavia, o conceito de dignidade humana é um conceito essencialmente contestado. E a verificação dessa contestabilidade recomendaria a maior prudência em afirmar a dignidade humana como bem jurídico suscetível de tutela penal.

Apesar de alguns autores sufragarem a possibilidade de uma direta proteção penal da dignidade humana enquanto valor objetivo – i. e, enquanto categoria assinalada a um concreto portador e modelada por este –, reconhecem que nessa dimensão (objetiva), o direito penal não apresenta soluções para impor obrigações e deveres ao próprio titular⁴¹³. Este equívoco

⁴¹⁰ Sobre as relações entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais. Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, cit., pp. 110 e ss, e JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., p. 151, o qual defende, no entanto, que o direito ao mínimo de existência se deve classificar como um direito social, sem embargo da sua íntima relação com o direito à vida. ISABEL MOREIRA entende que se tratará de um «direito de natureza híbrida» (*A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 147-148). Para uma breve recensão do historial de intervenção da jurisprudência constitucional nesta matéria, cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, «O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», cit., pp. 956-963. São exemplo dessa intervenção, o Ac TC n.º 62/2002, de 06-02-2001, no qual se julgou inconstitucional o complexo de normas (dos artigos 821.º, n.º 1 e 824.º, n.º 1, al.b) e n.º 2 do CPC) que permitiam a penhora do rendimento mínimo garantido, por violação do princípio da dignidade humana, contido no Estado de Direito, ao privar o beneficiário do mínimo indispensável à sua condigna sobrevivência e do agregado familiar. Sobre a questão, desenvolvadamente, M. CONCEIÇÃO CUNHA, *Constituição e Crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995.

⁴¹¹ *Notícias como a veiculada no Diário de Notícias de 09-01-2014 «[Doente] Descobre cancro grave após esperar dois anos por exame [de colonoscopia]», demonstrando a falta de investimentos nas estruturas públicas de saúde – em que o doente teve de aguardar durante dois que lhe fosse diagnosticado cancro no intestino, o que teve como consequência colocar em perigo a sua vida, devido ao retardamento do início dos tratamentos –, ameaçam, por isso, lamentavelmente, começar a reproduzir-se.*

⁴¹² *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra Ed. Coimbra, 1996, p. 13. Também no sentido da inviabilidade da consideração da dignidade humana ser construída e tutelada *a se* como bem jurídico-penal, cfr. FIGUEIREDO DIAS, «O “Direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional – da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», *XXV Anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, AA. VV., Coimbra Ed., Coimbra, 2009, p. 41 e ANABELA M. RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (J. FIGUEIREDO DIAS, Dir.), t. 1, 2.ª ed., Coimbra Ed. Coimbra, 2012, anotação ao art. 169.º, p. 800 § 5 e Cons. JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, no voto de vencido no Ac TC n.º 654/2011, de 21-12.

⁴¹³ Cfr. PEDRO VAZ PATTO, *No cruzamento do Direito e da Ética*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 22, 210, 308 e 325.

parte da construção de que um adequado entendimento da doutrina kantiana da *Virtude* e do *Direito* do conceito objetivado de dignidade humana não é compatível com o discurso jurídico-normativo⁴¹⁴.

Outras visões sobre a possibilidade de autonomização do conceito de dignidade humana – embora sem debater o problema no âmbito estritamente jurídico-penal –, leva outros autores, como João Carlos Loureiro, a reconhecer a excecionalidade da violação autónoma da dignidade humana⁴¹⁵. E, explicitando uma tal conceção, elucida: «Assim, diríamos que a dignidade humana, operando através do conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, não apenas exige que o Estado estabeleça sanções, mas impõe a criminalização das condutas que a violem, sob pena de uma insustentável contradição axiológica. Dito de outra forma: se a constituição não impõe a criminalização de condutas pelo simples facto de lesarem um bem, já se afigura inadmissível que acções ou omissões que ponham em causa, nos termos enunciados, a dignidade humana passem sem a marca da sanção penal»⁴¹⁶.

A dita contestabilidade do conceito de dignidade humana decorre, porventura, da multiplicidade de conceções sobre o Homem, a sua origem, as formas de tutelar os múltiplos aspetos da sua realização⁴¹⁷, que diferem de latitude e de época.

Em todo o caso, é viável propugnar-se a identificação de um acervo essencial do conceito de dignidade humana, sem o que o mesmo não passaria de pura declaração retórica de princípios; integram-se no dito acervo três elementos: o onto-antropológico, traduzindo a noção de que toda a pessoa humana, pelo facto de o ser, é dotada de um valor intrínseco equivalente ao de outra pessoa qualquer; um elemento relacional, significando que esse mesmo valor intrínseco deve ser reconhecido e respeitado pelas outras pessoas e não admite certas formas de tratamento (degradante dessa condição de dignidade); por fim, um terceiro elemento no sentido da limitação da atuação do Estado relativamente à relação entre este e o indivíduo, que se enuncia na ideia de que é o Estado que existe para servir o indivíduo, e não o indivíduo que deve servir o Estado.

Num prisma de análise da decomposição do direito principal à dignidade da pessoa humana e os distintos atributos (direitos secundários) dele emergentes, desde logo o direito

⁴¹⁴ Abordando as questões respeitantes à aceitação de um conceito objetivo de dignidade humana no tocante à atividade de prostituição e, indiretamente, ao crime de lenocínio, cfr. PEDRO SOARES DE ALBERGARIA - PEDRO MENDES LIMA, «O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos», *loc. cit.*, pp. 244 ss.

⁴¹⁵ «Os Genes do Nosso (Des)Contentamento (Dignidade Humana e Genética. Notas de Um Roteiro)», *loc. cit.*, pp. 113-145.

⁴¹⁶ «Os Genes do Nosso (Des)Contentamento (Dignidade Humana e Genética. Notas de Um Roteiro)», *loc. cit.*, p. 142.

⁴¹⁷ Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1977, pp. 134-136, PEDRO F. MÚRIAS, in *Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo – Sim ou Não?* (PEDRO F. MÚRIAS – MIGUEL NOGUEIRA DA COSTA), Entrelinhas, Lisboa, 2008, pp. 32 e ss.

fundamental ao [livre] desenvolvimento da personalidade, ou a liberdade de ação que nele encontra fundamento, aquele direito «(...) confere aos cidadãos de um Estado de Direito uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afectada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de protecção jurídica»⁴¹⁸.

Este direito fundamental é um exemplo de escola relativamente aos paradoxos resultantes da consideração de um irrestrito significado e alcance dos direitos fundamentais. Encontra-se consagrado de forma aparentemente ilimitada na norma do art. 26.º, n.º 1 da CRP, ao contrário da norma da Constituição alemã que a inspirou^{419 420}.

Cumprindo, então, fazer uma aproximação, de acordo com a teoria de R. Alexy, ao decompor entre o *direito principal* [à integridade pessoal] e os diversos *direitos secundários* que o integram.

Tomando como exemplo o direito à integridade pessoal, plasmada na norma do art. 25.º, n.º 1 da CRP⁴²¹, além do direito principal de cada pessoa poder manter a sua integridade física e moral, o mesmo é integrado por um conjunto de faculdades ou pretensões, fácticas e jurídicas.

Restringindo as nossas considerações à dimensão normativa da inviolabilidade da integridade física-pessoal, podem descortinar-se direitos como, p. ex., o direito a não sofrer atentados ou ameaças de violação à sua integridade, a ver tal integridade respeitada pelas autoridades e por terceiros, a ser protegido pelas autoridades perante qualquer ameaça de agressão, a ser tratado para manter o seu estado de saúde, bem como a dispor da mesma integridade. Além disso, o legislador constituinte estatuiu expressamente na norma do n.º 2 do mesmo preceito, a proibição de certas condutas que integrariam, por parte das autoridades, inequívocos atentados à integridade pessoal, pelo que se reputariam imediatamente como ingerências inadmissíveis e que atentariam contra aquela pretensão primeira de inviolabilidade da integridade pessoal. Estas pretensões estruturam-se, relativamente ao direito principal,

⁴¹⁸ JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., p. 732.

⁴¹⁹ É o seguinte o teor do art. 2.º (1) da Constituição alemã: «todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade», acrescentando-se, porém, «desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral» («Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt»).

⁴²⁰ O facto de não prever os limites expressos na letra da Constituição alemã não significa que tal direito não encontre limites não expressos, ao contrário do que a norma do art. 18.º, n.º 2 da CRP precipitadamente pode fazer supor. Como refere JORGE REIS NOVAIS «(...) mesmo numa Constituição que, como a portuguesa, acolhe aparentemente a ideia de proibição de restrições não expressamente nela previstas se encontram elementos que não só contrariam uma interpretação literal da referida norma do art. 18.º, n.º 2, como ilustram a irrelevância substancial da diferenciação de reservas» (*As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., p. 593).

⁴²¹ Que dispõe: «A integridade moral e física das pessoas é inviolável».

através de relações de especialidade, concretização ou de conformação, podendo, contudo, ser autonomamente considerados como direitos fundamentais “implícitos”, “irradiantes” ou “secundários”⁴²². Há uma relação dialética entre o sentido e conteúdo destes, tendo como referente o direito à [inviolabilidade da] integridade pessoal, sendo este o valor – de direito fundamental como todo ou principal – que deve prevalecer – e não o valor do direito secundário – em princípio, numa situação de concorrência ou colisão com outro direito ou interesse, ainda que marcado com a nota de jusfundamentalidade (*principal* ou *secundária*, na terminologia alexiana).

A classificação jurídica do direito à disposição do corpo como direito fundamental, proposta por Luísa Neto não tem colhido unanimidade. Uma conceção de igual dignidade de todos as pessoas, que englobava primeiramente, uma ideia de sacralidade e, posteriormente, de inviolabilidade ou de intangibilidade do corpo humano do corpo não teria sido viável sem o ininterrupto contributo de matriz judaico-cristã, que inspira e influencia de modo muito decisivo o nosso espaço cultural e civilizacional⁴²³.

A revolução biotecnológica fez-se acompanhar de uma (r)evolução de mentalidades e de costumes quanto à forma de encarar o Homem, donde se partiu para um processo de reivindicação de novas faculdades, de novos direitos e de novas liberdades no que respeita à relação do indivíduo com o seu corpo. O direito a dispor do corpo é, enfim, uma categoria ampla, que pode decompor-se ou ramificar-se num feixe de direitos setoriais, em que apenas a título de ilustração, se podem referir os casos do direito a mudar a identidade de género (transexualidade) – porventura a mais radical («pode nascer-se com um sexo e morrer com outro») –, o direito a dominar o património genético da descendência (através da intervenção em células da linha germinativa), o direito a dominar a qualidade da progenitura (através de diagnóstico pré-natal e de terapia génica), o direito a não viver e a morrer em certas condições de dignidade (com o pedido de eutanásia ou em declaração antecipada de vontade), enfim, toda uma série de direitos ainda caracterizados por uma certa infixidez do seu estatuto jurídico, em grande medida motivada pela inconclusividade das discussões de ordem científica e bioética em torno de todas essas questões⁴²⁴.

Estas aquisições no plano do tráfico jurídico importam alterações significativas – dir-se-ia mesmo, qualitativas – do modo de perspetivar e conceber a relação da pessoa com o seu corpo, desde a sua conceção até à sua morte. Mas, como adverte Agostinho de Almeida

⁴²² Aplicando a teoria proposta por R. ALEXY ao direito à vida, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., p. 130.

⁴²³ Sobre o tema, KLEIN M. T. MEULDERS – B. MAINGAIN, «Le droit de disposer de soi-même», *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 219.

⁴²⁴ Cfr. IRMA ARNOUX, *Les Droits de l'Être Humain sur son Corps*, Presse Universitaire de Bordeaux- Pessac, 2003, p. 18.

Santos, «(...) os progressos da Biologia e da Medicina não podem reduzir o ser humano a um corpo físico, mas têm de continuar a contemplá-lo como pessoa, ainda que, por vezes, talvez não o pareça sob a gravidade ou a brutalidade das deformações que o vitimam»⁴²⁵, assim sublinhando a ideia de uma irredutibilidade do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, independentemente dos concretos condicionalismos conjunturais histórico-situacionais. Mas essas preocupações, têm levado à inquietação de alguns Autores, que sustentam que no atual panorama do potencial da biotecnologia, tendem a esbater-se as linhas de demarcação categorial entre pessoa e coisa, conceitos que se acham na base do direito de matriz ocidental. E essas ambiguidades – não raras vezes fomentadas e induzidas – não apenas confundem o que deve ser distinto, como são apresentadas como obstáculos dispensáveis ao «progresso da ciência»⁴²⁶.

Esta temática conheceu alguns momentos conturbados, mesmo nas sociedades europeias de inícios do séc. XX⁴²⁷, e viria a ser retomada em diversos ordenamentos e foi, mais recentemente, objeto de expressa previsão na Convenção de Oviedo, que, no seu art. 21.º, consagra a proibição da obtenção de lucros a partir do corpo ou de suas partes⁴²⁸. Também no Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo relativo ao Transplante de Órgãos e Tecidos de origem Humana, é estabelecido, no art. 21.º, princípio da proibição do lucro.⁴²⁹

⁴²⁵ «Os pilares da nova genética. Eficácia, prudência, razão», *Communio – Revista Internacional Católica*, Ano XIV, N.º 5 – UCP, Lisboa, 1997, p. 459.

⁴²⁶ Assim, CLAIRE NEIRINCK, *De la Bioéthique au Bio-Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p. 153, *apud* HELENA PEREIRA DE MELO, «Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas», in *Genética e Reprodução Humana*, Col. Bioética Hoje I (RUI NUNES - HELENA PEREIRA DE MELO, Coord.), Serviço de Bioética e Ética Médica – FMUP, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2000, p. 230.

⁴²⁷ Em França, entre as duas Grandes Guerras, o sangue era comercializado, chegando a fazer-se greve para exigir o aumento do seu preço. Após a libertação, no ambiente de solidariedade que se gerou, a doação passou a ser a regra, que se institucionalizou com o estabelecimento de um sistema de segurança social e de saúde pública.

⁴²⁸ É o seguinte o teor da disposição referida:

«Artigo 21.º
Proibição de obtenção de lucros

O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros.»

⁴²⁹ Excecionam-se da regra da não onerosidade, os pagamentos que não integrem lucro ou benefício equiparável, como a compensação por perda de rendimentos sofrida pelo dador vivo, qualquer despesa justificada provocada pela recolha ou exames médicos relacionados, compensação de despesas com atos médicos e intervenções técnicas conexas realizadas no âmbito do transplante e a reparação de prejuízos indevidos, subsequentes à colheita de órgãos ou tecidos de um dador vivo, sendo ainda expressamente proibida a publicidade e divulgação da procura ou oferta de órgãos ou tecidos com fins lucrativos. É o seguinte o teor dessa disposição:

«Article 21
Prohibition of financial gain

1. The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain or comparable advantage. The aforementioned provision shall not prevent payments which do not constitute a financial gain or a comparable advantage, in particular:
 - compensation of living donors for loss of earnings and any other justifiable expenses caused by the removal or by the related medical examinations;
 - payment of a justifiable fee for legitimate medical or related technical services rendered in connection with transplantation;
 - compensation in case of undue damage resulting from the removal of organs or tissues from living persons.

Sendo essa a orientação geral sobre a questão da onerosidade, ou não, dos atos de disposição sobre o corpo, como enquadrar, então, as situações em que se admite a venalidade de atos como a venda de certas partes do corpo, designadamente de certos tecidos como unhas ou cabelos?

O relatório explicativo da Convenção de Oviedo justifica exceções ao mencionado carácter gratuito da cedência de tais tecidos, por se entender que tais transações não atentam contra a dignidade humana. Da mesma forma, exclui do conceito de gratuitidade a remuneração pelas despesas suportadas pelas unidades de saúde ocasionadas com a realização da intervenção e de serviços conexos com a mesma, como os exames, a conservação, a pasteurização, a purificação, o fraccionamento, a cultura e o transporte.

Uma vez mais, portanto, se descortina um princípio referencial de conformidade à dignidade humana como “pedra de toque” para a distinção moral de certos atos de disposição corporal⁴³⁰.

Parece-nos, assim – apesar de uma quase irresistível atração por motivações de ordem comercial, mediática e cultural, que impelem para patamares de mercantilização do corpo⁴³¹ –, que o ordenamento internacional e nacional previne a vertigem da redução do corpo humano a uma *res commerciabilis*.

Num enquadramento mais amplo, a problemática do *direito ao corpo*, dos *direitos sobre o corpo* ou dos *direitos relativos ao corpo* – que, conforme procuraremos demonstrar, são expressões equívocas que designam diferentes realidades – está intimamente associada à discussão sobre os termos da margem de liberdade da relação do sujeito individual com o seu corpo, sem interferência por parte do Estado⁴³². A evolução das concepções relativas ao corpo revela a transição de muitos institutos a ele respeitantes do direito privado para o público, começando pela exclusão de qualquer patrimonialidade ou venalidade, encontrando-se em crise a ideia de que o corpo é uma realidade exclusivamente pessoal, individual, intangível e inalienável, o que

-
2. Advertising the need for, or availability of, organs or tissues, with a view to offering or seeking financial gain or comparable advantage, shall be prohibited».

O Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo) relativo ao Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana (de 24-01-2002) não fora ainda ratificado por Portugal em 19-11-2013, achando-se em curso o processo tendente à sua ratificação, pelo que foi emitido o Parecer 73/CNECV/2013, sobre o Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, relativo ao Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, de 17-07-2013, que reiterou a posição anteriormente expressa no Parecer 41/CNECV/2003, manifestando-se novamente favorável à ratificação do referido Protocolo Adicional.

O referido Protocolo entrou em vigor em 01-05-2006, após a ratificação de cinco Estados. Pode ser acedido em: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&NT=186> (acedido em 19-11-2013).

⁴³⁰ Como se refere no ponto 133 do Relatório Explicativo da Convenção de Oviedo: «133. The provision does not refer to such products as hair and nails, which are discarded tissues, and the sale of which is not an affront to human dignity» (acessível em: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm> (acedido em 19-11-2013)).

⁴³¹ Não falando já nas hipóteses e criminalmente disruptivas do tráfico de pessoas, de órgãos, tecidos e células humanas, bem como de fenómenos – esperemos que efetivamente residuais – de escravatura, os quais constituem, hoje, atentados nucleares à dignidade humana.

⁴³² Neste sentido, LUISA NETO, «O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo», *RFDUP*, Ano 1 (2004), p. 223.

sucedem face a diversos fatores; entre estes, podem contar-se a crescente regulamentação acerca de cedência de células e de transplantes de tecidos e órgãos, da procriação medicamente assistida, dos consumos de substâncias perigosas e aditivas, etc.

De que modo se estabelecem as relações entre a autonomia pessoal de disposição corporal do sujeito individual e o Estado (ou outros poderes públicos) sem que intervenha uma limitação ilegítima e injustificada por parte deste?

Pode dizer-se, sincreticamente, que só se justifica qualquer limitação aos direitos, liberdades e garantias individuais, quando estejam em causa situações de colisão ou conflito contra outros direitos constitucionalmente consagrados, que importe compatibilizar através de restrições e sacrifícios impostos ao exercício daqueles.

Desde logo, quando se colocam as questões da recolha de sangue ou de células com propósitos terapêuticos ou de pesquisa e investigação, pode dizer-se que a respetiva conduta é levada a cabo em benefício [do corpo] da pessoa sujeita à intervenção. Mas, por outro lado, a vacinação obrigatória e a sujeição a internamento e tratamento compulsivo em situações tipificadas contêm já com direitos do público em geral, e de terceiros em particular, a não serem afetados por doenças transmissíveis ou por condutas prejudiciais e danosas, que, mesmo inopinadamente, as pessoas – física ou psiquicamente – doentes pudessem disseminar.

Por outro lado, a punição penal de quem propaga doença contagiosa (art. 283.º, n.º 1, al. a) do CP) tutela um bem jurídico fundamental, que se reconduz precisamente à tutela da saúde pública, de terceiras pessoas, o que, de algum modo, protege igualmente o corpo de outras pessoas. A punição dessa conduta é, por isso, motivada por uma razão de necessidade de preservação de uma base essencial de uma salutar e higiénica convivência comunitária, sem o que se poderia perder o mínimo denominador comum do livre e seguro relacionamento interpessoal.

Bem se compreende que tais limitações sejam impostas em função da ponderação de interesses, cuja prevalência é conferida ao interesse da comunidade e da saúde pública, em detrimento do direito à *soberania* do corpo próprio de cada um dos seus membros individuais.

Porém, outras ordens normativas, de superior gradação ético-valorativa, também constitucionalmente garantidas, podem implicar limitações ao uso ou gozo do corpo, como sejam o princípio da dignidade da pessoa humana ou a ordem pública. As decorrências deste princípio podem implicar limitações e renúncia, por parte do indivíduo, à disposição (irrestrita) do seu corpo, como forma de confinar ou modular a autonomia pessoal e de determinação corporal e de garantir o livre desenvolvimento da personalidade, ainda que tal disposição não

atente imediatamente contra outro direito ou liberdade⁴³³. No limite, seriam inadmissíveis relativamente ao próprio titular, os atentados contra o próprio corpo que não tivessem uma justificação de *utilidade*, socialmente concebida em termos normativos extra-jurídicos.

A dignidade da pessoa humana não pode ser classificada como um direito em si. É, antes, um atributo, uma característica onto-antropológica prévia, da qual emergem direitos. Por isso mesmo, em contrapartida, não se concebe uma violação autónoma do princípio constitucional da dignidade da pessoa, dada a sua capacidade normogenética, a que acrescem os seus atributos de interpretação e integração⁴³⁴.

Mas também a impossibilidade de uma tutela especificamente penal da dignidade da pessoa humana *qua tale* tem sido – e parece-nos que corretamente – assinalada, p. ex. por Faria Costa, que adverte, aliás, que «(...) nunca será demais lembrar que à sombra dos mais nobres valores se têm cometido os crimes mais hediondos da humanidade»⁴³⁵.

A consideração do corpo como *pertença* do próprio, sem preocupação com as consequências danosas de alguns atos de disposição livre, é, contudo, incompatível com o princípio da dignidade humana.

A relação de alteridade que se estabelece com os outros e com o Mundo, responsabiliza a pessoa, pelo que ao usar o corpo como melhor lhe convier, há-de colocar-se o limite de tal uso não importar prejuízo irreversível à sua integridade e esse uso não interceda negativamente na relação estabelecida com os outros, pelo simples facto de se viver em sociedade (*v.g.* a implicação de custos financeiros públicos com a prestação de cuidados de saúde devido a condutas deliberadas ou grosseiramente imprudentes e de auto-colocação em perigo).

O reconhecimento da existência de um direito está indissociavelmente ligado à possibilidade de exigir, jurisdicionalmente – em última instância – a sua tutela efetiva. Ao menos, numa ótica orgânico-processualística de que a todo o direito corresponde, salvo exceções em contrário, uma ação.

⁴³³ É clássico o exemplo dado no âmbito do direito rodoviário: enquanto se percebe que a punibilidade da condução sob efeito do álcool se justifica por um comportamento que coloca em perigo interesses gerais e de terceiros, o mesmo já não ocorre relativamente à obrigação de circular em veículos com cinto de segurança, dado que a imposição desse comportamento visa proteger apenas o próprio utente: Mas só aparentemente é assim, dado que a obrigação de circulação com cinto de segurança, para além de reduzir os riscos de lesão de bens jurídicos do próprio (vida, integridade física), também tutela o perigo de lesão de bens jurídicos indeterminados, como prejuízos sociais e para terceiros, ocasionado pela (eventualidade da) morte ou perda de capacidades do utente, como as entidades empregadoras, seguradoras, o SNS.

⁴³⁴ Cfr., neste sentido, JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Os Genes do Nosso (Des)Contentamento (Dignidade Humana e Genética. Notas de um Roteiro)», *loc. cit.*, p. 182.

⁴³⁵ «Vida e Morte em Direito Penal (esquizzo de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, p. 190.

Será, assim, viável, ou até legítimo, invocar judicialmente um *direito* (geral) *ao corpo*⁴³⁶ para reclamar – e conseguir – uma prestação ou uma abstenção, por parte do Estado, p. ex., que se materialize numa intervenção cirúrgica de mera cosmética ou que não sancione um ato de fumar em edifício fechado onde o único utente seja o seu *titular*? Ou perante terceiros?

Parece não poder conferir-se uma tutela jurídica geral a um *direito à disposição do corpo*, visto globalmente, como “invólucro” da pessoa, uma vez que a disposição sobre a sua totalidade implicaria que se concebesse um direito autónomo ao corpo, sem que, correlativamente, se identificasse um dever na esfera jurídica do Estado ou de outrem, obrigado a suportar as ações ou qualquer prestação pretendida. Isso pode não suceder, e não sucederá com frequência no âmbito da disposição do corpo.

O que tem mais adesão com a configuração e estrutura de uma ordem jurídico-constitucional – em que os direitos fundamentais⁴³⁷ são expressão de um auto-limite do Estado –, é que exista um poder de ordem moral que confere a possibilidade de o seu titular exigir, fazer ou deixar de fazer algo, sem oposição ou interferência de terceiros ou do Estado, o que significa o reconhecimento da existência de um direito subjetivo. Este direito pode pulverizar-se em múltiplos direitos setorialmente identificados, como p. ex., os direitos individuais sobre a própria pessoa, também chamados de direitos pessoais, definidos, de acordo com Luísa Neto, como direitos «(...) de estado, originários, inatos ou pessoalíssimos (...) oponíveis *erga omnes*, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e universais, e centram-se essencialmente na protecção das categorias da integridade física e moral»⁴³⁸. Ao lado desta perspetiva atomística, outra é viável, como a de um direito geral da personalidade, cujo óbice principal é o da determinação de uma obrigação passiva universal⁴³⁹.

Certo que é inviável e impraticável impedir fisicamente alguém de se auto determinar dentro de uma lógica de titularidade de um “direito a dispor do corpo”, já que não há meio totalmente eficaz que previna e impeça atos do indivíduo em obediência a uma tal lógica.

Por outro lado, é humanamente impossível – também para o *legislador*⁴⁴⁰ – prever toda a gama de possibilidades em que se pode exprimir a disposição do corpo. Esses atos traduzem

⁴³⁶ Que seja emanção de um *direito geral de personalidade*.

⁴³⁷ Que pressupõem um diálogo dinâmico de recíproca limitação, ajustando-se e moldando-se em geometrias porventura diferenciadas, segundo a situação, assumindo natureza não absoluta, evidenciando o seu carácter de direitos *prima facie*.

⁴³⁸ «O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo», *cit.*, p. 230.

⁴³⁹ Cfr. LUÍSA NETO, «O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo», *cit.*, p. 230 e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., Coimbra, 1995, pp. 523 e 524.

⁴⁴⁰ Expressão generalizadamente acolhida, mas que tomamos sob grandes reservas (preferir-se-ia a expressão “Lei”), apenas por comodidade, dada a característica difusa dos intervenientes no processo legiferante, apesar da “autoria” orgânica formal dos atos legislativos.

poderes de facto, que podem implicar a auto-colocação em perigo, bem como auto-lesões, e, no limite, pôr termo à própria vida.

Mas isso não significa – não pode significar – que se afirme, e reconheça, um tal direito, ainda que, p. ex., o suicídio (na forma de tentativa) não seja, entre nós, punível⁴⁴¹.

O reconhecimento de um direito pressupõe também a existência de um *interesse* legítimo da pessoa a favor do qual o mesmo é conferido. Um interesse que se estruture em função do aproveitamento ou da obtenção de “utilidades”, mas, igualmente, em função da livre e integral realização, individual e coletiva, da personalidade do titular desse direito. E, sobretudo, que não colida de modo inadmissível com o(s) de outra(s) pessoa(s), por forma a neutralizar a sua natureza e finalidade.

3.1.4. O(s) direito(s) à disposição do corpo

Um direito à disposição do corpo, considerado irrestritamente, analisar-se-ia na admissibilidade de auto-vulneração e de hetero-vulneração através de atos atentatórios do corpo. Pontificaria o ato de atentar contra a própria vida, em que, de forma total e irreversível, o titular prescindia da “utilidade” [do seu] corpo, por considerar não ter interesse ou dignidade a continuação da sua vida.

O direito à disposição do corpo, como decorrência da autonomia pessoal, encontra limites, nomeadamente no princípio da inviolabilidade da pessoa, que permite veicular outras visões do mundo, designadamente impregnadas por convicções morais ou ideológicas, que, no limite, pode impor às pessoas (contra a sua vontade) sacrifícios e penosidades que não redundem em seu benefício, de modo a viabilizar a finalidade de autonomia agregativa dos variados membros de uma comunidade.

O(s) direito(s) [à disposição] sobre o corpo pode(m) materializar-se, dentro de um quadro de licitude de disponibilidade do direito à integridade física e pessoal *lato sensu* sem que, previamente, o seu titular possa antecipadamente, seleccionar a região ou sistema corporal atingido ou vulnerado.

Saber se temos, ou não, direitos sobre o nosso próprio corpo e, em caso afirmativo, se tais direitos se afirmam como dominiais ou equiparados à dominialidade, foi questão já afrontada por Antonio Borrel Maciá⁴⁴², o qual considera que o exercício de tais direitos

⁴⁴¹ No entanto, a punibilidade do incitamento, ajuda ou da propaganda ao suicídio (artigos 134.º, 135.º e 139.º do CP) denuncia, quanto a nós, uma posição de não indiferença ético-jurídica por parte do legislador, perante condutas atentatórias da própria vida.

⁴⁴² *La persona humana, Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosch, Barcelona, 1954.

dominiais se deve pautar por regras morais, não se facultando ao sujeito detentor da coisa a sua destruição, se não houver razão para tal.

O estatuto que fundamenta o direito a fazer coisas ao corpo ou com o corpo, repousa, no essencial, nos princípios do reconhecimento da liberdade individual (cada um goza da disponibilidade do seu corpo), da extrapatrimonialidade (em caso algum se toleram negócios sobre ou com o corpo, pelo menos, na sua complexidade bio-físio-psíquica) e da intangibilidade do corpo humano (não sendo este um princípio absoluto). É controverso que um tal direito (à disposição sobre o próprio corpo) possa adquirir a natureza de direito fundamental, preferindo-se a proposta de Luísa Neto, no sentido do reconhecimento das suas permissões como manifestação de uma *liberdade*⁴⁴³.

O direito de destruir o [próprio] corpo, não pode ser nunca configurado à semelhança de um direito patrimonial ou real, por não haver um direito sobre a titularidade (de qualquer tipo) do corpo. Não há, assim, no sentido do direito sobre as coisas, um direito de disposição plena sobre o próprio corpo, por este não ser poder ser configurado como “coisa”. Nesta medida, não há que falar em “titular” de um qualquer direito dominial sobre o corpo, por esta construção se achar *precludida* pelo ordenamento jurídico.

A colocação da questão de uma forma séria implicaria saber se os elementos do corpo nos pertencem efetivamente, ou seja, a “nós”, sujeitos que encabeçam uma pretensão de titularidade sobre tais elementos.

Se, p. ex., no direito francês, os princípios da extrapatrimonialidade e da indisponibilidade do corpo são expressamente positivados (artigos 16-1 § 3.º e 16-5 do Code Civil, alterado pela Lei n.º 94-653, de 29 de julho de 1994 e art. 1128 *a contr*), havendo um capítulo no Code Civil que dispõe sobre o «respeito do corpo humano» (artigos 16 a 16-9)⁴⁴⁴, o que entre nós não sucede, tal não significa que a resposta à questão seja diversa.

Desde logo, o corpo não pertence ao Estado ou a qualquer entidade pública ou privada distinta da pessoa que (de)tem corpo. Mas, *pertencerá* a essa pessoa? Ou *confundir-se-á* com a pessoa?

⁴⁴³ «Existe um Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo?», *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO -NUNO OLIVEIRA, orgs), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 111-119.

⁴⁴⁴ Por contraposição ao tristemente célebre «code Noir» (promulgado por Luis XIV em 1685, confirmado e agravado em 1724, abolido definitivamente em 1848), que regulava a escravatura nas Antilhas e no Luisiana, que considerava o escravo não como pessoa nem como animal, mas como bem móvel, uma das coisas que legalmente podiam ser objeto de convenção ou transmissão, como o dinheiro ou qualquer outra coisa mobiliária. Podia, assim, esse bem ser capitalizado, transacionado e herdado, constituindo uma perversão da dignidade humana. Seria necessário todo um longo percurso de desenvolvimento filosófico e histórico-social para se ultrapassar esse cenário que hoje nos parece uma incrível atrocidade, mas que não indignou especialmente os contemporâneos da legislação, em plena época do Iluminismo. Por isso, a Lei recusa hoje a patrimonialidade ao/do corpo, assegurando a sua dignidade de tratamento não como coisa, parecendo inconcebível o retrocesso a um quadro semelhante ao do Code Noir. A alienação ou a venda do corpo seria, assim, *escravatura*; a venda de órgãos e outros produtos corporais seria juridicamente ineficaz em termos negociais.

Pelo menos, o corpo funcionalmente considerado como um todo (não as partes destacadas do corpo) não pode ser objeto de titularidade nem de contratos.

A característica do corpo consubstancial à pessoa faria que, quando muito, pudéssemos ser *usufrutuários* do nosso corpo, o que também se reconduziria a uma tentativa inconsequente de resolução do problema dentro de parâmetros da dominialidade, considerando que o usufruto se refere a um direito mais amplo de outra pessoa, que não do próprio usufrutuário.

O direito sobre o corpo surge como um direito de não propriedade, só podendo resolver-se no quadro dos direitos de personalidade e não dos direitos patrimoniais.

Um direito ao corpo, menos ainda um direito de propriedade do corpo, não pode ser titulado por ninguém, precisamente por não ser uma coisa.

Para o Direito, o corpo não existe sem pessoa e a pessoa não existe sem corpo.

A consideração jurídica que sobra – e que ganha cada vez maior vulto e repercussão – reporta-se não à questão da propriedade do corpo, mas ao direito de dispor do corpo, que é já uma reflexão sobre o exercício de uma liberdade, o que pode fazer retomar a discussão de um certo usufruto de que gozamos. O Homem recupera um poder de disposição sobre o seu corpo, que não é tributário do direito de propriedade. Mas, sendo o corpo também *a pessoa*, ele integra-a e, a tal título convém definir o que, relativamente ao corpo, caracteriza a identidade do sujeito humano e se volve, por isso, indisponível para outrem e para o próprio sujeito. Em suma, a questão parece-nos permanecer, em grande medida, em aberto.

Procuraremos inferir algumas consequências das precedentes considerações, equacionando em que medida se traduz o impacto das mesmas na construção de um paradigma corporal probatório alternativo em processo penal.

3.2. Investigação criminal e informação de saúde: o corpo humano como suporte de medidas probatórias

3.2.1. O direito à integridade pessoal (física e moral) e meios de prova com implicação corporal

A investigação criminal confronta-se frequentemente com a necessidade de devassa⁴⁴⁵ e ingerência em múltiplas dimensões do corpo e da intimidade pessoal. Não se poderia

⁴⁴⁵ Como nota de curiosidade histórica, refira-se que *devassa* (autos de) era a designação da forma de processo criminal inquisitório estabelecido nas Ordenações do Reino. De forma algo metonímica, o termo daquela forma processual passou gradualmente a significar várias modalidades de violação da privacidade.

pretender que uma investigação criminal lograsse alcançar minimamente os objetivos que se propõe sem admitir algum grau de devassa e de ingerência sobre o corpo⁴⁴⁶.

O processo penal caracteriza-se, aliás, por ser palco, muitas vezes dramático, da tensão dialética entre os interesses no estabelecimento da verdade material e do *ius puniendi* do Estado, por um lado, e os valores da reserva da intimidade da vida privada, por outro. A presença do corpo e a ingerência corporal são uma inescapável constante no processo penal: o corpo humano será, a um tempo, causa da sua instauração, justificação da sua existência, instrumento a utilizar na demonstração dos factos a investigar e, no caso de sobrevir uma decisão condenatória, o suporte físico da expiação de uma pena ou medida de segurança, seja através da privação total ou parcial da liberdade, seja através da redução patrimonial ou da obrigação de realização de certas atividades.

A assunção contemporânea de uma noção de *processo equitativo* postula a exigência da procura da verdade material com respeito pela dignidade da pessoa humana (art. 6.º da CEDH). Mas só a obtenção de uma “verdade judicial” mediante a produção de provas adquiridas de forma processualmente válida poderá corresponder à conformidade constitucional daquele propósito. Numa célebre sentença de 14 de junho de 1960, do BGH proclamava-se, com um alcance que foi precursor de outros desenvolvimentos essencialmente jurisprudenciais: «*Die Wahrheit kann nicht fragen um jeden Preis*» («A verdade não pode indagar-se a qualquer preço»).

A aparentemente inconciliável antinomia entre a afirmação de que o imputado é sujeito processual – emergente da essencial [e eminente] dignidade da pessoa humana e da integridade pessoal (artigos 1.º e 24.º a 26.º da CRP) – e o reconhecimento de que a sua pessoa é “usada probatoriamente”, volvendo-a em *objeto* do processo só é suscetível de ser resolvida através da determinação de um ponto de equilíbrio ótimo entre, por um lado, a preservação da incolumidade da integridade pessoal (*maxime* física) do cidadão processualmente implicado, e, por outro, o nível de legitimação da admissibilidade e necessidade (ou imprescindibilidade) da ingerência violadora dessa integridade corporal, face à Constituição e à Lei.

O vocábulo “integridade”, gramaticalmente, significa a qualidade que refere tudo aquilo a que não falta nenhuma das suas partes. Quando lhe adscrevemos o vocábulo “pessoal”, o sentido que adquire é o de que ao sujeito não falta nenhum dos seus elementos para que seja reconhecido como tal, pelo que a ausência de algum deles já provoca uma falta de integridade da pessoa do seu titular.

⁴⁴⁶ A produção e obtenção de elementos de prova *válidos*, em múltiplos domínios da integridade e intimidade pessoal dependem da legitimação abstratamente conferida pela autorização legal – de acordo com habilitação constitucional – e, concretamente, da ponderação jurisdicional.

Por isso, a expressão integridade física ou corporal comporta já uma restrição da condição de incolumidade, apesar de proporcionar a ideia de “plenitude integral da estrutura físico-orgânica do indivíduo”, ou seja, a substância corporal e a funcionalidade dos seus distintos elementos (sejam células, tecidos, órgãos ou partes destes).

Parece-nos, no entanto, que apesar de entre nós se tutelar jurídico-penalmente, de forma equivalente, o “corpo” e a “saúde” nos tipos incriminatórios das «ofensas contra a integridade física» (artigos 143.º a 152.º-B do CP), este conceito – de «integridade física» – coenvolve, além da componente da integridade corporal, uma dimensão da integridade psíquica, fazendo apelo uma conceção de integridade “pessoal total”, ao sublinhar as consequências corporais e psíquicas de uma lesão em planos equiparáveis: uma ofensa corporal implica, necessariamente, uma alteração do estado de integridade psíquica, ainda que não seja acompanhada de qualquer ofensa direta ao substrato psíquico da pessoa atingida; já a inversa pode, ou não, ser verdadeira, podendo uma ofensa à integridade moral, psicológica ou psíquica ter repercussões a nível somático-corporal, ou não, de acordo com a sua intensidade. O conceito de integridade física ou corporal – que, como sustentamos, pode abranger além da integridade fisiológico-somática do corpo, a integridade da esfera psíquica – é algo mais restritivo do que o de saúde, conceito que postula um conteúdo bem mais abrangente de *integridade pessoal*, coenvolvendo o bem estar físico, psíquico e social⁴⁴⁷.

Apenas a título ilustrativo invocaremos aqui o disposto no art. 2.º, n.º 2 da Constituição alemã, de acordo com o qual se coloca a integridade corporal ao mesmo nível do direito à vida: *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*⁴⁴⁸. Esta especial atenção do legislador constituinte alemão – motivada, é certo, por situações históricas de má memória, de autêntica anulação da dignidade humana –, ao colocar o valor do direito da integridade corporal em plano de igualdade ao do direito à vida, não pode deixar de ter significativas implicações, quer no plano das conceções jurídico-políticas, quer no quadro estritamente normativo e político-criminal⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ O que, sendo paradigmático no caso dos tipos de crime de violência doméstica (art. 152.º do CP), de maus tratos (art. 152.º-A) e de violação de regras de segurança (art. 152.º-B) – e que justificaria, de todo em todo, a autonomização do bem jurídico protegido por estas incriminações – se manifesta ainda na formulação dos demais tipos de crime de ofensas à integridade física, em que as condutas típicas se não-se dirigir contra o «corpo ou a saúde».

⁴⁴⁸ Tal direito à integridade corporal (como o direito à vida) só pode ser regulado e, eventualmente, sofrer limitações, através de diploma com dignidade de lei: «In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden» (§3.º do art. 2.º, n.º 2 da Grundgesetz).

⁴⁴⁹ Note-se o que sucede, p. ex., no cotejo da tutela do direito à vida e do direito à proibição da tortura e a penas e tratamentos desumanos ou degradantes, emergente da CEDH, onde, fac ao estatuído nos artigos 2.º (Direito à vida) e 3.º (Proibição da tortura), o direito à vida aparentemente, parece encontrar uma proteção menos absoluta do que o direito à integridade pessoal, designadamente à integridade física. Cfr. *infra*, em 6.3.

É o que sucede, p. ex., no cotejo do regime da proteção do direito à vida com o direito à proibição da tortura e a penas e tratamentos desumanos ou degradantes, emergente da CEDH.

Impor-se-á, aqui, fazer uma precisão metodológica, que passa por tentar alertar para uma possível confusão de conceitos. Ao postularmos o valor da integridade pessoal, que, como decorrência do art. 25.º da CRP, se desdobra na inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas, continuamos a sufragar uma possibilidade de tutela bipartida para ambas as dimensões; por um lado, a tutela juspenal da integridade moral (as incriminações contra a honra e o bom nome) e, por outro, as incriminações da violação da integridade física.

Faria Costa propõe um modelo ousado – devemos reconhecê-lo –, no sentido de construir e autonomizar como novo bem jurídico-penal a “integridade pessoal”⁴⁵⁰. O Autor constata que, atentados que seriam sem sombra de dúvida atentados contra o bem jurídico-penal vida⁴⁵¹, caso não intercedesse a panóplia de instrumentos atuais da medicina intensiva⁴⁵², são tipicamente degradados para atentados contra a integridade física, o que coloca a questão da necessidade de «(...) autonomização de um bem jurídico-penal, consubstanciado na integridade pessoal – enquanto realidade onto-antropológica que se encontra em região diferente daquela em que se encontra a mera integridade física –, pode, eventualmente, ser criticável de muitos lados, mas não o pode ser por não ter qualquer respaldo constitucional a ancorá-la (...)»⁴⁵³. Partindo, assim, dos avanços potenciados pelos novos meios médicos, a exigência de um novo bem jurídico-penal «(...) permitiria, não só criar um conjunto alargado de crimes, dolosos e negligentes, de resultado e de realização livre, como permitiria, por meio desse étimo comum, dar consistência, clara e inequívoca, às agressões perpetradas por meio de tortura»⁴⁵⁴. E acentua, particularmente, a adequação da tutela obtida por este novo bem jurídico-penal ao caso da tortura, enquanto situação paradigmática da confluência da violação da integridade física e moral da pessoa humana.

⁴⁵⁰ Cfr. «Vida e morte em direito penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *loc. cit.*, pp. 171-196.

⁴⁵¹ O Autor ilustra a sua proposta com o exemplo de um condutor (A) que, conduzindo um automóvel a 200 km/h e em total desrespeito das mais elementares normas de cuidado e das regras de condução, provoca um acidente em consequência do qual B fica em estado vegetativo persistente (apenas por intercessão dos novos meios da medicina intensiva, pois caso contrário, morreria), para realçar a insatisfatoriedade da resposta tradicional atual da condenação de A pelo crime de ofensas corporais graves praticadas por negligência.

Repare-se que, a este respeito, a solução legal da incriminação do art. 148.º, n.º 3 do CP parece consagrar, afinal, uma das poucas fórmulas de imputação objetiva (se não mesmo a única) que conhecemos em sede de negligência, porventura devido a uma certa incomodidade (ou incapacidade?) do legislador para tratar a questão de forma mais satisfatória.

⁴⁵² Cujos principais instrumentos desdobra em “técnicas de ventilação artificial”, em “hemodiafiltração” e na “consecução de um estado hemodinâmico possibilitado por fármacos vaso-ativos”, «Vida e morte em direito penal ...», *loc. cit.*, p. 187.

⁴⁵³ «Vida e morte em direito penal ...», *loc. cit.*, p. 191.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

Esta é uma proposta que aqui apenas registamos e, se não a sufragamos abertamente, não significa que não seja dogmaticamente atrativa, mas apenas por nos parecer deslocado, neste contexto, tomar posição quanto à sua propriedade.

A integridade física ou corporal, enquanto bem único, caracteriza-se pela plenitude dos atributos físicos da pessoa, sendo consequência do direito à vida, e com ele estreitamente conexionado, decompondo-se em algumas formas de proteção do indivíduo, como 1) o direito a não ser privado de nenhum membro ou órgão corporal, 2) o direito a não ser sujeito a processos [nosológicos] que afetem a sua saúde física e mental, 3) o direito ao bem-estar corporal e psíquico, a que não o sujeitem a sensações de dor ou sofrimentos e o 4) o direito a não ver externamente desfigurados o seu aspeto e imagem corporal.

O direito a respeitar o corpo e a sua integridade está muito diretamente conexionado com o direito a respeitar a vida, própria e alheia, apesar de assumir refrações específicas.

O corpo é aquilo que cada pessoa pode dizer que é *mais seu*. A projeção da tutela jurídica da integridade e incolumidade corporal (ao lado da vida) no plano do direito internacional, na Constituição e no direito civil, traduz-se na convocação simultânea das disciplinas dos direitos humanos, dos direitos fundamentais (artigos 1.º, 16.º, 18.º, 24.º a 27.º da CRP) e dos direitos de personalidade (art. 70.º do CC), que, parecendo a mesma realidade, serão distintos de acordo com a incidência e ângulo de abordagem.

O direito à integridade corporal protege a incolumidade física e, por isso, antes de mais, impõe-se que o legislador e os poderes públicos adotem as medidas preventivas necessárias para que se evite qualquer atentado ou dano proveniente de terceiros, e, caso tal não seja, concretamente, possível, ocorrendo o dano, mercê da insuscetibilidade de uma autêntica *restauração natural*⁴⁵⁵, que a reparação seja atribuída através de uma prestação de natureza económica (indenização natural ou em espécie), a cargo do lesante, que tendencialmente reverta ou minore os prejuízos decorrentes da lesão (art. 562.º CC).

A atual discursividade constitucional reconhece que a dignidade da pessoa humana tem uma influência decisiva na disciplina do catálogo dos direitos fundamentais, não se ficando

⁴⁵⁵ Em sentido sensivelmente diferente, defendendo a que a «integridade física é um bem jurídico “renovável” e expansível dentro de certos limites, uma vez que permite a sua *restitutio ad integrum*», cfr. MARIA DO CÉU M. MENEZES, *Para um conceito de Saúde Física e Psíquica nos Crimes contra a Integridade Física*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 95. De notar que a nossa posição, quanto à insuscetibilidade de restauração natural no contexto das lesões da integridade física, refere-se a uma aceção absoluta, em que a *restitutio ad integrum*, a ocorrer, não se obtém por prestação do lesante, mas sim em consequência de processos naturais ou clínicos de cura, o que, se até pode ser total (ou “integral”) no tocante à dimensão corporal, o mesmo pode não se assegurar no que respeita ao plano psíquico.

por uma mera ressonância persuasora, mas interferindo na própria densificação desses direitos.⁴⁵⁶

Daí que essa diretriz da dignidade da pessoa humana vede a existência de qualquer lei ou interpretação legislativa que constitua um tratamento desprezível da condição humana, ou, então, que estabeleça inesperados e injustificáveis obstáculos, ou impeça arbitrariamente a sua realização.

Nesta conformidade, o dever de respeito pela dignidade da pessoa humana, enquanto vertente do Estado de direito, implica a preservação do direito à vida e à integridade pessoal (artigos 24.º e 25.º da CRP) e à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, à inviolabilidade do domicílio, à protecção contra quaisquer formas de discriminação [art. 26.º, n.º 1 da CRP], e contra as intromissões abusivas e arbitrárias na respetiva esfera de direitos [artigos 12.º da DUDH⁴⁵⁷ e 8.º da CEDH], designadamente ao segredo das comunicações privadas e à correspondência.

Embora a dignidade da pessoa humana não possa ser rigorosamente concebida como um direito, mas como um atributo fundacional donde derivam diversos direitos fundamentais, nenhum deles é, como se sabe, absoluto⁴⁵⁸, devendo harmonizar-se e compatibilizar-se entre si e com outros interesses e direitos constitucionalmente protegidos, segundo um critério e uma grelha valorativa de «concordância prática».

As exceções ao carácter absoluto do direito à vida (*v.g.* o direito de matar para não morrer, na guerra, a causa de justificação da legítima defesa) não assumem significado no âmbito do processo equitativo (penal), pois que nunca o Estado pode, aí, pôr em causa aquele direito, designadamente com propósitos preventivos⁴⁵⁹, cautelares ou probatórios. Nesta aceção, deve considerar-se, também, um direito absoluto.

Com especiais refrações nos domínios cuja abordagem se ensaia, podem apontar-se os direitos à integridade pessoal (na sua dimensão física e psíquica) – em que avulta a proibição de sujeição a tratamentos degradantes ou a maus tratos –, ao bom nome e reputação –

⁴⁵⁶ Acs. TC n.º 284/89, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 13.º, II, pp. 880 e ss., n.º 105/90, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 15.º, pp. 357 e ss., n.º 193/92, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 22.º, pp. 497 e ss., n.º 748/93, DR I-Série n.º 298, de 23-12-1993, pp. 7139 e ss. e n.º 470/99, DR II-Série n.º 62, 14-03-2000, pp. 4912 e ss.

⁴⁵⁷ De acordo com o art. 16.º, n.º 2 da CRP “*Os preceitos constitucionais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”.

⁴⁵⁸ Relativamente ao bem jurídico vida humana, a questão do seu carácter absoluto é, como se sabe, matéria controvertida, encontrando-se questões fraturantes no âmbito da discussão sobre temas como o destino de embriões excendatários, a interrupção voluntária da gravidez ou a ajuda ao suicídio, de que aqui não se pretende tratar.

⁴⁵⁹ Cfr., sobre a polémica da ponderação do bem jurídico vida em situações limite, AUGUSTO SILVADIAS, «Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado», *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (MÁRIO F. MONTE, Dir. - M. CLARA CALHEIROS – F. CONDE MONTEIRO – FLÁVIA N. LOUREIRO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 687-708, e M. CONCEIÇÃO CUNHA, *Vida contra Vida – Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, *passim*.

supondo que a mera instauração de “processo-crime” contra um imputado se deve rodear de precauções materiais – e à palavra e à imagem – em que avulta a proibição da captação e registo indiscriminados de conversações e imagens. Estes dois últimos, constituem, por seu turno, a tutela de dimensões de índole não rigorosamente “corpórea” do sujeito, mas que, em todo o caso, exprimem projeções da utilização do corpo da pessoa, tendo, aliás, um âmbito específico de abordagem processual probatória⁴⁶⁰.

Porém, como é evidente, nenhum desses direitos pressupõe um conteúdo de integral inviolabilidade. Antes, consentem diversos planos de recíproca e complementar compressão no confronto com outros interesses e direitos, mormente quando se equacionam num dado contexto processual (penal) em que se visa esclarecer a hipótese de um crime.

O arguido é, no nosso sistema processual penal, considerado como *sujeito* [processual]. Mas a sua presença comunicacional no processo pode surgir, também, como meio de prova⁴⁶¹ e, num certo sentido, enquanto *objeto* de prova e do processo. Considerar-se-á como tal, enquanto se lograrem, através da sua sujeição – validamente consentida⁴⁶² – a diligências de prova, cujos resultados excluam a sua responsabilidade.

O que se torna mais problemático é a conformação do estatuto que possa implicar a sua sujeição coerciva – mas legalmente autorizada ou imposta – a diligências e meios de obtenção de elementos de prova que apontem ou comprovem a sua culpabilidade.

O corpo humano é um vasto e fecundo campo de informação probatoriamente relevante, porventura indispensável para a obtenção, dentro de certos pressupostos, da verdade material e da realização. Contém informação sensível, que pode, em certas condições, contribuir para a incriminação do próprio sujeito processual. O corpo do suspeito ou arguido – enquanto presumido inocente (art. 32.º, n.º 2 da CRP) – assume hoje um extraordinário interesse criminalístico, quando se pretenda com a sua mera presença física, com o recurso a prova documental sobre dados clínicos e de saúde, através da obtenção de fragmentos de tecidos, secreções ou até de exames e intervenções invasivos (imagiológicos ou cirúrgicos), o estabelecimento de conclusões probatórias que de outro modo não se logriam obter com o mesmo grau de (elevada) probabilidade ou certeza prático-processual.

⁴⁶⁰ Concretamente, no domínio dos regimes da interceção de comunicações (arts. 187.º a 190.º do CPP) e de recolha de voz e de imagem (art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11-01).

⁴⁶¹ Desde logo, na aceção em que as declarações em interrogatório de arguido, na medida em que sejam prestadas livremente e visando contribuir para o esclarecimento da verdade material, não podem deixar de assumir, simultaneamente, as características de *meio de defesa* e de *meio de prova*. Cfr., neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1.º Vol., Coimbra Ed., Coimbra, 1981, pp. 428-431 e 440-443.

⁴⁶² Dizemos “validamente” porque, como é sabido, as provas ofensivas da integridade física ou moral das pessoas são nulas e inutilizáveis, mesmo que obtidas com o consentimento delas (art. 126.º, n.º 2 do CPP). Tem sido, porém, controvertida a admissibilidade de tais provas quando excluam a responsabilidade do imputado, propendendo a doutrina para a posição afirmativa (assim, LUÍS BÉRTOLO ROSA, «Consequências processuais das proibições de prova», *RPCC*, Ano 20.º, N.º 2 – abr.-jun. 2010, pp. 259-262).

O recurso a meios de prova ou cujo estatuto de *cientificidade* se vai reafirmando de forma crescente na comunidade científica⁴⁶³ e forense, no âmbito da investigação criminal, justifica-se por duas ordens de razões. Uma, de ordem sistémica: a vulgarização de meios de prova científica noutros domínios jurídico-processuais tornaria incompreensível (e inaceitável) que os mesmos não fossem aplicados, reconhecidos e aceites no processo penal, em termos de produção e valoração, face à cláusula geral do art. 125.º do CPP. Outra, de ordem metodológica: a fragilidade ou dificuldade (em certos casos, intransponibilidade) probatória com que a atividade de investigação se confronta em certos domínios, tornam insuficiente a panóplia de meios probatórios convencionais (pessoal, real e documental), pelo que se impõe complementá-la e compensá-la com outros mais credenciados, que permitam formar uma convicção menos subjetiva e aleatória por parte de decisores processuais.

3.2.2. Entre o dever de segredo médico e o dever de denúncia de crimes públicos por *funcionários*-médicos

Os ordenamentos jurídicos equacionam os termos do dever de denúncia de crimes, em modalidades muito distintas.

Alguns sistemas postulam a obrigatoriedade do dever de denúncia de [quaisquer] crimes apenas quanto a autoridades judiciárias e entidades policiais, sem, no entanto, lhe adscrever em caso de violação, sanção alguma, ou, quando muito, apenas associando à sua inobservância, uma consequência disciplinar ou de outra natureza que não penal. É, em parte, o sistema que vigora entre nós, não havendo um especial catálogo de crimes de denúncia obrigatória, existindo deveres especiais, por ex., nos casos de conhecimento não reportado de tortura, tratamentos degradantes, desumanos e cruéis (cfr. art. 245.º do CP). Noutros, é imposto o dever a qualquer pessoa, de denunciar apenas certo tipo de crimes, que assumem particular gravidade e cuja representação comunitária exige a sua participação às autoridades. Um tal dever geral de denúncia obrigatória da preparação de certos crimes, existe na Alemanha, resultando essa obrigação geral de denúncia de crimes em preparação (na forma tentada ou em execução) do conteúdo dos §§ 138.º e 139.º do StGB⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Os avanços científicos na descodificação do genoma humano e as descobertas do potencial identificativo e criminalístico do ADN, as técnicas de imagiologia e localização geográfica, entre outras, incrementaram uma natural apetência dos poderes estaduais para a sua utilização como metodologias de investigação criminal.

⁴⁶⁴ Trata-se de hipóteses como as de preparação de crimes de guerra de agressão, de genocídio, de homicídio, de traição, de crimes contra a liberdade das pessoas, de roubo ou extorsão, entre outros. Essa obrigação pode abranger a denúncia às autoridades ou o aviso da possível vítima. Se se tratar de médico, este deverá denunciar os factos ilícitos dos quais tenha tido conhecimento em razão da sua atividade, mediante a condição de que tenha tentado seriamente, sem sucesso, desviar o agente da prática do crime ou impedir a verificação do resultado.

O interesse da eficácia da investigação criminal, ou mais abstratamente, da realização da justiça penal, e os valores a ela subjacentes, por si só, não justificam a violação do dever de segredo médico. O mero interesse na prossecução da justiça penal – no esclarecimento de um crime e na responsabilização dos seus agentes – não é fundamento suficiente para justificar, em princípio, a violação do segredo médico⁴⁶⁵.

A doutrina tem entendido quase uniformemente que o dever de segredo médico prevalece sobre o dever de denúncia obrigatória (art. 242.º do CPP), só devendo contemplar exceções nos casos extremos dos crimes mais graves (*serious crimes*), cujos interesses afetam de forma mais intolerável o núcleo de valores fundamentais da vida em comunidade, quando ponham em causa a paz jurídica ou haja fundado receio do cometimento de novas infrações, em que deve primar o interesse de proteção das vítimas, como, p. ex., nos casos de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, de violência e abusos sobre menores, de violência de género. Claro que se tornará sempre legítimo objetar contra a ausência de uma formulação típica do catálogo de crimes relativamente aos quais o dever de segredo fica amortecido ou relativizado, mas isso não impede que se tenha presente aquele núcleo de infrações que a doutrina reconhece como atentando de forma mais insuportável contra valores fundamentais da vida em comunidade, como a integridade da pessoa nos seus aspetos corporais e espirituais, a liberdade e a autodeterminação sexual, entre outros.

O facto de muitos médicos exercerem funções em unidades públicas de saúde do SNS implica que se coloque em relação a estes profissionais todo um feixe de questões particulares no que concerne às relações entre o dever de segredo e o dever de colaboração com a justiça e de proteção de vítimas de crimes, em virtude da qualidade de funcionários (para efeitos penais) e da natureza do vínculo contratual *público* que assumem com a entidade empregadora (vínculo de nomeação, contrato de trabalho de funções públicas, a termo ou sem termo, prestação de serviços, ou outro).

Esse vínculo contratual de natureza (aqui impropriamente designada de) “pública”, não descaracteriza a relação médico-doente que se estabeleça num estabelecimento ou unidade de prestação de cuidados de saúde do SNS, mantendo-se, pois, em princípio, todos os deveres deontológicos do profissional médico, nomeadamente o dever de segredo médico. Todavia, pode suceder que, por causa da especial natureza desse vínculo, e do local da prestação de cuidados de saúde, se imponham certos deveres, ou mesmo obrigações, que podem tornar-se

⁴⁶⁵ Assim, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...*, t. 1, p. 799 e PETER HÜNERFELD, «Esfera Privada e Segredo», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, jan.-jun. 2004, p. 207.

incompatíveis, pelo menos numa primeira abordagem, com o dever de (guardar) segredo médico, relativamente às pessoas que são assistidas e, eventualmente, seus familiares⁴⁶⁶.

Anteriormente à vigência do Código Penal de 1982, o regime de segredo médico constava do DL n.º 32 171, de 29-07-1942, *maxime* no seu art. 7.º, que contemplava como justa causa de exclusão da ilicitude da sua revelação, a necessidade de salvaguardar interesses manifestamente superiores, em especial quando a revelação fosse imposta por lei e quando existisse suspeita de crime público. Do diploma constava o dever geral de cooperação com a justiça, em sede de processo penal, nas referidas situações de exclusão da ilicitude, a menos que a pessoa assistida pudesse incorrer em responsabilidade criminal. Nesse quadro normativo, que se tornava necessário conjugar com a obrigatoriedade de denúncia estabelecida para os funcionários públicos no art. 7.º § 2.º do DL n.º 35 007, de 13-10-1945, o CC PGR foi instado a pronunciar-se sobre a matéria e emitiu o Parecer n.º 111/83, de 21-07-1983⁴⁶⁷, no sentido de que «*A obrigatoriedade de denúncia estabelecida para os funcionários públicos pelo art. 7.º do DL n.º 35 007, de 13 de Outubro de 1945, se aplicava a hospitais do Estado ou outros estabelecimentos por este administrados que prestassem socorros médicos, excepto se a denúncia, importando violação do segredo médico, pudesse fazer incorrer em responsabilidade penal as pessoas assistidas*»⁴⁶⁸.

O quadro legal então vigente foi substancialmente alterado. Por um lado, não existe a categoria de «funcionário público» nos mesmos moldes em que existiu até à reformulação do sistema de vínculos e carreiras da Administração Pública e dos regimes de emprego público, operada entre 2008 e 2009⁴⁶⁹. Por outro lado, o regime do segredo médico é relativamente distinto do vigente naquela época.

Todavia, subsiste um dever genérico de obrigatoriedade de denúncia de crimes, ainda que os agentes não sejam conhecidos, para os *funcionários* – «na acepção do artigo 386.º do

⁴⁶⁶ Contrariamente ao estatuído na al. e) do n.º 4 do art. 3.º do DL n.º 24/84, que elencava como dever geral dos funcionários o dever de sigilo, o art 3.º da Lei n.º 58/2008 (Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas) deixou expressamente de considerar o dever de sigilo como dever geral dos trabalhadores que exercem funções públicas, o que também se manteve no art. 73.º da Lei n.º 36/2014, de 20-06 (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas). Assim, a violação de tal dever apenas constituirá infração disciplinar quando resulte da eventual violação de um dever especial inerente à atividade ou profissão que exerça o trabalhador, como no caso dos médicos e dos enfermeiros.

⁴⁶⁷ Inédito, pelo menos em 1999, provavelmente por não haver sido homologado pelo membro governamental responsável da entidade que o terá solicitado, como que nos dá conta CUNHA RODRIGUES, em «Sobre o segredo médico», *Lugares do Direito*, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, p. 480 (nota 10).

⁴⁶⁸ O art. 7.º (e outros preceitos) do DL n.º 32 171 foi expressamente revogado pelo art. 6.º, n.º 2 do DL n.º 400/82, de 23-09 (que aprovou o Código Penal de 1982). Por seu turno, o DL n.º 35 007 foi expressamente revogado pelo art. 2.º, n.º 2, al. a) do DL n.º 78/87, de 17-02 (que aprovou o novo Código de Processo Penal).

⁴⁶⁹ Empreendida por diversos diplomas legais, em que avultam a Lei n.º 12-A/2008, de 27-02 (Estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas), a Lei n.º 58/2008, de 09-09 (Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas), a Lei n.º 59/2008, de 11-09 (Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas), revogadas pela Lei n.º 35/2014, de 20-06, e a Lei n.º 4/2009, de 29-01 (Protecção Social dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas). Sobre a questão da evolução do conceito de “funcionário”, essencialmente para determinar o seu alcance como sujeito de crimes de corrupção ativa e conexos, cfr. DAMIÃO DA CUNHA, «Funcionário/Função Pública e Direito Penal - Equívocos jurisprudenciais, legislativos e doutrinários», *RPCC*, Ano 19.º, N.º 1 –jan.-mar. 2009, p. 93.

Código Penal» – que deles tomem conhecimento no exercício e por causa das suas funções (art. 242.º, n.º 1, al. *b*) do CPP).

O art. 386.º do CP compreende um elenco de cargos e funções que, não sendo o tradicional agente administrativo ou funcionário civil, a estes são equiparados por razões de similitude de situações e pressupostos de punição, por um lado, e em homenagem ao princípio da igualdade. Esse elenco abrange, sem dificuldade, qualquer médico que exerça no SNS. Qualquer médico que preste serviço em unidade de prestação de cuidados de saúde do SNS ou por este tutelada, mesmo que não seja “agente administrativo” nem “funcionário civil”, recairá na previsão ampla da al. *d*) do n.º 1 do art. 386.º do CP⁴⁷⁰. Parece-nos, por isso, que não poderão subsistir quaisquer hesitações quanto ao preenchimento da qualidade de funcionário para efeitos da lei penal – logo, para os fins de obrigatoriedade de denúncia do art. 242.º, n.º 1, al. *b*) do CPP – de (qualquer) médico (ou outro profissional de saúde ou auxiliar) no exercício de funções em unidade de prestação de cuidados de saúde do SNS.

É certo que a formulação do referido preceito aponta para a obrigatoriedade pelo “médico-funcionário”, de denúncia de crimes de que a pessoa assistida possa ter sido a vítima; é esse, em primeira linha, o propósito do corpo inicial do n.º 1 da norma: «(...) ainda que os agentes do crime não sejam conhecidos». Não se tratará, em princípio, da obrigação de denúncia do agente do crime – que, com muita probabilidade, será ignorado, ou pelo menos desconhecida a sua identidade –, mas de factos que integrem um ilícito típico⁴⁷¹. Em segundo lugar, e afigurando-se-nos inteiramente atual – talvez mesmo com fundamentos que a reforcem – a doutrina implícita no referido Parecer do CC PGR n.º 111/83, o médico não tem qualquer obrigatoriedade de, violando o dever de segredo médico, denunciar a pessoa assistida, no caso de ser ela a suspeita de um crime.

É certo que a referenciação de factos que integram crime de natureza pública, por parte de *médicos-funcionários*, em que o virtual lesado ou vítima seja o paciente assistido em unidades hospitalares em que aqueles trabalhem, não contende diretamente com o conteúdo do segredo médico dessa particular relação, pois que pode haver o consentimento [expresso] na revelação da informação de saúde, por banda do suposto ofendido⁴⁷², que posteriormente,

⁴⁷⁰ Que tem a seguinte redação: «Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar».

⁴⁷¹ Em definitivo, parece-nos que tal dever de obrigatoriedade de denúncia, não se aplicará às contra-ordenações, pese embora a cláusula geral de remissão (genérica para os “preceitos reguladores do processo criminal”) do art. 41.º do RGIMOS, dada a existência de uma regra, que nos parece gozar de natureza especial, do art. 54.º – bem como à inexistência de norma idêntica à do art. 242.º, n.º 1, al. *b*) do CPP –, em que a iniciativa do processo de contra-ordenação cabe às autoridades policiais ou fiscalizadoras (além da faculdade de denúncia particular).

⁴⁷² De notar que, nestes casos, uma pré-compreensão do “consentimento presumido” – que apenas se equaciona em situações de impossibilidade do titular ou de representante seu para se pronunciar(em) sobre os elementos sujeitos a

no âmbito da respetiva investigação, poderia sempre ser obtida ou prestada. Por outro lado, em observância do dever de comunicação obrigatória de crimes, por parte de *médicos-funcionários*, não teria forçosamente de comunicar-se qualquer informação clínica sobre os cuidados prestados à própria vítima, mas apenas a circunstância de haver notícia de a sua situação nosológica ter resultado de ação presumivelmente criminosa.

Mas há situações-limite, relativamente às quais não será fácil equacionar as respostas, como sejam os casos de rixa ou de agressões, com intervenção recíproca de duas ou mais pessoas (podendo até das mesmas ter resultado a morte de algum ou alguns dos contendores), em que a denúncia dos factos – mesmo sem a identificação dos concretos agentes – pode implicar, quase forçosamente, a referenciação da(s) pessoa(s) assistida(s) que tenham tido participação nos mesmos. Em tais circunstâncias, cremos que obrigatoriedade de denúncia de factos ilícitos típicos, que integrem crime de natureza pública, se imporá ao *médico-funcionário*, porque, se assim não fosse, ficaria sem tutela o interesse que a lei pressupõe no dever de denúncia: a investigação de crimes graves.

Podem questionar-se, ainda, em que medida não estará sempre o médico sujeito ao dever de segredo profissional, a partir do momento em que preste assistência ou cuide e trate um doente. Desde logo, há quem defenda que a mera comunicação da identidade de uma pessoa assistida não implicaria a vulneração de qualquer dever deontológico de confidencialidade, uma vez que a mesma não se compreende no âmbito do segredo profissional médico: neste abrange-se o diagnóstico e a terapêutica a que se submete o doente, o dia, hora e local em que foi assistido, o processo clínico, mas não a identificação, que todavia, para outros efeitos, releva como dado pessoal incomunicável, mas não enquanto dado suscetível de ser fornecido às autoridades judiciárias, no contexto de um dever de comunicação de crimes^{473 474}.

segredo (p. ex., inconsciência) – não é isenta de dúvidas (cfr., sobre a questão, PETER HÜNERFELD, «Esfera Privada e Segredo», *loc. cit.*, p. 200). Mas não é dessas situações que nos ocupamos no texto.

⁴⁷³ É, também, o caso de confidencialidade da identificação, p. ex., nas legislações sobre procriação medicamente assistida, de dador de esperma ou dadora de óvulos, ou nas legislações sobre transplante de órgãos e tecidos.

⁴⁷⁴ Em âmbitos circunscritos, como no domínio da violência familiar, têm sido colocadas com maior ênfase, as questões da relação entre o sigilo médico e o dever de denúncia, conhecendo-se uma posição do departamento jurídico da OM no sentido em que «3. A obrigação de revelação junto das autoridades policiais ou instâncias sociais competentes existe sempre que se verifique que uma criança, um idoso, um deficiente ou um incapaz são vítimas de sevícias ou maus tratos; 4. Em todas as outras situações em que a intensidade ou a reiteração da conduta do agressor são evidentes e põem em causa, de forma grave, a saúde, a integridade física ou a própria vida da vítima, poderá o médico, ponderando a situação à luz dos princípios éticos da justiça e da benevolência, desvincular-se do segredo e efectuar a denúncia» (*Revista da Ordem dos Médicos*, N.º 165, dez. 2015, pp. 17-20).

3.2.3. Informação de saúde e (in)admissibilidade de prova

A informação pessoal de saúde não é livremente acessível. Mesmo o próprio titular, só mediante a intermediação de um médico a ela pode aceder. Relativamente a terceiros, a informação é insuscetível de ser revelada, a não ser nos casos de escusa, previstos no art. 88.º do CDOM.

Relativamente a autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal, o dever de segredo só pode ser derogado mediante o incidente respetivo, previsto no art. 135.º do CPP, o qual pode englobar a prestação de depoimento de médico ou o fornecimento de elementos do ficheiro clínico do suspeito.

Quando a informação de saúde possa prefigurar-se como essencial ou indispensável para a investigação de um facto qualificado como crime – desde logo para a formulação de um juízo de [forte] suficiência indiciária –, suscitam-se algumas dificuldades de harmonização de regimes.

Na verdade, inexistindo um catálogo de crimes relativamente aos quais estivesse antecipadamente consagrada a possibilidade de derrogação do dever de segredo médico, restará ao intérprete e aplicador, em consonância com um exercício de ponderação de interesses e valores, em que de um lado estará a eficácia da investigação e da justiça penal, e do outro os valores tutelados pelo segredo profissional médico. Conforme se antecipou já, os interesses encabeçados pelo processo penal (a pretensão punitiva do Estado ou a proteção de bens jurídicos), por si só, não justificam a derrogação do dever de segredo médico.

Como ultrapassar, então, situações de virtual bloqueio de concretas investigações penais, decorrentes da ausência de elementos de um ficheiro clínico de um suspeito, que “certifiquem” um determinado estado de saúde, a elaboração de um diagnóstico, a prescrição de uma certa terapêutica, a realização de uma intervenção cirúrgica ou de exames médicos, de análises laboratoriais, etc?

Relativamente a certas atividades – como a condução rodoviária, a detenção de armas ou animais perigosos, ou a caça, em estado de embriaguez ou afetado por substâncias estupefacientes, ou a administração de doping a desportistas –, fundando-se na proteção de bens jurídicos indiferenciados, é a própria lei a admitir um certo tipo de ingerência corporal prévia, através da realização de exames e análises – com uma inquestionável carga de informação de saúde –, sem que tenha de existir, sequer, uma prévia suspeita fundada do facto que a diligência irá, ou não, comprovar.

Poder-se-á objetar que não estará aí em causa um problema de segredo médico, desde logo por não se tratar de intervenções materialmente levadas a cabo por médicos. A objeção

não é totalmente procedente, porquanto os resultados obtidos nos exames ao ar expirado ou ao sangue (*v.g.* casos de condução de veículos ou de caça em estado de embriaguez ou de influência por estupefacientes) ou à urina (no caso do dopagem) são informações que, em princípio, e noutras circunstâncias, deveriam ficar a coberto de segredo médico. Mais, os seus resultados, enquanto potencialmente reveladores de certos comportamentos alimentares, sexuais, *vícios* ou hábitos sociais, ficariam, em princípio, se produzidos em contexto clínico, a coberto do respetivo segredo profissional. Para além disso, o segredo médico vincula profissionais não médicos que tenham conhecimento, por causa da função desempenhada, de qualquer facto sujeito a segredo médico⁴⁷⁵.

Em rigor, cremos que a solução a encontrar para esse – apesar de tudo –, controverso problema, é o de que existe comando legal expresso que veicula uma prévia ponderação de interesses, admitindo ou impondo a realização de tais exames e análises, com um propósito político-criminalmente justificado, de se procurar a tutela de interesses jurídicos abstratamente tão valiosos como a vida e a integridade pessoais dos utentes das vias públicas, a segurança rodoviária em geral, a vida e saúde dos atletas e a verdade da competição desportiva, face à consideração dos interesses potencialmente colidentes com estes, como a privacidade e a reserva da intimidade ou a autodeterminação informacional, os quais, colocados numa relação de ponderação, se admite que sejam sacrificados pela realização de ingerências corporais legalmente permitidas ou impostas⁴⁷⁶ em função da prevalência dos interesses e bens que as fundamentam.

Além dessas situações, as hipóteses típicas que ocorrem em procedimentos penais nos quais se torna necessário produzir prova com recurso a informação de saúde previamente obtida e submetida a segredo médico, encontram solução mais problemática.

Coloca-se, aqui, a necessidade de recorrer a informação de saúde, documentada em momento anterior à prática dos factos, em contexto ante-processual (em circunstâncias totalmente estranhas ao processo de investigação criminal), mas cuja pertinência ou indispensabilidade para a comprovação de um estado clínico da pessoa imputada (prévio à data dos factos), e que seja criminalmente relevante, designadamente por se poder aferir do

⁴⁷⁵ O argumento de “não existir um segredo médico” que pudesse ser violado, pelo facto de os procedimentos probatórios referidos não serem levados a cabo por médicos, não se nos afigura procedente, uma vez que sempre deveriam ficar salvaguardados pelos deveres de segredo profissional que, respetivamente, devem vincular os profissionais, “funcionários” ou não, designadamente os agentes policiais de fiscalização de tráfego rodoviário ou os técnicos incumbidos de realizar os exames ou controlos de álcool, de estupefacientes ou de substâncias ou métodos de doping.

⁴⁷⁶ Nos casos da despistagem de álcool, droga e doping, a própria lei dispõe sobre os cuidados a observar no tocante à proteção de dados pessoais – artigos 15.º da Lei n.º 18/2007, de 17-05 e 38.º, n.º 3 e 41.º da Lei n.º 38/2012, de 28-08. No tocante à dopagem, «*Os dados e informações referentes ao controlo e luta contra a dopagem no desporto apenas podem ser utilizados para esses fins e para a aplicação de sanções em casos de ilícito criminal, contraordenacional ou disciplinar*».

conhecimento e representação por parte desta, da tipologia e potenciais consequências de uma doença transmissível.

Estaremos perante aquelas hipóteses em que os elementos clínicos ou dados de saúde pretendidos respeitam ao imputado (suspeito ou arguido) e relativamente aos quais não seja razoável supor que haja consentimento expresso do titular para a sua revelação ou fornecimento às autoridades processuais.

Uma posição de princípio no sentido da não justificação, em qualquer circunstância, da violação de segredo médico, apresenta óbices evidentes.

Na verdade, quando nos confrontamos com a ocorrência de delitos de elevada gravidade objetiva, ou que possam perturbar de forma profunda e insustentável a paz pública, ou que ofereçam preocupação séria e justificada de reincidência, por parte do agente, um princípio geral de inadmissibilidade de derrogação do segredo médico, parecer-nos-ia materialmente improcedente e processualmente injustificado.

Peter Hünerfeld informa-nos que no direito alemão também não é exata, nem sustentável, a posição de em nenhum caso se poder justificar a violação do segredo médico. Segundo o Autor, há que ter em consideração possíveis exceções «(...) em situações de ilícitos muito graves, com uma correspondente perturbação profunda da paz pública»⁴⁷⁷.

Também entre nós, Costa Andrade – que propende, apesar de tudo, para uma posição mais intransigente quanto ao conteúdo do dever de segredo médico, face aos interesses encabeçados pelo processo penal –, admite como prioritários os interesses da eficácia e integridade da investigação criminal apenas em relação a ilícitos penais graves ou que perturbem a paz pública⁴⁷⁸.

Múltiplas situações podem ocorrer, nas quais se coloca a instante necessidade de ser produzida prova em processo penal, através de elementos de saúde, concretamente, de dados informativos integrantes de um ficheiro clínico do suspeito, como forma qualificada de produzir prova de um determinado facto ilícito típico. Ou, dito de outro modo: quando se constate a necessidade de produzir prova de forma inequívoca e cabal, de certo facto penalmente relevante, através da obtenção de elementos de informação de saúde do suspeito,

⁴⁷⁷ «Esfera Privada e Segredo», *loc. cit.*, pp. 207 e 208, citando, ainda LENCKNER, que defende uma restrição do segredo médico nos casos excepcionais, relacionados com ilícitos penais graves.

⁴⁷⁸ *Comentário Conimbricense ...*, t. 1, *cit.*, anotação ao art. 195.º, §§ 52 e 53. Essa posição tem sido subscrita pela doutrina e por alguma jurisprudência. Cfr., por todos, HELENA MONIZ, «Segredo Médico - Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de 2000», *cit.*, pp. 629 a 642; MARIA DO CÉU RUEFF, «Segredo médico e VIH-SIDA – Perspectiva Ético-Jurídica», *Acta Médica Portuguesa*, 17, 2004, pp. 451-464 (acessível em <http://www.actamedicaportuguesa.com/pdf/2004-17/6/451-464.pdf>, último acesso 15-03-2013); ANDRÉ DIAS PEREIRA, «Sigilo profissional – Parecer», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 2*, N.º 4, 2004 e «O dever de sigilo do médico: um roteiro pela lei portuguesa», *RPDC*, Vol. 19 (2009), pp. 9-50.

(pré-)existentes em ficheiro clínico, em custódia de médico ou de instituição hospitalar, e cuja produção atual seja impossível de obter por outros meios.

É fácil de intuir a conveniência da produção de prova com recurso a elementos clínicos, essencialmente para que se possam demonstrar factos que demonstrem objetivamente ser o agente portador da doença ou patologia que é propagada a terceiros, bem como os factos donde seja permitido inferir a verificação do tipo subjetivo da conduta do agente, o qual – supondo-se ter sido corretamente informado da sua doença (infecciosa ou de outro tipo) pelo médico, bem como das potenciais consequências da mesma, caso não adotasse um comportamento prudente –, terá, em princípio, atuado dolosamente, elementos essenciais para a qualificação da conduta penalmente relevante que importe averiguar.

3.2.3.1. O âmbito das informações sujeitas a segredo médico e possibilidade de revelação de elementos informativos de saúde: a questão da identificação do doente

Preambularmente, convém advertir que o próprio âmbito de determinação da margem de dispensa de segredo médico é questionável, nomeadamente no que toca ao seu conteúdo material: todos os elementos de informação clínica estão a coberto do dever de segredo, ou haverá exceções quanto ao seu alcance?

É discutida a sujeição ao âmbito do segredo da informação atinente à identidade dos pacientes. Conquanto na Alemanha esse elemento assuma integralmente o estatuto de informação sujeita a segredo, entre nós o entendimento dominante é o de que a informação relativa à mera identificação de doentes não se contém no âmbito do segredo pelo que a sua divulgação será possível. Porém, a própria lei exceciona, em casos contados, a possibilidade de revelação da simples identidade de pacientes, pelo que se manterá sujeita a segredo⁴⁷⁹. Entre nós, será, p. ex., o caso da confidencialidade dos participantes em processos de PMA (dadores de esperma, dadoras de ovócitos ou de embriões), nos termos do art. 15.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006, de 26-07, bem como o caso dos consumidores de substâncias estupefacientes que solicitem a assistência de serviços de saúde públicos ou privados, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 30/2000, de 29-11 (Regime jurídico do consumo de estupefacientes)⁴⁸⁰. Compreende-se o fundamento de tais exceções legais: pretende-se criar um ambiente de confiança dos utentes que recorram a serviços de saúde, públicos ou privados, relativamente a certas políticas públicas de saúde, no sentido da redução de riscos de certos comportamentos aditivos – no caso dos consumidores de estupefacientes – ou de não afastamento de participantes em

⁴⁷⁹ Neste sentido, HELENA MONIZ, «Segredo Médico - Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de 2000», *loc.cit.*, p. 640.

⁴⁸⁰ Na esteira, aliás, do que dispunha o art. 41.º do DL n.º 15/93, revogado pelo art. 28.º da Lei n.º 30/2000.

processos de reprodução artificial, em que há interesse em proteger as pessoas envolvidas em todo o alcance, inclusivamente no tocante à sua própria identificação. Justificar-se-á, aí, a manutenção do segredo médico relativamente à identificação das pessoas em causa, preservando-se o seu anonimato, em detrimento do interesse da eficácia da justiça penal.

Fora dessas situações, não haverá, em princípio, obstáculos legais à revelação da identidade de pessoas que foram pacientes ou doentes de serviços de saúde, públicos ou privados, pelo que se entende que tais elementos estão subtraídos ao âmbito do dever de sigilo médico.

Para além das exceções legais, e reconhecendo-se a sua pertinência ou, até, imprescindibilidade para a investigação, nem todos os elementos de informação de saúde deverão ceder ao âmbito do dever de segredo médico.

Diversas posições doutrinárias autorizadas, apontam para que a violação do segredo profissional médico seja admissível, justificando o facto – em decorrência da intercessão de um juízo de ponderação de interesses –, desde que esteja em causa a necessidade de perseguição de crimes graves, *maxime* os que provoquem alarme social⁴⁸¹. Quais sejam os tipos de crime que caibam num tal “catálogo” é questão em aberto.

Num caso que já foi objeto de apreciação no Ac. RC de 05-07-2000 (rel. Des. Rosa Maria Oliveira)⁴⁸², discutiu-se situação submetida ao conhecimento, em que se questionava a admissibilidade de dispensa de segredo médico, invocado pela médica assistente, num caso de aborto, em que a gestante podia ser responsabilizada como participante. Aí se discutiu a justificação da dispensa do segredo, atendendo à prevalência do interesse preponderante, decidindo o tribunal superior pela justificação da escusa da médica assistente em prestar depoimento e fornecer os elementos clínicos (da paciente e um relatório sobre a sua gravidez) peticionados pelo tribunal de 1.^a instância.

Na procura do interesse preponderante ou prevalente a considerar – se a preservação do segredo médico, se o interesse da investigação –, e ressalvados os casos de expressa previsão normativa, para se alcançar um juízo valorativo concludente, o mesmo deve incidir sobre a imprescindibilidade para a finalidade probatória da dispensa do segredo, sobre o papel relativo das representações sócio-jurídicas e culturais em confronto, sobre a natureza e gravidade do crime, sobre se os factos a investigar são do conhecimento público, sobre as eventuais consequências da revelação do segredo médico para o paciente e para terceiros,

⁴⁸¹ Assim, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ...*, t. 1, *cit.*, anot. ao art. 195.º, §§ 58 e 63.

⁴⁸² *CJ*, Ano XXV, t. 4 (2000), pp. 43-44.

sobre o perigo de reiteração da atividade delituosa, partindo do pressuposto de que os dados pretendidos são respeitantes ao agente.

Um estrito critério de aferição da gravidade pela medida da moldura penal parece não ser, decididamente, de sufragar.

O critério que vigora entre nós e se encontra plasmado no art. 135.º, n.º 3 do CPP dá acolhimento àqueles parâmetros de ponderação e acrescenta-lhes o da *necessidade de proteção de bens jurídicos*. A vinculação de uma decisão relativa à dispensa de segredo médico a um tal parâmetro – necessidade de proteção de bens jurídicos (cfr. art. 40.º, n.º 1 do CP) –, colocado numa norma de cariz processual, não pode deixar de assumir um especial significado, designadamente no sentido de que a sua verificação é *conditio sine qua non* para a emissão de um juízo favorável à dispensa do dever de segredo médico.

Mas também outras *indicações* podem encontrar-se, no sentido de apontar a preferência político-criminal, positivada, por gradações de tipos de intervenção penal em certas áreas de incriminação. O legislador, ao indicar as áreas de incriminação em que comete às autoridades processuais um mais denso *enforcement* de certas prioridades, em detrimento de outras, *rectius*, recomendando um tratamento diferenciado para outras, pode aí deixar expressa a sua tomada de posição no tocante às necessidades – conjunturais ou não – de maior ou menor proteção de bens jurídicos.

É o que se passa, nomeadamente, na esfera do complexo normativo da Política Criminal vigente entre nós, no tocante à esfera de opções político-criminais⁴⁸³. Pode dizer-se, ainda assim, que a circunstância de o legislador “recomendar” às autoridades processuais, mormente ao MP, a quem se dirige uma significativa gama de atividades de promoção e iniciativa processual, em nada briga com o dever officioso daquele órgão, em cumprimento do princípio da legalidade, investigar até ao limite, *à charge et à décharge*, todos os crimes. As preferências político-criminais expressas legislativamente em nada interfeririam com a atividade probatória no contexto da investigação criminal.

Esta objeção só é válida até certo ponto.

⁴⁸³ Cfr., p. ex., as orientações sobre a pequena criminalidade (artigos 15.º a 19.º da Lei n.º 38/2009, de 20-07). Nesse diploma – apesar de considerarmos que a sua vigência ter caducado em 31 de agosto de 2011 (art. 27.º da Lei n.º 38/2009), tendo entretanto sido aprovada a Lei n.º 72/2015, de 20-07 – eram indicados certos tipos de tratamento respeitantes aos crimes contra as pessoas, como «(...) o aborto com consentimento da mulher grávida fora das situações de não punibilidade legalmente previstas, a ofensa à integridade física simples, a participação em rixa, a ameaça, a fraude sexual (...)», definindo-se estratégias processuais prioritárias de intervenção, que passavam pelo recurso a medidas de consenso e oportunidade e por procedimentos judiciais especiais ou, mesmo, a mediação penal (art. 16.º), por privilegiar as sanções não privativas de liberdade (art. 17.º). Este programa político-criminal, complementado com as Directivas e Instruções genéricas em matéria de execução da Lei sobre Política Criminal para o biénio 2009/2011, do Procurador-Geral da República, veiculadas através da Circular n.º 4/2010 da PGR (acessível em: http://www.pgr.pt/Circulares/textos/2010/2010_04.pdf- último acesso em 23-05-2013) estabelecia de forma inequívoca um referente da orientação no sentido de se revelarem as preferências do legislador quanto à necessidade de proteção de bens jurídicos.

Na verdade, o texto da lei não deixa dúvidas sobre o objeto da sua aplicação: a existência de certos crimes, ou da sua suspeita – a submeter a especial tratamento político-criminal –, o que pressupõe terem sido investigados os factos que os integram e os respetivos agentes. Logo, resultantes de concretas e, por vezes, extensas e aturadas atividades de investigação, que ocorre(ra)m previamente à ponderação da aplicação dos critérios assinalados nas leis que definem as prioridades de política criminal.

Como refere Costa Andrade, a propósito da Lei n.º 17/2006, de 23-05, «Os destinatários da *Lei-Quadro da Política Criminal* vêem-se assim expostos às exigências antinómicas e centrífugas de dois distintos programas político-criminais. De um lado, o programa em nome do qual são decretadas as *prioridades e orientações*; do outro lado, o programa polarizado em torno do princípio de *legalidade*. Que relativiza – na prática acaba mesmo por neutralizar – as prioridades e orientações, já que *toda* a notícia de crime tem de ter tratamento, *toda* a infracção criminal tem de ser processada, perseguida e punida»⁴⁸⁴. A concretização das orientações legislativas de política criminal não deixa, pois, de concretizar o significado dos critérios de seleção que o legislador pretende a que seja dada prioridade, no tocante à perseguição penal.

Sem embargo, adverte ainda o mesmo Autor, que «[a] complexidade sobe de tom tendo em conta que a *legalidade*, por um lado, e as *prioridades e orientações*, por outro, tenderão a concentrar-se sobre distintas fenomenologias criminais. O normal será que as *prioridades* acabem por privilegiar a criminalidade mais grave, por ser mais ameaçadora e perturbadora; enquanto isto, é previsível que a maior tensão em nome da *legalidade* provenha da pequena criminalidade. Por um lado, por estar sujeita a prazos mais curtos de prescrição, reclamando, por isso, maior vigilância, a permanente disponibilidade de meios e a contínua produção de actos processuais. Por outro lado, porque, sendo menor a propensão para a denúncia, reclamar-se-á uma mais atenta e reforçada resposta pró-activa por parte das instâncias formais de controlo. Acresce, a fazer subir a pressão, o carácter massivo desta criminalidade, a multiplicar geometricamente o número de infracções em risco de prescrição ea reclamar, por isso – a *legalidade obriga* – a atenção das instâncias. Tudo em detrimento das *prioridades*, cuja efectivação pode ficar indefinidamente adiada»⁴⁸⁵.

Em todo o caso, o estabelecimento de tais prioridades político-criminais, da forma como periodicamente deveriam ser definidas pelo legislador, não deixam de veicular os critérios de ponderação da gravidade relativa das infracções criminais, a merecerem tratamento privilegiado.

⁴⁸⁴ «Lei-Quadro de Política Criminal - Leitura Crítica da Lei n.º 17/2006, de 23-05», *RLJ*, N.º 3938, p. 273.

⁴⁸⁵ *Idem. loc. cit.*, p. 273.

Essa definição geral e abstrata das prioridades político-criminais em função da gravidade relativa – e, porventura, conjuntural ou cíclica – dos crimes, há-de traduzir uma valoração da maior (ou menor) necessidade da tutela de bens jurídicos, assim se pretendendo fechar a abóbada da arquitetura ínsita no programa de intervenção penal e dos fins das penas e medidas de segurança.

Será temerário, pois, dizer que o sistema de política criminal admitirá um “relaxamento” da atividade probatória dos crimes não prioritários. Mas também é inquestionável que um insucesso probatório que possa comprometer uma investigação de um crime não prioritário não terá as mesmas consequências funcionais que resultariam se se tratasse de um crime definido como de tratamento prioritário, de acordo com as legítimas opções legislativas.

Parece-nos, assim, que o sistema de definição de prioridades político-criminais não deixa de veicular um quadro valorativo de supra-infra-ordenação das preocupações das instâncias legitimadas e dos seus agentes-aplicadores, ao qual não pode permanecer-se indiferente no momento da ponderação da justificação – ou não – da dispensa do dever de segredo médico, com vista à obtenção e recolha de elementos informativos clínicos do suspeito ou arguido.

Mas, se o catálogo de tipos de crime enunciado por um sistema de definição de prioridades político-criminais nos dá algum conforto no tocante à definição de referentes incriminatórios que o aplicador deverá respeitar – ainda que o tribunal possa não estar diretamente vinculado à execução de um tal programa –, o certo é que esse catálogo não traduz uma noção acrítica de *gravidade* do crime. No elenco dos tipos de crime prioritários encontram-se elencadas infrações de acordo com diversificados critérios, como a natureza dos bens jurídicos tutelados, o seu grau de incidência e ofensividade, pelo que a “gravidade” do ilícito – o recorte abstrato da pena aplicável à factualidade típica – será apenas um dos parâmetros de seleção a que o legislador recorre.

Portanto, a exceção consentida – em relação a *ilicítos penais graves* ou que *perturbem a paz pública* – para a revelação de dados ao abrigo do segredo médico, relativamente a crimes cuja investigação se apresente como prioritária, face aos interesses daquele regime de sigilo profissional, compreende-se dentro de uma tal lógica de prioridades⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Trata-se de posição implicitamente suportada pela doutrina; cfr., por todos, HELENA MONIZ, «Segredo Médico - Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de 2000», *cit.*, pp. 629 a 642; MARIA DO CÉU RUEFF, «Segredo médico e VIH-SIDA – Perspectiva Ético-Jurídica», *Acta Médica Portuguesa*, 17, 2004, pp. 451-464 (acessível em <http://www.actamedicaportuguesa.com/pdf/2004-17/6/451-464.pdf>, último acesso 15-03-2013); ANDRÉ DIAS PEREIRA, «Sigilo profissional – Parecer», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 2, N.º 4, 2004 e «O dever de sigilo do médico: um roteiro pela lei portuguesa», *RPDC*, Vol. 19 (2009), pp. 9-50.

O que pode gerar dificuldades é a determinação do conteúdo de tais noções: “ilícitos penais graves ou que perturbem a paz pública”.

A insuficiência do apoio normativo de um tal critério, exigiria uma maior clarificação do mesmo, *v.g.* através de um catálogo de infrações, que expressamente isente o médico do dever de segredo médico relativamente a informações relevantes, face a casuísticas e concretas necessidades colocadas pela investigação?

A ausência de um elenco de infrações cuja investigação consentisse, por princípio, a derrogação do dever de segredo médico, em casos de necessidade (ou imprescindibilidade) de acesso a elementos clínicos do imputado, recolhidos e registados em momento anterior à instauração do processo – na maioria dos casos, em momento anterior ao da própria prática dos próprios factos ilícitos típicos –, dificulta o debate da questão. Um “catálogo” pormenorizado de incriminações segundo critérios de tipos de infrações – de acordo com os bens jurídico-penais protegidos – ou de tipos de moldura penal, ou de outra espécie, não nos pareceria adequado a servir satisfatoriamente os propósitos aqui pretendidos.

Mesmo que se encontrasse conjunturalmente um acervo de incriminações passível de corresponder ao conceito de “crimes [muito] graves ou suscetíveis de perturbar a paz pública”, um tal elenco poderia rapidamente perder atualidade; na verdade, com exceção de crimes cujo fundamento punitivo é mais intemporal e estável, justamente pela gravidade dos valores contra que atentam – p. ex., os crimes contra a vida, contra as pessoas, a violência doméstica, o terrorismo –, em que o referido conceito estará inequivocamente pressuposto, em outras áreas de incriminação a própria noção de “gravidade” ou “perturbação da paz pública” é menos consensual. Daí, as dificuldades na densificação daquele conceito.

3.2.3.2. Alguns exemplos: os crimes de propagação de doenças contagiosas e de aborto

No quadro de situações que potencialmente geram conflitos de deveres entre o dever de preservação do segredo médico e o dever de informação/ notificação de terceiros que possam ser afetados, concebem-se com facilidade hipóteses como a de um agente afetado por doença contagiosa que, encontrando-se a ser acompanhado terapêuticamente por médico da especialidade, e conhecedor do seu estado de saúde e das consequências potenciais de um comportamento de risco, propaga a doença, por via oral ou sexual (p. ex., o VIH-SIDA, herpes, hepatite, DST's), contaminando uma ou mais pessoas.

Pode alinhar-se a hipótese de um agente ser portador de doença sexualmente transmissível (art. 177.º, n.º 3 do CP) ou de agente patogénico que crie perigo para a vida (art.

177.º, n.º 4 do CP), o que pode configurar uma circunstância modificativa agravante de alguns tipos de crime de natureza sexual, desde que a situação seja do conhecimento do agente.

Pode, também, apontar-se a hipótese da prática de um aborto [criminalmente punível] por iniciativa ou com anuência da gestante.

É fácil de intuir, em todas estas constelações de hipóteses, que comportam variantes, a essencialidade ou imprescindibilidade, sob o ponto de vista probatório, da demonstração da existência do estado clínico, de doença ou patologia que crie perigo para a vida de que o agente fosse portador – em momento anterior ao da prática dos factos –, e, necessariamente, do seu conhecimento, bem como da representação das consequências, por parte do agente, de um comportamento que coloque em perigo a saúde ou a vida de terceiros.

Estas situações-tipo suscitam as interrogações nucleares que podem colocar-se a propósito das relações entre a informação de saúde previamente recolhida e extra-processualmente obtida e as concretas necessidades probatórias. Note-se que aqui se poderão colocar, naturalmente, algumas questões que contendem com a intervenção do médico ou outro profissional de saúde e que, eventualmente, preencham os pressupostos típicos do crime de violação de segredo profissional.

Num caso-padrão, em que, p. ex., duas pessoas que convivam em comunhão, e que sejam doentes do mesmo médico, em consultas separadas e após se submeterem a análises para rastreio de VIH, uma delas, A, toma (singularmente) conhecimento de que é portadora do VIH -SIDA, enquanto B não o é, não tendo, igualmente, conhecimento do resultado relativamente a A. O médico deve, naturalmente, procurar persuadir A a informar B do resultado das análises, e adotar um comportamento sexualmente responsável e que minore ou evite o risco de contaminação. Todavia, A declara que não só não o fará como continuará a ter relações sexuais desprotegidas com B, por recear que este o abandonasse se lhe revelasse a situação. Em tais circunstâncias, o médico encontra-se vinculado pelo dever de segredo, face a A, incorrendo, caso o viole, abstratamente, no tipo de crime de violação de segredo do art. 195.º do CP.

Contudo, relativamente a B o médico acha-se vinculado por relação profissional médica, em cujo feixe de obrigações e deveres se conta o de salvaguardar a sua saúde, integridade física e a própria vida dele. A relação do médico com os seus doentes implica, como decorrência da mesma, a assunção de uma relação fáctica de confiança entre ambos, derivando para o médico o especial dever de proteção de bens juridicamente tutelados, como a vida, a saúde e a integridade. Tal relação origina para o médico a assunção de um dever de garante de não produção de certos resultados. Tendo o médico conhecimento qualificado (em

primeira-mão) da situação nosológica de A, a omissão da informação a B de que se colocaria em perigo para a vida ou integridade física, caso persistisse em ter um relacionamento sexual desprotegido com A, implicaria uma conduta típica de equiparação à ação, do crime de propagação de doença contagiosa. Parece, pois, que relativamente a B, o médico tem o dever de comunicar a seropositividade de A, na medida em que tal comunicação obsta à propagação de uma doença. Com efeito, se o não fizer, é defensável a perpetração, pelo médico, do crime de propagação de doença contagiosa que cria perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de B [por omissão], nos termos conjugados dos artigos 283.º, n.º 1, al. a), e 10.º, n.º 2, todos do CP. A punibilidade por omissão é conjeturável, dado que sobre o médico impende, por causa da relação profissional médica com B, um dever jurídico que pessoalmente o obriga a evitar esse resultado (art. 10.º, n.º 2 do CP).

Num tal caso, o médico tem, face a A, o dever de omitir (a revelação da informação de saúde) e, face a B, o dever de agir (revelando a informação de saúde de A), o que significa que, omitindo ou agindo, se encontra face a duas alternativas penais, podendo incorrer no crime de violação de segredo profissional médico – se agir, ao revelar a seropositividade da B – ou no crime propagação de doença contagiosa que cria perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de B – se se abster de o fazer. É um caso de conflito de deveres, que não se resolve pela preponderância da pena aplicável mais grave, mas sim em função de critérios de prevalência do interesse a tutelar perante o valor a sacrificar. A lei penal regula a situação nos termos do art. 36.º do CP, prevendo a exclusão da ilicitude do facto que for efetuado no cumprimento do dever de valor igual ou superior ao do dever a sacrificar⁴⁸⁷.

Colocar-se-á, igualmente, a necessidade de averiguar se o interesse a salvaguardar era sensivelmente superior ao interesse sacrificado, de modo que fosse razoável ou imperioso impor ao médico o dever de agir, no sentido de precaver a integridade física e a vida de um dos doentes (B) em detrimento do sacrifício do interesse da reserva da integridade e intimidade do outro (A). A ponderação dos interesses concretos em presença, para permitir aferir da ordenação do interesse prevalente a salvaguardar, obedecerá, naturalmente, a uma grelha valorativa jurídico-constitucional (art. 24.º da CRP), em que pontificam os valores da vida humana e da integridade física, sem os quais não se pode seriamente falar na assunção da

⁴⁸⁷ Tem sido discutido por alguma doutrina sobre se a norma do art. 36.º do CP se aplica exclusivamente ao conflito entre deveres de atuar ou se também se aplica a conflitos como o exposto, entre um dever de atuar e um dever de omitir. FIGUEIREDO DIAS defende que a cláusula de exclusão da ilicitude do conflito de deveres é uma especialização do estado de necessidade, só se preenchendo ao entrarem em conflito deveres de ação; quando, ao invés, a colisão ocorra entre um dever de ação e um dever de omissão, a problemática respetiva «(...) reentra sim de pleno no âmbito do direito de necessidade, a que se refere o art. 34.º» («Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa», in *Jornadas de Direito Criminal - O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar – Fase I*, CEJ, Lisboa, 1983, a p. 63; no mesmo sentido, MARIA FERNANDA PALMA, «O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982», Separata do *BFDUC*- Número especial de “Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia”, 1985).

defesa de qualquer outro interesse jurídico-constitucional relevante. Assim, apesar de ficarem, para uma das partes (A), postergados os valores da integridade moral, da reserva da intimidade e o valor *tempo de vida*, a conduta do médico, ao comunicar a B a seropositividade de A deverá ser considerada justificada e excluída qualquer ilicitude na revelação de segredo médico⁴⁸⁸.

Haverá, seguramente, uma equação de difícil resolução entre o dever de manter segredo e o dever de salvar a vida, de um ponto de vista médico. Dado que nenhum deles é ilimitado, impõe-se procurar estabelecer uma concordância prática entre esses deveres, inquestionavelmente conflitantes, com recurso à consciência ético-profissional do profissional médico, mas, em última instância, à Constituição e à sua pauta valorativa. Poderá não estar apenas em causa o dever de [manter o] segredo profissional. Também os riscos de descredibilização do sistema de saúde e de falta de confiança, por parte dos doentes, deve ser acautelado, face às decorrências emergentes de um cenário semelhante para a eficácia da política de prevenção de uma doença como o VIH-SIDA.

Em todo o caso, no exemplo aqui trazido questionava-se a qualificação jurídico-penal do profissional que é simultaneamente médico dos dois doentes (um infetado e outro não), o que não comporta especial complexidade quanto à sua apreciação.

Questões mais problemáticas poderão surgir em casos de ponderação de tais interesses conflitantes, quando o médico tenha estabelecido apenas relação profissional com o doente e não se trate de caso de notificação obrigatória, ou seja, imposta por imperativo legal⁴⁸⁹.

Por outro lado, a eventualidade de fornecimento de informação clínica sobre o processo de gestação, no âmbito da investigação de um crime de aborto, pode implicar a resolução de problemas jurídico-processuais que contendem com dados de outras disciplinas, como a dos dados pessoais, para além da informação de saúde e do segredo médico. É manifesto que tais informações podem constituir elemento probatório essencial, atestando que a gestante estava grávida (cuja prova é, de resto, de difícil produção noutros moldes).

Todavia, constando os dados de um processo clínico, os mesmos não apenas são dados de informação de saúde, mas também dados pessoais; como tal, sujeitos aos regimes de informação de saúde e dos dados pessoais. Os mesmos podem ser consultados e solicitados pelo paciente, com intermediação de um médico (assistente pessoal, «médico de família» oficialmente designado, etc). Sendo os dados de saúde de um processo clínico (ou apenas

⁴⁸⁸ Neste sentido, MARIA DO CÉU RUEFF, «Segredo médico e VIH-SIDA – Perspectiva Ético-Jurídica», *Acta Médica Portuguesa*, 17, 2004, p. 457, (acessível em <http://www.actamedicaportuguesa.com/pdf/2004-17/6/451-464.pdf>, último acesso 15-03-2013) e VERA LÚCIA RAPOSO, *Do acto médico ao problema jurídico*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 180.

⁴⁸⁹ Como é sabido, são excludentes do dever de segredo médico a comunicação de nascimentos e óbitos e de doenças de declaração obrigatória, no sentido de se tentar evitar riscos de propagação de doenças perigosas e transmissíveis, que potenciam uma situação de catástrofe pública (cfr., entre nós, a Lei n.º 81/2009, de 21-08, que consagra o sistema de vigilância em saúde pública, que identifica situações de risco, recolhe, actualiza, analisa e divulga os dados relativos a doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública).

alguns) solicitados por terceiros – ainda que esses terceiros sejam a polícia de investigação, o MP, o tribunal – o acesso é proibido, a menos que a lei o permita ou o paciente consinta (por meio de autorização escrita). Por isso, a mera solicitação direta por banda da autoridade judiciária, de tais elementos a um médico, ainda que com uma finalidade legítima (investigar um crime), não pode ser satisfeita sem se suscitar o incidente processual adequado e legalmente previsto no art. 135.º do CPP, mediante a prévia obtenção de parecer da Ordem dos Médicos. Só através do incidente de quebra de segredo profissional médico se ajuizará da justificação para a recusa da revelação dos dados informativos pretendidos que estejam a coberto do âmbito do segredo. No ac RC de 05-07-2000 (rel. Des. Rosa M. Oliveira) decidiu-se num caso assimilável – ainda antes da descriminalização operada pela Lei n.º 16/2007, de 17-04 –, tratar-se de «(...) uma infracção muito pouco censurada por grande parte da comunidade» e que a revelação do segredo só se deve justificar para determinar a responsabilidade criminal do doente em «(...) situações de especial gravidade (que não será manifestamente o caso em apreciação)»⁴⁹⁰. Como se depreende, esteve em causa a verificação do preenchimento dos parâmetros enunciados no n.º 3 do art. 135.º do CPP, no sentido de apurar da justificação da recusa, havendo aí um exercício de ponderação (e não uma automaticidade) decisória. Apesar disso, parece-nos que em casos de aborto dificilmente se poderá decidir diferentemente, sobretudo após o processo de descriminalização do aborto até às 10 semanas de gravidez (efetuado por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida), justamente porque deixa de existir uma situação de especial gravidade, político-criminalmente assumida.

Como finalidade primordial, importa discutir, pois, os termos da admissibilidade da produção de prova de elementos clínicos que revelem um estado de saúde do agente, previamente sinalizado e extraprocessualmente documentado.

Uma proposição genérica que, com estas premissas, passasse pela inviabilização de qualquer exceção ao dever segredo profissional médico para fins de investigação criminal, seria inconsequente, porquanto, como é sabido, certos comportamentos criminosos, pela amplitude subjetiva e pela gravidade dos efeitos da sua danosidade intrínseca, reclamam a sua

⁴⁹⁰ É certo que o tribunal ainda suscita uma questão que complementa a justificação da médica para a não revelação dos elementos clínicos, fundando-se na estruturação orgânica dos serviços públicos de saúde, pelo que a solicitação deveria ser dirigida à direção dos mesmos em que se integrava a médica, e não a esta diretamente. Aplaudindo a decisão, HELENA MONIZ, «Segredo Médico [anotações aos Acs. da RC de 5-07-2000 e da RP de 20-09-2000]», *RPCC*, Ano 10.º- Fasc. 4, out.-dez. 2000, pp. 629-642.

perseguição e sanção dos responsáveis, não podendo consentir-se a sua impunidade. Ainda que à custa da quebra de um segredo profissional, como o segredo médico⁴⁹¹.

De resto, nos diversos ordenamentos jurídicos mais próximos, a própria disciplina normativa que regula a matéria, consente exceções, não sendo aquele dever absoluto. Uma tal posição, pelo radicalismo dos seus efeitos, não seria compatível com qualquer propósito político-criminal contemporâneo – nem comunitariamente compreensível – no sentido de possibilitar às instâncias de investigação criminal garantir um ambiente de segurança e tranquilidade coletivas, e dotar-se de um nível de fiabilidade necessária e qualidade aceitável, no que toca à prova de factos que se consubstanciem em informação de saúde relativa ao suspeito, recolhida extra-processualmente (em momento anterior à prática dos factos penalmente relevantes que sejam objeto do processo).

Subsiste, porém, a controvérsia acerca dos concretos termos e pressupostos em que se pode admitir essas exceções e ressalvas ao regime do segredo médico no tocante à investigação criminal, anuindo-se, por outro lado, a que nem todos os crimes justificam aquela derrogação.

Como acima já se antecipou, o interesse na realização da justiça penal, não aparece, de *per se*, como elemento suficientemente justificador da possibilidade – e muito menos, da imposição – da quebra do segredo médico, em qualquer circunstância.

A aproximação a uma solução adequada passará – parece-nos – pela construção de um critério de admissibilidade da dispensa de segredo médico, no tocante à revelação de informação de saúde da pessoa processualmente imputada, na medida estritamente necessária para a comprovação de factos, lembrando tratar-se de elementos obtidos extraprocessualmente e para outros fins. Como tópico auxiliar de conformação de um tal critério, propõe-se, assim, que se justificará a utilizabilidade de tal informação de saúde, pressupondo sempre a demonstrabilidade de um crime grave que atente contra valores fundamentais da comunidade, cuja comprovação se tornasse inviável por outros meios que não o recurso aos elementos sujeitos a segredo médico, e que doutra forma, a conduta ficasse impune.

Para além destes casos, a natureza fragmentária e o princípio da intervenção em *ultima ratio* do direito penal, bem como a obediência a um princípio do processo equitativo, devem presidir à atividade de investigação criminal, podendo conduzir, no limite, à impunidade de

⁴⁹¹ Com interesse, debatendo alguns aspetos respeitantes aos deveres conflitantes com o dever de segredo médico, cfr. Pareceres do CC PGR n.ºs 86/1991, de 15-12-1992 (www.dgsi.pt) e 26/95, de 25-05-1995 (DR n.º 96, II Série, de 24-04-1997).

alguns factos ilícitos típicos, por se não justificar a derrogação do segredo médico. O que é, apesar de tudo, coisa diversa de se poder afirmar que, devido ao regime segredo profissional médico possa haver factos ilícitos *impunes* (que não possam ser concretamente punidos) por vicissitudes derivadas das consequências de proibição de prova.

PARTE SEGUNDA

4. O estatuto jurídico-constitucional das ingerências corporais probatórias em processo penal
 - 4.1. O significado e função dos direitos fundamentais nos limites de admissibilidade da ingerência sobre o corpo: a tensão com a dignidade (da pessoa) humana
 - 4.2. A tensão com outros direitos fundamentais em presença na ponderação da admissibilidade das ingerências corporais probatórias
 - 4.2.1. O direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum incriminare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur se detegere*), a presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*: a confissão e o *direito ao silêncio corporal*
 - 4.2.2. O direito à inviolabilidade da integridade pessoal (moral e física) da pessoa humana (art. 25.º CRP)
 - 4.2.3. Os direitos pessoais: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, identidade pessoal, reserva da intimidade da vida privada e familiar (*privacy*) e direito à autodeterminação corporal e informacional (art. 35.º da CRP), dignidade pessoal e identidade genética (art. 26.º da CRP)
 - 4.2.4. O direito à liberdade pessoal de ação (art. 27.º da CRP)
 - 4.2.5. O direito à proteção da saúde (art. 64.º da CRP)

4. O estatuto jurídico-constitucional das ingerências corporais probatórias em processo penal

4.1. O significado e função dos direitos fundamentais nos limites de admissibilidade da ingerência sobre o corpo: a tensão com a dignidade (da pessoa) humana

*Porque eu sou o meu corpo.
Não existo eu mais o meu corpo: sou um corpo que pode
dizer «eu».*

Vergílio Ferreira, *Invocação ao meu corpo*

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos convergem no reconhecimento do valor da pessoa humana, como centro e fim do direito, positivando, um pouco por todas as latitudes, a dignidade da pessoa humana como valor axial da própria noção de Estado de Direito. Em grande medida, resulta esta tendência normativa universal do entendimento kantiano originalmente expresso em *Zum ewigen Frieden (Para a Paz Perpétua, 1795)*, de que o direito *ex parte populi* de todo o ser humano à *hospitalidade universal* só começaria a concretizar-se verdadeiramente com uma hipótese de tutela tendencialmente universal que diversos instrumentos normativos de índole regional ou internacional pretenderam pôr em prática⁴⁹².

Os projetos normativos que mais se aproximam desse desígnio talvez sejam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, posteriormente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, depois secundadas por outros instrumentos homólogos, como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Esses documentos são produto de um estado civilizacional subsequente a processos históricos de dolorosa *desumanização*, como guerras mundiais e regionais, guerras civis e de secessão, cujas consequências traumáticas se fazem ainda sentir.

O acervo de direitos – humanos e fundamentais – tendentes a conferir uma tutela integral da pessoa humana, é variável de acordo com a geografia sócio-cultural, porquanto a matriz de consideração dos valores que lhes subjaz nas sociedades orientais, é substancialmente diversa da que, p. ex., é pressuposta nas sociedades ocidentais. Ali, pontificou sempre uma conceção de direitos humanos, em que a consideração da tutela do

⁴⁹² Sendo hoje questionado o paradigma genético-antropológico com as potencialidades do *human enhancement* – que permitem preconizar a criação de seres pós ou trans-humanos – defendem alguns autores a afirmação de uma *dignidade pós-humana*, que se faria inexoravelmente em contraposição à dignidade humana (cfr. NICK BOSTROM, «In Defense of Posthuman Dignity», *Bioethics*, vol. 19, 2005, pp. 202-214).

indivíduo surge secundarizada – ainda que não totalmente menosprezada –, com preponderância da tutela dos interesses da comunidade, assim se edificando, p. ex., no Japão, uma noção de “direitos da Humanidade”. Nesses sistemas, o valor da proteção da pessoa individual é relativizado. Para além destas diferenças, mesmo no âmago dos sistemas jusfundamentais ocidentais, sobra ainda a novel realidade do processo gradativo de recombinação de alguns direitos fundamentais que os riscos globais de segurança parecem implicar, mormente ao nível de uma drástica limitação, por interferência direta dos poderes públicos, do âmbito da privacidade⁴⁹³.

Um pouco por todo o lado se (re)instalou a discussão sobre a possibilidade de compatibilização entre os valores da segurança e da privacidade, apesar da advertência atribuída a Benjamin Franklin, e que enforma todo este debate: «*Those who would give up Essential Liberty to purchase a little Temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety*».

O nosso ordenamento jurídico é formalmente baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente no art. 1.º da CRP. Em anotação a este preceito, escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁹⁴:

«Ao basear a República na dignidade da pessoa humana, a Constituição explícita de forma inequívoca que o “poder” ou “domínio” da República terá de assentar em dois pressupostos ou pré-condições: (1) primeiro está a pessoa humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais. Nestes pressupostos radica a elevação da dignidade da pessoa humana a trave mestra de sustentação e legitimação da República e respectiva compreensão da organização do poder político.

[...]

A dignidade da pessoa humana não é jurídico-constitucionalmente apenas um princípio limite. Ela tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos. Desde logo, está na base de concretizações do princípio antrópico ou personicêntrico inerente a muitos direitos fundamentais (...).

⁴⁹³ Casos como o *Wikileaks* e a revelação de programas de rastreio secreto massivo de redes sociais, de servidores de Internet, vieram (re)colocar na agenda política e jurídica o problema da privacidade. E, “privacidade”, neste momento histórico, mesmo que respeitando ao espaço cibernético, não significa apenas “privacidade informática”, uma vez que a vida real dos indivíduos se encontra cada mais registada, armazenada, classificada – em informação resultante de dados pessoais (identificação civil criminal, financeira, fiscal, bancária, académica, imagem) – em domínios, sítios, ficheiros informáticos, cujo acesso e devassa é amplamente sedutora para as autoridades públicas e para muitos outros interessados. Confinando-nos ao *interesse* das autoridades públicas neste domínio, constatar-se-á a crescente apetência das agências oficiais de *Intelligence* (veja-se o caso *Echelon*) e de investigação criminal, por um tal acervo de informação disponível e considerada a coberto de regras de privacidade, invocando-se sempre o suposto benefício de um “bem superior” como o da “segurança”, que pode adjectivar-se como “nacional”, “cidadã”, “pública”, para justificar a limitação da privacidade dos indivíduos. Esta difícil equação levou o Presidente Barack Obama, em declaração de 7 de junho de 2013, a considerar que «não é viável ter 100% de segurança, 100% de privacidade e 0 de inconveniência» (excerto de um discurso no dia 7 de junho de 2013, em San Jose, Califórnia, justificando a divulgação de um dispendioso programa da Agência Nacional de Segurança norte-americana (NSA): «*I think it’s important to recognize that you can’t have 100 per cent security and also then have 100 per cent privacy and zero inconvenience*».

⁴⁹⁴ *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª Ed. revista, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, pp. 198-199.

Por outro lado, alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades: os «deficientes», os «criminosos», os «desviantes», têm a mesma dignidade da chamada «pessoa normal».

[...]

A dignidade da pessoa humana pressupõe ainda relações de reconhecimento intersubjectivo, pois a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros. (...) É a dignidade como reconhecimento recíproco (mas não só) que está na base, por exemplo, de princípios jurídicos como o princípio de culpa e o princípio da ressocialização em matéria penal».

São diversos os textos constitucionais e sobre direitos fundamentais que consagram o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹⁵, reconduzindo-se a um valor espiritual e moral inerente à própria pessoa, anterior ao reconhecimento dos seus direitos, mas impregnando estes, de tal forma a que, mesmo quando se lhes oponham limites, estes não devem implicar o menosprezo da sua eminente dignidade.

Como o nosso TC tem afirmado insistentemente, o valor da dignidade da pessoa humana «não se trata efectivamente – (...) – de uma mera proclamação retórica, de uma simples “fórmula declamatória”, despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor – o valor eminente do homem enquanto “pessoa”, como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua “unidade existencial de sentido” – como um verdadeiro *princípio regulativo* primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de “validade” das respectivas normas»⁴⁹⁶.

E a assunção pelos Estados de direito contemporâneos de um *processo equitativo* postula a exigência da procura da verdade material com respeito pela dignidade da pessoa humana. Mas só a aquisição da verdade (*material* ou *prático-jurídica*) mediante provas obtidas de forma processualmente válida poderá traduzir a conformidade constitucional, ou mesmo supra-constitucional daquele propósito.

⁴⁹⁵ Assim, v.g. o art. 10.º, n.º 1 da Constituição espanhola, o art. 1.º (1) da Constituição alemã, o art. 1.º da CDFUE.

⁴⁹⁶ Cfr., por todos, Ac TC n.º 105/1990 (rel. Cons. Bravo Serra). Também, José Manuel Cardoso da Costa, «O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa», em *Direito Constitucional, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialéctica, São Paulo, 1999, pp. 191 e ss. Para uma visão mais desenvolvida da interpretação e aplicação pelo TC do princípio da dignidade humana cfr. «A Dignidade do Homem como princípio Constitucional», *Relatório da Delegação Portuguesa do Tribunal Constitucional à 9ª Conferência Trilateral Portugal, Espanha e Itália – 1 a 3 de Outubro de 2007* (Rel. Cons. Maria Lúcia Amaral), p. 3, onde se lê: «o princípio confere ao sistema constitucional de direitos fundamentais *unidade e coerência de sentido*, ajudando as tarefas práticas da sua interpretação e integração. O que se lhe não pode pedir é que ele seja tomado, em si mesmo, como fonte de um *outro* e *autónimo* direito (fundamental)» (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202041.pdf>).

Parece, aliás, existir uma incompatibilidade entre a afirmação de que o imputado é *sujeito* processual – emergente da essencial [e eminente] dignidade da pessoa humana e da integridade pessoal (artigos 1.º e 24.º a 26.º da CRP) – e o reconhecimento de que a sua pessoa é *usada* corporalmente, envolvendo-se, virtualmente, em *objeto* do processo.

Duas concepções opostas aparecem, a este respeito, como abstratamente congemináveis.

Uma, postulando a admissibilidade, em quaisquer circunstâncias, de restrições do direito à integridade pessoal, admitindo da forma mais ampla ou ilimitada possível a ingerência corporal probatória, desconsiderando a dignidade humana. A outra, proscrevendo qualquer possibilidade de restrição do direito à integridade pessoal, significando a inviabilidade de qualquer ingerência corporal probatória, tornando inflexível o valor e significado da dignidade humana.

Os resultados de uma e de outra são óbvios: a primeira, conduz ao totalitarismo; a segunda, ao inexorável colapso de qualquer tentativa de afirmação legitimada de um sistema credível de investigação criminal, que desemboca em anomia social.

Os dados da realidade dos sistemas jurídicos do nosso entorno cultural não permitem que se sustente, hoje, seriamente, qualquer destas formulações.

O que estará sempre em causa é o ponto de equilíbrio na determinação dos limites até onde é – ou deve ser –, face à Constituição e à Lei, consentida a compressão de direitos fundamentais, mormente o direito à integridade pessoal e à reserva da vida privada, tendente à prossecução de procedimentos de investigação, segundo critérios de imprescindibilidade, de idoneidade, de proporcionalidade (em sentido amplo e restrito) e de subsidiariedade. Esse ponto de equilíbrio resultará da tensão entre os interesses da procura da verdade material, da integridade da investigação e da boa e eficaz administração da justiça, da segurança e tranquilidade públicas, da prevenção do crime e de interesses indemnizatórios das vítimas, por um lado, e o conteúdo do direito de defesa que se materializa num complexo em que pontificam o princípio da presunção de inocência, o direito ao silêncio e à não auto-inculpação/incriminação, o direito à integridade pessoal e à autodeterminação corporal e informacional, por outro⁴⁹⁷.

Pode dizer-se que qualquer ingerência corporal implicará – sempre, até certo ponto, em maior ou menor grau, com maior ou menor margem de invasividade e de profundidade –,

⁴⁹⁷ Sobre a questão, embora circunscrevendo a matéria às perícias de ADN, cfr. MORA SÁNCHEZ, admitindo que os direitos fundamentais devam ser a barreira intransponível e os dados essenciais para resolver a tensão entre o interesse público na descoberta dos crimes e na punição dos culpados e o interesse da defesa na proteção da liberdade e direitos da pessoa, reconhecendo que a sua consagração de uma forma extrema, inviabilizaria praticamente todo o processo penal (*Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN: Identificación Criminal a través de la Huella Genética* [Cátedra de Derecho y Genoma Humano], Comares Ed., Granada, 2001, p. 81).

uma vulneração de valores e interesses imanentes ao conteúdo de direitos como o da inviolabilidade da integridade pessoal (moral e física), de inviolabilidade da reserva da vida privada e familiar, da liberdade, do direito à tutela da saúde. Para a sua admissibilidade, necessário se torna que tais limitações não vulnerem o valor da própria dignidade humana, que, como veremos, parece ser o único valor absolutamente incompressível.

A ideia de dignidade da pessoa humana não conhece gradações (diminuições ou ampliações) e é generalizável à totalidade das pessoas que integrem uma comunidade. Daí que se diga ser, também, a única representação jurídica insuscetível de limitações. Mais do que um direito, a dignidade da pessoa humana constitui o “direito fundacional” donde emergem os demais direitos fundamentais, sendo de difícil – ou impossível – densificação, p. ex., ao nível da tutela criminal. É, por isso, definido como possuindo um *poder jurisdicivo*⁴⁹⁸, um poder do qual brotam outros poderes e faculdades, conferidos por outros direitos.

O conceito de dignidade da pessoa humana está afirmado no Preâmbulo da DUDH (de 10-12-1948), ao proclamar-se ali a *crença na dignidade e valor da pessoa humana* e encontra-se replicado noutros instrumentos de idêntico cariz e, mesmo, noutros documentos com alcance mais específico, como é o caso da Comissão de Peritos *ad hoc* sobre o Progresso das Ciências Biomédicas (CAHBI) do CdE, que definiu com princípio orientador da investigação das ciências biomédicas a base fundamental da dignidade humana, segundo a qual *todos os seres humanos são iguais e que cada um deles tem um valor intrínseco caracterizado pela sua unicidade*.

Sem a presença da dignidade da pessoa humana, no momento de avaliar o jurídico – as opções jurídico-normativas – pode faltar o referente ético nuclear que enforma todo o ser humano, que é *pessoa* e não *coisa*. Em todo o caso, deve fazer-se notar que a dignidade da pessoa humana não pode ser o primeiro argumento contra as opções legislativas, administrativas ou judiciais que virtualmente atentem contra direitos subjetivos de particulares, devendo fazer-se intervir previamente outros instrumentos de tutela das posições jurídicas atingidas por decisões dos respetivos poderes⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ De acordo com ORLANDO DE CARVALHO, que trata a ideia no plano do “poder de autodeterminação que funda a relação jurídico civil”, seria «(...) esse poder “último” e incindível da sua própria personalidade e humanidade, (...) esse poder-ser, que não postula necessariamente um poder-querer e menos ainda um poder-agir, mas que é um poder incompatível com um poder de não poder (pois não admite renúncia ou privação a qualquer título) (...)» (*Teoria Geral do Direito Civil, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º Ano (1.ª turma) do Curso Jurídico de 1980/1981*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 19 - Ob. inconclusa).

⁴⁹⁹ Neste sentido, BENEDITA MACCRORIE, «O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Estudos em comemoração do décimo aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Escola de Direito da Universidade do Minho/Livraria Almedina, Braga - Coimbra, 2003, pp. 151-174 e NUNO PINTO OLIVEIRA, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética», *Lex Medicinæ* - Ano 8, N.º 15, 2011, pp. 29-34. Segundo este último Autor, «O princípio da dignidade da pessoa humana não é, ou pelo menos não deve ser, a fórmula por que se inverte o ónus da argumentação racional – i. e., o ónus de apresentar o primeiro argumento para fundamentar/justificar uma tese –; não é, ou pelo menos não deve ser, a fórmula por que se dificulta a institucionalização da liberdade; não é, ou pelo menos não deve ser, a fórmula por que se facilita a institucionalização das restrições à liberdade».

O reconhecimento constitucional da eminente dignidade da pessoa humana, enquanto atributo do qual derivam os diversos direitos fundamentais, deve garantir, se não mesmo promover, as possibilidades do livre desenvolvimento, individual ou coletivo, de cada pessoa, respeitando e protegendo essa sua condição de ingerências que a ofendam.

Por isso, o seu alcance jusfundamental não se deve ficar apenas na “fórmula de objeto” (*objektformel*)⁵⁰⁰ de não-instrumentalização do ser humano, o que sucede quando se reduz este a um simples objeto [na disponibilidade] do Estado, mas na preservação das suas mais elementares capacidades potenciais, sejam físicas, intelectuais, culturais, emocionais, sociais ou quaisquer outras, desde que reveladoras das potencialidades ou qualidades humanas *daquela* pessoa. A atual narrativa dogmática constitucional reconhece que o mesmo tem uma decisiva influência na disciplina do catálogo dos direitos fundamentais, não se ficando por uma mera ressonância persuasora, mas interferindo na própria densificação desses direitos.⁵⁰¹ Daí que o referente da dignidade da pessoa humana vede a existência de qualquer lei ou interpretação legislativa que constitua um tratamento desprezível da condição humana ou, então, que estabeleça inusitados e injustificáveis obstáculos ou, mesmo, impeça arbitrariamente a sua realização.

Nesta conformidade, o (dever de) respeito pela dignidade da pessoa humana – enquanto vinculando o Estado de Direito, bem como os particulares – implica a preservação do direito à vida e à integridade pessoal (artigos 24.º e 25.º da CRP) e à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, à proteção contra quaisquer formas de discriminação (art. 26.º, n.º 1 da CRP), e contra as intromissões abusivas e arbitrarias na respetiva esfera de direitos (artigos 12.º da DUDH⁵⁰² e 8.º da CEDH).

Como se disse já, com exceção do atributo da dignidade da pessoa humana, nenhum dos direitos fundamentais conhece, como se sabe, uma tutela absoluta⁵⁰³, devendo

⁵⁰⁰ Expressão proposta por GÜNTER DÜRIG em, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems des grundrechte aus Art.1 Abs.I in Verbindung mit Art.19 Abs. II des Grundgesetz», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, pp. 125 ss.

⁵⁰¹ Acs TC n.º 284/89, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 13.º, II, pp. 880 e ss., n.º 105/90, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 15.º, pp. 357 e ss., n.º 193/92, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 22.º, p. 497; n.º 748/93, DR I-Série, n.º 298, p. 7139 e ss. e n.º 470/99, DR II-Série, 14-03-2000, p. 4912 e ss.

⁵⁰² De acordo com o art. 16.º, n.º 2 da CRP «*Os preceitos constitucionais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*».

⁵⁰³ A única exceção ao carácter absoluto do direito à vida será, porventura, a causa de justificação da legítima defesa. No entanto, no restrito âmbito do processo (penal) equitativo não faz sentido formular essa exceção – uma vez que nunca o Estado pode pôr em causa, com finalidades probatórias, aquele direito –, devendo, nesse contexto, considerar-se, por isso, absoluto.

harmonizar-se e compatibilizar-se entre si e com outros interesses e direitos constitucionalmente protegidos, de acordo com um critério de concordância prática⁵⁰⁴.

Como é fácil de antecipar, num sistema normativo que contemple medidas probatórias com recurso a ingerência corporal em processo penal, a sua admissibilidade estará dependente dos termos da transação a estabelecer entre esses direitos e interesses objetivamente antagónicos e até conflituantes, virtualmente inconciliáveis. Importa analisar, em seguida, algumas metódicas para auxiliar a equacionar a possível compatibilização entre os diversos direitos fundamentais potencial ou efetivamente afetados pelas modalidades de ingerências corporais probatórias.

4.2. A tensão com outros direitos fundamentais em presença na ponderação da admissibilidade das ingerências corporais probatórias

4.2.1. O direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum incriminare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur se detegere*), a presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*: a confissão e o direito ao silêncio corporal

Pode hoje afirmar-se que não há no processo penal⁵⁰⁵ um princípio de proibição da autoincriminação, no sentido de que ao imputado é admitido prestar de forma espontânea, incondicionada e irrestrita, declarações confessórias da autoria ou participação da prática de um facto ilícito típico, determinado pelas motivações mais diversas, desde as que correspondam a uma expectativa de direito premial, até considerações de ordem religiosa (inerentes à noção de expiação do “pecado” expresso na prática do crime), de consciência, ética, filosófica ou de reconciliação existencial ou interpessoal.

⁵⁰⁴ De acordo com FIGUEIREDO DIAS, «(...) 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 como 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 pela pessoa –, em todo o resto os direitos e liberdades (incluídas as «garantias de defesa» a que se refere o art. 32.º-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; suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art. 18.º, permaneça respeitado o *conteúdo essencial* do direito fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos da *necessidade* e da *proporcionalidade*» (*Acordos sobre a sentença em processo penal - O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2011, p. 27).

⁵⁰⁵ Nos modelos medievais e mais arcaicos de procedimentos incriminatórios e sancionatórios, a confissão foi sistematicamente erigida em «rainha das provas». A *regina probationum* levava Ulpiano a professar «os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados» (*in juri confessi pro judicatis habentur*). Claro que, em tais modelos, a confissão estava normalmente associada a todo um conjunto de práticas coercivas em que a tortura era “lícita”, a fim de obter a declaração confessória do imputado – pressuposto necessário para a condenação –, apesar de poder estar inocente.

Independentemente das implicações e do alcance dos efeitos de uma confissão desacompanhada de outros elementos de prova⁵⁰⁶, a confissão sempre foi um elemento probatório admitido ou, até, estimulado.

O que se pretende garantir é que não sejam oponíveis ao imputado formas, mais ou menos explícitas, mais ou menos capciosas⁵⁰⁷, de condicionar ou de limitar a sua espontaneidade ou voluntariedade na produção de declarações confessórias, que possam assumir-se como elementos auto-incriminatórios.

Em grande medida, nos sistemas processuais pré-iluministas, arcaicos, medievos e do *Ancien Régime*, para a obtenção da confissão – quase nunca voluntária nem espontânea – não importava a licitude dos meios, ao passo que no direito processual dos sistemas de investigação criminal atuais, importa não só a licitude dos meios de obtenção da confissão (o seu modo formal de produção do elemento probatório) como aferir da sua espontaneidade, voluntariedade e verosimilhança do respetivo conteúdo (relevância substantiva da confissão).

Não existe, pois, um princípio de proibição da autoincriminação. O que, porém, não significa que não exista uma garantia de não vulneração das prerrogativas de não autoincriminação, finalidade assegurada pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, cujo conteúdo procuraremos precisar nas considerações que se seguem.

Este princípio pode hoje estar colocado decisivamente em causa com a crescente admissibilidade dos chamados “meios ocultos de investigação”, como penetrantemente nos adverte W. Hassemer. O elemento *latência* dos meios ocultos de investigação poderia conduzir o processo penal a um novo paradigma. Esse elemento consistiria na deliberada ocultação ao visado do conhecimento da produção de certos elementos de prova contra si obtidos, com recurso aos meios ocultos de obtenção de prova ou meios ocultos de investigação, como a busca por cruzamento de dados pessoais, as interceções de comunicações, as escutas ambientais, a recolha de voz e imagem, a localização geográfica, as informações originárias dos serviços de *Intelligence* ou os agentes infiltrados, *etc*⁵⁰⁸. Por outro lado, esses meios afetam inevitavelmente a esfera de terceiros, como no direito processual alemão, em que é admitido aos mesmos visarem os acompanhantes, ainda que não suspeitos. Por último, a própria doutrina relativa aos direitos fundamentais começa a perspectivá-los não já como direitos dos

⁵⁰⁶ Cfr., exemplificativamente, em sentidos divergentes, a ineficácia da confissão desacompanhada de outros elementos probatórios, nos termos dos artigos 174.º, 256.º e 258.º do CPP de 1929, e a relevância mitigada da mesma, nos termos do art. 344.º do CPP de 1988.

⁵⁰⁷ O termo era expressamente utilizado no art. 437.º do CPP de 1929 – entretanto alterado pelo DL n.º 377/77, de 06-09 –, enquanto integrando motivo de proibição de método de obtenção de declarações. Também a versão originária do art. 261.º do CPP de 1929 proibia perguntas «sugestivas ou cavilosas, (...) acompanhada de dolosas persuasões, falsas promessas ou ameaças (...)».

⁵⁰⁸ «Processo Penal e Direitos Fundamentais», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (MARIA FERNANDA PALMA, coord.), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 21-22.

cidadãos contra o Estado (um *Leviathan*), mas como um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade mais nociva, violenta e organizada. Donde, a *surpresa* da proposta de um direito fundamental à segurança, postulada por Josef Isensee⁵⁰⁹. Este direito contraria a conceção tradicional dos direitos fundamentais, uma vez que um direito fundamental à segurança forçosamente iria representar uma normal (ou banal) limitação aos direitos fundamentais tradicionais. O direito penal surgiria aí como *prima ratio* ou *sola ratio*, em vez de desempenhar a sua função de *ultima ratio*, o que, se compreende num paradigma filosófico-penal diferente, o paradigma da *prevenção*. Mas é menos compreensível – ou aceitável – num paradigma que cremos ser o dominante, que é o da *liberdade*.

Apesar de manifestarmos a nossa convicção profunda num paradigma de *liberdade*, poderemos admitir a introdução de limites ao exercício e à afirmação de certos direitos fundamentais, em circunstâncias concretamente definidas pelo quadro constitucional, nomeadamente quando as ameaças de certo tipo de criminalidade afrontem certos valores também de cariz constitucional. Esses limites não se poderão traçar, na maioria das situações, de acordo com manuais pré-existentes, mas sim de acordo com *guide-lines*, cujo significado jurídico será o da oposição de argumentos para tentar limitar certas proposições que estariam corretas, caso não colidissem e pusessem em causa – potencial ou efetivamente – outros direitos ou interesses fundamentais. Estamos, no entanto, persuadidos de que só se logrará alcançar uma proposta adequada de concordância prática entre os interesses concretos em conflito, desde que se respeite uma linha hermenêutica que equacione adequadamente a preponderância dos diversos direitos fundamentais tutelados e questionados numa concreta situação processual ou, alternativamente, que se decida a prevalência de um deles sobre os que com ele conflituem.

Não significa isto, pois, que a assunção de prevalência de um paradigma de prevenção – ou no qual a prevenção se afirme preponderantemente – em resultado do incremento da panóplia de meios ocultos de investigação, opere a dissolução do princípio *nemo tenetur*, enquanto princípio retor de toda uma temática respeitante à prerrogativa de não auto-inculpação ou autoincriminação do suspeito por um facto ilícito típico.

No fundo, como já sublinhou Maria Elisabeth Queijo, «Há uma tensão permanente entre o interesse na apuração dos delitos e o respeito aos direitos fundamentais do acusado, entre eles o de não se autoincriminar, que exige uma solução harmoniosa. Ambos os interesses são públicos: o primeiro, voltado à persecução penal, e o segundo, vinculado à construção de um processo penal ético. Não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo

⁵⁰⁹ *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, De Gruyter Inc. Berlin, 1983.

reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, mas não será admissível também que sejam eles, inclusive o *nemo tenetur se detegere*, aniquilados, para dar lugar ao direito à prova ilimitado e à busca da verdade a qualquer custo, com a colaboração inarredável do acusado»⁵¹⁰.

A opção pela designação *direito à não autoincriminação* – termo pelo qual opta Patrícia Naré Agostinho⁵¹¹ – tem subjacente um fundamento, face a outras alternativas, não derivando de mera preferência terminológica. Conhecem-se, além dessa expressão, na abordagem destas temáticas, a fórmula mais comum no sistema norte-americano *privilege against self-incrimination* e a expressão preferida por Paulo Dá Mesquita, *prerrogativa contra a auto-incriminação*⁵¹².

Os três conceitos não são inteiramente coincidentes quanto ao seu conteúdo e significado, traduzindo diversos pontos de partida que determinam abordagens diferenciadas.

A estas diferenças terminológico-conceituais subjaz uma das questões que suscita a discrepância doutrinal e jurisprudencial dos sistemas jurídicos do continente europeu e da Grã-Bretanha: saber se o direito ao silêncio é equivalente ao direito à não autoincriminação ou se é, apenas, um afloramento deste⁵¹³. De uma forma tradicional, nos sistemas processuais dos EUA e da Grã-Bretanha tem sido entendido que o privilégio contra a autoincriminação é assimilado ao direito ao silêncio. O privilégio contra a autoincriminação na Grã-Bretanha usualmente refere-se ao direito das testemunhas – leia-se, também o imputado (ou arguido, no sentido continental) – se recusarem a responder a perguntas [auto-]incriminatórias⁵¹⁴.

Uma das principais características dos sistemas processuais penais de *common law* traduz-se na assimilação do estatuto de imputado ao de testemunha, não se lhe impondo a obrigatoriedade de depor, mas sujeitando-a a consequências sancionatórias de perjúrio e de falso depoimento, no caso de aceitar prestar, e prestar efetivamente declarações falsas – podendo ambos invocar o *privilege against self-incrimination*⁵¹⁵ –, caso as suas declarações os possam fazer em incorrer em responsabilidade criminal.

Nos sistemas processuais continentais, o estatuto de testemunha difere substancialmente do de arguido (acusado, imputado ou suspeito), onerando aquela um dever

⁵¹⁰ *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 480.

⁵¹¹ *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 81 (nota 39).

⁵¹² *A Prova do Crime e o que se Disse Antes do Julgamento – Estudo sobre a Prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema Norte-Americano*, Coimbra Ed., Coimbra, 2011.

⁵¹³ A regra ou *privilege against self-incrimination* em *common law* foi definida no caso *Blunt c. Park Lane Hotel Ltd.* [1942], como sendo «the rule... that no one is bound to answer any question if the answer thereto would, in the opinion of the judge, have a tendency to expose [him] to any criminal charge or penalty, or forfeiture which the judge regards as reasonably likely to be referred or sued for» acrescentando-se ainda que a regra se aplica «(...) to oral evidence, interrogatories and the discovery of documents».

⁵¹⁴ MARK BERGER, «Rethinking Self-Incrimination in Great Britain», *Denver Law Journal*, Vol. 61, N.º 3, 1984, pp. 507, MIKE REDMAYNE, «Rethinking the privilege against self-incrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, 27 (2), 2007, pp. 209-232.

⁵¹⁵ Consagrado na V.ª Emenda da Constituição dos EUA, enquanto no Reino Unido se considera que o *privilege* foi renovado ao abrigo do art. 6.º da CEDH (*processo equitativo*), o qual se acha incorporado no ordenamento jurídico britânico através do *Human Rights Act*, de 1998.

de verdade, sem embargo de tal dever conhecer restrições na hipótese de o seu depoimento a fizer incorrer em responsabilidade criminal. Nos sistemas continentais, os termos direito ou privilégio são usados alternativamente, sendo utilizado preferencialmente na doutrina italiana a expressão “privilégio” ou “garantia” contra a autoincriminação, relativamente ao direito das testemunhas se recusarem a responder a perguntas donde possa resultar a sua responsabilidade penal (artigos 63.º, 64.º, 198.º, n.º 2 do Codice de Procedura Penale).

Leonard Levy recorre ao termo direito (*right*) no âmbito da doutrina processual norte-americana, fazendo-o com um sentido diverso daquele que se usa no direito continental. Para este Autor, só pode tratar-se de um *direito* porque «um privilégio é uma concessão revogável atribuída pelo governo aos seus nacionais. Na teoria constitucional americana, os direitos das pessoas não derivam do governo; a Constituição que assegura esses direitos, é fundamental para o governo que cria. Falar de “privilégio” contra a autoincriminação, degrada-o (...) em comparação com outros direitos constitucionais»⁵¹⁶. Donde, a sua opção pelo termo *direito*.

Não será, pois, indiferente, consoante o ponto de partida, a opção entre os termos *privilégio*, *prerrogativa* e *direito*.

No tocante à primeira expressão, parece estar subjacente uma ideia de *benefício especial*, vantagem ou *imunidade*, concedido a alguém em função de uma dada situação processual, eximindo-a de certa obrigação ou dever.

Ao termo *prerrogativa* associa-se a característica, comum ao privilégio, de concessão de um benefício exclusivo a pessoas que assumam certa qualidade processual, focando-se, todavia, na capacidade de auto-determinação do indivíduo, ou seja, de preservar a possibilidade de cada um fazer o que entender e lhe aprouver, mas não encerra um significado de atribuição de algo indevido ou, porventura, imerecido. Naturalmente que de um ponto de vista jurídico-processual, o *privilégio* (*privilege*) não traduz qualquer estatuto discriminatório negativo, sendo o reconhecimento de um feixe de direitos a que o legislador constitucional (e internacional), na maioria dos sistemas jurídicos, dá corpo através do reconhecimento da não obrigação de autoincriminação.

Por fim, o termo *direito* integrar-se-ia no conteúdo material do estatuto mais geral de garantias da defesa num sistema processual penal, ao lado do direito ao recurso ea ser ouvido aquando da tomada de decisões que afetem o imputado, *etc.*

Por entendermos que não se trata de mero exercício semântico, cremos que a noção mais adequada e que suscita a nossa adesão, é a noção de direito à não autoincriminação, uma vez que as outras noções podem exprimir dimensões distintas da faculdade conferida ao

⁵¹⁶ «The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History», *Political Science Quarterly*, Vol. 84, N.º 1 - Mar., 1969, p. 3 (nota 9), *apud* PATRÍCIA NARÉ AGOSTINHO, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, cit., p. 81 (nota 39).

imputado de não contribuir para a sua auto-inculpação. Todavia, parece-nos que não esgotam a totalidade das suas implicações imediatamente processuais, pelo que julgamos preferível, entre nós, a designação *direito*, tendo em conta a sua expressa consagração no elenco dos direitos que integram o estatuto da defesa: artigos 61.º, n.º 1, al. *d*) e 343.º, n.º 1 do CPP.

De um ponto de vista metodológico, as considerações que são objeto da nossa primordial atenção, centrar-se-ão no debate sobre os termos da compatibilidade entre as implicações do direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e o recurso a algumas extensões ou *impressões* corporais suscetíveis de relevar em termos probatórios – enquanto constituam amostras, vestígios ou registos do emprego do corpo do imputado na prática do facto ilícito típico – de forma a equacionar a sua praticabilidade, no confronto recíproco.

Embora tal asserção não seja pacífica – até para alguma jurisprudência constitucional⁵¹⁷ –, o princípio *nemo tenetur* não tem consagração constitucional explícita no nosso ordenamento, surgindo como «refracção 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»⁵¹⁸. O direito à não autoincriminação é concebido pela doutrina como uma espécie do “direito à não auto-inculpação”, sendo esta uma categoria mais geral. Aquele circunscrever-se-ia ao âmbito do direito [processual] criminal, enquanto este seria válido em todo o direito sancionatório, não só no âmbito do direito penal como no direito contra-ordenacional, disciplinar, tendo como conteúdo a faculdade de não contribuir para a declaração ou pronúncia da própria culpa⁵¹⁹.

É, pois, um princípio retor e comum ao processo penal contemporâneo continental e anglo-americano⁵²⁰, sendo originariamente concebido como um direito ao silêncio, um direito

⁵¹⁷ Cfr., porém, os Acs. TC n.ºs 695/95, 524/97, 304/2004, 181/2005, 155/2007, 461/2011, 340/2013 e 418/2013, que sufragam a ideia da consagração não escrita do princípio. Nesses arestos, o TC já teve oportunidade de pronunciar detalhadamente sobre a questão, nomeadamente no Ac. TC n.º 340/2013, que «O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, é uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objeto da atividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual, armado com os direitos de defesa e tratado como presumivelmente inocente. Daí que para proteção da autodeterminação do arguido, este deva ter a possibilidade de decidir, no exercício de uma plena liberdade de vontade, qual a posição a tomar perante a matéria que constitui objeto do processo», e, ainda, «A Constituição da República Portuguesa não consagra *expressis verbis* este princípio, mas, não obstante essa não consagração expressa, tanto a doutrina como a jurisprudência têm defendido que o *nemo tenetur se ipsum accusare* tem assento constitucional, sendo considerado um direito constitucional do processo penal não escrito (cf., neste sentido, Manuel da Costa Andrade, em “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, p. 120 e seg., Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, em “*Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)*”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009, págs. 38 -39 (...)).

⁵¹⁸ Ac. TC n.º 461/2011.

⁵¹⁹ Cfr., para uma perspetiva sinóptica do tratamento pela doutrina nacional, por todos, AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 19 ss.

⁵²⁰ É possível surpreender a manifestação do princípio *nemo tenetur*, no direito inglês, na Magna Charta, desde, pelo menos, 1679, e, no direito norte-americano, desde a Vth Amendment, em 1791, sendo proclamado na Constituição americana com a seguinte formulação: «*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against*

a guardar segredo sobre factos que possam incriminar o imputado (suspeito ou arguido) ou terceiros (testemunhas).

É certo que no direito norte-americano, o imputado ou acusado não só não tem dever de prestar qualquer espécie de declarações – o tribunal prescinde, à partida, do seu contributo pessoal para a reconstituição do facto, enquanto “pedaço da vida” que importa reconstituir –, como a sua colaboração esclarecida com o tribunal é precedida de juramento, com as inerentes consequências penais da falta à verdade. Essa prerrogativa surge muito mais cedo, em fases de contacto inicial do suspeito com a investigação, após a leitura das advertências contidas no elenco dos *Miranda rights*, e que se mantém no decurso de todo o processo.

O alcance originário – e quase literal desse direito – tem evoluído para uma configuração mais ampla, que invade outros domínios, como os da não obrigação de sujeição indiscriminada do arguido a certas diligências e atos processuais, a entregar documentos, ou a sujeição a diligências de prova ou a exames corporais de forma coerciva, e, até, não autorizados ou determinados por autoridade jurisdicional⁵²¹.

O direito à não autoincriminação conhece momentos de alguma indefinição no tocante ao seu conteúdo e alcance material.

Alguns Autores alemães já sufragaram uma ideia de sobreavaliação do princípio *nemo tenetur* no sistema processual alemão⁵²², pondo em evidência a circunstância de o mesmo só relevar, verdadeiramente, no tocante à prova dos factos mentais ou, dito de outro modo, quanto à factualidade que revela o elemento subjetivo do tipo de ilícito. No mais, o Estado disporia de instrumentos aptos a obter elementos físicos de prova, por meios coercivos, como forma de suprir a falta de cooperação do imputado. Da mesma forma que o Estado prevê legislativamente que pode ser coercivamente obtida uma amostra biológica (hemática ou de urina) para determinação do teor de alcoolemia no sangue ou de intoxicação por estupefacientes, ou para estabelecer a identificação genética, poderia ser imposto ao imputado um dever de colaboração que passasse por uma obrigação de prestar declarações verbais sobre as circunstâncias factuais da sua presuntiva intervenção nos factos sob investigação. A não admissibilidade de um tal mecanismo processual não teria, segundo esta tese, muito a ver com a proteção de direitos humanos ou fundamentais de um Estado de direito, mas pela constatação pragmática de que o resultado do mesmo não seria isento de ambiguidade e

himself (...)», reformulando significativamente o conteúdo do já anteriormente aceite *privilege against compelled self-incrimination*.

⁵²¹ Para uma perspetiva dessas novas dimensões do princípio *nemo tenetur*, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, cit., pp. 19-22.

⁵²² Cfr. KLAUS VOLK, «Begriff und Beweis subjektiver Merkmale», in *Fünfzig Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft* (CLAUS-WILHELM CANARIS - ANDREAS HELDRICH - KLAUS J. HOPT VON - C. H. BECK, Org.), 4.Ed., München, 2000, p. 740.

incerteza e ser, como tal, pouco fiável. Por outro lado, o sucedâneo para um documento escondido, é a sua busca e apreensão; o sucedâneo para uma substância disfarçada no corpo ou no vestuário, é a revista e apreensão. Não é conhecido o sucedâneo para uma recusa de prestação de declarações, uma vez que uma reação penal por desobediência – em caso de recusa injustificada de prestar declarações – não teria como efeito necessário a obtenção da declaração virtualmente auto-incriminatória omitida e pretendida.

Concebido, como se sabe, para proteger o alcance do direito ao silêncio⁵²³, num âmbito restritivo⁵²⁴ – numa fase histórica em que os avanços técnico-científicos não colocavam especiais questões relativamente à possibilidade de o corpo *falar* ou revelar elementos de prova contra si mesmo (o próprio sujeito), no sentido de permitirem, através da sua aplicação, a demonstração de factos constitutivos de ilícitos criminais – questiona-se, hoje, se, em face dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, o princípio da proibição da autoincriminação deve, ou não, conhecer alguma ampliação e, em caso afirmativo, com que alcance e com que limites. Trata-se, afinal, de encontrar um eventual fundamento para o alargamento do direito ao silêncio, enquanto subcategoria do princípio da não autoincriminação: um *direito ao silêncio corporal*.

O princípio *nemo tenetur* não se confunde nem se esgota no direito ao silêncio. Resta saber se este se assume como a única decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal e questionar a natureza absoluta ou relativa, deste princípio.

Como a este propósito sublinhou Vânia Costa Ramos, se um direito fundado diretamente na dignidade da pessoa humana é “um direito de natureza tendencialmente absoluta”, já um direito destinado a salvaguardar garantias processuais poderá ser objeto de certas limitações⁵²⁵.

À imagem do direito ao silêncio⁵²⁶ também o princípio *nemo tenetur* não pode deixar de conhecer exceções, não constituindo princípio absoluto, como se compreende. Aí estão a

⁵²³ Apenas se contemplando as declarações orais, mas não outras condutas ou prestações pessoais que pudessem contribuir para a auto-incriminação do imputado (suspeito ou arguido). Só relevariam as situações em que estes sujeitos pudessem ser forçados a afirmar ou reconhecer que praticaram certos factos.

⁵²⁴ Nessa medida, assumindo o critério da corrente do TEDH que introduziu a distinção entre *testimonial evidencee non testimonial evidence* utilizada pelo *Supreme Court* dos EUA, considerando que esta última não é abrangida pelo direito à não auto-incriminação.

⁵²⁵ «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*» - II Parte, *RMP*, Ano 28, n.º 109, jan.-mar. 2007, pp. 59 ss.

⁵²⁶ Cfr., sobre o tema, LOUIS-EDMOND PETTITI, «Droit au Silence», in *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 75/76, 1998, pp. 135-148, ELSA MONCEAUX, *Quel droit au silence en procédure pénale?* tese de mestrado, 2011, disponível em <https://docassas.u-paris2.fr>, JOANA COSTA, «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *RMP*, n.º 128, out.-dez. 2011, pp. 131-150, FRANKLIN KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 2, Larcier, Bruxelles, 2006, pp. 289-296.

comprová-lo, desde logo, os dados da normatividade positivada⁵²⁷ e de diversas pronúncias jurisprudenciais internacionais⁵²⁸ e nacionais⁵²⁹.

Há Autores que não hesitam em extrair da argumentação de um pretense carácter absoluto do princípio *nemo tenetur* a indesejável consequência da impunidade, como Maria Elizabeth Queijo, ao referir que «A inexistência do dever de colaborar, em todos os casos, redundaria em uma concepção do *nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, aniquilando, em determinadas situações, por completo, a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela. Em outras palavras: equivaleria, em diversos casos, à consagração da impunidade»⁵³⁰.

O Tribunal Supremo espanhol também já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão, no de 29-01-2013 (proferido no conhecido caso “Marta del Castillo”), que: «El ejercicio de las garantías procesales, comprensivo de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, en ningún modo confiere al encausado un derecho absoluto»⁵³¹.

Integram o princípio *nemo tenetur* os valores da dignidade humana, da liberdade de ação e o próprio princípio da presunção de inocência, todos com consagração constitucional (artigos 1.º, 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 da CRP), sendo o mesmo reafirmado no comando do art. 32.º, n.º 8 da CRP, ao enunciar que serão nulas «todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa (...)», cominação reiterada no art. 126.º, n.º 1 do CPP.

⁵²⁷ Podemos ver – além dos resultados declaratórios de registos de interceção de comunicações e de meios ocultos de investigação – afloramentos de exceções a um pretense carácter absoluto do direito ao silêncio e ao princípio da não auto-incriminação, nas seguintes situações: a obrigatoriedade de realizar determinados exames, por exemplo de alcoolemia ou de substâncias psicotrópicas, no domínio rodoviário (cfr. artigos 152.º e 153.º do CESt), a obrigação do arguido responder com verdade às perguntas sobre a sua identidade (art. 61.º, n.º 3, al. b) do CPP), a obrigatoriedade de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, prevista no art. 6.º da Lei n.º 45/2004, de 29-08, os deveres de cooperação perante a administração tributária (impostos pela LGT –art. 59.º e pelo Regime Complementar de Procedimento de Inspeção Tributária, aprovado pelo DL n.º 413/98, de 31-12), e os deveres de cooperação perante a Autoridade de Concorrência previstos na Lei da Concorrência (artigos 17.º n.º 1 als. a) e b), 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11-06) e os deveres de protecção perante a CMVM, previstos no CVM.

⁵²⁸ Cfr., assim, os Acs. TEDH de 08-02-1996 (Grand Chamber) *John Murray v. United Kingdom*, n.º 18731/91, §47, de 02-05-2000, *Condron c. Reino Unido*, n.º 35718/97, § 61, de 21-12-2000, *Quinn c. Irlanda*, n.º 36887/97, §47, de 08-4-02004, *Weh c. Áustria*, n.º 38544/97, §46, de 29-06-2007 (Grand Chamber), *O'Halloran e Francis c. Reino Unido*, n.ºs 15809/02 e 25624/02, §53, e de 20-04-2010 *Adetoro c. Reino Unido*, n.º 46834/06.

⁵²⁹ Cfr., por todos, relativamente à assunção de um carácter não absoluto do direito ao silêncio na jurisprudência nacional, os Acs. TC n.ºs 695/95 e 127/07 e os Acs. STJ de 06-10-2010, proc. n.º 936/08.JAPRT (rel. Cons. Henriques Gaspar), de 10-01-2008, proc. n.º 07P3227 (rel. Cons. Simas Santos) e de 20-02-2008, proc. n.º 08P295 (rel. Cons. Raúl Borges).

⁵³⁰ *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, cit., p. 364.

⁵³¹ Cfr. STS, 2.ª, 62/2013, disponível em www.poderjudicial.es. Ainda sobre este caso veja-se, com interesse, MANUEL JESÚS DOLZ LAGO, «El caso ‘Marta del Castillo’ y la jurisprudencia – breve comentario a la STS, 2.ª, 62/2013 de 29 de enero», in *Diario La Ley*, ano 2013, n.º 8038, José VICENTE RUBIO EIRE, *El derecho de un acusado en el procedimiento penal a no ser forzado a realizar ninguna actividad humana que pueda provocar su autoincriminación*, Madrid, 22-5-2013, in <http://www.elderecho.com/> e JOSÉ MARIA DE PABLO HERMIDA, «La sentencia ‘Marta del Castillo’ y la presunción de inocencia», *El Mundo*, 29-1-2013, p. 20.

A este propósito, já escreveu penetrantemente Costa Andrade que «(...) a não caírem sob a censura directa da tortura ou coação, as provas obtidas em contravenção do princípio *nemo tenetur*, configurarão inescapavelmente um atentado à *integridade moral da pessoa*. E um atentado particularmente qualificado, na medida em que redundará na degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade»⁵³².

Alguma doutrina, em que se destacam, a este propósito, Germano Marques da Silva⁵³³ e Sofia Saraiva de Menezes⁵³⁴, fazem corresponder (ou sobrepor) o *nemo tenetur* ao direito ao silêncio: o arguido teria [obrigação] de se sujeitar a exames, a provas por reconhecimento, a perícias físicas e psíquicas, a escutas telefónicas, a recolha de autógrafos, desde que não proibidas ou que não integrem atentado à integridade pessoal.

Para outras posições doutrinárias, que admitem ao *nemo tenetur* um conteúdo mais amplo do que o direito ao silêncio, o mesmo asseguraria a ilegitimidade da cominação de reacção criminal (desobediência ou outra) para a recusa de consentimento ou sujeição voluntária a medidas probatórias com implicação corporal, uma vez que, pelo menos, relativamente a certas medidas, não haveria obrigação de sujeição às mesmas.

Como refere Maria Elisabeth Queijo, esta divergência mais não é do que o reflexo de «duas tendências existentes no processo penal: de um lado, a vertente garantística, que reconhece o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas várias repercussões no interrogatório e nas provas que dependem da colaboração do acusado. De outro, a vertente que se inclina pelo recrudescimento da persecução penal, com a mitigação dos direitos e garantias individuais. Segundo a última vertente, o direito ao silêncio sofre diversas restrições. A colaboração do acusado na produção das provas passa a ser exigida ou, quando menos, sensivelmente estimulada»⁵³⁵.

Há que reconhecer, no entanto, a sensível dificuldade em estabelecer o alcance e os limites do princípio *nemo tenetur*, quando se confrontam diligências e atos processuais probatórios com intervenção de pessoas – *maxime*, com implicação corporal das mesmas –, como buscas, revistas, exames, acareações, reconhecimento, perícias, admissíveis mesmo que

⁵³² *Sobre as Proibições de Prova*, Coimbra Ed., Coimbra, 1992, p. 126.

⁵³³ *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, p. 444 e *Curso de Direito Processual Penal*, I, 4.ª ed., Verbo, Lisboa, 2000, p. 300.

⁵³⁴ «(...) o arguido tem um dever de sujeição a exames e a outros meios de prova em relação ao qual existe uma tutela coactiva nos termos do art. 172.º do CPP, embora com os limites estabelecidos pelo art. 126.º: ele terá que submeter-se, portanto, a exames, a provas por reconhecimento, a perícias físicas e psíquicas, a escutas telefónicas, a recolha de autógrafos, etc.» («Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito», *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (FREDERICO L. COSTA PINTO e TERESA PIZARRO BELEZA coord.), Almedina, Coimbra, 2011, p. 135).

⁵³⁵ *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, cit., p. 26.

coercivamente impostos, e outras realidades em que seja possível descortinar uma ingerência inadmissível nos direitos fundamentais do sujeito e implicando, portanto, a vulneração do princípio da não autoincriminação.

O conflito frequente entre práticas probatórias com implicação corporal no âmbito processual penal e o âmbito de direitos fundamentais como o direito à presunção de inocência, postulam soluções que não pressupõem combinações de equilíbrio prefixadas.

Aproximando a nossa observação ao que pode apresentar-se como um diagnóstico – não como um quadro de resolução – do problema, infere-se que, de entre os direitos que uma atividade corporal probatória mobiliza, assumirá protagonismo saliente, o direito à presunção de inocência e o que lhe é derivado, o direito à não autoincriminação, podendo, do nosso ponto de vista, considerar-se menos essencial ou relevante uma eventual colisão entre os interesses prosseguidos pela investigação e o direito à dignidade ou integridade pessoal, ou à reserva da vida privada, à autodeterminação informacional ou à proteção da saúde. No limite, exemplificando com o quadro factual de uma perícia para determinação do perfil genético, quando esteja em causa a iminência da extração e colheita de material biológico no visado, não são, nesse momento, essencialmente, os valores protegidos por aqueles direitos (à dignidade, à integridade pessoal, à reserva da vida privada, à autodeterminação informacional, à proteção da saúde) que se elevam como óbices preponderantes à realização da ingerência probatória em si mesma, mas, antes, considerações determinadas por uma ponderação respeitante ao direito à não autoincriminação.

E será sempre em torno da busca de um quadro concreto de soluções de equilíbrio entre tais direitos ou valores – face à ausência de um critério norteador geral e abstrato predefinido – que deve procurar-se a opção exigida para a hipótese probatória processual.

O princípio *nemo tenetur* conhece três âmbitos de validade: normativa, material e temporal. Relativamente ao âmbito de validade normativa, o princípio é aplicável a todo o procedimento que envolva direito de “natureza sancionatória pública”. Quanto ao seu âmbito de validade material, colocam-se aí problemas de ponderação entre direitos ou garantias de diferente relevância constitucional, que possam conflitar entre si, havendo admissibilidade do sacrifício integral do direito ou garantia inferior, quando não seja possível assegurar alguma dimensão do conteúdo deste. No que concerne ao âmbito temporal do princípio *nemo tenetur*, este manterá a sua integral validade até ao trânsito em julgado da decisão ou formação de caso decidido⁵³⁶.

⁵³⁶ Cfr., mais desenvolvidamente, AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, cit., pp. 22 a 24.

No que respeita à receção do *nemo tenetur* nos diversos textos fundadores do direito internacional⁵³⁷, a sua consagração não tem sido uniforme e constante.

A CEDH, por exemplo, não contempla expressamente no seu texto normativo, o direito à não autoincriminação, ou o direito ao silêncio.

Todavia, sobretudo a partir da década de 90, a jurisprudência do TEDH vem afirmando que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação constituem *standards* internacionais, que estão no âmago da noção de processo equitativo, os quais se destinam a proteger o acusado contra o exercício abusivo de poderes coercivos pelas autoridades, a evitar o perigo de adulteração da justiça e, nesse sentido, a assegurar a realização plena do artigo 6.º da Convenção⁵³⁸. A jurisprudência do TEDH, nesse *conspetu*, admite que o direito à não autoincriminação se relaciona, em primeiro plano, com o direito ao silêncio: «The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent». Há, assim, uma conceção restritiva do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que o identifica com o *direito ao silêncio*, e que tem a sua origem mais precisa no ac. do TEDH no caso *Saunders c. Reino Unido*⁵³⁹.

A mesma instância, que se tem afirmado como uma instância superior em matéria de direitos humanos, tem entendido o direito à não autoincriminação como associado em primeira linha à salvaguarda do direito do acusado a permanecer em silêncio, constituindo uma decorrência do pressuposto segundo o qual a acusação deverá provar a sua tese contra o acusado sem o recurso a elementos de prova obtidos através de métodos coercivos, desrespeitando a vontade e a dignidade deste. Neste sentido, o direito à não autoincriminação

⁵³⁷ O art.14.º, n.º 3, al. g) do PIDCP, aprovado pela Assembleia Geral da ONU pela sua resolução 2200 A (XXI) de 16-12-1966 (em vigor na ordem jurídica internacional no dia 23 de Março de 1976), prevê que «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».

Por seu turno, o Estatuto de Roma do TPI, adoptado em 17 de julho de 1998 (aprovado para ratificação pela Resolução da AR n.º 3/2002 e ratificada pelo Decreto do PR n.º 2/2002, DRIª Série-A, n.º 15, de 18-01-2002), contém diversas manifestações do princípio *nemo tenetur* [artigos 55.º, n.º1, al. a) e n.º 2, al. b) e 67.º, n.º 1, al. g)]; ver também no que concerne às testemunhas os artigos 74.º, n.ºs 3 e 10 das Regras de Procedimento e de Prova do TPI, disponíveis em <http://www.icc-cpi.int/>.

A CADH (Pacto de São José da Costa Rica), de 22-11-1969, assegura a toda a «pessoa acusada de um delito», entre outras garantias mínimas, o «direito de não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a confessar-se culpada» [art. 8.º, n.º 2, al. g)].

⁵³⁸ Talvez primeiramente afirmado no Ac. *Funke c. França* (n.º 10588/83, de 25-2-1993): «§44. La Cour constate que les douanes provoquèrent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. Les particularités du droit douanier (paragraphe 30-31 ci-dessus) ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout "accusé" au sens autonome que l'article 6 (art. 6) attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination. Pourtant, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)».

⁵³⁹ Cfr., p. ex., o Ac TC n.º 155/2007, no qual, aludindo-se à formulação do Ac. *Saunders c. Reino Unido*, se consigna que «(...) o citado direito à não auto-incriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio, acrescentando que esse direito não se estende ao uso, em processo penal, de elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, por exemplo as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidades de análises de ADN».

encontra-se intimamente relacionado com a presunção de inocência consagrada no n.º 2 do artigo 6.º da CEDH⁵⁴⁰. A sua manifestação mais evidente é o direito ao silêncio. Mas esgotar-se-á nele o *nemo tenetur*?

A jurisprudência constitucional nacional também considerou já que o direito ao silêncio está intimamente associado ao direito à não autoincriminação⁵⁴¹.

Na doutrina, Figueiredo Dias e Costa Andrade pronunciaram-se em sentido convergente: «Embora não tenham exactamente o mesmo conteúdo, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação estão incindivelmente ligados: não lhe sendo reconhecido o direito a manter-se em silêncio, o arguido seria obrigado a pronunciar-se revelando informações que o podem eventualmente prejudicar na medida em que contribuem para a sua condenação»⁵⁴².

Alguns Autores propendem, atualmente, para admitir um alargamento do alcance do princípio, sufragando o entendimento de que não é satisfatório o critério de limitar o seu âmbito consoante se estivesse em presença de prestações ou “fornecimentos probatórios”, dependentes ou independentes da vontade do indivíduo⁵⁴³. A este propósito, defende-se que nem só o conteúdo de declarações é entendido como sendo um elemento voluntário, mas também a colheita de fluidos ou tecidos orgânicos e outras prestações probatórias (p. ex.,

⁵⁴⁰ Cfr., a este respeito, o Ac TEDH *Chambaz c. Suíça* (n.º 11663/04, de 05-04-2012: «52. La Cour rappelle que même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6§1. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l' 'accusé' (voir Funke précité; John Murray c. Royaume-Uni, 8 février 1996, § 45, Recueil 1996-I; Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, §§ 68-69, Recueil 1996-VI; Serves c. France, 20 octobre 1997, § 46, Recueil 1997-VI; J.B. c. Suisse, précité, § 64)».

Com interesse, embora numa visão datada, sobre a jurisprudência do TEDH relativa a este princípio, cfr., v.g. CHARLOTTE GIRARD, *Culpabilité et Silence en Droit Comparé*, Éditions L'Harmattan, Paris, 1997, pp. 185-190.

⁵⁴¹ De que são exemplos os trechos seguintes dos indicados arestos do TC «Intimamente ligado ao direito ao silêncio está o direito do arguido à não autoincriminação, entendido como o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, conhecido pelo brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*. É facilmente explicável a relação deste direito com o direito ao silêncio, uma vez que, não sendo reconhecido ao arguido o direito a manter-se em silêncio, este seria obrigado a pronunciar-se e a revelar informações que poderiam contribuir para a sua condenação» (Ac TC n.º 340/2013) e ainda «[o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*] encontra-se sobretudo associado ao direito ao silêncio, ou seja, à faculdade de o arguido não prestar declarações autoincriminatórias, nomeadamente não respondendo a questões sobre os factos que lhe são imputados e cuja prova pode importar a sua responsabilização e sancionamento» (Ac TC n.º 418/2013).

⁵⁴² «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer)», in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários, Almedina, Coimbra, 2009, p. 38.

⁵⁴³ Assim, CARLOS HADDAD, «O princípio contra a autoincriminação tem um espectro abrangente, cuja extensão foi paulatinamente se ampliando. Hoje são muitas as diferenças quanto a seus exatos alcance e limites. Desde os primórdios, quando não se podia exigir que confessasse o acusado o próprio crime, passando pela mais recente consagração do direito ao silêncio, até às situações bastante atuais e pouco exploradas de recusa em submeter-se a intervenções corporais ou em expirar ar no bafômetro, com o fim de obtenção de prova da prática do delito, a invocação do princípio suscita incertezas e discussões. Atenção especial é dedicada à relação entre o princípio contra a auto-incriminação e as intervenções corporais, cujo emprego, para a maior parte da doutrina brasileira, encontra óbice naquele» (*Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, dissertação de doutoramento apresentada em 13-10-2003, na Faculdade de Direito de Direito de Minas Gerais, Belo Horizonte, pp. 17-18, disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/>). Cfr., também, FABIENNE KÉFER, «Le droit de ne pas s'auto-incriminer ne couvre pas que les paroles. Il vise tout type d'information, y compris les écrits» («Questions à propos du délit d'obstacle à la surveillance en droit belge», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 56/2003, p. 1324).

documentos escritos) podem não prescindir de uma componente de voluntariedade do indiciado.

Os critérios que classicamente têm sido ensaiados no sentido da abrangência de determinada diligência de pelo princípio *nemo tenetur* são o critério da dependência ou independência da vontade do arguido⁵⁴⁴ e um segundo critério, adotado pelo BVerfG e pela generalidade da doutrina alemã, que assenta na distinção entre conduta ativa e tolerância passiva⁵⁴⁵. De acordo com este segundo critério, importa distinguir as diligências de prova que, pela atitude passiva que lhes é inerente, em nada interferem com o direito do imputado a não contribuir para a sua própria incriminação – mas tornam o corpo um suporte disponível para estabelecer, ou não, a sua culpabilidade⁵⁴⁶ – daquelas diligências em que fosse (ilegitimamente) constrangido a contribuir ou colaborar de forma ativa para a sua incriminação⁵⁴⁷.

Estes critérios têm sido enunciados por doutrina e jurisprudência de muitas latitudes, incluindo pelo TEDH, sendo relevantes no tocante à legitimidade da previsão de uma cominação sancionatória para a sua recusa, admitindo-se que a mesma seria admissível nos casos de comportamento passivo e inadmissível nos casos de conduta ativa.

Apesar de, sobretudo o último destes critérios ter vindo a sofrer críticas – por ser visto como redutor e de difícil operatividade e por se tornar especiosa a delimitação entre *ação* e *sujeição*⁵⁴⁸ – não cremos assistir razão para os abandonar completamente, parecendo-nos ainda válidos no auxílio da compreensão das categorias do consentimento e da coercibilidade⁵⁴⁹.

De todo o modo, o critério pelo qual a doutrina e a jurisprudência constitucional nacionais têm optado, é o da ponderação de bens e da concordância prática, encabeçado pelo magistério autorizado de Figueiredo Dias e Costa Andrade, de acordo com os quais as restrições ao *nemo tenetur* devem obedecer a dois pressupostos: *i*) devem estar previstas em lei

⁵⁴⁴ Segundo esta conceção estariam subtraídos ao princípio *nemo tenetur* prestações pessoais conseguidas sob ameaça de sanção, mas independentes da vontade do sujeito, que não passam por uma elaboração espiritual da sua parte.

⁵⁴⁵ Cfr. KARL-HEINZ GÖSSEL, «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha», *RPCC*, Ano 2, fasc. 3, jul.-set.1992, p. 423 e CLAUS ROXIN, «La protección de la persona en el proceso penal alemán» (trad. castelhana, pub. em *Revista Penal*, n.º 6, julio 2000, Ed. Ciss Praxis Profesional, Barcelona, p. 120, disponível em <http://www.uhu.es>): «El procesado no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo (...), [aunque] se impone al procesado una obligación a tolerar...».

⁵⁴⁶ Será, em princípio, o caso de provas dactiloscópicas, fotográficas ou provas de natureza análoga, as revistas, buscas e apreensões, os reconhecimentos, grande parte dos exames periciais de sujeição à recolha de amostras de cabelo, de sangue e de urina, assim como de tecidos corporais para determinação do perfil de ADN.

⁵⁴⁷ Estariam nesse âmbito, as condutas coercivas de apresentação de documentos ou objetos incriminatórios (v.g. a arma do crime), participação na reconstituição do facto, gravação de voz para realização de uma peritagem fonético-linguística ou o fornecimento de uma palavra-chave de um computador.

⁵⁴⁸ Ilustrando a difícil distinção entre ação/sujeição costuma referir-se, v.g. apertar o punho para extração de sangue ou o reconhecimento, convencionalmente classificado como “sujeição”, mas podendo demandar um comportamento ativo do visado, no sentido da sua colaboração com as autoridades, a fim de não viciar e comprometer o resultado da diligência. E, também nos casos de colaboração poder interceder um comportamento violador da dignidade humana, como num caso de administração de eméticos (em situações que se mostre desproporcional, v. caso *Jalloh c. Alemanha*).

⁵⁴⁹ *Infra*, 6.2.

prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade e; *ii*) devem também obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no art. 18.º, n.º 2 da CRP⁵⁵⁰.

Há ainda um outro aspeto suscetível de fazer infletir a posição tradicional, qual seja a de reconhecer que a obrigação de alguém expirar hálito, ou fornecer células, tecidos ou secreções corporais não só pode contribuir para a liberação da suspeita sob o indiciado, como, frequentemente, acaba por ser decisivo para a sua responsabilização.

É, em todo o caso, maioritária, entre a doutrina estrangeira do nosso entorno jurídico-cultural, bem como nacional, a posição de acordo com a qual o direito ao silêncio é uma manifestação do princípio da não autoincriminação⁵⁵¹. Sufragamos este entendimento. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* compreende, no seu conteúdo potencial máximo, como corolários, 1) o direito ao silêncio e 2) o direito de não facultar meios de prova, nomeadamente documentos, *v.g.* correspondência pessoal, diários íntimos, isto é documentos sobre os quais não recai nenhum dever de apresentação ou entrega às autoridades judiciais e que estão cobertos pela reserva da vida privada.

Há, porém, Autores que entendem que o direito à não autoincriminação é uma variação compreendida no direito ao silêncio⁵⁵², bem como outros, ainda, que consideram o conteúdo e alcance de ambos os princípios equivalentes.

Um princípio da proibição da autoincriminação, no âmbito das atividades ou das ingerências corporais probatórias – para quem o admita aí irrestritamente, nos mesmos termos da inadmissibilidade da coerção para obtenção de declarações – traduz-se, em grande medida, no debate sobre os termos da admissibilidade em que o corpo se possa converter num importante elemento «acusador» do próprio, enquanto imputado numa investigação criminal.

Como refere João Cláudio Couceiro, «Com os avanços da ciência, não é apenas pelas suas declarações (tomado o termo em seu sentido estrito) que uma pessoa pode se incriminar. Atualmente, todo o corpo “fala”»⁵⁵³.

É unânime – ou, pelo menos, assim se julga, num processo penal equitativo, de matriz acusatória, norteado pelos princípios *in dubio pro reo* e da presunção de inocência – que, a partir

⁵⁵⁰ «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer)», *loc. cit.*, p. 45.

⁵⁵¹ Cfr. CRUZ BUCHO, «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)», acessível em http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf (arq.).

⁵⁵² Entre outros, LOUIS-EDMOND PETTITI, «Droit au Silence», in *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 75/76, 1998, p. 135 e no prefácio a Bernard Bouloc, Réginald de Beco e Pierre Legros, *Le droit au silence et la détention provisoire*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 8 [«L'aspect du droit à ne pas s'autoincriminer est une variante du droit au silence (cf. arrêt Cremieux c. France)»]. Na doutrina brasileira, UADI BULOS LAMMÊGO, *Constituição Federal Anotada*, 5.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 315. Entre nós, JÓNATAS MACHADO e VERA LÚCIA RAPOSO consideram também que «o direito à não autoincriminação é uma sub categoria dentro do direito ao silêncio em sentido amplo» («O direito à não autoincriminação e as pessoas colectivas empresariais», *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Ano 3, n.º 8, jul.-set. 2009, p. 17).

⁵⁵³ A *garantia Constitucional do direito ao silêncio*, RT, 2004, pp. 147-148, *apud* ADRIANA DIAS PAIS RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 16 (nota 1).

de certo nível de gravidade das consequências penais da comprovação judicial do facto, será sempre ilegítima ou insuficiente uma “autorização legal” de valoração probatória de acordo com a qual fosse bastante uma prova exclusivamente fundada no corpo, ou, dito de outro modo, que se bastasse exclusivamente com prova produzida sobre ou partir do corpo do imputado.

Em matéria de prova através do corpo, as implicações decorrentes do princípio *nemo tenetur* terão de colocar-se de forma necessariamente diversa daquelas implicações – mais ostensivas – que emergem da salvaguarda do direito à palavra, *maxime* no que respeita à confissão do imputado, reconduzindo-se aos problemas suscitados por um *direito ao silêncio corporal*.

Se neste âmbito não sobra qualquer margem para dúvida relativamente a uma proibição de produção de prova, no caso de se atentar contra a voluntariedade ou espontaneidade de uma declaração confессória – fulminando-se, desse modo, o ato processual, com a invalidade de uma proibição de prova –, já no que respeita à produção de prova corporal, não nos parece que esta asserção possa ser entendida com o mesmo alcance. Com efeito, parece que a intransigência pela integridade e voluntariedade da palavra sobreleva qualquer outro dado probatório que, processualmente projetado pelo corpo do imputado, não passe pelo seu exercício.

Dito de outro modo, as formas de aquisição de dados probatórios com recurso ao corpo do imputado não encontram a mesma tutela intransigente que conhece a integridade da espontaneidade e voluntariedade da confissão.

O que poderia, no limite, implicar uma outra discussão: se o princípio *nemo tenetur* não se afirma de forma tão absoluta no que tange à prova por ingerência corporal, fará sentido continuar a sustentar a sua tutela, com o mesmo alcance, no que respeita às declarações prestadas pelo imputado? Claro que se pode objetar que a questão não terá sentido uma vez que uma declaração confessoria forçada ou coercivamente obtida não tem, sequer, a garantia do [elevado] grau de probabilidade dos resultados das provas obtidas por recurso a ingerência corporal – dado o especial estatuto epistemológico dos métodos técnico-científicos inerentes a estas –, pelo que a equiparação dos planos é inconsequente.

Reconhecemos que num primeiro momento assim possa parecer. Contudo, bastará lembrar propostas recentes, como a admissibilidade [da hipótese] da tortura – em situações limite de prevenção e mesmo de investigação de criminalidade grave e do terrorismo –, para se ficar com a noção de que o debate não só não é inteiramente descabido ou deslocado, como

vem sendo colocado em termos inéditos em visões tributárias do *direito penal do inimigo* e de um correspondente *processo penal do inimigo*⁵⁵⁴.

O *direito ao silêncio corporal* ou o direito a “calar o corpo” não tem, efetivamente, o mesmo alcance nem a mesma extensão do que o direito ao silêncio (da palavra). Isso é assim, como vimos, em função da natureza das coisas – são diferentes a natureza e valor de uma declaração forçada e o resultado de uma análise de ADN através da recolha (coerciva) de amostra biológica – mas, também porque pode, inclusivamente, não ser viável garantir o direito ao silêncio corporal: pense-se, p. ex., na hipótese de recolha, pela polícia, de um vestígio biológico em cena de crime, cujo perfil de ADN obtido coincide com outro perfil de referência ou porventura já existente numa base de dados; parece-nos que, aí, o seu titular não poderá invocar qualquer direito ao silêncio corporal emergente do direito à não autoincriminação e suscitar a ilicitude ou a invalidade do meio de prova produzido contra si.

Intimamente ligado com princípio *nemo tenetur*, o direito fundamental à presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2 da CRP⁵⁵⁵) tem suscitado um debate sério acerca das suas implicações práticas e extra-processuais. Um outro princípio fundamental da nossa *constituição processual penal*⁵⁵⁶ consta do n.º 1 do artigo 32.º: o princípio do processo justo e equitativo, no qual sejam asseguradas todas as garantias de defesa. Não obstante a nossa lei fundamental não clarificar a partir de que momento do processo criminal se podem fazer valer as «garantias de defesa», deverá ter-se por assente que «todo o feixe de direitos inseridos no direito constitucional de defesa deve ser posto em acção pelo menos a partir do momento em que o sujeito assume a qualidade de arguido»⁵⁵⁷.

Numa das suas obras de referência, Figueiredo Dias defendeu que o facto de o arguido ser considerado um sujeito do processo penal «(...) não quer (...) dizer que o arguido não

⁵⁵⁴ Cfr. GÜNTER JAKOBS - CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003; DIOGO RUDGE MALAN, «Processo Penal do Inimigo», *RBCC*, n.º 59, Ano 14, mar.-abr. 2006, pp. 223-259, AUGUSTO SILVA DIAS, «Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado», *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (MÁRIO F. MONTE, dir. – M. CLARA CALHEIROS – F. CONDE MONTEIRO - FLÁVIA N. LOUREIRO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 687-708.

⁵⁵⁵ É o seguinte o teor da disposição citada: «Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa».

⁵⁵⁶ Como designam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA o artigo 32.º da CRP. Além desse preceito, a Constituição de 1976 é, na história do constitucionalismo nacional, o texto que mais disposições dedica ao processo penal, sendo de salientar o regime constituído pelos seus artigos 18.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º e 32.º, que podem ser considerados, no seu conjunto, o programa constitucional do processo penal português. Conforme apontam os citados constitucionalistas, «em “todas as garantias de defesa” engloba-se indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação. Dada a radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa, só a compensação desta, mediante específicas garantias, pode atenuar essa desigualdade de armas. Este preceito pode, portanto, ser fonte autónoma de garantias de defesa. Em suma, a “orientação para a defesa” do processo penal revela que ele não pode ser neutro em relação aos direitos fundamentais (um *processo em si*, alheio aos direitos do arguido), antes tem neles um limite intangível» (*ob. cit.*, p. 516).

⁵⁵⁷ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 516.

possa, em determinados termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objecto de medidas coactivas e constituir ele próprio um meio de prova. Quer dizer sim, que as medidas coactivas e probatórias que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de autoincriminação, e que, pelo contrário, todos os actos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre personalidade»⁵⁵⁸. Na mesma obra, entendeu que «O estatuto jurídico que ao arguido seja assegurado em um certo processo penal, constitui, por excelência, a pedra de toque para avaliar o *espírito* do ordenamento jurídico processual penal respectivo, enquanto é naquele que faz crise a questão que já atrás dissemos decisiva nesta matéria: a da *forma de conceber as relações entre o Estado e a pessoa individual* e a consequente *posição desta na comunidade*»⁵⁵⁹. E acrescenta que «o arguido é *sujeito* e não objecto do processo significa, em geral, ter de se assegurar àquele uma posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de *autónomos direitos processuais, legalmente definidos*, que hão-de ser respeitados por *todos* os intervenientes no processo penal».

O mesmo Autor haveria, após a edição do atual Código de Processo Penal, de expressar a ideia de que este diploma «(...) confere ao arguido o papel de sujeito do processo sob o duplo ponto de vista, que corresponde essencialmente à dupla referência que lhe é feita no texto constitucional: enquanto o arma, por um lado, com um direito de defesa (art. 32.º-1) a que por várias formas confere efectividade e consistência; e enquanto lhe confere, por outro lado, uma fundamental presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação (art. 32.º-2)»⁵⁶⁰.

Assim, «o arguido é pois, sempre e fundamentalmente, *sujeito* do processo penal que co-determina de forma autónoma a sua conformação e desenvolvimento concretos, e não objecto de uma “inquirição” oficial que lhe seja feita. Nesta veste lhe pertencem certos direitos fundamentais, que podemos designar por *direito de audiência, direito de presença, direito de assistência do defensor e direito à interposição de recursos*»⁵⁶¹.

Entre os deveres especiais do arguido, os artigos 60.º *in fine* e 61.º, n.º 3, al. *d*) do CPP, prevêem que sobre ele recaem em especial os deveres de «Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente».

Pode, a este respeito, questionar-se se um tal dever abrange a sujeição a todo e qualquer tipo de provas legalmente admissíveis (art. 125.º do CPP) ou não proibidas, visto que

⁵⁵⁸ *Direito Processual Penal*, I, Coimbra Ed., Coimbra, 1974, p. 430.

⁵⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 427 e ss.

⁵⁶⁰ «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários - Almedina, Coimbra, 1988, p. 27.

⁵⁶¹ *Direito Processual Penal*, cit., p. 431.

aquelas normas remetem para as diligências de prova «especificadas na lei». Esta formulação parece procurar um ponto de equilíbrio entre os interesses na realização da justiça e da integridade e eficiência da investigação e da prevenção e repressão da criminalidade e da responsabilização dos culpados, por um lado, e os direitos à não autoincriminação, à integridade pessoal, à dignidade pessoal, à própria personalidade da pessoa visada pela diligência probatória.

Alguma doutrina nacional entendeu que o arguido se deve ter de sujeitar às diligências de prova não proibidas por lei⁵⁶².

O sentido indicativo da [letra da] lei parece não deixar campo de dúvida, hoje em dia, sobre a necessidade de as diligências de prova a sujeitar o arguido serem diligências de prova típicas ou, sendo atípicas, que não possam vulnerar o direito à não autoincriminação, a menos que nisso consinta o arguido, ou, ainda, quando as referidas diligências hajam sido cobertas por uma reserva de lei.

A formulação daquelas normas parece poder descortinar-se no magistério de Figueiredo Dias, de acordo com o qual «(...) Na medida, porém, em que o objecto do exame seja uma pessoa, que assim se vê constrangida a sofrer ou suportar uma actividade de investigação sobre si mesma, o exame constitui um verdadeiro meio de coacção processual - como claramente o inculca, de resto, a 2.ª parte do corpo do art. 178.º do CPP, ao estatuir que, para realização de um exame, pode “o juiz [agora o MP] tornar efectivas as suas ordens, até com o auxílio da força...” -, tendo por isso de submeter-se aos princípios (já acima referidos) que estritamente demarcam a admissibilidade de tais meios e coacção. Sendo os exames, na parte referida, um meio de coacção processual, as normas que os permitem não poderão deixar de ser entendidas e aplicadas nos termos mais estritos, tal como sucede com os restantes meios de coacção, *maxime* com a prisão preventiva; em um como em outro caso a liberdade é a regra e a restrição daquela a excepção. Excepção que, aliás, não deixa de ser constitucionalmente imposta: assegurando o art. 8.º, n.º 1, da ConstP a todos os cidadãos o direito à integridade pessoal, quaisquer limitações que a tal direito sejam feitas pela lei ordinária relativa a exames em processo penal terão de obedecer à máxima *strictissime sunt interpretanda*»⁵⁶³.

⁵⁶² Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, «No que às diligências de prova respeita, tem de sujeitar-se a todas as que não foram proibidas por lei (artigo 125.º) e quanto às medidas de coacção e garantia patrimonial apenas às que forem previstas na lei (art. 191.º)» (*Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, p. 444). Posteriormente, entendeu este mesmo Autor que «O arguido pode ser submetido, entre outras, a interrogatório (prova por declarações - artigos 140.º e ss.), a acareação (art. 146.º), a reconhecimento (art.ºs 147.º e segts), a reconstituição dos factos (art.º 150.º), a perícia e exame (art.ºs 151.º ss. e 172.º), a revista (art. 174.º), etc» (*Curso de Direito Processual Penal*, I, 4.ª ed., Verbo, Lisboa, 2000, p. 300), entendimento também acolhido no *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, p. 154.

⁵⁶³ *Direito Processual Penal*, cit., p. 439.

A investigação criminal compreende, nas suas múltiplas atividades, procedimentos que potencialmente comprimem direitos fundamentais, pelo que se costuma defender a exigência, no tocante a tais expedientes probatórios, da *reserva de lei*: os procedimentos investigatórios só são admissíveis e válidos quando gozem de expressa previsão em lei formal⁵⁶⁴. Trata-se de uma lição do BVerfG, de acordo com a qual, a lei deve prever expressa e explicitamente a medida da restrição dos direitos fundamentais, determinar a compreensão, alcance e vinculação finalístico-teleológica, bem como definir os seus limites⁵⁶⁵. Sendo essa insubstituível e necessária previsão legal para a validade das medidas e dos seus resultados, importa assinalar-lhes uma insuscetibilidade de aplicação analógica, em nome de uma suposta *Schwellentheorie*, no sentido de se admitir a legitimidade de certa medida (não prevista) como decorrência da admissibilidade expressa de outra dotada de maior ofensividade e capacidade de vulneração de direitos fundamentais.

Indissociavelmente ligada ao princípio da presunção de inocência⁵⁶⁶, pode estar uma ideia de pré-responsabilidade do imputado: a aquisição da notícia de um crime (a denúncia, a queixa ou a participação) contra alguém, torna-o objeto de suspeita, a menos que se trate de uma imputação manifestamente infundada. Surge, a partir daí, a probabilidade de o mesmo ter efetivamente, incorrido na prática de um crime. Esta ideia parece ser, a todos os títulos, uma ideia que arranca de preconceitos, e é uma ideia lógico-funcionalmente incontestável. É relativamente à hipótese mencionada na notícia do crime, com a sua imputação ao suposto autor, que se irá procurar produzir prova para confirmar – embora também deva ser produzida prova para excluir a responsabilidade do imputado, mesmo por parte do MP, numa posição de investigação *à [charge et à] décharge*⁵⁶⁷ – a acusação⁵⁶⁸. É, pois, inquestionavelmente,

⁵⁶⁴ Cfr. 6.1.1.

⁵⁶⁵ Assim, COSTA ANDRADE, «Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)», *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, AA. VV., Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 525-552.

⁵⁶⁶ De acordo com o Livro Verde sobre «A presunção de inocência», apresentado pela Comissão em 26-4-2006 [COM (2006) 174, final], o princípio, equacionado como instituto de direito processual, foi assim descrito: «A presunção de inocência compreende o direito de não se incriminar a si próprio, que inclui o direito ao silêncio e o direito a não lhe serem exigidas provas incriminatórias. É aplicável o aforismo *se ipsum de nemo maxim tenetur prodere* (ninguém pode ser obrigado a incriminar-se a si próprio). O arguido pode recusar-se a responder a perguntas e a apresentar elementos de prova. O TEDH considerou que, embora não especificamente mencionado na CEDH, o direito de não se incriminar a si próprio é um princípio internacional geralmente reconhecido que ‘integra a noção de processo equitativo’. Este direito protege o arguido contra a coação indevida por parte das autoridades, reduzindo assim o risco de erros judiciais e consagrando o princípio da igualdade de condições. A acusação deve provar as suas alegações sem recorrer a provas obtidas através de coação ou da força. A segurança e a ordem pública não podem justificar a supressão destes direitos. Trata-se de um direito ligado à presunção de inocência, de modo que qualquer coação para obter provas incriminatórias constitui uma violação do direito ao silêncio» (disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>).

⁵⁶⁷ ANTÓNIO CLUNY defende que a obrigação de investigar *à charge et à décharge* decorre dos princípios da legalidade, da objetividade e da imparcialidade, que devem presidir à apreciação dos elementos de prova recolhidos, e ao próprio critério de recolha desses elementos (*Pensar o Ministério Público Hoje*, Ed. Cosmos, Lisboa, 1997, pp. 47 e 52).

⁵⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, exprimem a ideia de que «(...) ao Ministério Público (MP) como instância formal de controlo do crime interessa, de forma quase exclusiva, a sua função de deduzir acusação ou de ordenar o arquivamento no processo penal» (*Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminológica*, Coimbra Ed., Coimbra, 1992, cap. X «O Ministério Público», p. 471).

uma ideia de “pré-responsabilidade” do arguido que aqui se identifica. Cunha Rodrigues desenvolve esta noção – fundada no «(...) argumento de que o arguido, ao praticar o facto criminoso, é responsável pela violação da ordem jurídica assim legitimando o braço jurídico do Estado para repor o equilíbrio (...)» –, sublinhando que «(...) assenta numa petição de princípio: a de que o arguido é agente do facto criminoso, hipótese que o processo se destina exactamente a esclarecer»⁵⁶⁹.

O pré-juízo que se possa produzir sobre o caso é formado invariavelmente a partir da *notitia criminis*, devendo, porém, o método procedimental recorrer a hipóteses antitéticas – quer da versão noticiada da ocorrência dos factos, quer da sua autoria –, sem embargo de reconhecer o fundamental papel do estatuto da defesa na promoção de iniciativas e na produção de contra-hipóteses.

Souto de Moura, algo provocatoriamente, sugerindo uma noção ficcional do princípio da presunção de inocência, também se interrogou: «Se se ficciona o arguido inocente, para que é que se vai provar (...) a inocência?»⁵⁷⁰.

O princípio da presunção de inocência assume, com poucas diferenças, o mesmo sentido e conteúdo nas principais declarações internacionais sobre direitos humanos. Na DUDH, de 10-12-1948, estatui-se, no seu art. 11.º, que «*toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas*». Por seu turno, na CEDH, de 1950, estabelece-se que «*qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*» (art. 6.º, n.º 2) e no PIDCP, de 1976, estabelece-se que «*qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*» (art. 14.º, n.º 2).

É, pois, natural que o princípio da presunção de inocência conheça uma transcendente importância no âmbito probatório processual penal⁵⁷¹, não se confinando à fase de julgamento. O princípio surgiu na Revolução Francesa⁵⁷², historicamente ligado à necessidade de limitar abusos do Estado, que emergiam de um sistema inquisitório do *Ancien Régime*.

⁵⁶⁹ «Sobre o princípio da igualdade de armas», *RPCC*, Ano 1, fasc. 1, Jan.-Mar. 1991, p. 90, *ed ut Lugares do Direito*, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 331-355.

⁵⁷⁰ «A Questão da Presunção de Inocência do Arguido», *RMP*, Ano 11.º, n.º 42, Jan.-Mar. 1990, p. 43.

⁵⁷¹ Sobre o princípio da presunção de inocência, cfr., entre nós, as importantes recensões de MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, «*O Princípio In Dubio Pro Reo e o Novo Código de Processo Penal*», *ROA*, Ano 49, Setembro 1989, pp. 583-611, JOSÉ SOUTO DE MOURA, «*A Questão da Presunção de Inocência do Arguido*», *loc. cit.*, pp. 31-47, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e In Dubio Pro Reo*, *BFUDC - Studia Iuridica N.º 24*, Coimbra Ed., Coimbra, 1997, RUI PATRÍCIO, *O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na Fase do Julgamento no Actual Processo Penal Português (Alguns Problemas e Esboço para uma Reforma do Processo Penal Português)*, Lisboa, AAFDL, 2000, e de ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, reimp., Coimbra Ed., Coimbra, 2005.

⁵⁷² Pela primeira vez consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (artigo 9.º): «*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de*

Em consequência, no contexto de uma dialética ritual tendente ao apuramento da verdade material, por meios processualmente válidos, o imputado não vê a seu cargo qualquer ónus probatório, no sentido de ter de demonstrar a sua inocência, e deixa de ser objeto ou meio de prova, para poder exercer o seu direito de contraditar as provas da acusação⁵⁷³.

Mas, se o princípio da presunção de inocência do arguido dispensa a necessidade de a defesa provar a inocência do imputado (suspeito ou arguido), para alcançar a absolvição, esta posição compreende três ressalvas. Desde logo, o arguido, apesar de se presumir inocente, não deixa de ter o direito em contrariar ativamente a versão da acusação contra ele deduzida, o que implica o conhecimento da acusação e das provas que a sustentam. Mas, mesmo antes da acusação, pode requerer as diligências de prova que se lhe afigurem idóneas a rebater a versão (ainda precária) da investigação. Por outro lado, a incapacidade de o MP provar a culpabilidade do arguido não conduz inexoravelmente, num sistema acusatório modelado por um princípio de investigação, à absolvição do arguido, dado que o tribunal pode – e deve – suprir a referida incapacidade da acusação. Por último, devendo o MP pautar-se por um estatuto de objetividade, nos termos da lei, não pode falar-se, relativamente a tal órgão, num autêntico “ónus da prova”, uma vez que a não demonstração da culpabilidade do arguido não tem como consequência as desvantagens dos ónus autênticos dos sistemas processuais formais ou dispositivos.

O princípio da presunção de inocência surge, por seu lado, articulado com o Princípio *in dubio pro reo*, o qual *pode ver-se como* um dos seus corolários. Este elucida-nos acerca da metódica dialético-argumentativa pela qual o decisor penal deve valorar a prova feita e decidir com base nela. O princípio em causa visa, assim, responder ao problema da dúvida na apreciação do caso criminal, não a dúvida jurídica (ou sobre o sentido da norma)⁵⁷⁴, mas a dúvida sobre o facto⁵⁷⁵. Em suma, o princípio *in dubio pro reo* parte da premissa de que o juiz não podeterminar o julgamento com um *non liquet*, ou seja, não pode abster-se de optar pela

l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.». Para uma perspetiva da evolução histórica do princípio, cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, «A Questão da Presunção de Inocência do Arguido», *loc. cit.*, pp. 31-47.

⁵⁷³ Outra questão, que aqui apenas enunciaremos topicamente, é a da distribuição de ónus de prova em sistemas processuais adversariais ou de partes – do qual o nosso se exclui – ou a sua ausência, no sentido de ser ao Tribunal que compete, no limite – ao abrigo do princípio da investigação –, investigar a hipótese colocada da existência de crime, sendo que um *non liquet* equivalerá a uma absolvição. Mas, tal só será legítimo, após se esgotarem os meios idóneos a produzir prova sobre certa realidade jurídico penalmente relevante que se pretenda demonstrar.

⁵⁷⁴ GIUSEPPE BETTIOL, «La Regola “In Dubio pro Reo” nel Diritto e nel Processo Penale», *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Ano IX, 1937 (XV), pp. 247-248.

⁵⁷⁵ MIGUEL PEDROSA MACHADO, chega, porém, ao aparente paradoxo de que o princípio *in dubio pro reo*, não dizendo respeito à “questão-de-direito”, mas sim à “questão-de-facto” (*rectius*, a “questão-de-facto” é que é o seu objeto), não é, em si mesmo, questão-de-facto, mas questão-de-direito, pois trata-se de um princípio de direito («O Princípio *In Dubio Pro Reo* e o Novo Código de Processo Penal», *ROA*, Ano 49, n.º 2, set. 1989, pp. 594 e ss.).

condenação ou pela absolvição, existindo uma obrigatoriedade de decisão, e determina que, na dúvida quanto ao sentido em que aponta a prova feita, o arguido tenha de ser absolvido⁵⁷⁶.

Embora na doutrina não colha adesão unânime a consideração do *in dubio pro reo* como um corolário do princípio da presunção de inocência, a sua imbricação é também manifesta enquanto princípio reverso do próprio princípio da culpa e como limite normativo do princípio da livre apreciação da prova⁵⁷⁷.

Se do princípio de presunção de inocência decorre que o arguido não é mero objeto ou meio de prova, mas sim um sujeito e participante processual com “armas” tendencialmente idênticas às da acusação, daí emerge, em estreita articulação com o princípio da proteção da dignidade pessoal que a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela decisão da sua vontade, além de legalmente estabelecido o *modus faciendi* de tais ingerências; assim, em matéria de prova, o arguido não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal, além de que a sua confissão – ato espontâneo de “colaboração”, mas de autenticidade por vezes discutível – se deva rodear de especiais cautelas.

O entendimento doutrinário sobre o efeito processual do princípio da presunção de inocência não é unânime. Há os partidários da visão de que o princípio não altera o estatuto e a posição do arguido – não o tornando *inocente* –, mas operando apenas ao nível da questão da apreciação da prova⁵⁷⁸. Há, por outro lado, quem entenda que o princípio contende, desde logo, com a posição e estatuto processual do arguido⁵⁷⁹, e que, se o mesmo se encontra mergulhado num estado de dúvida durante o processo, este destina-se justamente a resolver este estado de dúvida. Para além disso, a restrição, suspensão ou negação de direitos do arguido – intra ou extra-processualmente – devem ser as mais limitadas possíveis, de forma a

⁵⁷⁶ Não sendo a prova produzida suficiente para formar a convicção do julgador para além de qualquer dúvida razoável, no sentido da culpabilidade do imputado-arguido, este terá necessariamente, de ser absolvido.

⁵⁷⁷ Sobre a questão, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 51 e ss., ao considerar o princípio *in dubio pro reo* como limite normativo do princípio da livre apreciação da prova. Também GIUSEPPE BETTIOL, aponta também para a relação entre o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da livre apreciação da prova, em «*La Regola “In Dubio pro Reo” nel Diritto e nel Processo Penale*», cit., p. 246. Sobre o princípio da livre apreciação da prova, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, cit., pp. 198 ss.

⁵⁷⁸ GIUSEPPE BETTIOL, «*La Regola “In Dubio pro Reo”...*», cit., BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2004. Entre nós, RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, 2.ª edição (revista e actualizada), Rei dos Livros, Lisboa, s.d.

⁵⁷⁹ Assim parecem pronunciar-se GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Lisboa / São Paulo, Editorial Verbo, 2000, pp. 82-83, e MANUEL GUEDES VALENTE, em *Processo Penal*, t. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 147 e ss. O Ac TC n.º 123/92, de 31-03-1992 parece acolher essa posição, ao considerar que: «O princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, para além de ser uma regra válida em matéria de prova (princípio *in dubio pro reo*), contém implicações ao nível do próprio estatuto ou da condição do arguido, em termos de tornar ilegítima a imposição de qualquer ónus ou a restrição de direitos que, de algum modo, representem e se traduzam numa antecipação da condenação» (BMJ 415/564 ss.).

implicar o menor prejuízo, em moldes de transitoriedade e reversibilidade, em termos tais que se possam considerar aceitáveis⁵⁸⁰.

Se o princípio da presunção de inocência não é uma presunção em sentido estrito ou técnico-jurídico – visto não se enquadrar no alcance do art. 349.º do CC – porque não se trata de uma ilação que a lei ou o julgador extrai para firmar um facto desconhecido a partir de um facto conhecido, também não pode ser tido como uma mera ficção. Assim, convocam-se, amiúde, os contributos dos princípios do contraditório e da igualdade de armas para contrabalançar a suposta desvantagem em que o arguido alegadamente se encontra face ao Estado⁵⁸¹.

Não sufragamos esta posição, propendendo, antes, a aceitar um entendimento expresso por Cunha Rodrigues, ao defender que «São também menos esclarecidas as posições daqueles que têm como implícita a ideia de que acusação e defesa podem usar as mesmas armas. Bem ao contrário. São, desde logo, desiguais as armas que a lei distribui pela acusação e pela defesa. O Ministério Público tem um dever de objectividade orientado para a descoberta da verdade, o arguido tem o direito ao silêncio, a acusação tem o ónus da prova, o arguido goza da presunção de inocência, o Ministério Público investiga *à charge et à décharge* e pode actuar no interesse exclusivo do arguido, a defesa tem o direito de agir unilateralmente.

Estas diferenças, comuns a outros tipos processuais, fizeram Balladore Pallieri interrogar-se sobre se o princípio de igualdade de armas deve ser entendido de modo absoluto no sentido de que os dois contendores devem bater-se com armas do mesmo comprimento ou antes no sentido de que o quem tem um braço um pouco mais curto deve dispor de uma arma um pouco mais longa»⁵⁸².

O princípio não pode, de resto, ser entendido de forma estática e absolutizante, indiferente à dinâmica da realidade processual e à própria conformação concreta do processo. Estará essencialmente em causa uma relação “meio-fim”, mais do que uma relação

⁵⁸⁰ Conforme relembra SOUTO DE MOURA, «Como bem apontou Carnelutti, a justiça humana é de tal modo precária, que não só faz sofrer as pessoas depois de condenadas, como as faz sofrer para se saber se hão-de ser condenadas. Ora, é em face desta realidade inelutável, mas nem por isso menos lamentável, que o princípio da presunção de inocência ganha nova luz. Até à decisão final, é sempre possível admitir a hipótese de absolvição. E se a absolvição ocorre por força de se ter afirmado a inocência do arguido, este tê-lo-ia sido sempre, antes do processo e durante o processo. Ora, os actos gravosos cometidos durante o processo contra o arguido, que se verificou depois estar inocente, surgirão como inadmissíveis, já que produziram uma lesão de interesses imerecida e irreversível. Lesão sofrida por alguém que em nada contribuiu para criar a situação de que foi vítima. Este pensamento parece ser suficiente para que o tratamento preferível durante o processo seja de inocência e não de culpabilidade» («A Questão da Presunção de Inocência do Arguido», *loc. cit.*, pp. 35-36).

⁵⁸¹ A este propósito, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, referem mesmo que existe uma «radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa», pelo que «só a compensação desta, mediante específicas garantias, pode atenuar essa desigualdade de armas» (*Constituição da República Portuguesa - Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra Ed., Coimbra, 1993, p. 202).

⁵⁸² «Sobre o princípio da igualdade de armas», *Lugares do Direito*, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 342-343. Pensamos que a estrutura fisiológica e operacional de muita da nova criminalidade – mormente, a criminalidade organizada, tecnológica e altamente violenta – exige hoje respostas do Estado que não se compadeçam com num patamar de reacção idêntico ao que é dispensado à criminalidade de tipo convencional.

quantitativa será uma questão qualitativa que deve estar implicada na gestão e distribuição dos direitos (das *armas*) necessárias para a afirmação das posições dos respetivos estatutos dos sujeitos processuais.

Assim, a conformação do princípio da presunção de inocência, ao conexionar-se dialeticamente com outros princípios, ou sub-princípios, não se perspetivará como um princípio inalterável; não se confunda, porém, o que afirmamos com uma presuntiva defesa da existência de graus de presunção de inocência. A presunção de inocência não vai decrescendo à medida que o arguido vai, sucessivamente, sendo sujeito a momentos processuais como a acusação, a pronúncia, recebimento da acusação e decisão condenatória não transitada, uma vez que pode vir, a final, a ser absolvido⁵⁸³.

A evolução normativa que o princípio tem conhecido precipitou-se também na Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016⁵⁸⁴, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal. Nos termos deste instrumento, não poderia deixar de haver uma refração expressa respeitante à matéria da ingerências corporais, pelo que no seu art. 7.º, n.º 3 se estipula que «O exercício do direito de não se autoincriminar não impede a recolha pelas autoridades competentes de elementos de prova que possam ser legitimamente obtidos através do exercício legal de poderes coercivos e cuja existência é independente da vontade do suspeito ou do arguido»⁵⁸⁵.

Neste passo, parece oportuno ilustrar a questão do *direito ao silêncio corporal* com o exemplo, a vários títulos paradigmático, do processo que foi objeto do Ac TC n.º 155/2007, de 02-03-2007 (Rel. Cons. Gil Galvão) e das questões nele suscitadas, algumas das quais,

⁵⁸³ Mais controversa do que a hipótese de a absolvição se poder ficar a dever a razões de demonstração da inocência do arguido será, ao invés, se a mesma se funda em questões formais que obstem à sua punição (sejam elas a prescrição do procedimento criminal, a desistência, a efetividade de proibições de prova), uma vez que, aqui, pode até existir prova da *culpabilidade fáctica*. Nem se diga que a distinção é, nesta fase, irrelevante, uma vez que o processo chega ao fim terminando com a «paz jurídica» do arguido. É que, em todo o caso, a presunção de inocência enquanto categoria jurídica intra e extra-processual, é algo que deve ser válido também para o futuro, e não apenas no contexto do processo.

Já nos parece que pode falar-se em graus (variáveis) de indicição, de resto com acolhimento legal nos conceitos de «suspeita fundada» (art. 58.º, n.º 1, al. *a*) do CPP), «fortes indícios» (artigos 200.º, n.º 1, 202.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) do CPP) ou «indícios suficientes» (art. 283.º do CPP),

⁵⁸⁴ Os Estados-Membros devem, até 01.04.2018, pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à diretiva, pensando-se que o ordenamento nacional já contempla suficientes dispositivos para assegurar as suas linhas orientadoras.

⁵⁸⁵ Mais explicitamente, de acordo com o ponto 29 dos considerandos «O exercício do direito de não se autoincriminar não deverá impedir as autoridades competentes de recolher elementos de prova que, embora possam ser lícitamente obtidos junto do suspeito ou do arguido através do exercício de poderes legais coercivos e que existem independentemente da vontade do suspeito ou do arguido, por exemplo, os elementos recolhidos por força de um mandado, os elementos em relação aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido, as amostras de hálito, sangue e urina, bem como de tecido humano para efeitos de testes de ADN».

apesar de ali terem sido concretamente solucionadas, não foram inteira e definitivamente esclarecidas, mesmo após a *Reforma Penal de 2007*⁵⁸⁶.

No caso subjacente ao aresto, um arguido suspeito da prática de dois crimes de homicídio, recusara-se à pretendida recolha de amostra de saliva (zaragatoa bucal) – invocada como necessária e proporcional para a descoberta do autor dos factos –, considerando que a mesma carecia de suporte legal e que era intrusiva e ofensiva da sua integridade pessoal, da sua liberdade de decisão e da sua intimidade, por ser levada a cabo contra a sua vontade, para mais não tendo sido ordenada por um juiz, mas por um magistrado do MP. Sendo informado que, caso não autorizasse voluntariamente o procedimento, “a diligência iria ter lugar, mesmo que para tal fosse necessário o recurso à força”, o arguido assinou uma declaração afirmando que faria, mas contra a sua vontade. Reagiu contra este procedimento para a juíza de instrução, mas esta viria a considerar improcedente o pedido de declaração de nulidade do ato que o arguido fez, no dia seguinte à diligência.

Com base na invocação da inconstitucionalidade da interpretação, no despacho da JI, da norma do art. 172.º, n.º 1 do CPP, «interpretada no sentido de possibilitar ao MP ordenar 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», o arguido recorreu para a Relação do Porto. Este tribunal, por acórdão de 3 de maio de 2006, viria a considerar improcedente o recurso do arguido – mantendo o despacho recorrido – considerando justificada a realização compulsiva do exame, por se considerar que a colheita de saliva representa uma ofensa insignificante ao direito à “autodeterminação corporal”, justificando-se o procedimento face à procura da verdade material enquanto exigência de ordem pública e do bem-estar geral, sustentando, por outro lado, que o art. 172.º, n.º 1 do CPP atribuía à autoridade judiciária o poder – que, implicitamente, entendeu recair no MP – de compelir as pessoas a submeterem-se a exames dessa natureza.

Na fundamentação do seu aresto, o TC veio, por seu turno, reconhecer que a recolha coerciva de saliva – através de zaragatoa bucal – para fins probatórios é suscetível de colidir com vários direitos constitucionais, desde o direito à integridade pessoal, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional, e, até, à liberdade geral de ação, mas entendeu que a sua restrição não é desproporcional, tendo em conta a natureza dos interesses públicos a

⁵⁸⁶ Sobre a questão, com muito interesse, embora se trate de estudos datados, MÁRIO F. MONTE, «O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida? – Acórdão do Tribunal da relação do Porto de 13 de Setembro de 2006», *RMP*, n.º 108, out.-dez. 2006, pp. 239-262 e LUÍS BONINA, «Colheita Coactiva de Vestígios Biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético – Comentário aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 155/2007 e 228/2207», *RMP*, n.º 110, abr.-jun. 2007, pp. 203-206.

prosseguir por tal medida probatória, designadamente as necessidades de investigação criminal e a busca da verdade material. No caso, observar-se-ia o princípio da proporcionalidade do n.º 2 do art. 18.º da CRP, dada a superioridade dos bens a salvaguardar face aos bens a sacrificar.

Por outro lado, a realização coativa de testes de ADN (contra a vontade do visado) tinha também habilitação legal e densidade normativa suficiente, através do conteúdo do art. 172.º do CPP e do art. 6.º da Lei n.º 45/2004.

O único óbice apontado pelo TC – que conduziria ao juízo de inconstitucionalidade em que incorreram MP, JI e tribunal da Relação do Porto ao interpretar aquelas normas –, consistia na falta de prévia autorização judicial para a realização da diligência probatória efetuada, tendo, pois, o TC considerado que para certos exames, como o da recolha de saliva por zaragatoa bucal para determinação de perfil genético, se exige uma “reserva de juiz”, situação que só viria a ser efetivamente clarificada após a *Reforma Penal de 2007*, através da alteração do n.º 2 do art. 172.º do CPP, pelo art. 1.º da Lei n.º 48/2007, de 29-08, ao remeter para o disposto no art. 154.º, 2 do CPP⁵⁸⁷, consagrando a reserva de juiz para os casos de exames sobre «características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o consentimento».

Nesta decisão, o TC absteve-se de incluir o princípio *nemo tenetur* entre os princípios e direitos afetados – ou potencialmente afetados – na diligência de recolha coativa de vestígios biológicos. Após discutir a pertinência da aplicação ao caso do princípio, o TC viria a afirmar que o «(...) direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...), o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de A.D.N. Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação. Assim sendo, não se pode sustentar, ao contrário do que pretende o recorrente, que as normas questionadas contendam com o privilégio contra a auto-incriminação».

Já foi sugerido que esta posição jurisprudencial constitui, mais do que uma interpretação restritiva do princípio *nemo tenetur* – limitando o seu âmbito às declarações orais –, talvez um expressivo entendimento de que, afinal, o corpo do arguido é um vasto banco de

⁵⁸⁷ De notar que o preceito sofreria alteração da numeração, através do art. 1.º da Lei n.º 20/2013, de 21-02, passando o n.º 2 do art. 154.º do CPP a constituir o n.º 3.

elementos de prova, a mobilizar e utilizar contra si mesmo⁵⁸⁸. Não sufragamos esse entendimento, parecendo-nos que um *direito ao silêncio corporal* terá de ser concebido como algo de distinto – embora mais limitado – do que o direito ao silêncio declaratório.

Com efeito, o resultado de um exame ou de uma perícia (ou de um exame pericial) é aleatório e incerto, não podendo equivaler a uma obrigação de o visado se confessar culpado⁵⁸⁹. É certo que as medidas probatórias corporais podem ser oponíveis a sujeitos processuais relativamente aos quais vigore já uma forte carga de indicição de culpa, mas se se levar a sério o princípio da presunção de inocência, o eventual resultado confirmativo de uma dada suspeita dessas medidas em caso algum pode significar a uma *confissão corporal*, para além de que o seu valor dever ser conferido e escrutinado no confronto com outros elementos emergentes de outras diligências de prova.

4.2.2. O direito à inviolabilidade da integridade pessoal (moral e física) da pessoa humana (art. 25.º CRP)

Indissociavelmente ligado ao reconhecimento da dignidade humana, o reconhecimento e a tutela da integridade pessoal, apresenta duas dimensões essenciais: a física e a moral. A sua inviolabilidade é evidenciada na inexistência de autorização expressa de leis restritivas e na insuscetibilidade da sua afetação em caso de estado de sítio ou de emergência (art. 19.º, n.º 6 da CRP). Apesar de haver uma proibição absoluta das formas mais intensas da sua violação, o direito à integridade pessoal não está subtraído a algum tipo de (auto-)limitações.

Na sua definição mais elementar, a tutela da integridade pessoal significa o direito a não ser agredido no corpo ou no espírito, por quaisquer pessoas (físicas ou coletivas).

A dimensão da sua tutela penal substantiva é estruturada em torno das incriminações da ofensa à integridade física, na sua forma simples (art. 143.º CP), agravadas (artigos 144.º, 145.º e 147.º do CP) ou privilegiadas (artigos 146.º e 148.º do CP). Mas também pode edificar-se em torno da tentativa de homicídio e de crimes de perigo comum, que resultem na ofensa à integridade física grave de outrem (art. 285.º CP). A aceção civil da tutela da integridade pessoal processa-se primordialmente em torno dos direitos de personalidade (art. 70.º CC). No quadro contemporâneo de um sistema de tutela de direitos da personalidade, o âmbito da tutela do corpo estrutura-se em redor de duas vertentes principais de complexos de direitos e deveres: numa primeira, inscreve-se o direito à integridade física ou incolumidade corporal, que o defende contra agressões ou ameaças de agressão e, em certas situações, impõe deveres

⁵⁸⁸ Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, cit. p. 30.

⁵⁸⁹ M. ISABEL HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 359-367 e PAOLO MARCHETTI, *Testis Contra Se - L'Imputato come Fonte di Prova nel Processo Penale dell'Età Moderna*, Giuffrè Ed., Milão, 1994, pp. 274-290.

de prestação de auxílio; uma outra, contende com o direito à autodeterminação corporal do sujeito titular.

Do direito à integridade física ou incolumidade corporal, resulta a obrigação para terceiros e para o Estado, do dever de respeito do corpo [alheio] de qualquer pessoa, na sua dimensão integral, sendo considerada civilmente ilícita qualquer violação ou ameaça de violação, ao real ou potencial desse corpo, desde que não haja causas de justificação da ilicitude civil. São, por isso, ilícitos todos os atos de terceiros que, de qualquer forma, atentem ou ofendam o corpo humano de outrem, por meio de ferimentos, maus tratos psíquicos, administração de substâncias prejudiciais à saúde, bem como intervenções médico-legais não consentidas, ainda que em benefício do paciente, realizadas de acordo com as regras das *leges artis* e bem sucedidas, e cuja ilicitude não seja excluída por alguma causa de justificação. Mas, além de deveres omissivos, a tutela do bem jurídico da integridade corporal, gera igualmente deveres positivos de praticar atos de auxílio, nomeadamente quando tal resulte de lei – caso do dever imposto pelo art. 200.º do CP⁵⁹⁰, ou seja, um dever geral de solidariedade, ou do dever dos médicos, imposto pelo art. 284.º do CP, *i. e.*, um dever específico de ingerência em função de especiais habilitações – ou de negócio jurídico, cuja violação pode originar responsabilidade civil nos termos dos artigos 483.º e 486.º do CC.

Por seu turno, o complexo de poderes e deveres inerente à autodeterminação corporal por parte do sujeito, que este possa, em exclusivo, dirigir e conformar o seu corpo, sujeitando-se, ou não, a tratamentos e intervenções cirúrgicas, estabelecer negócios implicando esforços ou até riscos, e destacar ou obrigar-se a destacar elementos do corpo.

O poder de autodeterminação corporal não é ilimitado ou absoluto. Deixa de ser juridicamente lícito quando atente contra bem superior, como a vida ou contra o próprio corpo, o que releva no caso do suicídio e da automutilação em geral, comportamentos que, não sendo classificados como ilícitos, não são lícitos⁵⁹¹.

Mas o poder de autodeterminação corporal pode ser mesmo ilícito se contrariar proibição legal, como no caso de (auto-)mutilação para isenção do serviço militar (art. 78.º, n.º 1 do CJMil), os bons costumes⁵⁹² ou princípios de ordem pública⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Cfr., por todos, no âmbito da versão originária do art. 219.º do CP (1982), MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Contributo para a interpretação do artigo 219.º do Código Penal (o crime de omissão de auxílio)*, Studia Iuridica, N.º 6, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 1994.

⁵⁹¹ Naturalmente que tais comportamentos não são juridicamente neutros, desde logo, porque implicam responsabilidade para terceiros participantes (cfr. artigos 135.º - Incitamento ou ajuda ao suicídio - e 139.º - Propaganda ao suicídio - do CP), deixando de ser juridicamente censurados por razões eminentemente político-criminais de não agravamento da situação de sofrimento existencial das pessoas que tentam suicidar-se, em resultado de estados de perturbação psíquica ou distúrbios de personalidade, ainda que acidentais.

⁵⁹² Quanto às questões suscitadas pela prática da prostituição, cfr. 3.1.1.

⁵⁹³ Como hipóteses de contrariedade de princípios de ordem pública podem apontar-se alguns termos de contratos de gestação, em que se imponham certas obrigações ou renúncia a certos direitos.

Em todo o caso, quer o direito à incolumidade corporal, quer o direito de autodeterminação corporal podem ceder, face a interesses socialmente preponderantes, como nos domínios do controlo da natalidade, da saúde ou de segurança pública ou da defesa nacional. Entre tais limites, encontram-se, p. ex. as campanhas de limitação da natalidade, a vacinação obrigatória, os radiorastreios, o tratamento ou internamento compulsivo por afetação de certas doenças (infeto-contagiosas ou psiquiátricas), a realização de exames de alcoolemia e de presença de drogas, o controlo anti-*doping* nos praticantes desportivos, que, no entanto, só assumirão coercibilidade quando a sua realização observe os pressupostos – materiais e formais – e seja preordenada às suas finalidades legais.

Os limites ao direito à autodeterminação corporal são, apesar de tudo, residuais e excepcionais, no contexto de uma sociedade personalista, plural e multicultural, como a nossa, envolvendo-se os terceiros que os violem em responsabilidade civil ou criminal.

Não sendo o direito à inviolabilidade da integridade pessoal e corporal blindado por uma proibição absoluta da sua restrição, competirá às autoridades processuais a tarefa de apurar em que casos e circunstâncias a mesma será constitucionalmente admissível e processualmente relevante, designadamente em termos e com finalidades probatórios⁵⁹⁴.

4.2.3. Os direitos pessoais: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, identidade pessoal, reserva da intimidade da vida privada e familiar (*privacy*) e direito à autodeterminação corporal e informacional (art. 35.º da CRP), dignidade pessoal e identidade genética (art. 26.º da CRP)

Um dos vetores em que se pode fazer sentir a tensão entre os interesses da integridade e eficácia processual penal e de obtenção da prova, por um lado, e dos direitos fundamentais do cidadão imputado, por outro, condensa-se na potencial vulneração de direitos tão relevantes como os do livre desenvolvimento da personalidade, da identidade pessoal, da reserva da intimidade da vida privada e familiar (*privacy*) e do direito à autodeterminação informacional à dignidade e integridade pessoal e à identidade genética.

Estas dimensões de tutela jurídica da personalidade pressupõem – e impõem – um dever de abstenção do Estado (e dos particulares) nas esferas abrangidas pelas mesmas.

A doutrina e jurisprudência alemãs entendem que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (plasmado no art. 2. 1 da GG) compreende o direito geral de personalidade

⁵⁹⁴ O TC tem entendido de forma consolidada, que a integridade física possa ser restringida quando esteja em causa a averiguação de crimes e dos seus autores, uma vez que «sendo o Estado de Direito um Estado de justiça, o processo, tanto o criminal, como o civil, há-de reger-se sempre por regras que, respeitando a pessoa em si mesma (na sua dignidade ontológica), sejam adequadas ao apuramento da verdade, pois só desse modo se podem fazer triunfar os direitos e os interesses para cuja garantia o processo é necessário» (Ac TC n.º 128/92), ou afirmando que «a Constituição autoriza, tendo em vista a prossecução das finalidades próprias do processo penal e respeitadas as demais e já referidas exigências constitucionais, a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à liberdade geral de actuação, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informacional» (Ac TC n.º 155/2007).

(acolhido no art. 70.º do CC) – que abrange o direito à intimidade da esfera pessoal, os direitos à palavra e ao silêncio, o direito à autodeterminação informacional, à não valoração de diários íntimos em processo penal, à ressocialização, à reputação e bom nome, e algumas garantias reconduzíveis ao direito a um processo equitativo – e a liberdade geral de ação, que inclui realidades mais amplas como a autonomia privada, a liberdade de circulação, a liberdade económica e laboral, nas quais é o poder legislativo que tem de justificar a coerção e não os cidadãos a sua liberdade. Assim, no direito alemão o direito ao livre desenvolvimento da personalidade identifica-se como o princípio de irradiação de todos os direitos pessoais mesmo não especificados, entre os quais se contam quase todos os plasmados no texto da Constituição nacional, assumindo, por isso, o referido direito um alcance mais modesto no direito português.

No entendimento do nosso TC, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade engloba «a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida», o que implica o reconhecimento da liberdade geral de ação, sendo certo que, nesta sua dimensão, o «direito ao desenvolvimento da personalidade não protege, nomeadamente, apenas a liberdade de actuação, mas igualmente a liberdade de não actuar (não tutela, neste sentido, apenas a actividade, mas igualmente a passividade, com uma garantia não unidimensional de actuação, mas pluridimensional, de liberdade de comportamento, enquanto decorrente da ideia de desenvolvimento da personalidade»⁵⁹⁵.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade «constitui um direito subjectivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de acção como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória»⁵⁹⁶.

Assim identificado o âmbito desta liberdade e direito fundamental como um espaço de potencial conflito, a questão volve-se na determinação do critério de admissibilidade da sua limitação.

O corpo enquanto bem da personalidade encontra-se incluído na esfera de tutela conferida pelo art. 70.º do CC, que pressupõe a tutela da personalidade física [e moral] do indivíduo. Em termos juscivilísticos, e de acordo com a proposta de Rabindranath Capelo de Sousa, o direito geral de personalidade caracteriza-se como «(...) o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (*v. g.* da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a consequente obrigação por parte dos demais sujeitos de se

⁵⁹⁵ Cfr. Ac TC n.º 288/98 e PAULO MOTA PINTO, *apud* Ac TC n.º 368/02.

⁵⁹⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1, cit., p. 463.

absterem de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida»⁵⁹⁷.

Esta dimensão da autonomia pessoal é diretamente protegida pelo crime de coação, que configura o tipo fundamental dos crimes contra a liberdade de decisão e de ação e cujo tipo objetivo se preenche quando, através da violência ou de ameaça com mal importante, se constrange outra pessoa a adotar um determinado comportamento, ativo ou omissivo. O uso da violência para ultrapassar a resistência do visado a suportar a realização de uma ingerência corporal é suscetível, pois, de integrar abstratamente a prática de um crime de ofensa à integridade física, assim como a sua ameaça pode configurar um crime de coação – artigos 143.º e 154.º, n.º 1 do CP^{598 599}.

Paralelamente ao valor da intimidade, é conhecido o fenómeno contemporâneo da “extimidade”, conceito que resulta de uma atitude de certos extratos sócio-etários propensa à exposição de certos aspetos da sua personalidade – alguns deles convencionalmente remetidos para uma das esferas da intimidade – mas, em qualquer caso, exibindo publicamente aspetos da sua intimidade⁶⁰⁰, o que pode suscitar colisões entre posições ambivalentes do sujeito, devendo atribuir-se preponderância à manifestação de um dos vetores que o mesmo pretenda salvaguardar, de acordo com o uso da dimensão (da intimidade ou da extimidade) que o sujeito indique.

Outras dimensões de jusfundamentalidade pertencentes à intimidade podem ser equacionadas no confronto com as pretensões corporais probatórias do Estado (como, p. ex., o pudor). Uma revista corporal não atenta, em princípio, contra a integridade física do visado, mas poderá atentar contra a sua dignidade e pudor. Deverá, só por isso, dispensar-se a exigência de consentimento do visado ou de autorização da autoridade judiciária, procedendo-se coercivamente à mesma?

A conceção do direito à autodeterminação informacional teve o contributo decisivo da jurisprudência do BVerfG, sugerindo que a tutela da esfera privada – de acordo com a teoria

⁵⁹⁷ *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p. 93.

⁵⁹⁸ Convém notar que, nalgumas situações de ingerência corporal em que não haja vulneração da integridade física ou corporal do sujeito, a imposição coerciva de medidas probatórias pode implicar o recurso a meios de *vis physica*, no sentido de neutralizar qualquer oposição ou falta de consentimento daquele à sua concretização.

⁵⁹⁹ Retomando o exemplo da factualidade subjacente ao Ac TC n.º 155/2007, a recolha de saliva através de zaragatoa bucal foi efetuada no processo contra a vontade expressa do arguido, mas sem que tivesse existido utilização de força física, embora tenha havido ameaça de recurso à força, circunstância factual que, no entanto, não foi expressamente analisada pelo TC em todas as suas interferências e implicações.

⁶⁰⁰ Fenómenos muitas vezes ostentado em revistas de atualidades, «cor-de-rosa» ou em redes sociais. Sobre a questão, DORA GARCÍA FERNÁNDEZ, «El Derecho a la Intimidad y el fenómeno de la Extimidad», *Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* – Vol. 19, N.º 2, 2010, pp. 269-284.

das (três) esferas de privacidade – poderia não constituir suficiente proteção do indivíduo, face aos poderes de ingerência do próprio Estado na esfera de autonomia dos cidadãos⁶⁰¹. O seu conteúdo envolve o direito de cada cidadão decidir, ele mesmo, quando e dentro de que limites os seus dados pessoais – a sua informação pessoal –, podem ser revelados. Assim além da proteção que, de uma forma segmentada, tais dados podem ser objeto de tutela, haveria um patamar de tutela compreensiva de tal informação pessoal, reservada, de cuja disponibilidade e autonomia o cidadão pode não querer abdicar, assumindo-se, dessa forma, como garantia do direito à reserva da vida privada, consagrando o n.º 3 do art. 35.º da CRP a proibição da informática para tratamento de dados referentes à vida privada «salvo mediante consentimento expresso do seu titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis»⁶⁰².

A doutrina parece convergir no sentido em que o direito vigente, tanto nacional como estrangeiro, ainda não considera o direito à autodeterminação informacional como específico e autónomo bem jurídico-penal⁶⁰³.

Gomes Canotilho e Vital Moreira definem o direito à reserva da intimidade da vida privada como «o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular», o qual se decompõe «(...) principalmente em dois direitos menores: (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»⁶⁰⁴.

Cabe, aqui, lembrar a importância que a este propósito pode assumir a teoria das *três esferas ou degraus da vida privada* (“*Sphärentheorie*”), desenvolvida por vasta doutrina alemã⁶⁰⁵ – onde pontificam Heinrich Hubmann, em 1953, e Henkel, em 1957–, e secundada por ampla jurisprudência constitucional – sobretudo a partir do aresto do BVerfG de 31-01-1973 –, a qual teve o mérito de evidenciar uma área nuclear e inviolável da intimidade; ainda hoje se

⁶⁰¹ Cfr. KARL-HEINZ GÖSSEL, «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha», *loc. cit.*, p. 432.

⁶⁰² HELENA MONIZ considera que o direito à autodeterminação informacional «(...) é simultaneamente um direito garantia do direito à reserva da privada e um direito fundamental que se traduz na faculdade de o particular determinar a controlar a utilização dos seus dados pessoais» («Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática (O caso especial dos dados pessoais relativos à saúde)», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 2.º, abr.-jun. 1997, pp. 246-247).

⁶⁰³ Neste sentido, COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico – SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo* (reimp.), Coimbra Ed., Coimbra, 2004, p. 63 (nota 36).

⁶⁰⁴ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 4.ª Ed. revista, Coimbra Ed., Coimbra., 2007, p. 388. Sobre o conceito do direito à reserva da intimidade da vida privada cfr., igualmente, os Acs. TC n.ºs 128/92, 319/95, 355/97 e 368/2002.

⁶⁰⁵ Apesar de já ter sido defendido por ROGALL o seu estatuto de “teoria moribunda”, após uma pronúncia do BGH precisamente acerca das implicações de proibições de prova no âmbito do § 81a da StPO («Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von strafprozessualen Beweisverbote», *ZStW*, 1979, p. 26, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., p. 94 (nota 30)). Também reticentes quanto à relevância da distinção entre *intimidade e vida privada* e o rigor e a utilidade da *teoria das três esferas*, cfr. PAULO MOTA PINTO, «O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», *BFDUC*, n.º 69, 1993, pp. 479 – 586 (n. 122) e GOMES CANOTILHO - VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 468.

pode assumir como valioso contributo prático-operativo, para nos guiar em sede de exercícios de ponderação de interesses e valores conflituantes em matéria de prova corporal⁶⁰⁶.

De acordo com tal teoria, os bens da privacidade encontram-se arrumados em três círculos concêntricos: a *esfera de intimidade*, a *esfera normal da vida privada* e a *esfera* mais extensa da *vida normal de relação*.

O primeiro reduto representa a esfera da intimidade ou segredo (*Geheimsphäre* ou *Kernsphäre*), o mais denso e íntimoda área nuclear intangível e inviolável da vida privada, onde não seria justificada uma qualquer violação à expressão mais privada da vida, por parte das autoridades públicas ou de particulares, pelo que goza de um grau de proteção absoluto⁶⁰⁷. Por isso, estará, neste âmbito de tutela, excluída a possibilidade de aqui interceder um qualquer critério de proporcionalidade tendente a legitimar a sua restrição.

O segundo nível de proteção é constituído pela área normal da vida privada, também designada por *Vertrauenssphäre* ou “esfera de confiança”, também ela expressando o valor do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa humana, tutelada pela Constituição e pelo direito ordinário, mas sendo atenuado o seu grau de proteção quando em confronto com a salvaguarda de valores ou interesses superiores, de acordo com as exigências de um critério de proporcionalidade. Apesar de abranger áreas de privacidade inequívocas, como o direito à palavra e à imagem, a consideração do seu valor não absoluto é que legitimou a jurisprudência do BVerfG a reconhecer a legitimidade das escutas telefónicas, e, posteriormente, da captação de imagens, dado que «(...) tais processos não contendem com uma esfera inviolável da intimidade, mas apenas com a esfera da privacidade». Todavia, no confronto entre os interesses da perseguição penal e o interesse da privacidade e das finalidades terapêuticas dos dependentes de droga, o mesmo Tribunal considerou que tais processos não poderiam ser utilizados para efetivar a responsabilidade (criminal) dos consumidores, mas que seriam admissíveis para estabelecer a responsabilidade dos agentes do tráfico de estupefacientes, das suas redes e dos crimes a eles associados.

Por fim, a esfera mais periférica e vasta da vida normal de relação, apesar de subtraída à devassa da publicidade, não contempla já verdadeiros núcleos de privacidade merecedores de especial tutela, cuja violação seria, em princípio, socialmente adequada. Estarão em causa, essencialmente, aspetos da privacidade que relevam no plano do interesse na salvaguarda da mera devassa ou *voyeurismo*, por isso não comportando a sua vulneração, por via de regra, consequências penais (mas podendo implicar responsabilidade civil).

⁶⁰⁶ Cfr., mais desenvolvidamente, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., pp. 94-100.

⁶⁰⁷ Cfr., entre nós, com interesse, no tocante à discussão sobre a admissibilidade e relevância probatória dos diários íntimos, J. CONDE CORREIA, «Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal», *RCEJ*, N.º 6 – 1.º Semestre 2007, pp. 139-160.

Naturalmente que a distinção entre os três níveis não se fará sem algum grau de dificuldade, subjetivismo, sendo o casuísmo uma das suas fragilidades.

No contexto da produção de prova corporal, o apelo à teoria das três esferas da privacidade pode representar um instrumento de alguma utilidade, ao auxiliar na delimitação das esferas de proteção de privacidade do sujeito passivo das medidas de prova, de forma a aferir a possibilidade do seu emprego e o grau de violação do interesse a afetar. Exemplificando, a recolha e registo fotográfico de uma tatuagem ostensivamente visível da pessoa deve ser relegada para um nível de privacidade bem distinto – menos carente de tutela – do que a realização de uma radiografia ou de uma revista corporal ou de uma recolha de sangue.

O TC nacional não tem aderido à teoria das três esferas, rejeitando a distinção entre esfera normal da vida privada e esfera da intimidade, não reconhecendo a esta uma tutela acrescida «isto, sem prejuízo de tal distinção poder relevar para graduar a gravidade da ofensa ou para resolver o conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos»⁶⁰⁸. O TC tem entendido o direito à reserva da intimidade da vida privada essencialmente como a proteção do *controlo da informação* sobre a vida privada. Mesmo em situações em que de forma direta ou indireta, se poderia ter suscitado a questão do recurso ao corpo como meio de prova, o TC omitiu sempre qualquer posição sobre o segmento da *privacidade* ou da *intimidade do corpo*, privilegiando a referida aceção de acesso à informação que o recurso ao corpo é passível de potenciar. Alguns arestos já expressaram essa visão. No Ac. TC n.º 319/95, depois de se definir o direito à reserva da intimidade da vida privada como «o direito de cada um ver protegido *o espaço interior da pessoa* ou do seu lar contra intromissões alheias; o do direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular», entendeu-se que o exame de pesquisa de álcool no ar expirado não colidia com tal direito, porquanto «não se trata, com o teste da pesquisa de álcool, de devassar os hábitos da pessoa do condutor no tocante à ingestão de bebidas alcoólicas, sim e tão-só (recorda-se) de recolher prova percível e de prevenir a violação de bens jurídicos valiosos (entre outros, a vida e a integridade física), que uma condução sob a influência do álcool pode causar – o que, há-de convir-se, tem relevo bastante para justificar, constitucionalmente, esta constrição do direito à intimidade do condutor».

Por seu turno, o Ac. TC n.º 368/2002, em cujo recurso era discutida a admissibilidade de exames médicos periódicos e obrigatórios a funcionários públicos, reiterou-se o critério de que o direito à reserva da vida privada contende com a proteção do controlo da informação da

⁶⁰⁸ Ac. TC n.º 607/203 e PAULO MOTA PINTO, «A proteção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, abr.-jun. 2006, p. 17.

vida privada, aí se exarando a posição de que a submissão juridicamente obrigatória a exames ou testes clínicos constitui «uma intromissão na vida privada, na medida em que aqueles se destinam a recolher dados relativos à saúde, os quais integram necessariamente dados relativos à vida privada».

Por fim, no Ac. TC n.º 155/2007 expendeu-se o entendimento segundo o qual a «realização coactiva de um exame destinado à recolha de saliva para posterior análise genética, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso à força física, consubstanciaria uma *intromissão não autorizada na esfera privada do arguido*».

Os arestos mencionados reportam-se àquelas espécies de intervenções sobre o corpo consideradas (pelo próprio TC) como “banais” e “rotineiras”, tais como análises de sangue, e que incidem sobre partes do corpo normalmente expostas, pelo que será, a todos os títulos, interessante acompanhar a evolução do entendimento de tal órgão relativamente a outros tipos de ingerências corporais probatórias⁶⁰⁹.

4.2.4. O direito à liberdade pessoal de ação (art. 27.º da CRP)

Para mim, primeiro está a liberdade, o poder é que precisa de se justificar.

Baptista Machado

As ingerências corporais probatórias importam necessariamente a restrição da liberdade e autodeterminação pessoal, desde logo ao pressuporem a disponibilidade da pessoa visada perante as autoridades processuais, bem como perante órgãos auxiliares da investigação como os departamentos de perícias médicas e outros, com vista à realização das atividades periciais adequadas e necessárias à realização de exames, perícias, exames-periciais (p. ex., entrevistas, observações, colheita de bioamostras) – destinados a análises interpretativas especializadas posteriores, por vezes multidisciplinares, por parte de peritos e de especialistas – revistas, reconhecimentos pessoais, entre outros.

Pode dizer-se que não seria concebível a realização de uma ingerência corporal probatória sem a limitação de tais direitos, em medida (temporalmente) proporcional, adequada, mas sempre indispensável.

À semelhança da limitação temporária (e precária) da liberdade de autodeterminação que qualquer diligência processual necessariamente implica, dentro de uma lógica de deveres dos intervenientes processuais em colaborar na realização da justiça, também as diligências

⁶⁰⁹ O TC não foi solicitado a pronunciar-se a propósito de outros tipos de ingerências corporais, ainda que parciais, designadamente sobre partes ou zonas do corpo normalmente não expostas, como as que podem afetar o sentimento de pudor do visado, como as inspeções das cavidades anais ou vaginais.

processuais probatórias com implicação corporal importam semelhante limitação relativamente à disponibilidade do corpo.

Pode dizer-se que o tema não assume dimensão de relevo, se houver manifestação da anuência ou consentimento do visado – suspeito ou arguido – na sujeição à realização da medida regularmente determinada pela autoridade processual. Não assim quando haja necessidade de compelir quem falte injustificadamente (“desobedientemente”) a diligência probatória regularmente determinada, a comparecer pelo tempo considerado estritamente necessário e indispensável à realização da diligência; será em tais situações que pode eclodir alguma tensão entre os interesses da investigação e de realização da justiça e o direito à liberdade geral de ação do visado.

Entre as exceções ao direito fundamental à liberdade, recortadas no art. 27.º, n.º 3 da CRP, encontra-se prevista a «detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judicial competente» (al. f)), o que é complementado pela disciplina do art. 116.º do CPP, que prevê a detenção, e, tratando-se de arguido, a plausibilidade de ser determinada, se for legalmente admissível, a prisão preventiva. A lei permite, assim, que o juiz – nomeadamente o JI – ordene a detenção de quem tiver faltado injustificadamente pelo tempo indispensável à realização da diligência, quer se trate, ou não, de arguido⁶¹⁰.

A limitação do direito à liberdade (ambulatoria) no quadro procedimental da realização de uma ingerência corporal probatória, está, assim, à semelhança da previsão da restrição da liberdade para a concretização coerciva (*maxime* sob detenção) de outras diligências processuais, justificada por uma das exceções ao direito à liberdade, contempladas no art. 27.º, n.º 3 da CRP.

Tratando-se de perícia ou exame médico-legal, o regime assimilável do art. 6.º, n.º 2 da Lei n.º 45/2004, de 19-08 também não deixa dúvidas quanto à suscetibilidade de o examinando ou a pessoa sobre a qual deva recair a perícia poder ser conduzida coercivamente a uma delegação do INMLCF, I.P. ou a um Gabinete Médico-Legal⁶¹¹, desde que a diligência

⁶¹⁰ Toda esta disciplina pressupõe a regularidade da prévia convocação do visado.

⁶¹¹ Cfr. Ac TC n.º 161/2005, de 29-03, pronunciando-se pela constitucionalidade de «uma norma infraconstitucional que permita a detenção de arguido pelo tempo indispensável à realização da diligência de exame pericial psiquiátrico a levar a cabo na sua pessoa sob a presidência de agente do Ministério Público ou de juiz», julgando, todavia «inconstitucional, por violação do disposto no art.º 27.º, n.º 3, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretado 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», referindo-se expressamente a exame pericial psiquiátrico. Este entendimento foi emitido relativamente a um caso de perícia psiquiátrica, que se enquadra no regime do art. 6.º, n.º 2 da Lei n.º 45/2004, pelo que julgamos que será constitucionalmente legítima a detenção para condução (coerciva) a tal tipo de perícia presidida por autoridade judiciária, sem embargo de o examinando poder não querer cooperar na diligência. Idêntico entendimento se deverá adotar nos demais tipos de perícias.

probatória pretendida seja presidida por magistrado. Na verdade, o art. 27.º, n.º 3 da CRP não prevê como exceção ao direito à liberdade, a detenção para realização de exame médico (ainda que processualmente necessário): apenas está prevista na al. f) a detenção «para assegurar a comparência perante autoridade judiciária».

Ao poderem contender com o direito à liberdade pessoal de ação – não sendo, em absoluto, proibida a sua limitação –, a prossecução de ingerências corporais probatórias, deve ser prévia e criteriosamente testada, não podendo implicar uma eventual restrição daquele direito que signifique uma ilícita (e inconstitucional) detenção ou privação da liberdade da pessoa.

4.2.5. O direito à proteção da saúde (art. 64.º da CRP)

Algumas ingerências corporais probatórias podem abstratamente contender com o estado de saúde do visado. Não apenas com os direitos à integridade física ou corporal, à privacidade e à informação de saúde, mas com o próprio estado de saúde da pessoa em causa, fazendo perigar a manutenção do equilíbrio da sua saúde ou, mesmo, vulnerando de forma indireta a integridade física.

Pode pensar-se, desde logo, em ingerências com recurso à utilização de tecnologias de radiação ou cirúrgicas, as quais comportam sempre, abstratamente, algum grau de risco para a saúde. Da mesma forma, medidas que não se apresentem, à partida, com um semelhante grau de invasividade ou profundidade, como a extração de sangue ou outros fluidos, podem constituir riscos para a saúde se puder ocorrer, p. ex., uma reação adversa ou um episódio reativo alérgico, mesmo em ingerências tipicamente consideradas como inócuas ou de rotina.

Naturalmente que o princípio da não lesividade significativa da saúde, enquanto princípio norteador da admissibilidade das ingerências corporais probatórias, assegurará uma prerrogativa de não vulneração do estado de saúde da pessoa visada pela ingerência.

Pode, por outro lado, pensar-se que a garantia de intervenção de pessoas qualificadas dotadas de específicos conhecimentos técnico-científicos (de medicina, enfermagem, biologia) na realização de exames ou perícias, mormente em sede de recolha de amostras de materiais biológicos, faz diminuir o grau de risco da ingerência corporal probatória, o que é verdadeiro⁶¹².

Há, contudo, uma vez mais, que estabelecer o ponto de equilíbrio necessário para assegurar o respeito pelo direito à proteção da saúde, por parte do Estado (art. 64.º da CRP) em confronto com os interesses na realização da justiça, da descoberta da verdade material e

⁶¹² Inversamente, a introdução de mais intervenientes no processo, faz aumentar o risco de devassa sobre dimensões da vida privada (nomeadamente ao nível da informação de saúde) do visado.

da perseguição e responsabilização dos responsáveis, e os interesses das vítimas de crimes, fazendo a ponderação indispensável para que, em caso algum, a realização de uma ingerência corporal probatória implique a colocação em risco da saúde do visado.

Havendo ordenamentos que consagram minuciosamente a qualidade dos intervenientes no momento processual da realização dos procedimentos de exame e perícia com incidência corporal, nomeadamente a recolha de bioamostras – como é o caso das Secções 62 (amostras íntimas) e 63 (outras amostras) do Police and Criminal Evidence Act 1984 (com as alterações Application to the Armed Forces - Order 2006, No. 2015) do Reino Unido –, no nosso sistema a realização de perícias médico-legais está, igualmente, deferida a intervenientes com especiais qualificações: os peritos médicos (artigos 2.º a 5.º, 21.º e 23.º – este último, relativamente às perícias de genética, biologia e toxicologia forenses – da Lei n.º 45/2004, de 19-08⁶¹³).

Todavia, deverá notar-se que alguns momentos do processo da realização/execução dos procedimentos de exame-pericial podem ser levados a cabo mesmo por agentes de OPC com formação específica, nomeadamente no tocante à recolha de amostras biológicas em pessoas (por método de zaragatoa bucal) para determinação de perfil genético, presumindo-se suficiente o grau de formação de tais agentes para assegurar a qualidade das próprias amostras e a garantia da cadeia de custódia. Independentemente das considerações ético-deontológicas que possam formular-se a propósito da competência ou qualificação de tais agentes de OPC – que não são, efetivamente, profissionais de saúde – para intervir em atos que consubstanciam passos importantes de um processo de ingerência corporal, apesar de não invasivos ou íntimos, propendemos a equiparar essa espécie de ingerência às que são efetuadas no quadro da fiscalização de TAS no sangue e de substâncias estupefacientes, no âmbito da circulação rodoviária. Como tal, não devendo suscitar qualquer relutância ou fundada objeção em termos processuais.

⁶¹³ Sendo, no entanto, de notar que a perícia («exames») de genética forense no âmbito da criminalística biológica, podem ser requisitados ao LPC-PJ, além dos departamentos do INMLCF, I.P.

5. Ingerências corporais probatórias: significado, função e finalidades

5.1. Introdução

5.2. Ingerências corporais probatórias: significado e alcance

5.2.1. A necessidade de uma delimitação sistemático-normativa das ingerências corporais probatórias

5.2.1.1. As ingerências corporais probatórias em face do direito contra-ordenacional

5.2.1.2. As ingerências corporais probatórias em face do direito tutelar

5.2.2. Âmbito subjetivo das ingerências corporais probatórias

5.2.3. Âmbito objetivo das ingerências corporais probatórias

5.2.4. Aproximação a uma definição de *ingerência corporal probatória*

5.3. Modalidades de ingerências corporais probatórias

5.3.1. Ingerências corporais probatórias como conceito abrangente e subespécies: intervenções, intrusões, investigações, interferências, inspeções, exames, registros.

5.3.2. Intervenções corporais probatórias: um conceito restrito

5.3.3. Heterogeneidade e níveis de profundidade das ingerências corporais probatórias

5.3.3.1. O corpo como «objeto remoto» a localizar ou a monitorizar e como esconderijo ou disfarce

5.3.3.2. A obrigatoriedade de presença física do imputado em atos processuais: interrogatório, reconhecimento e audiência

5.3.3.3. A *ingerência tópica*: o corpo como repositório de amostras de material biológico necessário para procedimentos comparativos (“amostras não íntimas”)

5.3.3.4. A *ingerência profunda*: a sujeição do corpo a intervenções invasivas *stricto sensu* (revistas em cavidades corporais, sondagens, captação de imagens por métodos de imagiologia e intervenções cirúrgicas – “amostras íntimas”)

A detecção e extração de substâncias ilícitas por métodos imagiológicos, eméticos e cirúrgicos (os casos *A. Bogumil c. Portugal* e *Jalloh c. Alemanha*)

- 5.4. Modalidades de ingerências corporais probatórias quanto à finalidade e quanto ao momento (cont.)**
 - 5.4.1. A identificação (criminal) de pessoas**
 - 5.4.2. A determinação de elementos criminalmente relevantes**
 - 5.4.3. Ingerências corporais probatórias pré-processuais**
 - 5.4.4. Ingerências corporais probatórias intraprocessuais**

- 5.5. Ingerências corporais probatórias promovidas (e efetuadas) por particulares**

5. Ingerências corporais probatórias: significado, função e finalidades

5.1. Introdução

C'est sur le rapport de l'homme à son corps que se dessinent les lignes maîtresses de notre modernité, que s'opèrent les plus significatifs, les ruptures les plus fondamentales, même si n'en avons une claire conscience.

Yves Leduc

Procuraremos neste capítulo – no qual porventura se concentram algumas das questões nucleares do nosso objeto de investigação – alcançar uma proposta de definição do que sejam ingerências corporais probatórias, tentando caracterizar o conceito bem como estabelecer o eventual confronto com outros conceitos limítrofes e conexos. Poderá parecer indiferente, p. ex., a utilização de expressões terminologicamente semelhantes, como *intervenções corporais probatórias, intrusões, inspeções, exames, pesquisas, intromissões, explorações, investigações corporais probatórias* ou outras, utilizadas em sistemas jurídicos distintos. Contudo, na lógica sistémico-lexical do nosso estudo adquirem significados diversos, retratando, quanto a nós, realidades distintas; logo, poderão obedecer a princípios e finalidades distintos e reger-se por diferenciadas disciplinas jurídico-processuais. Por outro lado, a expressão ingerências corporais probatórias pode surgir como polissémica, pelo que importa delimitar o seu recorte.

A utilização diferenciada de conceitos definitórios pode resultar, desde logo, ou de posicionamentos doutrinários ou da opção terminológica pela qual o legislador manifestou preferência, os quais, em princípio, assumem significados específicos e bem definidos nos contextos em que são adotados.

A doutrina⁶¹⁴ e a jurisprudência⁶¹⁵ nacionais não têm aprofundado esta temática, já intensamente glosada e desenvolvida noutras latitudes como em Espanha, na Alemanha e na América Latina.

Assim, é compreensível que uma observação precipitada tenda a assimilar conceitos como os de ingerência corporal probatória, de intervenção corporal probatória, de intrusão corporal ou de intromissão corporal, importando estar prevenido para uma tal confusão, atendendo aos contextos e finalidades diferenciados em que são aplicados.

⁶¹⁴ Cfr., porém, JORGE DOS REIS BRAVO, «Intervenções corporais probatórias e direitos fundamentais: compatibilidade e limites», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 1 -Número 1 - 2012, pp. 185-200, PATRÍCIA NARÉ AGOSTINHO, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Coimbra Ed. Coimbra, 2014 e ANA PAULA GUIMARÃES, *A pessoa como objecto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN - reflexões à luz da dignidade humana*, Nova Causa – Edições Jurídicas, 2016.

⁶¹⁵ Aflorando o conceito, cfr., entre escassa jurisprudência dos tribunais superiores comuns, o Ac RP de 10-07-2013 (rel. Des. Joaquim Gomes).

A própria opção terminológico-conceitual abrangente, por nós propugnada – a de ingerências corporais probatórias –, é suscetível de gerar alguma dificuldade de aceitação, podendo parecer especiosa, ou mesmo ociosa, dado não ser muito corrente nem consensual. Impõe-se, por isso, um esclarecimento preambular que deve nortear a leitura da nossa proposta terminológica.

O termo *ingerência* (do Latim *ingerere*) significa ingerir, engolir (fazer passar da boca ao estômago), introduzir, intervir, intrometer(-se), interferir, assumindo uma conotação associada à afetação material de uma substância em certo grau de profundidade ou de autonomia. Nalguns quadros conceituais normativo-conceituais o termo é equivalente a interferências e *intervenções*.

Na economia e sistemática da nossa exposição, o significado do termo assumirá, apenas, a dimensão de capacidade de vulneração ou limitação da autonomia pessoal relativamente ao corpo do sujeito afetado por medidas probatórias com recurso ao corpo. Por isso, consistirá numa noção mais ampla, como veremos, englobando a de intervenção corporal *stricto sensu*, além de outras. O termo *ingerência* assumirá, assim, um significado referencial reportado à suscetibilidade de vulneração de uma esfera de tutela jurídico-constitucional que contenda, ainda que indiretamente, com o corpo da pessoa, como a liberdade e integridade e autodeterminação pessoal e informacional, a intimidade e a saúde, e não apenas quanto à integridade física.

Correntemente, os conceitos de ingerência corporal probatória e de intervenção corporal probatória sugerem uma certa sinonímia. Cremos, por isso, dever assinalar-se entre ambos uma distinção clarificadora.

Na doutrina espanhola – em decorrência de jurisprudência constitucional consolidada – tem havido apreciável consenso na distinção entre *inspecciones* ou *registros corporales* e *intervenciones corporales* probatórias propriamente ditas, distinção formulada em função do direito fundamental imediatamente vulnerado por uma ou outra dessas espécies de ingerência. As primeiras consistem em qualquer tipo de reconhecimento do corpo humano, seja para a determinação do imputado (como diligências de reconhecimento, exames dactiloscópicos ou antropomórficos, etc), bem como as relativas à comissão do facto ilícito típico e punível (como eletrocardiogramas, exames ginecológicos, etc.) ou para o descobrimento do objeto do crime (intrusões vaginais ou anais, diagnóstico do estado de afetação por substâncias proibidas, etc). Em princípio, não resultará vulnerado o direito à integridade física, porquanto não se produz normalmente qualquer lesão ou afetação da integridade física. Pode, todavia, ser vulnerado o direito fundamental à intimidade corporal (cfr. art. 18. 1. da CEsp), no caso de

recaírem sobre partes íntimas do corpo (*v.g.* um exame ginecológico afeta o pudor⁶¹⁶) ou incidam numa outra dimensão de tutela material jurídico-constitucional da privacidade (*v.g.* a observação de uma deformidade ou doença).

Na segunda espécie de atuações – as intervenções corporais probatórias propriamente ditas – costumam incluir-se as que consistem na extração do corpo de certos elementos externos ou internos para se submeterem a análise pericial (análises sobre amostras de urina, sangue, pêlos, unhas, biopsias, etc) ou na sua exposição a radiações (RX, TAC, RMN, etc), com o propósito de averiguar determinadas circunstâncias relativas à prática do facto ilícito típico ou a participação do imputado na sua prática, onde se surpreenderá, por via de regra, uma vulneração, não já do direito à intimidade, mas do direito à integridade física, quer impliquem uma lesão ou afetação interna do corpo, ou da sua mera aparência exterior (art. 15 da Constituição espanhola). Contudo, além da afetação do direito à integridade física, podem comprimir ou afetar igualmente outros direitos fundamentais.

As intervenções corporais caracterizam-se pela necessidade de serem empreendidas, pelo menos na fase da extração de amostras e da sua manipulação e posterior análise, por profissionais ou técnicos de saúde, ou pessoas habilitadas, não forçosamente médicos.

As intervenções corporais probatórias podem ser classificadas como leves ou graves, segundo o grau de sacrifício que imponham ao direito à integridade física; serão leves, quando ponderadas todas as circunstâncias concorrentes, não sejam objetivamente consideradas suscetíveis de colocar em perigo o direito à saúde nem de causar sofrimentos à pessoa afetada (o que sucederá no caso de extração de elementos externos do corpo, como cabelos, pêlos, unhas, raspado subungueal, etc.) ou inclusivamente de alguns elementos internos (como as análises de sangue). Serão graves, as que não se enquadrem nessas hipóteses, como p. ex. punções lombares, extração de líquido cefalorraquídeo, intervenções cirúrgicas para extração de objetos do sistema digestivo, etc⁶¹⁷.

Desta distinção, comum na doutrina e jurisprudência espanholas, pode intuir-se que o conceito de intervenção corporal probatória tem um alcance mais limitado do que o que propomos de ingerência corporal probatória, uma vez que aquele se distingue, desde logo, de outras intromissões corporais, como os *registros* e as *inspecciones*.

⁶¹⁶ Como, p. ex., o caso examinado na STC 37/1989, EDJ 1989/1607.

⁶¹⁷ Tem sido controvertido o enquadramento, nesta classificação, da zaragatoa bucal para colheita de amostra de saliva para determinação de perfil de ADN. Conforme destaca a Sala 2.ª do Tribunal Supremo de Espanha, p. ex. na STS 634/2010, de 28-06 (Ponente: P. Andrés Ibáñez), FJ 3.º: «la diligencia de obtención de saliva mediante un frotis (...) se trata de una actuación mínimamente o nada invasiva, que reclama del afectado una colaboración bastante menos intensa, incluso, que la requerida por la prueba de alcoholemia (...)» (cfr. MONSERRAT DE HOYOS SANCHO, «Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», *Curso La Ilícitud de las Pruebas en Proceso Penal*, 1.ª ed., Centro de Estudios Jurídicos, 2012, pp. 2 (nota 2), acessível em http://www.cej-justicia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet; acedido em 11-11-2013).

Podará, pois, antecipar-se, desde já, que se integram no conceito omnicompreensivo de ingerências corporais probatórias, não só aquelas medidas com finalidade probatória sobre o corpo humano passíveis de vulnerar a integridade física, como as que atentem contra outra dimensão de tutela jurídico-constitucional, como a intimidade, a autodeterminação pessoal e informacional, ou outros direitos fundamentais.

A heterogeneidade e multiplicidade de modalidades que as ingerências corporais probatórias envolvem, concitam feixes de considerações necessariamente diferenciados, em função do tipo de valores e direitos fundamentais colocados em causa com a concreta medida probatória. A mera circunstância de poderem coexistir medidas probatórias com recurso ao corpo, ordenadas ou autorizadas em momentos processuais distintos – ou em simultâneo –, e com pressupostos e finalidades diferenciadas, traduzidos em diferentes disciplinas jurídicas, justificam também a cobertura de um conceito amplo: o de ingerências corporais probatórias.

Deste se devem distinguir alguns conceitos similares e conexos.

5.2. Ingerências corporais probatórias: significado e alcance

Além das ingerências corporais motivadas e realizadas em função do estado de saúde das pessoas – desde a vacinação obrigatória, até campanhas de rastreio de doenças infecciosas ou de programas de esterilização massiva de populações – existem outras ingerências corporais sem finalidades e propósitos probatórios.

Deveríamos, com mais rigor, dizer que há ingerências sem finalidades imediatamente probatórias, como são, justamente, o caso de ingerências em razão do estado de saúde da pessoa, na proteção da vida, saúde e segurança públicas, no domínio laboral⁶¹⁸ ou as que são empreendidas com finalidades de esclarecimento de ocorrências em domínios particulares (como no caso de acidentes de meios de transporte públicos) e que, em certas circunstâncias, podem relevar probatoriamente, ainda que indiretamente, no âmbito de um processo penal.

Podemos, também, apontar as ingerências corporais tópicas ou imagiológicas, previstas e realizadas por razões de prevenção e de segurança, a que se procede, p. ex., em manifestações de massa, espetáculos de grande dimensão ou em transportes públicos – *maxime*, nos transportes aéreos ou ferroviários – sem que as mesmas assumam um propósito (imediatamente) probatório, mas sim preventivo e de segurança pública. Consistem essas ingerências, essencialmente, na observação das peças de roupas e bagagem de pessoas, na revista corporal (muitas vezes em locais públicos), frequentemente levadas a cabo por agentes

⁶¹⁸ Tenha-se em conta, entre nós, o regime do art. 19.º do CTrab, visando-se, para além dos regimes específicos de proteção e saúde no trabalho, a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem, normalmente ligadas à sua perigosidade.

de segurança privada⁶¹⁹. Sem prejuízo de não lhes presidir um tal propósito – a sua função última é prevenir a ocorrência de uma perturbação da segurança coletiva –, o certo é que o resultado eventualmente positivo da realização de tais ingerências pode ocasionar a deteção da prática, em flagrante delito, de um crime de posse (*v.g.* caso, em resultado de uma revista corporal ou de vestuário da pessoa, se apreenda uma arma, droga, explosivos ou outro material proibido) ou até da tentativa de outros tipos de crime.

Naturalmente, dir-se-á que em função da sua finalidade, a sujeição a tais diligências é facultativa, pelo que as mesmas não apresentam *a priori* o mesmo tipo de preocupações das ingerências corporais probatórias, desde logo por não assumirem um potencial *ab initio* auto-incriminatório. A pessoa pode negar-se validamente a sujeitar-se a tais procedimentos de revista, inspeção ou scannerização⁶²⁰, com a única consequência de não ser admitida a sua admissão em certos locais ou transportes onde o acesso depende do resultado da sujeição a tais medidas.

As ingerências corporais probatórias pressupõem uma finalidade preordenada à produção de prova, no quadro de um concreto procedimento penal. É exclusivamente reportado a um tal contexto e finalidade que fazemos depender o significado do conceito em causa, como veremos.

Dado que nem todas as ingerências corporais suscitam o mesmo tipo de preocupações no tocante à harmonização dos direitos fundamentais afetados, assume preponderância doutrinal e jurisprudencial o conceito de intervenções corporais probatórias, uma vez que aí se pode estabelecer sempre uma inescapável hipótese de atentado ao direito à integridade pessoal, designadamente à integridade física.

Procurando dar corpo a um modelo mínimo de normas de processo penal compatível com um paradigma de processo justo e equitativo, um grupo de peritos elaborou o documento conhecido como «Regras Mínimas de Maiorca» – *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Penal*⁶²¹ –, o qual, apesar de constituir um instrumento de *soft law*, possui

⁶¹⁹ Os *scanners* corporais consistem numa técnica de deteção corporal que tem evoluído recentemente, em termos de permitir obter uma imagem detalhada do corpo humano por baixo do vestuário; mas, além do corpo desnudado, a tecnologia progride no sentido de detetar qualquer tipo de prótese de que a pessoa seja portadora ou que nela haja sido incorporada, como os parafusos aplicados em ossos, silicone mamário ou implantes no pénis. Um tal grau de intrusividade consiste numa intensa e profunda vulneração da intimidade corporal, a que acresce toda a gama de sensíveis questões em torno do registo e gravação de tais imagens, da sua custódia e potencial utilização, preocupações naturalmente acentuadas quando essas atividades se processam ou permanecem na esfera de gestão de operadores privados.

⁶²⁰ Os *scanners* corporais, ao invés dos detetores de metais que se utilizam generalizadamente por todo o Mundo nos aeroportos, utilizam ondas de rádio para gerar uma imagem do corpo que permite observar (“ver”) através da roupa e descobrir armas, embalagens contendo objetos e materiais ocultos.

⁶²¹ As denominadas «Regras Mínimas de Maiorca» (1992) – normas mínimas para o processo penal –, resultam de um projeto da ONU, encomendado a uma Comissão de Peritos, que as elaborou, a fim de propor aos Estados, que considerassem a sua gradual adoção. Nesse grupo, incluíam-se os Senhores Pedro David, Assessor da ONU, Enrique Ruiz Vadillo, do Tribunal Supremo de Espanha, Antonio Gonzales, Prof. da Universidade Autónoma de Madrid, Wolfgang Penzart, da Comissão Europeia de Direitos Humanos; Eberhard Struensee, Prof. da Universidade de Münster; Wolfgang Schöne, Prof. da Universidade de Freiburg i. Br., Klaus Tiedemann, Prof. da Universidad de Freiburg i. Br.,

uma extraordinária fecundidade dogmática. No âmbito desse documento, prevêem-se expressamente normas atinentes à disciplina das intervenções corporais probatórias; o seu art. 23.º 1 dispõe «É proibida toda a intervenção corporal, salvo se houver consentimento do afetado. Porém, e apenas quando não exista outro meio para descobrir o presumido delito, a autoridade judicial poderá autorizá-la, atenta a gravidade do mesmo e a inexistência de perigo para a saúde do mesmo»; por seu turno, no n.º 2 desse preceito estipula que «A intervenção corporal deve ser sempre praticada por um profissional da medicina de acordo com a *lex artis* e com o máximo respeito pela dignidade e intimidade da pessoa».

Ali se consagra, portanto, um princípio de proibição das intervenções corporais com finalidades probatórias, mitigado com uma cláusula de excecionalidade pela intercessão do consentimento do afetado ou da ponderação da sua indispensabilidade por autoridade judicial. A realização da intervenção há-de ser, além disso, executada por pessoal médico e de acordo com a *lex artis*, respeitando a dignidade e intimidade da pessoa do visado.

É este um princípio em grande medida merecedor de aplauso, pela tentativa – quanto a nós, bem sucedida –, de resolver o conflito entre interesses divergentes, por um lado, os direitos fundamentais e de defesa processual do imputado, por outro, os interesses do Estado na integridade da investigação criminal.

Naturalmente que um tal princípio não será aplicável ao conceito mais amplo de ingerências corporais probatórias, onde podem nem se colocar especiais preocupações de violação de direitos como os da dignidade e integridade pessoal, ou, sequer, da intimidade. O art. 23.º das *Regras Mínimas de Maiorca* aponta, pois, claramente, para um conceito restrito de intervenções corporais probatórias.

5.2.1. A necessidade de uma delimitação sistemático-normativa das ingerências corporais probatórias

Antecipando que o nosso foco primordial de atenção versa as ingerências corporais probatórias enquanto instrumento de prova a que se recorre na investigação criminal e em processo penal, a verdade é que há outros domínios jurprocessuais em que idênticos meios probatórios podem ser convocados, o que colocará problemas nas relações de *internormatividade*

Anabela Miranda Rodrigues, Prof.^a da Universidade de Coimbra, Giorgio Marinucci, Prof. da Universidade de Milão, José Hurtado Pozo, Prof. da Universidade de Freiburg, Enrique Bacigalupo, Tribunal Supremo de España, Gabriel García Planas, Prof. da Universidade das Ilhas Baleares, Juan Carlos Carbonell, Prof. da Universidade Complutense de Madrid, Rafael Perera, do Colegio de Abogados de Baleares e Guillermo Vidal Andreu, da Audiencia Provincial das I. Baleares.

A Comissão de Peritos de Direito Penal, por convite do Instituto de Criminología da Universidad Complutense de Madrid, mediante disponibilidade do Governo das Ilhas Baleares e com a cooperação da Subdivisão da Prevenção do Crime e Justiça penal da delegação da ONU em Viena, iniciou as suas sessões de trabalho em 23 de novembro de 1990, culminando o projeto em 16 de fevereiro de 1992.

adjetiva. Tal significa que nos distintos domínios jusprocessuais, os meios probatórios com implicações corporais, podem assumir e exigir diferenciadas disciplinas, o que demanda critérios de articulação e harmonização entre si.

O facto de circunscrevermos o essencial da nossa atenção sobre a relevância das ingerências corporais probatórias no âmbito do direito criminal – tratar de saber se, e em que medida, medidas probatórias envolvendo o corpo podem ser determinadas, realizadas e valoradas em sede apreciação de um facto qualificado como crime (de decisão penal) – não significa, porém, que os problemas suscitados a propósito de tais meios probatórios sejam exclusivos do direito penal adjetivo.

Noutros ramos do direito sancionatório público – mormente na sua vertente adjetiva – podem colocar-se questões semelhantes (e, certamente, também distintas) às colocadas no processo penal, envolvendo o recurso a meios probatórios com recurso ao corpo.

Dito de outro modo, o que se procura é saber se, e até que ponto, pode haver nos outros domínios jurídico-sancionatórios de natureza pública, a adoção de medidas corporais probatórias com eventuais consequências auto-inculpatórias. A contiguidade – e, por vezes, continuidade – de outros ordenamentos jurídico-sancionatórios, faz-nos indagar sobre o tipo de relações que entre eles e o direito processual penal se pode estabelecer⁶²².

Entre nós, encontram-se, essencialmente nesse plano de apreciação, o direito contra-ordenacional e o direito tutelar, na sua vertente adjetiva. A questão reveste, entre nós, acrescida importância porquanto se regista, nesses domínios, a expressa possibilidade da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal – artigos 3.º do CPP, 41.º, n.º 1 do RGIMOS e 128.º, n.º 1 da LTE⁶²³.

As implicações da ingerência corporal probatória com efeitos direta ou necessariamente auto-inculpatórios podem, pois, colocar-se não só no âmbito do direito penal, como noutros domínios jurídico-sancionatórios.

Procuraremos, abreviadamente, equacionar em que termos se podem estabelecer interferências das medidas probatórias com recurso ao corpo quando realizadas no contexto adjetivo de outros domínios sancionatórios, além do direito criminal. Analisaremos em seguida as relações que podem surpreender-se no cruzamento de medidas probatórias com recurso ao

⁶²² Pense-se, desde logo, nas relações de continuidade naturalística e normativa que se estabelecem entre as condutas contra-ordenacionais e as criminalmente relevantes em matéria de condução em estado de alcoolemia ou sob afetação de drogas de abuso, ou nas situações de comparticipação em factos ilícitos típicos em conjunto por menores penalmente inimputáveis e por maiores.

⁶²³ Pode, ainda, colocar-se no plano da consideração das relações de internormatividade adjetiva com o processo disciplinar, p. ex., relativamente à perícia psiquiátrica (cfr. art. 50.º, n.ºs 4 e 5 do ex-EDTEFP e 215.º, n.ºs 4 e 5 da LGTFP) e noutros ordenamentos sancionatórios de natureza pública.

corpo, numa visão de *internormatividade adjetiva* dos domínios sancionatórios de natureza pública

5.2.1.1. As ingerências corporais probatórias em face do direito contra-ordenacional

Num contexto com o significado e alcance que assume o movimento a que poderíamos talvez impropriamente designar de *pancontraordenacionalização* – em que o fenómeno contra-ordenacional invade, virtualmente, todas as áreas de atividade sócio-económica, como as áreas de atividade política, anti-económica, ambiental, da saúde, laboral, concorrencial, financeira e de mercados de capitais, edificando-se um regime sancionatório que não pode mais reputar-se de *bagatelar* –, é fácil intuir a relevância adjetiva que poderão vir a assumir os meios probatórios com ingerência corporal.

Poderia pensar-se que, tratando-se de um direito sem ressonância ética com suficiente densidade para justificar algum grau de vulneração da integridade corporal com propósito probatório, não seria de admitir nenhuma ingerência desse tipo em sede de direito contra-ordenacional, designadamente em sede de processo contra-ordenacional.

Entre nós, contudo, os dados normativos do ordenamento vigente, bem como a crescentemente reconhecida assunção pelo direito contraordenacional de um complexo de tutela de bens jurídicos com *dignidade penal*, parecem contrariar tal conclusão, pelo menos nos domínios que procedem a uma derrogação do regime geral do ilícito de mera ordenação social aprovado pelo RGIMOS⁶²⁴. Chega a propor-se, nesta ótica, a criação de dois grandes sistemas de contra-ordenações, distintos das classificações de carácter formal em que se distinguem contra-ordenações leves, graves e muito graves.

Haveria, assim, contra-ordenações que tutelam meros interesses de ordenação social, sem densidade ético-social – em princípio, com consequências sancionatórias de diminuta gravidade, essencialmente económica –, e as que são portadoras de tal densidade, normalmente com consequências sancionatórias de elevada gravidade objetiva na esfera patrimonial e, eventualmente, pessoal (no âmbito do exercício de atividades profissionais ou empresariais).

Face a tal enquadramento, é natural que nos interpelemos sobre se no direito [processual] contraordenacional se deve negar qualquer margem de admissibilidade de meios

⁶²⁴ Cfr., neste sentido, ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 403 e ss. A Autora ilustra a sua asserção com os exemplos do regime contra-ordenacional da droga e das codificações setoriais no âmbito anti-económico e contra a saúde pública, ambiental e laboral. Poderia, ainda, aludir-se ao exemplo do regime contra-ordenacional da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 08-05) ou do mercado de valores mobiliários.

probatórios com recurso a ingerências corporais, ou se, a admiti-las, estas devem conhecer as limitações assinaladas no âmbito do processo penal *qua tale* ou outras.

O problema não assume importância meramente académica, uma vez que, perante situações em que a qualificação inicial da conduta, como penal ou contra-ordenacional, não seja segura, há que equacionar se o possível resultado de uma ingerência corporal probatória utilizada na pressuposição de ser necessária para provar um ilícito criminal – que não se vem a demonstrar –, pode, alternativamente, ser validamente admitido e valorado como prova de um ilícito contraordenacional.

O exemplo paradigmático é o da hipótese da determinação da taxa de alcoolemia em condutores de veículos motorizados; na verdade, apesar de fiscalizado ao abrigo do disposto nos artigos 152.º e 153.º do CE e do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool e de Substâncias Psicotrópicas (aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17-05), consoante o respetivo resultado⁶²⁵ o comportamento do condutor poderá recair ou no âmbito criminal ou no contraordenacional⁶²⁶. Estamos perante um caso de continuidade de grad(u)ação punitiva – entre o ilícito contra-ordenacional e o criminal – em função do teor da taxa de alcoolemia no sangue^{627 628}.

⁶²⁵ A Recomendação da Comissão das CE 2001/115/CE, de 17-01-2001, propunha no ponto 2. a adoção de um limite legal máximo de TAS de 0,5 mg/ml, ou inferior, e no ponto 3., quanto a condutores inexperientes, de veículos a motor de duas rodas, de veículos de grandes dimensões e de transporte de mercadorias perigosas, uma TAS de 0,2 mg/ml, ou inferior.

Entre nós, importa recordar a aprovação pelo Código da Estrada de 2001, da diminuição do limite máximo da TAS de 0,5 g/l para 0,2 g/l, assim criando uma contra-ordenação leve para valores entre esses limites, o que constituía exemplo inédito a nível mundial. Vicissitudes político-legislativas diversas levaram a que tal solução não entrasse definitivamente em vigor, dada a sua suspensão pela Lei n.º 1/2002, de 02-01 e a definitiva derrogação pelo art. 1.º da Lei n.º 20/2002, de 21-08, que ripristinou o limite da TAS em 0,5 g/l como patamar mínimo de punibilidade. Todavia, o art. 81.º, n.º 3 do CEst (na redação introduzida pela Lei n.º 72/2013, de 03-09), contempla um patamar especial para condutores em regime de prova e certas atividades, fixando atualmente um limite mínimo igual ou superior a 0,2 g/l.

⁶²⁶ Presentemente, e salvaguardando os casos especiais acima mencionados, existem dois níveis de sancionamento a título contra-ordenacional – contra-ordenação grave, se superior a 0,5 e inferior a 0,8 g/l de TAS e contra-ordenação muito grave entre 0,8 g/l e inferior a 1,2 g/l de TAS (art. 81.º, *maxime* n.º 5, do CEst) – e uma tipificação a título de crime, quando a TAS for igual ou superior a 1,2 g/l (art. 292.º, n.º 1 do CP), sem prejuízo da incriminação do art. 291.º do CP.

⁶²⁷ De registar que, após a querela jurisprudencial que se instalou em virtude da interpretação divergente dos artigos 2.º e 8.º da Portaria n.º 1556/2007, de 10-12 – dividindo-se os tribunais superiores no que respeita à dedutibilidade na TAS do erro máximo admissível nos alcoolímetros –, nova controvérsia se perfilou, no tocante à interpretação do art. 170.º, n.º 1, al. b) do CEst (na redação conferida pelo art. 2.º da Lei n.º 72/2013, de 03-09). A questão assumia particular relevância quando estivesse em causa a despenalização da conduta que fosse qualificada como crime de condução em estado de embriaguez (art. 292.º CP) degradando-a em contra-ordenação (art. 81.º do CEst). Relativamente àquela primeira querela, o STJ considerou que as decisões opostas adotadas nos tribunais da relação não assentavam em qualquer divergência de interpretação normativa, mas no âmbito da produção, interpretação e valoração da prova, não justificando, por isso, um recurso extraordinário de fixação de jurisprudência (cfr. Ac STJ de 17-12-2009 - rel. Cons. Rodrigues da Costa, acessível em www.dgsi.pt), pelo que a questão não conheceu qualquer decisão definitiva. Quanto a esta última controvérsia, apreciável jurisprudência aplicou retroativamente o regime do art. 170.º, n.º 1, al. b) do CEst, por ser mais favorável ao arguido, e se entender que o legislador quis pôr termo a uma clivagem interpretativa, dando prevalência ao valor apurado após dedução do erro máximo admissível (previsto em regulamento de controlo metrológico dos métodos e instrumentos de medição, quando exista) sobre o valor registado no aparelho [cfr., neste sentido, os Acs. RP de 15-01-2014 (rels. Des. Neto Moura e Alves Duarte), de 13-02-2014 (rel. Des. José Carreto) e de 05-03-2014 (rel. Des. Manuela Paupério), da RL de 21-01-2014 (rel. Des. Jorge Gonçalves) e de 11-02-2014 (rel. Des. A. Vargues), da RC de 02-04-2014 (rel. Des. Isabel Silva), da RG de 17-02-2014 (rel. Des. Lee Ferreira) e da RE de 08-04-2014 (rel. Des. M. Isabel Duarte)]. No sentido de que a norma do art. 170.º, n.º 1, al. b) do CEst assume carácter inovatório, e não interpretativo, sendo assim aplicável por revestir conteúdo mais favorável ao arguido, cfr. Ac RC 26-02-2014 (rel. Des. M. Pilar Oliveira). A jurisprudência é, pois, maioritária no sentido da aplicação retroativa de uma norma, mais favorável, que define um

Sabendo que é o grau de taxa de alcoolemia no sangue que determina a classificação da condução sob tal efeito como contra-ordenação ou como crime, qual o critério de aceitabilidade do resultado de testes de alcoolemia em que um condutor evidencie um estado de afetação por alcoolemia que apenas o remete para o patamar contraordenacional (em vez do criminal)? O resultado daquele exame é, indiferentemente, válido quer para o âmbito de incriminação da conduta em termos contra-ordenacionais e em termos criminais?

O enquadramento constitucional do processo contra-ordenacional, enquanto processo sancionatório, define-o como um tipo de processo *equitativo*, em que estão assegurados os meios de audiência e de defesa do arguido – art. 32.º, n.º 10 da CRP.

No que diz respeito ao ordenamento infra-constitucional, deverá considerar-se o alcance de uma norma como a do art. 42.º, n.º 2 do RGIMOS⁶²⁹, que aparentemente consagra uma cláusula geral de inadmissibilidade – salvo intercedendo consentimento de *quem de direito* – de prova, em processo contra-ordenacional, através de «exames corporais» e «prova de sangue».

Apesar de inserida num preceito com a epígrafe «Meios de coacção» – o que não podendo significar, na sistemática do diploma, uma referência a admissibilidade de «medidas de coacção»⁶³⁰, tendo que se entender como reportada a métodos invasivos, ocultos e coercivos de obtenção de prova –, a norma do art. 42.º, n.º 2 do RGIMOS⁶³¹ tem a seguinte redação: «*As provas que colidam com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue, só serão admissíveis mediante o consentimento de quem de direito.*»

critério de apreciação/valoração probatória ao resultado do exame de alcoolemia, entendendo essa corrente que apesar de se dirigir a matéria de contra-ordenacional, seria incompreensível se não fosse aplicável a condutas com relevo criminal [neste sentido, Ac RE de 17-02-2014 (rel. Des. João Gomes Sousa) e Ac RL de 21-01-2014 (rel. Des. Jorge Gonçalves)]. Contra este entendimento, negando a natureza interpretativa da Lei n.º 72/2013, e continuando a entender não ser de aplicar qualquer desconto à TAS registada, cfr. Ac RP de 19-02-2014 (rel. Des. José Piedade).

⁶²⁸ Pode ser, também, o caso da determinação do estado de abuso de drogas ou de toxicod dependência, que pode relevar para efeitos de classificação da responsabilidade como meramente contra-ordenacional – se se tratar de consumidor habitual (artigos 43.º e 52.º do DL n.º 15/93 e 10.º, n.º 3 da Lei n.º 30/2000, de 29-11) – ou criminal.

⁶²⁹ Preceito inalterado desde a publicação do DL n.º 433/82.

⁶³⁰ Apesar de se fazer alusão à inaplicabilidade da «prisão preventiva», pretendendo significar-se a inviabilidade de qualquer privação de liberdade, ainda que a título precário ou provisório, no decurso do processo de contra-ordenação. A epígrafe «Meios de coacção» tem suscitado divergências de interpretação quanto à admissibilidade (implícita) de outras medidas de coacção, além da expressa inaplicabilidade da prisão preventiva no processo de contra-ordenação. Assim, enquanto OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL admitem a aplicabilidade de medidas de coacção (com exclusão da prisão preventiva), face à aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (*Notas ao regime geral das contra-ordenações e coimas*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2009), SIMAS SANTOS e JORGE LOPES DE SOUSA sustentam a inadmissibilidade de qualquer medida de coacção (*Contra-Ordenações – Anotações ao Regime Geral*, Áreas, Lisboa, 2011) em processo de contra-ordenação.

⁶³¹ O art. 36.º do DL n.º 232/79, de 24-07 – diploma que precedeu o DL n.º 433/82, sem que, no entanto, tivesse chegado a entrar em vigor –, tinha, por seu turno, redação exatamente idêntica à do art. 42.º. Por vicissitudes diversas respeitantes à inconstitucionalidade de algumas normas do diploma, por extravasarem o âmbito da autorização legislativa concedida para a criação de uma lei quadro das contra-ordenações – suscitada pelo PGR e pelo PR –, o diploma viria a ser declarado não inconstitucional pela CConst no Parecer n.º 4/8; apesar disso, o DL n.º 411-A/79, de 01-10 revogou os n.ºs 3 e 4 do art. 1.º do referido Decreto-Lei, que previa a equiparação genérica a contra-ordenações das contra-ordenações e transgressões a que se aplicassem sanções pecuniárias e a sujeição a este regime de outros casos indicados na lei.

Não sendo admissíveis – em princípio, no que concerne à produção e à utilização e valoração – provas por exames corporais ou provas de sangue, sem o consentimento *de quem de direito*, absolutamente assegurado estava o direito à não auto-inculpação por tais meios: a conclusão seria a de que a realização e os resultados de tais exames seriam admissíveis e poderiam valorar-se em sede de procedimento criminal, mas não já em sede de procedimento contra-ordenacional.

Não é esse, como sabemos, o quadro normativo vigente precipitado na lei positiva. Desde logo nos deparamos com dificuldades hermenêuticas na norma, quando faz depender a admissibilidade das provas por exames corporais e a prova de sangue do consentimento *de quem de direito*. Um dos segmentos da norma do art. 42.º, n.º 2 do RGIMOS já foi – corretamente, quanto a nós – interpretado no sentido de tal consentimento não poder deixar de ser o do arguido, «(...) até porque, se o legislador tivesse pretendido remeter tal poder para a autoridade administrativa, teria certamente falado em autorização. O consentimento não é nenhum tipo de acto administrativo»⁶³².

Por outro lado, dado o tipo de relação que se estabelece entre as autoridades administrativas competentes para a instrução e investigação do processo de contra-ordenações e as autoridades judiciárias, sobretudo no quadro normativo vigente em setembro de 1982 (ocasião da publicação do RGIMOS)⁶³³, não é de conceber que fosse pensada a intervenção de qualquer de qualquer destas autoridades, como forma de suprir o «consentimento» de um suspeito da prática de contra-ordenação, para a realização imediata *in loco* de exame corporal ou para a realização de um exame corporal ou prova de sangue noutra fase processual.

Naturalmente que se pode conceber que a intervenção do JI poderia interceder *a posteriori*, na fase judicial, de (con)validação de intervenções anteriores levadas a cabo pelas autoridades policiais de fiscalização. A observação não nos parece dever proceder, desde logo porque, em primeiro lugar, o processo contra-ordenacional pode não conhecer fase judicial (caso não admita ou não seja interposto recurso ou impugnação da decisão de aplicação de coima); em segundo lugar, pela impropriedade ou inoportunidade na realização de diligências de prova através de exames corporais ou por análise ao sangue, na fase judicial do processo de contra-ordenação, normalmente de recurso.

⁶³² MARIA DE FÁTIMA BENTO BOTAS, *Regime Jurídico das Contra-Ordenações Anotado*, Liv. Petrony, Lisboa, 1997, p. 46. Também neste sentido, expressamente, MANUEL FERREIRA ANTUNES, *Contra-Ordenações s e Coimas – Regime Geral*, 2.ª ed., Petrony, Lisboa, 2013, anotação ao art. 42.º.

⁶³³ O que não é já o caso, p. ex. da configuração do sistema de articulação entre a autoridade competente da instrução de processos por infração ao regime da concorrência (Autoridade da Concorrência) e as autoridades judiciárias (MP ou JI - cfr. artigos 19.º a 21.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05).

Mas, o que nos deve nortear aqui é a disciplina normativa do art. 42.º, n.º 2 do RGIMOS na sua conformação *fisiológica*, ou seja, na oportunidade processual mais consentânea com a necessidade de produzir prova com recurso ao corpo.

Benjamim Silva Rodrigues já se pronunciou, a este respeito, contrariamente ao entendimento dominante da doutrina e jurisprudência portuguesas – como o próprio refere –, no sentido da inadmissibilidade de os exames para deteção de estado de influenciado por álcool ou por substâncias psicotrópicas serem realizados coercivamente, uma vez que «(...) nalgumas circunstâncias, isso poderá mesmo significar a autoincriminação, assim se contendendo com o legítimo direito ao silêncio»⁶³⁴. Além disso, considera haver uma inconstitucionalidade material na cominação do crime de desobediência para a conduta voluntária de recusa a sujeição a tais exames⁶³⁵. Refere ainda o mesmo Autor, que «(...) sempre que a prova exige uma ingerência na integridade física do visado (“exames corporais”) ou “colidam com a reserva da vida privada”, tal só poderá ser levado a cabo mediante consentimento do visado e – (...) – mediante uma solene advertência de que ao sujeitar-se a tais exames pode resultar a incriminação do mesmo, assistindo-lhe o direito de os recusar e se remeter a um “*silêncio corporal*”, não se colocando o corpo a falar em vez do sujeito»⁶³⁶.

Paulo Pinto de Albuquerque pronuncia-se no sentido de que «A prova pericial (...) obedece ao disposto nos artigos 47.º, 151.º a 163.º do CPP, com a especialidade de a perícia sobre características físicas e psíquicas de uma pessoa só ser admissível com o consentimento da mesma»⁶³⁷, acrescentando que «O exame em processo contra-ordenacional, quer na fase administrativa, quer na fase judicial, obedece ao disposto nos artigos 171.º a 173.º do CPP, com a especialidade de o exame sobre características físicas (como o exame corporal e a prova de sangue) de uma pessoa só ser admissível com o consentimento da mesma. O mesmo vale para o exame às características psíquicas da pessoa arguida ou suspeita, por maioria de razão, dada a natureza ainda mais intrusiva deste exame. A um regime similar ao do exame obedecem a tomada de impressões digitais ou a realização de fotografias ou gravações do arguido ou suspeito no processo contra-ordenacional, atenta a natureza semelhante da intromissão na privacidade da pessoa (mas admitindo a aplicação do § 81 b da StPO no processo contra-ordenacional nos “casos mais significativos”, quando o autor da contra-ordenação não possa,

⁶³⁴ *Da Prova Penal T. I - A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas (à luz do Paradigma da Ponderação Constitucional Codificado em Matéria de Intervenção no Corpo Humano, face ao Direito à Autodeterminação Corporal e à Autodeterminação Informacional Genética)*, 3.ª Ed. revista, actualizada e aumentada, Rei dos Livros, Lisboa, 2010, pp. 176.

⁶³⁵ *Ob. cit.*, p. 176 (nota 228).

⁶³⁶ *Ob. cit.*, p. 177.

⁶³⁷ *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade católica Editora, Lisboa, 2011. p. 161.

de outro modo, ser identificado, KK LAMPE, anotação 27.^a ao § 46.º e GÖHLER, anotação 32.^a ao § 46.º e anotação 145 a, antes do § 59.º)»^{638 639}.

Sobre a falta de consentimento e seu eventual suprimento, diz o Autor que «Não é admissível o suprimento judicial genérico da falta de consentimento do titular do direito»⁶⁴⁰, adscrevendo ainda a indicação de que os meios de prova e de obtenção de prova de uma contra-ordenação estão sujeitos aos limites dos artigos 124.º a 127.º do CPP.

António Beça Pereira pronuncia-se no sentido de que o art. 42.º do RGIMOS tutela de forma distinta os valores cobertos pela reserva da vida privada, subtraindo-se assim o processo contra-ordenacional, relativamente aos exames, à aplicação supletiva da disciplina dos artigos 61.º, n.º 3, al. d) e 172.º do CPP⁶⁴¹, concluindo-se que entende que em processo contra-ordenacional vigora um princípio de exigência do consentimento do visado para a realização de «exames corporais» ou «prova de sangue». Competirá apurar, no entanto, se no ordenamento contraordenacional avulso não existirão exceções àquela regra.

Diremos, em primeiro lugar, que os conceitos de «exames corporais» e «prova de sangue», não têm definição formal no próprio DL n.º 433/82, nem se acham clarificados em qualquer outro lugar. Consoante o maior ou menor alcance interpretativo que se atribua aos mesmos, podem obter-se resultados diversos, no tocante às consequências da realização de um exame de alcoolemia ou de uma perícia corporal, sem que haja sido obtido o consentimento do visado.

Tendo presente o contexto técnico-científico da época da publicação do RGIMOS, bem como o contexto sistemático da norma em causa (epigrafada de “Meios de coacção”), pode entender-se que o primeiro desses conceitos («exame corporal») se reporta a qualquer diligência probatória com ingerência corporal ou, alternativamente, apenas aquelas diligências que implicam um grau de invasividade que não possa considerar-se insignificante; quanto ao segundo («prova de sangue»), deve ter-se a ideia de que respeita a qualquer meio de prova que exigisse a colheita de sangue em indivíduo suspeito da prática de um facto ilícito típico contra-ordenacional, para a demonstração deste.

Sobre a fórmula consagrada na norma do n.º 2 do art. 42.º do RGIMOS «consentimento de quem de direito», entendemos que a mesma se reporta à necessidade de

⁶³⁸ Idem, *ob. cit.*, p. 163.

⁶³⁹ Pretendendo estabelecer uma distinção de regimes, o mesmo Autor refere ainda que «A revista não depende do consentimento da pessoa visada, pois não se trata de intromissão da mesma natureza do exame corporal», *ob. cit.*, p. 163.

⁶⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 167.

⁶⁴¹ «(...) o legislador considerou que os interesses protegidos pela reserva da vida privada, são superiores aos, eventuais, benefícios obtidos em favor da investigação, através da violação daquela reserva. Assim, no procedimento contra-ordenacional, não se aplicam, nomeadamente, os artigos 61.º, n.º 3, al. d), 172.º, 176.º, 177.º, 179.º, 180.º e 182.º, todos do Código do Processo Penal» (*Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas Anotado*, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 115).

obtenção de consentimento por parte do titular do bem jurídico afetado por uma ingerência probatória corporal a realizar através de “exame [corporal]” ou de “prova de sangue”, como pressuposto de admissibilidade processual da mesma⁶⁴². Afigura-se-nos ser esse o único sentido compatível com a teleologia do preceito.

Pensamos haver na sistemática do regime processual de contra-ordenações, um desenho que inviabiliza a intercessão de um juízo de ponderação de interesses – que necessariamente deveria ser cometido a autoridades judiciais, *v. g.*, o juiz de instrução, e não a autoridade policial ou administrativa – pelo que estaria excluída a hipótese de se admitir ingerências corporais probatórias coercivas no domínio do ordenamento contra-ordenacional. Esta asserção suscita inexoravelmente esta outra: como classificar, então, os exames corporais e provas de sangue realizados com o consentimento de “quem direito”?

Assumindo que têm aplicação, em sede de direito processual contra-ordenacional, as proibições de prova do art. 126.º do CPP (*ex-vi* art. 41.º, n.ºs 1 e 2 do RGIMOS), dir-se-á que seriam sempre proibidas as provas ofensivas da integridade física e moral das pessoas, mesmo se obtidas com o seu consentimento (art. 126.º, n.º 2 do CPP).

Assim, as provas obtidas mediante exames corporais ou análise de sangue, realizados com o consentimento de quem de direito, serão admissíveis, desde que não recaiam na previsão do art. 126.º, n.º 2 do CPP, coenvolvendo a necessidade de esclarecimento prévio das eventuais consequências auto-inculpatórias – com vista à obtenção de um consentimento efetivamente autónomo e informado –, a realização por entidades qualificadas, isentas e que assegurem a privacidade e da informação a tratar.

Este será o quadro de orientação normativa quando se esteja perante situações de inequívocidade quanto aos indícios do facto (ilícito) se confinarem ao domínio contra-ordenacional.

Tal não significa, porém, que não possa ser legalmente prevista uma cominação sancionatória – incursão em crime de desobediência – para o caso de recusa a sujeição a medida de exame corporal ou prova de sangue, o que ocorre, como é sabido, entre nós, no caso de condutores [e peões em certas circunstâncias] que recusem submeter-se a provas estabelecidas para a deteção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas (art. 152.º, n.º 3 do CESt).

É discutível, em todo o caso, se o exame de pesquisa de álcool no ar expirado configura, para este feito, um “exame corporal”, afigurando-se-nos ser mais correta uma interpretação afirmativa.

⁶⁴² Parecendo-nos que tal consentimento deve ser expresso e, se possível, manifestado em forma escrita.

Parece-nos, pois, que a regra do art. 42.º, n.º 2 do RGIMOS deve ser interpretada no sentido da inadmissibilidade de produção (e de valoração) de prova com recurso a exames corporais ou “prova de sangue” sem consentimento do visado, nos casos de investigação de condutas que revistam exclusivamente natureza contra-ordenacional e desde que não se esteja num domínio incriminatório especial que derogue este princípio.

Questão diferente será a da admissibilidade de tais ingerências corporais probatórias, quando ocorra uma situação de incerteza ou dúvida sobre a relevância contra-ordenacional ou criminal da factualidade ilícita indiciada.

A regra do art. 42.º, n.º 2 do RGIMOS conhece diversas derrogações em diplomas e regimes legais avulsos, havendo alguns que contemplam expressamente a hipótese de sujeição *coerciva* a provas (ou “testes”) de alcoolemia – que podem assumir a forma de colheita de hálito, suor ou urina, nessa medida se considerando “exames corporais” ou extração de sangue –, em situações de condutas que podem assumir natureza meramente contra-ordenacional ou, alternativamente, criminal⁶⁴³. Estão neste último caso, as situações de fiscalização da condução sob influência do álcool e de substâncias psicotrópicas, cujo regime está previsto no regulamento aprovado pela Lei n.º 18/2007 (artigos 152.º e 153.º do CEst).

Em tais casos, a recusa do visado para se sujeitar a medidas probatórias que impliquem provas por exames corporais ou por colheita de sangue (ou outro fluido) não é inócua: traz-lhe consequências criminais. O que não significa, em todo o caso, que o consentimento seja supérfluo.

A falta de consentimento e a recusa do visado à sujeição aos exames de deteção do estado de afetação por álcool ou por drogas, obsta à concretização da medida probatória e inviabiliza a qualificação incriminatória da conduta, mas o regime normativo contempla, aí, cominações sancionatórias: o crime de desobediência, em resultado de cuja condenação pode ser aplicada pena acessória de conduzir veículos motorizados, ainda que o resultado do exame viesse a resultar negativo (art. 69.º, n.º 1, al. *c*) do CP). Pode dizer-se, pois, que as medidas probatórias aí estabelecidas se podem impor *coercivamente*, no sentido em que há um “constrangimento” resultante da cominação sancionatória, mas a exigência do consentimento para a realização da medida é assegurada. Ou seja, em caso de recusa, a única modalidade admissível de coercibilidade é a cominação sancionatória, e nunca o emprego da força física⁶⁴⁴.

⁶⁴³ É, entre nós, o caso do regime do controlo de dopagem, relativamente aos praticantes desportivos, os quais estão obrigados a submeter-se a tais tipos de controlo, nos termos da Lei n.º 38/2012, sob pena de, não o fazendo, incorrerem em sanções disciplinares e desportivas, podendo ser impedidos de praticar a modalidade. Em todo o caso, está-se, aí, num domínio que exclusivamente assume relevância contra-ordenacional.

⁶⁴⁴ Questão que assume, aqui, singular relevo é a da admissibilidade da colheita de sangue ou de exame médico a pessoa interveniente em acidente que esteja inconsciente ou tenha recusado sujeitar-se a colheita de sangue (art. 156.º, n.ºs 2 e 3

A norma do art. 42.º, n.º 2 do RGIMOS constitui, assim, norma geral, que pode, pontualmente, ser derrogada por regimes setoriais – em virtude de existirem fundados motivos político-criminais, no sentido da tutela, p. ex., de interesses como os da segurança rodoviária e dos utentes das vias –, como parece ser o caso do Código da Estrada (art. 152.º, n.º 3). Entre tais motivos, pode enumerar-se a circunstância de haver uma linha de continuidade gradativa na relevância da condução em estado alterado por alcoolemia ou da afetação por drogas, que pode assumir relevância contra-ordenacional ou criminal, cuja quantificação naturalística (em função das condições de ingestão das bebidas alcoólicas ou da drogas e da compleição e estatura física do visado) e respetiva qualificação jurídico-sancionatória são, à partida, ignoradas, e só após o pertinente resultado diagnóstico é viável determinar.

Em todo o caso, a falta de consentimento e a recusa do visado a submeter-se a ingerências corporais probatórias – que consubstanciem os exames tipificados na lei e em regulamentos (ar expirado, colheita de sangue, suor ou urina) –, impede que se determine com o rigor exigível, a classificação da infração como assumindo relevo contra-ordenacional ou criminal. Daí que a consequência da cominação sancionatória – incursão na prática do crime de desobediência e aplicabilidade de pena acessória de proibição de conduzir – não possa deixar de ser idêntica.

5.2.1.2. As ingerências corporais probatórias em face do direito tutelar

Na filosofia enformadora do nosso procedimento tutelar educativo, procura-se estabelecer em que medida os factos tipificados como crime poderão ser suporte e fundamento da aplicação a menores com idades compreendidas entre os doze e dezasseis anos) que sejam os seus autores, de medida(s) tutelar(es) educativa(s) – art. 1.º da Lei n.º 166/99, de 14-09 (LTE). O alcance da intervenção tutelar educativa – que, entre nós, pode considerar-se entre um modelo de proteção (ao nível das medidas aplicadas) e de justiça modificada (ao nível da estruturação processual)⁶⁴⁵ – é justificada não pela teleologia que preside à aplicação de penas e de medidas de segurança, mas tendo em atenção «a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida da comunidade» (art. 2.º, n.º 1 da LTE), reclamada em função de uma circunstância decorrente da condição

do CEst). Tratando-se de uma situação em que a determinação da TAS pode ter implicações na determinação da responsabilidade pela produção do acidente, será porventura uma das exceções à regra do art. 42.º, n.º 2 do RGIMOS.

⁶⁴⁵ Cfr. neste sentido, JÚLIO BARBOSA E SILVA, *Lei Tutelar Educativa Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, anot. art. 1.º.

pessoal do agente suspeito da prática de factos tipificados como crimes: a sua inimputabilidade em razão da idade⁶⁴⁶.

Quando se esteja em face da prática de factos praticados exclusivamente por menor, a intervenção da jurisdição tutelar educativa surge justificada em função da circunstância decorrente apenas da sua inimputabilidade em razão da idade (art. 19.º, do CP e art. 1.º da LTE). O mesmo se não sucederá quando haja participantes nos factos imputáveis e inimputáveis em razão da idade, respetivamente imputados na jurisdição penal e na jurisdição tutelar. São casos de interdependência do conhecimento da decisão de uma das jurisdições relativamente à outra, em que pode existir identidade do facto típico e ilícito.

As contingências temporais no tocante à duração das medidas probatórias necessárias e disponíveis numa e noutra espécie de jurisdição, podem acarretar soluções de independência, de sobreposição ou de incompatibilidade no tocante aos resultados a que se chegue numa e noutra.

Podem ocorrer discrepâncias no tocante ao conteúdo de decisões sobre o mesmo *facto penal* tomadas pelo tribunal com competência criminal e pelo tribunal com competência tutelar educativa, mormente, se o processo tiver sido impulsionado mais rapidamente neste último, como deve acontecer (art. 75.º, n.º 4 da LTE). Para além de questões de cariz eminentemente técnico-processual – como, p. ex., sobre o regime de declarações de participantes «co-arguidos», em processos de diferentes espécies, matéria que aqui não aprofundaremos –, podem suscitar-se outras de índole substantiva, nomeadamente quando se relacionem com aspetos de prova (ou não prova) de factos relevantes para a decisão na jurisdição penal, relativamente a participantes maiores.

Qual a relação de interdependência da decisão de uma jurisdição em relação à da outra? Aparentemente, poderia pensar-se que a jurisdição penal pode ficar à mercê do resultado de um processo tutelar educativo, que, por ser normalmente mais célere e informal – dado assumir natureza secreta (art. 41.º da LTE), conferindo um estatuto de defesa menos garantístico ao menor, e terminando, por regra, antes do processo penal pelos mesmos factos –, podendo interferir de algum modo no seu desfecho. O menor sujeito a processo tutelar educativo, participante em factos objeto de processo penal, será, eventualmente, inquirido como testemunha (artigos 348.º e 349.º do CPP). Seja qual for a decisão sobre a matéria de facto no processo tutelar educativo (caso preceda a decisão no processo penal), tal circunstância apenas relevará como (mais) um meio de prova a apreciar pelo tribunal de

⁶⁴⁶ Sem prejuízo de a execução das medidas tutelares só cessar obrigatoriamente aos 21 anos – art. 5.º da LTE. Cfr. ainda, o art. 49.º da LTE, ao referir-se aí a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica de menor de idade compreendida entre 12 e 16 anos, quando o mesmo esteja impedido de entender o sentido da intervenção tutelar.

competência criminal, posto que tal suceda ao abrigo dos artigos 340.º, n.º 2 ou 355.º do CPP. Parece seguro, no entanto, que a decisão do processo penal deve ser autónoma, esgotando outros meios de prova, porventura mais aprofundados e abrangentes do que os que foram produzidos no processo tutelar educativo. A decisão neste (previamente) proferida não constitui, por isso, caso julgado relativamente aquela. Estas hipóteses não consubstanciam, a nosso ver, autênticas questões prejudiciais «penais» relativamente à questão principal do processo penal, correspondendo apenas a casos em que se deve atender à dependência circunstancial entre o processo tutelar educativo e o processo penal, sendo que a plenitude deste aconselha a esgotar autonomamente no seu âmbito todos os meios de prova. O que elas traduzem é a expressão de um maior ou menor âmbito de apreciação das questões. Trata-se de apreciar o *mesmo facto penal*, em dimensões, latitudes e com prerrogativas processuais distintas.

Quando no processo tutelar educativo se encontre exclusivamente em causa um único menor, sem relação de comparticipação com outros sujeitos, a norma do art. 128.º, n.º 1 da LTE não contempla grande margem de restrição da admissibilidade de medidas probatórias admitidas em processo, uma vez que faz uma remissão genérica para a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal às disposições do Título IV da LTE (Do processo). Em todo o caso, não tem sido expressiva a experiência jurisprudencial sobre a matéria da internormatividade adjetiva entre o processo tutelar e o processo penal⁶⁴⁷.

No processo tutelar educativo acolhem-se os princípios do contraditório⁶⁴⁸ e da verdade material⁶⁴⁹. O contraditório comporta uma dimensão de participação em que o menor é «capaz de participar na transformação do ambiente em que ocorre o seu próprio desenvolvimento»⁶⁵⁰. A verdade material a prosseguir em função da pretensão educativa do Estado, é, em qualquer caso, não a verdade ontológica, mas a verdade judicial, prático-jurídica e processualmente válida, no mesmo sentido que assume no âmbito do processo penal⁶⁵¹. A verdade a estabelecer não pode ser obtida a qualquer custo, nomeadamente através do sacrifício da eminente dignidade do cidadão menor e dos direitos fundamentais que por inteiro

⁶⁴⁷ Cfr. o Ac RL de 07-02-2012 (rel. Des. Luís Gominho), em que se equaciona a aplicabilidade do regime de declarações para memória futura de menor vítima, fulminando-se com nulidade a omissão da sua leitura em sede de audiência em processo tutelar.

⁶⁴⁸ Assumindo-se como uma rutura contra o modelo da OTM, contemplando a «participação constitutiva no processo», conferindo-se ao menor o direito a ser ouvido e de contraditar amplamente os factos que lhe são imputados, requerendo diligências e indicando os meios de prova tidos por convenientes (Exposição de Motivos, n.º 15); como, por seu turno, se diz no Relatório Final da Comissão da LTE, (Secção C, Considerações Preliminares, 5) «(...) a garantia (...) de que o menor não é objecto mas sujeito principal, só pode conseguir-se se o menor – cujo ponto de vista divergente se admite ser legítimo e, portanto, expressável no processo – tiver um direito a ser ouvido e, tendo esse direito, a contraditar os factos que lhe são imputados, requerendo diligências e indicando as provas que entender convenientes».

⁶⁴⁹ O princípio da verdade material implica que o tribunal construa «autonomamente as bases da sua decisão», independentemente dos outros participantes processuais (cfr. Relatório Final da Comissão da LTE, Secção C, Considerações Preliminares, 6).

⁶⁵⁰ Cfr. Exposição de Motivos, n.º 15.

⁶⁵¹ Cfr. Exposição de Motivos, n.º 16.

lhe assistem, em plena igualdade com os cidadãos maiores. Daí, serem aplicáveis ao processo tutelar as proibições de produção e de valoração de prova emergentes da disciplina do Código de Processo Penal⁶⁵². Há, no entanto, particularidades no processo tutelar cujo propósito é o de garantir a intangibilidade das provas e tutelar o interesse do menor num contexto em que importa ponderar situações ou estados psicológicos distintos dos que caracterizam a idade adulta⁶⁵³. As questões serão mais pacíficas quando estejam em causa factos praticados apenas por menores, objeto de processo tutelar. Mais complexas serão aquelas suscitadas nos casos em que algum(ns) menor(es) participe(m) em crimes também cometidos por maiores, reaparecendo aí a questão da competência do juiz (e do MP) até haver autonomização processual. Trata-se de situações que acontecem, particularmente com jovens perto da idade da imputabilidade penal, em factuais relacionadas com tráfico de droga e crimes de furto e de roubo. Tais casos, frequentemente, podem conduzir à impossibilidade (por inoportunidade) do exercício da ação tutelar educativa, mas também à desconsideração da necessidade de proteção e promoção dos direitos do adolescente⁶⁵⁴.

Tendo em consideração os interesses e finalidades subjacentes ao processo tutelar educativo, cremos que a admissibilidade de sujeição do menor a medidas probatórias com implicação corporal, deve ser o mais residual possível, i. e, deve ser mais restrito do que o alcance de tais medidas em processo penal, afigurando-se-nos indesejável o recurso a intervenções corporais probatórias que não sejam leves, pelo que se propende a admitir a admissibilidade de intervenções corporais leves e demais ingerências corporais probatórias. Além de uma questão de posicionamento de princípio da filosofia de intervenção tutelar, a procura da verdade material não reveste aí a mesma densidade que assume no processo penal. Por outro lado, no processo tutelar não pode estruturar-se um sistema de ingerências corporais probatórias – como o que se verifica em relação a arguidos imputáveis – dentro de

⁶⁵² Assim, ANABELA M. RODRIGUES - A. DUARTE FONSECA, *Comentário da Lei Tutelar Educativa* (reimp.), Coimbra Ed., Coimbra, 2003, p. 133. Estes Autores parecem apontar para a admissibilidade em processo tutelar, dos meios de prova admitidos em processo penal (*ob. cit.*, p. 171).

⁶⁵³ Cfr. Exposição de Motivos, n.º 16.

⁶⁵⁴ Sucede, não raro, que a investigação criminal se desenvolve sem haver especial preocupação quanto à existência de um adolescente perto de completar os 18 anos, e porque só no momento do “saneamento” do processo de inquérito tal se constata, o inquérito tutelar educativo, se entretanto for instaurado, é arquivado, se o jovem atingir os 18 anos sem ter sido aplicada medida em 1.ª instância. Nos casos de participação, convém adotar algumas precauções: 1) Pode prolongar-se o inquérito, sem comunicação ao MP da jurisdição de família e menores, pelo tempo estritamente necessário à recolha de prova de factos em que tenham participado os jovens inimputáveis, por forma a que esta cumpra as exigências de validade processual penal (que pode sempre ser utilizada posteriormente como prova também no processo tutelar educativo); todavia, deve 2) Garantir-se que esse “adiamento” do processo tutelar educativo não significa desproteção e agravamento da situação do jovem, para o que se pode/deve acionar os procedimentos de promoção e proteção dos direitos que se mostrarem adequados; e, 3) Estando atento à idade, para que a comunicação não seja tão tardia que torna inevitável o arquivamento do processo tutelar educativo. Naturalmente que só perante o caso concreto é possível operacionalizar esse *interface*, mostrando-se crucial articulação entre o MP que dirige o inquérito e o da jurisdição de família e menores.

critérios dependentes de categorias como as do consentimento e da coercibilidade⁶⁵⁵, com as soluções de imposição de sujeição a certas medidas probatórias com recurso ao corpo e, ainda, por se tornarem inaplicáveis cominações sancionatórias aos sujeitos que recusem a sujeição voluntária. Não raro, poderá verificar-se dissídio entre a vontade do próprio menor e a do seu representante no que toca à manifestação/expressão do consentimento para a sujeição a medidas probatórias com ingerência corporal mais invasivas ou intrusivas. Por outro lado, a previsão de cominações sancionatórias – de índole processual disciplinar ou “correccional” – para a não sujeição voluntária a certas ingerências corporais probatórias, apareceriam como soluções contra-producentes, inadequadas ou de todo em todo inconvenientes, tendo em conta a condição dos destinatários e a conformação do ordenamento jurídico em apreço.

Propendemos, pois, a sufragar a admissibilidade de ingerências corporais probatórias em processo tutelar apenas quando as mesmas sejam determinadas no interesse do próprio menor (p. ex., um exame radiológico para determinação da idade cronológica que confirme a menoridade, um exame para determinação de toxicod dependência) e as que se admitam no quadro de uma ponderação de proporcionalidade e indispensabilidade mais exigente do que é indicado para o processo penal. Com tal aproximação, nos parece legítimo defender que nem todos os factos ilícitos típicos (qualificáveis como crime) que podem justificar sujeição de arguidos [imputáveis ou inimputáveis perigosos] a ingerências corporais probatórias em processo penal, justificarão a sujeição de menores [inimputáveis] a tais medidas no quadro do processo tutelar educativo. Poderão justificá-las aquelas violações do núcleo essencial de valores da vida em comunidade, como o direito à vida e integridade física, a autodeterminação sexual ou a liberdade, mas já nos parece mais discutível que possam fundamentá-las aquelas condutas violadoras de incriminações de matriz mais contingente e subjetiva, como o património, a honra e mesmo alguns interesses encabeçados pelo Estado.

Em conclusão, a natureza *fisionómica* das ingerências corporais probatórias em âmbitos contíguos ao processo penal, como o processo de contra-ordenação e o processo tutelar, resulta, quanto a nós, descaracterizada: no processo contra-ordenacional, pela reduzida ressonância ético-social dos valores cuja tutela material é cometida ao direito de mera

⁶⁵⁵ Analisando a aplicação do regime da recolha de amostras de ADN no sistema de justiça juvenil, regulado pela Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de Menores (LORPM) em Espanha (jovens entre os 14 e 18 anos), CONSUELO MARTÍNEZ-PEREDA, «Intervenciones corporales: la toma de muestras biológicas y prueba de ADN en el proceso penal de menores», Curso *La prueba en el proceso penal de menores*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid (acessível em http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/img/ventana_nueva.gif), 2011, a qual sustenta a aplicabilidade do regime geral, designadamente da Disposición Adicional Tercera da LO 10/2007. Concretamente no tocante à prestação do consentimento para a recolha policial de bioamostras para determinação de perfil genético, defende dever ser o mesmo prestado pelo maior de 14 anos, e não pelos seus representantes, bem como ser inexigível a presença de defensor. Numa aproximação semelhante, SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, «El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores, Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 35, 2011, pp. 41-66.

ordenação social; no processo tutelar, em função da inadequação da aplicação de categorias como as do consentimento e a coercibilidade e a disfuncionalidade teleológica que resultaria de soluções como as cominações sancionatórias, além de que uma indiscriminada admissibilidade de ingerências corporais probatórias, poderia tornar-se contraproducente face à natureza e finalidades do mesmo.

Em suma, o conceito de ingerências corporais probatórias, sem ser exclusivo do processo penal, encontra nele um mais denso, amplo e típico território de análise, pelo que a ele o circunscreveremos no excuro da nossa investigação.

5.2.2. Âmbito subjetivo das ingerências corporais probatórias

No decurso da uma investigação criminal é frequentemente necessária a sujeição de diversos intervenientes processuais a medidas de prova que implicam o recurso ou utilização do corpo ou de elementos deste. Importa averiguar se a sujeição de qualquer dos diversos intervenientes processuais a tais medidas probatórias as faz recair no conceito de ingerências corporais probatórias.

Desde logo, podem colocar-se as exigências de intervenção probatória sobre o corpo das vítimas de um facto ilícito típico. Assim, p. ex., a necessidade de determinar a natureza e extensão de uma lesão corporal ou funcional, a natureza e conseqüências de uma agressão sexual ou as causas e circunstâncias da morte, no caso de vítimas de crimes contra pessoas, impõe a indispensabilidade de realização dos pertinentes exames e perícias corporais adequados a obter certas informações juspenalmente relevantes, através dos adequados métodos e conhecimentos técnico-científicos (perícias médico-legais ou outras).

Nos crimes que tutelam alguma dimensão do corpo humano – *v.g.* os tipos de crime contra a vida, integridade física⁶⁵⁶, contra a liberdade de autodeterminação e contra a autodeterminação sexual –, o sujeito processual que inicialmente fica sob a esfera de *disponibilidade* probatória do poder do Estado – através das autoridades judiciárias competentes – é a própria vítima. Sobre ela recaem, em primeira linha, a atenção das autoridades quanto à recolha de vestígios probatórios que a ocorrência de um episódio tipicamente ilícito possa ter deixado impressos no cenário do crime ou no corpo da vítima, relativamente a alguma dimensão do corpo. Entre as múltiplas hipóteses que podem surpreender-se, identificam-se os exames sobre o corpo da vítima para recolha de amostras biológicas, a perícia para avaliação

⁶⁵⁶ Para não aludir aos crimes contra a vida, em que o exame crucial é, justamente, a autópsia médico-legal (podendo implicar apenas o exame necrópsico ou coenvolver exames complementares laboratoriais) ao cadáver da vítima. Em todo o caso, dado que não estamos aí perante a presença de uma pessoa viva, com disponibilidade e autodeterminação sobre o seu corpo, a questão não assume os mesmos contornos, intercedendo toda uma gama de problemas relativa à disponibilidade do Estado sobre o cadáver para fins probatórios e de investigação criminal, que sobreleva legítimas pretensões dos familiares.

do dano corporal, a perícia sexual, a perícia psiquiátrica, entre outras. Do resultado de tais exames e perícias resultarão dados que, conjugados com outros elementos, contribuirão para a incriminação de terceiros pessoas. Mas, não sendo afetadas por esse resultado as pessoas a elas sujeitas, não assumem, nesse sentido, a natureza de ingerências corporais probatórias, dado que não se estabelecem, em princípio, conflitos reais ou potenciais entre a posição processual desses visados e a sua possível autoincriminação.

Sobre o corpo do agente ativo suspeito do facto ilícito típico, podem também incidir vários procedimentos probatórios; assim, desde logo, os que se destinam a estabelecer uma relação de identificação entre esse agente e a autoria do facto, a determinar as circunstâncias da atuação ou as condições de saúde psíquica do mesmo, aquando da sua prática, ou determinar a detenção, ingestão ou consumo de substâncias proibidas, enquanto elementos tipicamente relevantes; ou, também, quando seja necessário estabelecer correspondência entre lesões corporais da vítima e do suspeito. Nos casos em que o imputado reúna, em simultâneo, as qualidades de vítima e de suspeito da agressão – nos casos de agressões recíprocas, participação em rixa, etc –, parece dever preponderar o estatuto de suspeito ou arguido e, como tal, relevando as prerrogativas que o mesmo possa invocar no tocante ao direito à não autoincriminação, ao direito ao silêncio corporal, à autodeterminação informacional.

Também terceiros podem ser submetidos a medidas corporais probatórias, com vista ao cruzamento confirmativo de dados obtidos através de outros exames, designadamente os exames e perícias tendentes ao estabelecimento de uma relação de parentesco, à determinação da idade cronológica, à indagação da imputabilidade, ao estudo e apreciação da personalidade da vítima ou do imputado.

O facto de em determinados ordenamentos jurídicos, como no Reino Unido, existir uma obrigação indiscriminada de sujeição de pessoas meramente suspeitas da prática de um qualquer ilícito – mesmo que não revistam natureza criminal –, de recolha de amostras biológicas para obtenção de perfis de ADN – o que configura materialmente uma ingerência ou mesmo uma intervenção corporal probatória – sem que, no entanto tenha subjacente um propósito eminentemente probatório, ou finalisticamente destinado a produzir prova em determinado processo, não deve desviar-nos do nosso propósito de delimitar o âmbito subjetivo das ingerências corporais probatórias.

O núcleo do problema da delimitação do âmbito subjetivo das ingerências corporais probatórias, contenderá sempre com a plausibilidade de o resultado de tais medidas contribuir para a autoincriminação de determinados intervenientes: o imputado (suspeito ou arguido).

Com efeito, não será tanto a qualidade de qualquer interveniente processual a sujeitar-se a uma medida ou diligência probatória sobre o corpo que emprestará à mesma a sua classificação como ingerência corporal probatória, mas sim o efeito potencialmente desfavorável ou auto-incriminatório que o seu resultado possa implicar para a posição processual de algum ou alguns intervenientes.

Assim, parece que o elenco dos intervenientes processuais tipicamente suscetíveis de integrar o âmbito subjetivo das ingerências corporais probatórias, serão, desde logo, os imputados, na sua qualidade de suspeitos⁶⁵⁷ ou de arguidos. É discutível que possam recair neste âmbito os intervenientes processuais relativamente aos quais – apesar de não suspeitos ou não constituídos como arguidos, tomados no nosso ordenamento como testemunhas –, a sujeição a determinada intervenção probatória possa resultar na sua [auto-]incriminação. Pensamos que em tal situação há-de vigorar, não só o princípio da proibição da autoincriminação, mas, desde logo, analogicamente, o regime processual emergente dos artigos 59.º e 132.º, n.º 2 do CPP.

Há ainda que ponderar a similitude material das situações que recaem na disciplina do art. 134.º, n.º 1 do CPP: às pessoas aí mencionadas há-de ser reconhecida a prerrogativa de não serem submetidas a ingerências corporais probatórias donde resulte a incriminação do arguido familiar ou a mesma seja reforçada? Nessas situações, cremos que lhes deverá assistir, correspondentemente, o complexo de direitos que assiste ao arguido – em que pontificará o *direito ao silêncio corporal*⁶⁵⁸ –, sem prejuízo da eventual coercibilidade na (determinação e) realização de ingerências corporais probatórias, nos mesmos termos em que é estabelecida para este sujeito processual.

A delimitação do âmbito subjetivo do conceito de ingerência corporal probatória pode fazer-se negativamente, recusando-se tal qualificação às medidas probatórias sobre o corpo dos intervenientes processuais cujos resultados não importem a suscetibilidade da sua autoincriminação.

Por isso, não está excluído o imputado, porquanto, relativamente a este, qualquer medida probatória sobre o seu corpo, pode, virtualmente, contribuir para a sua incriminação, ou seja, só se compreende a realização de qualquer ingerência corporal probatória se a mesma for teleologicamente dirigida à comprovação um quadro indiciário que estabeleça a imputação de responsabilidade pela prática de um facto ilícito típico ao visado.

⁶⁵⁷ Utilizamos, aqui, o termo de forma descomprometida, não exatamente com o sentido atribuído pelo art. 1.º, al. e) do CPP. Em todo o caso, tratar-se-á da pessoa relativamente à qual se indicie que pode ser agente da prática de um facto ilícito típico, sem que, todavia, seja formalmente constituída como arguida.

⁶⁵⁸ Apesar de a jurisprudência maioritária do TEDH sufragar um entendimento restritivo do direito ao silêncio, coincidente com o silêncio declaratório.

5.2.3. Âmbito objetivo das ingerências corporais probatórias

Cremos ter deixado suficientemente esclarecido que o corpo não é, em si mesmo, nem meio de obtenção de prova, nem meio de prova, mas suporte bio-psíquico passível de sujeição a procedimentos probatórios (meios de obtenção de prova⁶⁵⁹). Não pode, nessa medida, reconhecer-se como mero invólucro anatómico-fisiológico de uma putativa intencionalidade do seu titular, que encerraria a autorização ou proibição de produção de conclusões probatórias (meios de prova), sob pena de se incorrer numa coisificação, atentatória da dignidade humana. Torna-se, assim, necessário tentar estabelecer quais os modos de recurso e de utilização do corpo enquanto *matéria* probatória no processo penal.

O âmbito objetivo das ingerências corporais probatórias envolve a definição de quais os procedimentos em que o corpo possa ser validamente implicado com vista à produção de prova processualmente válida.

São múltiplos os fundamentos da necessidade de “convocação” do corpo como elemento probatório processual sobre os suspeitos de factos ilícitos típicos⁶⁶⁰. Os procedimentos corporais probatórios assumem apreciável heterogeneidade, de acordo com a finalidade probatória que visem: desde ingerências mais tópicas ou inócuas e que não são suscetíveis de vulnerar a integridade corporal, nem a intimidade da vida privada e o pudor, a outras, mais invasivas e profundas, que atentam contra estes valores, ou outras, ainda, que afetam os direitos à integridade pessoal, potencialmente à identidade genética e à autodeterminação informacional.

Esta aproximação introdutória e eminentemente empírica, envolve alguma carência de rigor, mas também já integra os elementos que permitem decantar um conceito técnico-jurídico mais rigoroso.

É o que procuraremos fazer em seguida.

Delimitando negativamente o âmbito objetivo das ingerências corporais probatórias, não podem assimilar-se a estas as situações que (apenas) imponham a (necessária) presença

⁶⁵⁹ Em Itália, uma corrente minoritária vem pondo em crise a dicotomia entre *meios de prova* e *meios de obtenção de prova* (cfr. GIULIO UBERTIS, *Lessico e Struttura della Prova Penale*, nota 1, in www.csm.it, consultável em: http://www.csm.it/quaderni/quad_98/qu_98_14.pdf. Para uma recensão desta corrente doutrinária, cfr. PAOLA FELICIONI, *Le Ispezioni e Le Perquisizioni*, Giuffrè Editore, Milão, p. 19, n. 75). A doutrina maioritária define os meios de prova como «os instrumentos processuais que permitem adquirir um elemento de prova» e os meios de obtenção de prova como os meios que “consistem numa actividade, de natureza investigatória, dirigida precisamente à procura dos meios de prova ou, mais genericamente, dos elementos com relevância probatória» (P. TONINI, *La Prova Penale*, p. 91 e A. DALIA - MARZIA FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 2.ª ed., CEDAM, Padova, 1999, pp. 210 e 211).

⁶⁶⁰ Achamos metodologicamente mais prudente e correto designar desta forma o crime indiciado, cuja autoria é imputada ao suspeito. Em rigor, se o que se acha submetido a investigação é ainda uma hipótese, a confirmar, de ocorrência criminal; só após se estabelecer, por forma jurídico-processualmente válida – após se verificar o preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos do(s) crime(s) em causa – e definitiva – em princípio, após o trânsito em julgado – a responsabilização criminal do autor dos factos típicos ilícitos processualmente relevantes, é possível designar essa realidade como *crime*.

(corporal) dos visados, para diligências processuais de recorte preponderantemente verbal; ainda que a diligência se destine a recolher elementos de carácter probatório, tal finalidade não é suficiente para implicar a sua classificação como ingerência corporal probatória. A doutrina classifica impressivamente tal espécie de prova como *prova pessoal*, atendendo à sua fonte e natureza. As mesmas não se podem identificar como ingerências corporais probatórias, tendo em conta que as inquirições de testemunhas – que resultam em depoimentos – os interrogatórios de arguidos – que resultam em declarações – ou as acareações, entre outras, não interferem com qualquer dimensão corporal probatória do visado, para além da própria disponibilidade temporária [do corpo] da pessoa em causa perante a autoridade processual competente⁶⁶¹.

Por outro lado, as ingerências corporais probatórias podem assumir grande multiplicidade e variedade nas suas formas de concretização. Podem ir desde exames com base em pesquisas de ar expirado, de características físicas, a análises de perfis genéticos, com recurso a colheita de bioamostras, a técnicas de identificação pela retina, por impressões dactiloscópicas, por marcas dentárias ou queiloscópicas, a intervenções corporais propriamente ditas, como colheita de sangue e outros produtos biológicos, intervenções cirúrgicas, entre outros, globalmente sistematizadas, entre nós, nas categorias dos exames e perícias, quer no Código de Processo Penal, quer em diplomas avulsos⁶⁶².

Ao lado de um conjunto de ingerências corporais probatórias típicas, cuja realização se acha prevista de forma padronizada – como a perícia de dano corporal ou psiquiátrica – outras há cuja realização e aplicação processual vai sendo entretanto possível realizar. Trata-se de perícias com implicação corporal potenciadas pela aplicação dos conhecimentos científico-tecnológicos. Podem incluir-se nesse rol outras medidas probatórias, cujos protocolos procedimentais são, neste momento, imprecisos, ou mesmo discutíveis, como a prova neurofisiológica⁶⁶³, a prova do estado emocional, que carecem de aprofundamento e consenso científico para se impor como métodos probatórios correntemente aceitáveis.

Assim, desde logo no que respeita à validade epistemológica e científica dos meios probatórios inovadores – cuja aplicabilidade pode, inclusivamente, ser ignorada das autoridades processuais e auxiliares periciais – se pode colocar a problemática da delimitação objetiva dos meios probatórios que devem reconhecer-se como ingerências corporais probatórias.

⁶⁶¹ A entender-se que podia verificar-se uma limitação da integridade ou autonomia pessoal, na sujeição coerciva da pessoa à diligência processual de audição ou depoimento, é consensual o entendimento de que tal limitação se encontra antecipadamente justificada por uma cláusula geral ou princípio do *dever de colaboração com a Administração da Justiça*.

⁶⁶² Em que avultam a Lei n.º 45/2004 (Perícias Médico-legais) e a Lei n.º 5/2008 (Base de Dados de Perfis de ADN).

⁶⁶³ Esta começa, aliás, a ser proposta como um meio de alcançar uma *Brainfingerprint*.

Deverão, assim, relevar os meios probatórios que, à luz do estado atual da ciência e do reconhecimento da comunidade científica, se devam reputar credíveis e idôneos a esclarecer determinada factualidade jusprocessualmente relevante⁶⁶⁴. Os contributos científicos para a prova com incidência corporal devem, nesta perspetiva, ser acolhidos sem preconceito, apesar das cautelas quanto à sua idoneidade e credibilidade, se não como meios de formação da convicção para a decisão, ao menos como meios de orientação da investigação.

Propendemos, pois, a circunscrever objetivamente o conceito de ingerências corporais probatórias àquelas medidas que não dispensam a implicação imediata de alguma dimensão do corpo do visado; dele se excluirão as medidas probatórias sobre as projeções ou refrações de outras dimensões corporais, como o reconhecimento fotográfico, a recolha de som e imagem, a localização celular (ou geográfica) e térmica, a perícia fonético-vocal (para determinação da autoria de expressões verbais), a perícia de reconhecimento visual da figura do visado quando captado em registo de imagem, a perícia olfativa, as revistas tópicas de peças de vestuário (impropriamente ditas corporais), entre outras. Trata-se de medidas probatórias em que o corpo aparece como suporte mediato, não atual, do qual se regista uma imagem, um padrão de sons ou de impressões, dimensões que, não fazendo parte dele, não suscitam o mesmo tipo de preocupações no exercício de ponderação de interesses.

Portanto, numa abordagem objetiva, as ingerências corporais probatórias devem partir do corpo como suporte imediato e atual da medida de prova a produzir e devem revestir-se de um estatuto de indiscutível credenciação técnico-científica, à luz do estado atual da ciência e do reconhecimento dominante na comunidade científica.

5.2.4. Aproximação a uma definição de *ingerência corporal probatória*

Creemos, neste passo, estar habilitados a ensaiar uma proposta de definição – sempre precária – do conceito abrangente de *ingerências corporais probatórias*, coenvolvendo as diversas subespécies do mesmo.

Assim, serão ingerências corporais probatórias *o conjunto de medidas que visem a pessoa do imputado ou de outros intervenientes com ele relacionados – cuja (auto-)incriminação possa ocorrer em resultado da sujeição a tais medidas –, determinadas ou autorizadas em processo penal, que incidam de forma imediata*

⁶⁶⁴ Refira-se, a título de exemplos de medidas corporais probatórias inovadoras, a análise de expressão (emocional) facial, o “testemunho olfativo” ou a “técnica P300” (ou EP300 ou P3). Esta técnica consiste na medição neurofisiológica da atividade de certas estruturas cerebrais – que ocorre entre 300ms e 500ms após a apresentação do estímulo, com voltagem positiva e amplitude de 5-20 mV –, mediante a estimulação com imagens ou sons, permitindo aferir da existência de prévia informação sobre os mesmos, por parte do visado. A sua ainda relativamente recente aplicação, por exemplo em Espanha – no caso «Marta del Castillo» e noutros –, tem suscitado um debate mediático e doutrinal sobre a analogia com um “novo polígrafo”.

sobre uma dimensão do seu corpo vivo, com vista à sua identificação, à comprovação de qualquer facto jurídico-penalmente relevante ou à sua qualificação jurídico-penal.

O conceito abrangente de ingerências corporais probatórias compreende uma gama de subconceitos ou conceitos derivados, mais restritos e específicos quanto ao seu alcance, de acordo com o grau de intensidade da concreta interferência sobre a realidade corporal observada ou pesquisada.

5.3. Modalidades de ingerências corporais probatórias

5.3.1. Ingerências corporais probatórias como conceito abrangente e subespécies: intervenções, intrusões, investigações, interferências, inspeções, exames, registos

É necessário estabelecer uma linha de demarcação do conceito proposto de ingerências corporais probatórias, relativamente a realidades próximas, contíguas e de algum modo associadas àquele, sem deixar de notar que o mesmo é um conceito que alberga subespécies. Assim, tomando em consideração expressões como intervenções corporais probatórias, intrusões, intromissões ou investigações corporais, inspeções, exames, registos, entre outras, todas elas podem, afinal, reconhecer-se no conteúdo abrangente daquele conceito.

A nossa doutrina e jurisprudência têm sido avessas a consagrar e utilizar o conceito, bem como a tratar sistematicamente os termos da operacionalização das medidas probatórias com recurso ao corpo como ingerências corporais probatórias ou, mesmo, enquanto conceitos mais generalizadamente reconhecidos, como o de intervenções corporais.

A título de exemplo, Patrícia Naré Agostinho prefere um conceito abrangente de «intrusão corporal»⁶⁶⁵. De forma simplificada, esta Autora define o conceito como englobando as medidas probatórias que incidem sobre o corpo vivo de uma pessoa como meio de lograr prova de uma forma lesiva da integridade física, o que parece apontar, desde logo, para um conceito que, apesar de pretender ser amplo, é mais restrito do que o de ingerências corporais, por nós proposto e aproxima-se do conceito mais generalizado de intervenções corporais. Por seu turno, Luísa Neto, a propósito da qualificação de certas medidas de produção de prova através do recurso ao corpo, alude a “intervenções corporais leves” – por confronto com “intervenções corporais graves” –, citando Angel Gil Hernández⁶⁶⁶, propõe uma noção mais ampla, incluindo em tal conceito cortes de cabelo, de barba, eletrocardiogramas ou eletroencefalogramas, polígrafo, fotografias, cuja admissibilidade resultaria da aplicação do

⁶⁶⁵ *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 55 a 57.

⁶⁶⁶ *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 1995.

princípio da proporcionalidade, na ponderação dos interesses pessoais e sociais em conflito, especialmente no confronto da gravidade do crime investigado e do grau de violação dos direitos fundamentais que a sua adoção implicaria, atribuindo-se maior preponderância aos segundos⁶⁶⁷.

Um outro conceito de «intrusões corporais», positivado no art. 89.º, n.º 4 do CExp, no âmbito particular de procedimentos preventivos de manutenção de ordem e segurança de pessoas em meio de reclusão, restringindo-se à «extracção de objectos» do corpo de um recluso, mediante supervisão médica e autorização do tribunal de execução de penas. Mas não assume, aqui, o conceito qualquer conotação teleológica predominantemente probatória, sem embargo de, em resultado de uma diligência de tal natureza, poder vir a recolher-se e apreender-se qualquer substância que indiciie a prática de um tipo de ilícito (*v.g.* de detenção para consumo ou tráfico de estupefacientes, arma ou munição proibida). Não contendo este conceito um sentido preordenado à obtenção ou produção processual de prova, não está excluído que o resultado da medida possa implicar um efeito probatório, ao surtir a necessidade (obrigatória) de instauração de um processo criminal tendente a investigar e apreciar a relevância criminal da factualidade indiciada. Mas essa consequência não é inexorável, pois que o resultado da intrusão corporal pode ser inócuo ou reconduzir-se a consequências disciplinares (*v.g.* a detenção de materiais não ilícitos, mas proibidos, como dinheiro, chips de telemóveis) ou contraordenacionais (*v.g.* a detenção de substâncias estupefacientes cuja quantidade não ultrapasse o limite de relevância criminal). Trata-se, contudo, de um conceito confundível com o que Patrícia Naré Agostinho propõe, o que nos aconselha a não o adotar.

Por seu turno, o Tribunal Constitucional nacional – colhendo inspiração na experiência processual e jurisprudencial espanhola – já ensaiou uma hipótese de distinção entre inspeções e registos corporais e intervenções corporais, vindo a esclarecê-las de forma essencialmente idêntica à doutrina e jurisprudência do País vizinho. No Ac. TC n.º 155/2007, defendeu-se que importava distinguir, «(...) no contexto do processo penal, dois tipos de diligências sobre o corpo do arguido, em função da afectação, pela sua realização, de um direito. De um lado, *as chamadas inspeções e registos corporais*, que consistem em qualquer género de reconhecimento do corpo humano, quer seja para a identificação do arguido (*exames dactiloscópicos ou antropomórficos, etc.*) ou de circunstâncias relativas à comissão do facto punível (*electrocardiogramas, exames ginecológicos, etc.*) ou para a descoberta do objecto do crime, nas quais, em princípio, não resulta afectado o direito à integridade física, ao não se produzir, em geral,

⁶⁶⁷ *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, cit., p. 691.

lesão ou diminuição do corpo, e, por outro lado, *as qualificadas pela doutrina como intervenções corporais*, isto é, as consistentes na extracção do corpo de determinados elementos externos ou internos para serem submetidos a exame pericial (análises de sangue, urina, pêlos, unhas, biópsias, etc.) em que, regra geral, é afectado o direito à integridade física».

Essa indagação colocou-se a propósito da questão de saber se a recolha de saliva através da utilização da técnica da zaragatoa bucal, sem efetivo recurso à força física mas realizada contra a vontade expressa do arguido e sob a ameaça de recurso à mesma, conflitua com o âmbito constitucionalmente protegido do seu direito à integridade pessoal, considerando ser afirmativa a resposta.

O TC nacional expressou, pois, uma posição próxima da que é mais consensual na doutrina e jurisprudência espanholas atuais, sem descurar todo o sinuoso processo que o recorte definitivo de tais conceitos sofreu. Definem-se como intervenções corporais probatórias as ingerências em que resulta vulnerada, em princípio, a integridade física, ao passo que nas inspeções, registos, investigações – que podem visar o reconhecimento do corpo humano, a identificação do arguido, outras circunstâncias relativas à comissão do facto punível ou para a descoberta do objecto do crime – não será afetada, em princípio, a integridade física, sem embargo de poder ser vulnerada outra esfera de proteção jurídico-constitucional, como a reserva da intimidade, a identidade pessoal, a autodeterminação informacional.

Aderimos a esta construção, que nos parece essencialmente correta, ao fazer passar a linha de demarcação das intervenções corporais probatórias pela suscetibilidade de lesão do direito à integridade física ou corporal, em contraponto com outras medidas probatórias sobre o corpo, em que tal não se verifique.

As intervenções corporais probatórias serão, por isso, como *infra* veremos com maior rigor⁶⁶⁸, as medidas probatórias mais questionáveis em termos da opção pela sua admissibilidade em abstrato (na lei) ou em concreto (no processo).

Todavia, isso não significa que se dispense a construção de um conceito mais englobante, como o que propomos, de ingerências corporais probatórias, parecendo-nos assim poder significar que também outras medidas probatórias com implicação corporal podem suscitar preocupações de compatibilização com diferenciados complexos de tutela jurídico-constitucional, porventura de não menor dignidade.

⁶⁶⁸ Cfr. 5.3.2.

O critério de classificação de ingerências corporais probatórias tomando como referente a natureza da esfera de tutela jurídico-constitucional, potencial ou efetivamente afetada pela concreta modalidade de ingerência, colhe, por isso, a nossa adesão.

O Tribunal Supremo de Espanha ensaiou, por seu lado, uma distinção entre “investigación corporal” e “registro corporal”. As primeiras consistem na exploração do corpo do visado para determinar, p. ex. o estado mental ou o teor de alcoolemia. O *registro corporal* consiste em procurar objetos escondidos na superfície ou em cavidades corporais naturais (STS de 11-05-1996), equivalendo a um conceito de “busca corporal”.

Por seu turno, o Tribunal Constitucional espanhol assentou na distinção entre “inspecciones o registros corporales” e “intervenciones corporales”, como se disse já em 5.1. Estas classificações podem sem dificuldade, ser transpostas para a nossa realidade jusprocessual penal.

5.3.2. Intervenções corporais probatórias: um conceito restrito

O conceito de intervenções corporais não é um conceito unívoco e estabilizado. A doutrina caracteriza-o como a ingerências corporal em que, por regra, é afetado o direito fundamental à integridade física. Face ao que expusemos, o conceito de intervenção corporal probatória surge, pois, como um conceito mais restritivo do que o de ingerências corporais.

Acha-se associado, em certa doutrina espanhola e sul-americana, a uma noção de necessidade de vulneração da superfície cutânea, o que deixaria de fora, p. ex., a pesquisa de objetos em cavidades corporais (boca, vagina, ânus, orelhas, nariz), remetida para a categoria das inspeções corporais simples. Assim, a esta ideia de interioridade ou invasividade corporal, acresceria a de que todos os produtos corporais que se encontrem no interior do corpo (sangue, urina, líquido cefalorraquídeo, sémen) cuja obtenção é necessária para realização de testes, análises, observações, sê-lo-ão através de intervenções corporais, ainda que alguns desses produtos possam ser expelidos espontânea ou voluntariamente (saliva, urina, suor, sémen). Se os produtos corporais não tiverem que ser obtidos no interior do corpo, mas na sua *superfície*, então não estaríamos perante intervenções corporais probatórias. As inspeções seriam constituídas por pesquisas superficiais ou nas cavidades naturais do corpo, ao passo que as intervenções implicariam a realização de algum tipo de lesão, ainda que insignificante.

A doutrina espanhola tem-se empenhado no apuramento do conceito de intervenção corporal probatória; desde uma conceção defendida por Asencio Mellado⁶⁶⁹, encarada como a utilização do corpo do acusado, mediante atos de intervenção, para efeitos de investigação e

⁶⁶⁹ *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989, p. 137.

comprovação dos crimes – a qual não suscitou adesão dada a sua grande amplitude –, até posições como a de González-Cuellar Serrano, que enfatiza a sua incidência na circunstância de se tratar de medidas de investigação intra-processuais, que se realizam sobre o corpo das pessoas, dispensando o consentimento dos visados, e operando-se, se necessário, por meio da coação direta, com a finalidade de descobrir circunstâncias fácticas relevantes para o processo, em relação às condições físicas ou psíquicas do sujeito que sofre as intervenções, ou objetos nele escondidos⁶⁷⁰. Não poderiam causar dor ou perigo para a saúde ou integridade física e deviam ser empreendidas por pessoal de saúde, só podendo efetuar-se as chamadas *intervenciones leves*, ao passo que as *intervenciones graves* (que a ciência considere perigosas para a saúde) só com o consentimento do imputado poderiam ser levadas a cabo, e se a sua prática for considerada normal para fins terapêuticos.

Díaz Cabiale forneceu uma definição do conceito, de acordo com o qual intervenções corporais seriam os atos de investigação que se realizam no quadro de um processo penal e têm como objeto o corpo de uma pessoa viva; face à diversidade de intervenções existentes, o Autor restringe o conceito àquelas que manifestem uma relação de tensão entre a busca de verdade material e os direitos fundamentais da pessoa⁶⁷¹. Tratando-se de atos de investigação, excluir-se-iam, por isso: 1) os que tenham distinta finalidade, como as medidas de preservação da vida em casos de administração coativa de alimentos ou medicamentos ou de transfusões sanguíneas; 2) métodos como o polígrafo, o soro da verdade ou a narco-análise, por incompatíveis com o direito a não se auto-incriminar; 3) as que visem determinar a saúde física ou psíquica da pessoa (relativas à prova de circunstâncias que excluam ou atenuem a responsabilidade criminal), e outros atos como a obtenção de impressões dactiloscópicas, a recolha de escrita manual, etc.

Esta aproximação tem sido maioritariamente seguida em Espanha e em parte da América Latina, alargando o âmbito subjetivo da incidência das medidas a pessoas não imputadas, o que vem concitando a crítica de alguns autores, como Etxeberria Guridi⁶⁷². Dela também nos distanciamos, por restringirmos o âmbito subjetivo a imputados ou intervenientes processuais cujo resultado das medidas pudesse implicar a sua (auto-)incriminação.

Etxeberria Guridi exclui do conceito as medidas que não respeitem a uma finalidade de investigação do delito ou que apresentem uma natureza radicalmente distinta das diligências

⁶⁷⁰ *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 290, 294 e 295.

⁶⁷¹ «Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)», *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, mayo 1996, pp. 73 ss.

⁶⁷² *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Trivium, Madrid, 1999, p. 33.

de intervenção corporal (*cacheos* em sentido estrito ou superficiais ou de prevenção e segurança, as *ruedas de reconocimiento*, a colheita de *huellas dactilares* ou a captação de fotografias, etc.). Inclui, porém, no conceito de *intervenciones* as medidas enquadráveis no que se tem vindo a designar como *inspección corporal*, com a ressalva de que devam afetar com maior ou menor intensidade o pudor ou a intimidade corporal; os *registros corporales* que excedam os meros *cacheos* superficiais atrás assinalados; as diligências que suponham uma intervenção (apenas de inspeção ou de busca ou atuação médica) nas cavidades naturais do corpo (ânus, boca e vagina); compreender-se-iam igualmente aquelas medidas que implicam uma lesão dos tecidos ou revestimentos cutâneos e musculares; de igual modo, a extração de amostras ou tecidos corporais se acolheria na referida categoria⁶⁷³.

Matallín Evangelio define intervenções corporais como o conjunto de atividades que supõem a intromissão no corpo de uma pessoa, com a conseqüente limitação de certos direitos fundamentais (designadamente os direitos à intimidade e à integridade física e moral), podendo assinalar-se como notas mais distintivas as seguintes: 1) sendo diligências de investigação, cuja finalidade é a descoberta dos factos puníveis e dos seus autores, excluem-se intervenções corporais com outras finalidades, como a administração coerciva de alimentos, medicamentos ou transfusões de sangue; 2) o carácter heterogéneo (revistas, colheita de sangue e outros fluidos, corte de cabelo ou de pêlos, exames radiológicos, ecografias, análises de ADN); 3) incide sobre o corpo vivo de uma pessoa, quer se trate do suspeito ou imputado ou de terceiro ou da própria vítima, desde que da diligência possa resultar informação essencial para a descoberta da verdade material (p. ex., no caso de crimes sexuais), 4) geralmente, exige-se autorização judicial fundamentada para a sua prática, devendo as intervenções ser realizadas por pessoal médico-sanitário, recusando-se as que possam colocar em perigo a vida ou a saúde do sujeito passivo, 5) a medida deve ser proporcionada, necessária e adequada ao fim que se pretenda alcançar, ou seja idónea e apta a comprovar ou descobrir os factos. Assim, também os meios utilizados devem ser os mais idóneos para obter a informação, recusando-se a intervenção quando a finalidade possa ser alcançada com o recurso a outros meios de investigação menos lesivos para os direitos fundamentais do indivíduo e igualmente adequados para o fim prosseguido; 6) a gravidade do delito indiciado, o grau de suspeita e a probabilidade de êxito da diligência (proporcionalidade em sentido restrito) devem constitui indicadores auxiliares para a opção pela intervenção⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Ob. cit. p. 64.

⁶⁷⁴ *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 30 ss.

A partir de *leading case* que a STC 207/96⁶⁷⁵ constituiu em Espanha, face às dificuldades potenciadas por uma insuficiência de regulamentação, estabeleceu-se um entendimento tendencialmente estável e assumido por numerosa doutrina e a totalidade da jurisprudência constitucional posterior, no sentido de distinguir *inspecciones* e *registros corporales* de *intervenciones corporales*.

Esta decisão⁶⁷⁶ veio estabelecer um critério delimitador entre *inspecciones* e *registros corporales*, por um lado, e *intervenciones corporales*, por outra, em função da afetação do direito à integridade física. Dentro das diligências de prova corporal recaindo no corpo do imputado ou de terceiros, no decurso de um processo penal, enquanto atos de investigação ou meios de prova (antecipada), é possível distinguir dois tipos, em função do direito fundamental predominantemente afetado, face à sua realização: numa primeira espécie de atuação, as denominadas *inspecciones* e *registros corporales*, ou seja, as que consistem em qualquer tipo de reconhecimento do corpo humano, seja para a identificação do imputado – através de reconhecimento em linha, exames dactiloscópicos ou antropomórficos, etc. – ou para a determinação de circunstâncias respeitantes à prática do delito – eletrocardiogramas, exames ginecológicos – ou para a descoberta de objetos do crime – inspeções anais ou vaginais. Delas não resulta a afetação da integridade física, por não se produzir lesão ou alteração do corpo, embora possam ser afetados outros direitos como a intimidade corporal (art. 18. 1 da Const. Espanhola) caso recaiam sobre partes íntimas do corpo, como o caso apreciado na STC 37/1989 (exame ginecológico) ou incidam sobre a privacidade da pessoa.

A outra espécie de atuações, doutrinariamente qualificadas como intervenções corporais, já consiste na extração do corpo de certos elementos próprios ou estranhos, para sujeição a análise pericial (análises de sangue, urina, pêlos, unhas, biopsias, etc) ou na sua exposição a radiações (raios X, RMN, ecografias, etc.), também com a finalidade de averiguar determinadas circunstâncias relativas à prática do facto punível ou à participação nele do imputado; o direito que por regra será afetado é o direito à integridade física (art. 15 CEsp), ao implicarem uma lesão ou afetação da incolumidade do corpo, mesmo que apenas da sua aparência exterior.

Atendendo, ao grau de sacrifício do direito à integridade física, o TC espanhol distingue ainda entre intervenções corporais graves e leves. Estas seriam as que, tendo presentes as circunstâncias objetivas da sua produção, não ponham de forma típica em perigo

⁶⁷⁵ Tratou-se de uma decisão prospetiva, emitida num processo de recurso de amparo interposto por um acusado, de uma decisão de um Juzgado de Instrucción que ordenara uma diligência que consistia no corte do cabelo de várias partes da cabeça e a totalidade dos pêlos das axilas, com vista a sujeitá-los a perícia para determinar o estado de consumidor de estufefacientes.

⁶⁷⁶ Cuja doutrina foi reiterada nas SSTC 234/1997, de 18-12 e 25/2005, de 14-02.

o direito à saúde nem ocasionem sofrimentos à pessoa afetada, como será normalmente o caso da extração de elementos externos do corpo (cabelo, unhas, suor, saliva) ou, inclusivamente, de alguns produtos internos como sangue para análise. Seriam graves as que possam pôr em perigo aqueles valores, como punções lombares, extração de líquido cefalorraquídeo, intervenções cirúrgicas, etc.

Convém, ainda, aludir aos requisitos que presidem à doutrina do TC espanhol quanto à proporcionalidade que justifica a resolução e autorização de tais medidas, que são os seguintes: 1) que a medida limitativa do direito esteja prevista por lei prévia; 2) que seja adotada mediante resolução judicial especialmente fundamentada e que seja idónea, necessária e proporcionada em relação a um fim constitucionalmente legítimo. A estes se deverão acrescentar os requisitos decorrentes da afetação da integridade física, consistentes na prática da intervenção por pessoal médico ou sanitário, de acordo com as *leges artis*, que não implique sofrimento desnecessário ou risco para a saúde e que, através dela não se provoque um tratamento desumano ou degradante da dignidade da pessoa.

Por seu turno, para o Tribunal Supremo espanhol, a expressão *intervenciones corporales* refere-se a diligências muito diferenciadas entre si, como a revista corporal, a extração de sangue ou o “registro bucal” (revista da cavidade bucal), assim afetando direitos fundamentais distintos, como o direito à intimidade e à integridade física⁶⁷⁷.

A STS de 26-06-1998, reiterando o entendimento expendido na de STS de 11-05-1998, refere-se a “investigación corporal”, no Fundamento Jurídico 2.º que o «cuerpo humano es el escenario donde se desarrolla la libertad del individuo, por lo que cualquier intervención sobre el mismo en el curso de una investigación sobre hechos delictivos tiene que realizarse respetando su derecho a la integridad física y moral e a su intimidad personal».

Deste modo, “investigación corporal” não coincide com “registro corporal”. A primeira noção consiste na investigação do próprio corpo – podendo coenvolver a investigação sobre o estado mental ou o teor de alcoolemia no sangue – enquanto a segunda se reporta à busca de objetos escondidos na superfície ou nas cavidades naturais do corpo (boca, vagina, ânus).

Daqui se pode concluir que as doutrinas jurisprudenciais do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo de Espanha não são coincidentes na tentativa de definição dos conceitos em análise.

⁶⁷⁷ Nessa mesma linha, a STS 1332/97, de 03-11, refere que a realização de uma prova de voz, pelas suas características, não supõe uma intervenção corporal propriamente dita, visto que para realizá-la não se vulnera direitos fundamentais da pessoa em causa, como a integridade física ou a intimidade pessoal (F. Jco. 3º).

Na doutrina alemã, entre as medidas que têm por objeto o corpo do arguido, tem-se consensualizado a distinção entre *körperliche Untersuchung* (investigações ou exames corporais) e *körperlicher Eingriffe* (intervenções corporais). As primeiras não afetam a substância corporal (*v.g.* o electrocardiograma ou o electroencefalograma, investigação sobre o estado mental ou sobre a afeição por alcoolemia ou drogas), sendo indolores e inofensivas para a saúde. As *körperlicher Eingriffe* contemplam hipóteses em que há risco para a integridade física e devem ser executadas por médico ou pessoal médico (*v.g.* a ingestão ou administração de eméticos para expulsão de substâncias estupefacientes, a recolha de amostras de sangue, a punção lombar, a pesquisa e recolha de substâncias nas cavidades corporais), devendo ser levadas a cabo em estabelecimentos adequados para o efeito. As *körperlicher Eingriffe* devem ser executadas de acordo com as *leges artis* e não podem provocar perigo para a saúde [§ 81a (1) StPO].

As medidas referidas no § 81a da StPO visam a «constatação de factos significativos para o processo», ou seja, «todos os que respeitem – mesmo que de forma indirecta – à prova do crime e do seu autor». Também são distintas das *körperliche Durchsuchung* (revistas corporais) do § 102, desde logo quanto à finalidade que é prosseguida por ambas. Assim, as *körperliche Untersuchung* previstas no § 81a visam, também, normalmente, inspecionar partes ocultas do corpo, através da visão, para detetar características corporais específicas (tais como sinais, tatuagens, malformações) ou vestígios do crime (*v.g.* manchas de sangue, marcas de injeção). A revista do § 102, por seu turno, tem por fim encontrar meios de prova ou a apreensão de objetos, abrangendo a revista que visa a descoberta de objetos que estão ocultos sob a roupa, na superfície corporal ou nos orifícios naturais do corpo (boca, vagina, ânus). No entanto, e porque estão excluídas do âmbito do § 102 as hipóteses em que possa haver risco para a integridade física, a inspeção do interior do corpo, *p. ex.* mediante raios X, não está aqui incluída, encontrando-se, ao invés, regulada no § 81a da StPO.

De qualquer modo, a distinção não tem revestido especiais efeitos práticos, dada a identidade de disciplina, procedimentos e implicações entre ambas.

As propostas de solução encontradas no projeto de *Código Procesal Penal* espanhol de 2013⁶⁷⁸ parecem-nos ser de aplaudir, designadamente no tocante à compatibilização dos interesses e direitos fundamentais em confronto nas intervenções corporais, conseguindo propor um sistema normativo coerente. Desde logo se estipula uma obrigação geral de o *encausado* se submeter a *registros e intervenciones corporales* reguladas pelo código, legitimando o seu

⁶⁷⁸ Tomámos em consideração as disposições do Projeto de Código Procesal Penal de Espanha, disponível em: http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DCodigo_procesal_penal.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969773746&ssbinary=true (acedido em 21-03-2014 e noutras datas).

inadimplemento a utilização da força que resulte «idónea, necessária e proporcionada para a execução da medida» (art. 48.º, n.º 2).

Relativamente aos *registros corporales externos*, os mesmos poderiam ser realizados na ausência de consentimento do suspeito, mediante as medidas coercivas indispensáveis e conforme aos princípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade (art. 281.º), sem que tenham de ser determinados por um juiz. Não assim no caso de exames radiológicos, em que a falta de consentimento só pode ser suprida pelo tribunal de Garantias, mediante promoção fundamentada do Fiscal, devendo na decisão fixar-se quais as medidas adequadas para assegurar a sua execução, sempre em obediências aos princípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade (art. 282.º).

Em geral, nos casos de intervenções corporais (art. 284.º) ocorrem três hipóteses: 1) caso a investigação do delito as exija com a finalidade de extrair qualquer substância ou objeto alojados no interior do corpo do suspeito, por forma que implique a administração de anestésicos ou sedação, será sempre indispensável autorização judicial, mesmo que o afetado preste o seu consentimento. Se o afetado consentir e intercederem razões para de urgência ou perigo de vida que impeçam o adiamento da intervenção, o Fiscal poderá autorizar a sua prática, informando logo que possível o Tribunal de Garantias (n.º 1); 2) as intervenções corporais que tenham por objeto a recolha de amostras destinadas à prática de análises médicas ou biológicas que não exijam o acesso a zonas íntimas, poderão ser realizadas se o suspeito prestar o seu consentimento (n.º 3), e 3) para a obtenção dos vestígios dactiloscópicos do suspeito, com o fim de proceder à sua resenha e identificação, bastará o seu consentimento. Se este não ocorrer, o Fiscal suscitará a autorização judicial, nos mesmos termos previstos para a exploração radiológica (n.º 4).

Relativamente à recolha de amostras biológicas do imputado, houve o cuidado de regular especialmente o respetivo procedimento, podendo o mesmo oferecer uma “amostra autêntica” para comparação com outra obtida nos termos do art. 287.º (art. 288.º, n.º 1). Se a recolha de bioamostras implicar a prática de uma intervenção corporal, aplicar-se-á o estatuído para estas no art. 284.º)⁶⁷⁹.

Um dos aspetos que reveste maior controvérsia no tratamento e previsão normativa das medidas de ingerência corporal probatória, é o da des/necessidade do consentimento do visado. Cremos que, em rigor, se trata de um falso problema, porquanto não é o carácter coercivo ou consentido da medida que alterará a sua classificação como intervenção corporal

⁶⁷⁹ De registar a preocupação na previsão da assistência de defensor, nos casos de privação de liberdade, ainda que cautelarmente – art. 284.º, n.º 3, 2.ª parte e 288.º, n.º 4, 2.ª parte.

probatória, mas o nível de profundidade e vulneração da integridade física e a suscetibilidade de o seu resultado implicar a (auto-)incriminação do visado. A coerção, ou mesmo o uso da força física, é um meio de execução da medida e não define a sua caracterização como intervenção corporal ou outra espécie de ingerência corporal probatória.

É que, por um lado, mesmo que certas intervenções pressuponham o consentimento do visado, deve interceder autorização judicial e, ao invés, ainda que não haja consentimento, o visado pode ser a elas sujeito, mediante tal ordem ou autorização.

Outra questão a carecer de solução no regime das intervenções corporais, é a que se prende com a apontada reserva de lei formal, no sentido de não poder derivar a sua admissibilidade de atos administrativos ou regulamentares. Sendo uma aparente evidência, o certo é que a lei não enumera exaustivamente – seria uma tarefa inviável – o conjunto de intervenções corporais a que se pode recorrer, pelo que a sua admissibilidade só pode satisfazer-se com uma interpretação conforme à Constituição. Esta exigência decorreria, desde logo, do art. 8.º da CEDH relativamente à reserva da vida privada, que, segundo o TEDH, abarca a intimidade e a integridade física, ao contrário do entendimento do TC espanhol, que entende serem direitos distintos, tendo a integridade física guardada no art. 15 da Constituição (e não no art. 18)⁶⁸⁰, entendimento este que subscrevemos.

Mas, também um critério de identificação do conceito de intervenção corporal probatória que passe pela [necessidade de] vulneração-afetação-perfuração dos tecidos cutâneos ou musculares, ou mucosas do corpo ou pela invasão de cavidades corporais naturais, parece-nos hoje, e cada vez mais, insatisfatório, face à evolução das tecnologias de ultrassons, de imagem e de extração de amostras de fluidos, que gradualmente vão tornando desnecessários os procedimentos invasivos, sem que deixem de ser, neste sentido, *intrusivos*.

Como as intervenções corporais apresentam a nota característica de atentarem, potencial ou efetivamente, contra a integridade física, ainda que de forma marginal, a sua prática deve ser empreendida por pessoal com formação e conhecimentos de saúde e de acordo com as *leges artis*, adequados à espécie e modalidade de medida em causa, devendo ser um médico quando supõem um grau superior de risco de afetação da integridade física ou da saúde.

Assinala-se, ainda, a estas medidas, a característica de não poder implicar risco anormal para a saúde e integridade física (p. ex., não poder ser extraído sangue em quantidade que faça perigar a vida do visado), nem podendo o mesmo ser irreversível. Não devem implicar um grau de dor acima de certo nível, o que leva, em princípio, à rejeição do que a STC 207/1996

⁶⁸⁰ Sobre o tema, FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR, «Intervenciones corporales. Jurisprudencia constitucional», *Estudios Jurídicos*, Madrid, 2004, p. 1898.

classificou como intervenções corporais graves (punções lombares ou extração de líquido cefalorraquídeo). Ou, no limite, estas só devem ser admissíveis mediante o consentimento esclarecido do visado ou quando se trate de salvar a vida ou impedir uma ofensa à integridade física grave de pessoas privadas legalmente da liberdade.

Por último, toda a intervenção corporal deve respeitar a dignidade da pessoa.

Pode dizer-se, assim, que é no âmbito do conceito restrito das intervenções corporais probatórias que se suscitam as questões mais críticas e controvertidas quando se questione a compatibilização das necessidades e finalidades da investigação criminal com os direitos fundamentais da defesa.

5.3.3. Heterogeneidade e níveis de profundidade das ingerências corporais probatórias

As ingerências probatórias sobre o corpo podem arrumar-se segundo critérios diversificados. Podem assim compendiar-se, de acordo com a finalidade: a identificação do agente de um facto punível, a determinação de circunstâncias atinentes às condições desse agente ou da prática do facto, ou à recolha de elementos corporais para análises posteriores ou de substâncias proibidas. Podem sistematizar-se, também, segundo o direito fundamental preponderantemente afetado, de acordo com a intensidade e profundidade da intervenção, se aquele for a integridade física, o que tem implicações designadamente ao nível da dispensabilidade, da necessidade ou, até, da irrelevância do consentimento do visado (p. ex., em casos de ingerências que coloquem tipicamente a vida ou integridade física do afetado).

As ingerências corporais probatórias podem afetar de forma muito diferenciada as esferas de tutela dos direitos fundamentais normalmente mais atingidos: a intimidade e integridade corporal, a liberdade, a autodeterminação pessoal e informacional. As ingerências corporais probatórias podem implicar uma variedade e pluralidade de formas de atentados ao corpo; independentemente da sua sistematização consoante critérios de intensidade ou grau de vulneração da integridade física – em que pontificam as intervenções corporais probatórias –, pressupõem uma tutela polimórfica.

Mas seria humana e praticamente impossível prever de forma codificada e esgotante todas as modalidades de ingerência corporal.

Entre as ingerências corporais probatoriamente relevantes, podem elencar-se algumas pouco frequentes e atentatórias do pudor e, eventualmente, da autodeterminação pessoal, mas cuja utilidade ou indispensabilidade pode resultar manifesta. Estão, neste caso, o

espermograma⁶⁸¹, o qual pode suscitar considerações de ordem ética, que suscitem a ofensa à dignidade humana e, como tal, a sua admissibilidade. A biópsia testicular⁶⁸² contende com o direito à integridade física, sendo considerado uma intervenção corporal grave. Como tal, foi exautorado pela doutrina maioritária e pela jurisprudência constitucional espanhola desde a STC 207/1996.

Por seu lado, o exame ginecológico, atentatório da intimidade corporal, apesar de não afetar o direito à integridade física, deverá ser autorizado segundo apertados critérios de proporcionalidade, sendo discutida a sua pertinência na investigação do crime de aborto, quadro em que se julga apenas dever ser admissível mediante consentimento da mulher visada.

Diversos métodos técnico-científicos cuja utilização é ainda admitida noutros contextos de prática de entrevista e de interrogatório – como a narco-análise, a deteção psicofisiológica da mentira através do uso do polígrafo⁶⁸³ – não têm conhecido aceitação suficientemente credenciada para a sua admissibilidade probatória em processo penal. Além disso, entende-se constituírem meios que reduzem ou suprimem a autonomia do visado, incidindo no mais profundo da personalidade do visado, atentando flagrantemente contra a dignidade humana – ainda que empregues consentidamente –, podendo recair, entre nós, na previsão do art. 126.º, n.º 2, al. a) do CPP⁶⁸⁴, pelo que a sua aplicação vem sendo exautorada, apesar de conhecer aceitação em alguns sistemas processuais penais.

Noutro âmbito, a prova de embriaguez alcoólica pode ser feita através de diversos meios probatórios. A mais frequentemente utilizada é a determinação em aparelhos alcoolímetros (sensores de álcool) do teor de alcoolemia no sangue (expresso em mg de etanol/100 ml de sangue total). Também se determina por análise laboratorial de sangue. Se no primeiro caso se trata de uma ingerência, no segundo caso, tratar-se-á de uma intervenção corporal leve. Além destes, ou na sua falta ou impossibilidade, pode recorrer-se ao exame clínico, que consiste na observação por um perito médico da sintomatologia apresentada. A circunstância de este não configurar uma intervenção corporal, mas uma ingerência de observação/inspeção, poderia pensar-se que a sua realização deveria preferir à recolha de

⁶⁸¹ Trata-se de um exame destinado a comprovar uma situação de (alegada) infertilidade, mediante análise microscópica e bioquímica de uma amostra de sémen, incidindo sobre a concentração, mobilidade e morfologia espermática. Os resultados podem ser de normoespermia (amostra normal), oligospermia, astenospermia, teratozoospermia, oligoastenospermia, oligoteratozoospermia, de acordo com o número e qualidade de espermatozoides, até à ausência de espermatozoides (azoospermia) e de ejaculação (aspermia).

⁶⁸² Consiste num método para determinar desde que momento surgiu uma situação de infertilidade, com recurso à recolha de amostra do tecido testicular.

⁶⁸³ Entre nós expressamente admitido, porém, como procedimento de averiguações de segurança dos funcionários, agentes e dirigentes dos Serviços de Informações, das estruturas comuns e do gabinete do Secretário-Geral do SIRP (art. 33.º-B, n.º 5 da Lei n.º 30/84, de 05-09, com as alterações da Lei Orgânica n.º 4/2014, de 13-08).

⁶⁸⁴ Cláusula correspondente ao § 136a da StPO e aos artigos 64.º e 65.º do CPPit.

sangue ou, até, ao método de recolha de ar expirado, de acordo com uma gradação de intensidade intrusiva sobre o corpo. Contudo, a sua não generalização, permite evitar a subjetividade inerente à observação profissional de alterações psicológicas, neurológicas e comportamentais.

Dentro das tecnologias de imagiologia, as de radiologia estão divulgadas desde há muito – consistindo numa forma de radiação eletromagnética ionizante de elevada energia com capacidade para ultrapassar os tecidos permitindo visualizar os ossos e partes moles de regiões anatómicas – e englobam diversas modalidades de rastreio imagiológico⁶⁸⁵. Entre estas, podem elencar-se a radiografia simples, a fluoroscopia, os estudos de contraste (com materiais iodados), os estudos invasivos (através de punções com administração de meios de contraste ou fluoroscopia), a tomografia linear, a tomografia computadorizada⁶⁸⁶. São igualmente utilizadas técnicas de imagiologia adequadas a certas finalidades, como a ecografia⁶⁸⁷ e a ressonância magnética nuclear⁶⁸⁸.

Estes exames podem aplicar-se com finalidades distintas: na determinação da idade cronológica – com a observação de núcleos ósseos – ou como detetores no sistema digestivo de cápsulas e invólucros de droga, ou de “implantes” de embalagens de droga noutras partes do corpo, bem como de armas e explosivos ocultos no corpo.

A circunstância de estes exames prejudicarem potencialmente a saúde, e, por consequência, atentarem contra a integridade física, a sua admissibilidade, já foi escrutinada pela jurisprudência constitucional espanhola, através da qual se assentou em que a utilização isolada, sob controlo médico, de um aparelho de RX em boas condições de funcionamento, cujas radiações não supõem perigo para a saúde e em que se diminuiu, nas últimas explorações o nível de radiação (inferiores aos estabelecidos pela OMS), não implicam violação do direito à integridade física (STC 35/1996). Aponta-se, pois, para um critério de utilização parcimoniosa destas tecnologias, quer como medidas terapêuticas, quer como medidas probatórias. Em qualquer caso, deve ser evitada a aplicação de tais exames em grávidas, especialmente no

⁶⁸⁵ Esse tipo de radiações tem efeitos nefastos na saúde, em função da dose e do tempo de exposição, podendo, consoante a sua gravidade, provocar alterações genéticas ou o aparecimento de diversos tipos de neoplasias. No entanto, quando estejam em causa pequenas quantidades, como aquelas recebidas ao realizar um exame radiológico simples, o organismo normalmente consegue restaurar a situação anterior e só raramente tem efeitos a longo prazo ou, quando estes se vêm a manifestar, é difícil estabelecer uma relação de causalidade entre o exame e o dano. Essa falta de contemporaneidade entre o exame (a ingerência) e a lesão, não basta para a excluir do conceito de ingerência corporal probatória e, eventualmente, do conceito de intervenção corporal.

⁶⁸⁶ Conhecida como TAC, que consiste num exame que utiliza um equipamento com Raios X para obter dados de vários segmentos do corpo (“aquisições de volume”), sendo depois processados informaticamente, a fim de obter imagens de secções do corpo no plano transversal ou noutros planos.

⁶⁸⁷ Técnica que consiste em empregar ondas de ultrassons que se propagam por um transdutor no interior do corpo, refletindo-se nos órgãos e tecidos, produzindo uma imagem, fixa ou animada, descodificada por programa informático.

⁶⁸⁸ Conhecida como RMN, que consiste numa espécie de exame com recurso a ondas de radiofrequência num forte campo magnético, permitindo obter imagens do interior do corpo humano nos vários planos (axial, coronal e sagital). Não utiliza raios X nem outras radiações ionizantes, pelo que é considerado inócua para a saúde, apesar de ter um custo significativamente superior.

primeiro trimestre de gestação, e, em geral, deve procurar-se a utilização das medidas menos nocivas e ofensivas para a saúde e integridade física, apesar de algumas delas se poder contender com outros direitos fundamentais⁶⁸⁹.

Na imagiologia cerebral utilizam-se tecnologias de imagem próximas daquelas⁶⁹⁰, por também produzirem imagens gráficas na sua interpretação: a eletroencefalografia (EEG)⁶⁹¹, a Estimulação Cerebral Profunda (*Deep Brain Stimulation*), a tomografia por emissão de positrões (TEP) e a imagem por ressonância magnética funcional (IRMf), que são habitualmente usados em estudos e explorações complementares de perícias de avaliação do estado mental de imputados, em sede de determinação da sua in/imputabilidade ou para comprovar a despistagem de alguma patologia que justifique uma tal avaliação.

Alguns exames corporais – denominados na doutrina espanhola e latino-americana como *inspecciones corporales* – implicam, normalmente, o descobrimento de partes do corpo normalmente cobertas, designadamente as áreas genitais. O propósito de tais exames é, p. ex., o de comprovar, ou não, a existência de afeções ou DST's, por parte do imputado, a quem se acuse de um delito sexual, com vista a estabelecer ou afastar um nexo de causalidade da infeção, ou não, da vítima, ou de observar sinais de luta alegada pela vítima – com vista a estabelecer uma relação de proporção e compatibilidade entre os órgãos genitais de imputado e da vítima em certas ofensas corporais ou sexuais –, a diagnosticar a impotência, deformidades anatómicas ou doenças que inviabilizem a procriação ou a prática de atos sexuais.

Estes exames, que alguns qualificam como intervenções corporais, implicam uma ofensa à intimidade corporal, tendo o TC espanhol tido oportunidade de se pronunciar pela sua admissibilidade, exigindo, no entanto, a reserva de juiz na sua determinação e o respeito pela dignidade da pessoa (STC 37/1989, F. Jco.7.º)⁶⁹².

⁶⁸⁹ A aplicação de novas tecnologias como o Rapiscan Secure 1000 e outros, que permite «ultrapassar» a roupa das pessoas, para detetar materiais e objetos proibidos, apesar de não vulnerar a integridade física, pode atentar contra a dignidade da pessoa e a intimidade corporal, já que a imagem é visionada por outra pessoa, ainda que do mesmo sexo. O Holographic Imaging System é eficaz na deteção de explosivos e armas metálicas ou não, debaixo da roupa, não implicando ofensa à integridade física, por a onda milimétrica wideband do sistema holográfico ser inofensiva. Também o Barringer Ionscan 400B, que emite fluxos de ar, com vista a recolher o ar para comparação com os odores armazenados no banco de dados de substâncias explosivas ou estupefacientes, não provocam qualquer lesão da integridade física.

⁶⁹⁰ Nas técnicas de imagiologia cerebral, também são usadas a TAC e RMN, enquanto técnicas de visualização da anatomia do cérebro.

⁶⁹¹ Trata-se de um exame que, através da amplificação e estudo do registo gráfico das correntes elétricas espontâneas desenvolvidas no cérebro através de elétrodos aplicados no couro cabeludo, permite detetar atividades anormais em doenças diversas, como epilepsias, períodos de inconsciência, demências, certas infeções do sistema nervoso central, perturbações do metabolismo cerebral, entre outras afeções de estruturas cerebrais. Existem hoje, novos sistemas, como a EEG digital e a EEG Holter.

⁶⁹² Sendo certo que a construção da jurisprudência espanhola foi produzida no contexto de uma noção de juiz de instrução distinta do nosso, o que pode implicar diferentes soluções de equilíbrio.

Muitas destas técnicas integram as metodologias inerentes à realização das perícias médico-legais e forenses, exames ou exames periciais, com implicação corporal, previstas entre nós, na Lei n.º 45/2004 (artigos 21.º e 22.º), que prevê igualmente outras medidas probatórias com refração corporal, como as perícias no âmbito da genética, biologia, toxicologia (art. 23.º) e da psiquiatria e psicologia (art. 24.º).

A recolha de amostras biológicas (sangue líquido ou amostras de sangue seco, sémen, suor, saliva, urina, pus, lágrimas, linfa, leite humano) assume muito valor probatório, salientando-se a necessidade de observar protocolos e procedimentos que evitem a contaminação e garantam a cadeia de custódia. Importa assinalar que a deteção destes vestígios se pode efetivar, indistintamente, em objetos, mas também no corpo da vítima ou do autor dos factos criminalmente relevantes, podendo, reciprocamente, encontrar-se vestígios do autor no corpo da vítima e vestígios da vítima no corpo do autor, o que demanda elevados conhecimentos, treino e precisão dos peritos na preparação e execução de tais colheitas.

Entre os materiais biológicos mais frequentes destacam-se o sangue⁶⁹³ e o sémen⁶⁹⁴. Os pêlos e cabelos também revestem expressão quantitativa e importância probatória⁶⁹⁵. Nestas situações, quando seja necessário recolher tais vestígios ou amostras, é indispensável que tais operações sejam empreendidas por pessoal qualificado e habilitado e que não se afete a dignidade pessoal, posto que a integridade⁶⁹⁶ e a intimidade corporal são normalmente vulneradas⁶⁹⁷.

Por outro lado, a exploração e observação das cavidades corporais (bucal, nasal, vaginal e anal) podem assumir grande interesse probatório⁶⁹⁸. Naturalmente que privilegiamos, aqui, a relevância da observação de cavidades corporais de imputados.

A cavidade bucal pode assumir importância na identificação do indivíduo⁶⁹⁹, para determinação de um padrão de arcada dentária face a marcas de mordedura deixadas no corpo da vítima, ou para finalidades de busca de objetos ou substâncias proibidas. Próximas destas

⁶⁹³ O sangue é um tecido líquido e, nessa conformação, fornece mais informações do que o sangue seco, permitindo a análise do sangue determinar o perfil genético do seu produtor, o seu tipo, origem, grupo, teor de álcool, drogas, doping, as quais são essenciais na investigação de uma grande diversidade de delitos.

⁶⁹⁴ Revestindo importância essencial na investigação de crimes sexuais.

⁶⁹⁵ A qual será tanto maior se for seccionado mais perto da pele ou se mantiver a raiz, podendo, neste caso, permitir determinar o perfil genético de ADN nuclear, além de fornecer informação sobre a origem étnica, a parte donde provém, se houve alterações químicas, etc.

⁶⁹⁶ A recolha e extração de bioamostras podem produzir dor ou sofrimento em grau mínimo, impondo-se, em tais casos, ponderar essa consequência com os fins que se visam com a recolha da amostra, de acordo com critérios de adequação e aptidão.

⁶⁹⁷ No ensinamento da doutrina do TC espanhol, distingue-se, a este propósito, o conteúdo mais restrito do direito à intimidade corporal e o mais amplo da intimidade pessoal, enquanto conceito derivado da dignidade pessoal (cfr. STC 207/1996).

⁶⁹⁸ A STS de 15-01-1993 considerou que a exploração da cavidade bucal era um *registro*, não afetando a intimidade corporal, ao contrário das cavidades anal e vaginal, que configuram *inspecciones*.

⁶⁹⁹ A estabelecer, por comparação com registos dentários recolhidos previamente por médico dentista, e existentes nos seus ficheiros.

medidas probatórias, encontram-se a palatoscopia⁷⁰⁰ e a queilosscopia⁷⁰¹, as quais, conjugadas, dão bons resultados identificativos.

A observação da cavidade anal pode tornar-se necessária para indagar da propagação de uma DST⁷⁰² ou para apreender objetos estranhos no interior do ânus.

Por seu turno, a inspeção da cavidade vaginal é efetuada através de exame ginecológico, com o propósito de observar lesões e consequências de crime sexual⁷⁰³ ou de aborto, ou para apreender corpos ou objetos estranhos. Essas inspeções diferenciam-se em função das suas finalidades, exigindo especiais procedimentos nos casos de diagnóstico de agressão sexual e de investigação por crime de aborto. Nos casos de tráfico de drogas ou outros objetos, pode, alternativamente, recorrer-se a raios X, evitando-se o recurso a medidas que comportem invasividade física.

No nosso ordenamento processual penal prevêem-se especificadamente algumas medidas com implicação corporal probatória, salientando-se as seguintes: exames para determinação do estado de embriaguez ou de influência por álcool e de influência por substâncias estupefacientes, psicotrópicas ou com efeito análogo em certas atividades (*v.g.* condução rodoviária, caça e detenção de armas e de animais perigosos ou potencialmente perigosos – artigos 81.º e 152.º a 157.º do CEst, RFASP e Port. n.º 902-B/2007, artigos 291.º, n.º 1, al. *a*) e 292.º do CP, 28.º e 29.º da Lei n.º 173/99, de 21-09, 45.º, 46.º e 88.º da Lei n.º 5/2006 e 33.º-A, n.ºs 3 a 9 da Lei n.º 315/2009⁷⁰⁴) ou de doping (artigos 31.º a 33.º da Lei n.º 38/2012, de 28-08), a perícia médico-legal para determinação de toxicodependência, a revista e perícia para apreensão de estupefacientes (artigos 52.º e 53.º do DL n.º 15/93), o reconhecimento pessoal (art. 147.º do CPP) e o exame pericial para determinação do perfil genético (artigos 154.º e 172.º do CPP e 6.º a 13.º da Lei n.º 5/2008 e 7.º a 13.º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN).

As demais ingerências corporais probatórias arrumam-se, supletivamente, nas categorias de exames e perícias (artigos 171.º ss. e 151.º ss. do CPP), apesar de no seu âmbito não poder estabelecer-se com rigor uma distinção clara entre elas, preferindo-se uma designação mista de exame-pericial – acolhida de resto, nalgumas formulações e disciplinas legais –, dado que os meios de produção de prova corporal comportam atributos de ambos.

⁷⁰⁰ Estudo das papilas e rugosidades palatais, com valor identificativo, por serem perenes, imutáveis e diversiformes.

⁷⁰¹ Estudo das impressões das pregas e sulcos (perenes, imutáveis e singulares) dos lábios, as quais, exceto em gémeos monozigóticos, são diversiformes.

⁷⁰² Do ponto de vista da vítima de um delito de propagação de DST (*v.g.* blenorragia), ou enquanto agravante de um delito sexual.

⁷⁰³ Também aqui se tratará mais tipicamente da vítima, sem embargo de poder conceber-se a necessidade de exame da cavidade vaginal de uma mulher suspeita da prática de crime contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual.

⁷⁰⁴ Aditado pela Lei n.º 46/2013, de 04-07.

A lei nem sempre estipula a modalidade pela qual se efetuará a diligência corporal probatória, resultando algumas vezes de disposições regulamentares ou das *leges artis*. São inúmeras e difíceis de elencar exhaustivamente, as formas técnico-científicas que as ingerências corporais probatórias podem revestir, de acordo com os critérios de admissibilidade, com os seus pressupostos e finalidades e em função das tecnologias adequadas à sua concretização. Dir-se-á que o desenvolvimento das técnicas de exames auxiliares de diagnóstico do domínio das ciências da vida, permitirão introduzir novas modalidades de ingerências corporais probatórias que eventualmente implicarão uma menor tensão com direitos fundamentais, devido ao seu reduzido grau de invasividade, incomodidade e nocividade.

Por isso, dada a elasticidade ou expansividade das modalidades de ingerências corporais probatórias, seria desprovida de interesse uma tentativa de previsão esgotante das mesmas, parecendo-nos mais operativa uma previsão genérica de modalidades de ingerências corporais probatórias, deixando para as autoridades processuais, em função da respetiva credenciação científica, a seleção em concreto do meio probatório a aplicar.

Certo é que todas elas podem suscitar problemas de ponderação entre interesses concretos da investigação e direitos fundamentais potencialmente vulnerados. Alguns, acham-se antecipadamente resolvidos na sua disciplina normativa; outros, terão de buscar a sua solução na concreta operação processual de indagação hermenêutico-aplicativa.

Em função da estratificação por níveis de profundidade ou de invasividade das ingerências corporais probatórias, expomos em seguida uma proposta de sistematização das suas modalidades em decorrência desses critérios.

5.3.3.1. O corpo como «objeto remoto» a localizar ou a monitorizar e como esconderijo ou disfarce

Diversas medidas tendentes à localização de pessoas ou da origem de comunicações, contendem de forma indireta ou reflexa, com implicações probatórias sobre o corpo.

As mais óbvias são as medidas materializadas em meios ocultos de prova, em que dispositivos eletrónicos, de referenciação geográfica, biométrica ou térmica (eventualmente através de satélite) – colocados em roupas, objetos ou veículos da pessoa a monitorizar –, ou atividades de vigilância à distância, permitem determinar a localização de uma pessoa.

É discutível que se possa falar de «ingerência remota» sobre o corpo de uma pessoa que nem sequer se apercebe que está a ser seguida ou monitorizada numa ação encoberta, de cujo resultado pode nem chegar a ter conhecimento (por razões de segurança do agente encoberto, de terceiros ou outra).

Estas medidas não configuram, em princípio, autênticas ingerências probatórias, não se destinando à formação da convicção sobre os factos típicos puníveis a demonstrar, mas apenas a orientar aspetos preliminares ou parcelares da investigação, sendo, de algum modo, indiferente para o estabelecimento da responsabilidade do visado, a natureza do seu resultado (*v.g.* o momento ou o local onde se estabelecem contactos entre participantes num crime ou em que se praticam factos típicos)⁷⁰⁵.

Por outro lado, há medidas probatórias que contendem indiretamente com o corpo, sem que no entanto atinjam a sua incolumidade ou integridade. É o que se passa com medidas como a revista e apreensão de objetos ou substâncias contidas em peças de roupa ou outro tipo de artefactos junto ao corpo, mesmo com aplicação de animais treinados (*v.g.* debaixo de cabeleiras postiças, debaixo de ligaduras, em próteses). Aqui, podem colocar-se os problemas já atrás aludidos, de vulneração da intimidade corporal e do pudor da pessoa se, p. ex., a revista (e eventual apreensão) não for realizada por pessoa do mesmo sexo e com respeito pela dignidade e intimidade pessoal. Este tipo de diligência deve ser levado a cabo mediante o mínimo de intrusividade, se realizado em público, e com integral respeito da dignidade, intimidade e pudor do/a visado/a, caso seja concretizado em espaços reservados.

O corpo surge, aqui, apenas como suporte físico da detenção (transporte) de objetos (armas, objetos furtados) ou substâncias proibidas (drogas, doping, explosivos) e não como repositório, em si mesmo considerado, de elementos probatórios de um facto ilícito.

A pertinência na convocação destas medidas probatórias, apesar de não serem rigorosamente ingerências *corporais* probatórias – uma vez que o corpo não é diretamente implicado no procedimento de apreciação probatória ou como suporte de fundamentação da convicção sobre factos ilícitos típicos relevantes –, serve, essencialmente, para delimitar o alcance das modalidades referidas a seguir.

5.3.3.2. A obrigatoriedade de presença física do imputado em atos processuais: interrogatório, reconhecimento e audiência

A necessidade de presença física do imputado ao longo do processo, é geralmente concebida como meio de defesa⁷⁰⁶. A comparência do suspeito ou arguido em diligências

⁷⁰⁵ Pode suceder que seja relevante o local em que o visado se encontre, percorra ou estabeleça contacto com outras pessoas implicadas, devendo, nesse caso, documentar-se a diligência, a menos que continue a integrar um meio oculto de obtenção de prova, como uma ação encoberta, em que haja conveniência na não revelação da identidade do agente encoberto, de terceiros, ou por outra qualquer razão.

⁷⁰⁶ Nalguns casos, a lei pressupõe a sua obrigatoriedade de princípio, legitimando cominações sancionatórias, como a aplicação de multas ou a detenção, para assegurar coercivamente a sua presença (artigos 116.º, 332.º, n.º 1 e 254.º, n.º 1, al. b) do CPP).

processuais, como exames⁷⁰⁷, interrogatórios, reconhecimento pessoal, acareação, em audiências de instrução e de julgamento⁷⁰⁸, reveste, concomitantemente, natureza de meio de prova, podendo as mesmas resultar em prejuízo da posição da sua defesa⁷⁰⁹.

A possibilidade admitida de utilização de meios de visionamento à distância (vídeo-conferência), relativamente a intervenientes processuais cuja inconveniência ou impossibilidade de comparência na audiência seja reconhecida, pode colocar problemas de perturbação da relação de imediação que deve prevalecer para cabal exercício dos direitos de defesa.

Pode dizer-se que a mera assistência do imputado, comparência ou intervenção em diligências processuais, não importam qualquer interferência probatória com implicação do corpo. Indiretamente, porém, a presença física do suspeito ou arguido pode ter implicação probatória, p. ex., porque a sua figura ou a sua condição física fazem recordar a uma testemunha o seu aspeto e circunstâncias da prática dos factos, permitindo uma identificação mais idónea e cabal.

⁷⁰⁷ Relativamente à obrigação de comparência de arguido em exame pericial, cfr. Ac. TC n.º 161/2005, pronunciando-se pela constitucionalidade de «uma norma infraconstitucional que permita a detenção de arguido pelo tempo indispensável à realização da diligência de exame pericial psiquiátrico a levar a cabo na sua pessoa sob a presidência de agente do Ministério Público ou de juiz», julgando, todavia «inconstitucional, por violação do disposto no art.º 27.º, n.º 3, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretado 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», referindo-se expressamente a exame pericial psiquiátrico. O dito aresto foi proferido a propósito de uma perícia psiquiátrica ocorrida pouco depois da entrada em vigor do regime instituído pelo art. 6.º, n.º 2 da Lei n.º 45/2004, pelo que se crê ser constitucionalmente legítima a detenção para condução (coerciva) de pessoas a tal tipo de exame-pericial presididos por autoridade judiciária, sem embargo de o examinando poder não querer cooperar.

⁷⁰⁸ Com a Revisão constitucional de 1997, o n.º 6 do art. 32.º da CRP contemplou a possibilidade de «ser dispensada a presença do arguido ou acusado em atos processuais, incluindo a audiência de julgamento». Essa habilitação legal, permitiu ao legislador ordinário afastar a obrigatoriedade estrita da presença do arguido em julgamento, alterando-se o regime da contumácia. Através da Lei n.º 59/98, de 25-08, e com o DL n.º 320-C/2000, de 15-12, assumido o insucesso do regime anterior (v. preâmbulo deste último diploma), o legislador procedeu a uma reforma profunda do julgamento na ausência do arguido, mantendo o princípio da obrigatoriedade da sua presença em audiência, mas conferindo a essa presença um carácter de *direito* em vez de *obrigação*, podendo realizar-se o julgamento na ausência, desde que o tribunal considere que a sua presença não é «absolutamente indispensável». Ponto é que o arguido tenha prestado oportunamente TIR. Com o instituto da contumácia pretendeu acautelar-se o que o legislador ordinário não permite e a Constituição proíbe absolutamente: que o arguido seja julgado sem sequer saber que contra si houve inquérito, foi deduzida acusação, foi julgado, e porventura, condenado sem ter tido possibilidade de exercer os seus direitos de defesa. Cfr. sobre a temática em geral, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «Presença e ausência do arguido no julgamento penal», *JURISMAT* (Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes), N.º 4, maio 2014, Portimão, pp. 79-90.

⁷⁰⁹ A presença do arguido na audiência de discussão e de julgamento – bem como em diligências com implicação presencial noutras fases processuais – oscila entre o direito e o dever de comparência num ato processual de alguma transcendência, pois como refere CASTANHEIRA NEVES, «O alto interesse processual da presença e participação processual do réu – a impor aquele direito [de presença] e a justificar este dever [de comparência] – tem o seu fundamento no carácter também eminentemente pessoal de uma incriminação e de um processo criminais, com as possíveis consequências morais e jurídicas que lhe são próprias, a tocar a honra e a dignidade do réu, e que como tais só podem admitir-se se tudo se passar perante ele, se ele for pessoalmente convencido da sua responsabilidade e culpabilidade, podendo a todo o momento tomar a iniciativa de esclarecimento, de contradicção, de impugnação, etc.; além de que a sua presença, se é sempre factor indispensável de verdade e de esclarecimento oficioso, através dos interrogatórios que neste sentido lhe faça o juiz, não é menos imprescindível para que o tribunal possa ter directo acesso à personalidade do réu, a atender na culpabilidade, na medida da pena, na determinação das medidas de segurança, etc.» (*Sumários de Processo Criminal* (1967/68), Coimbra, 1968, pp. 168-169).

O reconhecimento pessoal é uma diligência especialmente preordenada a produzir prova com recurso à presença do imputado, para o que se rodeia a mesma de certos cuidados quanto à isenção e idoneidade do procedimento dirigidos primacialmente às autoridades de investigação (*exclusionary rules*), nomeadamente quanto às condições de apresentação e intervenção das pessoas a intervir na diligência, possibilitando uma maior espontaneidade e genuinidade probatória – reduzindo a hipótese de *contaminação* –, costumando salientar-se a circunstância de os agentes de OPC que executam a diligência não deverem estar envolvidos na investigação do crime.

O reconhecimento pessoal traduz-se assim numa percepção sensorial que tem por fim estabelecer por recurso à memória a identidade física ou visual de uma pessoa (a identificar), incidindo sobre o corpo do visado. Porém, ao incidir apenas sobre a dimensão morfológica, só implica «uma re-evocação de uma percepção ocular anterior»⁷¹⁰, e não sobre a sua substância corpórea⁷¹¹. Há situações em que se torna complexa, ou mesmo impossível, a observância dos requisitos legais do reconhecimento, como no caso de pessoas a reconhecer, com deficiências físicas visíveis de difícil reprodução, tendo a jurisprudência propendido a não encontrar aí qualquer invalidade de produção de prova, apesar das condições concretas de identificabilidade ou inconfundibilidade⁷¹².

Pode, todavia, surgir uma hipótese de eventualidade de ingerência corporal, se p. ex., for necessário que a pessoa a reconhecer tenha de se submeter a alterações de aspeto (*v.g.* corte da barba ou cabelo) para alcançar o pressuposto de eficácia da medida no sentido de «(...) apresentar-se nas mesmas condições em que poderia ter sido vista pela pessoa que procede ao reconhecimento» (art. 147.º, n.º 2 do CPP)⁷¹³. Cumpre, por fim, dizer que a medida em causa é adequada a identificar uma pessoa suspeita quando não esteja cabalmente identificado. Assim, embora a *Reforma Penal de 2007* tenha pretendido esclarecer divergências jurisprudenciais

⁷¹⁰ MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal - notas à margem de jurisprudência (quase) constante», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, p. 1413.

⁷¹¹ Não existindo na Alemanha uma norma correspondente à do art. 147.º do CPP, configura-se a medida como uma *Körperliche Untersuchung* (D. KRAUSE, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar - Tomo II (§§ 72 – 136a)*, LÖWE/ROSENBERG, Walter de Gruyter Recht, Berlin, 2004, p. 130.

⁷¹² Cfr., neste sentido, ac RP de 21-03-2012 (rel. Des. E. Nascimento): «(...) existem indivíduos que pelas características físicas que ostentam dificilmente passam despercebidos e da mesma forma, dados os concretos e precisos sinais caracterizadores que evidenciam, dificilmente podem ser confrontados, comparados, com outrem, pois que não passam despercebidos, saltando à vista, desde logo, a deficiência que ostentam. O que se não torna inválido o reconhecimento presencial e, se positivo, a ser valorado livremente pelo Tribunal, dever constituir circunstância com que o identificando deve contar, desde logo, não podendo invocar a sua surpresa – pelo facto de tendo uma deficiência na mão direita, nenhum dos outros a ostentar – (...)».

⁷¹³ A este respeito, COSTA ANDRADE pronuncia-se pela inadequação da disciplina da medida, embora aceite a possibilidade de se proceder ao corte de cabelo ou barba (*Sobre as Proibições de Prova*, cit., pp. 130 e 131). PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que «a impossibilidade deve resultar de uma alteração fisionómica irreversível, pois se houver uma *alteração fisionómica reversível*, como por exemplo, o uso de bigode, barba ou cabelo comprido, não se verifica a dita impossibilidade, pelo que neste caso pode e deve ser removido o elemento fisionómico novo reversível, se necessário por ordem do juiz, por identidade de razão com o disposto no artigo 154.º, n.º 2, do CPP» (*Comentário do Código de Processo Penal...*, cit., p. 411).

anteriores quanto à sua admissibilidade em fase de julgamento – cominando a proibição da sua valoração, se fossem inobservados os requisitos enunciados – o certo é que, relativamente à plausibilidade de uma tal medida ser produzida em audiência de julgamento, tal esclarecimento constituiu quase um *obiter dictum*, visto que, nessa fase, o arguido se encontra já suficientemente identificado⁷¹⁴.

Já a intervenção ou participação do imputado em exames e perícias médico-legais, assume uma finalidade marcadamente probatória com recurso ao corpo, pelo que se pode ver sempre, aí, algum grau de ingerência sobre a esfera de direitos fundamentais da pessoa afetada⁷¹⁵.

As medidas de identificação de pessoas suspeitas de crime, a efetuar nos moldes do art. 250.º do CPP, oferecem alguns aspetos críticos, desde logo por se poder tratar de uma medida pré-processual, e que pode nem ter consequências processuais efetivas. O procedimento de *identificação* ali previsto, distingue-se da *identidade*. A identidade de uma pessoa consiste no «conjunto dos elementos que permitem diferenciar uma pessoa dos seus semelhantes». Contudo, face à «multiplicidade e a diversidade das pessoas [impõe-se] a necessidade da individualização e da identificação de cada uma delas. Pela individualização, selecciona-se e fixa-se, de forma estável e acessível, um determinado número de caracteres da pessoa que permitem distingui-la das demais, a fim de possibilitar, a cada momento, o apuramento da sua identidade. Através da identificação, apura-se qual o indivíduo que, em concreto, corresponde aos caracteres determinados pela individualização»⁷¹⁶.

Conforme se defendeu no Parecer CC PGR n.º 13/96, de 22-05-1997, relativo a uma questão de exigibilidade de identificação de cidadãos perante autoridades policiais, através de documento, em acidente de viação: «Saber-se quem é cada um de nós e como é cada um de nós não é matéria de acesso livre por parte de outrem, incluindo autoridades. O desvendar da identidade representa pois uma compressão da privacidade pessoal, só aceitável em homenagem à prossecução de outros valores constitucionais, sempre no respeito pelo já referido princípio da proporcionalidade e proibição de excesso»⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Cfr. ac RL de 30-10-2008 (rel. Des. R. Rangel) e acs STJ de 17-12-1009 (rel. Cons. A. Sottomayor) e de 15-09-2010 (rel. Cons. F. Fróis), denotando uma certa inadequação da medida à fase ou audiência de julgamento. Cfr., ainda, Ac STJ de 03-03-2010 (rel. Cons. Santos Cabral): «Admitir um reconhecimento realizado pela primeira vez em audiência de julgamento é, além do exposto, uma clara violação do *due process of law*, na medida em que, na audiência, o arguido está exposto publicamente», onde também se defende que tal reconhecimento deve ser substancialmente injusto e desaconselhável, por ser mais conveniente a sua realização em momento próximo dos factos.

⁷¹⁵ Questão diversa é a da obrigatoriedade, ou não, da sua presença e participação nas mesmas.

⁷¹⁶ Parecer CC PGR n.º 62/2006, pub. II.ª Série DR, n.º 74, de 16-04-2007.

⁷¹⁷ Entendimento reiterado nos Pareceres CC PGR n.ºs 9/2005, de 03-03-2005 e 62/2006, de 15-02-2007.

Os dados identificadores e individualizadores dos cidadãos, a obter pelos serviços de identificação civil, dividem-se em *dados biográficos* como o nome completo; a filiação; a naturalidade; a data de nascimento; o sexo e a residência e *dados biométricos* da pessoa como a altura, a fotografia e as impressões digitais⁷¹⁸. Tais dados são depois, incorporados em documentos criados com o fito de proceder à identificação da pessoa (*v.g.* bilhete de identidade ou cartão de cidadão).

Além da identificação da pessoa por meio de documentos, é possível ainda a sua identificação por conhecimento pessoal pelo interlocutor ou por terceiros. Entre identificação e identidade estabelece-se assim a relação entre titular (identificação) e conteúdo (identidade), sendo «a actividade de identificação que “cria” a identidade da pessoa relevante para o direito»⁷¹⁹. Ou, como refere P. Tonini, «A identificação é um acto (...) através do qual é dado um nome a um rosto»⁷²⁰.

Outra questão estreitamente conexcionada com estas é a da delimitação do alcance das medidas probatórias a que os OPC podem recorrer para determinar a identidade de indivíduos suspeitos, nos termos do art. 250.º do CPP⁷²¹, quando os mesmos não sejam portadores de documentos e a sua identificação não seja atestada por terceiros. Essencialmente, a questão é a de precisar o sentido do n.º 6 do preceito, ao admitir a condução do suspeito ao posto policial mais próximo para o identificar, realizando, se necessário, «provas dactiloscópicas, fotográficas ou de natureza análoga». Não havendo uma enunciação exaustiva destes meios probatórios, será de todo em todo pertinente averiguar se, além da recolha de provas dactiloscópicas (impressões digitais) e registos fotográficos (corpo e rosto da pessoa, de frente e de perfil) é, ou não possível, *p. ex.*, a recolha de bioamostras pelo OPC, para identificação do perfil genético do suspeito⁷²². Caso se admita a possibilidade de recolha de bioamostras, a mesma só terá um efeito útil na hipótese de o perfil genético da pessoa se encontrar num dos ficheiros da base de dados de perfis de ADN cujo cruzamento fosse suscitado (e legalmente

⁷¹⁸ Cfr. art. 5.º da Lei n.º 33/99, de 18-05, para o bilhete de identidade, e Lei n.º 7/2007, de 05-02, para o cartão de cidadão.

⁷¹⁹ P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale – Il Prelievo di Material Biologico*, Ipsosa, 2007, p. 85.

⁷²⁰ *Manuale di Procedura Penale*, 11.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 481.

⁷²¹ O tema suscita ainda problemas de outra dimensão, relacionados com os outros pressupostos de detenção para identificação: a pendência de processo de extradição ou de expulsão, a existência de mandado de detenção e a entrada ou permanência irregular em território nacional. É o que ocorre, *p. ex.*, com as finalidades de *identificação civil* previstas no art. 7.º da Lei n.º 5/2008, sendo discutível se serão admitidas recolhas de bioamostras enquanto modalidade de «outras peritagens», ao abrigo do disposto nos n.ºs 1 e 4 do art. 212.º da Lei n.º 23/2007, de 04-07 (regime de entrada, permanência e saída de estrangeiros, alterada pela Lei n.º 29/2012, de 09-08). A nossa análise, no entanto, cinge-se às hipóteses de suspeita de crime, pelo que não desenvolveremos aquelas vertentes.

⁷²² O CPPit contempla no art. 349.º, n.º 2 e 2-*bis* a possibilidade de realização, as provas antropométricas e a recolha de material biológico (além de provas dactiloscópicas e fotográficas), contendo igualmente uma cláusula geral prevendo a realização de “*altri accertamenti*”, o que leva a doutrina a entender isso como uma habilitação de cariz exemplificativo para a utilização de outros meios probatórios possibilitados pelos contributos inovadores da ciência e da tecnologia (cfr. DOMINIONI *apud* P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale...*, p. 89).

admissível), o que implicaria a observância do regime da Lei n.º 5/2008⁷²³. As finalidades de investigação criminal desse regime parecem não abranger as situações de identificação de (meros) suspeitos da prática de crime, sendo prosseguidas «através da comparação de perfis de ADN, relativos a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes com os das pessoas que, directa ou indirectamente, a eles possam estar associadas, com vista à identificação dos respectivos agentes, e com os perfis existentes na base de dados de perfis de ADN» (artigos 4.º, n.º 3 e 8.º, n.º 1), numa atividade eminentemente processual tendente à identificação dos autores de um crime. A hipótese alternativa, de remeter o tratamento de recolha de bioamostras para o complexo normativo das finalidades de identificação civil, levaria a que tal procedimento só pudesse ser possível a pedido do suspeito e mediante o seu consentimento livre, informado e escrito (art. 6.º, n.º 1), e conduziria à inserção do seu perfil no ficheiro da base de dados de ADN (cfr. artigos 6.º, 9.º, 15.º e 20.º da Lei n.º 5/2008).

Mas a identificação do suspeito nos termos do art. 250.º, n.º 6 do CPP não corresponde tipicamente a nenhuma destas hipóteses. De resto, a eventualidade de comparação de perfis de ADN com recurso à base de dados de perfis de ADN, exige a constituição como arguido (art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008), pelo que ficaria destituída de interesse a colheita de amostra à pessoa a identificar, por não poder proceder-se ulteriormente, a qualquer cruzamento com os perfis da base de dados.

Em todas estas constelações – presença física em diligências processuais, procedimentos de reconhecimento e de identificação – encontramos-nos, pois, em princípio, perante níveis de ingerência probatória mediata e indireta, que não justificam especiais considerações quanto à direta vulneração dos direitos fundamentais implicados na tutela do corpo do imputado.

⁷²³ Duas alternativas seriam, então, possíveis: o perfil encontra-se inserido em ficheiro da base de dados e é estabelecida a relação de identificação; ou o perfil não consta da base de dados e a finalidade de identificação não se alcançaria, sendo que o perfil obtido não poderia, em princípio, ser inserido em nenhum ficheiro.

Para além disso, podem colocar as hipóteses de comparação com perfis genéticos de outras bases de dados com quem Portugal mantém relações de cooperação e intercâmbio, no quadro da UE (cfr. Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI do Conselho, de 23-06-2008, as chamadas «Decisões Prüm») ou com outros Estados.

5.3.3.3. A *ingerência tópica*: o corpo como repositório de amostras de material biológico necessário para procedimentos comparativos (“amostras não íntimas”)

Um nível de ingerência corporal menos intrusivo compreende o conjunto de medidas probatórias que não implicam especial mobilização de partes ocultas ou profundas do corpo humano⁷²⁴.

Encontram-se nessa categoria, medidas que não demandem exploração de cavidades corporais, a vulneração das camadas cutâneas ou de mucosas, a extração de fluidos ou tecidos biológicos ou a aplicação de técnicas de imagiologia. Consistirão, essencialmente, em procedimentos de recolha de impressões dactiloscópicas, de ar expirado, de amostras biológicas “não íntimas”, em que há uma implicação do recurso ao corpo com fins probatórios apenas superficial.

Uma dimensão comum, concernente a estas medidas probatórias, contende com a definição da autoridade competente para ordenar ou autorizá-las, na falta de anuência ou consentimento do visado. Considerando que podem estar em causa aspetos – ainda que só «superficiais» – respeitantes à tutela jurídico-constitucional do corpo, pode discutir-se se a intervenção do JI se torna exigível em relação a todas elas (artigos 154.º, n.º 3 *ex vi* 172.º, n.ºs 1 e 2 do CPP)⁷²⁵.

A dactiloscopia é uma ciência forense antiga, tendo um potencial identificativo assinalável⁷²⁶, que foi, anteriormente às técnicas de identificação por ADN, considerado o mais fiável método de identificação⁷²⁷. Em Portugal tem sido aceite, ainda que sem qualquer

⁷²⁴ Os contributos de métodos como o de reconhecimento de dados biométricos e de reconhecimento facial, p. ex., ainda pouco divulgados, poderão constituir meios auxiliares – mas não decisivos ou determinantes – na produção de prova em sede de investigação criminal. A biometria facial como método de identificação de suspeitos (v.g. na luta contra o terrorismo) e a mensurabilidade dos marcadores de expressões faciais como auxiliar na determinação da mentira e das emoções («na face humana está toda a verdade», na formulação de uma antiga disciplina, a Fisiognomia), para além de demandarem uma credenciação do seu estatuto epistemológico, colocam ainda problemas de fiabilidade, face às pouco convincentes margens probabilísticas que oferecem.

⁷²⁵ No sentido de que, mesmo antes da *Reforma Penal de 2007*, a competência para a determinação de recolha coerciva de impressões dactiloscópicas já estava reservada ao JI, cfr. F. ALMEIDA GARRETT, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, Fronteira do Caos Ed., Porto, 2007, pp. 52 e 53.

⁷²⁶ Sendo o ramo mais utilizado da Lofoscopia [do grego *lofos* (crista) e *skopia* (observar, examinar)], ao lado da Quiroscopia (estudo da palma das mãos) e da Pelmatoscopia (estudo da planta dos pés). A jurisprudência nacional vem aceitando consensual e pacificamente a validade e essencialidade de tal meio de identificação, por se tratar de características «(...) *universais, permanentes, singulares ou inconfundíveis, indestrutíveis e mensuráveis*» (cfr., por todos, ac RG de 25-01-2010, rel. Des. Cruz Bucho). Cfr., no entanto, uma posição crítica da ideia de aceitação tendencialmente infalível das impressões dactiloscópicas como método identificativo, em ARTUR PEREIRA, «Desafios Ético-Jurídicos da Prova Pericial», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 1-61; cfr., ainda, PEDRO CORREIA - MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, «Perspetivas Atuais da Lofoscopia: Aplicação Criminal e Civil do Estudo de Impressões Epidérmicas», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* cit., pp. 119-158.

⁷²⁷ Por impressões digitais entendem-se as figuras que reproduzem o desenho formado pelas linhas papilares dos dedos. A configuração dos referidos sulcos, a disposição das cristas e o desenho dos mesmos resultante constituem características físicas exclusivas, imutáveis e permanentes de cada indivíduo. Assim, integram um relevante elemento da

enquadramento normativo expresso – com base científica que confere credibilidade a tal critério –, de que basta a coincidência em doze pontos característicos para se afirmar, com absoluta certeza, que ambas as impressões digitais foram produzidas pelo mesmo indivíduo⁷²⁸.

Os dados dactiloscópicos, ao possibilitar a sua ligação a uma pessoa concreta, através da comparação, integram o conceito de *dados pessoais* (art. 3.º, al. a) da Lei n.º 67/98)⁷²⁹. Daqui emerge todo um complexo de problemas que cremos não ter vindo a ser encarado adequadamente, quer pelo legislador quer pelos aplicadores, relativamente à admissibilidade da obtenção de resenhas, da sua inserção em ficheiros e respetiva manutenção e eliminação, na medida em que podem contender «(...) com direitos fundamentais [...], objeto de tutela constitucional ao nível do direito à reserva da intimidade da vida privada e no plano da sua confluência com o direito à identidade»⁷³⁰.

A obtenção e gestão em arquivo de impressões dactiloscópicas são importantes instrumentos de apoio a investigação criminal e na cooperação judiciária e policial.

Entre nós, foi estabelecido pelo DL n.º 352/99, de 03-09, o regime jurídico dos ficheiros informáticos da Polícia Judiciária, entre os quais se encontra o ficheiro biográfico e de pessoas a procurar, destinado a suportar as actividades de prevenção e investigação criminal daquela polícia. Em tal ficheiro, é recolhido, para além de outros dados pessoais relativos a

individualidade física da pessoa e da sua privacidade (cfr. JOSÉ PINTO DA COSTA, *Impressões Digitais – Contribuição para o seu Estudo Médico-Legal*, Porto, 1972, p. 17).

⁷²⁸ O número de pontos característicos é diferenciado, de acordo com as práticas de cada País. Assim, no Reino Unido, na Nova Zelândia e Suíça é usado o critério de 16 pontos característicos, para permitir a identificação. Nos EUA foi aliás, já abandonada a comparação dactiloscópica exclusivamente centrada na identificação de pontos característicos coincidentes, acolhendo críticas sobre a falta de objetividade e infalibilidade do sistema. O sistema alternativo utilizado é processo sequencial, conhecido por ACE-V, metodologia integrada por quatro passos: Análise, Comparação, Avaliação e Verificação. Porém, mesmo este método vem sendo questionado por não evitar preconceitos e não produzir resultados fiáveis, por não ser suficientemente específico para ser qualificado como um método de identificação de impressões digitais cientificamente validado, notando a ausência de informação relativamente à similitude de características das cristas papilares entre a população de modo a suportar as premissas do princípio da individualização, permitindo interpretações estatísticas. Essas observações foram expostas no relatório da Academia Nacional de Ciências Americana (NAS), pelo seu «National Research Council» (NRC), após as vulnerabilidades que se verificaram no caso «Brandon Mayfield». O advogado Brandon Mayfield, foi detido, nos EUA, durante duas semanas, por presuntiva implicação nos atentados terroristas de Madrid, ocorridos em 11 de março de 2004. Através da comparação com as impressões digitais recolhidas pela polícia espanhola, num saco de plástico, contendo explosivos, encontrado numa estação de comboio, difundidas através da Interpol; uma delas foi identificada por três peritos do FBI (confirmado por um quarto perito indicado pelo próprio suspeito) alegando um match de 15 pontos característicos, coincidentes com uma impressão digital de arquivo, correspondente ao advogado. A polícia espanhola garantiria que apenas sete pontos característicos correspondiam à impressão de Brandon Mayfield, e identificou o autor da impressão como sendo o argelino Ouhmane Daoud. O FBI desculpou-se com o facto de ter sido examinada uma cópia de reduzida qualidade de uma cópia da impressão recebida de Espanha. Apesar de internamente, se ter concluído pela inexistência de negligência procedimental, o certo é que não foi convincentemente afastada a suspeita de que o FBI tinha informação que o advogado se tinha convertido ao Islão, tinha defendido um suspeito de terrorismo e era casado com uma cidadã egípcia (cfr. *A Review of the FBI's Handling of the Brandon Mayfield Case - Unclassified and Redacted - Special Report March 2006*, Office of the Inspector General, www.justice.gov., apud ARTUR PEREIRA, «Desafios Ético-Jurídicos da Prova Pericial», cit., p. 17).

⁷²⁹ Também assim o TEDH os considerou já nos *Acs S. e Marper c. UK*: «*The Court notes at the outset that all three categories of the personal information retained by the authorities in the present cases, namely fingerprints, DNA profiles and cellular samples, constitute personal data within the meaning of the Data Protection Convention as they relate to identified or identifiable individual*» e *Van der Velden c. The Netherlands*.

⁷³⁰ Parecer do CC PGR n.º 62/2006, de 15-02-2007, pub. DR, II Série, N.º 74, de 16-04-2007, pp. 9777 ss, em que se colocava a questão da admissibilidade de recolha de impressão digital como elemento identificativo complementar de pessoa que comparecia em local de exame pericial.

arguidos e suspeitos, respetivamente, o número da respetiva resenha *fotográfica e dactiloscópica* (art. 6.º, n.º 3, alíneas *m*) e *n*) do DReg n.º 27/95, de 31-10)⁷³¹. Todavia, a lei continua a silenciar o regime dos pressupostos de obtenção, inserção e manutenção em ficheiro e de eliminação de tais elementos, nada se consignando naquele diploma quanto aos concretos modo e circunstâncias de recolha e registo dos dados pessoais, estabelecendo-se apenas no art. 2.º, n.º 1 do DReg n.º 27/95, que «*A recolha de dados pessoais para tratamento automatizado limita-se ao estritamente necessário à prevenção de um perigo concreto ou à repressão de infrações penais determinadas*», norma que reproduz a do art. 8.º, n.º 3 da Lei n.º 67/98^{732 733}.

Idêntica omissão se verifica no regime do ficheiro dactiloscópico de condenados, anteriormente previsto nos artigos 17.º e 18.º do DL n.º 381/98, de 27-11, e atualmente regulado nos artigos 19.º a 24.º da Lei n.º 37/2015, de 05-05⁷³⁴.

Por seu turno, a recolha de escrita manual consiste, na expressiva terminologia brasileira, numa «colheita de padrões gráficos», afastando-se do conceito de perícia, pelo que propendemos a classificá-la como um ato instrumental e preparatório de colheita de elementos documentais e sinais (amostras de escrita manual) preordenadas à realização de uma perícia ou de um exame pericial⁷³⁵.

Independentemente de a lei não classificar a recolha de impressões dactiloscópicas ou de escrita manual⁷³⁶ como exames ou como perícias, e questionando o rigor ou propriedade

⁷³¹ Tal disposição tem como antecedente o art. 34.º, n.º 1, do DL n.º 295-A/90, de 21-09, consignando como atribuições dos serviços de registo policial, entre outras, o tratamento onomástico e dactiloscópico dos boletins individuais do registo policial respeitantes a detenções.

⁷³² O seu art. 7.º apenas estipula que no ficheiro biográfico e de pessoas a procurar, os dados pessoais são conservados pelo prazo de 30 anos, estabelecendo-se no art. 11.º as “Garantias do titular do registo”.

⁷³³ Importa recordar que pela Deliberação N.º 45/99 da CNPD, na sequência de solicitação da PJ para que «os ficheiros de abertura de processos, biográfico e pessoas a procurar e Sapic fossem integrados numa base única» – porque o futuro SIIC (Sistema Integrado de Informação Criminal) pretendia ser o somatório daqueles três, pretendendo em simultâneo alteração em matéria de prazos de conservação – foi entendido que a autorização não era o meio próprio e adequado para a concessão da pretensão formulada, antes devendo a mesma ser objeto de previsão legal, precedida do competente parecer desta entidade. E o SIIC veio a ser implementado através do art. 8.º do DL n.º 275-A/2000, de 21-09 (LOPJ), que previa a existência na PJ de um sistema integrado de informação criminal, exclusivo e de âmbito nacional, visando a centralização, tratamento e difusão da informação, a regular em diploma próprio. E, ainda, que o sistema referido no número anterior articula-se com o Sistema Integrado de Informação Criminal a que se refere o n.º 3 do art. 8.º da Lei n.º 21/2000 (LOIC). Neste preceito, consignava-se, por seu turno, que «*O conteúdo, funcionalidades, deveres de cooperação e articulação com as autoridades judiciárias e entre os órgãos de polícia criminal relativamente ao Sistema Integrado de Informação Criminal é regulado em diploma próprio*», o que só veio a acontecer com a Lei n.º 73/2009 que aprovou as condições e os procedimentos a aplicar para instituir o sistema integrado de informação criminal, de acordo com o disposto no art. 11.º da atual LOIC (a Lei n.º 49/2008, de 27-08).

⁷³⁴ É certo que no art. 24.º deste diploma se prevê a possibilidade de «As impressões digitais recolhidas aos arguidos condenados e inscritas no ficheiro dactiloscópico» serem integradas no sistema de informação criminal da Polícia Judiciária em termos a regular em diploma próprio, afigurando-se-nos que não pode ser num diploma como o preconizado que deve ser contemplado o concreto regime de sujeição [corporal] a recolha das impressões dactiloscópicas.

⁷³⁵ Assim, CRUZ BUCHO, «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)», sítio da Relação de Guimarães, acessível em http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf, p. 14 (arq.).

⁷³⁶ Ao contrário do art. 195.º do CPPI929, que regulava expressamente o “exame para reconhecimento de letra”, o atual CPP omite a sua previsão explícita, o que não invalida a sua integral admissibilidade como procedimento probatório. A medida encontra-se prevista noutros ordenamentos processuais penais, assim como no art. 482.º do CPC, que reproduz a disposição do art. 584.º do ex CPC. Em todo o caso, sempre se poderá defender a admissibilidade do recurso subsidiário ao regime processual civil, *ex vi* art. 4.º CPP.

atual de uma tal distinção quando estejam em causa procedimentos probatórios com recurso ao corpo⁷³⁷, comungando de características de ambos os meios de produção probatória, é conveniente acautelar a produção coerciva de tais meios probatórios, mediante ordem [por despacho fundamentado] do juiz (art. 269.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) do CPP)⁷³⁸, atendendo à implicação de aspetos jusfundamentais, como a dignidade e integridade pessoal e os direitos à liberdade de atuação, à autodeterminação informacional e à não autoincriminação.

O problema poderia apresentar, também, algumas hesitações no que toca às cominações sancionatórias decorrentes de uma falta de consentimento para sujeição a tais medidas. Se, no que respeita à recolha de impressões dactiloscópicas, a questão parece mais pacífica, no sentido de a coercibilidade – com eventual utilização da força – poder suprir a falta de consentimento, não se afigurando essencial a cominação de qualquer consequência penal, já no que toca à recolha de escrita manual, deparamos com posições jurisprudenciais antagónicas.

Ao partir de conceções divergentes acerca do alcance do princípio do *nemo tenetur*, no tocante à recolha de autógrafos, a jurisprudência nacional mostrou-se, durante algum tempo, fraturada⁷³⁹. A questão foi objeto de apreciação pelo pleno do STJ, que deliberou pelo AUJ n.º 14/2014, de 28-05-2015, resolvendo – pelo menos precariamente – a questão no sentido seguinte: «*Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária*»⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Assim, Parecer CC PGR n.º 64/2006, (DR II.ª Série, N.º 242, de 19-12-2006, pp. 29427 ss), FRANCISCO MARCOLINO, *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 142. A noção de exame prevista na lei não se confunde com a origem etimológica do termo, tratando-se antes de um conceito normativo (Acta n.º 21 da Comissão revisora da primitiva versão do CPP, de 16-03-1992, *apud* SIMAS SANTOS - LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3.ª ed, Rei dos Livros, Lisboa, 2008, p. 1115.

⁷³⁸ Naturalmente que quanto à recolha de escrita manual não há qualquer possibilidade prática de «constranger» no sentido material, por meio processualmente válido, o visado, a produzir manuscritos fiáveis ou genuínos, podendo sempre ser adulterados pelo visado (ac RC de 12-12-2007, rel. Des. Jorge Dias). O constrangimento poderá, quando muito, decorrer de uma cominação sancionatória.

⁷³⁹ No sentido da admissibilidade da cominação do crime de desobediência, no caso de recusa injustificada de sujeição a recolha de autógrafos, Ac. RG de 01-07-2013 (rel. Des. M. Augusta Fernandes), assim afirmando a obrigatoriedade de o arguido se sujeitar a recolha de autógrafos e da consequente ilegitimidade da recusa; no mesmo sentido, *Código de Processo Penal Comentado* (Santos Cabral - Pires da Graça - António Henriques Gaspar - Maia Costa - Oliveira Mendes - Pereira Madeira), Almedina, Coimbra, 2014, p. 217. Contra, o Ac. RL de 30-01-1990 (rel. Des. Fischer Sá Nogueira): «Não comete o crime de desobediência, o arguido que em julgamento, tendo-se recusado a prestar declarações, se recusa também a intervir numa recolha de autógrafos ordenada pelo Tribunal destinada a apurar se determinado documento foi por ele assinado. É que a recolha de autógrafos para se determinar se um documento, eventualmente incriminatório, foi ou não assinado pelo Réu, tem o mesmo valor que a prestação de declarações sobre a veracidade ou falsidade dessa mesma assinatura: - equivale a um especial tipo de declarações, não por via oral, mas por escrito» (CJ, Ano XV, t. 1, p. 181) e o Ac RP de 28-01-2009 (rel. Des. M. Carmo Dias).

No sentido de ser pertinente a perícia a letra de duvidosa autoria, mesmo após falecimento do suposto autor, cfr. ac. RP de 01-03-2011 (rel. Des. M Graça P. Mira).

⁷⁴⁰ Pub. DR I.ª série, de 21-10-2014, pp. 5331 ss.

O referido acórdão pronuncia-se sobre as questões da legitimidade da ordem e da competência do Ministério Público como autoridade processual, para a emitir, concluindo afirmativamente quanto a ambas.

No acórdão fundamento que sustentou o recurso que esse aresto apreciou⁷⁴¹, foi entendido que a colaboração ativa do arguido na sequência de intimação da autoridade processual nesse sentido e, na esteira de jurisprudência do TEDH e do Ac TC n.º 155/2007, «(...) a imposição ao arguido no sentido de, contra a sua vontade, produzir pelo seu punho “amostras de escrita manual”, colide com o seu direito à não autoincriminação».

A opção veiculada na jurisprudência de uniformização assenta numa leitura hermenêutica extensiva (não restritiva) do art. 61.º, n.º 3, al. d) do CPP, no sentido de o arguido poder ser sujeito a «(...) todas as provas que não são proibidas por lei, ao arrimo do princípio da legalidade da prova (art.º 125.º, do CPP) e 126.º, do CPP». Acrescenta-se que «A recolha de autógrafos é uma diligência de prova; ele é já começo de exame, parte dele integrante, em vista da emissão de um juízo pericial final formulado a partir do exame prévio da letra, inscrevendo-se aquele juízo no âmbito dos meios de prova e a recolha em sede de meios de obtenção de prova - art.ºs 151.º e segs. (perícia), 171.º (exames), do CPP, assentando basicamente a distinção (controvertida) no facto de o exame se destinar a fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes para o “thema decidendum”» e relembra-se que o «(...) exame à escrita, no aspecto da recolha de autógrafos, não envolve qualquer lesão à integridade física, corpórea ou psíquica, ofensa à honra, dignidade, bom nome, reputação (...)», invocando-se o regime do art. 172.º do CPP⁷⁴².

Antes de mais, cumprirá dizer que, embora não expressamente previsto, o exame de reconhecimento de letra encontra-se previsto no art. 482.º do CPC, podendo ser supletivamente aplicável ao processo penal *ex vi* art. 4.º do CPP, por se tratar de norma harmonizável com os princípios do processo penal, tendo em conta a diminuta vulneração de direitos fundamentais que potencia a sua execução (uma pontual limitação à liberdade de atuação). Mas vemos um óbice à aceitação da tese do AUJ do STJ n.º 14/2014, que consiste na circunstância de o resultado da produção de autógrafos dever ser preferencial e antecipadamente procurado por outros meios, como a busca de escritos comprovadamente autógrafos, o que, simultaneamente, reduz a possibilidade de aceitação de uma escrita manual adulterada. Essa plausibilidade de na diligência não se obter um padrão de escrita [manual]

⁷⁴¹ Apesar de no texto do AUJ do STJ n.º 14/2014 se reportar ao Ac RP de 28-07-2009, trata-se, na verdade, do Ac RP de 28-01-2009 (rel. Des. M. Carmo Dias).

⁷⁴² O referido acórdão não foi tirado por unanimidade, contando com seis votos de vencido, que sustentam a ilegitimidade do Ministério Público para determinar a realização de diligência de prova não expressamente prevista, e, consequentemente, para cominar a incursão no crime de desobediência ao seu desacetamento.

genuíno ou autêntico, mas objeto de adulteração deliberada, implicaria uma apreciação mais aprofundada. No AUJ em apreço, refere-se «*Isto mesmo que, apontando a hipótese de simulação da escrita manual, se possa hipotizar o insucesso, desconhecido à partida, da diligência para indagação da verdade, insucesso que pode, por outras razões, macular outras diligências, sem que a desnecessidade seja factor logo dissuasor.*

Um Estado de direito não pode demitir-se do dever de assegurar o valor-pilar da descoberta da verdade material, salvaguardando, é certo, os direitos do arguido, que não deixa de ser pessoa por sobre ele impender um processo crime, impondo-lhe também deveres, inconcebível quando consagrado um estatuto de distanciamento demasiadamente alongado, tornado chocante e escandaloso, quanto ao ofendido».

Parece-nos que o STJ se deixa impressionar, quiçá excessivamente, com a eventualidade da abdicação pelo Estado de um poder de *obrigar* o arguido a produzir autógrafos. Mas, na verdade, se este os produz simuladamente, nada se acrescentará à procura da verdade material.

Pode, por isso, também objetar-se que o princípio da subsidiariedade da intervenção penal imporia outra solução, como a procura de outros escritos do arguido visado. Certamente que se devem esgotar outros meios probatórios antes de lançar mão de uma solução coerciva de produção de escritos. Mas tal não invalida que, em situações limite, se deva recorrer a tal expediente.

Assim, embora procurando compreender as razões do STJ, propenderíamos para sufragar as conclusões do acórdão, mas com diferentes fundamentos: justamente por considerarmos que a imposição da diligência não configura uma ingerência corporal profunda, mas tópica, e pela aplicação supletiva do mecanismo de exame de reconhecimento da letra – sem necessidade de uma interpretação extensiva do art. 61.º, n.º 3, al. d) do CPP –, que torna o inerente exame uma diligência de prova «especificada na lei».

Em todo o caso, pensamos que o legislador processual penal deveria consagrar expressamente tal medida de obtenção de prova, não se pretendendo aí tanto o recurso ao corpo como meio de prova, mas uma atividade corporal. Por outro lado, consideramos que uma cominação do crime de desobediência para a recusa injustificada de recolha de escrita manual deveria encontrar arrimo legal expresso, omissão que pode provocar situações de configuração duvidosa, como é o caso em que o arguido produz autógrafos não conformes com o seu padrão de escrita normal. É que a coercibilidade aqui vigente – cominação de responsabilidade criminal para a não colaboração do visado à produção de escritos – não substitui o efeito penal (em termos de consequências condenatórias) do hipotético resultado

conclusivo (auto-)incriminatório de um exame à escrita do arguido, o qual poderia implicar a sua condenação por crime mais grave do que o de desobediência⁷⁴³.

Relacionada de perto com as questões do nível de profundidade das ingerências corporais probatórias, encontra-se a matéria respeitante à classificação entre “amostras íntimas” e “não íntimas” (ou “outras amostras”).

Devemos previamente advertir contra a impropriedade do emprego de uma designação como a de “amostras biológicas” ou “bioamostras” – designação de resto muito disseminada e indistintamente utilizada na literatura (e também neste trabalho) –, tendo em conta que a designação é sempre feita por referência a um determinado “material biológico”, de que a quantidade extraída e processada é amostra⁷⁴⁴.

Devemos, por outro lado, discutir se existe um interesse prático na distinção entre o carácter “íntimo” ou “não-íntimo” pressuposta por uma determinada amostra biológica que se torne necessário colher para finalidades probatórias. O propósito não é de mero academicismo, não se tratando de uma distinção especiosa e, muito menos, devida a mero capricho de [pseudo-]erudição.

Importa dizer que uma tal distinção apenas será relevante e operativa no caso de “amostras não abandonadas”, ou seja, só relevará a classificação quando estejam em causa bioamostras (ainda) não destacadas do corpo humano. Ao invés, as amostras já abandonadas – deliberada ou inadvertidamente – não demandam uma disciplina jurídica diferenciada (consoante sejam *íntimas* ou não) na sua recolha, designadamente baseada na des/necessidade de intercessão do consentimento⁷⁴⁵.

A consequência da classificação de uma bioamostra como *íntima*, ou *não íntima* tem impacto no tipo de regime processual da própria ingerência cuja prossecução possa estar em causa.

Poderia definir-se, assim, como amostra biológica “não íntima” a que não seja considerada “íntima”, o que se reconduz a uma definição por exclusão, aparentemente redundante e pouco esclarecedora. Fica por recortar o conteúdo conceitual da *amostra íntima*. Em todo o caso, o que se pretende significar com a designação é a insignificância do impacto

⁷⁴³ Refutando a coercibilidade através da cominação de responsabilidade penal, cfr. CRUZ BUCHO, «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)», cit., *passim*.

⁷⁴⁴ Essa imprecisão terminológica traduz uma falta de rigor assumida pelos utilizadores da expressão, não devendo por isso ser especialmente valorizada.

⁷⁴⁵ Embora os resultados de procedimentos (probatórios) analíticos com base em tais amostras, p. ex., no campo da genética forense, possam, noutros momentos, carecer de outro tipo de tutela (como a decisão de autoridade judiciária competente, aquando da necessidade de inserção de um perfil de ADN na base de dados, nas condições do art. 18.º, n.º 2 e 3 da Lei n.º 5/2008).

sobre interesses jusfundamentais da intimidade corporal e do pudor pessoal que envolve a extração ou colheita de certo tipo de bioamostras [não íntimas] do corpo. Como exemplos de amostras biológicas não íntimas, poderemos citar os pêlos e cabelos, unhas, suor ou partes de corpo não proveniente de orifícios corporais com exceção da boca, segundo alguns entendimentos⁷⁴⁶. Como nota distintiva, estaria a não exigência de consentimento para a sua recolha ou a admissibilidade de uma grande amplitude de exceções à exigência do consentimento.

Tentaremos em seguida analisar as implicações jurídico-processuais das amostras biológicas íntimas.

5.3.3.4. A ingerência profunda: a sujeição do corpo a intervenções invasivas *stricto sensu* (revistas em cavidades corporais, sondagens, captação de imagens por métodos de imagiologia e intervenções cirúrgicas – “amostras íntimas”. A deteção e extração de substâncias ilícitas por métodos imagiológicos, eméticos e cirúrgicos (os casos *A. Bogumil c. Portugal* e *Jalloh c. Alemanha*))

Já vimos de que forma, considerando a heterogeneidade e as diferenças de modo de atuação e a multiplicidade de formas técnico-periciais de proceder ao nível de invasividade ou de intimidade das ingerências corporais probatórias, tais diferenças podem reclamar um maior ou menor nível de proteção e de salvaguarda de direitos pessoais e fundamentais das pessoas implicadas.

Uma tal distinção pode ocorrer no plano da exigibilidade, ou não, da prestação de consentimento da pessoa para a obtenção de uma amostra biológica sua, eventualmente necessária para a realização de comparações ou determinações de teor de certas substâncias. Será, eventualmente, distinto, também, o pressuposto da exigibilidade do consentimento, podendo, em face da classificação de uma amostra como *não íntima* dispensar-se o consentimento do visado, e autorizar-se a recolha coerciva de uma bioamostra, ainda que sem intervenção jurisdicional⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo...*, cit., p. 706 e nota (919).

⁷⁴⁷ Será, desde logo, o que sucede com a expiração de ar, em que o procedimento de fiscalização da condução permite que os agentes de forças policiais possam compelir os condutores e utentes das vias a expelirem hálito, à extração de sangue ou a sujeição a exame médico, sob pena de a recusa injustificada implicar a cominação sancionatória do crime de desobediência, legalmente pré-estabelecido. Mas pode suceder, identicamente, noutras situações, v.g. nas da revista ou perícia a que alude o art. 53.º, n.º 4 do DL n.º 15/93, de 22-01. No ac RG de 15-10-2012 (rel. Des. Cruz Bucho), foi entendido que a circunstância de a recusa ser punida criminalmente «não obsta à realização coactiva ou sob ameaça de execução forçada de exame radiológico ao arguido que transportava no seu corpo produtos estupefacientes, desde que ela tenha sido ordenada por despacho judicial, com integral respeito pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade e a realização da diligência, por técnico habilitado e com o máximo respeito pela dignidade do examinando, não coloque em perigo a vida ou a saúde do arguido», exigindo-se aqui, no entanto, a intervenção do juiz de instrução (sumariado na *CJ* Ano XXXVII, t. IV, pp. 279-280, texto integral disponível em www.colectaneadejurisprudencia.com).

Exemplificando-se com o sistema processual do Reino Unido, o Police and Criminal Evidence Act 1984 (Armed Forces) Order 2009, N.º 1922, consagra, no seu art. 12, a salvaguarda da exigência do consentimento da pessoa para a recolha de “amostras íntimas” (as que recaiam sobre cavidades corporais – anais, vaginais –, com exceção da boca), enquanto admite a coercibilidade, e até do recurso à utilização da força física para eventual recolha de amostras “não-íntimas” (cabelos, saliva, unhas, suor, etc) – art. 13⁷⁴⁸. Assinale-se, todavia, que, no sistema britânico, não é rigorosamente exato que a regra seja a da dispensa de consentimento, nos casos de amostras “não-íntimas”⁷⁴⁹; o que existe é uma grande amplitude de exceções à exigibilidade do consentimento do visado, no caso das amostras “não-íntimas”, ao contrário do que ocorre na hipótese de amostras “íntimas”⁷⁵⁰.

A tal propósito, compete advertir que não existe, naturalmente, um absoluto consenso ou unanimidade quanto aos critérios de classificação de todas as amostras biológicas como *íntimas* ou *não-íntimas*.

Um critério proposto e com larga aceitação é o que faz classificar as amostras biológicas como *íntimas* de acordo com a zona de proveniência; seriam, nesta conformidade, amostras biológicas íntimas as provenientes de uma zona pública ou de uma cavidade ou orifício corporal: os pêlos púbicos, o sangue, a linfa, o sémen, a urina, exsudado vaginal, ou outro fluido ou tecido corporal não superficial.

Continua, no entanto, a ser controvertido saber se as bioamostras provenientes da cavidade bucal – nomeadamente a saliva, as impressões dentárias –devem, ou não, considerar-se íntimas, havendo quem sustente, crescente e maioritariamente, a resposta negativa, propendendo-se para uma classificado como *não íntimas* ou sob a designação de “outras amostras”, permitindo assim a recolha por método de zaragatoa bucal, de bioamostras de saliva, por parte de agentes policiais com formação adequada, e com recurso a kits utilizados de acordo com manuais de instruções de procedimentos, em certas condições mediante o uso da força, independentemente do consentimento do visado e do suprimento por intervenção judicial⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Consultável em: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/1922/made> (acedido em 10-01-2014).

⁷⁴⁹ Já assim se passava no âmbito das secções 62 (Intimate samples) e 62 (Other samples) do Police and Criminal Evidence Act 1984 (consultável em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/62> e <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/63> - acedido em 10-01-2014).

⁷⁵⁰ Sendo oportuno mencionar que a recolha de amostras *não-íntimas* em condenados não depende do prévio consentimento destes para a sua obtenção, o que possibilita a recolha de amostras de ADN em larga escala.

⁷⁵¹ Entre nós, já divulgado através de um Manual de normas específicas de recolha de amostras no âmbito da base de dados de perfis de ADN, disponível para os OPC, nos termos do art. 10.º da Deliberação n.º 3191/2008, de 19-10-2008 (regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN), apesar de ali se remeter para as «regras, metodologias e técnicas internacionalmente estabelecidas para análise forense», às quais têm de corresponder as disposições do Manual interno [cfr. MARIA JOÃO A. PORTO, «As bases de dados forenses ao serviço do cidadão e da cidadania?», *A Base de dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, CNECV, Lisboa, 2012, pp. 164 e 165].

Trata-se, pois, de um conceito marcadamente *biofisiológico*, o que faz refletir sobre a necessidade de equacionar um conceito de recorte mais normativo, eventualmente mais vago e impreciso. Um tal conceito, reportar-se-ia à origem das amostras do material biológico, de acordo com o grau de intimidade ou profundidade corporal da sua proveniência. Não estamos certos de que a elaboração de um tal conceito pudesse introduzir significativos contributos, em termos classificatórios, ainda que não hesitemos na reiteração da sua importância para a conformação da concreta disciplina jurídico-processual atinente à diversidade das ingerências corporais probatórias.

Estamos propensos a sufragar, aproveitando o contributo de tais critérios classificatórios das bioamostras, a sistematização normativa de todo o conjunto de ingerências corporais probatórias, e sua concreta modulação procedimental, em função da definição das amostras biológicas como *íntimas* e *não-íntimas* (ou *outras bioamostras*), a partir de um critério que combine elementos biofisiológicos e normativos.

No tocante às ingerências corporais que implicam técnicas de imagiologia, recordando o mencionado em 5.3.3., cumpre realçar que a sua nocividade é diferenciada, notando-se que algumas não implicam qualquer lesão, sequer temporária, para a saúde. A técnica de radiologia, que consiste numa forma de radiação eletromagnética ionizante de elevada energia com capacidade para ultrapassar os tecidos permitindo visualizar os ossos e partes moles de regiões anatómicas, provoca uma lesão pela radiação recebida pelo corpo, apesar de ser, em pequenas doses, reabsorvida pelo organismo, sem sequelas de relevo. A utilização de outras técnicas de imagiologia, como a ecografia e a ressonância magnética nuclear não provocam lesões⁷⁵².

Será, pois, desde logo, discutível a qualificação de tais exames como invasivos ou *profundos*, sendo que, em rigor, são superficiais (não impondo a vulneração material da superfície corporal), apesar de incidirem sobre dimensões profundas e internas do corpo. As consequências dos RX é que podem ter impacto na saúde a nível mais profundo. Em todo o caso, pelo facto de tais exames revelarem aspetos íntimos e não visíveis, dos visados, podem, nessa medida, ser classificados nas ingerências corporais probatórias profundas, colocando-se as mesmas considerações inerentes à sua admissibilidade, em termos de compatibilização e harmonização de direitos fundamentais do visado e os interesses da acusação.

Tendo presente o contributo da jurisprudência constitucional espanhola, pode aceitar-se que tais técnicas sejam admissíveis, desde que seja uma utilização isolada e pontual, sob controlo médico, de um aparelho de RX em boas condições de funcionamento, cujas radiações não supõem especial perigo para a saúde e em que se diminuiu, nas últimas

⁷⁵² Conquanto possa haver contra-indicações, em função do estado de saúde conjuntural dos pacientes.

explorações o nível de radiação (inferiores aos estabelecidos pela OMS). Tais ingerências, ainda segundo o TC espanhol, não implicam violação do direito à integridade física (STC 35/1996). Aponta-se, contudo, para que essa utilização seja parcimoniosa, quer como medida terapêutica, quer como medida probatória.

Há, no entanto, um domínio em que consideramos justificar-se um “teste-final” à relação entre o regime normativo das ingerências corporais probatórias e a fisionomia das chamadas intervenções corporais *profundas* ou invasivas: é o caso de algumas revistas em cavidades corporais, da provocação de vômitos com eméticos e de intervenções cirúrgicas, com vista à extração de objetos ou substâncias absoluta ou relativamente proibidas.

Encontramo-nos, aqui, num dos domínios de maior melindre, pelo grau de invasividade corporal que ocasiona, com o eventual aproveitamento probatório dos seus resultados. Em abstrato, deveríamos abranger neste conceito as «intrusões corporais» a que alude o art. 89.º, n.º 4 do CExP⁷⁵³, sendo certo que não se acha expressamente definido o conceito de intrusão, pensando que não abrangerá as hipóteses de intervenções cirúrgicas, mas apenas de rastreio ou revista em cavidades corporais. Por outro lado, tais intrusões não têm um propósito eminentemente probatório, como já se disse, apesar de poderem surtir um resultado penalmente relevante e, nessa medida, ser discutível a sua aceitabilidade como meio de [obtenção de] prova.

Uma outra hipótese assimilável é a prevista no art. 53.º do DL n.º 15/93, especificamente dedicada à produção da prova de existência de droga: a revista ou, quando necessário, perícia a ordenar «Quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas»⁷⁵⁴. Estas medidas têm já um escopo marcadamente probatório, e obedecem a um regime cuja estrutura bem podia constituir-se como regra geral ou, ao menos, noutros casos de ingerências corporais probatórias com implicações jusfundamentais mais sensíveis. Na verdade, ali se contemplam os requisitos e pressupostos factuais para a determinação da medida, que coenvolve já um juízo de [forte] indicição do facto penalmente relevante e de necessidade, proporcionalidade e idoneidade da medida para o fim visado: a apreensão da droga. Por outro lado, prevêem-se os termos da dispensa do consentimento e da autorização da medida por *autoridade judiciária competente*, bem

⁷⁵³ No âmbito de procedimentos preventivos de manutenção de ordem e segurança em meio penitenciário, circunscrevendo-se à «extracção de objectos» do corpo de um recluso, mediante supervisão médica e autorização do tribunal de execução de penas.

⁷⁵⁴ A medida destina-se, em princípio, a suspeitos da prática de crimes de tráfico de estupefacientes, essencialmente, àquelas situações em que «o transporte de drogas é muitas vezes dissimulado no próprio corpo» (cfr. Nota justificativa do Grupo de Trabalho incumbido de proceder à revisão do DL n.º 430/83, in LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito*, Aequitas – Editorial Notícias, 1994, p. 260).

como as condições de funcionamento das cominações sancionatórias – no caso, consequências penais –, independentemente da realização coativa da medida⁷⁵⁵.

Sem embargo da eventual interferência com direitos fundamentais, no caso das ingerências corporais realizadas no âmbito do art. 53.º do DL n.º 15/93, a regra geral de que a competência para a sua determinação é da autoridade judiciária que dirige a fase respetiva mantém-se, não se prevendo, pois, a intervenção do juiz de instrução nesta matéria, em sede de inquérito, para autorizar a sua execução, quando haja oposição da pessoa visada. Da leitura combinada dos seus n.ºs 1 e 3 com o art. 51.º, n.º 1, resulta ter o OPC competência para efetuar a revista ou perícia e, só na falta de consentimento do visado, se prevê a intervenção da autoridade judiciária, ou seja, no âmbito do inquérito, o MP⁷⁵⁶. A equiparação dos tipos de crime de tráfico de estupefacientes previstos nos artigos 21.º a 24.º e 28.º do DL n.º 15/93, a «casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada», permite que, mesmo na falta de consentimento do visado «quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa», o órgão de polícia criminal possa efetuar a revista ou a perícia, diligência que, sob pena de nulidade, tem de ser imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação (artigos 51.º, n.º 1 e 53.º, n.º 3 do DL n.º 15/93 e 1.º, al. *m*), 174.º, n.ºs 5, al. *a*) e 6 do CPP)⁷⁵⁷.

É igualmente controverso que o regime de tais medidas – especialmente no que respeita à *perícia* – abranja a hipótese de intervenções cirúrgicas. Em princípio, propendemos para a rejeição de tal possibilidade. Casos há, porém, em que a situação concreta pode justificar – ou, até, impor, no caso de pessoas detidas ou sob custódia do Estado – a realização de intervenções cirúrgicas, independentemente do seu consentimento (coercivamente) desde que idóneas a remover o perigo para a vida ou para a saúde.

⁷⁵⁵ Neste sentido, Ac RG de 15-10-2012 (rel. Des. Cruz Bucho), em que se entendeu, relativamente a exame radiológico a arguido que transportava produtos estupefacientes no seu corpo, que «a circunstância de a recusa ser punida criminalmente (artigo 53.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro) não obsta à realização coactiva ou sob ameaça de execução forçada de exame radiológico (...)» (sumariado na *CJ*, Ano XXXVII, t. IV, pp. 279-280, texto integral disponível em www.colectaneadejurisprudencia.com).

⁷⁵⁶ Concordando-se com LOURENÇO MARTINS, quando defende que, ao ler-se no art. 53.º, n.º 3 «(...) mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo anterior» deve ler-se «mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo 51.º». O autor sublinha que tal resulta claramente dos números 43) e 46) do art. 3.º da Lei n.º 27/92, de 31-08 (Lei de Autorização Legislativa), nos quais se podia ler, respetivamente, «43) Considerar equiparados a casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada as condutas que integrem os crimes previstos nos n.ºs 3 a 11 e 16 a 19, para efeitos do disposto no Código de Processo Penal e em conformidade com o n.º 2 do artigo 1.º do mesmo Código» e «46) Prever que, na falta de consentimento do visado, *mas sem prejuízo do que se refere no n.º 43*, a realização da revista ou perícia nas circunstâncias previstas no número anterior, depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, que presidirá à diligência sempre que possível» (*Droga e Direito*, cit., p. 261).

⁷⁵⁷ PAULO P. ALBUQUERQUE defende que, em face das alterações de 2007 ao CPP, na hipótese de falta de consentimento do visado, a autoridade judiciária competente para determinar esta diligência deva ser o JI e não o MP (*Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 429). Esta tese é corroborada por PATRÍCIA NARÉ AGOSTINHO, com a ressalva das situações de perigo na demora (*Intrusões Corporais em Processo Penal*, cit., p. 32).

O tema não foi ainda abordado, ao que julgamos, de uma forma crítica e consistente, na doutrina nacional, apesar de já ter sido objeto de uma pronúncia por parte do TEDH, justamente respeitante a um processo que correu termos nos nossos tribunais.

Trata-se do Ac do TEDH de 07-10-2008 - Proc. 35228/03; Bogumil c. Portugal⁷⁵⁸: o requerente, acusado, julgado e condenado pelo crime de tráfico de estupefacientes, vira serem-lhe retirados do estômago, através de intervenção cirúrgica, várias embalagens de droga, após insucesso de outros métodos, devido ao agravamento do seu estado de saúde, que fazia perigar a sua vida. Após ter sido condenado, apresentou queixa contra o Estado Português no TEDH, ali invocando, ao abrigo do art. 3.º da CEDH, a circunstância de não lhe ter sido dada a possibilidade de contestar a legalidade ou a proporcionalidade da intervenção cirúrgica em causa, de não ter dado qualquer consentimento escrito para a intervenção cirúrgica a que foi submetido, de não ter sido esclarecido devidamente sobre os riscos que corria e sobre os métodos alternativos existentes, contestando também a necessidade terapêutica da intervenção, cujas consequências, por ter sido transferido no próprio dia para o Hospital-prisão, ainda sofreria.

O Estado Português contestou, dizendo que o arguido deu o consentimento verbal para tal operação (após, anteriormente, ter dado consentimento escrito para uma endoscopia), que não visou a recolha de provas, mas, essencialmente, de salvar a vida do mesmo, que se encontrava em elevado grau de risco.

O TEDH pronunciou-se, quanto à violação do art. 3.º da CEDH («*Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes*») de forma diferenciada: o tribunal estranhou que não houvesse sido colhida uma autorização escrita ao arguido para a intervenção cirúrgica, como o fora para uma endoscopia realizada anteriormente, em princípio menos invasiva. Mas entendeu não acolher a posição do requerente, por não haver sido demonstrado que o mesmo tivesse sido forçado a submeter-se à operação.

Relativamente à intervenção cirúrgica – que deve observar todos os cuidados relativamente a pessoas detidas ou não – não se colocava nenhuma violação do art. 3.º da CEDH, demonstrado que a mesma foi executada por médicos com experiência, que houve acompanhamento pós-operatório, não se podendo defender que a mesma, justificada por necessidade terapêutica, tivesse sido «desumana» ou «degradante» da condição humana. Por outro lado, acolheu a argumentação do Estado Português no sentido da existência de uma finalidade eminentemente terapêutica, e que a recolha das embalagens de droga não fora

⁷⁵⁸ Cfr. texto integral em português, em: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-119158>.

indispensável para estabelecer a sua responsabilidade criminal, que derivou de outros elementos probatórios.

Quanto à violação do art. 8.º da CEDH («1 - *Qualquer pessoa tem 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*»). O tribunal debateu a legalidade da intervenção, exprimindo dúvidas sobre a base legal conferida pelo disposto nos artigos 156.º do CP e 58.º do CDOM, apesar de considerar suficiente a base legal conferida pelo art. 127.º do DL n.º 265/79, de 01-08⁷⁵⁹: o requerente encontrava-se detido e carecia de cuidados que o Estado estava em condições de proporcionar. Quanto à necessidade da ingerência, considerou que a finalidade da ingerência foi a de proteger a saúde do requerente. Também quanto à proporcionalidade da medida, o TEDH considerou haver justo equilíbrio entre o interesse público em proteger a saúde (de terceiros, bem jurídico pressuposto no crime de tráfico de estupefacientes) e o direito do requerente à sua integridade física e moral.

O TEDH acabou por declinar a existência de qualquer violação dos artigos 3.º e 8.º da CEDH – disso desresponsabilizando o Estado Português, apesar de o ter condenado por irregularidade na forma de representação processual do requerente, que entendeu não ter sido a mais conforme ao art. 6.º, §§ 1 e 3, c) da CEDH.

Esta decisão, a todos os títulos de grande fecundidade argumentativa respeitante à natureza das questões colocadas, não afrontou – porque não diretamente colocada como objeto do recurso – a questão da validade probatória da recolha da substância estupefaciente retirada do estômago do requerente⁷⁶⁰, situação que foi, no entanto, expressamente questionada noutra jurisprudência do TEDH. Esta instância descartou a existência de qualquer afronta aos direitos humanos no tocante à necessidade e proporcionalidade da intervenção cirúrgica a que o requerente foi submetido.

⁷⁵⁹ Regime então vigente de execução das medidas privativas de liberdade (alterado pelos DLs n.ºs 49/80, de 22-03 e 414/85, de 18-10).

⁷⁶⁰ A questão da validade probatória da apreensão de droga através de intervenção cirúrgica do arguido, foi concretamente suscitada num outro processo junto do TEDH. No processo que originou outra queixa contra o Estado Português pelo sr. Komba, no qual este foi condenado como autor do crime de tráfico de estupefacientes – numa situação em tudo semelhante à do sr. A. Bogumil – as três saquetas contendo Cocaína que lhe foram extraídas do estômago, não foram, porém, tomadas em consideração na decisão condenatória interna (de 5 anos e 6 meses de prisão, além da expulsão do território nacional), dado ter-se demonstrado, nesse processo, que o mesmo não autorizara por qualquer forma ser submetido a intervenção cirúrgica para extração das saquetas contendo estupefacientes. Por seu turno, foi considerado pelos tribunais da condenação e de recurso que a intervenção cirúrgica se justificava como meio de remover o perigo para a vida do visado. No referido processo junto do TEDH, Komba c. Portugal, n.º 18553/03 [2005] houve decisão (em 10-07-2007) de não apreciação de mérito, por se julgar ter havido desinteresse por parte do requerente.

Essa consideração poderia levar-nos a concluir que nenhum direito fundamental teria sido, dessa forma, afetado. A inferência seria, contudo, precipitada. Conforme se viu, aquela instância judicial do CdE não considerou a questão da admissibilidade ou inadmissibilidade do valor probatório da substância [estupefaciente] extraída do estômago do requerente, apenas por a mesma não ser diretamente objeto do processo.

Tenha-se, agora, em conta a *equivocidade lógica* ínsita no confronto entre a pretensão punitiva do Estado – ancorada na busca da verdade material, de forma processualmente válida, de acordo com os princípios da legalidade e da oficiosidade – e o princípio da presunção de inocência. E registre-se, a tal propósito, a advertência de Cunha Rodrigues, no sentido de que «(...) a ideia de pré-responsabilidade do arguido assenta numa petição de princípio: a de que o arguido é agente do facto criminoso, hipótese que o processo se destina exactamente a esclarecer»⁷⁶¹. Aqui começa, s. m. o., o paradoxo.

Enquanto presumido inocente, o agente relativamente a quem as autoridades suspeitam que as saquetas engolidas e existentes no estômago contêm substância presumivelmente proibida, pode recusar⁷⁶², em princípio, uma ingerência corporal tendente a determinar (ou confirmar) a natureza da substância. Mas é por se presumir que a substância é proibida que o Estado tem interesse em confirmar tal natureza, e em investigar as circunstâncias da sua detenção e, conseqüentemente, em punir o seu portador.

Se o suspeito não se encontrasse privado de liberdade, o problema não se colocará nos mesmos termos, prevalecendo a sua autonomia pessoal. Porém, achando-se aquele privado de liberdade (sob detenção ou em prisão preventiva) por tal suspeita, o Estado tem o dever de, por todos os meios, preservar a vida dessa pessoa (mesmo contra sua vontade), por se encontrar sob a sua custódia, desde logo se o estado da mesma não lhe permitir ter discernimento para avaliar o alcance do significado de uma recusa do tratamento adequado a salvar-lhe a vida ou a saúde, no caso um tratamento médico-cirúrgico.

Se, para a salvar, ou prevenir o risco para a vida da pessoa (suspeita e detida), o Estado tiver de a sujeitar a uma intervenção cirúrgica, para extração da substância, tem um direito soberano sobre essa substância (recolhida), desde o início da suspeita, podendo utilizá-la probatoriamente contra a vontade do detentor? Ou apenas o poderá fazer em circunstâncias idênticas às de uma revista⁷⁶³?

⁷⁶¹ «Sobre o princípio da igualdade de armas», *loc. cit.*, p. 89.

⁷⁶² No sentido de não dar o consentimento à ingerência, apesar de a mesma poder vir a ser suprida pela intervenção da autoridade judiciária competente, no caso, o JI.

⁷⁶³ Nem poderemos aqui tratar – apenas os enunciando – problemas como o da natureza da intervenção da equipa médica, e do cirurgião em particular – a qual assumirá natureza essencialmente médica (não de auxiliar da investigação criminal, bem entendido!) –, salvaguardando as decorrências da relação médico-doente e do segredo médico.

Procurando ensaiar uma tosca tentativa de solução, ciente de que a questão é tudo menos pacífica⁷⁶⁴, parece-nos haver, nesses casos, um *dever de ingerência* do Estado, tendente à preservação da vida e da saúde do suspeito detido. Ora, o resultado de uma tal ingerência – a esperada apreensão da droga (uma substância absolutamente proibida) na sequência de uma intervenção cirúrgica –, não pode ser ignorado, devendo relevar em sede probatória, desde que garantida a necessidade e proporcionalidade, igualmente terapêutica, da intervenção, e considerando que a mesma observou as *leges artis*, com o que se assegura a preservação da dignidade humana e pessoal.

É certo que a noção fornecida na norma do art. 53.º do DL n.º 15/93, ao prever a possibilidade de se proceder a *perícia*, caso haja «indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes» parece não contemplar – conforme se disse, até pela formulação normativa do próprio regime (conveniência, sempre que possível, de assistência da autoridade judiciária) – um conteúdo tão amplo que abranja as intervenções cirúrgicas, pelo que seria pertinente equacionar a sua expressa previsão legal.

O problema parece residir, então, na falta de uma habilitação normativa para aceitar, não a realização da intervenção corporal em si – das mais invasivas, reconhece-se –, mas a relevância probatória do resultado material de uma intervenção cirúrgica que culmine na apreensão de droga.

Os artigos 8.º, al. *g*) e 35.º do CExP⁷⁶⁵ contemplam, aliás, uma hipótese em que parece vigorar um princípio geral de coercividade no tocante a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que, não se preordenando diretamente à obtenção de prova penal, podem trazer à tona alguns problemas que com ela contendem: o caso dos reclusos⁷⁶⁶, precisamente quando a indispensabilidade de intervenções, tratamentos médico-cirúrgicos (e alimentação) simultaneamente congregue um problema de perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso e a eventual prova de algum facto criminalmente relevante⁷⁶⁷.

Note-se que o interesse preponderante é o de salvar a vida do recluso, pois num Estado de direito, tudo deve ser feito, mesmo *a outrance*, no sentido de preservar a vida, o estado de saúde (se possível, melhorá-la) e a integridade funcional e corporal das pessoas privadas de liberdade que pretendam recusar tratamento, não se tratando ou deixando de se

⁷⁶⁴ E não encontrando especial conforto numa norma como a do art. 61.º, n.º 3, al. *d*) do CPP: «Recaem em especial sobre o arguido os deveres de: *d*) Sujeitar-se a diligências de prova (...) especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente».

⁷⁶⁵ Que retomam as soluções do regime do art. 127.º do DL n.º 265/79.

⁷⁶⁶ Pensamos que também os detidos e presos preventivos devem ficar sujeitos ao regime do art. 35.º do CExP.

⁷⁶⁷ Do mesmo passo, «as intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coactivos limitam-se ao necessário e não podem criar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso» (art. 35.º, n.º 4 do CExP).

alimentar⁷⁶⁸. Ao recluso é reconhecido o direito de recusar tratamento ou alimentação, desde que possua discernimento suficiente para avaliar o alcance da mesma (art. 75.º do CDOM)⁷⁶⁹. Mas, quando o estado de saúde do recluso lhe retire o discernimento para avaliar o sentido e alcance da recusa, os responsáveis das instituições penitenciárias podem impor-lhe coativamente intervenções, tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação, se existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde (art. 35.º, n.º 3 do CExP). Além disso, podem ser-lhe impostos coativamente intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para o corpo ou para a saúde de outras pessoas (art. 35.º, n.º 2 do CExP)⁷⁷⁰.

O que está aí imediatamente em causa, não é – sublinhe-se – uma ingerência probatória, designadamente uma intervenção corporal probatória, mas pode reconduzir-se a uma medida cujo resultado se pretende que seja probatoriamente relevante.

Quid iuris quando numa tal eventualidade, através da realização de tais medidas terapêutico-cirúrgicas, se produza prova⁷⁷¹, de um facto criminalmente relevante, designadamente a detenção e transporte de droga? Dúvidas não há que a *revista* ou a *perícia* a que alude o art. 53.º do DL n.º 15/93 têm um carácter eminentemente probatório. Só porque se entende que esta *perícia* não abrange intervenções cirúrgicas, fica irreversivelmente arredada a possibilidade de relevância probatória do resultado da mesma, que consista numa apreensão de droga cuja detenção no organismo do visado é antecipadamente indiciada? A “apreensão” da droga, em tais circunstâncias, é materialmente distinta da apreensão efetuada com base numa revista corporal ou em roupa ou em cavidade corporal da pessoa suspeita da prática de outro qualquer crime, pelo que a sua admissibilidade probatória oferece alguma maior dificuldade.

A apreensão de droga (ou outro produto proibido) como resultado material de uma intervenção cirúrgica consiste num modo teleologicamente atípico de produção de prova,

⁷⁶⁸ O art. 3.º da CEDH impõe ao Estado uma obrigação de proteger a integridade física das pessoas privadas de liberdade, nomeadamente pela prestação dos tratamentos médicos requeridos.

⁷⁶⁹ No limite, se o estado de saúde do recluso nunca o fizer perder o discernimento para avaliar o sentido e alcance da recusa de tratamento, as intervenções ou tratamentos não poderão fazer-se coercivamente, por respeito à autonomia e autodeterminação do indivíduo. Apenas na hipótese de criação de perigo para a vida ou de perigo grave para o corpo ou para a saúde de outras pessoas as intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos coercivos são admissíveis, mesmo que o recluso não deixe de ter discernimento, o que se compreende como modo de adequada tutela de direitos de terceiros.

⁷⁷⁰ O que briga, pelo menos parcialmente, com o disposto no art. 75.º, n.º 1 do CDOM, devendo o conflito resolver-se pela prevalência da disposição do CExP, por se tratar de lei posterior (hierarquicamente superior ao diploma que aprovou o CDOM, um Regulamento da OM). Não foi tomada em conta a redação da norma equivalente do art. 81.º do CDOM aprovado pelo Regulamento da OM n.º 707/2016, de 21-07.

⁷⁷¹ Se a situação de perigo para a vida ou saúde da pessoa privada da liberdade tem origem em factos que integram objetivamente uma infração, aí a medida pode assumir uma dupla vertente, de intervenção probatória e de medida coativa legal, parecendo-nos que a autoridade prevaiente deverá ser a autoridade judiciária competente, e não as autoridades prisionais. Estamos a pensar nos casos típicos dos «correios de droga» que ingerem embalagens de droga, quando as não conseguem expelir espontaneamente, ou mesmo mediante estímulos de fármacos, fazendo perigar a vida ou a saúde própria.

apesar de a conduta que lhe subjaz (a ingestão de embalagens de droga em viagens, pelos chamados “correios de droga”) não ser, infelizmente, nada atípica. “Atípica”, mas não ilegal, sendo no caso dos reclusos – e, em nosso entendimento, quanto a todas as pessoas privadas de liberdade –, inclusivamente imposta por lei, em certas condições (existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do visado ou se o seu estado lhe retirar o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa de tratamento). De todo o modo, se o recluso [ou detido ou preso preventivamente] consciente que recuse⁷⁷² o tratamento pode acabar por perecer, porque razão o recluso inconsciente, a quem seja salva a vida numa intervenção cirúrgica – por intercessão do ordenamento jurídico inerente à situação de execução de penas – não há-de incorrer no risco de uma inescapável valoração de uma apreensão material de droga extraída do seu aparelho digestivo? Seria coerente obnubilar um tal elemento de prova? Valeria o mesmo apenas indiretamente (ou indiciariamente)? Qual a razão para proibir a valoração probatória de um tal resultado («apreensão») ou para fulminá-la com o vício de nulidade?

Como se lê no Ac. TEDH *Bogumil c. Portugal*, «Uma medida ditada por uma necessidade terapêutica do ponto de vista das concepções médicas estabelecidas não pode em princípio passar por desumana ou degradante (...)». Por outro lado, se o TEDH considerou no dito aresto que o art. 127.º do DL n.º 265/79 constituía base legal suficiente para autorizar a intervenção em causa, os comandos dos artigos 8.º, al. g) e 35.º do CExp parecem-nos satisfazer, igualmente, tal propósito.

Em tese precária, cremos que se justifica a não proibição da valoração de tal resultado probatório, afigurando-se-nos a solução inversa – de exautorar tal valoração – mais dificilmente sustentável, pois que o comando do art. 126.º, n.ºs 1 e 2, al. a) do CPP não tem aqui aplicação, num exercício hermenêutico à luz da CRP (art. 32.º, n.º 8) e da CEDH (art. 8.º).

Sendo certo que será opção sempre reservada ao legislador definir e autorizar o alcance dos meios probatórios que impliquem a coercibilidade da ingerência corporal e a recíproca interferência entre os direitos comunitários à segurança e ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e os direitos fundamentais e processuais de defesa do suspeito, a verdade é que pensamos existir uma previsão normativa habilitante para o efeito mais desenvolvida do que a que foi acolhida pelo TEDH no caso *Bogumil c. Portugal*.

⁷⁷² Recusa que o Estado deve acatar, desde que o seu estado de saúde não lhe retire o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa de tratamentos (ou alimentação).

De todo o modo, do que acaba de expor-se parece evoluir uma situação de grande equivocidade, que tornaria conveniente uma mais aprofundada elaboração doutrinal e jurisprudencial, seguida por uma clarificação do legislador neste domínio.

Uma outra hipótese de ingerência corporal probatória profunda é a que consiste na administração coerciva de eméticos para fazer regurgitar substâncias estupefacientes (ou outro tipo de substâncias proibidas) que tenham sido ingeridas. A situação foi tratada no célebre Ac TEDH (*Abu Bakab) Jalloh c. Alemanba*, de 11-07-2006 (queixa 54810/00)⁷⁷³. O caso consistiu na detenção, em 29 de outubro de 1993, de A. B. Jalloh por polícias alemães, que o avistaram a retirar da boca saquetas de plástico para entregar a diferentes pessoas, em troca de dinheiro. Suspeitando que tais saquetas contivessem drogas ilegais, os agentes procederam à detenção em flagrante delito de Jalloh, que, nessa ocasião, engoliu uma dessas saquetas. Submetido a revista pessoal, nenhuma quantidade de droga foi encontrada em seu poder.

Ulteriormente, o Ministério Público responsável pela investigação ordenou a administração de eméticos ao arguido, na presença de médico, a fim de provocar a regurgitação da saqueta engolida. Jalloh foi então conduzido a um Hospital, recusando-se a tomar a medicação disponibilizada pelo médico, adequada a provocar o vômito. Em seguida, foi o arguido imobilizado pelos agentes policiais e o médico ministrou-lhe um emético, em solução salina, através de uma sonda nasogástrica, injetando-lhe um outro emético. Em consequência, Jalloh regurgitou uma saqueta de plástico contendo 0,218 gramas de cocaína.

Exposto o caso ao TEDH, este viria a reconhecer-lhe razão, considerando ter havido violação do art. 6.º, n.º 1 da CEDH⁷⁷⁴, condenando o procedimento das autoridades como uma humilhação do suspeito «com desrespeito pela sua dignidade».

Nesse aresto, o TEDH enuncia pela primeira vez os critérios gerais que contam para a decisão da questão da violação do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Cabe aqui destacar o seguinte passo: «Para determinar se o direito à não autoincriminação do queixoso foi violado, o Tribunal, por sua vez, terá de considerar os seguintes fatores: a natureza e o grau de coerção empregado para obter a prova, a importância do interesse público na investigação e punição da infração em apreço, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma»⁷⁷⁵. O TEDH considerou que: «(...) a medida impugnada visava um traficante de rua que vendia drogas à sua pequena escala e que foi, a final, condenado numa pena de prisão de seis meses, suspensa e em regime de prova. Nas

⁷⁷³ Cfr, texto oficial em inglês em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76307#{%22itemid%22:\[%22001-76307%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76307#{%22itemid%22:[%22001-76307%22]}). Cfr. também, *NJW* 2006, p. 3117 (3119, §§ 58-61) = *StV* 2006, p. 617.

⁷⁷⁴ A decisão teve 11 votos contra 6, com declarações de voto concordantes e discordantes.

⁷⁷⁵ Trad. livre do autor.

circunstâncias do caso, o interesse público em assegurar a condenação do queixoso não podia justificar o recurso a tão grave interferência na sua integridade física e mental»⁷⁷⁶.

De notar que o procedimento de administração forçada de eméticos foi tomado de acordo com o entendimento de que o § 81a (1) da StPO⁷⁷⁷ o consentiria, apesar de a doutrina alemã divergir quanto ao assunto⁷⁷⁸.

O tribunal de recurso de Frankfurt am Main, no seu acórdão de 11-10-1996, sustentou logo que o § 81a da StPO não autorizava a administração de eméticos. Em primeiro lugar, a administração de eméticos não constitui nem um exame físico nem uma intrusão corporal levada a cabo por um médico para observação com o significado daquele preceito. A procura de objetos estranhos poderia compreender-se no § 81a. Contudo, o emético foi usado não para pesquisar objetos estranhos, mas para recolher objetos – cuja presença era pelo menos provável – com vista a utilizá-los como prova. Esse propósito era mais compatível com a apreensão, no sentido dos §§ 102, 94 ss. da StPO, do que com o exame físico (...), apesar desses preceitos não abrangerem a interferência coerciva com a integridade física de alguém como medida possível. Em segundo lugar, a administração coerciva de eméticos viola o princípio da passividade [*Grundsatz der Passivität*], dado que a sua finalidade é obrigar o acusado a fazer ativamente algo que não quer, nomeadamente regurgitar. Isto não é permitido pelo § 81a da StPO nem compatível com a posição do acusado num processo penal, sendo violador da sua dignidade humana e dos seus direitos de personalidade (Artigos 1 § 1 e 2 § 1 da GG).

O TEDH acaba, apesar das dúvidas dos juízes que dissentiram, por considerar que a medida de administração forçada de eméticos (ainda que empreendida por um médico) se mostrava, em concreto, atendendo às circunstâncias do caso, desproporcionada face às finalidades que visava: recolher prova de um crime de gravidade diminuta⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷⁷ Que dispõe: «Pode ser ordenado o exame corporal do acusado com vista a constatar factos com relevância para o processo. Para este fim, é admitida, sem o consentimento do acusado, a colheita de amostras sanguíneas e outras intervenções corporais, efetuadas por um médico, de acordo com as *leges artis*, com finalidades de investigação, se não for de prever qualquer lesão à saúde do acusado».

⁷⁷⁸ No sentido de que o § 81a da StPO autoriza a administração de eméticos a traficantes de droga com vista a obter prova, cfr. HK-LEMKE, *StPO*, 2.^a ed., § 9; DAHS, in LÖWE-ROSENBERG, *StPO*, 24.^a ed., § 16; KK-SENGE, *StPO*, 4.^a ed., §§ 6, p. 14, ROGALL, *SK-StPO*, Article 81a, § 48 e *NStZ* 1998, pp. 66-67, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, München, 2005, Article 81a StPO, § 48, SCHAEFER, *NJW*1997, pp. 2437, e KLEINKNECHT - MEYER - GOBNER, *StPO*, 44.^a ed., Article 81a, § 22.

Parte considerável da doutrina defende a inadmissibilidade da administração de eméticos, ao abrigo do § 81a da StPO. Assim, DALLMEYER, *StV*, 1997, pp. 606-10, e *KritV* 2000, pp. 252-59, que considera que a busca no interior do corpo do arguido não é permitida ao abrigo do § 81a da StPO, ao contrário do exame; VETTER, *Problemschwerpunkte des § 81a StPO – Eine Untersuchung am Beispiel der Brechmittelvergabe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Neuried 2000, pp. 72-82, 161, que considera que a administração coerciva de eméticos através de uma sonda nasogástrica é irreconciliável com as regras da ciência médica, desproporcionada e apta a lesar a saúde do arguido.

⁷⁷⁹ Considerando a decisão como um avanço no tocante ao estatuto da defesa penal no plano das ingerências corporais probatórias, cfr. SABINE GLESS, «A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal», *RPCC*, Ano 21 - N.º 3, jul.-set. 2011, p. 399-400.

Conforme foi, ainda, entendido no “leading case” *Saunders c. Reino Unido*, «O direito à não auto-incriminação é originariamente dirigido ao direito de uma pessoa acusada permanecer em silêncio. Como é geralmente reconhecido nos sistemas legais das Partes Contratantes da Convenção e noutros locais, ele não se aplica ao uso, em procedimentos criminais, de materiais que podem ser obtidos do acusado através de poderes compulsivos, que tenham uma existência independente da vontade do suspeito tais como, *inter alia*, documentos adquiridos na execução de um madado, hálito, amostras de sangue e urina e tecidos corporais com finalidade de análises de DNA»⁷⁸⁰.

De acordo com esta grelha de interpretação, mais uma vez se identifica um parâmetro de proporcionalidade na consideração de uma medida de ingerência corporal probatória como a administração coerciva de eméticos, a qual, sendo em concreto excessiva nuns casos, poderá não o ser noutros, sem embargo de a jurisprudência dos tribunais superiores alemães que se pronunciaram sobre o caso, e alguma doutrina, excluïrem a medida, em si mesma, do elenco das medidas abrangidas pelo § 81a da StPO.

Resulta deste incipiente e breve excursus ilustrativo, a imperiosa necessidade de aprofundar o debate e elaboração doutrinal e jurisprudencial sobre alguns domínios cujo alcance e efeitos probatórios virão a colocar, crescentemente, maiores hesitações e dúvidas aos aplicadores, o que, mais uma vez, julgamos que seria pretexto para o aprofundamento das considerações político-criminais que devem sustentar qualquer solução legislativa.

5.4. Modalidades de ingerências corporais probatórias quanto à finalidade e quanto ao momento (cont.)

Uma classificação das ingerências corporais probatórias em sentido amplo, poderia iniciar-se pela distinção entre ingerências essenciais e instrumentais.

Seriam essenciais aquelas ingerências relativamente às quais só após o conhecimento do respetivo resultado (probatório) se poder dar como indiciada a prática do facto ilícito típico ou da sua autoria. Seria o caso da identificação de determinada pessoa suspeita (mas desconhecida) da prática de factos qualificados como crime, através de comparação de impressões dactiloscópicas ou de perfis de ADN. Exemplos emblemáticos são, também, a recolha de ar expirado ou a colheita de sangue (quando admitida e necessária) no caso de condução em estado de embriaguez ou de influência por substâncias estupefacientes e psicotrópicas, ou de urina, nos casos de tráfico e administração de substâncias e métodos proibidos de doping, cujos resultados periciais sejam positivos. Em tais hipóteses, só após a

⁷⁸⁰ De 17-12-1996, *Reports* 1996-VI.

obtenção de um resultado comprovadamente positivo e que atinja certo limite qualitativo ou quantitativo, sobre a existência e teor de certa substância (absoluta ou relativamente proibida em relação a certa atividade) se pode entender haver uma indicição segura da prática do facto ilícito.

Todas as demais ingerências seriam instrumentais, apenas servindo para reforçar indícios – da prática do facto e da sua autoria –, já recolhidos por outros meios probatórios. Nas ingerências instrumentais, em rigor, é a prévia indicição dos factos ilícitos típicos que suscita a necessidade da sua confirmação por meios técnico-científicos mais fiáveis e objetivos, como a realização de um exame pericial para determinação de perfil de ADN, a obtenção de uma imagem radiológica, um exame médico-legal para determinar certa patologia ou doença cuja conformação integre algum dos aspetos criminalmente relevantes para o esclarecimento da hipótese criminal do processo.

O esforço classificatório empreendido no sentido de descortinar a natureza e funcionalidade de ingerências corporais probatórias, pode reconduzir-se a um exercício académico e formal, se não houver o propósito de auxiliar a compreensão do respetivo regime normativo.

O único interesse na classificação do elenco das variadas ingerências corporais probatórias, de acordo com as suas características é, pois, o de delimitar a relevância dos seus pressupostos, regime e implicações. Surpreendem-se, assim, dois vetores essenciais em que se podem traduzir as ingerências: uma, que respeita à finalidade, outro, que radica no momento da sua realização. Como tentaremos demonstrar, com diversas justificações, pressupostos e consequências.

No tocante à finalidade, o grande espectro de ingerências corporais probatórias dirige-se à identificação de pessoas e à determinação objetivável de elementos criminalmente relevantes.

No que concerne ao momento da sua realização, haverá que distinguir as ingerências corporais probatórias pré-processuais das intraprocessuais.

5.4.1. A identificação (criminal) de pessoas

A constante preocupação na identificação rigorosa de pessoas associadas à prática de um ou mais delitos constituiu sempre uma prioridade no imaginário de qualquer paradigma de identificação criminal, sobretudo a partir da divulgação dos modelos positivistas da frenologia, dos modelos de identificação dactiloscópica, fotográfica, dos grupos sanguíneos, dos registos

dentários, até ao mais recente modelo de identificação genético-criminal⁷⁸¹. Compreende-se que, numa hipótese criminal em que é ignorada a identidade do agente dos factos, as autoridades competentes para a sua investigação se debatam preliminarmente com o problema do estabelecimento da identificação dos respetivos autores.

A evolução a que se assistiu, a este respeito, contou com os contributos das ciências da vida que enformam as ciências forenses, contando com os seus conhecimentos específicos para auxiliar a determinar a identidade dos autores ou participantes de um crime, pelo menos o(s) que tenha(m) estado corporalmente associado(s) a um cenário inerente ao mesmo (crimes de cenário).

As ingerências probatórias destinam-se, aí, à prioritária e fundamental tarefa de responder à primeira questão do investigador: «Quem?», que é, igualmente, o determinante da imputação jurídico-criminal ao responsável do facto que, no fim do processo, incorporará todos os elementos normativamente exigidos para ser qualificado como crime.

Note-se que a prova – num grau para além de uma dúvida razoável, conferido pelo cariz científico do concreto meio de obtenção probatória – da identificação de uma pessoa, não é prova bastante para a prova da sua responsabilidade, enquanto autor ou participante no facto. Pode interceder um conjunto de outros aspetos que impeçam o estabelecimento imediato dessa imputação, como a coincidência presencial no local por outra razão, a contaminação do local com vestígios biológicos da pessoa, ou a ocorrência de causas de justificação do facto (legítima defesa, consentimento da vítima), cuja demonstração ficará dependente da produção e valoração de outros meios de prova, eventualmente também com incidência corporal. O juízo de verdade probatória quanto à identificação do agente do crime, exige assim, um aturado esforço indiciário que não se satisfaz com uma mera constatação objetiva da presença de vestígios corporais de uma pessoa no cenário do crime.

Enquanto atividade de reconstituição histórica, a investigação criminal pressupõe um estado de precaução metodológica, tendente a acautelar a obtenção da verdade processualmente válida ou *prático-jurídica* (F. Dias). No processo penal é possível distinguir-se *verdade fáctica* e *verdade normativa*, sendo uma demonstrável pela *investigação e prova*, e a outra por *interpretação*⁷⁸². Mas o processo penal culmina na decisão que define o facto como crime, ou não, estabelecendo a culpabilidade ou absolvendo o acusado.

A importância que aqui assume a identificação é, por isso, uma questão nuclear. Pretende-se que seja isento de dúvidas o juízo quanto à pessoa concreta sobre a qual recaiam

⁷⁸¹ Cfr. *infra*, 7.1.

⁷⁸² Para FERRAJOLI, «(...) quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos sobre elas*» (*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 42).

os elementos que apontam para a sua indicição, culpabilidade ou inocência: que seja efetivamente a pessoa – justificadamente ou não – que praticou ou esteja de algum modo implicada nos factos objeto do processo que assumam relevância criminal.

Quando não se alcance por outros meios a segurança ou certeza processual sobre a identificação do agente suspeito, pode haver algum êxito na convocação de meios de prova corporal, nomeadamente quando no local do crime, ou noutra associado, hajam sido abandonados vestígios biológicos. A recolha de tais vestígios, enquanto evidência sobrevivente de uma ação ou acontecimento ligados ou atribuíveis ao agente, são uma das principais atividades policiais da investigação (criminal) normalmente conduzidas por especialistas. Pontifica, no tempo – “hora de ouro” (*golden hour*) – e local – “zona quente” – decisivos para a investigação, a preocupação com a principilogia dos “três R” de Robertson e Roux⁷⁸³: *recognition* (reconhecimento), *recording* (registo) e *recovering* (recuperação), a que Butler⁷⁸⁴ adita “outros três R”: *reliability* (confiança), *robustness* (robustez) e *reproductibility* (reprodutibilidade), observando a *cadeia de custódia* [da amostra]⁷⁸⁵.

Nesse contexto, surge como insubstituível a concorrência de ingerências corporais probatórias idóneas, mediante a aplicação de metodologias adequadas a demonstrar a identidade do autor de um vestígio biológico, para, a partir daí, se poder demonstrar a sua eventual associação ao acontecimento criminoso, como autor ou participante, ou mero circunstante, ou nada disso, na hipótese de uma transmigração ou contaminação (deliberada ou inadvertida) de bioamostras de alguém para o local do crime.

Avultam aqui os modelos de identificação criminal, em que pensamos pontificar presentemente o modelo de identificação genético-criminal, ou seja, por recurso à comparação de perfis genéticos entre perfis de amostras-problema e perfis de amostra-referência diretamente comparados no processo, ou ao cruzamento indireto com perfis armazenados em bases de dados.

As análises de perfis genéticos, envolvendo a recolha de bioamostra e a perícia de obtenção e comparação dos códigos alfanuméricos em que consistem, constituem a ingerência

⁷⁸³ J. ROBERTSON e C. ROUX, «Trace Evidence: Here today, gone tomorrow?», *Science and Justice*, vol. 50, 2010, pp. 18-22.

⁷⁸⁴ Cfr. J. ROBERTSON e C. ROUX, *loc. cit.*

⁷⁸⁵ Para MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, «A cadeia de custódia [das bioamostra recolhidas] é um processo usado para documentar o seu trajeto cronológico, a fim de ser atestada e acautelada a sua autenticidade em processos judiciais» («Identificação genética no âmbito de crimes sexuais», *Investigação Criminal* - Revista semestral da ASFIC, N.º 2, 2011, p. 60). Esta Autora indica a existência de diversos sistemas de gestão e de informação comercializáveis, em que destaca os sistemas LIMS (*Laboratory Information Management System*), adquiríveis e adaptáveis com versões especialmente concebidas para laboratórios forenses que analisam amostras biológicas com intuítos de investigação criminal, assegurando o registo de todo o trajeto das mesmas. JOSÉ BRAZ define cadeia de custódia como «(...) o processo usado na investigação criminal para manter e documentar a história cronológica de um vestígio, garantindo a sua integridade e a possibilidade de permanente escrutínio do potencial probatório (...)» (*Investigação Criminal – A Organização, o Método e a Prova. Os Desafios da Nova Criminalidade*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 224).

corporal por excelência para lograr a identificação criminal de pessoas. Isso ocorrerá nos casos de comparação direta entre o perfil de uma “amostra-problema” e um perfil de uma “amostra-referência”. No caso de não se tratar de uma hipótese por método de “comparação direta”, pode não haver lugar, sequer, a uma ingerência corporal atual ou dedicada, uma vez que a comparação por recurso a base de dados prescindirá da recolha de bioamostra (em suspeitos, arguidos ou terceiros) para o efeito de comparação: a comparação faz-se, justamente, em alternativa, por recurso aos perfis (previamente) inseridos em ficheiros da base de dados, confrontados com o perfil da “amostra-problema”, recolhida no local do crime. Não é rigoroso, todavia, dizer-se que, nestes casos, não estamos perante uma ingerência corporal, uma vez que aquando da recolha da bioamostra de referência (do suspeito) identificada – que originou o perfil com o qual se comparam os perfis da “amostras-problema”, houve inexoravelmente uma ingerência em tal momento, tendo um efeito probatório diferido. Mas, em tal momento, tal colheita e inserção em bases de dados, a montante, encontra-se já regularizada e legitimada, por intercessão de uma decisão de autoridade processual competente.

É viável recorrer a outras ingerências corporais no sentido de concorrerem para a identificação do suspeito de um facto criminoso, como, p. ex., a comparação de vestígios dactiloscópicos, o reconhecimento pessoal (ou fotográfico), a perícia auditiva ou olfativa, entre outras, as quais, todavia, nem sempre são suscetíveis de possibilitar o estabelecimento, com o mesmo grau de probabilidade, de uma certeza prático-jurídica na finalidade de identificação de uma pessoa. Donde, a nossa posição de considerarmos o modelo de identificação genético-criminal como preponderante, em termos de fiabilidade e essencialidade.

5.4.2. A determinação de elementos criminalmente relevantes

Em contraponto às ingerências corporais tendentes à identificação (criminal) de pessoas, muitas outras existem vocacionadas, apenas, para permitir adquirir indícios seguros sobre a presença no corpo de elementos criminalmente relevantes. Não se trata já de uma medida probatória com finalidade identificativa: o suspeito encontra-se já consolidadamente identificado. Todavia, em virtude da exigência de demonstração da presença de certos elementos ou substâncias integrantes do recorte material típico de algumas condutas criminais, torna-se necessário rastreá-los, identificá-los e demonstrá-los, qualitativa ou quantitativamente, numa base objetiva, nomeadamente através do recurso a meios probatórios visando dimensões diferenciadas do corpo.

A aquisição de um grau de certeza sobre elementos materiais de condutas típicas sempre se fez de uma forma indireta, e, após a introdução e desenvolvimento de métodos técnico-científicos no quadro da Medicina Legal – mormente no âmbito da Físico-Química e da Genética Forense, da Biotecnologia e das Neurociências –, começou a processar-se de forma direta, mais segura e cientificamente comprovada, incidindo imediatamente sobre o corpo ou alguma das suas partes ou funções, através dos meios tecnológicos aptos a produzir resultados probatórios mais fiáveis e credíveis (exames laboratoriais, análises biológicas, toxicológicas, sondagens por técnicas de imagem, etc).

Releva aqui a comprovação de uma situação de uso do corpo ou estado de influência corporal cujas características importem para a qualificação criminal de uma conduta ou para a graduação da responsabilidade do agente, em função da intensidade do grau da ilicitude e/ou da culpa.

Esclarecendo um pouco mais este ponto de vista, p. ex., o grau de alcoolemia ou a deteção de drogas resultantes de pertinentes exames, relevará não apenas para a qualificação da conduta, mas igualmente para aferir da sua gravidade objetiva e subjetiva⁷⁸⁶.

Naturalmente que o valor probatório do resultado de tais meios probatórios oscilará de acordo com o estatuto epistemológico da ciência forense – ou outra – aplicada para a determinação dos aspetos corporais inerentes à hipótese criminal em presença.

Neste sentido, pode afirmar-se que as ingerências corporais probatórias realizadas com finalidades de demonstração de elementos criminalmente relevantes – determinação da tipicidade da conduta ou a graduação da responsabilidade do agente – não são meramente acessórios ou instrumentais, mas essenciais. Apenas prescindem da necessidade de prévia identificação [criminal] do suspeito.

Assim, na maioria das hipóteses, será ao nível dos *crimes de posse* e dos *crimes de estado* que se materializará a exigência de uma prova rigorosa – o mais diferenciadora e rigorosa possível –, já que é necessário estabelecer de forma inequívoca a demonstração da presença ou detenção de objetos, materiais (armas, produtos de crime contra o património) ou substâncias (álcool, droga, doping) proibidos, ou a afetação corporal pelo consumo ou administração de determinadas substâncias – absoluta (no caso de substâncias psicotrópicas e estupefacientes) ou relativamente proibidas (no caso do álcool ou doping) –, que é essencial para a própria qualificação jurídico-penal da conduta ou para a graduação da responsabilidade penal do agente. São também casos paradigmáticos destas hipóteses, a detenção de coisas produto de

⁷⁸⁶ A distinção entre condução «sob influência de álcool» (art. 81.º do CEst) – com relevo meramente contra-ordenacional – e em «estado de embriaguez» (artigos 291.º e 292.º do CP) – com relevância criminal –, são disso exemplo.

crimes contra o património (*v.g.* um chip, um dispositivo informático, um aparelho de telefone móvel) ou de drogas no organismo, a condução em estado de embriaguez ou de afetação por substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, o exercício da caça, a detenção de armas ou de animais perigosos em idêntica situação.

As situações relativamente às quais no nosso ordenamento se prevêem ingerências corporais probatórias especificamente preordenadas aptas a produzir a cabal demonstração de tais elementos com implicações especificamente criminais, são, essencialmente, os seguintes:

- os exames para determinação do estado de embriaguez ou sob influência de álcool em certas atividades (*v.g.* condução rodoviária, caça e detenção de armas e de animais perigosos ou potencialmente perigosos – artigos 291.º e 292.º do CP, 153.º e ss do CEst e Regulamento da Lei n.º 18/2007, 28.º e 29.º da Lei n.º 173/99, de 21-09, 45.º e 46.º da Lei n.º 5/2006 e 33.º-A, n.ºs 3 a 9 do DL n.º 315/2009, de 29-10);
- os exames de deteção do estado de influência por substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, ou análogas, em certas atividades (*v.g.* condução rodoviária⁷⁸⁷, caça e detenção de armas e de animais perigosos ou potencialmente perigosos⁷⁸⁸ – artigos 291.º e 292.º do CP, 157.º e ss do CEst, 28.º da Lei n.º 173/99, 45.º e 46.º da Lei n.º 5/2006, 33.º-A, n.ºs 3 a 9 do DL n.º 315/2009);
- os exames de deteção de influência por doping (artigos 31.º a 33.º da Lei n.º 38/2012, de 28-08), embora o seu eventual resultado positivo não assuma relevo criminal quanto ao desportista, mas podendo relevar indiretamente para terceiros (os agentes de um crime de detenção e tráfico de doping);
- a perícia médico-legal para determinação de toxicodependência, a revista e perícia para apreensão de estupefacientes (artigos 52.º e 53.º do DL n.º 15/93);

A funcionalidade teleológica de certas ingerências corporais probatórias tendentes à demonstração de elementos criminalmente relevantes, é, por isso, essencial e, na medida em que pode implicar um resultado auto-incriminatório do visado, a sua disciplina pressupõe – ou deve pressupor – um (prévio) juízo de ponderação entre os interesses potencialmente contrapostos da defesa (presunção de inocência, direito à não-autoincriminação, direito à integridade pessoal, à liberdade geral de atuação, à autodeterminação informacional) e da acusação (administração da justiça, responsabilização dos culpados, defesa dos interesses das vítimas).

⁷⁸⁷ De notar que no âmbito da condução rodoviária, para efeitos contra-ordenacionais, o art. 81.º, n.º 5 CEst não contempla as substâncias análogas às psicotrópicas. O elenco das substâncias estupefacientes e psicotrópicas está estabelecido nas tabelas anexas ao DL n.º 15/93.

⁷⁸⁸ No tocante à detenção, circulação em via pública ou parte comum de prédio com animal perigoso ou potencialmente, contempla-se, também, a afetação por substâncias “com efeito análogo”.

Será, pois, a procura do ponto de equilíbrio entre esses interesses contrapostos que importa continuar a buscar, em função da maior ou menor intensidade dos interesses a tutelar prioritariamente. Essa disciplina pode ser diferenciada, e aparecer sob aspectos distintos, consoante as referidas ingerências corporais probatórias se produzam em momentos anteriores ou posteriores à instauração do processo de investigação criminal.

Sobre essas diferenças nos deteremos nos capítulos seguintes.

5.4.3. Ingerências corporais probatórias pré-processuais

Algumas das ingerências corporais probatórias relevantes para a identificação criminal de pessoas ou para a determinação de elementos criminalmente relevantes, podem ocorrer em momentos anteriores ao da instauração formal da investigação criminal do processo penal, entre nós na sua forma comum (inquérito) ou especial (sumário).

A configuração de algumas destas ingerências – dependendo da respetiva finalidade – pode assumir uma natureza eminentemente policial-preventiva ou constituir já a realização de medidas cautelares de âmbito probatório penal, ainda que a título precário.

Não estando em causa a legitimidade que justifica a adoção de um conjunto de ingerências corporais probatórias com finalidades preventivas (de segurança ou saúde pública – como a vacinação obrigatória, o rastreio de doenças – ou, mesmo, de investigação de infrações de natureza não penal, como a deteção de alcoolemia, drogas e doping em certas atividades com relevância contraordenacional ou contravencional), parece pertinente discutir-se, pois, se, materializando-se numa atividade essencialmente de polícia administrativa, tais ingerências corporais podem assumir eficácia probatória (processual) em sede criminal.

Em rigor, é o resultado deste tipo de ingerências probatórias que irá desencadear a instauração formal de um procedimento criminal, e não o contrário, como é habitual.

Já aflorámos a questão numa certa perspetiva⁷⁸⁹, pelo que agora nos limitaremos a referir que os indícios materiais recolhidos através das inerentes medidas, poderiam sempre relevar a título documental, considerando tratar-se de elementos de prova admitidos (ou impostos) por lei (artigos 124.º e 164.º ss do CPP).

É, pois, pertinente indagar se o valor de um exame de alcoolemia ou de influência por substâncias estupefacientes pode assumir natureza [de prova] pericial *qual tale*, nos termos enunciados no regime da lei processual penal, uma vez que não observou os termos e condições aqui previstos. Na verdade, os exames periciais de confirmação da presença de álcool ou droga no organismo, seguem-se à suspeita levantada pelos exames de rastreio, mas

⁷⁸⁹ Cfr. 5.2.1.1.

não são determinados e autorizados nos termos previstos do ordenamento processual penal⁷⁹⁰, nem são exames periciais-médico legais num estrito sentido técnico-processual.

Apesar de se tratar de um caso de prova (pesquisa no ar expirado) a realizar necessariamente através de utilização de aparelhos certificados e adequados para o efeito, tem-se discutido se o analisador quantitativo visa obter “prova documental”, uma vez que o resultado consubstancia uma «notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal» (art. 164.º, n.º 1 e artigos 255.º, al. *b*) e 258.º do CPP) ou prova pericial, dado que, para este efeito, não tem lugar uma percepção ou apreciação de factos que exijam «especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos» (art. 151.º CPP)⁷⁹¹.

Há, porém, quem sustente que os «métodos alcoolímetros consistem em actos de prova preconstituída, de carácter pericial»⁷⁹².

Embora sem problematizar expressamente a questão da origem e natureza de tal espécie de prova, Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima pronunciam-se implicitamente no sentido da sua aproveitabilidade em processo penal, ainda que não se trate de meios preordenadamente produzidos para valer como prova da prática de um crime, afirmando que a prova de alcoolemia por meios técnicos se trata de um domínio de “prova vinculada”, não estando «(...) aberta ao juiz a possibilidade de apreciação diversa daquela que impõe o recurso a tais meios técnicos, ainda quando fundamentasse essa apreciação (e na medida em que tal fosse cogitável) em razões também técnicas»⁷⁹³.

Não divisamos decisivas objeções a este entendimento, parecendo-nos que, se a respetiva disciplina normativa se achar suficientemente plasmada em diploma legal e/ou regulamentar, e se assegurar a cadeia de custódia, a prova produzida em tais termos deve relevar em termos análogos aos da prova pericial em processo penal. No limite de concessão, pensamos que valeriam sempre de forma reforçada enquanto documento (autêntico), uma vez que os resultados registados emergem de procedimentos da iniciativa e desenvolvidos por

⁷⁹⁰ Cfr., a propósito do crime de condução de veículo sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, Ac RP de 09-04-2014 (rel. Des. Castela Rio): «Não há possibilidade de demonstração do crime de “condução sob a influência de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas” no processo em que se realizou o “exame de confirmação” seguinte a “exame de rastreio”, que é possível efectuar, nem de demonstração da contra-ordenação muito grave “condução sob a influência de substâncias psicotrópicas”, no processo em que se realizou “exame de confirmação” seguinte a “exame de rastreio”, com resultados inferiores a um dos discriminados no quadro 2 do anexo V da Portaria 902-B/2007».

⁷⁹¹ Entendimento perfilhado no Ac RL de 07-05-2008 (rel. Des. Carlos Almeida). No sentido de que não se trata de prova pericial, PAULA MELO, «Condução sob influência do álcool - Apreciação dos meios de prova», *Maia Jurídica*, Revista de Direito (da AJM), Ano II, N.º 2, Jul.-Dez. 2004.

⁷⁹² BENJAMIM S. RODRIGUES, *Da Prova Penal T. I*, cit., p. 163.

⁷⁹³ *Condução em Estado de Embriaguez – Aspectos Processuais e Substantivos*, Verbo Jurídico, 2001 (acessível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/penal/alcool.zip>, pp. 7 e 8. No mesmo sentido, FRANCISCO M. VIEIRA, *Direito Penal Rodoviário - Os Crimes dos Condutores*, Pub. Universidade Católica, Porto, 2007, p. 154. Contra, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Crimes Rodoviários - Pena Acessória e Medidas de Segurança*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, p. 81.

autoridades (agentes de fiscalização de trânsito) e funcionários (pessoal de saúde) em serviço público para autoridades públicas, em obediência a regras de fiscalização de carácter público, cuja condição emprestaria sempre um valor especialmente qualificado à declaração documental produzida.

Como tal, numa operação de fiscalização de trânsito, com vista ao rastreio arbitrário de alcoolemia ou da presença de substâncias estupefacientes, a atividade policial inerente pauta-se, preponderantemente, por uma finalidade preventiva, não havendo, em princípio, qualquer suspeita fundada da prática de crimes – ou de infrações de outra espécie – cometidos por pessoas aleatoriamente identificadas e sujeitas a rastreio⁷⁹⁴. Nessa medida, trata-se de uma atividade materialmente administrativa, podendo o resultado dos exames de alcoolemia não relevar para efeitos penais – por não ter qualquer resultado positivo, ou porque o seu resultado não atinge o limiar criminal –, e relevar apenas para fins contra-ordenacionais⁷⁹⁵.

Será naturalmente diferente a hipótese de uma intervenção policial para determinar, através de exame, o grau de alcoolemia de condutor, na sequência do testemunho de factos que permitam, suspeitar da prática pelo mesmo, de um crime de condução perigosa de veículo rodoviário: nesse caso, a intervenção policial já se justifica pela suspeita de um facto tipificado como crime. Mesmo assim, não se trata de uma ingerência corporal probatória pré-processual, visando simultaneamente a salvaguarda cautelar de meios probatórios e a eventual produção de um elemento probatório penal. A medida probatória não é já materialmente administrativa, mas essencialmente penal adjectiva⁷⁹⁶, parecendo-nos que assume feição de ingerência intraprocessual.

O aproveitamento que se possa fazer da prova por alcoolímetros ou por detetores de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, ou por exames de despistagem de doping, para efeitos penais, fica, ainda, salvaguardado pela previsão normativa existente ou por lei autorizada⁷⁹⁷ ou por lei formal⁷⁹⁸, precisamente porque o legislador admite que haja impacto

⁷⁹⁴ Apesar de ser razoável admitir a previsibilidade de que em qualquer “operação Stop” de fiscalização de alcoolemia se venha a confirmar, invariavelmente, um conjunto aleatório de resultados positivos.

⁷⁹⁵ O resultado do exame pode não relevar em sede de comprovação de elementos do crime de condução em estado de embriaguez – TAS igual ou superior a 1,2 g/l no sangue (art. 292.º CP) –, mas poder relevar para o conceito de condução sob influência de álcool (art. 81.º CESt), com relevância contra-ordenacional. O art. 81.º CESt (após a revisão operada pela Lei n.º 72/2013) elenca os escalões de relevância contra-ordenacional da TAS, fixando em 0,2 g/l, para certos condutores e atividades, até 1,2 g/l. Do cotejo do conteúdo dos referidos conceitos, resulta que conduz sob influência de álcool quem o faça com uma TAS de pelo menos 0,2 g/l para certas condições e atividades, e 0,5 g/l em geral, até 1,2 g/l, conduzindo em *estado de embriaguez* quem o faça com uma TAS de pelo menos 1,2 g/l. Sobre a elucidação das noções de [crime] de condução em *estado de embriaguez* e [contra-ordenações] *sob influência de álcool*, cfr. FRANCISCO M. VIEIRA, *Direito Penal Rodoviário*, cit, pp. 109 ss.

⁷⁹⁶ Podendo ser instaurado e prosseguir o processo pelo crime do art. 291.º do CP, mesmo na hipótese de o resultado do exame de alcoolemia ser negativo ou não preencher o conceito de condução em estado de embriaguez mas apenas de influência sob efeito do álcool (caso em que, pelas regras de conexão do art. 134.º do CESt, a matéria contra-ordenacional é processada conjuntamente com a matéria criminal), uma vez que poderá haver outros indícios da prática daquele ilícito.

⁷⁹⁷ É o caso do Código da Estrada, após a revisão da Lei n.º 72/2013.

sobre direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa medida, apesar de não interceder um concreto juízo de ponderação processual por parte de autoridades judiciárias, as autoridades policiais acham-se igualmente vinculadas aos deveres decorrentes dos princípios do respeito pela dignidade humana, da legalidade, da imparcialidade e isenção e de respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos.

A especificidade deste tipo de procedimentos probatórios com implicação corporal – pelo facto de serem arbitrariamente produzidos em momento ante-processual e determinados e executados por autoridades não judiciárias – não descaracteriza nem afeta, quanto a nós, o valor do meio probatório, como se tivesse sido produzido *ab initio* no quadro de um procedimento criminal⁷⁹⁹.

5.4.4. Ingerências corporais probatórias intraprocessuais

As chamadas ingerências corporais probatórias intraprocessuais são aquelas cuja determinação e realização é preordenada à obtenção de elementos probatórios, de pleno no quadro da investigação de um processo penal. Aqui, a necessidade da ingerência é suscitada pela prévia notícia (da suspeita) de crime, e não o seu contrário: não é o resultado positivo de um procedimento preventivo (como a fiscalização arbitrária de alcoolemia) ou seja, a ingerência que determina a instauração do processo, mas o contrário.

Tais ingerências não dependem, contudo, da instauração formal de um processo. Pode não existir ainda processo instaurado, mas tornar-se necessário assegurar a produção de prova, a título de medidas cautelares de prova ou a título de antecipação de prova. É o que pode ocorrer na hipótese da suspeita de um crime de homicídio por negligência ou de ofensa à integridade física por negligência na condução⁸⁰⁰ ou de condução perigosa⁸⁰¹ em que se realize o exame de despistagem de alcoolemia, ou na hipótese de, perante a prática de outros crimes, se deverem recolher bioamostras para determinação de perfil genético (ainda que de “dador” não identificado), enquanto passo necessário para uma eventual e futura comparação com perfil(s) de “amostra(s)-referência”. O resultado de um tal tipo de exame em local de crime,

⁷⁹⁸ É o caso da Lei n.º 38/2012 (Doping), com a particularidade de, aqui, a consequência imediata relativamente ao desportista não assumir feição penal, mas apenas desportiva, disciplinar e, eventualmente, contra-ordenacional; apenas poderá relevar para efeitos penais, relativamente a terceiros.

⁷⁹⁹ Identificando o problema, mas não o afrontando expressamente, por não se tratar do objeto dos recursos, cfr. Acs RL de 21-01-2014 (rel. Des. Jorge Gonçalves) e RE de 17-02-2014 (rel. Des. João Gomes Sousa), no sentido de que a norma do art. 170.º do CESt, que define um critério de apreciação/valorização probatória ao resultado do exame de alcoolemia – impondo a menção no auto de notícia (da contra-ordenação) do «valor registado e o valor apurado após dedução do erro máximo admissível» resultante de aparelhos e instrumentos aprovados por regulamento –, apesar de se dirigir a matéria de natureza contra-ordenacional, seria incompreensível se não fosse aplicável a condutas com relevo criminal (como na investigação dos crimes dos artigos 291.º e 292.º CP).

⁸⁰⁰ Cfr., a imposição de exames de pesquisa de álcool no ar expirado a condutores e peões em caso de acidente de trânsito, sempre que o seu estado de saúde o permita (art. 156.º, n.º 1 CESt).

⁸⁰¹ Como se viu *supra* em 5.4.3.

pode, assim, vir a constituir-se como parte fulcral de um procedimento de investigação criminal, e apenas tendente a essa finalidade.

As ingerências corporais probatórias que são ordenadas e autorizadas, pelas autoridades processuais, e executadas em função da notícia da suspeita de um crime podem sê-lo, como se disse, ainda, a título de medidas cautelares (e/ou de antecipação de produção de prova) pelos OPC, mediante iniciativa própria, ou já como diligências de investigação em curso.

As primeiras, seguirão o pertinente regime das providências cautelares quanto aos meios de prova (art. 249.º CPP). As medidas cautelares são empreendidas pelos órgãos de polícia criminal *mesmo antes de receberem ordem da autoridade judiciária* (art. 249.º, n.º 1 CPP) preordenadamente, todavia, à atividade de investigação criminal de um processo⁸⁰²: a indicação das medidas corporais probatórias previstas nas alíneas do n.º 2 do preceito – revistas, exames de vestígios, recolha de outros elementos que permitam a identificação dos agentes do crime – é apenas exemplificativa, pelo que outras podem ser empreendidas e levadas a cabo.

O facto de Paulo Dá Mesquita entender que «A prática pelos órgãos de polícia criminal de medidas cautelares e de polícia não pode, repita-se, ser confundida com uma fase processual, pois o [processo] inicia-se com o inquérito não estando prevista a existência de qualquer fase pré-processual (...)»⁸⁰³ não significa, em nosso entender, que a sua atividade não seja norteadada por um propósito de integrar no acervo probatório do processo a prova a acautelar (e produzir). É certo que o mesmo autor refere ainda que «Esses actos embora possam vir a integrar o processo não são no momento da sua prática actos processuais em sentido formal (...)»⁸⁰⁴. Mas tal asserção só pode significar que, apesar de não revestirem formalmente a natureza de ato processual em sentido formal, na medida em que tais providências probatórias (cautelares) – que se consubstanciem em ingerências com implicação corporal –, assumem natureza materialmente processual. Portanto, para que assumam natureza de ato processual, as ingerências corporais probatórias não têm necessariamente de ser determinadas e ocorrer em momento posterior à abertura formal de um procedimento criminal.

Quer nos casos de atividade por iniciativa própria do OPC, ou por encargo do MP, indistintamente, certo é que cabe à autoridade judiciária titular da ação penal a fixação do *thema decidendum* – pelo qual será responsável –, o que interfere com a fixação do *thema probandum*, bem como a respetiva valoração.

⁸⁰² Independentemente do seu curso e destino determinado pela autoridade judiciária competente.

⁸⁰³ *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, p. 131.

⁸⁰⁴ *Ob. cit.*, p. 131.

A determinação – ou autorização da realização – de ingerências corporais probatórias no âmbito de um processo formalmente instaurado, implica a formulação antecipada de juízos de necessidade e de proporcionalidade, adequação, necessidade e utilidade, por parte das autoridades processuais, seguindo o regime das concretas medidas probatórias que puderem estar em causa (revistas, reconhecimento pessoal, perícias, exames, etc). Um tal juízo estará subjacente ou implícito, mesmo nos casos em que não tenha sido ainda aberto formalmente um procedimento criminal, pelo que as correspondentes ingerências com incidência corporal podem reputar-se como intraprocessuais, uma vez que se destinam originariamente a produzir efeitos probatórios no âmbito do processo.

5.5. Ingerências corporais probatórias promovidas (e efetuadas) por particulares

Parece poder defender-se uma ideia de princípio segundo a qual aos particulares – na qualidade processual de vítimas, ofendidos ou de lesados (entre nós, também na veste processual de assistentes) – é permitido requerer e, sobretudo, produzir prova por recurso a ingerências corporais probatórias, realizadas no corpo dos próprios⁸⁰⁵ e de terceiros que possam assumir a condição de suspeito ou arguido pela prática de um facto qualificado como crime que seja objeto de uma concreta investigação criminal, desde que obtido o seu consentimento livre e informado ou desde que sejam determinadas, nos termos da lei, pelas autoridades judiciárias competentes.

A aceitabilidade pelas autoridades processuais de administração da justiça penal de provas com incidência corporal obtidas por particulares, há-de ser objeto de criteriosa e delicada ponderação, desde logo para esconjurar a possibilidade de uma polícia ou de um Ministério Público “branqueadores” ou “recetadores” de material probatório (corporal) ilicitamente obtido ou, pelo menos, produzido em circunstâncias duvidosas.

Podem colocar-se, desde logo, as hipóteses mais típicas como as de apresentação de fotografias ou gravações⁸⁰⁶ sem a garantia de uma produção e utilização lícitas, o que, podendo tornar, no limite, a prova nula, por não se demonstrar a licitude da sua obtenção, deverá conduzir à declaração da sua ineficácia⁸⁰⁷. Numa primeira observação, pode dizer-se que,

⁸⁰⁵ Não abordamos, aqui, a possibilidade de requerimento de produção de prova com incidência corporal, por lesados civis em enxerto de indemnização civil, dadas as distintas características que, para todos os efeitos, assume a configuração de uma lide de matriz essencialmente civil não suscitando o mesmo tipo de problemas com implicações autoincriminatórias.

⁸⁰⁶ Cujas produções não integram, como se disse, rigorosamente um resultado probatório de uma ingerência corporal, mas uma projeção de uma dimensão corporal visual ou fonética.

⁸⁰⁷ Enquanto a invalidade é uma qualificação jurídica, a ineficácia é uma realidade prático-processual, porquanto atos processuais inválidos podem produzir efeitos antes da declaração da sua invalidade/nullidade (a menos que sejam «patologicamente inidóneos» a produzir quaisquer efeitos). Ao mesmo tempo que pode haver atos válidos, ou

demonstrado o consentimento do respetivo titular para a obtenção das fotografias ou gravações, estaria legitimada a correção do comportamento probatório do particular. Ponto questionável será, porém, se o consentimento não deve ser reportado, precisamente, à possibilidade de apresentação e de produção de efeitos de tais elementos probatórios, ou seja, se não terá que existir um [renovado] consentimento para a produção de efeitos probatórios noutra âmbito – concretamente num processo penal, eventualmente contra o próprio. Parece-nos que a solução deve ser a de exigir a reiteração de consentimento, que deve existir para a produção – e valoração – de tais elementos de prova fora do âmbito em que o anterior [consentimento] fora prestado (cfr. o regime dos artigos 199.º, n.º 1, al. *b*) e n.º 2, al. *b*) do CP)^{808 809}, sob pena da sua irrelevância processual probatória, e, pior ainda, sob pena de uma indesejável produção de efeito-à-distância do vício processual.

Mas podem colocar-se hipóteses de situações ainda mais no limite, como, p. ex., a junção não autorizada ao processo de elementos de informação de saúde (sujeitos a sigilo médico) de terceiros, além da obtenção de declarações com recurso a métodos enganosos ou mediante ameaça ou promessa de vantagem legalmente inadmissível, alguns dos quais podem traduzir-se em violações da integridade pessoal e, designadamente, da integridade física dos visados (casos assimiláveis a tortura).

Em tais casos, cremos que não sobram dúvidas sobre a ilicitude dos meios de obtenção de tais “provas”, bem como sobre a necessidade de declaração da sua invalidade, que produzirá a sua ineficácia; isto decorrerá diretamente dos comandos de instrumentos internacionais como a CEDH – em que se postula o princípio do processo equitativo (art. 6.º) – e constitucionais (art. 32.º, n.ºs 1, 2, 5 e 8 da CRP), bem como da regra do art. 126.º, n.ºs 1 e 2 do CPP, que consagra uma regra absoluta de proibição de prova, ainda que com o consentimento do visado.

O que, em nosso entender, está aqui em causa, será a equiparação de planos dos particulares e dos agentes públicos de investigação criminal, designadamente funcionários

validamente produzidos, que podem ser ineficazes (assim, J. CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Studia Iuridica, N.º 44, BFDUC – Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 103 e 166).

⁸⁰⁸ Sobre a questão, em geral, COSTA ANDRADE, «A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal (Esboço Comparatístico, em Busca de um Novo Paradigma Normativo)», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld* (MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ, SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 735-785, «Sobre a Reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas e das Gravações e Fotografias Ilícitas em Particular», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 2.º-4.º, abr.-dez. 1993, pp. 431-472.

⁸⁰⁹ Não se incluirão aqui as situações de gravações arbitrárias em instalações e equipamentos de acesso público, com finalidades justamente de segurança, ainda que da gestão de privados (além da manipulação dos suportes ser normalmente da atribuição de empresas de segurança privada). Apesar de se poderem tratar de gravações promovidas e realizadas por particulares, a verdade é que as mesmas assumem um propósito imediato (e exclusivo) de segurança de património e pessoas, sendo anunciada a sua existência, mediante regulamentação de autorização e fiscalização de entidades públicas, pelo que a utilização dos registos, nesses casos, se subtrair ao quadro do art. 199.º do CP, sem embargo de poder suscitar-se um incidente de falsidade do meio de prova apresentado (p. ex., devido a montagem indevida).

(policiais e judiciais) e autoridades processuais, no sentido de lhes ser vedada a possibilidade de obtenção de prova inadmissível e ineficaz, numa dimensão adjetiva, ou ilícita e proibida, num registo substantivo ou material. Não cremos ser aceitável que num contexto processual tivessem que valer as regras de admissibilidade e validade de produção de prova – determinada intraprocessualmente, de acordo com a disciplina inerente dos meios de obtenção de prova e decisões de entidades competentes –, e pudesse admitir-se o relevo probatório de elementos obtidos sem a garantia de que, ao menos, tivessem sido observadas idênticas garantias de lealdade e isenção.

Outra dimensão do problema pode prender-se com a circunstância de se tratar de prova preordenadamente obtida com vista a demonstrar um facto qualificado como crime – sem que se pretenda, sequer, aqui, entrar no domínio das questões respeitantes às “armadilhas” de investigação, dos “agentes provocadores” ou infiltrados por conta própria, ou de terceiros particulares –, ou, ao invés, de prova inadvertidamente produzida mas que, ulteriormente, se constata ser meio probatório adequado a contribuir para a demonstração de um facto típico e ilícito⁸¹⁰.

De acordo com a *Makel-Theorie*, ou metáfora da *nódoa da ilegalidade*, correspondente germânica da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree doctrine*) – que entre nós assume a designação mais descomprometida de “teoria do efeito-à-distância das proibições de valoração da prova” –, é, a todos os títulos, compreensível e evidente que se pugne pela insustentabilidade de qualquer prova corporal obtida através da violação do núcleo dos direitos fundamentais, independentemente da natureza da entidade que leve a cabo tal propósito.

Esta visão das coisas não é, todavia, pacífica, desde logo na doutrina alemã, em que, como nos informa Costa Andrade, se travou discussão acerca da admissibilidade de princípio de meios de prova que configuram um ilícito penal. Sydow, defenderia, isoladamente, a rejeição de provas ilicitamente obtidas por particulares, uma vez que tal solução «garantirá maior segurança jurídica do que os juízos de ponderação segundo o caso concreto, que apelam para a gravidade da suspeita do facto como fundamento da admissibilidade de valoração das provas ilicitamente obtidas ou para a gravidade da agressão, levada a cabo pelo particular, aos direitos do arguido como fundamento da não-valoração. Inversamente, a solução aqui proposta, para além de prevenir as agressões entre particulares, dará satisfação ao imperativo

⁸¹⁰ COSTA ANDRADE, «Sobre a Reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas e das Gravações e Fotografias Ilícitas em Particular», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 2º-4º, Abril-Dez, 1993, pp. 431-472.

constitucionalmente vinculativo de respeito pelo livre desenvolvimento da personalidade de todos, mesmo do suspeito da prática de um crime»⁸¹¹.

A maioria da doutrina, em que pontifica C. Roxin⁸¹², contudo, inclina-se para o entendimento contrário, invocando o argumento de que as normas processuais de proibição de prova se destinariam às autoridades processuais. Daí que se perceba a aceitação generalizada do entendimento segundo o qual um preceito como o do § 136a da StPO – que regula as consequências dos atentados mais sérios à integridade e ao livre desenvolvimento da personalidade – só deva valer quanto aos agentes das instâncias formais⁸¹³. Em sentido contrário, pugnando pela aplicação generalizada do § 136a da StPO aos particulares, se pronunciou Gössel⁸¹⁴.

O argumentário é reforçado por Otto, para quem, invocando razões de cariz substantivo e político-criminal, «o facto de um meio de prova ter sido ilicitamente obtido por um particular não preclude, por via de regra, a sua utilização em processo penal. Não existe qualquer princípio segundo o qual quem praticou um crime não haja de ver utilizado contra si um meio de prova que um outro obteve à custa de uma conduta ilícita, mesmo que criminalmente punível. O que a ideia de direito reclama nesta situação é, antes, o restabelecimento da paz jurídica através da perseguição dos crimes de todos os agentes»⁸¹⁵.

Parece-nos que este tipo de argumentação não pode proceder, se se atentar no vício de raciocínio de que parte, por pressupor a culpabilidade do sujeito processual imputado, o qual, para todos os efeitos, beneficia do princípio da presunção de inocência.

Mas, descontando também, o carácter marcadamente datado destas posições, cremos, apesar de tudo, que um tal posicionamento pode trazer no seu âmago uma dimensão de alguma valia, que contende com a admissibilidade de valoração de prova ilicitamente obtida que seja idónea a comprovar a inocência do suspeito. Aqui, naturalmente, o argumento readquire um irrecusável impulso de adesão, quando se trate de valorar provas ilicitamente obtidas por particulares, que constituam o exclusivo meio de permitir a absolvição de um

⁸¹¹ *Kritik der Lehre*, pp. 3 e 16 ss., *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 1992, pp. 43-44.

⁸¹² «Uma vez que as normas de conteúdo processual da StPO (e, acima de tudo, as proibições de método de prova!) se dirigem apenas aos órgãos de perseguição penal, tais provas são, em princípio, *susceptíveis de valoração*», *Strafverfahrensrecht*, (21 Auflage), München, 1989, p. 154, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 1992, p. 44.

⁸¹³ Assim, EB. SCHMIDT: «Se o conhecimento ficou a dever-se a uma das modalidades de actuação proibidas no § 136a mas levadas a cabo por particular, não membro das instâncias aplicadoras do direito, não se aplicará o § 136a), n.º 3. O valor probatório de tal conhecimento deve, todavia, ser avaliado de forma muito cuidadosa» [*Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Göttingen*, 1957 (Teil II) e 1964 (Teil I, 2. Auflage), p. 359, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., p. 45 (nota 62 onde refere ainda no mesmo sentido, além do sentido preponderante da jurisprudência, GRÜNWALD, SCHÄFER, HANACK, AMELUNG)].

⁸¹⁴ *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1977, pp. 192 e ss., *apud* COSTA ANDRADE, cit., p. 45 (nota 62).

⁸¹⁵ «Die strafprozessuale verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff im Rechte andere von Privaten erlangt wurden», *Fest. Kleinknecht*, p. 338, *apud* COSTA ANDRADE, cit., p. 45.

inocente injustamente acusado pela prática de um crime, ou, até, para lograr a revisão de uma condenação injusta. Um exemplo do que pode ocorrer é fornecido quando um arguido inocente agride outrem para obter informações sobre a arma do crime, na qual pensa conter impressões digitais do verdadeiro autor do crime. A sua conduta configura, para todos os efeitos, o crime de ofensa à integridade física, ficando o interesse tutelado pelo mesmo devidamente assegurado pela condenação do seu agente (arguido), ou seja, a violação do direito tutelado pela proibição de prova, encontra-se consumada. Será, no entanto, razoável, não admitir a valoração da prova entretanto produzida – e que conduziu à identificação do verdadeiro autor do crime pelo qual estava acusado o agente – apenas para satisfação de um interesse por cuja violação o seu agente vai ser sancionado (o arguido inicial)? Ou seja, faria sentido que o arguido injustamente acusado, venha a ser injustamente condenado, apesar de demonstrar a sua inocência por um método proibido? Sancioná-lo por um crime que, comprovadamente não cometeu, não será levar longe demais a sanção para a violação de uma proibição de prova⁸¹⁶?

Figure-se, ainda, o exemplo em que, num processo por crime de propagação de doença, se demonstra, por recurso a documentação clínica sujeita a segredo profissional, que a “vítima” já padecia, anteriormente aos supostos factos de propagação, da doença cuja infeção estava imputada ao acusado.

O que acaba de expor-se, não é, de forma alguma, uma apologia da violação das proibições de prova, mas apenas a tentativa de uma solução de concordância prática que, sem descuidar a proteção de interesses legítimos tutelados por direitos fundamentais (nos casos, o direito à integridade física da pessoa agredida para revelar informações relevantes, a obtenção de informação clínica sujeita a segredo médico), possa levar a bom termo a garantia do direito de defesa; dos direitos de defesa de uma pessoa injustamente acusada ou condenada⁸¹⁷.

Poderá ser mais problemática a admissibilidade de valoração da prova ilicitamente obtida nas situações em que constituam o único meio de salvaguardar valores de transcendente prevalência e atinentes a direitos fundamentais de grau hierárquico notoriamente superior, perante a ponderação com valores encabeçados por particulares.

⁸¹⁶ Assim, LUÍS BÉRTOLO ROSA, «Consequências processuais das proibições de prova», *RPCC*, Ano 20.º, N.º 2, abr.-jun. 2010, pp. 256.

⁸¹⁷ Discorrendo embora sobre as (ir)relevância do consentimento como justificação da atuação de funcionários e de agentes de autoridade, COSTA ANDRADE propõe uma tese – a que propendemos a aderir – segundo a qual, apesar dos riscos de simplificação, se reconduz à seguinte formulação: «não será admissível o recurso às dirimentes gerais quando o sacrifício dos direitos fundamentais seja prosseguido no interesse do Estado *maxime*, na sua direcção repressiva; o princípio deverá ser já o inverso quando se trata de proteger outros direitos fundamentais, conflituantes, mas prevalentes» («Justificação de actos de funcionários e de agentes de autoridade», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* - Vol. II (MANUEL DA COSTA - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Stvdia Ivridica* 99 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, p. 58-59).

Enquanto instrumentos de tutela processual de direitos fundamentais do imputado, de outros participantes processuais e, até, de terceiros, as proibições de prova devem ceder quando impedirem a defesa do arguido, em especial quando a sua admissibilidade for a única via para evitar a condenação (injusta) de um inocente.

De sublinhar, porém, a existência de alguma convergência no tocante à existência de limites à obtenção e admissibilidade de prova ilicitamente obtida por particulares. De acordo com uma ideia de princípio de atentado ao *núcleo dos direitos humanos* (*extremer Menschenrechtswidrigkeit*), seria de rejeitar o meio de prova «sempre que o processo da sua obtenção está atingido pela mácula do atentado contra os direitos humanos (*Makel an Menschenrechtswidrigkeit*) do arguido, em termos tais que não pode, em concreto, exigir-se dos órgãos de aplicação da lei penal – em nome da sua respeitabilidade e credibilidade segundo a ideia de direito – que utilizem a prova obtida pelo particular»⁸¹⁸.

Continuando a acompanhar o excursus que Costa Andrade ensaia, e onde salienta a assunção de autonomia do que na época era o surgimento de um novo direito – o *direito à autodeterminação informacional*⁸¹⁹ (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), do qual não haveria ainda a cabal intuição do desenvolvimento dos ramos que dele vão brotando – são paradigmáticos casos como aqueles em que os particulares tenham obtido provas à custa de tortura ou de outros métodos como os elencados no art. 126.º, n.ºs 1 e 2 do CPP.

Enfim, ao equacionar-se os critérios de proibição de prova por particulares, no que se refere a ingerências corporais, parece ser elementar dever assinalar-se-lhes os mesmos óbices e limites que se impõem às autoridades processuais, sob pena de solução contrária poder acabar por configurar um convite à prática de atuações não só abusivas, mas mesmo ilícitas por parte daqueles, confiantes na sua eficácia, uma vez transmitidos às entidades titulares do processo e encarregues da sua valoração, a nível de decisão sobre o exercício da ação penal, num momento preambular, ou para a decisão sobre o mérito da questão, numa fase terminal do processo.

Para além disso, não seria dogmaticamente sustentável a incoerência de um sistema que, vedando a produção e valoração de prova obtida ilicitamente por parte de autoridades processuais, pudesse prevalecer-se de elementos de prova obtidos nos mesmos termos, por particulares, o que inegavelmente contaminaria o procedimento processual que se pretende

⁸¹⁸ TH. KLEINKNECHT, «Die Beweisverbote im Strafprozess», *NJW* 1966, p. 1543, *apud* COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 46.

⁸¹⁹ Recortado já então (1992) pelo BVerfG como um direito fundamental que garante ao indivíduo a competência para, em princípio, ser ele próprio a decidir sobre a divulgação e utilização dos seus dados pessoais.

marcado pela equidade, lealdade, transparência e regularidade da produção/obtenção e valoração dos elementos com incidência corporal probatória relevante⁸²⁰.

⁸²⁰ Sem embargo da sua relevância *in bonam partem*; cfr. J. CONDE CORREIA, *O «Mito do Caso Julgado»...*, pp. 435 e ss.

6. A busca de um paradigma de ponderação autorizante das ingerências corporais com finalidades probatórias
 - 6.1. Os pressupostos de admissibilidade nas ingerências corporais probatórias
 - 6.1.1. Reserva de lei e reserva de juiz: a legalidade (da previsão) e a jurisdicionalidade (da determinação)
 - 6.1.2. Proporcionalidade: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito
 - 6.1.2.1. A proporcionalidade como categoria material
 - 6.1.2.2. A proporcionalidade como categoria adjetiva
 - 6.2. O problema do consentimento e da coercibilidade
 - 6.2.1. Considerações gerais
 - 6.2.2. O consentimento e a coercibilidade no quadro do complexo normativo da identificação genético-criminal relativamente ao imputado
 - 6.2.2.1. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal em Espanha
 - 6.2.2.2. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal na Alemanha
 - 6.2.2.3. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal em Portugal
 - 6.2.3. O consentimento das vítimas de crimes
 - 6.3. O caso particular da tortura

6. A busca de um paradigma de ponderação autorizante das ingerências corporais com finalidades probatórias

As ingerências corporais probatórias comportam dois níveis diferenciados de consideração – no plano das ingerências, enquanto conceito amplo, e no plano das intervenções, como conceito restrito –, assumindo compreensivelmente maior relevo e acuidade no tocante às intervenções corporais.

Tentaremos expor em que medida se podem questionar os dois níveis de legitimação ou de justificação da admissibilidade de realização de ingerências corporais. Num primeiro plano de aproximação, haverá que equacionar a admissibilidade da produção de ingerências corporais probatórias de acordo com o quadro constitucional: é o nível da justificação e admissibilidade constitucional das ingerências corporais. Num segundo patamar, e pressuposta a admissibilidade de princípio decorrente do primeiro nível, importará identificar e definir a concreta precipitação normativa e legal que as diversas ingerências corporais probatórias pressupõem e devem observar (regimes processuais) com vista à produção de efeitos identificativos ou probatórios de outro tipo, equacionando o conjunto de direitos fundamentais potencialmente afetados, em termos de delimitar a sua (in)admissibilidade, em virtude da maior ou menor intensidade da sua vulneração. Este exercício deverá empreender-se ao abrigo do quadro valorativo do primado dos valores essenciais da subsistência da vida em sociedade e da eminente dignidade da pessoa humana, enquanto princípios fundacionais do Estado de Direito e do livre desenvolvimento, individual e coletivo, da personalidade humana.

6.1. Os pressupostos de admissibilidade nas ingerências corporais probatórias

6.1.1. Reserva de lei e reserva de juiz: a legalidade (da previsão) e a jurisdicionalidade (da determinação)

Num paradigma normativo como o nosso, em que a limitação de direitos fundamentais depende da expressa previsão em lei formal⁸²¹, pode pretender-se que o juízo de proporcionalidade que decide sobre a prevalência de um direito fundamental sobre outro que

⁸²¹ Em Espanha, tais diplomas assumem a designação de Ley Orgánica. Assim, a LO 10/2007, relativa à base de dados de perfis de ADN, adquiriu tal classificação, uma vez que se tratava de desenvolvimentos de aspetos essenciais de direitos fundamentais (cfr. sobre a discussão acerca da natureza da Ley Orgánica em Espanha, no sentido de as mesmas consagrarem normas que desenvolvem preceitos relativos à tutela de direitos fundamentais, BENITO REVERÓN PALENZUELA, «La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales», *Revista de Derecho e Genoma Humano*, N.º 29, 2008, pp. 81-85, acessível em <https://mega.co.nz/#!TVUw0ThK!XG8ErBENHoNUyGyN6LmjyznUX1iC6DOKmhD9c8tYeE> (acedido em 12-02-2012).

é sacrificado, seja formulado *ex ante*, aquando da discussão da admissibilidade das soluções de compatibilidade e concordância de valores, no processo legiferante, depois vertido em lei⁸²².

O ponto crítico do enquadramento da esfera de ação do Estado na atividade de obtenção de prova em situação (potencial ou efetiva) de colisão com direitos fundamentais dos cidadãos suspeitos (da prática de crimes), coloca-se na possibilidade de limitação da esfera de ação das liberdades ou direitos fundamentais, após a identificação de um tal espaço de conflito. A resposta a esta interrogação passará então pelo crivo dos requisitos materiais e formais previstos no artigo 18.º da CRP.

Na medida em seja necessário o recurso à força física (ou à sua iminência) para constranger uma pessoa à sujeição a uma ingerência corporal probatória, tal pressupõe a definição prévia em *lei geral e abstrata* dos casos e pressupostos em que a coerção pode ser utilizada. A discussão mantém-se acesa, devendo o leque de opções considerar a possibilidade da justificação da violência – ou da sua iminência – enquanto direcionada à execução de uma ingerência corporal, avaliando-se antecipadamente se o *fim* justifica o *meio*, tarefa que incumbe primeiramente ao legislador.

Uma tal discussão impõe a abordagem do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto referente para aferir quais os casos, pressupostos, limites e consequências nos quais legislador pode contemplar (expressamente) o recurso legítimo à *vis phisica*. O valor de um tal referente sobrepor-se-á mesmo em certos casos, em que o visado, no pleno exercício da sua autonomia pessoal, consinta na lesão, o que abre a discussão sobre a vasta temática das proibições (absolutas) de prova (artigos 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º, n.ºs 1 e 2 CPP).

Tomemos o exemplo do complexo normativo da prova por perfis genéticos, relativamente ao critério da admissibilidade da recolha coerciva de bioamostras para determinação do perfil de ADN: o TC teve oportunidade de defender – primeiramente no Ac n.º 155/2007, e de o reiterar no Ac n.º 228/2007 – o entendimento de que nessa matéria «não se verifica [...] uma ausência de pré-fixação normativa de critérios de actuação restritiva de direitos fundamentais constitucionalmente censurável». Fundamenta essa posição nas posições da doutrina constitucional nacional sobre a reserva de lei em matéria de direitos fundamentais. Conforme refere Vieira de Andrade, «(...) a lei restritiva, em função da *reserva de lei formal*, tem de apresentar uma *densidade suficiente*, isto é, um certo grau de *determinação* do seu conteúdo, pelo

⁸²² Não pretendemos entrar, aqui, no debate dogmático sobre a conformação da reserva de lei nas suas múltiplas dimensões, mas expender algumas considerações relativas às implicações da reserva de lei e de juiz no regime geral das ingerências corporais probatórias (cfr. sobre a reserva de lei, MANUEL AFONSO, *Lei e reserva de Lei – A Causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 2013).

menos no *essencial*, não sendo legítimo que deixe à Administração espaços significativos de regulação ou de decisão [...]»⁸²³. Por seu turno, Jorge Reis Novais aponta para a necessidade de «a hetero e pré-determinação dos domínios mais sensíveis ou relevantes para a comunidade, *maxime* os direitos fundamentais, se faça privilegiadamente através de decisões oriundas dos representantes directamente escolhidos para o efeito»⁸²⁴, reconhecendo a inevitabilidade de, em certos casos, a norma habilitante ter de recorrer a «conceitos indeterminados com remissão, expressa ou implícita, para juízos de prognose, prerrogativas de avaliação e ponderação de caso concreto, bem como [à] outorga de significativas margens de decisão administrativa num domínio que, à partida e segundo os ditames clássicos da reserva de lei, lhes seria tendencialmente avesso»⁸²⁵. Desse modo, «(...) a densidade normativa exigível varia em função de diferentes parâmetros só definitivamente valoráveis nas circunstâncias do caso concreto», pelo que importa indagar sempre se, nas circunstâncias do caso concreto, «é exigível, no sentido não apenas de ser objectiva e tecnicamente possível, mas, também, constitucionalmente adequado, que o legislador dote a lei restritiva de uma maior densificação ou determinação normativa»⁸²⁶. O referido Autor desenvolve a ideia acrescentando que, nesta tarefa, a chamada *teoria da essencialidade – decisões essenciais nos âmbitos normativos mais relevantes, maxime nos referentes ao exercício dos direitos fundamentais, devem ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado* – se tem revelado «capaz de orientar o controlo constitucional de densidade normativa», concluindo que «serão diferentes os patamares exigidos de densidade consoante lidamos com restrições de direitos fundamentais que conferem uma protecção específica a bens de liberdade precisamente delimitados ou direitos fundamentais potencialmente receptivos aos múltiplos condicionamentos e limitações derivados da sua necessária integração e compatibilização social com outros bens, como sejam a liberdade geral de acção ou ao livre desenvolvimento da personalidade; consoante se trata da afectação de aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana ou da restrição de faculdades marginais todavia cobertas por protecção jusfundamental; consoante está em causa uma lei conformadora que, incidentalmente, contém elementos restritivos ou uma lei que se dirige, a título principal, a restringir um direito fundamental; conforme uma restrição é controversa, grave e duradoura ou constitui uma bagatela pacificamente tolerada. Por sua vez, na valoração do grau de densidade escolhido pelo legislador deverão ser ponderadas, não apenas a forma como a indeterminação normativa em apreciação afecta o direito à tutela judicial efectiva [...]

⁸²³ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 302.

⁸²⁴ *As restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Ed. Coimbra, 2003, p. 834.

⁸²⁵ *Ob. cit.*, p. 845.

⁸²⁶ *Ob. cit.*, p. 851.

como também a forma como se reflecte num exercício repartido e funcionalmente adequado do poder público, na eficiência da administração ou na optimização das condições orgânicas da composição dos bens em conflito»⁸²⁷.

A reserva de lei, no contexto das ingerências corporais probatórias – de algum modo integrada na atividade de *administração coativa e ingerente (Eingriffsverwaltung)*⁸²⁸ – pode ser portadora de uma proposta de combinação entre as vertentes da democraticidade e legitimidade da lei e da autoridade exercida pelos órgãos titulares do processo, cuja solução no quadro do Estado de direito nem sempre é consensual.

Mas é na dialética entre o primado da lei e os direitos fundamentais, que se insere a temática da reserva de lei, enquanto forma de garantia destes. Ao passo que antes, a “reserva da liberdade e de propriedade” dos cidadãos era uma concessão do Estado para que estes protegessem os seus direitos, no atual contexto da teoria constitucional esse princípio mostra-se ultrapassado. A reserva de lei, no quadro jurídico-constitucional contemporâneo, é dirigida contra o legislador. Como lembra J. J. Gomes Canotilho, «só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas a lei só pode estabelecer restrições se observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos. Daí a relevância dos direitos fundamentais como elemento determinante do âmbito da reserva de lei»⁸²⁹.

Ao implicar a limitação de direitos fundamentais, a previsão de ingerências corporais probatórias não pode deixar de contar com uma habilitação através de lei formal. A exigência de reserva de lei neste âmbito deve – quanto a nós – contemplar dois âmbitos distintos: ao nível da sua previsão (ser expressa, geral e abstrata e não retroativa) e idónea a resolver o conflito entre direitos fundamentais subjacente à necessidade ou indispensabilidade da realização das ingerências, e, noutro plano, enquadrando os pressupostos da previsão de cominações sancionatórias que caibam a uma injustificada falta de consentimento do visado para se sujeitar às mesmas. Não cremos que o complexo normativo do nosso sistema processual penal – codificado e avulso – tenha resolvido de forma totalmente satisfatória o quadro geral da previsão casuística e das soluções reclamadas por tais princípios.

No lado da habilitação legal para a admissibilidade de realização da maioria das ingerências corporais probatórias, o nosso ordenamento penal substantivo e adjetivo já observa de forma tendencialmente satisfatória uma tal exigência; o mesmo não se verifica no que respeita à previsão de cominações sancionatórias para a injustificada recusa a sujeição a

⁸²⁷ Ob. cit., pp. 854-855.

⁸²⁸ Sobre o conceito, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 730.

⁸²⁹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 729.

medidas corporais probatórias, nomeadamente nos casos em que tais consequências assumam natureza de reação penal. Na verdade, mesmo relativamente às cominações sancionatórias que possam revestir outro tipo de conformação, *maxime* a título de consequência processual (admissibilidade de prova indireta, estipulação de uma presunção *contra reo*, inversão de ónus de prova, etc) ou pecuniária/tributária (imposição de multas processuais, agravamento de custos processuais, etc), é necessária a habilitação legal para a respetiva imposição, e a sua expressa previsão. cremos, no entanto, ser mais sensível o núcleo de problemas que eventualmente se colocam a respeito das cominações sancionatórias de natureza criminal, justamente pelo carácter das suas consequências, tendo em conta as relações sistémicas do seu enquadramento constitucional – atendendo à necessidade de observar os princípios da legalidade e da tipicidade (ou determinabilidade do tipo⁸³⁰), da presunção de inocência – com o ordenamento ordinário processual.

Expressamos, a este propósito, as maiores reservas a que pudesse ser concebida uma solução genérica compatível com uma incriminação uniforme – de desobediência, desobediência qualificada ou outra – atendendo à multiplicidade de hipóteses de bens jurídicos a tutelar nos comportamentos de não acatamento de determinações [legítimas] de sujeição a medidas probatórias. Importaria, desde logo, esclarecer se a coercibilidade relativamente a certas ingerências corporais probatórias dispensaria qualquer cominação sancionatória (p. ex., assentando que a recolha de bioamostra por zaragatoa bucal para determinação de perfil genético pode ser efetuada coercivamente, se a prévia recusa se justifica ser incriminada, ou não). Por outro lado, estabelecer se todas as condutas de injustificada recusa relativamente às quais se considere não haver forma de realização coerciva (p. ex., o exame de alcoolemia e a recusa de recolha de autógrafos⁸³¹) devem merecer o mesmo tipo de reação penal.

Nem todas as ingerências corporais probatórias exigirão, pois, uma expressa reserva de lei formal. É compreensível que assim seja, em primeiro lugar devido à incapacidade (e ausência de vocação) do legislador para poder prevê-las exaustivamente, na sua singularidade e na especificidade do seu regime procedimental. Mas, por outro lado, nem todas as ingerências corporais justificariam a previsão através de previsão em lei expressa, designadamente as que não envolvam a intensa afetação dos direitos fundamentais que na sua execução normalmente lhes estão associados. O facto de, p. ex., a StPO não prever expressamente a hipótese de realização do reconhecimento pessoal não significa que a determinação e realização desta

⁸³⁰ Desde logo, definir o bem jurídico-penal a proteger, o que é matéria político-criminal, e esclarecer se a construção dos tipos se fará por referência a um modelo de conduta de desobediência (violação do dever de cooperação com a justiça) a ordem de autoridade judiciária, ou, antes, se contemplará a tutela de outros interesses.

⁸³¹ De referir que, apesar da uniformização de jurisprudência do AUJ do STJ n.º 14/2014 ter resolvido a questão – no sentido da legitimidade da ordem pelo MP e da cominação com o crime de desobediência para a recusa injustificada –, a solução não é pacífica.

medida probatória esteja vedada às autoridades processuais e mesmo de polícia criminal. Se alguma medida probatória corporal não implicar a restrição de um direito fundamental que ponha em causa de forma intensa a salvaguarda da sua essencialidade, não tem forçosamente que estar inscrita em lei prévia, geral e abstrata. As ingerências que, em princípio, deverão pressupor reserva de lei, são as que contendem com a essência dos direitos fundamentais, assumindo um grau de intensidade e profundidade para além de certo limite, como é o caso das intervenções corporais probatórias, por aí se atentar de forma inexorável à integridade pessoal e, eventualmente, à reserva da intimidade e à liberdade de ação pessoal.

Já a previsão das cominações sancionatórias que caibam à subtração a medidas corporais probatórias legítimas e determinadas por autoridade processual competente devem, em princípio, conhecer uma reserva de lei, para o que se afigura conveniente a reavaliação da possibilidade de o crime de desobediência poder constituir uma solução cominatória para a subtração injustificada a medidas de tal natureza⁸³².

Por seu lado, a reserva de juiz é, no fundo, a *última barreira* entre a tutela jurídico-constitucional dos concretos direitos a que o legislador já admitiu a admissibilidade de algum grau de restrição, relativamente ao visado pelas ingerências a realizar e aos interesses da investigação do crime. Será o crivo derradeiro, que há-de conhecer a ponderação dos interesses colidentes no processo penal em termos de se decidir pela necessidade, proporcionalidade, adequação e idoneidade das medidas probatórias suscetíveis de atentar contra o corpo. Será, necessariamente, nas hipóteses mais extremas que tal se verificará.

6.1.2. Proporcionalidade: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

O contributo da jurisprudência constitucional nacional sobre o princípio da proporcionalidade foi sintetizado no Ac TC n.º 187/2001, decorrendo que o princípio da proporcionalidade, em sentido lato, se desdobra, como já antes afirmado no Ac TC n.º 634/93, em «três subprincípios: da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)». Procurando aplicar esse entendimento jurisprudencial à teoria das ingerências corporais probatórias, pode dizer-se que há três

⁸³² Nomeadamente através da eventual previsão de novos tipos de crime.

exigências na relação entre as medidas a adotar e os fins prosseguidos. Como se concluiu no Ac TC n.º 1182/96, «num primeiro momento perguntar-se-á se a medida legislativa em causa [...] é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente» e, em seguida, «haverá que perguntar se essa opção, nos seus exactos termos, significou a “menor desvantagem possível” para a posição jusfundamental decorrente do direito [...]»; finalmente, há que «pensar em termos de “proporcionalidade em sentido restrito”, questionando-se “se o resultado obtido [...] é proporcional à carga coactiva” que comporta». De tal jurisprudência evolui a conclusão de que, estando em causa atividade legislativa, é reconhecido ao legislador uma ampla margem de conformação, pelo que a avaliação pelos tribunais da inconstitucionalidade de uma norma, por virtual violação do princípio da proporcionalidade, está dependente de se poder apontar-lhe uma opção manifestamente errada do legislador, uma manifesta inadequação da medida, o seu carácter manifestamente excessivo ou inconvenientes manifestamente desproporcionados em relação às vantagens que apresenta.

A idoneidade pressupõe que a medida de ingerência corporal probatória se mostre apta a contribuir para a «constatação de factos significativos para o processo» (cfr. § 81a da StPO), no sentido de poder auxiliar na conclusão que o visado, enquanto suspeito ou arguido, possa assumir qualquer tipo de culpabilidade pelos mesmos, a título de autoria ou de participação nos “factos significativos para o processo”.

Note-se que não estamos, aqui, a exigir um nível de *quase certeza* da participação do suspeito nos factos significativos que se pretendem esclarecer. Apenas se pretende significar que a idoneidade consistirá em não submeter o suspeito a diligências de prova com incidência corporal que sejam evitáveis, desnecessárias ou inúteis. Têm-se aqui em mente aquelas diligências de prova que coenvolvem uma atividade compatível com a descoberta do modo de atuação e de execução do facto investigado, em termos de poder estabelecer-se com o mesmo algum tipo de co-relação. Assim, não será idóneo o procedimento de obtenção de uma radiografia da zona genital de uma suspeita/arguida para averiguar da existência de uma embalagem de produto supostamente estupefaciente na vagina da mesma, assim como não deve exigir-se a um condutor que proceda a exame de alcoolemia, dias após um acidente por si provocado. Em ambos os casos, as medidas enunciadas, não seriam idóneas, por haver outras, alternativas, que poderiam satisfatoriamente, com maior grau de fiabilidade e menor grau de lesividade, atingir os propósitos da investigação: no primeiro caso, a medida revelar-se-ia inadequada porquanto, embora pudesse evidenciar a presença de um objeto na vagina da suspeita, não revelaria a sua natureza, o que mais satisfatoriamente se alcançaria com uma pesquisa da cavidade vaginal e com a apreensão da embalagem e posterior análise laboratorial;

no segundo caso, qualquer resultado do exame de alcoolemia não poderia servir para documentar um eventual estado de afetação por álcool ou de embriaguez relativo ao acidente que, no entanto, poderia ser demonstrado por outros meios.

6.1.2.1. A proporcionalidade como categoria material

O princípio da proporcionalidade vem assumindo crescente protagonismo na conformação dos paradigmas de intervenção penal, tanto no momento de criação, como nos momentos de aplicação da norma penal, aqui se incluindo as de dimensão adjetiva. A sua importância vem possibilitando o debate sobre se pode questionar-se a sua validade como fundamento de legitimação da ação penal, em alternativa às teorias retributivas e preventivas clássicas, ou às combinações entre estas⁸³³.

O seu reconhecimento na doutrina constitucional é, de há muito mais tempo, um dado assente, construindo a jurisprudência constitucional de diversos Estados, como Espanha, Alemanha e Portugal, o princípio da proporcionalidade como *o limite aos limites*⁸³⁴. Funcionará como garantia de imposição ao Estado de limites materiais a toda a atividade de restrição de direitos fundamentais dos cidadãos: é um limite ao arbítrio e um critério de definição de fronteiras do aceitável quando o Estado pretenda impor alguma limitação aos direitos fundamentais dos cidadãos, ou ao seu exercício⁸³⁵.

Dado que toda a intervenção penal – compreendendo todos os seus planos, desde a tipificação de condutas com relevo criminal ao estabelecimento de restrições de direitos durante o processo, até à imposição/condenação numa pena ou medida de segurança e à respetiva execução – implica a limitação de direitos pessoais e fundamentais, o princípio da

⁸³³ Assim, SANTIAGO MIR PUIG, «O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal», *RPCC*, Ano 19, N.º 1, jan.-mar. 2009, pp. 7-38.

⁸³⁴ A expressão *Schranken der Schranken* vigora na dogmática constitucional alemã, representando o conceito dos limites às restrições admitidas aos direitos fundamentais (cfr. CHRISTOPH ENGEL, «Die Schranken der Schranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention», in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 37, 1986, pp. 261-287, sendo também conhecida a expressão proposta por GALLWAS, *Gegenschranken* (“contra-limites”) (cfr. *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, p. 73). Para uma visão mais centrada na teoria da restrição dos direitos fundamentais, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., pp. 729-798. De acordo com este Autor, a admissibilidade implicitamente autorizada dos chamados *limites aos limites dos direitos fundamentais*, encontra, por força da interpretação combinada dos artigos 18.º, n.º 2 e 3 e 165.º, n.º 1, al. b) da CRP, os seguintes requisitos: reserva de lei parlamentar, o princípio da necessidade ou da indispensabilidade da restrição, a generalidade e abstração da lei restritiva, a proibição de efeitos retroativos e a garantia do conteúdo essencial do preceito constitucional que tutela o direito fundamental afetado (*ob. cit.*, p. 635).

⁸³⁵ Para uma apreciação aprofundada da problemática da conceção das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição aos direitos fundamentais, de acordo com critérios de *limites aos limites dos direitos fundamentais* (*Schranken der Schranken*) com vasta recensão bibliográfica norteamericana e alemã, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais ...*, cit., pp. 693-725. Aí se analisam os diversos critérios em torno dos quais se desenvolvem os exercícios de compatibilização entre bens ou direitos fundamentais, como a *categorization*, *definitional balancing* e *ad hoc balancing* (face ao First Amendment da Constituição americana, enquanto interpretações absolutas e relativas da proibição de limite ao direito à liberdade de expressão), a ponderação de bens ou valores, apontados como aferidores da proporcionalidade (e admissibilidade) da limitação de direitos fundamentais.

proporcionalidade condicionará, dessa forma estrutural, a conformação da legitimidade de tal intervenção, de acordo com uma noção de *gravidade*⁸³⁶.

De acordo com o modo como se encontra concebido o princípio da proporcionalidade, a doutrina e jurisprudência constitucionais costumam decompô-lo em três subprincípios⁸³⁷: *idoneidade (ou adequação)*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Os dois primeiros subprincípios acham-se em estreita ligação com os princípios da carência de tutela e de necessidade de pena para proteção de bens jurídicos – inexistência de outra forma de proteção adequada para a violação da ordem jurídica e, caso inexistir, ser todavia justificada a punição criminal – da subsidiariedade, da fragmentariedade, da intervenção mínima e de *ultima ratio*. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito afirma-se após a verificação dos primeiros, ou seja, após se demonstrar a capacidade de proteção (idoneidade) e a ausência de alternativas menos nocivas para atingir a finalidade de proteção pela norma penal (necessidade). Importa, pois, averiguar se o interesse que se pretende proteger não é desproporcionado à gravidade da intervenção penal – no fundo, ao sacrifício do bem ou valor jurídico *desconsiderado*, ainda que assuma a veste de direito fundamental –, para que esta não seja mais gravosa do que o mal que se procura evitar ou reparar. Toda a intervenção penal que afete direitos fundamentais, deve responder a violações de direitos fundamentais ou, ao menos, de lesões para interesses fundamentais da sociedade com suficiente intensidade e relevância que justifique essa modalidade de intervenção.

Se uma pena a aplicar não pode ter [já] como finalidade evitar o crime cometido e demonstrado, a verdade é que, tradicionalmente, a doutrina admite que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem um alcance de correspondência entre a pena a impor e o crime praticado. Alguma doutrina, no entanto, já considera como mais acertado perspetivar a exigência de proporcionalidade entre a pena imposta e o crime praticado como decorrência do princípio da proporcionalidade em sentido amplo⁸³⁸, relegando a consideração

⁸³⁶ Outros limites materiais que enformam a intervenção penal eram já mais familiarmente aceites pelos penalistas, além da exigência de proporcionalidade entre o crime e a pena, como os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da intervenção mínima, de *ultima ratio*, da exclusividade de proteção de bens jurídico-penais, de carência de tutela e de necessidade da pena, que se podem integrar num conceito mais amplo do princípio constitucional da proporcionalidade.

⁸³⁷ Para uma recensão completa sobre a estruturação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo em subprincípios, no domínio da teoria da restrição dos direitos fundamenatis – preferindo designá-lo de “princípio da proibição do excesso”, decompondo-o nos subprincípios da idoneidade ou da aptidão, da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, da proporcionalidade (em sentido estrito), da razoabilidade, da determinabilidade (na dimensão da proibição do excesso) e da garantia do conteúdo essencial –, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais ...*, cit., pp. 729-798.

⁸³⁸ De acordo com GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, o objetivo de proteção contra o crime não seria suficiente para justificar a necessidade de uma proporção entre crime e pena. Seria necessária uma segunda finalidade: «reduzir a violência punitiva do Estado» (*Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 197 ss, 213 ss).

do seu âmbito estrito para uma função da pena com finalidade preventiva, i. e., dirigida a acontecimentos futuros⁸³⁹.

A questão assume inequívoca importância na avaliação pelo legislador, secundada pela intervenção hermenêutica do julgador, na determinação do critério de proporcionalidade (da sua intensidade) das incriminações previstas. Constituindo um domínio em permanente evolução, a título de exemplo, dir-se-á que em 1991, o Supremo Tribunal dos EUA, no caso *Harmelin v. Michigan* – em que se condenara a prisão perpétua (sem possibilidade de liberdade condicional) o arguido, sem antecedentes criminais, por posse de 672 gramas de cocaína –, entendeu não haver vulneração do *Eighth Amendment* da Constituição (proibição das penas excessivas e cruéis⁸⁴⁰), nem inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade, face à lei estadual que previa a punição com tal pena, da posse de mais de 650 gramas⁸⁴¹. Mas já em 1982, no caso *Hutto v. Davis*, o Supremo Tribunal dos EUA não deixara de se impressionar com a alegação de desproporcionalidade entre a conduta de posse e distribuição de duzentos e cinquenta gramas de *marijuana*, e aplicação de uma pena de quarenta anos de prisão⁸⁴².

Esta relação de (des)proporcionalidade entre o estabelecimento da moldura – abstrata e concreta – da pena e a consideração da gravidade da conduta criminal, é um tema nuclear na consideração elementar do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo, ou da proibição do excesso) em direito penal, sendo, naturalmente, dos temas que encontram soluções mais díspares e oscilantes, em função do contexto histórico-cultural da comunidade em que as respetivas opções político-criminais são tomadas.

A vigência do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, podendo não decorrer expressamente do texto constitucional⁸⁴³, é reafirmada pela própria necessidade de vigência dos direitos fundamentais, operando então, como um critério de interpretação das limitações que a cada direito fundamental se podem impor para salvaguardar a afirmação de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos relevantes. Estes, podem entrar, e entram frequentemente, em confronto entre si.

⁸³⁹ Cfr. S. MIR PUIG, «O princípio da proporcionalidade ...», *loc. cit.*, pp. 17 ss. Assim, de acordo com este Autor, dentro da abordagem da incidência do princípio da proporcionalidade, deve adotar-se uma perspetiva «*ex ante* que é própria da prevenção» e «Se o crime é cometido, a sanção deve ser imposta não como retribuição do acontecimento passado, mas para confirmar a seriedade da ameaça legal e manter a sua eficácia de prevenção, assumindo ainda os efeitos de prevenção especial para o criminoso» (*loc. cit.*, pp. 21 e 22).

⁸⁴⁰ «Prohibiting the federal government from imposing excessive bail, excessive fines or cruel and unusual punishments, including torture».

⁸⁴¹ De notar que as autoridades do Estado não se orientaram, neste caso, pela prova de tráfico, demonstrando a prática de vendas do estupefaciente, identificação de vítimas diretas ou de violência.

⁸⁴² Para uma análise da evolução do conceito de proporcionalidade entre a pena (abstrata e concreta) e a gravidade da conduta, cfr. LISA A. TATULLI, «Eighth Amendment: cruel and unusual Punishment – *Harmelin v. Michigan*», in *Seton Hall Constitutional Law Review*, 2, 1991, pp. 409-444.

⁸⁴³ Como, p. ex., em Espanha, como refere S. MIR PUIG, «O princípio da proporcionalidade ...», *loc. cit.*, p. 23. Entre nós, cfr. art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP.

De acordo com a teoria de Robert Alexy – que desenvolve os conceitos de natureza *aberta* dos princípios e de natureza *fechada* das regras, apesar de lhes reconhecer uma margem de interação e, até, de sobreposição ou de *confusão* –, tratando-se de conflitos entre regras, estas conhecem critérios de solução pré-estabelecidos, eliminando o conflito através da invalidação, com carácter geral, da aplicação de um dos princípios. É o caso, entre nós, da proibição pelo legislador constituinte, da pena de morte e da prisão perpétua, dadas as eminentes exigências do direito à vida e da dignidade da pessoa humana à ressocialização, que constituem garantias definitivas, *absolutas* e *fechadas* por aquele legislador, impeditivas da introdução de qualquer restrição; qualquer que seja a gravidade do crime, o legislador ordinário fica dispensado – e proibido – de introduzir limitações, restrições ou exceções ao significado daquelas proibições.

Outro tanto se dirá da garantia conferida pela norma do art. 32.º, n.º 8 da CRP, no sentido de fulminar com a nulidade a prova incriminadora obtida mediante *abusiva intromissão na vida privada*; não deixando de se reconhecer que o legislador pode, aqui, densificar o conteúdo da expressão, *rectius* das expressões *abusiva intromissão* e *vida privada*, o certo é que a garantia não deixa de funcionar como uma regra, na formulação alexiana⁸⁴⁴.

O legislador constituinte teve de fazer uma opção prévia entre os interesses da prevenção e repressão da criminalidade, da descoberta da verdade material, da punição dos agentes de factos com dignidade penal e os interesses do direito à privacidade, a dignidade da pessoa humana, a prevenção dos abusos e potenciais riscos da admissibilidade de prova obtidas em tais circunstâncias. O texto constitucional confere primazia absoluta aos últimos, impedindo qualquer restrição ou limitação concreta, por mais justificadas que fossem em razão da gravidade do crime em causa e das consequências da impunidade a que conduza uma tal interpretação. Essa opção pode afigurar-se discutível ou, até, inconveniente e errada⁸⁴⁵, mas é inequivocamente a que o legislador constituinte formulou. O legislador ordinário apenas está autorizado a concretizar, p. ex., os limites também previstos pelo texto constitucional, como as exceções à proibição de entrada durante a noite no domicílio, nos casos de «criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes [nos termos previstos na lei]» (art. 34.º, n.º 3 da CRP) ou a regulamentar as «ingerências das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação» (art. 34.º, n.º 4 da CRP).

Já a intercessão de um juízo de proporcionalidade será reclamado na hipótese de conflito entre princípios, cuja solução será casuística (e não de carácter geral), considerando o

⁸⁴⁴ Assim, JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais ...*, cit, pp. 578-579.

⁸⁴⁵ Passível, mesmo, de alteração do seu estatuto, através de processo de revisão, como foi o caso da admissibilidade das buscas noturnas nos casos de «criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada», introduzida ao n.º 3 do art. 34.º pelo art. 6.º da Lei n.º 1/2001, de 12-12 (5.ª Revisão constitucional).

peso relativo de cada um dos princípios em concorrência, atendendo às circunstâncias *concretas* do caso.

R. Alexy esclarece que os princípios são «mandados de otimização» quanto às possibilidades jurídicas e fácticas, caracterizando-se pelo facto de poderem realizar-se em vários graus – moldáveis de acordo com as concretas circunstâncias reais do caso – e porque a medida devida do seu cumprimento não depende apenas das suas possibilidades reais, mas também jurídicas. A margem de possibilidades é determinada pela amplitude das regras e princípios em conflito⁸⁴⁶.

Quanto ao facto de o princípio da legalidade não integrar o princípio da proporcionalidade, tal fica a dever-se ao motivo de o mesmo não interferir diretamente com o conteúdo da intervenção penal, mas, apenas, com a sua forma. Mais duvidosa é a inclusão do princípio da culpa no princípio da proporcionalidade, o qual, no seu significado mais radical, impede a aplicação de uma pena sem *culpa*. Os seus subprincípios – princípio da responsabilidade pessoal, princípio da imputação pessoal, princípio da responsabilidade pelo facto, princípio do dolo ou da negligência e princípio da culpa em sentido estrito – são, igualmente, critérios válidos para condicionar a possibilidade de culpabilizar alguém por um facto qualificado como crime.

Todavia, a gravidade do crime não tem sempre uma relação de correspondência direta com a gravidade da culpa, uma vez que aquela deriva do ilícito, sendo a culpa a possibilidade – que pode ser ausente, diminuída ou integral – de imputar ao agente o desvalor do ilícito⁸⁴⁷. A gravidade emerge do *dano* (em sentido lato) suportado pelo bem jurídico-penal e nisso deve haver correspondência com o *dano* que a pena implica. Tal não significa que a ausência total ou parcial de culpa (inimputabilidade ou imputabilidade diminuída) não se traduza numa exigência de reação pela aplicação de uma medida de segurança – mediante a comprovação da perigosidade – ou de uma pena especialmente atenuada.

Em suma, num Estado plural e democrático, não totalitário nem confessional, com o figurino que o nosso pretende partilhar ao menos formalmente, a exigência de

⁸⁴⁶ *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. GARZÓN VALDÉS), 1.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86. A proposta de ROBERT ALEXY tem sido amplamente acolhida pela doutrina penal e adaptada à metódica da hermenêutica juspenalística (nesse sentido, GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, JOSÉ URQUIZO OLAECHEA, «Principio de proporcionalidad penal», *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir* (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 193-210).

⁸⁴⁷ O facto de a culpa do agente imputável ser intensa (total) na prática de um crime pouco grave, não aumenta a sua gravidade, enquanto tirar a vida a outrem pode ser levado a cabo sem culpa ou com culpa diminuída, o que também não reduz, neste sentido, a gravidade do homicídio.

proporcionalidade é um critério que se impõe em todas as áreas da sua atividade, decorrendo da necessidade de considerar e resolver (todos) os interesses em conflito (atual⁸⁴⁸ ou potencial⁸⁴⁹).

Mas um tal Estado, ao pretender respeitar os direitos de todos os seus cidadãos, deve levar em linha de consideração não apenas os direitos das (reais ou hipotéticas) vítimas da criminalidade, mas o sacrifício que envolve para os direitos do agente do crime a proteção dos bens jurídicos das vítimas, através de uma pena. Ao punir, o Estado não deve, pois, fazê-lo senão na medida do estritamente necessário para proteger os cidadãos, não ignorando os direitos de todos os sujeitos, incluindo os cidadãos delinquentes a quem é aplicada uma pena ou uma medida de segurança. A pena surgirá como resultado necessário para a prevenção do crime e, ao mesmo tempo, sujeita aos limites relacionados com os direitos do imputado, assumindo uma função de *prevenção limitada*⁸⁵⁰.

Enquadrados os problemas eminentemente dogmático-substantivos que se associam ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, e aos subprincípios em que se decompõe, da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, cabe tentar aproximar essa matéria de uma abordagem predominantemente adjetiva.

Quando colocamos o problema da proporcionalidade relativamente à admissibilidade da realização de medidas probatórias com ingerência corporal, parece que o lugar pertinente para a sua consideração é já o plano adjetivo ou processual, em que as precedentes considerações materiais se precipitam no contexto da aplicação a um concreto processo.

6.1.2.2. A proporcionalidade como categoria adjetiva

Assumindo que a consideração da categoria da proporcionalidade consente uma dimensão eminentemente adjetiva, procuraremos identificar e situar alguns pressupostos no que respeita à sua aplicabilidade a medidas probatórias com ingerência corporal.

Já esboçamos as hipóteses em que o princípio da proporcionalidade pode relevar como categoria material. Por outro lado, advertiu-se que toda a intervenção estadual na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos deve ser orientada por um critério de proporcionalidade, como forma de prevenir conflitos hipotéticos (futuros) – quando o princípio fundamenta a própria lei – ou efetivos (atuais), quando, perante o caso concreto, colidam princípios com idêntica densidade e dignidade.

⁸⁴⁸ Quando se estabelecem conflitos em casos concretos, entre princípios conflitantes, dotados de idêntica dignidade.

⁸⁴⁹ Quando o legislador pretende antecipar a regulação do conflito entre interesses, através de regras precisas e prévias, normalmente consagradas em lei escrita.

⁸⁵⁰ S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, pp. 93-95.

No plano processual, a necessidade dessa ponderação está necessariamente presente ao longo de todo o processo, nos planos da articulação dos interesses de proteção das vítimas e de não sacrifício excessivo dos direitos do imputado, na ponderação de exigências cautelares para aplicação de medidas de coação (*maxime*, as que restringem liberdades fundamentais), na determinação de diligências de produção de prova – em que, de forma particular, se fazem sentir as exigências de ponderação de interesses em conflito, seja no plano da salvaguarda da reserva da vida privada, da inviolabilidade (da integridade) pessoal, do domicílio, da imagem, da palavra, dos segredos profissionais –, até à escolha e fixação da medida concreta da pena. Em todas essas dimensões estará presente, portanto, uma noção clara da necessidade de intercessão de um princípio da proporcionalidade, reclamado em homenagem a uma justa e equilibrada ponderação entre interesses da eficácia da investigação criminal e de segurança dos cidadãos e direitos fundamentais dos mesmos, ainda que de cidadãos suspeitos da prática de factos qualificados como crime.

Lembrando aqui a teoria das *três esferas da vida privada*⁸⁵¹ – e admitindo que a distinção entre os três níveis não é algo preestabelecido, e não se fará sem algum grau de dificuldade, e, porventura, casuísmo, o que constitui uma das suas fragilidades –, no contexto da prova com implicação corporal, a mesma pode representar um instrumento operativo, ao auxiliar na delimitação das esferas de proteção de privacidade do sujeito passivo das medidas de prova, de forma a aferir da admissibilidade e do grau de possível violação de interesses.

Benjamim S. Rodrigues⁸⁵² enumera como critérios aferidores da proporcionalidade de medidas de intervenção corporal, os seguintes:

1.º A gravidade do crime; 2.º O impacto social do crime; 3.º O tipo de medida ou atuação corporal a realizar [tipo de medida e tempo de execução da mesma]; 4.º As circunstâncias pessoais, sanitárias ou de saúde do indivíduo – relativamente à necessidade de extração de substâncias biológicas; 5.º Esgotamento ou impossibilidade de empreender outras medidas diferentes não limitadoras de nenhum direito individual, e 6.º Existência de possibilidades efetivas de êxito da medida, nomeadamente a viabilidade de tal medida ou atuação (corporal).

Distanciamo-nos do Autor, designadamente no tocante à exigência do *impacto social* do crime. Se com isso, se pretende referir a relevância ético-jurídica refletida na moldura penal do crime, a mesma é satisfeita pelo primeiro critério, o da gravidade; se pretende aludir-se a uma ressonância sócio-mediática, não cremos que se justifique uma tal exigência, em virtude de haver muitos fenómenos criminais sem especial repercussão sócio-mediática que se traduzem

⁸⁵¹ Cfr. 4.2.3.

⁸⁵² *Da Prova Penal T.I...*, cit., p. 533.

em atentados graves aos direitos das vítimas e seus próximos, pelo que, apesar de não assumirem projeção social, são carentes de uma especial tutela, integrando-se, pois, num quadro normativo que justifica a intercessão de um juízo de proporcionalidade no decretamento de uma medida de ingerência corporal. Acresce que o Autor se reporta ao conceito de “intervenção corporal”, num sentido porventura mais próximo do de *ingerência corporal* por nós proposto, o que poderia não justificar uma restrição tão intensa de direitos fundamentais.

Por seu turno, a jurisprudência do TEDH vem defendendo que a liberdade de disposição do corpo e a recusa de se submeter a uma ingerência corporal com vista a recolha de amostras, embora constituam fundamentos essenciais numa sociedade democrática, comportam exceções, a prever legal e limitadamente, nos casos em que se demonstre convincentemente a sua imperiosa necessidade.

O critério enunciado pelo TEDH aponta igualmente para a necessidade de ponderar e determinar se uma ingerência corporal é proporcional aos fins prosseguidos e se as justificações apresentadas são suficientemente relevantes e fundadas, para o que se convocará os elementos respeitantes à gravidade do crime em questão, a imprescindibilidade do concreto meio de obtenção de prova, a ausência de outros meios disponíveis para a investigação, e menos invasivos ou gravosos para os visados⁸⁵³.

A tutela efetiva dos direitos fundamentais do cidadão-imputado será pois, garantida mediante uma concreta conformação constitutiva do juiz, que pondera a necessidade da sua compressão, face ao comando do art. 18.º da CRP.

Apesar de aí se poder prefigurar uma predominância do interesse público na proteção da integridade da investigação e da defesa dos bens jurídicos agredidos, perante os direitos fundamentais do cidadão-imputado, se tal pressuposto não se verificar a medida de ingerência corporal probatória não seria admitida, nem na previsão legal (geral e abstrata) nem na conformação do caso concreto.

Neste sentido, seria desejável e conveniente uma delimitação através de lei ordinária expressa (tão clara quanto possível) entre as intervenções indispensáveis a que o imputado pode ser sujeito, sempre através de mediação judicial, e as que «têm de ser proibidas porque ofendem em medida inadmissível a dignidade pessoal»⁸⁵⁴.

⁸⁵³ Assim, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial», *RCEJ*, N.º 3 – 2.º Semestre 2005, pp. 205-207.

⁸⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, «Na era da tecnologia genética – Que caminhos para o direito penal médico?», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, jan.-Jun. 2004, pp. 249 ss., apesar de circunscrever a sua análise ao consentimento e à sua recusa, na utilização da tecnologia genética – no tocante a intervenções socialmente indispensáveis – e às relações como o direito penal médico.

O que a doutrina constitucional portuguesa tem vindo a defender é um modelo de distinção entre “lei restritiva propriamente dita” – «que pressupõe a prefiguração constitucional da necessidade de *sacrificar o conteúdo protegido de um direito*, seja por se considerar esse direito (muitas vezes, a liberdade ou uma liberdade), como potencialmente “agressivo” relativamente a outro direito, potencialmente vítima» (pois que seria prejudicado pelo exercício não limitado daquele), seja para assegurar um valor comunitário, cuja realização efetiva exige “forçosamente” aquela limitação – e as “leis harmonizadoras” – que, «solucionando “problemas de colisão” têm um objectivo diferente, já que visam resolver um *conflito não prefigurado* ao nível constitucional (mas que se revela inevitável ou para o qual o legislador considera conveniente uma solução geral e abstracta), através de critérios de harmonização, dirigidos à *limitação de ambos os direitos* ou *de um direito e de um valor comunitário*, na proporção do respectivo peso normativo nas situações legislativamente hipotizadas»⁸⁵⁵.

O que estará em causa na consideração da proporcionalidade, será a aferição do grau de sacrifício a impor a um imputado, no conteúdo do exercício dos seus direitos fundamentais, designadamente quando equacionados os seus direitos à liberdade geral de atuação (limitação do *ius ambulandi*, pela comparência em instituição pública para realização da medida probatória de ingerência), à integridade pessoal (coenvolvendo a limitação ao âmbito físico e moral da integridade do visado, com a sujeição a lesões, apesar de mínimas), à reserva da vida privada (considerando a atividade de potencial devassa de informação atinente ao seu estado de saúde, ao pudor), à autodeterminação informacional (acesso potencial a informação pessoal, atual e futura, de características corporais), para além dos direitos fundamentais respeitantes a um processo justo e equitativo, do direito à não autoincriminação e à presunção de inocência.

A intercessão do princípio da proporcionalidade, em sede adjetiva jurídico-probatória com ingerência corporal, impõe que quaisquer restrições processuais de direitos fundamentais – aqueles a que *supra* se aludiu, ou outros – se revelem *adequadas*, significando que se mostram idóneas a obter a finalidade pressuposta pela lei (conformidade com os fins), e *necessárias*, por não existirem outras menos gravosas para os direitos do visado. Considerando, ainda, o princípio da *justa medida*, e porque a ingerência corporal comporta sempre uma *carga coativa* de

⁸⁵⁵ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 222-224. Por seu lado, JORGE REIS NOVAIS decompõe o princípio da proporcionalidade em cinco elementos constitutivos, na senda de LERCHE: *idoneidade* ou *aptidão*; *indispensabilidade* ou *meio menos restritivo*; *proporcionalidade em sentido estrito*; *razoabilidade* e *determinabilidade*. A razoabilidade aqui em questão é a «razoabilidade da relação entre um dever público e a pessoa do obrigado», colocando-se a tónica não no fim prosseguido, mas na pessoa do sujeito afetado, considerando a sua esfera de liberdade (*Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004, pp. 101-115).

direitos, liberdades e garantias, cumprirá avaliar se a determinação da medida representa uma carga efetivamente desmedida, desajustada, excessiva ou desproporcionada em relação aos fins propostos ou aos resultados obtidos (aferição da proibição do excesso).

Há uma outra forma de articular a categoria da proporcionalidade no plano adjetivo penal, partindo de uma ideia de excecionalidade da ingerência no corpo de pessoas, fundada na existência de *deveres públicos dos cidadãos*, confirmando-se a regra do direito à integridade pessoal.

A existência de tais deveres públicos dos cidadãos enquanto *deveres de colaboração* com as autoridades públicas, não se afirmaria forçada ou coercivamente – no sentido da execução material da ingerência corporal probatória, mediante o uso da força –, antes pressupondo a voluntariedade ou o consentimento dos visados, sem prejuízo da cominação de consequências processuais ou penais, em caso de recusa, ou de recusa injustificada⁸⁵⁶, o que faz emergir uma outra dimensão da ideia de coercibilidade.

Esses deveres públicos dos cidadãos, de suportar algum tipo de ingerência ou intervenções corporais – que podem nem sempre assumir uma finalidade essencialmente probatória⁸⁵⁷ – podem revestir diversos graus de ofensa à integridade física, desde as ofensas mínimas, tópicas ou irrelevantes, até às intervenções em maior profundidade, sendo classificáveis como *deveres de colaboração*⁸⁵⁸: seria o caso paradigmático do exame de alcoolemia que tenha de ser efetuado através de extração de sangue. O cumprimento de tais deveres não terá de se produzir, efetivamente, contra o consentimento do visado, sendo a sua recusa fundamento de consequências, designadamente de natureza penal, p. ex., pelo crime de desobediência.

Quando, porém, nesta sede, precisamente – a do exame de alcoolemia através de extração de sangue –, se pretende fundar a legitimidade da consequência penal da recusa à medida probatória (p. ex. a título de crime de desobediência) com a profundidade e intensidade da lesão, a verdade é que nos parece carente de coerência lógica uma tal justificação, considerando que a recusa ao exame de ar expirado – cuja intensidade lesiva é muito menos profunda, crendo-se que aí não se pode falar sequer em lesão mínima da

⁸⁵⁶ Ou, mesmo, noutros domínios, como nas ações de investigação de paternidade, de outro tipo de consequências em sede de ónus probatórios ou de imposições pecuniárias (multas). Cfr. Ac TC n.º 616/98, de 21-10-1998 (rel. Cons. Artur Maurício), aflorando o problema da inconstitucionalidade das consequências processuais (inversão do ónus de prova) da recusa injustificada de sujeição a exames de sangue nas ações de investigação de paternidade (ex. art. 519.º, n.º 2 do CPC). No aresto, pondera-se o conflito entre o direito do réu à sua integridade física, naquelas ações, e um outro direito fundamental, o direito do menor à identidade pessoal, consagrado no art. 26.º, n.º 1 da CRP, concluindo-se pela não inconstitucionalidade da previsão de consequências processuais probatórias pela recusa (injustificada) à sujeição a exames.

⁸⁵⁷ Pense-se, p. ex., nos programas de vacinação obrigatória, no rastreio para despiste de certas doenças infecto-contagiosas, que não têm propósitos probatórios, mas de prevenção da saúde pública e individual.

⁸⁵⁸ Não será correto designá-las, apenas, como *faculdades*, atendendo, como veremos, às consequências que a recusa do seu acatamento pode desencadear.

integridade física – desencadeia o mesmo tipo de consequência penal⁸⁵⁹, mesmo considerando a existência de um método inócuo, como o de “exame médico para diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool”, cuja recusa é discutível que implique também a responsabilidade criminal pelo crime de desobediência⁸⁶⁰.

O quadro normativo da fiscalização de alcoolemia na condução rodoviária anterior [à redação do art. 153.º, n.º 8 do CESt, conferida pelo DL n.º 44/2005, de 23-02] – a conjugação do n.º 7 do (então) art. 159.º do CESt com a nova redação do n.º 3 do (então) art. 158.º do mesmo diploma – garantia que o examinando nunca cometeria o crime de desobediência, sempre que recusasse, de modo sempre legítimo nos termos da lei, a recolha de sangue, funcionando, de certo modo, como um elemento negativo daquele mesmo crime de desobediência. Ou seja, quando não fosse possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado – ónus que correria sempre contra o Estado, quando não dispusesse dos equipamentos adequados –, apenas haveria cometimento do crime de desobediência se o examinando recusasse realizar o exame médico alternativo. Mas nunca no caso de [recusa de] exame do sangue.

Este exemplo parece evidenciar que a equiparação – operada pelo DL n.º 44/2005 – da consequência penal (crime de desobediência) da recusa dos condutores (e peões intervenientes em acidentes de trânsito⁸⁶¹) é justificada por uma opção de política de segurança rodoviária e saúde pública, aparentemente sem uma hierarquização da relevância dos métodos probatórios de despistagem do estado de afetação por alcoolemia seja efetuado de forma mais ou menos lesiva da integridade física. A extração de sangue teria ficado, assim, equiparada ao exame de ar expirado ou ao exame médico (observação clínica), para efeitos de consequências da eventual recusa à sua sujeição.

E não há nenhum critério de delimitação material de princípio, parece-nos, para que possa afirmar-se a existência de um dever de sujeição menos digno por implicar um processo mais doloroso ou invasivo – cuja recusa não justificaria a sanção penal – do que um método menos ofensivo da integridade física.

E o legislador pode pretender impor uma consequência penal – ou de outro tipo – para a recusa a sujeição a métodos probatórios idóneos e proporcionais à investigação da violação do bem jurídico em causa, independentemente do respetivo grau de intensidade ou

⁸⁵⁹ É o que resulta, entre nós, do regime conjugado dos artigos 152.º, n.º 2 e 153.º, n.º 8 do CESt e 69.º, n.º 1, al. c) e 348.º do CP.

⁸⁶⁰ Em sentido claramente afirmativo, o Ac. TC n.º 275/2009, de 27-05-2009 (rel. Cons. Ana Guerra Martins), que, declarando organicamente inconstitucional a norma do art. 153.º, n.º 8 do CESt, defende que «(...) os condutores continuarão a praticar o crime de desobediência sempre 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».

⁸⁶¹ Art. 152.º, n.º 1, als. a) e b) do CESt.

de lesividade da integridade física, precisamente por entender que se justifica um sacrifício do próprio direito à integridade física em face dos interesses político-criminais que em concreto visa tutelar.

É esse o entendimento dogmático expresso na fundamentação do Ac TC n.º 275/2009, de 27-05 (rel. Cons. Ana Gerra Martins), aí se defendendo que «(...) o legislador governamental⁸⁶² pretendeu retirar aos condutores sujeitos aos exames para comprovação do teor de influência sob álcool o direito à recusa de colheita de sangue – note-se – mesmo nos casos em que a impossibilidade de realização de exame por método de ar expirado é apenas imputável ao Estado. Quando antes qualquer condutor podia recusar a sujeição a exame mediante colheita de sangue, sem necessidade de fundamentação em razões médicas – frise-se bem –, passa agora a exigir-se que a não realização da colheita de sangue apenas possa ser justificada pela impossibilidade técnica de tal operação médica»⁸⁶³.

Como se vê, podem ser diversos os posicionamentos do legislador no tocante à consideração de um juízo de censurabilidade penal de uma conduta de recusa de sujeição a medidas de ingerência corporal probatória de intensidade diferenciada, desde que regularmente validados e legitimados pelo órgão competente, ou seja, mediante a edição de lei formal ou autorização legislativa expressa em tal sentido⁸⁶⁴.

⁸⁶² Note-se que a referência ao “legislador governamental” se reporta ao órgão Governo, enquanto autor do diploma legal em questão (o DL n.º 44/2005, de 23-02). A solução preconizada no referido aresto baseou-se na falta de autorização legislativa para a “inovação” em que consistiu a previsão do regime da recusa de sujeição a extração de sangue (como crime de desobediência), ao lado dos métodos de despistagem do estado de influenciado pelo álcool cuja recusa já anteriormente podia constituir crime de desobediência, restringindo-se, por isso, ao problema da inconstitucionalidade orgânica, sem que se tivesse apreciado a questão da alegada inconstitucionalidade material por violação do princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP) ou por violação da proibição de obtenção de prova mediante ofensa da integridade física ou moral da pessoa ou abusiva intromissão na vida privada (art. 32.º, n.º 8, da CRP).

⁸⁶³ Contudo, por carecer de autorização legislativa para a inovação legislativa que agrava a posição dos condutores, relativamente ao regime anterior, entenderia o TC que se verificou inconstitucionalidade orgânica dessa norma: «a nova redacção do n.º 8 do artigo 153º do Código da Estrada vem, de modo manifesto, agravar a responsabilidade criminal dos condutores que pretendam – muitas vezes, admite-se, por razões plenamente justificadas e até protegidas pela Lei Fundamental [direito à integridade física e moral, direito à intimidade privada, direito à objecção de consciência] –, na medida em que passa a punir como crime de desobediência a recusa de sujeição a colheita de sangue nos casos em que seja tecnicamente possível fazê-lo».

⁸⁶⁴ Que foi o que não sucedeu no tocante ao DL n.º 44/2005, relativamente à previsão de uma (nova) conduta incriminatória pela recusa de sujeição dos condutores ao método de exame de alcoolemia através de extração de sangue. De referir que a alteração do n.º 3 do art. 156.º do CESt (pelo art. 1.º da Lei n.º 73/2013) contempla expressamente a possibilidade de recusa a submissão de recolha de sangue pelo examinando, em caso de acidente de trânsito, não impondo a cominação do crime de desobediência, mas a sujeição a exame médico para diagnóstico do estado de afetado por álcool e ou substâncias psicotrópicas. Esta alteração legislativa invalida, quanto a nós, as considerações feitas no Ac TC 485/2010 (rel. Cons. C. Cadilha), no sentido de que «(...) a impossibilidade de realização do exame de pesquisa de álcool no sangue se afere unicamente em função da impossibilidade médica de proceder à própria colheita de sangue em quantidade suficiente para permitir a sua análise, afastando a hipótese de o exame médico alternativo à colheita de sangue poder vir a ser efectuado com base na simples recusa do examinando, e dando, assim, implícita cobertura ao regime legal que decorre das disposições dos artigos 156.º, n.º 2, e 153.º, n.º 8, na redacção que lhes foi dada, respectivamente, pelos Decretos-Lei n.ºs 265-A/2001 e 44/2005), editados pelo Governo sem prévia autorização legislativa».

O sistema agora instituído no art. 156.º do CESt, apesar de pretender aplicar-se ao exame de pesquisa de psicotrópicos, não enuncia expressamente esta finalidade no n.º 1, o que nos parece configurar uma deficiência da revisão de 2013.

Essa constatação decorre da inexistência de um critério ou limite constitucionalmente pré-fixado ao legislador ordinário, no sentido de optar por criminalizar apenas a conduta de quem se recusa a submeter-se a uma ingerência corporal probatória menos intensa ou de incriminar a recusa a qualquer tipo de ingerência.

Pode questionar-se se a recusa a uma ingerência mais profunda – que configura uma intervenção corporal grave –, p. ex., uma cirurgia para extração de embalagens de droga do estômago, implicaria o mesmo tipo de cominação sancionatória, ou não.

A cabal análise e resolução jurídica destes casos, porém, coenvolve outro tipo de considerações, ligadas à natureza médica do ato em si e à necessidade da obtenção do consentimento do paciente (a menos que, em estado de inconsciência ou de impossibilidade da sua obtenção, se faça um juízo de consentimento presumido, ante a iminência de um perigo de vida), bem como à (in)suscetibilidade de relevo probatório do material extraído, justificando, assim, uma apreciação e um posicionamento diferenciados⁸⁶⁵.

Gomes Canotilho e Vital Moreira já se pronunciaram no sentido de que o direito à integridade pessoal não impede o estabelecimento de «deveres públicos dos cidadãos que se traduzam (ou impliquem) *intervenções no corpo das pessoas* (v.g. vacinação, colheita de sangue para testes alcoólicos, etc.)», entendendo, no entanto, que a execução de tais medidas não pode ser forçada ou coerciva, sem prejuízo de punição [designadamente penal] em caso de recusa⁸⁶⁶.

Esta posição tem de ser entendida com algumas reservas.

Na verdade, trata-se de uma posição algo datada, sem atender à alteração de métodos técnico-científicos que implicaram modificações do impacto em sede de incómodos, penosidade ou lesividade da integridade física.

Por outro lado, se continua a haver ingerências corporais desproporcionais – que justificam a sua não *execução específica*, sem prejuízo de consequências sancionatórias, como p. ex., no caso de extração de sangue para determinação do grau de alcoolemia – outras haverá em que o comportamento não comporta, sequer, qualquer tipo de lesão para a integridade física – e nas quais a própria *vis physica* a que tenha de se recorrer para a concretizar, é mínima –, como será o caso da “zaragatoa bucal” para recolha de ADN, o que legitimará sempre a sua execução coerciva, logo, a *insuscetibilidade material* de recusa.

Questão algo diferente, prende-se com a relativização da (in)admissibilidade daquelas primeiras ingerências, as que envolvem sofrimento e dor, em função da gravidade dos bens

⁸⁶⁵ Como se disse em 5.3.3.4., pensamos ser apenas nos casos de intervenções corporais graves que a falta de consentimento não é suscetível de ser suprida por decisão judicial, a menos que a sua omissão implique risco para a vida ou para a saúde de pessoa sujeita à custódia do Estado, e sem que o resultado da mesma contribua em exclusivo para a incriminação do visado.

⁸⁶⁶ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed. (revista e aumentada), cit., p. 456.

jurídicos protegidos; seria admissível uma extração coerciva de sangue para determinação de alcoolemia ou afetação por substâncias psicotrópicas, se em causa estiverem factos que sejam qualificados como um crime de homicídio doloso ou por negligência? Não se estará, aqui, afinal, perante a emergência de um juízo de proporcionalidade, em que, atendendo aos bens jurídicos a tutelar, se deva impor coercivamente a efetivação de uma certa medida corporal probatória com um grau de ingerência mais profundo e doloroso?

Pensamos, portanto, que não deve ser apenas o grau de lesão da integridade física que justifica ou dispensa a consequência – processual ou penal – da recusa à sujeição a uma ingerência corporal probatória, mas sim a relevância probatória material da mesma em sede de investigação, justificada no quadro de uma concreta exigência processual, em função dos bens jurídicos a tutelar, juízo esse expresso no recorte da norma legal que autoriza a sua adoção ou determinação (*v.g.* caso do exame de alcoolemia a utentes das vias públicas) e não apenas no juízo jurisdicional a efetuar em concreto na sede processual.

Temos, pois, muitas dúvidas em aderir a uma construção de acordo com a qual, efetuada uma concreta ponderação jurisdicional sobre a proporcionalidade (em sentido estrito) de certa ingerência corporal probatória – verificada a sua proporcionalidade em sentido amplo, a sua idoneidade e a sua necessidade –, seja possível a cominação pela autoridade processual (competente) do crime de desobediência como consequência para a sua recusa, sem que o mesmo se ache expressamente previsto.

6.2. O problema do consentimento e da coercibilidade

Os termos da relação entre o Estado – enquanto detentor, garante e aplicador da *lei* e titular do *ius puniendi* – e o indivíduo (primeiramente *súbdito*, depois *cidadão*) – enquanto destinatário das imposições e vinculações legais – foram sendo objeto de diversas abordagens e posições filosóficas, políticas e jurídicas, que já quase esgotaram as variáveis dogmáticas em que tal equação se pode surpreender.

A relação entre Estado e indivíduo é uma relação de exercício de poder. Sejam ou não inspirados por uma ideia constitucional de *contrato social* – em que os indivíduos abdicam de parte da sua esfera de liberdade em função do Estado, para que assegure o bem-estar da comunidade –, ou por uma ideia kantiana de alienação de liberdade – em que o excesso da liberdade, por parte do homem criminoso, o fazia pagar esse excesso com a privação da liberdade –, os termos dessa relação de poder começam a assumir feição contemporânea a partir dos contributos filosófico-políticos de John Locke e Thomas Hobbes.

J. Locke havia enunciado, em 1690, na sua obra *Two Treatises of Government*, a origem, os fins e os limites do poder civil, que se exerceria de forma legítima sobre os indivíduos, do seguinte modo: «*Aonde quer que acabe a lei começa a tirania, se a lei for transgredida em prejuízo de outrem, e todo aquele que estando revestido de autoridade exceder o poder que lhe dá a lei, e fizer uso da força que ele tem debaixo do seu comando para conseguir do súbdito aquilo que a lei não concede, cessa nesse momento de ser magistrado, e logo que obre sem autoridade, pode ser oposto como outro qualquer homem, que por meio da força invade o direito de outrem*»⁸⁶⁷.

Também W. Von Humboldt, em livro de 1852, expôs o mesmo pensamento de forma muito aproximada, ao referir que «*O juiz deve empregar todos os meios legais ao seu alcance para averiguar a verdade; não pode permitir-se, pelo contrário, recorrer a nenhum que esteja fora dos limites impostos pela lei. Em concreto deve distinguir sempre com o máximo esmero o cidadão suspeito do delinquente convicto e não tratar o primeiro da mesma maneira que o segundo. Mas, sobretudo, não impedirá a ninguém, nem sequer ao delinquente provado, o desfrute dos seus direitos humanos e de cidadania, que só podem perder, os primeiros, pela morte, e os segundos por sentença judicial de exclusão da comunidade estatal. Por esta mesma razão, tão ilícita é a tortura como a organização de meios que encubram um verdadeiro engano, pois, por mais que se lhes queira desculpar sob pretexto de que o próprio suspeito, ou o delinquente, dão motivo para isso com os seus actos, não deixam de ser absolutamente indignos do Estado, a quem o juiz representa [...]. De maneira geral, aqui, só pode indicar-se que tampouco nisto pode o Estado exceder-se nos seus direitos e que, portanto, não pode recorrer a nenhuma classe de meios que se contraponham à liberdade, à segurança pessoal e familiar dos cidadãos. [...] Na investigação de delitos já cometidos, o Estado pode servir-se de meios adequados a tal fim, mas não pode servir-se de nenhum meio que suponha tratar como delinquente um cidadão simplesmente suspeito ou que fira os direitos do Homem e do cidadão – que o Estado deve respeitar, mesmo tratando-se de um delinquente [...]*»⁸⁶⁸.

Essas primeiras elaborações modernas da teoria dos limites do poder estadual, acham-se em grande medida atuais.

A partir dos termos da relação de poder e dos limites que o conformam, puderam extrair-se inferências para a teoria da prova – e da sua in/validade – no âmbito do direito processual penal, defendendo-se que o Estado não pode, sob pena de se autodesacreditar, utilizar e reconhecer a validade de métodos igualmente criminosos na atividade de investigação e repressão do crime. Não se trata já da afirmação de uma ideia de *superioridade moral* do Estado, mas apenas da concretização procedimental de princípios político-jurídicos de recusar o uso de meios que objetivamente configurem crimes, ainda que a sua finalidade fosse a do

⁸⁶⁷ *Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil* (trad. de João Oliveira Carvalho), Edições 70, Lisboa, 1999, pp. 156-157.

⁸⁶⁸ *Os limites da acção do Estado* (trad. de Fernando Couto), Rés-Editora, Ld.^a, Porto, 1990, pp. 137-139.

(legítimo e louvável) apuramento da verdade material e do esclarecimento da hipótese criminal e da responsabilização dos culpados. Esta concepção culminou na célebre decisão do BGH de 14-06-1960, que influenciou, a partir de então, a construção essencialmente jurisprudencial de um processo penal contemporâneo: «*Die Wahrheit kann nicht fragen um jeden Preis*».

Na mesma linha de entendimento, a doutrina nacional tem sido praticamente unânime ao sufragar um posicionamento de acordo com o qual, a realização da justiça e a descoberta da verdade material (sendo, em rigor, a segunda, um pressuposto da primeira), constituem a finalidade principal do processo penal⁸⁶⁹. Existindo um poder-dever do juiz – e, no nosso sistema, de qualquer autoridade processual – de alcançar a descoberta da verdade para a boa decisão da causa, através da determinação oficiosa, ou a requerimento, da produção de meios prova necessários e oportunos (artigos 124.º e 340.º do CPP), não pode, porém, a procura da verdade material ser admitida a todo o custo (*a qualquer preço*), mas sim ser prosseguida de modo processualmente válido, logo com respeito pelos direitos fundamentais.

Para essa conclusão concorre, também, a concepção de um direito processual penal como não meramente instrumental e carente de legitimação constitucional. Ao invés, é enformado por um quadro de predeterminações valorativas jusfundamentais que o tornam em *direito constitucional aplicado* no dizer de H. Henkel, ou «*sismógrafo de valores constitucionais*», conforme C. Roxin: contribuindo para a realização das suas finalidades (processuais) – e não apenas, de modo indiferente, para a obtenção de uma decisão condenatória ou absolutória –, concorre para a realização do Direito, em articulação com o direito substantivo.

Os direitos fundamentais radicam, legitimam-se e destinam-se materialmente a definir os limites jurídicos da intervenção do Estado, recortando o que se pode chamar a autonomia individual contra as (ilegítimas) intervenções do Estado, ou seja, a assegurar a *disponibilidade sobre si próprio*. Neste sentido, os direitos fundamentais assumem-se e funcionam como limites à atuação dos poderes públicos e como princípios conformadores irrenunciáveis do processo penal.

A concepção de um quadro dogmático atual sobre as proibições de prova e as proibições de valoração de prova fica em grande medida a dever-se à fecundidade da doutrina alemã, que sobre a matéria teve oportunidade de elaborar várias propostas. O seu mérito tem a virtualidade de nos fornecer instrumentos aptos a equacionar a sua incidência, no que concerne à licitude e utilizabilidade/aproveitabilidade da prova.

⁸⁶⁹ Costumam assinalar-se ao processo penal quatro finalidades: 1) realização da justiça e a descoberta da verdade material; 2) proteção dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas; 3) restabelecimento da paz jurídica e (dado o potencial de conflito entre essas finalidades) 4) concordância prática dessas finalidades, entre si.

Cabe, assim, neste passo, recordar a importância das várias teorias de proibição de valoração da prova, que foram primeiramente construídas em torno da dogmática penal estritamente adjetiva, para, num momento posterior, invadir as categorizações da própria dogmática penal substantiva.

Entre estas, destaca-se a *Sphärentheorie*⁸⁷⁰, que constitui contributo relevante para nos guiar em sede de exercício de ponderação de interesses e valores conflitantes em matéria de prova corporal, e concretamente, no que toca às categorias da coercibilidade e do consentimento.

Em contraponto à *teoria das esferas*, outras teorias relativas à in/validade da prova foram ensaiadas, principalmente no espaço juscultural alemão, podendo aludir-se à *teoria da ponderação*, de Rogall⁸⁷¹, segundo a qual uma violação processual teria de ser equacionada confrontando o concreto interesse na perseguição criminal, a gravidade da violação da norma processual e a dignidade de tutela e carência do interesse sacrificado. Na sequência desta, H. Müller desenvolveu a chamada *teoria da gravidade*, a qual pretendia aferir do grau de gravidade da violação da norma de produção de prova como critério aferidor da nulidade da prova, a qual foi rapidamente abandonada.

Peters expõe uma outra teoria na continuidade da anterior, distinguindo *proibições de perseguição da prova* (*Beweisverfolgungsverbote*) e *proibições do processo de prova* (*Beweisverfahrensverbote*), as primeiras estabelecendo a inadmissibilidade da perseguição penal – estabelecendo mesmo um espaço livre de perseguição penal (*Strafverfolgungsfreien Raum*) –, e as segundas limitando e conformando o *espaço aberto à perseguição penal*.

Todas estas teorias oferecem vantagens e fragilidades, havendo Autores que procuraram apelar a construções da dogmática penal material, aí avultando a *doutrina do fim de proteção da norma* (*Schutzzwecklehre*), defendida, com matizes, por Grünwald e Rudolphi, atribuindo preponderância ao fim de proteção da norma.

A partir desta, uma outra proposta, dos chamados processos hipotéticos de investigação – decalcada nos *comportamentos lícitos alternativos* da dogmática penal substantiva –, enunciada por Klug, formula-se no sentido de que uma violação de proibição de prova não determina a proibição da valoração do seu resultado probatório, se o mesmo tivesse podido ser alcançado por forma processual regular. Baseia-se no argumento da *causalidade* do processo hipotético, como aferidor da licitude alternativa da valoração do meio de prova. Wolter viria a

⁸⁷⁰ Cfr. 4.2.3.

⁸⁷¹ «Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwehrensverbote», NStZ, 1988, p. 391, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., p. 100.

adaptar esta doutrina às questões do chamado “efeito-à-distância”, sendo a mesma hoje amplamente acolhida pela jurisprudência.

Roxin viria, por seu turno, apelar à conveniência da adoção de um “solução intermédia” de compromisso, em que os processos lícitos alternativos não se ficassem por *meras operações mentais* (*reine Gedankenoperationen*), que recusassem toda a relevância do meio de prova obtido com irregularidade, ou que recolhessem todos os resultados probatórios eivados de nulidade, por poder interceder um juízo de licitude “alternativa” – “putativa”, diríamos nós – do procedimento.

Os vastos e complexos temas da teoria da prova proibida e suas derivações, não poderiam deixar de ter especial impacto no tocante à matéria das ingerências corporais probatórias.

Desde logo, no que respeita às proibições absolutas de prova, parece que as suas estatuições se dirigem prioritariamente às hipóteses respeitantes a medidas processuais que envolvam, nalguma medida, ingerências corporais probatórias mais profundas. Daí, o cuidado do nosso legislador em reforçar o ensinamento de H. Henkel, segundo o qual o direito processual penal é *direito constitucional aplicado*, no art. 125.º do CPP, reafirmando o princípio da legalidade dos meios de prova – com o seu estatuto de admissibilidade e de eficácia –, relegando para os meios de prova atípicos todos aqueles que não estejam expressamente contemplados naquele diploma⁸⁷².

A disciplina das proibições de prova visa satisfazer um programa de tutela jurídico-constitucional – e emergente de instrumentos normativos internacionais – a dispensar da forma processual mais ampla e intensiva às dimensões da intervenção na pessoa, em que relevam especialmente as considerações para com a dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à integridade pessoal (física e moral).

Trata-se de consignar os expedientes procedimentais idóneos à salvaguarda, de tais dimensões da personalidade e que visam, por isso, assegurar, até onde for viável⁸⁷³, mediar e harmonizar, as potenciais colisões entre medidas probatórias – com ingerência corporal – com os direitos fundamentais à integridade pessoal, à própria presunção de inocência⁸⁷⁴, à não auto-

⁸⁷² Posição que não é pacífica na doutrina e jurisprudência nacionais. Contra, GERMANO MARQUES DA SILVA: «No que às diligências de prova respeita, [o arguido] tem de sujeitar-se a todas as que não foram proibidas por lei (artigo 125.º) e quanto às medidas de coacção e garantia patrimonial apenas às que forem previstas na lei (art.º 191.º)» (*Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, p. 444, e também *Curso de Direito Processual Penal*, I, 4.ª ed., Verbo, Lisboa, 2000, p. 300. No mesmo sentido, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, p.154. A posição do referido Professor foi, aliás, transcrita no Ac. RG de 01-07-2013 (rel. Des. M. Augusta Fernandes), como fundamento da obrigatoriedade de o arguido se sujeitar a recolha de autógrafos, da consequente ilegitimidade da recusa e da legalidade da cominação do crime de desobediência.

⁸⁷³ No pressuposto de que para além de certo limite, terá de prevalecer um dos valores em conflito.

⁸⁷⁴ Estabelecidos, p. ex., na DUDH, de 10-12-1948, que estatui, no seu artigo 11.º, que «*toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo*

inculpação/não autoincriminação, à reserva da vida privada, à autodeterminação informacional e genética. E, por consequência, em cominar com a insuscetibilidade de produção ou de valoração probatória, em sede de decisão penal, o resultado de qualquer medida que transponha as linhas de observância do respeito por aqueles valores, tutelados por direitos correspondentes.

Nesse sentido, as proibições absolutas de prova – consagradas no art. 126.º, n.ºs 1 e 2 do CPP – expressam de forma inequívoca a intenção de uma ampla tutela da pessoa humana, cujo cerne reside nos direitos acima elencados, essencialmente quando se joguem as dimensões da integridade corporal, face aos propósitos de recolher elementos de prova através de ingerências no corpo do imputado. As proibições absolutas de prova expressam, pois, em nosso entender, uma preocupação fulcral com a necessidade de regular e prevenir os abusos que podem envolver a utilização de certas ingerências corporais com finalidades probatórias contra a pessoa visada, independentemente do consentimento desta. Donde, não aceitar o legislador processual penal a relevância putativa do consentimento – ainda que efetivamente esclarecido, autónomo e informado das consequências – da pessoa visada, quando se esteja perante uma gama de práticas com tamanho significado na interferência da dignidade humana como são os previstos no art. 126.º, n.ºs 1 e 2 do CPP.

Este foi o quadro de indicações interpretativas de proibição de prova que o legislador nacional enunciou, de acordo com a constituição penal a que se mostra estritamente vinculado. É de sublinhar, contudo, que outras soluções se mostram possíveis – e admissíveis, mesmo em modelos de processo penal insuspeitos de não serem classificados como equitativos e democráticos –, como o demonstram outros sistemas jurídicos de matriz diversa do nosso, designadamente alguns sistemas de *common law*, onde são vulgarmente aceites meios de obtenção de prova como a hipnose, o polígrafo, a narcoanálise e outros, considerados entre nós como integrando a categoria de meios ofensivos da integridade moral das pessoas ou, pelo menos, tidos como meios pouco fiáveis e, por isso, inidóneos a uma séria finalidade probatória.

público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas». Igualmente, no PIDCP, de 1976, estabelece-se que «qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida» (artigo 14.º, n.º 2), e na CEDH, de 1950, estabelece-se que «qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada» (art. 6.º, n.º 2). Entre nós, está estabelecido no art. 32.º, n.º 2 da CRP, embora não encontre correspondente exposto no plano ordinário. Curiosamente, o art. 1.º do Código de Processo Penal cabo-verdiano atribui expressamente a primazia ao princípio estruturante da presunção de inocência: «1. Todo o Arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado de sentença condenatória. 2. A presunção de inocência do arguido exige que a prova de sua culpabilidade seja feita por quem acusa e pelo tribunal, na obediência das regras estabelecidas pelo presente Código ou outras leis de processo penal. 3. Havendo dúvida razoável sobre quaisquer factos relativos à infracção cuja existência se procura verificar ou à responsabilidade que se pretende apurar, ela será resolvida a favor do arguido».

O complexo normativo das proibições de prova não se dirige exclusivamente a proteger o titular de direitos fundamentais hipoteticamente vulnerado, contra ingerências (inadmissíveis) do Estado, mas, igualmente, a preservar a representação de credibilidade e reputação de um processo penal que possa ser atributo de um Estado de direito, como “pessoa de bem”. Nessa medida se fala da *pluridimensionalidade dos direitos fundamentais*: os direitos fundamentais primordialmente concebidos como “trunfos” do cidadão face ao (ou contra o) Estado⁸⁷⁵, encerram uma completa *ordem objetiva de valores (objektives Wertordnung)* ou um dado *sistema de valores (Wertsystem)*⁸⁷⁶.

Os problemas das proibições de prova⁸⁷⁷ podem colocar-se com especial ênfase no quadro das ingerências corporais probatórias. Uma das formas de equacionar a ponderação de interesses, ao abordar-se a viabilidade de autorização de uma compressão de um bem jurídico tutelado por um direito fundamental, é a de proceder a uma aferição entre o bem tutelado pela norma incriminadora e o bem a sacrificar através da medida probatória virtualmente adequada e idónea a produzir prova sobre o facto a investigar.

Essa ponderação entre a lesão pretérita de um bem – pelo crime investigado – e a lesão iminente ou futura de outro bem jurídico, com vista a permitir a sua demonstração probatória, tem sido acolhida pelo BGH, no sentido de justificar a aceitação de proibições relativas de prova, precisamente por se admitir a valoração de provas ilicitamente obtidas se o bem jurídico tutelado pela norma incriminatória violada onde essa prova é produzida for superior ao bem jurídico que é tutelado com certa proibição de prova⁸⁷⁸.

Esse critério tem sido contestado por alguma doutrina mais recente, colocando-se a tónica entre a ponderação de dois ou mais bens ou interesses, no momento atual e concreto

⁸⁷⁵ De acordo com uma conhecida terminologia de R. DWORKIN em *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977 e «Rights as Trumps», *Theories of Rights* (J. WALDRON, org.), Oxford, 1984, pp. 153 ss, divulgada entre nós por JORGE REIS NOVAIS em *As Restrições aos Direitos Fundamentais ...*, cit., pp. 602 ss e em *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Ed., Coimbra, 2006. SCHAUER prefere o termo “armaduras”, mas com idêntico significado, de garantia dos particulares, com base num princípio de justiça constitucionalmente densificado, no valor superior da dignidade da pessoa humana, estabelecendo uma barreira intransponível, indisponível e incompressível de autonomia e de liberdade individuais, independentemente do dano ou vicissitudes advenientes para as maiorias políticas conjunturais do reconhecimento de uma tal força normativa.

⁸⁷⁶ Assim, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, pp. 39 e ss.

⁸⁷⁷ De acordo com doutrina representativa, as proibições de prova são autênticas limitações à descoberta da verdade, nessa medida integrando o estatuto jurídico-constitucional da defesa, ao passo que as nulidades são respostas jurídico-processuais para os vícios estritamente formais (cfr., por todos, J. CONDE CORREIA, «A Distinção entre Prova Proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa Perspectiva essencialmente Jurisprudencial», *RCEJ*, 1.º semestre 2006, N.º 4, *passim*).

⁸⁷⁸ Assim, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo penal*, cit., pp. 149 e 157. Sobre a forma como o BGH assimilou a doutrina mencionada no texto ao longo de 40 anos, integrando no processo penal a tutela dos direitos fundamentais imposta pela Grundgesetz, também com referência à matéria das proibições de prova, cfr. CLAUS ROXIN, «Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Ein Rückblick auf 40 Jahre», *Jauernig/Roxin, 40 Jahre Bundesgerichtshof, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, 193, C.F.Muller, Heidelberg, 1990, pp. 66 e ss, *maxime* pp. 78-84, *apud* RAUL SOARES DA VEIGA, «O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (M. FERNANDA PALMA, coord.), Almedina, Coimbra, 2004, p. 187 (nota 3).

em que se imponha proceder a determinada diligência probatória e esta seja realizável por formas alternativas, podendo sacrificar-se um bem menos valioso em vez de outro mais valioso, concretamente o que está em causa na adoção de uma medida probatória de investigação. Se lograr obter-se um juízo afirmativo de preponderância do interesse da investigação, a diligência deve ser autorizada ou ordenada. Todavia, se for apenas possível obter uma prova relevante através do sacrifício de um bem de igual ou maior valor, colocar-se-á o problema do indeferimento.

Raul Soares da Veiga enuncia uma proposta – que concita parcialmente a nossa adesão – de adoção de cinco tópicos que devem presidir à ponderação de bens ou interesses que possam concretizar-se em restrições ético-sociais que imponham a restrição de direitos fundamentais; assim, de acordo com os cinco tópicos seguintes, achar-se-ia um critério de identificação da ilicitude de atos, diligências ou medidas processuais restritivas de direitos fundamentais: 1. Desnecessidade da compressão de certo bem; 2. Se o bem ofendido for da mesma natureza, não se deve permitir uma lesão de grau igual ou superior; 3. Em especial, se o bem ofendido não for da mesma natureza, a ponderação de bens há-de ter em conta que o bem ofendido é um bem pretérito (já lesado), enquanto o bem a sacrificar através da medida processual ainda não foi restringido, o que implica uma degradação do valor do bem pretérito; 4. Entre dois bens a sacrificar alternativamente, deve escolher-se o de menor gravidade; *in dubio* contra violação de direitos fundamentais, e; 5. Não se tem de optar por meios processuais de eficácia duvidosa, podendo escolher-se o único eficaz, exceto em situações de bagatelas penais⁸⁷⁹. De acordo ainda com a construção do mesmo Autor, na investigação, poderiam surpreender-se três níveis de tutela de direitos fundamentais, enquanto limites à investigação criminal, cuja vulneração poderia implicar proibição de prova⁸⁸⁰:

1. Um nível de ponderação concreta pelas autoridades judiciais (JI e MP) mas, também, no plano da atenção às *exclusionary rules*, pelas entidades policiais,

⁸⁷⁹ «O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais», *loc. cit.*, p. 188.

⁸⁸⁰ A enunciação que o Autor faz reconduz-se à seguinte ordem: «a) O nível abstracto absoluto – que é o da exigência de absoluto reconhecimento da dignidade da pessoa humana e portanto da proibição da morte, da tortura, dos atos cruéis, degradantes ou desumanos, da proibição pelo desrespeito pela integridade física e moral de todas as pessoas, da proibição de quaisquer presunções de culpabilidade, da protecção contra quaisquer formas de discriminação negativa. As regras do art. 126.º do CPP revelam exactamente este nível absoluto e abstracto de tutela dos direitos fundamentais, na medida em que não admitem excepções nem derrogações, para além das que constam do próprio preceito.

b) O nível abstracto relativo – é o da admissão de restrições à liberdade (como na prisão preventiva), ao direito à propriedade (como nas apreensões), ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da vida privada e familiar, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, à deslocação, à reunião e manifestação, à associação. A possibilidade e os termos destas restrições constam expressamente da lei, pelo que foram democraticamente permitidas e consideradas meios ou instrumentos admissíveis em processo penal. Haverá que aferir em concreto da sua adequação e necessidade.

c) O nível de ponderação concreta pelas autoridades judiciais (e também, *a fortiori*, pelas entidades policiais) é um nível mais delicado, onde interessa ter presente critérios gerais de prudência e um *in dubio* contra restrição de direitos fundamentais» (*loc. cit.*, p. 189).

concretizando-se através da sensível ponderação de interesses, em que pontificam critérios gerais de prudência e de concordância prática entre si, mas, no limite, devendo interceder um juízo de *in dubio* contra restrição de direitos fundamentais;

2. O nível abstrato relativo consiste na admissão de algumas restrições à liberdade (como na prisão preventiva), ao direito à propriedade (como nas apreensões), ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da vida privada e familiar (como na interceção das comunicações, na gravação de voz e imagem), à inviolabilidade do domicílio (como nas buscas) e da correspondência (apreensão de correspondência), à deslocação (como na proibição ou de frequência de certos territórios ou locais, ou no Termo de Identidade e Residência), à reunião e manifestação, à associação. A admissibilidade e as condições destas limitações devem constar em lei expressa, havendo sido legítima e democraticamente consideradas como meios ou instrumentos admissíveis e utilizáveis em circunstâncias previamente previstas, no processo penal. A operação a empreender é uma avaliação em concreto da sua necessidade, adequação e proporcionalidade à situação.
3. O nível abstrato absoluto, será o da imposição de absoluto reconhecimento e respeito da dignidade [da pessoa] humana e portanto da proibição da morte, da tortura, dos atos cruéis, degradantes ou desumanos, da proibição pelo desrespeito pela integridade física e moral de todas as pessoas, da proibição de quaisquer presunções de culpabilidade e da proteção contra quaisquer formas de discriminação processual negativa. As regras do art. 126.º do CPP pretendem expressar precisamente este nível abstrato e absoluto de tutela dos direitos fundamentais, na medida em que não admitem exceções nem derrogações, para além das que constam do próprio preceito.

Em suma, a teoria das proibições de prova – tema latente e incontornável na abordagem de qualquer tópico de índole processual probatória – cruza-se com a matéria das ingerências corporais probatórias, justamente a propósito da relevância que assume no quadro do processo a operatividade das noções da coercibilidade e do consentimento.

Numa abordagem dogmática constitucional, não existe, ainda que estejam em causa bens jurídicos livremente disponíveis, uma norma ou princípio geral de acordo com os quais o consentimento opere como justificação de intervenções – de outro modo ilegítimos (ou ilícitos), de terceiros ou de poderes públicos – na esfera dos cidadãos particulares, nomeadamente quando sujeitos a processos criminais.

A renúncia dos cidadãos a certos direitos, *rectius* a certas dimensões de direitos fundamentais – como os direitos à integridade pessoal, à reserva da intimidade da vida privada, à autodeterminação informacional, à liberdade ambulatoria – deve, num Estado de direito, ser concebida como uma forma de exercício de direitos fundamentais, que emergem de um direito autónomo, ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º CRP) ou, até, do conteúdo da autonomia especificamente previsto no regime e estatuto de cada um dos direitos fundamentais⁸⁸¹.

Assim, o consentimento relativamente a ingerências processuais probatórias, pode materializar-se na renúncia a dimensões de certos direitos fundamentais⁸⁸², verificados que sejam certos pressupostos. Entre eles, podem enunciar-se: a declaração de vontade livre, informada e autodeterminada do renunciante; a reserva de lei, especialmente em casos de renúncia de direitos essenciais como o direito à vida e à integridade física, que, como questões de interesse comunitário altamente controversas, carecem do concurso de um debate político (e de especialistas) alargado e precipitado em decisão parlamentar, após ponderação dos interesses em confronto; a conformidade material da renúncia aos princípios e regras constitucionais. Sobre este último pressuposto, podem enunciar-se as condições a exigir para a validade e relevância da renúncia a direitos fundamentais, face à necessidade de previsão da disponibilidade de posições de direitos fundamentais, em função do interesse subjacente ao reconhecimento do direito – p. ex. do direito à vida⁸⁸³, à integridade física ou à reserva da intimidade da vida privada – ser considerado como essencialmente pessoal ou não, sendo preponderante a sua dimensão subjetiva, fundada na autonomia individual. Por outro lado, a preservação de um núcleo material mínimo da dignidade humana no direito a renunciar. E o mesmo dever ser concebido como dever de proteção que obrigue o poder estadual a respeitar e proteger a dignidade, mas já não o obrigando a forçar comportamentos conformes à dignidade⁸⁸⁴. Acrescerá, ainda o princípio da proporcionalidade (com os seus três critérios, de necessidade, idoneidade ou adequação, e proporcionalidade em sentido restrito ou proibição

⁸⁸¹ Assim, JORGE REIS NOVAIS, «Renúncia a direitos fundamentais», *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição* (JORGE MIRANDA et al.), Coimbra Ed., Coimbra, 1996, p. 287.

⁸⁸² Para BENEDITA MACCRORIE, «(...) a consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade, por si só, ou em conjugação com as normas de direitos fundamentais nos quais este se concretiza, é fundamento suficiente para admitirmos a possibilidade de renúncia» («A Doutrina da Renúncia a Direitos Fundamentais: os casos de Eutanásia e da Colheita de Órgãos em Vida», *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO - NUNO OLIVEIRA, org), Almedina, Coimbra, 2010, p. 95).

⁸⁸³ No sentido de que o direito à vida é indisponível, contrariando alguma doutrina, BENEDITA MACCRORIE, «A Doutrina da Renúncia a Direitos Fundamentais: os casos de Eutanásia e da Colheita de Órgãos em Vida», cit., p. 98 e nota 22.

⁸⁸⁴ Manifestando dúvidas quanto à aplicação pelo TC nacional da «fórmula do objeto» desenvolvida pelo BVerfG, na sequência de DÜRIG e da filosofia moral de KANT, BENEDITA MACCRORIE discorre quanto ao seu recorte e aponta a aparente contradição na circunstância de «O problema [residir] no facto de se ter transformado o princípio de que o Estado não deve converter o indivíduo em mero objecto, no princípio de que o Estado deve evitar que os indivíduos, nas suas relações privadas, se transformem em objectos» («A Doutrina da Renúncia a Direitos Fundamentais: os casos de Eutanásia e da Colheita de Órgãos em Vida», cit., p. 101 [nota] 32).

do excesso), pressupondo a legitimidade constitucional dos fins prosseguidos com a restrição do direito e a legitimidade dos meios utilizados. Por fim, a salvaguarda do conteúdo essencial do direito, o que, não sendo empresa fácil, em termos absolutos, coincide com a garantia do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e, em termos relativos, com o princípio da proporcionalidade.

Há no nosso ordenamento um caso em que vigora um princípio geral de coercividade no tocante a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que, não se preordenando diretamente à obtenção de prova penal, podem trazer à tona alguns problemas que com ela contendem: o caso dos reclusos, justamente quando a indispensabilidade de intervenções, tratamentos médico-cirúrgicos (e alimentação) simultaneamente congregue um problema de perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso e a eventual prova de algum facto criminalmente relevante (artigos 8.º, al. g) e 35.º do CExP).

Num Estado de direito tudo deve ser feito, mesmo *a outrance*, no sentido de preservar a vida⁸⁸⁵, o estado de saúde (se possível, melhorá-la) e a integridade funcional e corporal do recluso que pretenda não continuar a viver, optando por não se tratar ou deixar de se alimentar. Trata-se de um princípio civilizacional assente sobre a eliminação da suspeita de maus tratos ou de assassinato sobre pessoas presas por parte das instâncias do poder político, que foi, e é, uma realidade de má memória infelizmente ainda frequente em certos sistemas políticos da atualidade.

Em princípio, ao recluso é reconhecido o direito de recusar tratamento ou alimentação, desde que possua discernimento suficiente para avaliar o sentido e alcance da recusa (art. 75.º do CDOM). Mas, quando o estado de saúde do recluso lhe retire o discernimento para avaliar o sentido e alcance da recusa, as autoridades penitenciárias podem impor-lhe coativamente intervenções, tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação, se existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde (art. 35.º, n.º 3 do CExP). Além disso, podem ser-lhe impostos coativamente (contra uma eventual recusa) intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para o corpo ou para a saúde de outras pessoas (art. 35.º, n.º 2 do CExP).

⁸⁸⁵ Equacionando o problema em sede de direito à vida, JORGE MIRANDA - RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, p. 258, suscitando a questão da (in)constitucionalidade do art. 127.º do DL n.º 265/79, de 01-08, exemplificando com o Ac TC n.º 368/02, que propende para considerar não coberta pela tutela da defesa e proteção da saúde, a saúde privada de cada um dos cidadãos. Em todo o caso, louvando-se também em COSTA ANDRADE, no *Comentário Conimbricense*, os Autores apontam para a necessidade de preservação de balizas à auto-limitação voluntária de direitos fundamentais relativamente a indivíduos privados da liberdade, em homenagem ao princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana e inviolabilidade da vida e da integridade pessoal, ao que deve acrescentar-se a particular condição de vulnerabilidade psicológica, emocional e existencial das pessoas em tais circunstâncias. Parecem-nos procedentes estas considerações.

O que está em causa, não é, sublinhe-se, uma ingerência probatória, designadamente uma intervenção corporal probatória, mas pode reconduzir-se a uma medida com resultado probatório colateral relevante (relembre-se a situação de facto subjacente ao caso *Bogumil c. Portugal*)⁸⁸⁶.

6.2.1. Considerações gerais

A questão do consentimento e da coercibilidade no quadro das ingerências corporais probatórias assume-se como uma das mais controversas no âmbito da teoria processualística em geral, e da dogmática processual penal, em particular.

Ciente desse pressuposto, que coloca ao intérprete e aplicador – bem como ao estudioso – especiais dificuldades na enunciação de uma solução de princípio que não contenha défices de coerência ou de continuidade lógica, tentaremos em seguida afrontar a temática.

No que concerne aos termos da prestação do consentimento, costuma aferir-se da sua admissibilidade em função da natureza, disponível ou indisponível, dos interesses jurídico-penais do visado. Há que ponderar, numa ótica constitucional, se determinado valor consente, ou não, uma compressão, e, em caso afirmativo, em que termos e com que limites. No que respeita, p. ex., à tutela da integridade pessoal, concretamente no que tange à integridade física, há que indagar ainda se a mesma se impõe ao próprio titular ou, ao invés, se haverá uma margem de aceitação da disponibilidade voluntária constitucionalmente aceitável.

Num exercício de hermenêutica dialética da Constituição com a legislação ordinária, a propósito da tutela da integridade física, convocando o regime geral dos artigos 38.º e 39.º e o regime específico do art. 149.º do CP (exigindo ainda para a cabal compreensão do seu alcance, a convocação do disposto nos artigos 150.º e 157.º do CP)⁸⁸⁷ e o estatuído nos artigos 81.º e 340.º do CC⁸⁸⁸, conclui-se que o legislador ordinário admite uma margem de disponibilidade voluntária lícita por parte do titular do direito. Além do direito à integridade física, os outros direitos fundamentais são renunciáveis, nos termos normalmente assinalados pela doutrina constitucional⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ Cfr. *supra*, 5.3.3.4. Se a situação de perigo para a vida ou saúde da pessoa privada da liberdade tem origem em factos que integram objetivamente uma infração, aí a medida pode assumir uma dupla vertente, de intervenção probatória e de medida coativa legal, parecendo-nos que a autoridade prevalecte deverá ser a autoridade judiciária competente, e não as autoridades prisionais. Estamos a pensar nos casos típicos dos “correios de droga” que ingerem embalagens de droga, que não conseguem expelir naturalmente, ou mediante estímulos farmacológicos.

⁸⁸⁷ «Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível» (n.º 1).

⁸⁸⁸ «O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão».

⁸⁸⁹ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, «Renúncia a direitos fundamentais», *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição*, cit., pp. 263-335.

Em tese geral – prescindindo do concurso de qualquer quadro teórico-epistemológico sobre a conformação jurídico-constitucional de sistemas processuais –, poderia dizer-se que o princípio do consentimento para a sujeição a diligências probatórias com recurso a ingerências corporais deveria ser a regra em qualquer ordenamento processual penal; a realização de qualquer medida que implicasse uma ingerência corporal deveria ser precedida do válido consentimento do visado: seria o princípio absoluto da exigência do consentimento, que estaria de acordo, em termos de continuidade lógica, com uma dimensão absoluta dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito à não auto-inculpação e de proibição da indefesa.

Dentro dessa lógica, logo se suscitariam diversas questões que, de algum modo, colocam em crise a sua aparente linearidade.

Em primeiro lugar, a questão do consentimento para a sujeição a medidas probatórias com ingerência sobre o corpo pode coenvolver o problema da sua manifestação ter de ser expressa – em termos de se concluir pela sua inequivocidade, assumindo porventura a forma escrita – ou tácita.

Em segundo lugar, quando se poderia aceitar ou entender como validamente prestado ou expresso o consentimento? Aqui, colocam-se os problemas mais gerais da necessidade de afastar os riscos de um qualquer grau condicionamento – ostensivo ou aparente – à prestação do consentimento, de forma a garantir a sua liberdade, genuinidade e espontaneidade: tendo em consideração os níveis de baixa literacia de muitas das pessoas envolvidas em processos criminais, em que termos seria considerado um verdadeiro “consentimento informado, livre, autónomo e esclarecido”, nomeadamente sem a garantia da presença de defensor?

Em terceiro lugar, ainda, se o imputado – arguido ou suspeito – que se sujeita voluntária ou consentidamente à realização de uma diligência probatória com implicações corporais, isso implica renunciar irremediavelmente a qualquer faculdade de recusa à sua concretização integral? E, anuindo expressa ou tacitamente à concretização da mesma, poderá opor-se validamente, no decurso ulterior do processo, à produção do respetivo resultado probatório com base na violação de um direito fundamental?

Um princípio absoluto de exigência de consentimento parece não se compatibilizar com uma ideia de *irrevogabilidade* ou de *irretratabilidade*. Se o consentimento é admitido *ab initio*, por que razão, uma vez (validamente expresso e) prestado, não poderia ser ulteriormente revogado? A admitir-se que o consentimento seria apenas compatível com a revogabilidade até à aquisição do elemento de prova pretendido (e não já após a sua aquisição), crê-se que, também aí, haveria um défice de coerência lógica com uma ideia de *consentimento*, porquanto a

aquisição do elemento probatório não faz, por si só, desaparecer a razão que fundamenta(ria) a necessidade do consentimento, seja ela o direito à integridade pessoal, à privacidade, a autodeterminação informacional ou outro. Admite-se que, nesse momento, essa razão tenha sido ultrapassada: o direito à integridade pessoal, à privacidade ou à autodeterminação informacional já foram vulnerados e, por conseguinte, não demandariam outra “barreira” de proteção. Todavia, como a doutrina faz notar, uma coisa é a ingerência no momento da *produção* do elemento probatório, outra é a ingerência no momento da sua *reprodução* – ou *valoração* – no processo⁸⁹⁰, sendo aqui que a vulneração do direito fundamental sofre uma lesão irremediável, em termos processuais-probatórios. Ora, esta última, de acordo com esse posicionamento, não seria evitada, não ficando, sequer, na esfera de disponibilidade do imputado a sua exercitação, conformação e valoração.

É, ainda, geralmente associada à configuração do consentimento a questão das consequências da possibilidade alternativa de contribuição ativa ou passiva do sujeito na medida probatória e no seu resultado. Caso o sujeito tivesse que contribuir ativamente para a concretização da medida probatória – p. ex., manuscrevendo um texto para análise comparativa com outro escrito, soprando para o alcoolímetro –, a mesma seria acautelada pelo princípio da não autoincriminação, não tendo o Estado forma de, em tais casos, o compelir, a não ser através de cominações sancionatórias. Já quando bastasse para a concretização da medida, que o sujeito se submetesse a ela passivamente, o Estado poderia compeli-lo, através do uso da força ou da sua iminência.

Um princípio que assumisse tal forma desvirtuaria, quanto a nós, o princípio da igualdade – também o princípio da igualdade em matéria criminal –, por potenciar e admitir resultados distintos para situações idênticas, de acordo com a disposição ou a vontade dos imputados para consentir, ou não, na sua sujeição a medidas probatórias envolvendo ingerência corporal. No fundo – afastada que está qualquer hipótese de construção de um mecanismo de inversão de ónus de prova ou de *indiciação indireta* pela recusa injustificada em submeter-se à medida –, gerar-se-iam soluções de manifesta desigualdade, ao permitir-se que em situações idênticas, a alguns imputados fosse legítimo prevalecer-se da consequência de eventual carência probatória por não terem consentido na sujeição a tais diligências

⁸⁹⁰ Embora reconduzindo a discussão às proibições de prova no contexto das interceções de comunicações (designadamente, das “escutas telefônicas”), COSTA ANDRADE lembra que de acordo com HASSEMER em «Telefonüberwachung und Gefahrenabwehr», ZRP, 1991, p. 121: «(...) é verdade que a aquisição da informação constitui o pressuposto necessário da sua valoração. Mas é só no momento da valoração que o direito fundamental sofre lesões reais» («O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal – Reflexões a partir das escutas telefônicas», RLJ, Ano 142.º, N.º 3981, jul.-ago. 2013, pp. 352-377).

probatórias (envolvendo ingerências corporais), face aos demais, que anuíssem em submeter-se-lhes⁸⁹¹.

Pode objetar-se que isso é, também, o que sucede na confissão declaratória, correspondendo, afinal, o consentimento para sujeitar-se a diligências de prova com ingerência corporal a uma *confissão corporal*.

Esta objeção não pode, evidentemente, proceder. Com efeito, na confissão declaratória há ditames jurídico-constitucionais que salvaguardam de forma absoluta a dignidade humana – como a proibição de o silêncio prejudicar a posição processual da defesa e a inexistência de cominações sancionatórias – e que, indiretamente, asseguram eficazmente o direito ao silêncio – não só através da proibição da tortura ou de tratamentos degradantes ou da promessa de vantagens ilegítimas –, mas também pela invalidade e irrelevância processual de condutas que atentem contra a integridade pessoal, apesar de poder (eventualmente) interceder o consentimento do visado (proibições absolutas de prova), impedindo as autoridades processuais de qualquer possibilidade de interferência em tais domínios. Estas, não dispõem, por outro lado, de qualquer meio seguro para extrair uma confissão *auténtica* ou *genuína* – que corresponda à realidade –, ao contrário do que sucede nas diligências probatórias com ingerência corporal, cujo resultado objetivo coloca, em posição de igualdade todos os que a ela se sujeitem em condições semelhantes. Por outro lado, enquanto na confissão declaratória, a sua finalidade é, presumidamente, a obtenção da *confirmação* de uma suspeita da ocorrência de um facto qualificado como crime, na sujeição a medidas de prova com ingerência corporal, nem sempre há uma suspeita [inicial] *a confirmar*, porquanto há sempre a probabilidade de a suspeita do facto que integra a hipótese criminal relativamente ao suspeito concreto, não só não se confirmar como, até, de se demonstrar a sua negação. Assim, a equiparação entre a disciplina processual da declaração confessória e a do resultado de uma ingerência corporal probatória não nos parece definitivamente procedente.

Por último, a exigibilidade do consentimento para toda e qualquer medida probatória com ingerência corporal, seria tributária de um paradigma processual de integral *consensualismo* – ao que sabemos inexistente –, incompatível com qualquer modelo de processo penal que se pretenda dotado de um grau de efetividade mínima.

Mas, a mais séria – e, quanto a nós, insuperável – crítica a um tal modelo é a objeção de que a exigibilidade estrita do consentimento, ainda que *livre e esclarecido*, poderia legitimar

⁸⁹¹ A desigualdade de resultados num tal tratamento processual seria ainda mais flagrante, se estivessem em causa participantes no mesmo facto penalmente relevante, no âmbito de um mesmo processo, assistindo-se a resultados probatórios distintos – agravados por uma hipotética regra de inadmissibilidade de produção de prova relativamente a co-arguidos que optassem pelo *direito ao silêncio corporal* –, a que um exercício de aturado cotejamento e conjugação probatória com outros elementos poderia não ser suficiente para contrariar eficazmente.

medidas processuais probatórias que atentassem contra a dignidade humana. Sobretudo quando, além de pressupor um critério de *exigibilidade* – seria sempre exigido o consentimento do visado – postulasse um princípio de *suficiência*: o consentimento do imputado seria suficiente para a validade do meio de prova e do seu resultado. Ou seja, recortando-se o regime das proibições absolutas de prova⁸⁹² como um sistema em que, apesar do consentimento do visado, as provas – *maxime* as obtidas por recurso a medidas probatórias com ingerência corporal atentatórias da sua dignidade (*v.g.* coação, maus tratos, administração de fármacos) – estão feridas de nulidade insuprível, a prestação de consentimento pelo imputado neutralizaria o efeito invalidante que o dito regime de proibição absoluta [de prova] prossegue.

A tese contrária funda-se em pressupostos diversos: os de que o imputado não tem nunca que prestar o seu consentimento ou o poder de recusar submeter-se à realização de uma diligência probatória com ingerência corporal, ou, pelo menos, 1) a um certo número de modalidades de ingerências corporais, ou de se opor 2) em circunstâncias legalmente pré-estabelecidas que imponham a obrigatoriedade de sujeição a tais diligências, sem prejuízo de, nalguns casos, a recusa poder ser efetiva, tendo uma consequência processual (pecuniária ou de outra natureza) ou criminal (*v.g.* a cominação legal do crime de desobediência).

Relativamente a este outro modelo processual penal, virtualmente concebível no tocante ao modo de ingerência corporal probatória, o consentimento do visado para se sujeitar a medidas de prova com ingerência corporal, é dispensado relativamente a certas medidas probatórias e que se realizem dentro de certos pressupostos e dentro de juízos de proporcionalidade em sentido amplo e restrito.

Mas, por outro lado, o consentimento, eventualmente prestado e existente, é irrelevante quando se produza prova através de meios considerados atentatórios da dignidade humana, como a tortura, coação ou ofensa da integridade pessoal (física ou moral) das pessoas.

E aqui se retoma a superação da crítica ao sistema da exigibilidade e suficiência do consentimento.

O consentimento do imputado – para a realização de uma diligência probatória como ingerência corporal – não só não é essencial, como é dispensado quando se formule um juízo de indispensabilidade, proporcionalidade, idoneidade em termos gerais e abstratos, em função da necessidade de proteção de bens jurídicos cuja dignidade e relevo a lei reputa como aptos

⁸⁹² Neste sistema, o eventual consentimento do visado para sujeitar-se a uma ingerência corporal probatória, não dispensa a ponderação, normalmente jurisdicional, processualmente materializada através de despacho autorizante ou convalidatório, *a priori* ou *a posteriori* da respetiva produção, da necessidade (ou indispensabilidade), proporcionalidade e oportunidade da medida.

para justificar o sacrifício de bens jurídicos daquele, como a integridade pessoal, a privacidade ou a autodeterminação informacional.

Nesta concepção sistêmica a lei poderá, em certos casos, acolher a manifestação de uma recusa – logo uma aparente relevância da *negação do consentimento* – fazendo-lhe, no entanto, corresponder uma consequência processual ou material penal para essa recusa: uma cominação sancionatória. Será, p. ex., entre nós, o caso do regime de fiscalização do estado de embriaguez, de influência pelo álcool ou por drogas no exercício da condução, em que o imputado pode recusar submeter-se a qualquer dos métodos para a sua deteção, sem, contudo, deixar de sofrer uma sanção por tal recusa (injustificada), decorrente da condenação pelo crime de desobediência, além de uma consequência acessória idêntica à que resultaria da hipotética condenação pelo crime de condução em estado de embriaguez ou influência por drogas (cfr. art. 69.º, n.º 1, al. c) do CP)⁸⁹³.

Será, ainda, com diferentes pressupostos e implicações, o regime da recusa a sujeição a revista ou perícia autorizada pela autoridade judiciária competente (após verificação da falta de consentimento), nos termos do art. 53.º do DL n.º 15/93, em que é cominada a prática de um crime, admitindo-se a coercibilidade na concretização da mesma. Poderá ser, ainda, o caso da recolha de bioamostra para finalidade de determinação do perfil genético.

É mais duvidosa a solução para o caso de recolha de autógrafos, em que, não sendo materialmente viável a execução específica da obtenção dos padrões de escrita manual, seria aparentemente, mais coerente, a imposição de uma cominação sancionatória, *v.g.* a cominação da prática de um crime de desobediência ou a expressa previsão de outro tipo de crime, para o caso da recusa injustificada⁸⁹⁴.

Em tese geral, não nos parece que seja em função da maior tolerabilidade à ingerência corporal probatória que deva aceitar-se um critério de admissibilidade de coercibilidade (uso da força física ou sua ameaça, ou cominações sancionatórias) como reação a uma falta de consentimento à sua sujeição. A admissão da coercibilidade deve, antes, estabelecer-se em função da essencialidade e da possibilidade material efetiva de obtenção/produção do resultado probatório pretendido com a medida.

⁸⁹³ De notar que, de acordo com este regime o arguido pode, inclusivamente, vir a ser condenado em pena(s) superior(es) à(s) que resultaria(m) de uma eventual condenação pelo crime do art. 292.º do CP. E, mais impressionante ainda, a eficácia da recusa de consentimento nessa situação, pode originar uma condenação criminal que, de resto, não ocorreria por não se verificarem os pressupostos típicos do crime (mas apenas da contra-ordenação, ou nem isso), não correspondendo, por isso, a uma *substituição* da putativa condenação pelo crime do art. 292.º do CP, mas a uma *agravação objetiva* (eventualmente injustificada ou sem legitimidade constitucional) da posição processual do imputado.

⁸⁹⁴ Cfr. 5.3.3.3., a propósito do AUJ do STJ n.º 14/2014.

Pode haver, portanto, uma geometria variável complementar na equação a estabelecer entre as categorias do consentimento e da coercibilidade em matéria de ingerências corporais probatórias, consoante a obtenção da sua finalidade 1) se possa produzir por meios alternativos, dispensando-se a força física ou sua ameaça, 2) se possa produzir com recurso à força física ou sua iminência, ou 3) não possa produzir-se absolutamente.

Ponto é que as cominações sancionatórias se achem a coberto de reserva de lei, aspeto que cremos dever impor uma muito necessária e desejável interiorização por parte do legislador.

Os problemas são adensados quando se pensa que algumas ingerências, *maxime* as intervenções corporais probatórias, consubstanciam atos médicos, para os quais é essencial o consentimento informado. Desde logo, há que equacionar se os médicos ou outros profissionais de saúde que tenham participação no ato para não fazer perigar a saúde do visado, intervêm como meros auxiliares da investigação ou como autênticos profissionais de saúde, designadamente quando a medida não tenha qualquer intuito terapêutico ou, podendo tê-lo, produza igualmente o efeito probatório originariamente pretendido.

As precedentes considerações conduzem-nos a uma interrogação sobre se fará sentido continuar a tomar o consentimento e a coercibilidade como categorias dotadas de autonomia, ou, diversamente, sobre se não deverá conceber-se as mesmas como as duas faces de uma mesma complexa questão.

Este é, sem pretensiosismo, um dos desafios que aqui deixamos propostos, enquanto exercício metódico-argumentativo.

No confronto entre consentimento e coercibilidade – depois questionaremos se os conceitos se materializam em categorias diferenciadas e autónomas ou se podem ser considerados como relevando de um conceito complexo – o consentimento surge como causa de justificação, dentro de certos pressupostos, de alguns bens jurídico-penais livremente disponíveis por parte do respetivo titular: a integridade física, a honra, liberdade de autodeterminação⁸⁹⁵.

Este é, em grandes linhas, o sistema que vigora na maioria dos Países do espaço juscultural europeu continental e de *common-law*⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ P. ex., de acordo com as cláusulas de adequação social e os bons costumes – artigos 38.º, 39.º e 149.º do CP. A este propósito, entende COSTA ANDRADE que o preceito do art. 149.º do CP poderia ser dispensável, ante o regime dos artigos 38.º e 39.º, assumindo, contudo, densidade e «conteúdo normativo próprio», não sendo mera redundância daquele regime (*Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 276 e 277).

⁸⁹⁶ De referir que, constatando a heterogeneidade das ingerências corporais probatórias, no Reino Unido, o Police and Criminal Evidence Act 1984 (Armed Forces) Order 2009, N.º 1922, consagra no art. 12 a salvaguarda da exigência do consentimento da pessoa para a recolha de «amostras íntimas» (as que recaiam sobre cavidades corporais – anais, vaginais –, com exceção da boca), enquanto admite a coercibilidade, e até do recurso à utilização da força física para eventual recolha de «amostras não-íntimas» (cabelos, saliva, suor, etc) – art. 13.

O problema do consentimento introduz também alguns aspetos controvertidos no que respeita à sua validade.

Dir-se-á, categoricamente – até pelo arrimo normativo conferido por diversos instrumentos internacionais (artigos 5.º da DUDH, 3.º da CEDH, 7.º do PIDCP, 5.º, n.º 2 da CADH, 2.º da Convenção da ONU contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes) ou ordenamentos constitucionais (artigos 25.º, n.º 2 e 32.º, n.º 8 da CRP, 5.º, III da Carta Fundamental de 1988 brasileira e 104.º, 1 da Constituição alemã), além de normas processuais penais que proíbem o emprego da tortura – que nenhuma medida probatória com recurso a ingerências corporais que pudesse confundir-se com a tortura seria válida, ainda que houvesse uma “ratificação” ou consentimento prestados *a posteriori* pelo visado.

Essa proibição impede o aproveitamento de qualquer declaração confессória ou auto-inculpatória obtida por meios probatórios que atentem contra a integridade pessoal (física e moral) das pessoas, mesmo que estas prestem, ulteriormente à sua obtenção, o consentimento para a sua utilização⁸⁹⁷.

Parece ser esse o inequívoco sentido do ordenamento nacional, em que na cláusula do art. 126.º, n.º 2 do CPP, se comina com a *inutilizabilidade* as provas ofensivas da integridade física ou moral das pessoas (integridade pessoal), mesmo com o seu consentimento. O que, por maioria de razão, se terá de entender ser extensivo às provas «obtidas mediante tortura ou coacção», por serem proibidas, pelo que, igualmente, seriam inutilizáveis, ainda que houvesse anuência dos visados para a sua apreciação e valoração.

Ficariam fora da proibição os meios de prova que recorressem a ingerências corporais e fossem adequados e proporcionais – atendendo à gravidade da fenomenologia criminal sob investigação, de acordo com critérios de severidade da moldura penal, mas, essencialmente, de acordo com a gravidade das consequências do crime designadamente para bens jurídicos de terceiros – necessários – tendo em conta a concreta economia da investigação, faltando outros meios alternativos de prova, não intrusivos na esfera de reserva corporal.

Seriam, pois, admissíveis as provas decorrentes de ingerências corporais que respeitassem esses critérios – de proporcionalidade e necessidade – e que não ponham em perigo a saúde ou integridade, de forma grave e irreversível, do visado.

⁸⁹⁷ Não fará sentido admitir a hipótese de um imputado prestar o seu consentimento para ser torturado (por meios mais ou menos *moderados*) ou coagido ou que contra ele sejam utilizados métodos cruéis ou degradantes, uma vez que poderia alcançar voluntariamente o mesmo resultado sem ter de suportar a violência e penosidade de tais meios; mas, em contrapartida, já não será descabido admitir-se abstratamente, a hipótese de um arguido pretender autorizar a valoração processual de uma declaração auto-inculpatória obtida mediante um desses métodos.

Tais ingerências corporais (leves, inócuas, indolores, superficiais) podem admitir, pois, que a sua validade fique legitimada por um consentimento do visado, mesmo no caso de inexistência de uma específica previsão legal habilitante, e, eventualmente, em caso de urgência e de perigo na demora, serem determinadas pelo MP ou por autoridade policial, mediante validação judicial posterior⁸⁹⁸.

Um tal consentimento – para se tornar válido e plenamente eficaz – deveria reunir um conjunto de pressupostos. Desde logo, deveria tratar-se de ingerência leve ou não profunda, em todo o caso que não pusesse em perigo de forma grave e irreversível a saúde do visado (atendendo nomeadamente à sua fragilidade em concreto).

Deveria conter-se nos parâmetros da idoneidade – tratar-se de meio técnico-cientificamente aceite de forma indiscutível e apropriado à finalidade probatória – da necessidade – inexistência de outros meios alternativos (e exequíveis) de prova – e da proporcionalidade – à gravidade do delito em si (de acordo com a moldura penal cominada ao tipo de crime)⁸⁹⁹ e das suas consequências potenciais para bens jurídicos de valor inequivocamente elevado como a vida, integridade física, tranquilidade pública (de vítimas determinadas ou determináveis, ou não), bem como tendo em atenção os valores em confronto (os bens jurídicos tutelados pelos crimes em causa e os interesses a sacrificar, da dignidade humana, a integridade pessoal, a privacidade e integridade física, o direito à autodeterminação informacional e o direito à não auto-inculpação do arguido); se necessário, ser levada a cabo por pessoal médico ou auxiliar competente.

Deverá tratar-se de um consentimento informado, esclarecendo-se que o resultado do meio probatório pode ser auto-inculpatório; tal consentimento deveria ser documentado em auto, quanto à informação – no sentido de o visado ser esclarecido do conteúdo, método e consequências da medida probatória para a saúde e corpo – e conteúdo da medida – circunstâncias concretas da prestação do consentimento –, sendo, se possível, assinado.

Este “consentimento informado” tornaria válida a produção de um meio probatório virtualmente auto-inculpatório, obtido por meio de ingerência corporal, *rectius* de intervenção corporal leve.

⁸⁹⁸ No sistema espanhol – onde a jurisprudência e a doutrina maioritárias defendem a insuscetibilidade da coerção física, de qualquer espécie, na falta de norma expressa em tal sentido na LECrim, para suprir a falta de colaboração do visado na recolha de amostras biológicas ao imputado –, o Tribunal Constitucional, subscrevendo o princípio de reserva judicial para determinar a restrição ou vulneração de um direito fundamental, pronunciou-se por diversas vezes no sentido de tal reserva não ser absoluta, no caso das chamadas “intervenções corporais leves”, em determinados pressupostos de urgência e perigo na demora, situações em que a reserva judicial cederia o passo ao Ministério Público ou aos OPC atuando na dependência deste, mediante convalidação posterior pela autoridade judicial competente (cfr. MARIA ÁNGELES PÉREZ MARÍN, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *RMP*, n.º 132, out-dez. 2011, p. 140).

⁸⁹⁹ Sendo conveniente e desejável o estabelecimento de um catálogo de crimes, de acordo com esses critérios.

Pode dizer-se, em alternativa à verificação de um tal consentimento, que o problema da coercibilidade não revestiria problema transcendente, bastando a intermediação de um suprimento judicial, com a verificação formal dos mesmos pressupostos, através do qual se autorizaria a ingerência.

Mas não cremos ser essa a melhor solução, porquanto sufragamos o entendimento de ser necessária a prévia existência de norma legal habilitante, nomeadamente no caso de ingerências corporais mais intensas e profundas, a autorizar a restrição ou vulneração [coerciva] de direitos fundamentais, como a integridade pessoal, a privacidade e integridade física, o direito à autodeterminação informacional e o direito à não auto-inculpação do arguido, o que, entre nós, encontra acolhimento no art. 18.º da CRP.

As *Regras Mínimas de Maiorca* (Projeto de Regras Mínimas das Nações Unidas para o Processo Penal) consagram o princípio da proibição de produção probatória através de «intervenções corporais», sem embargo de um enunciado de latas exceções, nomeadamente mediante (1) o consentimento do visado ou (2) a inexistência de outro meio para descobrir o delito, caso em que a intervenção pode ser autorizada por autoridade judicial tomando em conta (2.a.) a gravidade do crime, e (2.b.) não pondo em perigo a saúde do mesmo (regra 23.º, n.º 1).

Este conjunto de exceções coloca, desde logo, um feixe de questões com grande dificuldade ou complexidade hermenêutica, face ao carácter aberto dos conceitos utilizados. Desde logo, julgamos pertinente indagar dos pressupostos e condições de relevância jurídico-material e processual do *consentimento* do afetado: em que circunstâncias e com que garantias de genuinidade e espontaneidade pode ser valorado o consentimento do visado imputado? Os menores – desde que sejam criminalmente imputáveis – podem prestar validamente consentimento? De que modo os incapazes maiores prestam consentimento? A prestação do consentimento implica a sua irretratabilidade? Pode haver ratificação de um consentimento inválido previamente prestado?

No tocante à determinação da natureza da entidade competente – *autoridade judicial* – para autorizar a intervenção corporal contra a ausência de consentimento do afetado, resta por esclarecer se a mesma terá de assumir incondicionalmente a natureza de autoridade jurisdicional (juiz de instrução, juiz de liberdades, juiz de julgamento) ou se pode ser cometida ao MP ou órgãos competentes para dirigir e conduzir investigações criminais.

Por outro lado, fica por densificar o significado da *gravidade* dos crimes relativamente aos quais o consentimento pode ser suprido por autorização da autoridade judicial,

nomeadamente se tal critério se refere a determinada natureza de crimes (tipologias legalmente especificadas) ou a segmentos de determinadas molduras penais abstratas.

Naturalmente que a resposta a todas essas questões – e porventura outras, que neste momento não se consegue antecipar – dependerá das opções político-criminais a fazer por cada ordenamento jurídico-constitucional, ou da conformação que os instrumentos internacionais ou da UE vierem a definir ou a apontar como orientações tendenciais para esses ordenamentos.

Procurando, por uma razão metodológica – a fim de permitir uma indagação científica descomprometida das questões a abordar aqui –, colocar de parte a problemática da prova proibida, afigura-se-nos oportuno proceder, a este propósito, a um exercício metódico-argumentativo.

Partindo da exceção à proibição das intervenções corporais probatórias das *Regras de Maiorca*, que consiste no consentimento do visado, é importante notar a inadmissibilidade de uma cláusula geral de *consentimento incondicionado* por parte do visado, relativamente a medidas que violem a dignidade humana, no momento de produção de prova penal através de ingerências corporais. Por outro lado, assente a inaceitabilidade de um tal princípio, teria cabimento a eficácia do consentimento do visado, no momento processual de valoração de provas obtidas através de ingerências corporais que tenham violado a dignidade, p. ex. através de tortura, de hipnose, do soro da verdade ou outra, sabendo que uma coisa é a proibição de produção e outra, distinta, a proibição de valoração da prova?

Poderá, afinal, indagar-se se a noção de coercibilidade não é inerente e constitutiva do conceito de intervenção corporal probatória. No que respeita à sua dimensão objetiva, o mesmo vem sendo associado a uma co-implicada noção de *coercibilidade*, relevando para essa categoria apenas as intervenções coercivamente determinadas e realizadas sobre o corpo humano – ou uma qualquer das suas dimensões – no âmbito de um concreto processo. Ou seja, apenas as intervenções em que não se verificasse o concurso espontâneo do imputado na produção de resultados probatórios sobre o seu corpo poderiam ter efeitos probatórios válidos. Aquelas medidas probatórias visando alcançar um resultado probatório de uma suspeita, a cuja realização o suspeito ou arguido anuisse, não seria já considerada *tecnicamente* uma intervenção corporal probatória.

Esta conceção é redutora, porquanto faria depender da voluntariedade ou da aceitação do sujeito processual visado – suspeito ou arguido – a definição da medida como intervenção probatória.

Pensamos ter demonstrado a imprestabilidade de uma tal ideia, ao aproximarmos-nos de uma conceção de intervenção corporal probatória integrada na categoria mais ampla das ingerências corporais probatórias, na qual o consentimento não se opõe nem exclui a sua classificação como tal. O que sucede é precisamente o contrário: apesar do consentimento, certas intervenções corporais podem não surtir efeitos probatórios válidos: os casos das denominadas proibições absolutas de produção de prova.

Tomemos como exemplo a colheita de bioamostras para obtenção de perfil de ADN: apesar de se prefigurar apenas como uma fase de um meio complexo de produção de prova – em que se combinam aspetos de exame e de perícia médico-legal –, a recolha de saliva através de zaragatoa bucal sem o consentimento do visado, não deixa dúvida sobre a sua classificação como ingerência corporal probatória, para quem, como nós, a entende como não atentando contra a integridade física, ou como intervenção corporal leve, para quem entenda haver uma ofensa, ainda que mínima, àquele bem jurídico.

Como é sabido, ao contrário do processo civil, não há no processo penal um dever de colaboração ou de cooperação⁹⁰⁰ por parte do arguido⁹⁰¹. É certo que mesmo no âmbito processual civil o referido dever não é absoluto, não se sobrepondo aos regimes de tutela de direitos fundamentais nem aos regimes de segredo de Estado, de segredo confessional ou profissional. Ao contrário, no processo penal vigora o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou, na matriz juscultural anglo-saxónica, o *privilege against self incrimination*. Desvinculado, assim, o arguido, de qualquer dever processual de colaboração, não se pode, rigorosamente, colocar a questão da distinção entre ingerência corporal autorizada ou consentida, por um lado, e ingerência não autorizada, por outro, assumindo só esta o estatuto de ingerência corporal probatória.

Por outro lado, há uma margem de ingerência probatória sobre o corpo para lá da relevância de qualquer consentimento do visado, ou em que, pelo menos, a relevância do consentimento pode ser questionável, como serão os casos de invasividade profunda (intervenções corporais profundas) e de vulneração da reserva da intimidade corporal com afetação sensível da substância corporal e criação de perigo para a vida ou para a saúde de forma grave. Não pode a admissibilidade de valoração de prova resultante de algumas intervenções corporais – as profundas, que implicam atentados graves à integridade física – ficar inteiramente dependente da autorização ou consentimento por parte do visado.

⁹⁰⁰ Ou, mesmo, um dever de colaboração na descoberta da verdade, emergente do dever geral de cooperação consagrado nos artigos 266.º e 266.º-A do anterior CPC, atuais artigos 7.º e 8.º do CPC.

⁹⁰¹ A propósito da configuração da sujeição do visado a medidas de intervenção corporal probatória como «obligación» (dever) ou «carga» (ônus) processual, cfr. M. ISABEL HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 402-413.

Por isso, defendemos que para o preenchimento do conceito de ingerências corporais probatórias, será indiferente a autorização ou consentimento para a sua realização – ainda que manifestados de forma livre, expressa e esclarecida – do imputado (suspeito ou arguido) no processo⁹⁰².

Invocamos a este propósito a posição de Varela Agrelo, após recensear o posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol – que defendeu não existirem conflitos de direitos, mas sim prevalência de um direito sobre outro, atendendo a cada caso concreto – e a posição da doutrina daquele país – que, fundamentalmente, explica a solução da *colisão* pela elasticidade dos direitos, que se comprimem e voltam a expandir-se após a cessação do motivo da sua compressão, sem que suponham a sua extinção ou a perda de um âmbito nuclear pessoal para o titular. O referido Autor propõe a possibilidade do emprego da força para vencer a resistência de quem, injustificadamente, se negue a sujeitar-se a uma prova biológica de paternidade ou a intervenções corporais de carácter leve, como a extração de um cabelo, para realizar uma análise de ADN, considerando que «(...) la postura correcta y razonable, pues nos aleja de los radicalismos de un signo u otro, y nos sitúa en un punto de equilibrio que puede ser aceptado por cualquier lector desapasionado que, desde una posición moderada, acepte que ni puede procederse a intromisiones desproporcionadas e injustificadas en el ámbito corporal, ni debe admitirse la impunidad en todo caso»⁹⁰³.

Em sede geral – e podemos desde já antecipá-lo –, o problema da admissão da coercibilidade e do uso da força, entre nós, tem conhecido posições doutrinárias divergentes. A cindibilidade destes conceitos pode entender-se melhor, se atentarmos em que o conteúdo de uma medida coerciva pode prescindir do uso da força física – ou da sua iminência –, como, p. ex., através da estipulação de cominações sancionatórias de natureza processual (inversão de “ónus da prova”, indiciação indireta), pecuniárias (multas e agravamento ou não redução de custas) ou criminais (crime de desobediência ou outra solução).

A doutrina nacional está dividida entre um grupo de Autores que rejeitam a admissibilidade do uso da força⁹⁰⁴ e outro que a aceita⁹⁰⁵, produzindo-se essas posições quase

⁹⁰² Em 7. procurar-se-á caracterizar o quadro normativo das ingerências corporais probatórias, e, dentro dele – por se nos prefigurar um domínio onde se faz sentir com mais densidade dogmática e maior extensão a problemática dos interesses e valores implicados na operacionalização das categorias do consentimento e da coercibilidade –, a disciplina do quadro de identificação genético-criminal, relativamente ao imputado.

⁹⁰³ «El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, 50, N.º 1772, 1996, pp. 1832 e 1849.

⁹⁰⁴ Assim, embora visando mais especificadamente o problema da recolha de amostras para determinação de perfil genético, aparentemente extrapolando para uma posição mais geral, HELENA MONIZ, «Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais», *RPCC*, Ano 12, N.º 2, abr.-jun. 2002, pp. 249-251, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial», in *RCEJ*, 2.º semestre, 2005, N.º 3, p. 210, SÓNIA FIDALGO, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *RPCC*, Ano 16, N.º 1, jan.-mar. 2006, p. 135, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 456 – afirmadas antes da Reforma penal de 2007 (e das suas implicações

sempre a respeito do problema das condições de recolha de amostras biológicas para efeitos de determinação de perfil genético, apesar de se procurar uma elaboração que forneça formulações genéricas, o que, terá de admitir-se, nem sempre tem sido alcançado.

A jurisprudência nacional sobre esta questão tem respondido de forma mais unívoca, inclinando-se para a admissibilidade – no plano da conformidade constitucional e da legalidade – da recolha compulsiva de amostras biológicas (saliva, urina, sangue, cabelo), sob ameaça ou com recurso à força física⁹⁰⁶.

Uma outra linha de interpelações surge quando as ingerências – mormente as intervenções – corporais probatórias consubstanciam atos médicos. Sabido que para estes é requerido o consentimento informado do visado, como solucionar e conciliar a realização de um ato médico – por médico ou outro profissional de saúde – que integre uma intervenção corporal probatória coercivamente determinada, com a finalidade processual deste?

Para além dos problemas específicos da objeção de consciência (de que não podemos aqui tratar)⁹⁰⁷, perguntar-se-á se o ato do profissional de saúde que intervém aí se prefigura como tal ou como mero *auxiliar técnico* da investigação criminal. Uma tal intervenção é suscetível de descaracterizar a sua qualidade profissional? A sua atuação [técnico-profissional]

no regime dos artigos 154.º e 172 do CPP) –, AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., p. 30 (nota 60).

⁹⁰⁵ Nesta posição, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 464 a 466, em anotação ao artigo 172.º, PEDRO VERDELHO, «Técnica no Novo Código de Processo Penal: Exames, Perícias e Prova Digital», consultável em www.cej.mj.pt/cej/forma...08/.../provatecnicacoimbra2007pv.pdf (informando que no mesmo sentido também se pronunciara RUI PEREIRA, em conferência sobre a Revisão do Código de Processo Penal, realizada em 11-05-2007, no Centro de Estudos Judiciários) e, também, aparentemente, SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3.ª ed, Rei dos Livros, Lisboa, 2008, p. 1111.

⁹⁰⁶ Cfr., entre outros, os Acs da RC de 09-01-2002 (rel. Des. Oliveira Mendes), da RL de 24-08-2007 (rel. Des. Vieira Lamim), da RP de 03-05-2006 (rel. Des. Alice Santos), de 10-12-2008 (rel. Des. Maria Elisa Marques), de 13-09-2006 (rel. Des. Luís Gominho) e de 10-07-2013 (rel. Des. Joaquim Gomes). Como se pode ver referido no último aresto citado, onde se procura uma formulação normativa geral sobre a admissibilidade de uso da coercibilidade (como sinónimo de força coerciva) no quadro de admissibilidade da recolha coativa de amostras biológicas para determinação de perfil genético: «Recapitulando, podemos considerar que as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime, mostrando-se aceitáveis e legitimadas se estiverem legalmente previstas (i), perseguirem uma finalidade legítima (ii), mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos (iii), revelando-se idóneas (a), necessárias (b) e na justa medida (c). Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v), não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi), optando-se, neste casos e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN (vii)».

Também o Ac RG de 15-10-2012, proc.º n.º 21/10.5JABRG.G1 (rel. Des. Cruz Bucho) entendeu que «a circunstância de a recusa ser punida criminalmente (artigo 53.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro) não obsta à realização coactiva ou sob ameaça de execução forçada de exame radiológico ao arguido que transportava no seu corpo produtos estupefacientes, desde que ela tenha sido ordenada por despacho judicial, com integral respeito pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade e a realização da diligência, por técnico habilitado e com o máximo respeito pela dignidade do examinando, não coloque em perigo a vida ou a saúde do arguido» (sumariado na *CJ*, Ano XXXVII, t. IV, pp. 279-280, texto integral disponível em www.colectaneadejurisprudencia.com).

⁹⁰⁷ Costuma argumentar-se que o problema da objeção de consciência estaria precludido pela circunstância de os médicos intervenientes assumirem, por norma, a qualidade de peritos (médico-legais), o que, todavia, pode nem sempre ocorrer, v.g. em casos de intervenção de clínicos ou de outros profissionais de saúde em atos médicos sem nomeação como peritos, ou em situações de urgência e de perigo na demora.

mostra-se, à partida, justificada pela intercessão do juízo jurisdicional de ponderação de interesses subjacente à decisão de autorizar ou ordenar a intervenção corporal que implica a realização do ato médico? Seria, a despeito de existir uma ordem judicial para sujeição a intervenção corporal probatória, sempre necessário obter o consentimento do visado, para a intervenção do médico (o que, afinal, confirmaria o entendimento de que nenhuma determinação ou decisão de sujeição a intervenção corporal probatória pode implicar risco para a saúde, integridade física ou para a vida do visado)?

Não deve esquecer-se que certas intervenções corporais – para já não falar das cirurgias – podem envolver métodos e meios de diagnóstico invasivos, como os exames radiológicos ou de imagiologia de contraste, os quais, pelos riscos de radiação mal aplicada, de alergia ou de anafilaxia aos medicamentos usados, podem provocar graves efeitos adversos. A própria anestesia – geral ou loco-regional – deve pressupor o consentimento informado do paciente. A informação sobre estes riscos compreende-se nos deveres de informação para o consentimento médico informado. Serão dispensáveis tais deveres de informação pelo facto de existir uma ordem ou autorização de autoridade judiciária competente para a realização de certa intervenção corporal probatória que implica a realização de ato médico?

Pode objetar-se, desde logo, que não se trata de verdadeiro ato médico, uma vez que o visado não padece de qualquer doença que requeira intervenção terapêutica; apenas é submetido a medidas probatórias com vista à demonstração mais cabal de certos factos processualmente relevantes. Em muitos casos assim será, mas há outros em que a uma medida com alcance probatório se associa uma medida claramente terapêutica e, até, envolvendo prática cirúrgica, como é o caso dos correios de droga que transportam embalagens em risco de rutura no aparelho digestivo.

Na verdade, todas as disposições do CDOM concernentes ao consentimento (artigos 45.º a 48.º) e respeitantes a intervenções em indivíduos privados da liberdade (artigos 73.º a 75.º) pressupõem nos visados a condição de doente.

A realização de atos médicos enquanto medidas processualmente determinadas sobre o corpo de imputados em processo penal, normalmente não ocorre por causa de uma doença (ainda que os visados possam ter doenças diagnosticadas ou não declaradas) nem têm um propósito diagnóstico ou terapêutico, mas eminentemente probatório, sem embargo de em hipóteses marginais poderem prosseguir ambas as finalidades.

Em função desta finalidade, pode afirmar-se que a estrutura do consentimento se altera, não requerendo, parece-nos, os mesmos requisitos (*v.g.* relativamente à liberdade de

escolha do médico) que o consentimento (válido e informado) pressupõe e garante em caso de doença.

Apesar de a fisionomia da intervenção do profissional de saúde ser idêntica, regendo-se pelos princípios da autonomia, da não-maleficência, da beneficência e da justiça, relativamente ao visado, bem como do respeito pela sua eminente dignidade e reserva da intimidade e pudor, a verdade é que a *funcionalização* do ato médico em si, com vista à obtenção de informação processualmente relevante, secundariza o conteúdo dos pressupostos normalmente assinalados para o chamado *consentimento total* de acordo com a principiologia de Beauchamp e Childress⁹⁰⁸: veracidade, privacidade e intimidade, confidencialidade e fidelidade⁹⁰⁹. Pode, mesmo dizer-se, que, em função da sua finalidade – incorporação num processo penal e validade probatória de informações obtidas por meio de atos médicos – esses pressupostos estão desde o início, comprometidos.

Pensamos, por isso, que a emissão de um juízo de ponderação que culmine na decisão [jurisdicional] de sujeitar coercivamente o imputado a uma ingerência – por norma, tratar-se-á de uma intervenção – corporal probatória, ao levar implícito o não consentimento para a voluntária sujeição à mesma, deve pressupor sempre a necessidade de suprir uma eventual não prestação de consentimento para o ato médico em que eventualmente a mesma se materialize.

6.2.2. O consentimento e a coercibilidade no quadro do complexo normativo da identificação genético-criminal relativamente ao imputado

As precedentes considerações reafirmam as categorias do consentimento e da coercibilidade como impregnando de forma constitutiva o processo quando nele se questione algum aspeto referente à ingerência corporal probatória, remetendo a sua conformação para uma teleologia funcionalmente determinada e guiada por ambas.

A aceitabilidade e admissibilidade da determinação, da produção e da valoração das medidas corporais probatórias – essencialmente as que visam o imputado⁹¹⁰ –, bem como do seu resultado, ficarão sempre condicionadas pela interdependência e funcionamento recíproco destas duas categorias estruturantes da metodologia de ponderação e valoração jusprocessual. Nessa medida, será legítimo identificá-las como categorias comuns ou mesmo como uma *categoria compósita* do processo penal.

⁹⁰⁸ *Principles of Biomedical Ethics*, 4 ed., New York City-Oxford University Press, 1994, pp.100-103.

⁹⁰⁹ Em geral, cfr., por todos, AMORIM ROSA DE FIGUEIREDO, *Consentimento para o Acto Médico*, Col. Bioética Hoje – XII, Gráfica de Coimbra 2, Coimbra, 2006, pp. 84-109, e ANDRÉ G. DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004 e «O consentimento (informado) na actividade pericial forense», *RPDC*, Ano XIV, N.º 15, Nov. 2005, pp. 9-43.

⁹¹⁰ De novo se emprega o conceito amplo de *imputado*, abrangendo indistintamente as qualidades processuais de suspeito e de arguido do nosso sistema adjetivo penal.

Reportando-nos, por exemplo, à determinação do grau de intromissão corporal como critério aferidor da admissibilidade das ingerências, logo, da coercibilidade e do consentimento, a única limitação quanto ao nível do sacrifício permitido dos direitos fundamentais pressuposta no ordenamento processual vigente, resulta das soluções da disciplina dos exames e das perícias, cuja execução não pode criar perigo para a saúde do visado (cfr. artigos 156.º, n.º 5 e 172.º, n.º 2 do CPP), dessa forma se tutelando expressamente a integridade corporal e a saúde⁹¹¹. Contudo, não se disciplina expressamente qual a forma ou modalidade de ingerência permitidas, socorrendo-se de fórmulas abertas e virtualmente compatíveis com a admissão de qualquer modalidade de interferência corporal que não belisque aqueles interesses. Nem se aborda, por outro lado, a forma de prestação do consentimento e a subsequente determinação coerciva da sua realização.

Importa por isso determinar se, perante uma norma como a do art. 53.º, n.º 1 do DL n.º 15/93 – que contempla a possibilidade de realização de revista ou perícia «quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas» – poderá a mesma justificar o recurso pela força a tecnologias de imagiologia ou de *raios X*⁹¹² ou a formas invasivas como a administração de eméticos; ou, noutra situação, se o regime contemplado no CPP legitima a realização de uma intervenção cirúrgica para extração de uma bala topicamente alojada numa parte do corpo do imputado (ou de terceiro), mesmo não havendo perigo para a saúde

A própria concretização dessas medidas – não precisadas, por imprevisibilidade das suas variantes – depende em primeiro lugar do consentimento e só quando este não seja prestado, é que pode ser determinada a sua execução *coerciva* por ordem da autoridade judiciária competente⁹¹³.

⁹¹¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE lembra que não pode haver consentimento relativamente a medidas que tipicamente potenciem a criação de perigo para a saúde: «o visado não pode consentir na realização de actos médicos que possam criar perigo para a sua saúde, tais como a colheita de urina através de cateter, a colheita de líquidos do cérebro ou da medula espinal e a pneumencefalografia, pois estes actos não podem sequer constituir objecto da perícia, à luz do artigo 156.º, n.º 5» (*Comentário do Código de Processo Penal...*, cit., p. 429).

⁹¹² Afirmativamente, o Ac RG de 15-10-2012 (rel. Des. Cruz Bucho): «(...) a circunstância de a recusa ser punida criminalmente (artigo 53.º, n.º 4 do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro) não obsta à realização coactiva ou sob ameaça de execução forçada de exame radiológico ao arguido que transportava no seu corpo produtos estupefacientes, desde que ela tenha sido ordenada por despacho judicial, com integral respeito pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade e a realização da diligência, por técnico habilitado e com o máximo respeito pela dignidade do examinando, não coloque em perigo a vida ou a saúde do arguido» e «uma coisa é tirar uma radiografia, isto é sujeitar alguém a Raios X, a radiações electromagnéticas penetrantes, de comprimento de onda muito mais curto do que o da luz visível que vão impressionar as chapas fotográficas (cfr. v.g. L. Manuila, A. Manuila, P. Lewalle e M. Nicoulin, *Dicionário Médico*, vol. II, Lisboa 2000, pág. 513)», procedimento classificado como exame, «outra coisa é ler a radiografia, interpretá-la, valorar o resultado assim obtido», procedimento que comunga das características da perícia (sumariado na *CJ*, Ano XXXVII, t. IV, pp. 279-280, texto integral disponível em www.colectaneadejurisprudencia.com).

⁹¹³ Entendemos que a ordem ou autorização coerciva – da autoridade processual competente – pode ser contemporânea com a intimação para a sujeição à realização consentida da medida probatória, enquanto ordem de «execução aparelhada».

Porém, além da omissão da disciplina das formalidades do consentimento, os regimes legais são ambíguos e erráticos no tocante às consequências da sua ausência, i.e., quanto a concretizar a resposta coerciva, quer ao nível das cominações sancionatórias, quer no plano da previsão do recurso ao uso da força.

No quadro geral do regime das perícias regulado no CPP, não está prevista a consequência no caso de o visado se recusar a sujeitar-se às mesmas⁹¹⁴.

No que respeita ao regime dos exames, o art. 172.º, n.º 1 do CPP, prevê-se que «se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido (...) pode ser *compelido* por decisão da autoridade judiciária competente», o que tem adensado as hesitações quanto à possibilidade de execução coerciva de exames, devendo quanto a nós, ser interpretado no sentido afirmativo. Nesta equação, duvidosa poderá ser a natureza exigível ou devida do exame, o qual pode configurar meio de prova típica ou atípica.

No quadro das ingerências corporais probatórias, dificilmente as mesmas não comungam de ambos os regimes (dos exames e da perícia), sendo, no entanto, a previsão de cominações sancionatórias algo assistemática e incongruente⁹¹⁵.

A regra 23.^a das *Regras Mínimas de Maiorca*, de 1992, que são essencialmente um instrumento de *soft law*, consagra uma regra de proibição de intervenções corporais sem consentimento do afetado. Pensamos que a dimensão probatória da intervenção corporal deverá estar também aí abrangida. Será, por outro lado, discutível se se deve tomar a expressão *intervenções corporais* na aceção restritiva em que a tomamos – por contraposição à categoria mais ampla de *ingerências corporais* –, mas cremos que a sua inserção sistémica no capítulo «E. Meios coercitivos», e a própria conformação semântica aponta para essa conclusão, afastando as demais ingerências corporais. Na verdade, partindo-se de uma afirmação de princípio proibitiva das intervenções corporais, admitem-se exceções com alguma – justificada – amplitude, dispensando-se, mediante autorização da autoridade judicial competente ou o

⁹¹⁴ O que leva alguns Autores a negarem a possibilidade de execução coerciva de uma perícia. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE afirma que «O CPP é omissivo sobre o procedimento a adoptar no caso de o visado recusar obedecer à ordem da autoridade judiciária e, designadamente, não permite que o visado possa ser compelido, como se prevê no artigo 171.º, n.º 1. (...) Portanto, a recusa de obediência só pode dar lugar à incriminação do artigo 348.º, n.º 1, al. b), do CP, caso ela tenha sido cominada com a ordem dada» (*Comentário do Código de Processo Penal...*, cit., p. 431). Aparentemente no mesmo sentido, antes da Reforma Penal de 2007, cfr. MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «Particularidades da Prova em Processo Penal. ...», cit., p. 203; HELENA MONIZ, «Os Problemas Jurídico-Penais da Criação de uma Base de Dados ...», cit., p. 256; SÓNIA FIDALGO, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal...», cit., p. 139. Afastamo-nos da posição destes Autores, sobretudo após a *Reforma Penal de 2007*, por entendermos que, tratando-se nestes casos de medidas probatórias que essencialmente configuram *exames periciais médico-legais*, o complexo normativo dos artigos 154.º, n.º 3 do CPP e 6.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 45/2004, onde se prevê a comunicação da falta de comparência (consentimento?) da pessoa (que não apenas arguido), à autoridade judiciária competente, o que aponta para a possibilidade de contemplar um meio coercivo para a sua execução.

⁹¹⁵ Já o art. 53.º, n.º 4 do DL n.º 15/93, prevê que «quem, depois de devidamente advertido das consequências penais do seu acto, se recusar a ser submetido a uma perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias».

consentimento do afetado nos casos de inexistência de outros meios para descobrir o presumido delito, sempre em função da gravidade do mesmo e condicionado, também, à ausência de perigo para a saúde do visado, sendo a intervenção realizada por profissional de medicina (não necessariamente médico), de acordo com as *leges artis* e com respeito para com a dignidade e intimidade da pessoa.

A regra 23.^a das Regras Mínimas de Maiorca admite, pois, exceções à prestação do consentimento do afetado – no quadro de intervenções corporais probatórias – mediante autorização de autoridade judicial, segundo critérios de subsidiariedade, idoneidade, proporcionalidade, profissionalidade e respeito para com a dignidade e intimidade da pessoa. O âmbito dessas exceções pode, pois, ser suficientemente lato, sobretudo quando perspetivado nas situações de crimes de *cenário* em que, perante a escassez de outros meios de prova, a prova corporal deva assumir preponderância, face à necessidade de recolha de vestígios biológicos no local do crime.

Elegeremos como modelo operativo de análise das categorias do consentimento e da coercibilidade processuais a questão da recolha de amostras para determinação de perfis de ADN, porque, desde logo, nos parece evidenciar um caso paradigmaticamente atual onde as maiores dúvidas e hesitações se podem colocar. Por outro lado, pensamos tratar-se de um campo de discussão com enorme fecundidade dogmático-argumentativa, suscetível de ser operativamente transposto para domínios adjacentes, nas matérias que nos ocupam⁹¹⁶.

As questões nucleares que os problemas do consentimento e da coercibilidade colocam em sede de conformaçãodo estatuto normativo da identificação genético-criminal, podem identificar-se em dois momentos: o momento da recolha da amostra biológica no corpo do visado, destinada a análise para determinação do perfil de ADN – que é, no fundo, o mais sensível, por ser esse o momento *nuclear* da aquisição processual do material biológico (cuja utilização subsequente fica na esfera de disponibilidade das autoridades processuais), a partir do qual o sujeito perde a disponibilidade (pelo menos fáctica) sobre o dito material – e o momento da realização da análise laboratorial comparativa para determinação do perfil propriamente dito.

Exercitando a nossa proposta de raciocínio: seria viável decompor a questão do consentimento ou da voluntariedade de colaboração por parte do visado, nesses dois momentos? Poderia vir a reconhecer-se ao indivíduo que prestou consentimento aquando da recolha de amostra biológica, a possibilidade de obstar à realização da análise laboratorial

⁹¹⁶ Neste domínio, também a Recomendação n.º R (92) 1 do Comité de Ministros do CdE, de 10-02-1992, admite a coercibilidade de recolha de amostras, ao referir no seu § 4.º que «quando o direito nacional admita a recolha de amostras sem o consentimento do suspeito, esta intervenção realizar-se-á apenas quando as circunstâncias do caso o justificarem».

(perícia propriamente dita) do perfil genético, inviabilizando, assim, o propósito daquele primeiro procedimento? O indivíduo mantém a disponibilidade sobre o seu consentimento em todo o processo – que se subdivide em dois momentos ou fases, como se viu – ou, prestado o consentimento para a recolha (inicial) da amostra, se presume que autoriza inexoravelmente a realização da posterior análise laboratorial genética com vista à comparação de perfis de ADN (entre esse e o da amostra-suspeita ou “amostra-problema”).

Enunciando de outro modo: o consentimento só será problemático no momento da obtenção da amostra-referência com vista a posterior análise de ADN, ou em ambos?

É que há valores efetivamente presentes e que enformam, de modo diferenciado, os dois momentos; enquanto no primeiro momento – o da recolha da amostra –, o procedimento contenderá primacialmente com o direito à inviolabilidade da integridade e dignidade pessoal, o direito à saúde, os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade da medida e o próprio direito à liberdade ambulatoria, no segundo momento – o da análise de ADN e determinação do perfil genético para efeitos de comparação – já intercedem de forma mais ostensiva as decorrências do direito à reserva da vida privada e familiar (intimidade), autodeterminação informacional e o direito à identidade genética.

Estamos claramente num plano de ponderação jurídico-constitucional, não se fazendo intervir ainda os princípios estruturantes e legitimadores do processo penal equitativo próprio dos estados democráticos. Por outro lado, esta metodologia de *decomposição*, apesar de poder ser formalmente operativa, não reflete devidamente a circunstância de o procedimento ser teleologicamente uno e complexo, insuscetível de decomposição conceitual, i. e, a amostra não se recolheria se não fosse preordenada à posterior análise, e, por outro lado, não será obviamente exequível a análise do ADN se não preexistir uma amostra biológica, obtida de forma legalmente autorizada (*v.g.* judicialmente decretada, se não houver consentimento do visado) e conservada de forma apropriada (observando a cadeia de custódia da amostra).

Isso mesmo evidencia o artificialismo de que uma tal proposta parece enfermar, devendo, ao equacionar-se a admissibilidade de um paradigma normativo autorizante da utilização de coercibilidade (força física ou a sua iminência) privativo do processo penal e dos seus princípios enformadores, interceder, desde logo, todas as considerações emergentes do enquadramento mais amplo da tutela jusprocessual do visado. Tudo numa ótica de salvaguarda dos seus direitos de defesa, em que avultará a ponderação dos interesses em conflito – interesse de esclarecimento histórico-jurídico dos factos e condenação dos culpados *vs.* direitos fundamentais do imputado – em face dos princípios de presunção de inocência e *in dubio pro reo*, e do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

É, s.m.o., ponderando num único momento a solução face a estes critérios, em função dos contornos de gravidade do caso concreto, e de necessidade e de proporcionalidade da medida, que deverá ser solucionada e encontrada a opção para a decisão de autorizar a ingerência corporal em questão.

Pode objetar-se que este raciocínio se revela precipitado (ou viciado), por presumir resolvida afirmativamente a questão da admissibilidade de um paradigma autorizante da coercibilidade das ingerências corporais. Adiante procuraremos responder, de forma mais detalhada, a uma tal objeção. Para já, poderemos aduzir o argumento de que a coercibilidade, enquanto categoria idónea a suprir a falta de consentimento do sujeito para sujeição a uma ingerência corporal probatória, pode aparecer configurada de formas distintas, de acordo com o enquadramento jusfundamental que se analise, bem como das escolhas e opções político-criminais que o legislador ordinário enuncie.

Vejamos, pois, quais os modelos sistémicos em que é possível colocar-se o problema do enquadramento da coercibilidade (utilização da força física ou da sua iminência) tendente à recolha de amostras biológicas com fins de identificação genética, bem como o seu recorte e alcance:

- 1 – A coercibilidade de recolha de amostras é admitida nalguns ordenamentos, quer para efeitos de investigação criminal, quer para outros fins⁹¹⁷; pode entender-se que essa prática se traduza numa espécie de *coisificação* do corpo, mostrando-se atentatória dos princípios fundamentais e de processo penal acima enunciados.
- 2 – A inversão do ónus da prova, no caso de o arguido se recusar a submeter a exame de ADN, é outra das soluções abstratamente possíveis⁹¹⁸; uma tal solução seria

⁹¹⁷ Como é, p. ex., o caso da investigação de paternidade, no sistema jurídico alemão, como informa PAULA COSTA E SILVA em «A realização Coerciva de Testes de ADN em Acções de Estabelecimento de Filiação», *Estudos de Direito da Bioética - vol. I* (J. OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, p. 176; o sistema onera inclusivamente testemunhas que aleguem ter também mantido relações sexuais com a mãe do investigador a sujeição de testes de ADN. A Autora sufraga o entendimento da admissibilidade da realização coativa de testes de paternidade, louvando-se em jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem (instância jurisdicional que antecedeu o TEDH) que entendia que este tipo de exames não consubstancia qualquer violação da CEDH quando em confronto com o valor do superior interesse da criança (loc. cit., p. 186). A Autora termina esse artigo de forma penetrante, escrevendo: «E se dúvidas persistirem quanto à possibilidade de recolha coerciva de sangue, então que se admita que quem tem de se submeter à realização de testes de ADN possa ser obrigado a cuspir para uma lâmina».

⁹¹⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA propugna, também, a possibilidade de considerar a aplicação de uma multa ao agente que recuse submeter-se a exame para recolha de amostra com finalidade de determinação de perfil de ADN, além da consequência da inversão do ónus da prova, «Implicações Jurídicas do Conhecimento do Genoma», *Temas de Direito da Medicina*, N.º 1, Coimbra Ed., Coimbra, 2005.

Disponha o art. 519.º, n.º 1 do CPC anterior, que todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. Nos termos do n.º 2 do mesmo normativo, aqueles que recusassem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; e se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do art. 344.º do CC.

Fez-se, há muito, consenso jurisprudencial e doutrinário sobre a ilegitimidade da recusa do réu em se submeter a exames hematológicos nas acções de reconhecimento da paternidade (Acs. do STJ de 04-10-1994 (n.º conv. 35326) e Ac

incompatível com a nossa constituição penal e o nosso sistema processual penal, designadamente com o alcance dos princípios da presunção de inocência e com um modelo de não repartição de ónus da prova – cfr. art. 32.º, n.º 5 da CRP⁹¹⁹.

- 3 – Outra das hipóteses é a previsão-cominação de uma sanção penal, p. ex. o crime de desobediência, para o caso de recusa de consentimento à sujeição a recolha de amostra de ADN; naturalmente que a imposição (por inversão) do ónus probatório ou a cominação de uma sanção penal, retira, de certa forma, a liberdade de consentimento e é pouco eficaz, pois que se a recusa pode prevalecer, frustra-se a finalidade da realização da medida probatória.
- 4 – A inocuidade ou falta de consequências (substantivas ou processuais) expressas para o arguido que recusa a dar o consentimento para a recolha de amostras de ADN, com exceção da livre valoração da sua conduta, pelo juiz.
- 5 – A possibilidade de utilizar – mediante o consentimento dos mesmos – perfis de ADN de parentes do arguido, para efeitos de exclusão da sua identificação (no confronto com um perfil de amostra-problema); a solução suscita o problema do direito dos parentes a não prestar “depoimento corporal”, consagrado no art. 134.º do CPP (cuja extensibilidade ao “direito ao silêncio corporal” é discutível, mas, sendo com um propósito excludente da culpabilidade, não se vê óbice intransponível à sua aplicabilidade).
- 6 – A consagração da obrigatoriedade legal de registo em base de dados pessoais, de despacho judicial fundamentado autorizando a recolha de amostra biológica para

RP de 12-02-1987, *CJ* - t. I, p. 231, de 16-02-1989, *CJ* – t. I, p. 193 e de 21-09-1999, *CJ*, t. IV, p. 203) e, na doutrina, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II (2.ª ed.), Coimbra Ed., Coimbra, 2008, p. 411.

Resta aferir das consequências da recusa à luz do disposto na 2.ª parte do mesmo n.º 2: se há lugar à inversão do ónus da prova nos termos do art. 344.º, n.º 2 do CC ou simplesmente à sua livre valoração em termos de prova. Digamos que a inversão do ónus da prova não é uma consequência automática, se a recusa não for ilegítima, havendo, nesse caso, que ponderar e julgar livremente o comportamento da parte, face a uma eventual justificação do mesmo, com base nos motivos enunciados no art. 519.º, n.º 2 do ex CPC.

Esta questão encontra-se claramente tratada no Ac. RP de 27-04-2006 (rel. Des. Deolinda Varão) e tem sido reafirmada por outra jurisprudência, como é caso do Ac. do STJ de 23-02-2012. A recusa ilegítima da parte em se submeter a exame hematológico constitui violação do dever de colaboração consagrado no art. 519.º, n.º 1 do anterior CPC, não podendo aquela conduta deixar de se considerar culposa, tendo como efeito a inversão do ónus da prova (que, em termos de normalidade, incumbiria à outra parte).

Pensamos que a solução para o problema não sofreu alteração, após a substituição daquele preceito do art. 519.º do ex CPC, pelo art. 417.º, introduzido pela Lei n.º 41/2013, de 26-06.

⁹¹⁹ Em sentido contrário, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 4.ª ed. Revista, Atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pp. 378-379, onde o Autor defende a existência de um “ónus da prova” em matéria processual penal, atribuindo-o à acusação, que apresenta e sustenta a denúncia e acusação em juízo; numa tal construção, o arguido veria ser-lhe atribuída, por inversão do referido ónus, a obrigação de demonstrar o contrário do que a acusação teria de demonstrar. Aparentemente no mesmo sentido, cfr. o art. 1.º, n.º 2 do CPP de Cabo Verde, onde parece prever-se um ónus da prova a cargo da «acusação» e do «tribunal». Não nos parece ser este um modelo de todo em todo defensável, face à nossa constituição penal e à nossa lei ordinária.

determinação de perfil de ADN, bem como da recusa pelo arguido, e das suas razões, a fim de o julgador poder apreciar livremente⁹²⁰.

Todas estas soluções constituem, pois, variações abstratamente congemináveis – *a se* ou combinadas entre si – de modelos de consentimento e de coercibilidade no quadro da recolha de amostras biológicas para determinação de perfis de ADN, sustentando-se em fundamentação idónea, mas oferecendo fragilidades argumentativas. Com efeito, no nosso ordenamento, se umas são à partida exautoradas por manifesta incompatibilidade com o figurino jurídico-fundamental e a própria *constituição penal*, outras contendem de forma irremediável com os princípios estruturantes da nossa ordem jurídico-processual penal, não sendo de admitir.

O legislador nacional terá eventualmente sentido a dificuldade em manifestar uma opção expressa pela admissão da coercibilidade, i. e., o uso da força física ou da sua iminência, para sujeição do visado à recolha de amostra biológica no âmbito da perícia genético-criminal. Nem em sede da *Reforma Penal de 2007*, nem na Lei n.º 5/2008 o legislador plasmou uma disposição a admitir *expressis verbis* que a coercibilidade ou o constrangimento na obtenção da amostra biológica poderia consistir no uso de força física ou na sua ameaça⁹²¹, apesar de a jurisprudência do TC e de tribunais superiores apontar no sentido de que um tal entendimento – e procedimento correspondente – não violaria a Constituição. O que não significará, quanto a nós, que não se possa retirar essa conclusão – da existência de uma habilitação normativa implícita, autorizativa da recolha coerciva de amostras biológicas – a partir de uma leitura contextual do complexo inter-normativo que regula – ou pretende regular – a matéria, sob pena de se haver alcançado uma solução que bloquearia a finalidade de um dos meios probatórios mais idóneos e fiáveis, o que, a todos os títulos, seria, mais do que inconsequente, incompreensível⁹²².

⁹²⁰ Eventualmente integrando ficheiro próprio existente na Base de Dados de Perfis de ADN.

⁹²¹ Como apontamento comparatístico, dir-se-á que no contexto europeu há grande diversidade de soluções entre os sistemas jurídicos no tocante à (in)admissibilidade da coercibilidade no tocante à recolha de amostras biológicas para análises de ADN. Podem enumerar-se os seguintes Países que admitem expressamente a utilização de meios coativos para o efeito de análise e determinação de perfis de ADN: Holanda, Alemanha, Reino Unido, França, Bélgica e Islândia, Países que, para todos os efeitos, não podem ser acusados de não respeitar por via regra, os direitos humanos e fundamentais e que obedecem a um figurino de Estado de Direito. Naturalmente que as soluções desses Países apresentam uma grande variabilidade na respetiva configuração. Para uma visão comparada das legislações europeias, apesar de datado, cfr. PETER SCHNEIDER, «DNA Databases for offender identification in Europe. The need for technical, legal and political harmonization», *Second European Symposium on Human Identification*, Innsbruck, Austria, June 9-12, 1998. Para uma visão mais atualizada respeitante à UE, cfr. NATHAN VAN CAMP - KRIS DIEDRICKX, «National Forensic DNA Databases in the EU», *European Ethical-Legal Papers*, N.º 9, Leuven, 2007.

⁹²² É, aliás, esse o sentimento com que ficamos, ao estudar o Parecer n.º 18/2007 da CNPD, de 13-04-2007, sobre a Proposta de Lei n.º 144/X, que viria a resultar na Lei n.º 5/2008, ao ler-se o seguinte trecho, precisamente a respeito das questões do consentimento e da coercibilidade «Parece à CNPD que não deve ser admissível a coercibilidade física, nem a coatividade sancionatória, para obrigar o arguido a permitir a recolha da amostra para efeitos de obter o perfil de ADN, tudo em respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade e integridade individual, em obediência também ao princípio da presunção de inocência e ao princípio do privilégio contra a auto-incriminação, sobretudo através do próprio corpo,

Mesmo Costa Andrade, que face à lei positiva então vigente se manifestara crítico à admissão de um paradigma autorizante da utilização da força física para recolha de amostra biológica tendente à identificação de perfil genético, admite no parecer que foi junto ao processo em que foi proferido o Ac TC n.º 155/2007 ser sua «convicção segura que a Constituição não se opõe, em definitivo, à recolha coactiva de substâncias biológicas e à sua análise genética não consentida»⁹²³, o que dependeria apenas da existência – e que, na sua opinião, não ocorria no cenário normativo contemporâneo do caso objeto do recurso sujeito à apreciação do TC – de «uma lei específica que [as] autoriz[e] e prescrev[a] o respectivo regime (pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais)»⁹²⁴.

Após este enquadramento norteador das questões que mais incisivamente se podem colocar a propósito das categorias do consentimento e da coercibilidade no âmbito da identificação criminal genética, sem nos afastarmos do nosso ordenamento – ao qual regressaremos depois, analisando os cenários normativos anterior e posterior aos Acórdãos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e à Lei n.º 5/2008 –, apreciaremos o estado da questão relativamente aos problemas hermenêuticos suscitados em Espanha, onde a questão foi, e continua a ser, intensamente debatida, e na Alemanha, onde é mais pacífica.

6.2.2.1. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal em Espanha

Dirigindo primeiramente a nossa atenção, em termos comparatísticos, ao ocorrido na Espanha relativamente à questão do consentimento e da coercibilidade no âmbito da identificação genético-criminal, verificaremos que, em termos normativos, há diferenças sensíveis, quando cotejadas com a realidade do nosso ordenamento. Em todo o caso, quer os contributos da doutrina quer os da jurisprudência nos parecem poder constituir elementos bastante fecundos e esclarecedores sobre a natureza das questões que ali se vêm colocando ao nível da identificação genético-criminal no contexto da investigação criminal e do processo penal.

Até à Ley Orgánica 10/2007, de 08-10 (*Reguladora da base de dados policial sobre identificadores obtidos a partir do ADN*), grassou acesa controvérsia doutrinal e jurisprudencial

mas também parece que nada justifica que o indivíduo possa pretender ocultar o facto objectivo da sua recusa, subtraindo-o ao conhecimento da realidade factual, sobretudo porque existia fundamentação concreta e proporcionada para a recolha da amostra e registo do perfil de ADN» (Parecer n.º 18/2007, p. 29). Se a CNPD, com o conteúdo do parágrafo, pretendeu ponderar o peso relativo de cada argumento e optou por sobrelevar os interesses da defesa do arguido em detrimento dos interesses da investigação, não o diz claramente. Trata-se, quanto a nós, de uma formulação algo ambígua e que, de resto, desconsidera a prática processual já corrente na época, da autorização judicial de recolha coativa de amostras biológicas para determinação de perfis de ADN, viabilizada (autorizada?) pela jurisprudência dos acórdãos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007.

⁹²³ Cfr. parecer que foi junto ao processo em que foi proferido o Ac TC n.º 155/2007.

⁹²⁴ Tese que o TC viria, como se sabe, a contrariar na fundamentação do referido aresto.

relativamente à possibilidade de obtenção coerciva – ainda que mediante autorização judicial – de amostras biológicas para determinação de perfil de ADN. Tal controvérsia foi potenciada pela escassez normativa – praticamente baseada nas disposições dos artigos 326 *in fine*⁹²⁵ e 363⁹²⁶ da LECrim, assim como o art. 778.3⁹²⁷ do mesmo diploma, respeitante ao procedimento abreviado – que contemplasse as questões que iam surgindo.

Apesar dessa manifesta insuficiência normativa, a jurisprudência inclinava-se a admitir a existência de bases legais para legitimar a extração de amostras biológicas a pessoas detidas e sem defensor e a apreensão de “amostras abandonadas” pelas autoridades policiais⁹²⁸, como nos revelam os *Acuerdos no Jurisdiccionales del Pleno* da Sala Segunda do Tribunal Supremo, de 03-10-2005 – no qual se entendeu «¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada? El art. 778.3 LECrim constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia» – e de 31-01-2006, no qual se pode ler também: «La policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial»⁹²⁹³⁰.

⁹²⁵ É o seguinte o teor da norma do Artigo 326. (após a alteração operada pela Ley Orgánica 15/2003, de 25-11): «Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282».

⁹²⁶ É o seguinte o teor da norma do Artigo 363. (após a alteração operada pela Ley Orgánica 15/2003, de 25-11): «Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurren 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 principios de proporcionalidad y razonabilidad».

⁹²⁷ É o seguinte o teor da referida norma do art. 778.3 da LECrim: «El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación de hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale».

⁹²⁸ Entre outras, as SSTS de 14-10-2005 e de 14-02-2006. Contra, STS de 19-04-2005, em que se sustentou que «no es posible recoger muestras y vestígios aunque estén fuera del cuerpo del sospechoso si no media autorización judicial».

⁹²⁹ De resto, a jurisprudência do próprio TC espanhol não encontrava especiais dificuldades em afirmar a existência de base legal para legitimar diversas intervenções corporais, como o demonstram, p. ex., a STC 37/89 relativamente a explorações ginecológicas, com o fundamento dos artigos 399. e 478. da LECrim; STC 35/96 em que se sancionou a cobertura legal do art. 23.º da LOGP (Ley Orgánica General Penitenciária) para a prática de observações radiológicas em reclusos, como medida de segurança.

⁹³⁰ Esta última orientação viria a ser replicada, entre outras, nas SSTS 1190/2009, de 03-12, 813/2008, de 02-12, 179/2006, de 14-01, 701/2006, de 27-06, 949/2006, de 04-10, 1267/2006, de 20-12, 701/2006, de 27-06 e 1190/2009, de 03-12. Especificamente, na STS 949/2006, as pontas de cigarro abandonadas por dois acusados passaram a ser consideradas *res nullius*, sendo, por isso, apreensíveis pelas forças policiais, e podendo constituir instrumento de investigação do crime. Manifestando uma posição muito crítica deste entendimento, entre outros, EMILIO CORTÉS BECHIARELLI, «Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)», *Revista Penal*, N.º 18 - 2006, pp. 45-54, (acessível em: www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/284/274, acedido em 13-03-2104) e, BENITO REVERÓN PALENZUELA, «La nueva Ley orgánica 10/2007, de 8 octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales», *Revista de Derecho e Genoma Humano*, N.º 29, 2008, p. 105, acessível em <https://mega.co.nz/#!TVUw0ThK!XG8ErBENHoNUyGyN6LmjyznUXIiC6DOKmhd9c8tYeE>, acedido em 12-02-2012).

Com a entrada em vigor da Ley Orgánica 10/2007 – através da qual a administração da base de dados de perfis é conferida à Secretaria de Estado de Seguridad do Ministério do Interior, integrando todos os ficheiros das Forças e Corpos de Segurança do Estado –, seria de presumir que o legislador viria clarificar definitivamente a situação. Porém, tal não aconteceu^{931 932}.

Alguma doutrina, e mesmo alguma jurisprudência, perante a Disposição Adicional Terceira da LO 10/2007⁹³³, continuam a entender não existir suficiente base legal ou *norma legal habilitante* para autorizar o emprego da força física para obter amostras biológicas com fins de determinar o perfil de ADN, relativamente a suspeitos, detidos ou acusados que não prestem o seu consentimento, ainda que interceda uma autorização ou ordem judicial.

Por um lado, sustentam os adversários da admissibilidade de uma *ingerência judicializada* (i. e, mediante autorização judicial) haver uma manifesta discrepância da intensidade da força a utilizar pelas autoridades, face à resistência do visado, que seria obviamente muito diferente consoante a força física do sujeito passivo, o que violaria o princípio da igualdade, pondo em causa o direito à integridade física. Por outro, sob a alegação de que a Disposição Adicional Terceira da LO 10/2007 não é o local apropriado ou sistemicamente adequado para a resolução da questão da coercibilidade da recolha de amostra biológica para determinação do

⁹³¹ Como notaria M. DE HOYOS SANCHO, a «(...) notable insuficiencia de estos preceptos, que tampoco fue solventada por la entrada en vigor de la LO 10/2007 – ni siquiera por su Disposición Adicional 3.ª, como quisieron entender algunos (...)» («Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», *Curso La Ilícitud de las Pruebas en Proceso Penal*, 1.ª ed., Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p. 4).

⁹³² A questão está, ainda hoje, longe de ter sido pacificada e consensualizada; mostram-no-lo a abundante doutrina, em que se destacam J. F. ETXEBERRIA GURIDI, «Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal», *Revista de Dercho y Genoma Humano*, N.ºs 27/2007 y 28/2008, pp. 39 ss., e pp. 105 ss. e «La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», *Diario La Ley*, N.º 6901; I. C. IGLESIAS CANLE, «La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad», *Investigación y prueba en el proceso penal*, Dir. N. González-Cuellar, Madrid, 2006, pp. 175 ss.; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial*, VI-2004, Dir. C.J. Pérez del Valle, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 211 ss.; S. ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, *Lapruueba de ADN en el proceso penal*, Granada, 2008; M. ARMENTEROS LEÓN, «Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal», *Diario La Ley*, N.º 6738, 2007, pp. 1 ss.; F. J. MARTIN PASTOR, «Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)», *La Ley Penal*, N.º 46, febrero 2008, pp. 1 ss.; J. MORENO VERDEJO, «ADN y proceso penal: análisis de la Reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Nuevas técnicas de investigación del delito, intervenciones corporales y ADN*. Madrid, 2004, pp. 1801 ss.; F. J. MUÑOZ CUESTA, «Obtención de muestras del inculcado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N.º 25/2006 – Comentario, M. A. PEREZ MARÍN, «Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 95, 2008, pp. 131 ss. e *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Valencia, 2008, M. DE HOYOS SANCHO, «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 35, enero-abril 2010, pp. 93-116.

⁹³³ É o seguinte o teor da referida Disposición Adicional Tercera: «Obtención de muestras biológicas. Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

perfil genético do suspeito, detido, imputado ou acusado – o que deveria ter lugar em norma da Ley de Enjuiciamiento Criminal –, continua a entender-se inexistir *norma legal habilitante* que permita obter coercivamente tais amostras, ainda que mediante autorização ou ordem judicial. E, sem embargo, tais Autores consideram, inclusivamente, existir nos procedimentos previstos legalmente (unicamente por meio de zaragatoa bucal) uma mínima ou quase inexistente ingerência na integridade física⁹³⁴.

Note-se que a referida Disposição Adicional Terceira da LO 10/2007 admite expressamente que, relativamente ao catálogo de crimes enumerados na letra *a*) do § 1.º do artigo 3.º possa, na ausência de consentimento do afetado, ser efetuada recolha de amostras e fluidos do suspeito que requeiram inspeções, reconhecimentos ou intervenções corporais, requerendo autorização judicial mediante auto motivado (fundamentado) de acordo com o estabelecido na LECrim.

O critério normativo encontrado para a desnecessidade de obtenção do consentimento do visado (imputado) para a recolha de amostra é o da suspeita da prática de *delito grave*, conceito que vem especificado no art. 13.º, n.º 1 do Código Penal espanhol⁹³⁵ especificando tratar-se das infrações sancionadas com *pena grave*, cujo elenco se acha previsto no art. 33.º, n.º 2 do mesmo diploma⁹³⁶.

Dado o seu relevo, pela ligação ao tema de (i)licitude probatória emergente da (des)necessidade de consentimento para a recolha de amostras biológicas, apontar-se-ão as seguintes hipóteses:

- i*) Primeira hipótese: a de que o suspeito dos factos a investigar possa ser “reincidente” (utilizando o termo em sentido descomprometido e não técnico) e o seu perfil de ADN constar da Base de dados policial (gerida pelo Ministério do Interior): em tal caso, encontrada e recolhida a amostra, salvaguardada a cadeia de custódia, proceder-se-á à sua análise e comparação, com os perfis da

⁹³⁴ M. DE HOYOS SANCHO, «Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», cit. p. 10.

⁹³⁵ Tratam-se dos seguintes: «(...) delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados».

A expressão «en todo caso» aporta dificuldades de interpretação no sentido de descortinar se alguns tipos de crime contra as pessoas, p. ex., o homicídio por negligência (art. 142.º, 1), cuja moldura penal não excede 4 anos de prisão, sendo que a duração da pena não atinge muitas vezes, metade do limite da pena considerada “grave”, que é a pena de prisão superior a cinco anos (art. 33.º, n.º 2, *a*)). Sobre a questão, ETXEBERRIA GURIDI, «La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», *Diario La Ley*, N.º 6901, Sección Doctrina, 11 Mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-78, Editorial La Ley.

⁹³⁶ Que prevê, entre outras, a pena de prisão superior a cinco anos (al. *a*)), a proibição de comunicar com a vítima ou outros familiares que o juiz determine por mais de cinco anos (al. *i*)), a privação do poder paternal (al. *j*)).

Base de dados espanhola ou estrangeira, e na medida em que as convenções o permitam (recurso aos mecanismos do Tratado de Prüm ou das Decisões Prüm). Produzindo-se uma coincidência de perfis, através do acesso aos dados pessoais do titular dos “vestígios biológicos”, é desnecessário obter amostras diretamente do suspeito⁹³⁷. Pode dizer-se que, aqui, não se suscita um verdadeiro problema de consentimento ou de coercibilidade pois, em caso de identificação através dos perfis de ADN inseridos na base de dados, tal problema se poderia, quando muito, ter colocado aquando da sua inserção, sem prejuízo de para alguns continuar a ser discutível a «apropriabilidade» de vestígios biológicos suspeitos abandonados (sem determinação do seu titular) por parte das autoridades policiais.

- ii) A segunda hipótese de trabalho parte do facto de que o perfil de ADN determinado a partir de vestígios biológicos recolhidos no local do crime não encontre correspondência em qualquer ficheiro da base de dados.

Em tal situação, terá de se obter a amostra biológica que pertença a um suspeito, para compará-la com a que se recolheu no cenário do crime e permanece de titularidade ignorada, designadamente através do procedimento previsto no art. 3.1.a) da LO 10/2007, que «obriga» a recolher e arquivar

⁹³⁷ Um exemplo dessa hipótese emerge da STS 827/2011, de 25-10 (Ponente: M. Marchena) – processo conhecido como do “violador de Carballo” –, concretamente num caso de condenação pela Audiencia Provincial de La Coruña de um indivíduo, por um delito de “agresión sexual, com agravante de reincidência”.

A defesa alegou a vulneração do direito fundamental à presunção de inocência (art. 5.4 LOPJ), por entender que se tinha realizado no processo uma prova pericial de ADN na qual constava a origem das “amostras-problema” utilizadas – obtidas pela Guardia Civil no local dos factos, um provador de uma loja de roupa –, mas que não constava a origem das amostras ditas referência para proceder à comparação, já que não haviam sido expressamente recolhidas ao arguido no processo amostras para exame de ADN não-codificante.

Dessa decisão houve recurso para o TS, que reapreciou a questão, deixando expresso que o perfil genético do acusado já constava registado da base de dados policial de identificadores obtidos através de ADN, pelo que não colhia a pretensão de que a apreciação probatória efetuada na decisão condenatória não tivesse sido conforme às regras que disciplinam a valoração racional de prova, uma vez que o perfil genético de referência já constava da base de dados, visto que o recorrente já fora anteriormente condenado por agressão sexual. Não se torna, pois, necessário um «segundo teste de fiabilidade», por ser possível, desde logo, uma conclusão segura sobre a coincidência (identificação) genética.

De qualquer modo, a 2.ª Sala do TS, também considerou ser indiscutível que o arguido poderia refutar a conclusão pericial sobre a sua própria identificação, no pressuposto de que esta se obteve a partir de dados preexistentes no ficheiro de ADN criado pela LO 10/2007; a possibilidade de que exista algum erro, é causa de impugnação conjecturável, mas essa discordância deveria fazer-se no momento processual oportuno. Quer dizer, a destruição da presunção “*iuris tantum*” que acompanha a informação genética possibilitada por esta base de dados, só poderia ser viável mediante a produção de outras provas que, pela sua própria natureza, só seriam idóneas na fase de instrução.

Uma outra decisão do TS no mesmo sentido, foi a STS 880/2011, de 26-07 (citada e comentada por SÁNCHEZ MELGAR no *Diario La Ley* de 21-10-2011), na qual se reitera a “Presunción de veracidad de los bancos de datos”, concluindo que «Se debería haber planteado durante la instrucción sumarial la cuestión que ahora se suscita en relación con la falta de voluntariedad o el modo cómo llegaron a la base de datos las referidas muestras indubitadas. No puede cuestionarse la exactitud de un registro público, en este caso la “base de datos de ADN” que ha de tomarse con presunción de veracidad “*iuris tantum*”, como todos los registros».

É interessante a classificação jurisprudencial e doutrinal no país vizinho, da base de dados de perfis de ADN como um *registro público*, cujo conteúdo material em termos probatórios goza de presunção de presunção *iuris tantum* de credibilidade/veracidade, como outro qualquer ficheiro ou registo de natureza pública, equivalente ao de documento autêntico.

amostras de todos os autores de um *crime grave*. Abrem-se, aqui, para todos os efeitos, três sub-hipóteses, que sumariamente, se podem enunciar do modo seguinte⁹³⁸:

ii. a) O suspeito – ou detido – comparece, quando convocado pela autoridade policial e, informado das implicações da recolha de amostra, voluntariamente acede à recolha da mesma. Até à STS 685/2010 de 07-07 – em que se considerava não ser necessário a assistência de defensor (*asistencia letrada*) – tal recolha de amostras obter-se-ia no momento em que se procedesse à resenha fotográfica e de impressões digitais, do suspeito, através de zaragatoa bucal, procedendo-se à comparação com a amostra-problema e integrava-se na base de dados⁹³⁹;

ii. b) O suspeito não acede à intimação policial para realizar a zaragatoa bucal, pelo que a Polícia solicita ao juiz competente (ou de turno) a correspondente *resolución judicial* para ordená-la⁹⁴⁰.

Notificado desta, o suspeito pode decidir, então, submeter-se à zaragatoa bucal – assistido de defensor, segundo a jurisprudência espanhola⁹⁴¹ – permitindo comparar os perfis da amostra-problema e o da amostra-referência, ou, então,

⁹³⁸ Cfr. por todas, a STS 685/2010, de 07-07 e a STS 827/2011, de 25-10.

⁹³⁹ A STS 634/2010, de 28-06 (Ponente P. Andrés Ibáñez), considera que, efetivamente, como pretendia o recorrente, para além da violação da integridade e da intimidade pessoal (arts. 17.º, 3 e 18.º, 1 da Constituição), havia sido cometida uma “desnecessária irregularidade” na recolha de amostras biológicas, por ter sido levada a cabo sem intérprete e defensor. Ela residiria no facto de, não sendo caso de urgência, dever ter-se feito intervir o juiz. Porém, considerando a margem de *consciente colaboración* do recorrente, e como, *a contrario sensu*, resulta dos arts 363 e 778, 3 da LECrim e do Acuerdo no Jurisdiccional do Pleno de Sala de 31-01-2006, sendo que os primeiros exigem a autorização judicial, enquanto o referido Acuerdo faculta à polícia a recolha por sua iniciativa de “amostras abandonadas”, o TS rejeitou, por isso, a invocada irregularidade.

Na STS 685/2010, de 07-07 e na STS 827/2011, de 25-10, que reiteram esse entendimento, postulam, no entanto, a necessidade de *asistencia letrada* para a prestação do consentimento na recolha de amostras biológicas.

⁹⁴⁰ No caso de falta de consentimento, a jurisprudência é unânime na necessidade de verificação da essencial autorização judicial (entre muitas outras, STS 949/2006, de 04-10: «Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. *En tal hipótesis es esencial la autorización judicial*»).

⁹⁴¹ Esta solução, promovida pela mais recente jurisprudência do TS é, de certa forma, contraditória com o estatuído no Acuerdo no Jurisdiccional do Pleno de 03-10-2005: «¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de *asistencia letrada*? El art. 778.3 LECrim constituye habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia».

Mas a jurisprudência mais recente também já não faz qualquer referência a esse Acuerdo no Jurisdiccional.

Na já *supra* aludida STS 634/2010 (Ponente: P. Andrés Ibáñez), encontra-se uma posição que, pela sua singularidade e interesse, se transcreve: «Como hemos indicado, en ese supuesto se tomó la muestra de ADN del sospechoso *sin asistencia de letrado ni de intérprete*, a pesar de no concurrir razones de urgencia, y *sin autorización u orden judicial acordando la toma de muestras*», o que integraria “desnecessária irregularidade”, rejeitando-se, porém, o recurso, por entender, entre outras coisas, haver uma atitude “conscientemente colaboradora del afectado”, e que existia um “auto del juzgado” ordenando a recolha de amostras do suspeito, para determinação do seu perfil de ADN, ditado apenas “*cuatro días más tarde*”, o que, naturalmente «no podría retroactuar transformando *a posteriori* el proceder policial en judicial», mas não é menos certo que «sirvió para dotar de cobertura judicial a la realización del análisis, y, en fin, el coeficiente de irregularidad constatable no puede tener el alcance que pretende el recurrente, a tenor del grado de afectación de los derechos fundamentales en juego».

unicamente – caso não haja coincidência – para a sua inserção na base de dados de perfis de ADN, observado o disposto no art. 3.1.a) da LO 10/2007;

ii. c) A última possibilidade, é a da recusa do suspeito em prestar o consentimento para a recolha de uma amostra biológica, mesmo mediante a apresentação de uma *resolución judicial* ordenando tal atuação.

A solução a tomar é controversa, dada a ambiguidade normativa, que subsiste apesar das reformas e da oscilação jurisprudencial, transferindo-se o problema para os operadores processuais, que têm necessidade de identificar a origem ou autoria da “amostra-problema”, para prosseguir as investigações, de preferência sem irregularidades ou nulidades, que justificassem a invocação do art. 11.1 da LOPJ.

Também a este propósito a doutrina se mostrou dividida, sobretudo no que respeita à interpretação consentida pelas normas vigentes. Alguns Autores veem nos artigos 326 *in fine*, 363 e 778.3 da LECrim e, essencialmente, na Disposición Adicional Tercera da LO 10/2007, base normativa habilitante para que, uma vez autorizada judicialmente a recolha de amostras celulares, a Polícia possa empregar a força física, estritamente imprescindível, ante uma injustificada recusa de colaboração. Outros Autores, por seu lado, não sufragam esta conclusão, defendendo que os citados preceitos não habilitam a utilização da força coativa necessária para a recolha de amostras biológicas, cuja intensidade variaria em função da força física (e da oposição) do sujeito passivo.

Um argumento sério no sentido da inexistência de norma habilitante expressa a permitir a coercibilidade na recolha de amostras biológicas, é o que considera a Disposición Adicional Tercera da LO 10/2007 como norma legal habilitante imprestável – ou insubsistente –, dada a impropriedade da sua inserção sistemática, quando, em rigor, deveria constar da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Apontam, assim, os defensores da posição que considera inexistir suficiente base normativa para a recolha coativa de amostras, para um procedimento de *praticabilidadade* – aparentemente vulgar, embora algo contraditório e, a todos os títulos, insatisfatório –, no sentido de a Polícia se abster de recolher coativamente a amostra, podendo, no entanto, obtê-la, ulteriormente, quando o sujeito passivo abandone espontaneamente tais amostras, através de saliva, excrementos, secreções, abandono de objetos pessoais contendo restos ou vestígios

biocorporais (lenços, copos, talhares, pontas de cigarros) – desde que garantida a *cadeia de custódia* da amostra⁹⁴², o que, obviamente, se torna mais falível, moroso e dispendioso.

Esta posição parece-nos a todos os títulos inconveniente, sendo um modo de obtenção de prova que não nos parece inteiramente leal ou transparente, no sentido de procurar esclarecer o suspeito da necessidade, pressupostos e implicações do resultado da análise de ADN colhido (coativamente ou não), quando confrontado com a alternativa da sua legitimidade mediante determinação jurisdicional.

Todavia, também reconhecemos que a intervenção do legislador poderia ter sido mais inequívoca no sentido da admissibilidade expressa do emprego da força física ou da sua iminência, para obtenção de amostras biológicas com finalidades de determinação de perfil de ADN de suspeitos, detidos ou acusados.

Creemos ser relativamente secundária a questão da localização de uma norma como a da Disposición Adicional Tercera da LO 10/2007; se o propósito do legislador é o de permitir uma intervenção coativa na recolha de amostras para análise de ADN e o mesmo tivesse sido convenientemente expresso, seria, por isso, relativamente indiferente que tal norma se encontrasse, ou não, na Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹⁴³.

A LO 10/2007 não alude inequivocamente a uma utilização da força para a recolha de amostras biológicas, mesmo a partir do teor da Disposición Adicional Tercera («*La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*»), o que, resultando lógico, face ao propósito da LO 10/2007 em criar uma base de dados de identificadores de ADN – inexequível perante a mera voluntariedade ou adesão dos visados – o certo é que as disposições normativas da LECrim para as quais aquela Disposición Adicional remete, vêm sendo interpretadas em sentido contrário, no que concerne à recolha de amostras.

⁹⁴² É, também, a posição de M. DE HOYOS SANCHO, expressando a Autora o entendimento seguinte: «En conclusión, al día de hoy, ante la negativa del sospechoso, detenido, imputado o acusado a prestar las muestras celulares para obtener el ADN no codificante, incluso con orden judicial acordándolo, no le quedará más remedio a la Policía que seguir esperando al “abandono” de muestras indubitadas – esputos, excrecencias, abandono de objetos personales con restos corporales... –, ya que seguimos sin disponer de la norma habilitante para la obtención coactiva de tales muestras corporales del sospechoso, actuación que como hemos expuesto conllevaría una mínima injerencia en la integridad física, por no decir casi inexistente» («Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», cit., p. 10).

⁹⁴³ Recorde-se que, de certo modo, há um lugar paralelo na nossa Lei n.º 5/2008, concretamente no art. 8.º, n.º 1, quando se prevê que o juiz possa ordenar, oficiosamente ou a requerimento, a recolha de amostra, após a constituição de arguido, observado o disposto no art. 172.º, do CPP, norma que deveria, em rigor e numa perspetiva de continuidade sistémica, estar inserida no Código de Processo Penal. A questão suscita, porém, outros problemas relacionados com a (co)existência de um regime comum de obtenção de amostras, para além do arguido.

Esta posição é partilhada, entre outros, por M. Hoyos Sancho⁹⁴⁴ e por Jaime Moreno Verdejo, o qual expressa a sua posição nos seguintes termos: «Sigue, a mi modo de ver, pendiente esta cuestión, y hubiera sido deseable que el legislador hubiese establecido en qué casos puede el Juez acordar la toma forzosa de muestras corporales para la prueba del ADN. Es necesario una regulación de esta materia tal y como se ha llevado a cabo en prácticamente todos los países europeos»⁹⁴⁵.

Em resumo, pode dizer-se que em Espanha a controvérsia doutrinal e jurisprudencial sobre a (in)admissibilidade e licitude da recolha coativa de amostras biológicas para fins de determinação de perfil genético, mesmo que “judicialmente legitimada”⁹⁴⁶, não se encontra ainda definitivamente estabilizada, dada a incompreensível ambiguidade legislativa.

6.2.2.2. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal na Alemanha

No direito processual penal alemão a admissibilidade de qualquer tipo de prova depende da sua expressa previsão legal.

A teoria das *três esferas da vida privada*⁹⁴⁷ – em que os bens da privacidade se encontram estruturados em três círculos: *esfera de intimidade*, *esfera normal da vida privada* e *esfera* mais extensa *da vida normal de relação* –, desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, pode aplicar-se à dimensão probatória do corpo em relação aos dois primeiros níveis, nomeadamente no tocante à configuração da disciplina da coercibilidade e consentimento respeitante à recolha de amostras biológicas para efeito de identificação genético-criminal, através de análise molecular de ADN.

⁹⁴⁴ «Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», *Curso La Ilícitud de las Pruebas en Proceso Penal*, 1.ª ed., Centro de Estudios Jurídicos, 2012, pp. 1-16 (acessível em http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet; acedido em 11-11-2013), p. 10.

⁹⁴⁵ «La Prueba Genética de adn. Ámbito de la Base de Datos. Toma de Muestras. Consentimiento y Asistencia Letrada. Empleo de Fuerza», *Curso sobre Genética Forense* celebrado en Madrid los días 22 a 24 de mayo de 2013 en el Centro de Estudios Fiscales, p. 34 (acessível em http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet; acedido em 12-11-2013).

⁹⁴⁶ O projeto de Código Procesal Penal apresentado pelo Governo espanhol (elaborado a partir do Borrador del Código Procesal Penal, por uma comissão de peritos presidida por M. Marchena Gómez, magistrado do TS), apresentado em 2013 para discussão (com vista a substituir a Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882), vem regular expressamente a matéria da «Investigación mediante ADN» (artigos 287.º a 290.º), designadamente a recolha de amostras biológicas; de acordo com o disposto no art. 288.º, n.º 4, se para a recolha de amostras se tornar necessário a prática de uma intervenção corporal, aplicar-se-ão as disposições pertinentes da secção anterior. De acordo com o art. 281, n.ºs 1 e 4, se a recolha de amostra biológica tiver de ser feita através de intervenção que não exija anestésicos ou sedação, na falta de consentimento do suspeito (encausado), o juiz poderá determinar a sua sujeição forçada, aplicando-se o disposto no art. 48. 2, relativamente à coercibilidade e uso da força: «Artículo 48.- Obligaciones del encausado - 2.- El encausado está obligado a someterse los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en este Código. En caso de incumplimiento de la obligación podrá utilizarse de la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada para la ejecución de la medida».

Em suma, o projeto do Código Procesal Penal espanhol admite inequivocamente a utilização da força coativa, em medida estritamente indispensável e proporcional.

⁹⁴⁷ Cfr. 4.2.3.

Inicialmente entendeu-se que a utilização forense das *impressões genéticas* era consentida ao abrigo do § 81a da StPO (*Strafprozeßordnung*), muito por efeito da decisão do BGH de 21-08-1990, que admitiu a assimilação da recolha de amostras biológicas para determinação de um perfil genético à recolha de sangue para determinação dos grupos sanguíneos, a partir de vestígios presentes no cenário do crime. Essa decisão sublinhava que uma tal utilização se deveria restringir à parte não-codificante do ADN.

A consideração da inaptidão de uma norma como a do § 81a da StPO para admitir a produção de prova a partir de amostras de ADN foi ganhando terreno, até ser publicada em 22 de março de 1997 a Lei sobre Análises de ADN (*DNA Analysegesetz* – “*Genetischer Fingerabdruck*”). Este diploma introduziu os §§ 81e e 81f na StPO, explicitando que era admissível a recolha de amostras biológicas para análise das partes não-codificantes do ADN, devendo tal recolha ser condicionada à obtenção prévia de autorização do *Ermittlungsrichter*⁹⁴⁸, mediante uma exigência de *gravidade* do crime.

Uma outra peça normativa de relevo que concorre para o sistema processual de identificação genético-criminal na Alemanha surgiu com a Lei sobre Identificação por ADN (“*DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes*” ou “*DNA-IFG*”), em 11 de setembro de 1998⁹⁴⁹.

Foi, depois, dada prioridade à proposta de alteração legislativa que admitia a recolha de amostras biológicas para determinação de perfis genéticos a pessoas condenadas (“*rechtskräftige Verurteilte*”), no sentido de permitir futuras investigações e sob condicionalismos bem definidos.

O valor probatório da perícia genética é o de um *indício forte* ou *significativo* (“*bedeutsames Indiz*”), quer no sentido incriminatório quer no sentido exculpatório, não assumindo o carácter de prova definitiva ou plena, que dispense o concurso de outras provas, como alguma jurisprudência do BGH tem afirmado⁹⁵⁰.

De reter que a oportunidade e legitimidade do recurso à perícia genética se afere e só pode autorizar-se em função da gravidade do crime que os factos a investigar integram – sem que haja propriamente um catálogo fechado ou, sequer, indicativo de tipos de infrações – e da proporcionalidade dos meios de investigação aos mesmos factos, conquanto tal princípio se mostre algo atenuado uma vez que não se exige um juízo de subsidiariedade, não havendo um

⁹⁴⁸ Apesar de a direção da investigação criminal ser competência do *Staatsanwaltschaft* (Ministério Público), compete ao *Ermittlungsrichter* a verificação e manutenção das condições de legalidade das diligências de prova que possam contender com direitos fundamentais e com a situação de liberdade individual das pessoas, à semelhança da configuração institucional de um juiz de garantias.

⁹⁴⁹ Houve tentativas de introduzir alterações à DNA-IFG, no sentido de conferir às polícias e às autoridades dos Länder prerrogativas no sentido aceder às bases de dados e de definir o conceito de gravidade dos crimes que admitiriam, as quais todavia, não vingaram.

⁹⁵⁰ Cfr. BGH 1994, *NSiZ*, 554.

comando expresso de que se tenham de esgotar meios de prova alternativos (sempre) previstos na StPO.

O § 81g (3) 1.^a frase da StPO consente a recolha coerciva de bioamostra para determinação de perfil genético, ordem que pode ser do juiz ou do Ministério Público ou de autoridades que o coadjuvem. Porém, nos termos da 2.^a frase da mesma disposição, a análise (ou perícia) genética só pode ser ordenada pelo juiz.

Apelando à teoria das esferas, no que respeita ao objeto deste tema, é oportuno lembrar que o BVerfG considera que a recolha de material biológico para efeito de perícias genéticas contende apenas com a «esfera privada», aquela que não está subtraída ao âmbito da investigação, e é legitimada por um juízo de proporcionalidade.

Deve advertir-se, contudo, que na lei processual alemã – *maxime* nos §§ 81a e 81c (6) –, se encontra expressamente admitida a utilização da força ou meios coercivos, para a recolha de amostras biológicas, já que a extração de sangue ou outras ingerências corporais podem ser levadas a cabo por pessoal médico sem o consentimento do sujeito passivo, sempre que não resulte para este prejuízo ou perigo para a saúde. Como refere C. Roxin, o suspeito pode ser conduzido, mediante uso da força física, ao hospital ou local adequado, onde se procede à recolha da amostra biológica, o que faz presumir que o mesmo deverá tolerar passivamente a “*Körperliche Untersuchung*” (“*investigação corporal*”, que não afete a substância corporal) ou a “*Körperliche Eingriffe*” (“*intervenções corporais*”, as ingerências que potenciam a criação de risco para a saúde, que devem ser realizadas por pessoal médico, de acordo com as *leges artis*)⁹⁵¹. Não se podem, contudo, abranger condutas de cooperação [ativa] na medida, dado que o agente policial ou outras entidades, não podem obrigar o suspeito a expirar para realização do teste de alcoolemia, ou a urinar, para despistar a presença de substâncias estupefacientes ou doping. Estas ingerências devem ser, sempre que possível, levadas a cabo mediante a autorização do JI, embora em casos de urgência e de perigo na demora, as mesmas (colheita de sangue ou arrancar um cabelo pela raiz) possam ser determinadas pelo MP ou por autoridades policiais que o coadjuvem, devendo o JI intervir posteriormente, validando a realização de tais procedimentos e decidindo sobre a pertinência e oportunidade de realização da subsequente perícia [cfr. §§ 81a (2) e 81c (6) da StPO].

⁹⁵¹ *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, C.H. Beck, München, 1995, p. 247, *apud* BENJAMIM S. RODRIGUES, *Da prova penal T. I...*, cit., p. 654 (nota 789).

No tocante à recolha de elementos corporais do cenário do crime, apesar de não se colocar um problema de consentimento do titular (desconhecido) dos vestígios biológicos, também é exigida a autorização judicial (“*Richtervorbehalt*”) - §§ 81e (1) e (2) e 81f da StPO⁹⁵².

Em ambos os casos – na recolha coerciva de “amostra-referência” do visado e na recolha de vestígios não determinados (“amostras-problema”), não se verifica qualquer limitação quanto ao tipo de infração a investigar, competindo apenas ao juiz avaliar da pertinência e adequação da medida – sem necessidade de esgotar outros meios probatórios – para conduzir à identificação do(s) autor(es) do(s) facto(s).

Como se disse, a disciplina do § 81a da StPO, apesar de recortada para a recolha de sangue e outros exames corporais, vale para a recolha de amostras biológicas com vista a perícia genética, sendo estendido a estas o entendimento – pacífico – de que tal recolha pode ser efetuada coercivamente, na ausência de consentimento da pessoa visada (não apenas o “*Beschuldigte*”⁹⁵³), desde que os meios de colheita não façam perigar a saúde, os bons costumes ou a sua dignidade⁹⁵⁴.

Outro feixe de considerações a apontar é o da caracterização do conteúdo e dos limites ou implicações do consentimento livre para a submissão a recolha de amostras biológicas. O consentimento livremente prestado torna desnecessária a autorização do juiz ou será esse consentimento sempre mais aparente do que real? E qual o impacto decorrente da reforma legal do regime de ficheiros de perfis genéticos da BKA (*Bundeskriminalamt*), de acordo com o qual a conservação de perfis só é possível mediante decisão judicial.

A questão não é pacífica, nem legalmente nem na doutrina. Há autores que defendem que a previsão legal previne justamente os casos de (necessidade de) recolha coerciva (“*die hobeitliche Anordnung*”) de amostras biológicas para determinação de perfil genético. Outros sustentam ser desnecessária a intervenção do juiz, face a um consentimento livre e esclarecido do sujeito passivo para se sujeitar à recolha de amostras biológicas. Outros ainda⁹⁵⁵ sustentam

⁹⁵² Após alteração introduzida pela Lei de 6 de agosto de 2002, alvo de forte contestação, dada a carga acrescida de formalismo que comporta.

⁹⁵³ Recorde-se o *caso do Porsche*, de Munique, em 1996, em que foi permitido, para investigar os crimes de violação e de homicídio de uma jovem, que se submetessem a recolhas de amostras para perícia genética, 750 proprietários de veículos de determinado modelo daquela marca. Apenas um dos «suspeitáveis» desse universo se recusou à recolha mediante livre consentimento – invocando bons argumentos, no sentido de o agente dos factos poder não ser proprietário, mas detentor abusivo do veículo, e que a medida envolvia desproporcionalidade – levando o caso até ao BVerfG, que considerou que o que estaria em causa, justamente, era formular uma validação de razões para estabelecer o robustecimento de uma dada culpabilidade. É certo que este entendimento pode confundir “suspeito” e “possível suspeito”, cortando com a dicotomia suspeito/arguido.

⁹⁵⁴ Questão lateral a esta, é a que se relaciona com a necessidade de audição do *Beschuldigte*, antes da intervenção de recolha (coerciva) de amostra de vestígios biológicos, atendendo à prerrogativa conferida pelo § 33 (3) da StPO e pelo art. 103 § 1 da GG, no sentido de o mesmo ser ouvido antes de uma investigação que possa resultar *em prejuízo da pessoa*, dividindo-se a doutrina sobre o conteúdo deste conceito, sendo entendimento maioritário que o ato de proceder a uma zaragatoa bucal nele não se integra.

⁹⁵⁵ KLAUS VOLK, «Beitrag», *NStZ*, 1999, pp. 165-169 e N. OHLER, «Beitrag», *Der Strafverteidiger*, 2000, pp. 326-328.

que o consentimento livre da pessoa apenas dispensaria o juiz de ponderar a justificação de uma recusa à sujeição à medida probatória, exigindo-se, em qualquer caso, a intervenção judicial, enquanto garante da proporcionalidade e pertinência da sujeição à medida. Por fim, outra corrente sustenta a necessidade de intervenção do juiz para precisar as condições da recolha da amostra.

Em todo o caso, a aplicação do princípio da proporcionalidade não visa apenas a materialidade da medida probatória (com a trilogia lesão da integridade corporal – recolha e registo da informação pessoal – conservação), mas igualmente os graus de intensidade das consequências jurídicas que o concreto ato de investigação implica.

No que respeita à recolha e conservação para utilização e comparações em processos futuros – verdadeira razão da existência de uma base de dados de perfis de ADN⁹⁵⁶ –, como atrás vimos, a alteração legislativa do regime do ficheiro BKA de perfis genéticos contempla a exigência de determinação/autorização judicial para a conservação dos perfis⁹⁵⁷.

Nos termos da alínea (3) do § 81g, estipula-se que o juiz de instrução pode ordenar a recolha para conservação e comparação futura de impressões genéticas – mesmo relativamente a pessoas exoneradas de responsabilidade criminal ou insuscetíveis de serem julgadas, por vicissitudes processuais –, podendo as mesmas ser conservadas, no caso de 1) o facto cometido possa ter particular gravidade, 2) haja razões para crer na necessidade da medida, por receio de prática futura de novos delitos, e 3) o risco de reiteração esteja documentado. Por seu turno, o § 81g (4) da StPO consagra a hipótese de recolha de amostra para determinação de perfil genético relativamente a pessoa já condenada (*“rechtskräftige Verurteilte”*) ou sobre arguido na pendência de processo, enquanto não for absolvido (declarado não culpado ou exonerado de responsabilidade), com vista a permitir a resolução de *casos futuros*. Tais hipóteses vigoram igualmente para os casos em que a pessoa seja acusada por crime de *particular gravidade* convolado em julgamento para uma infração (criminal) menos grave.

Por «facto particularmente grave», a doutrina e jurisprudência vinham entendendo que se deviam considerar factos que integrassem crimes que se incluíssem na chamada *média criminalidade*, apesar de o advento da Lei sobre agressões sexuais, de 19 de dezembro de 2003

⁹⁵⁶ A base de dados de perfis de ADN na Alemanha, como em Espanha, é gerida pela BKA, um órgão policial dependente do executivo (equivalente ao nosso Ministério da Administração Interna) – cfr. §§ 2, 7 e 8 da *Bundeskriminalamtgesetz* - BKAG.

⁹⁵⁷ Na Alemanha, é a BKA (equivalente a Polícia Judiciária Federal) que administra o ficheiro de perfis de ADN, criado desde a Lei de Identificação Genética (DNA-IFG), de 17 de abril de 1998. A *Bundeskriminalamtgesetz* atribui à BKA a possibilidade de administrar os ficheiros de outras polícias anteriormente constituídos, pelo que assume a responsabilidade de definir e gerir a estrutura e as características dos mesmos, por regulamento, o que tem sido objeto de contestação, procurando-se sujeitar esse regime a uma reserva de lei, face aos interesses envolvidos, que podem vulnerar direitos fundamentais (direito à presunção de inocência, direito à não auto-incriminação, direito de autodeterminação informacional).

(“*Sexualstrafrechtsgesetz*”) ter admitido a recolha de perfis em todas as tipologias da criminalidade sexual.

A noção de *necessidade* [da medida] contenderá com a modalidade criminalística da infração, consoante a mesma seja de natureza compatível com o abandono de vestígios biológicos (assim, uma infração de natureza económico-financeira, uma participação em burla através de computador, não serão em princípio, idóneas a possibilitar uma investigação por meio de impressões genéticas).

Por fim, na avaliação do conceito de «risco de reiteração ou de reincidência», pesarão as circunstâncias específicas da prática do crime em si mesmo considerado, o *modus operandi* ou a personalidade do indivíduo documentada na prática da infração. Um tal juízo de prognose de risco de repetição não deixará de levar em conta as circunstâncias do caso concreto, a existência (ou não) de condenações anteriores. A este propósito, surgem várias sensibilidades no intuito de clarificar o conceito: enquanto alguma doutrina aponta para a densificação através do estabelecimento de critérios estritos, por recurso a decisões judiciais ou médicas anteriores, assentes em “diagnóstico de perigosidade” (“*Gefährlichkeitsdiagnose*”) ou numa análise global da personalidade (§ 66.º do StGB) e uma caracterização criminológica do facto, para estabelecer o grau de risco de reincidência, deixando de ser apenas *possível* para ser *provável*, outro segmento da doutrina avança um argumento de coerência sistémica, apontando para que o critério de inserção do perfil de ADN, motivado por preocupações preventivas, exigisse o decretamento da prisão preventiva (§ 112a da StPO).

O BVerfG interveio nesta controvérsia, por decisão de 2001⁹⁵⁸, exarando o entendimento de que nenhum desses critérios se mostra satisfatório, devendo o § 81g da StPO bastar-se com critérios próprios do juiz, diferentes dos que foram utilizados para alicerçar uma conclusão de perigosidade ou de personalidade perigosa, ou dos que fundamentaram uma medida precária de privação de liberdade. Decisivo, deveria ser o tipo e o modo de execução do crime, o tempo decorrido desde a sua prática e o comportamento processual do agente desde então, a sua específica e atual situação pessoal, profissional e sócio-económica, bem como a sua personalidade. Por outro lado, apesar de a Lei de 19 de dezembro de 2003 sobre criminalidade sexual, admitir a inserção de perfis genéticos de condenados por qualquer tipo de infração, o juiz não deixa de se pronunciar em concreto sobre a necessidade, pertinência da inserção dos respetivos perfis de ADN dos condenados, em função da gravidade do delito e do risco de reincidência.

⁹⁵⁸ NJW, 2001, p. 882.

Eis, pois, um sistema que pretende também combinar uma certa efetividade no recurso à utilização de análises genéticas com propósitos de investigação criminal e com as preocupações que devem presidir à sua aplicação, bem como à inserção e manutenção dos perfis genéticos em bases de dados.

6.2.2.3. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal em Portugal

A situação vigente em Portugal anteriormente aos Acórdãos do TC n.ºs 155/2007, de 02-03-2007 (rel. Cons. Gil Galvão) e 228/2007, de 28-03-2007 (rel. Cons. Maria Fernanda Palma), no tocante ao enquadramento das questões do consentimento e da coercibilidade em sede de análises de ADN caracterizava-se por uma indefinição, desde logo no plano normativo – carência expressa de reserva de lei e de uma norma a atribuir a reserva judicial da determinação/autorização de ingerências e intervenções corporais probatórias sem o consentimento do afetado⁹⁵⁹ –, e, por outro lado, por uma certa flutuação jurisprudencial, que propendia marcadamente para a admissibilidade da realização coativa de recolha de amostras biológicas para determinação de perfil de ADN, ainda que mediante determinação do MP.

A jurisprudência da Relação do Porto que motivou os dois referidos arestos do TC (n.ºs 155/2007 e 228/2007) foi a dos acórdãos de 03-05-2006 (rel. Des. Alice Santos)⁹⁶⁰ e de 13-09-2006 (rel. Des. Luís Gominho), havendo jurisprudência de primeira instância que enfileirava na tendência de considerar suficiente e conforme à Constituição a ordem de recolha coerciva de amostras biológicas para determinação de perfil de ADN por parte do MP.

Por seu turno, o ac. RL de 24-08-2007 (relat. Des. Vieira Lamim) alinha nesse entendimento, expressando a ideia, já na sequência do conhecimento da prolação dos Acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2007, de que a jurisprudência do « (...)Tribunal Constitucional tem considerado conforme com a Constituição, nomeadamente no Ac. n.º 6541/05 “...*tendo presente que o exame ordenado tem em vista a procura da verdade material para administração da justiça penal, o que constitui uma exigência da ordem pública e do bem-estar geral, bem como um dos pilares do*

⁹⁵⁹ Resolvida pela *Reforma Penal de 2007*, através da alteração do n.º 2 do art. 172.º do CPP, pelo art. 1.º da Lei n.º 48/2007, de 29-08, ao remeter para o disposto no art. 154.º, 2 do CPP (disposição entretanto alterada quanto à numeração, passando o n.º 2 do art. 154.º do CPP a ser o n.º 3 – cfr. art. 1.º da Lei n.º 20/2013, de 21-02).

⁹⁶⁰ No qual é citado, em sentido convergente, o Ac. RC de 09-01-2002 do recurso n.º 3261/01 (rel. Des. Oliveira Mendes), localizando-se apenas o seu sumário em www.dgsi.pt: «I - A realização do exame e perícia para determinação do ADN do arguido, mediante a colheita de cabelo, saliva, urina ou sangue não enferma de inconstitucionalidade. II - Também não enferma de inconstitucionalidade a efectuação compulsiva da colheita daquelas substâncias biológicas, nos termos do art. 172.º, n.º 1 do Código de Processo Penal». O Ac RP de 03-05-2006 é objeto de crítica contundente por parte de BENJAMIM S. RODRIGUES, *Da Prova Penal T. I, ...*, cit., pp. 318-322, que nos parece excessiva, dado que volvida mais de uma década sobre a sua prolação, se pode dizer que apresenta algumas fragilidades de fundamentação, embora no momento da decisão, o tema fosse menos controverso, face à inexistência da Lei n.º 5/2008 e a uma prática jurisprudencial tendencialmente constante.

Estado de Direito, há que concluir que a realização compulsiva daqueles se mostra justificada e legitimada a significar que a decisão impugnada, proferida ao abrigo da norma do art. 172.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, que atribui à autoridade judiciária o poder de compelir as pessoas à submissão de exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, não viola os arts. 25, n.º1 (acrescentaríamos 26, n.º 1) e 32, n.º 8, da Constituição da República, na parte em que ordena o exame e perícia mediante extração de saliva por via de zaragatoa bucal, dado que a mesma apenas é susceptível de ofender o direito à autodeterminação corporal do(s) recorrente(s) em medida irrelevante. Sendo este entendimento de manter, igualmente em face do art. 8.º da Convenção Europeia Dos Direitos do Homem, art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art. 17.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que no fundo previnem as intromissões “arbitrárias e ilegais” contra a vida privada, família, domicílio correspondência, honra e reputação...”. Invoca, ainda, o regime combinado, na época, dos artigos 172.º – «se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ... pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente» –, 61.º, n.º 3, al. d), do CPP – «recaem especialmente sobre o arguido os deveres de ... sujeitar-se a diligências de prova ... especificadas na lei e ordenada e efectuadas por entidade competente» – e 6.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19-08⁹⁶¹.

Estava-se – recordemos – num cenário normativo anterior à *Reforma Penal de 2007*, que viria a esclarecer que as medidas probatórias de perícias que contendessem com características físicas ou psíquicas das pessoas, a que o visado não desse o consentimento, passariam a estar na reserva do juiz: foi o regime criado com a alteração operada pelo art. 1.º da Lei n.º 48/2007, do n.º 2 do art. 172.º do CPP, ao remeter para o disposto no art. 154.º, 2 do CPP.

Com efeito, a prática processual, admitida – e, porventura, estimulada – pela jurisprudência que admitia a recolha coativa de amostras biológicas, mediante determinação do MP, não atentava nas exigências constitucionais de intervenção judicial para ponderar interesses e direitos fundamentais dos cidadãos – como o direito à intimidade, à autodeterminação corporal e informacional, ao direito à não auto-inculpação – em confronto com os interesses da perseguição penal.

E a intervenção do TC veio clarificar a exigência de intervenção judicial – imposta por razões de reserva de juiz – nos casos de conflito estabelecido entre interesses fundamentais do cidadão suspeito ou arguido e outros interesses, como o interesse na administração da justiça penal, da procura da verdade material e da responsabilização dos culpados. Em todo o caso, o nosso TC não se pronunciou – porque tal não constituía objeto dos recursos – sobre a

⁹⁶¹ Fundamento legal que é, de resto, na sua essência, a base de habilitação normativa que o Ac TC n.º 155/2007 tinha sufragado. Cfr., ainda, numa temática contígua – a da recolha de sangue para determinação de grau de alcoolemia – o Ac RC de 21-11-2007 (rel. Des. Gabriel Catarino), em que se opta por um entendimento no sentido de que «a prova de colheita de sangue realizada [...] nos termos e sob a alçada da lei estradal, ainda que sem consentimento do arguido, não viola nenhum preceito constitucional», tratando-se de um caso de extração de sangue a condutor inconsciente incapacitado para prestar o seu consentimento, em momento seguido a acidente de trânsito.

competência para a determinação consentida (pelo arguido) para a recolha de amostras biológicas, tema que tem merecido distintas respostas nos ordenamentos espanhol e alemão, sendo ali admitida a recolha consentida, por ato policial, enquanto na Alemanha se impõe a intervenção, através de validação *a posteriori*, do juiz, sendo certo que a inclusão em registo de perfis de ADN depende sempre de determinação judicial.

A partir daqueles arestos do TC – e imediatamente antes da entrada em vigor daquela alteração legislativa de 2007, que instituiu um complexo normativo de intervenção judicial necessária, dada a insustentabilidade das dúvidas quanto à reserva de juiz no que concerne a essas diligências de prova, a levar a efeito contra a vontade do visado –, a jurisprudência dos tribunais superiores influiu no sentido da inadmissibilidade e invalidade da determinação pelo MP de uma ordem de recolha coerciva de amostras biológicas para determinação de perfil de ADN. É exemplo disso, o Ac RP de 05-05-2007 (do mesmo relator do acórdão da mesma Relação de 13-09-2006, o Des. Luís Gominho), em sentido contrário, inspirado pela jurisprudência dos arestos do TC, que, de resto são invocados na fundamentação (embora sem identificação do número), e antes mesmo da entrada em vigor das alterações aos artigos 154.º e 172.º do CPP, introduzidas pela Lei n.º 48/2007.

Posteriormente à introdução das alterações do complexo normativo dos artigos 172.º, n.º 2 e 154.º, n.º 2 do CPP pela *Reforma Penal de 2007*, pode indicar-se o Ac RP de 10-12-2008 (rel. Des. Maria Elisa Marques), no sentido expresso de que é admissível o recurso à força física para recolher amostras de saliva contendo ADN em arguido, mediante prévia ponderação judicial⁹⁶².

⁹⁶² Aí se exarando que «(...) na ponderação de todos os factores e não esquecendo o interesse do Estado na realização da justiça, a realização compulsiva da recolha de amostra biológica por meio de zaragatoa bucal, com vista à colheita de vestígios biológicos para determinação do seu perfil genético e subsequente comparação com os vestígios biológicos encontrados nas cuecas da ofendia, apenas é susceptível de ofender o direito á autodeterminação corporal do recorrente em medida irrelevante mostrando-se justificada e legitimada, o que quer dizer que a decisão recorrida não viola os normativos invocados pelo recorrente (...)», transcrevendo do Ac. TC n.º 155/2007 que «Por outro lado, a menor densificação da lei existente que autorize tais intervenções, nomeadamente ao prever critérios de ponderação, procedimentos e limitação da utilização de tais materiais, não redunde, no caso concreto, em inconstitucionalidade porque a “norma do caso” formulada pelo tribunal recorrido quanto a critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, integrou os elementos substanciais que, de modo suficiente e exigente, poderiam assegurar a adequação e proporcionalidade que são exigidas pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

Também não é determinante, no presente caso, em face da dimensão normativa em causa, o facto, em si mesmo, de a lei não densificar os critérios de recolha de prova com esta natureza. Com efeito, não estamos perante uma intervenção restritiva de direitos fundamentais não autorizada legalmente nem da ausência de densificação resultou, segundo os critérios fixados, uma intervenção arbitrária. Finalmente, tratando-se de recolha de prova, sem alternativas, dada a falta de testemunhas, em matéria de crime de muita elevada gravidade, a exigência de densificação da lei como exigência de constitucionalidade não consideraria a “necessidade investigatória” urgente em confronto com a medida diminuta de sacrifício dos direitos fundamentais no caso concreto. Não estamos, assim, perante situação comparável, qualitativa e quantitativamente, a qualquer substituição do legislador pelo julgador em sede de definição do tipo legal de crime. Aí, o valor da segurança democrática relativamente ao que é proibido impõe-se sem quaisquer restrições. Nesta matéria, é admissível que, em circunstâncias de necessidade investigatória, o juiz ainda possa fazer uma ponderação que, segundo os padrões garantísticos da mais exigente das ponderações de acordo com os critérios da Constituição, o legislador nunca poderia excluir ao densificar a lei que autoriza a recolha de tais materiais como meios de prova.”».

O Ac TC n.º 155/2007 delimitou da forma seguinte as três questões nucleares de (in)constitucionalidade submetidas à sua apreciação:

- (i) A primeira, a de saber se a *Constituição autoriza a restrição dos direitos fundamentais que estão em causa - à integridade física, à liberdade geral de atuação, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional* - designadamente para a prossecução das finalidades específicas do processo penal;
- (ii) A segunda, impõe que se averigúe se *as normas* contidas nos artigos 61.º, n.º 3, al. *d*) e 172.º, n.º 1, do CPP e [no art. 6.º, n.º 1] da Lei n.º 45/2004, de 19-08 (que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses) *constituem habilitação legal suficiente* para as restrições que aqui estão em causa ou se, pelo contrário, seria necessária uma outra *lei específica* que explicitamente autorizasse a recolha coativa de substâncias biológicas e a sua análise genética não consentida, ao mesmo tempo prescrevendo o respetivo regime (*i.e.*, estabelecendo os seus pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais);
- (iii) A terceira, implicaria indagar se a conformidade constitucional da norma que autoriza tal restrição *depende de haver prévia autorização judicial* ou se pode, como foi o caso, ser determinada apenas pelo Ministério Público.

Como é sabido, o TC respondeu afirmativamente às duas primeiras questões, e negativamente à terceira⁹⁶³. O TC ensaiou uma interpretação – que nos parece de sufragar – de conformidade constitucional do complexo normativo dos artigos 61.º, n.º 3, al. *d*) e 172.º, n.º 1⁹⁶⁴ do CPP e do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, admitindo que da leitura do art. 172.º, n.º 1 – que estatua apenas que “se alguém pretender eximir-se [...] a qualquer exame *devido* [...], pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente” –, só por si, não se concluiria que *exames é que são devidos*, *i. e.*, a que tipo de exames é que o arguido teria o dever de se sujeitar; o art. 172.º, n.º 1, prescrevendo a possibilidade de realização coativa dos exames que sejam devidos (*i.e.*, que a autoridade judiciária competente possa determinar e, consequentemente, que o arguido tenha o dever de suportar), pressupondo – mas não

⁹⁶³ O TC decidiu, nesse aresto (n.º 155/2007), «*i*) julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172.º, n.º 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;

ii) consequencialmente, julgar inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 126.º, n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos na alínea anterior.

iii) Consequentemente, conceder provimento ao recurso e ordenar a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade que agora se formula».

⁹⁶⁴ Este, na versão anterior à da *Reforma Penal de 2007*.

permitindo – fundamentar o dever de o arguido se sujeitar a um concreto tipo de exame, *v.g.* a recolha de amostra biológica com vista a análise de ADN. E o mesmo aconteceria com o art. 61.º, n.º 3, al. *d*), quando estatuaía recair especialmente sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova *especificadas na lei*.

Em ambos os preceitos a questão é, justamente, a de saber se a diligência de prova em causa – o exame-pericial de identificação genética –, está ou não suficientemente especificada na *lei* (que teria de ser, obviamente, *outra lei*, que não o próprio art. 61.º do CPP). Esses preceitos do Código de Processo Penal *pressupõem* que o exame seja *devido* ou que a diligência de prova esteja *especificada na lei*, pelo que neles não poderia, conseqüentemente, fundamentar-se de forma direta o dever ou a obrigação de sujeição a *exame* de ADN. E o TC identifica essa outra lei como sendo, justamente, o art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, expressando que «este preceito vai mais longe do que os anteriores, podendo funcionar como norma de autorização para a determinação de um exame “necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo” que aqueles preceitos do Código de Processo Penal pressupõem. Se o exame médico-legal for *necessário ao inquérito ou instrução do processo* ninguém pode eximir-se à sua realização, prescreve o artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, que o mesmo é dizer que o exame é, então, *devido*. E, sendo-o, poderá o arguido ser *compelido* à sua realização».

O TC confrontou-se ainda com a necessidade de contraditar um ponto suscitado no parecer do Prof. Doutor Gomes Canotilho, junto ao processo, o qual questionava se *os exames genéticos estão incluídos na referência a “qualquer exame médico-legal”* feita no citado art. 6.º. No parecer, dizia-se que «o artigo 30º da Lei n.º 45/2004, que dispõe que “o acesso à informação genética ou biológica bem como o tratamento dos respectivos dados são regulados em legislação específica que salvguarde os direitos fundamentais das pessoas, nos termos da Constituição e do direito internacional aplicável”, é entendido como demonstrando que o legislador, consciente da especificidade das questões relativas à análise de A.D.N. e considerando que a regulamentação contida na Lei n.º 45/2004 para a realização de exames médico-legais em geral não é ainda suficiente para salvguardar os direitos fundamentais das pessoas no caso de se tratar de exames genéticos, remeteu a sua regulamentação para *legislação específica*».

O TC prossegue a sua argumentação no sentido de que o citado art. 30.º, inserido nas disposições finais e transitórias do diploma, apenas se refere a dois dos aspetos que se relacionam com os exames médico-legais e perícias no âmbito da genética, para os remeter para legislação específica: o do “*acesso à informação genética*” e o do “*tratamento de dados*”. Determinada a realização do exame que se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução do

concreto processo em causa e efetuado o mesmo – trata-se de disposição final e transitória –, haveria, tão só, dois aspetos do regime desse exame que ficam sujeitos a legislação *específica*: “o acesso à informação” recolhida no exame, nomeadamente por terceiros e já necessariamente fora do contexto da sua realização e do inquérito ou processo em causa, e “o tratamento dos dados” obtidos, nomeadamente no quadro de criação de uma eventual base dos mesmos⁹⁶⁵. Mas, que o legislador não pretendeu excluir, ao contrário do que era sustentado pelo recorrente, os exames genéticos do âmbito de aplicação daquele diploma, e, consequentemente, do âmbito de aplicação do seu art. 6.º, n.º 1, mostra-o, aliás, a existência no diploma de uma Secção - a IV - precisamente dedicada aos «*exames e perícias no âmbito da genética, biologia e toxicologia forense*».

O problema – continua o TC na sua fundamentação – não estaria tanto na *falta de habilitação legal* (i.e., na falta de norma que autorize a realização coativa do exame – essa existia, decorrendo da conjugação das disposições do artigo 6.º da Lei n.º 45/2004, e do art. 172.º do CPP), mas, eventualmente, na *insuficiência de densidade normativa* desse quadro legal habilitante.

O TC fundamenta, enfim, a existência de suficiente grau de densidade normativa exigível à lei habilitante da restrição de direitos fundamentais que ocorra *no âmbito do processo penal*, concluindo pela sua verificação, considerando não se verificar uma «ausência de prefixação normativa de critérios de actuação restritiva de direitos fundamentais constitucionalmente censurável».

Na verdade, estando-se face a uma norma que permite a colheita coativa de material biológico – mais concretamente de saliva, através da utilização da técnica da zaragatoa bucal – realizada apenas para efeitos de determinação do perfil genético do arguido, com vista a possibilitar a sua comparação com o de outros vestígios biológicos encontrados no local do crime, tratar-se-ia da mera fixação de um perfil genético *na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável para comparação com vestígios colhidos no local do crime* – como se referia na decisão que determinara a dita recolha coativa –, fica à partida delimitado o âmbito do exame e excluída qualquer possibilidade legítima de tratamento do material recolhido em termos que permita aceder a informação sensível que exceda a absolutamente indispensável ao fim visado, ou seja, à comparabilidade referida. Sendo este, e apenas este, o objetivo da recolha, o âmbito da análise está necessariamente restringido à utilização daqueles marcadores de ADN que sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular, isto é, aos que, segundo os conhecimentos científicos existentes, permitem a identificação *mas não permitem a obtenção de*

⁹⁶⁵ Efetivamente inexistente na data da apreciação do recurso: a Lei n.º 5/2008 só posteriormente viria a regular esses pontos, entre outros.

informação de saúde ou de características hereditárias específicas do indivíduo; ou seja, a análise tem de se restringir ao chamado ADN não-codificante.

A potencialidade lesiva dos comportamentos em causa, que se verifica não tanto no momento da recolha do material biológico com base no qual será feito o exame, mas, fundamentalmente, na quantidade e qualidade de informação a que a análise poderia permitir aceder, fica significativamente reduzida. E, reduzida a potencialidade lesiva do comportamento, diferente será também o patamar de densidade normativa que é constitucionalmente exigível à regulamentação que o autorize. A Lei n.º 45/2004, que enquadra a realização dos exames e perícias médico-legais, nomeadamente no âmbito da genética (cfr. art. 23.º), já contém aquele grau mínimo de concretização normativa dos termos da possibilidade da sua realização, que permite afastar, também sob este ponto de vista, um juízo de censura constitucional. Destaca-se, a este propósito, além do facto de os exames se realizarem através de técnicos devidamente credenciados para tal, o já referido art. 6.º – que condiciona o dever de sujeição do visado ao exame à demonstração da sua *necessidade* para o inquérito ou instrução e de que decorre, no caso concreto, que o mesmo se tem de cingir ao ADN não-codificante –, o art. 25.º – que, sobre o destino dos objectos e produtos examinados estatui, no seu n.º 1, que «após a realização do exame [...] o perito procede à recolha, acondicionamento e selagem de uma amostra susceptível de possibilitar a realização de nova perícia no caso de os objectos e produtos examinados o permitirem e à destruição do remanescente» – e o próprio art. 30.º –, que expressamente salvaguarda que o acesso à informação, designadamente por terceiros e fora do contexto do processo em que é autorizado, ou a constituição de uma base de dados estavam ainda dependentes da legislação específica que salvaguarde os direitos fundamentais das pessoas. Apesar da inexistência, na data da prolação do Ac TC n.º 155/2007, sequer, de legislação tendente à autorização da criação da base de dados de perfis de ADN, tal circunstância – tida por “possível e desejável” – não foi apta a fazer concluir o TC por um juízo de desconformidade constitucional a respeito da (in)suficiência de densidade normativa dos preceitos que admitem a interpretação da possibilidade de obtenção coerciva das amostras biológicas para efeitos de análise de ADN com vista à determinação de perfil genético.

O [único] juízo de inconstitucionalidade que o TC enunciou foi o da não salvaguarda de reserva de juiz para a ponderação e determinação da diligência coativa de recolha de amostra, mostrando-se aí insuficiente a intervenção do MP⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ Para o que invocou o teor da Proposta de Lei de revisão do Código de Processo Penal (Proposta de Lei n.º 109/X), na altura em discussão na Assembleia da República, onde, «(...) logo na exposição de motivos, se refere que, “nas perícias sobre características físicas ou psíquicas das pessoas que não consistam na sua realização, [se exige] despacho do juiz,

Por seu turno, no Ac TC n.º 228/2007, aderiu-se à fundamentação do Ac TC n.º 155/2007, havendo a registar o voto de vencido do Cons. Paulo Mota Pinto, que sublinha a falta de habilitação legal suficiente para proceder ao exame de ADN para identificação de perfis genéticos, o qual, apesar de menos intrusivo do que outros exames médicos, configura ainda uma restrição a direitos, liberdades e garantias, *maxime*, a direitos relativos ao controlo sobre a própria informação genética (que devem considerar-se consagrados no artigo 26.º da CRP), carecendo de «uma habilitação *legal específica*, que não existia e que não pode considerar-se satisfeita com a mera remissão (constante do Acórdão n.º 157/2007⁹⁶⁷ e aceita na presente decisão) para a concretização da norma que foi efectuada no caso concreto pelo tribunal: a “densificação” *judicial* da norma habilitante não pode suprir a necessária habilitação *legislativa* específica, que, a meu ver, é exigida pela Constituição da República».

O entendimento jurisprudencial parece, hoje, estabilizado no sentido de a determinação judicial de recolha coerciva de amostra biológica para determinação de perfil de ADN é bastante para acautelar que a medida de índole probatória não seja fulminada com qualquer vício de invalidade, desde que se observem os seguintes pressupostos:

- i) Haver autorização constitucional, *maxime* nos termos art. 18.º, n.º 2, I da CRP;
- ii) Haver suficiente habilitação legal em Lei da Assembleia da República ou em Decreto-Lei autorizado (artigos 18.º, n.º 2, I, e 165.º, n.º 1, al. b) da CRP);
- iii) Visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18.º, n.º 2, *in fine* da CRP);
- iii) Ser necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional (relativamente à integridade pessoal, à intimidade, autodeterminação informacional e à liberdade de ação do visado) a esse objetivo (artigo 18.º n.º 2, II da CRP);
- iv) Ter carácter geral e abstrato, e não ter efeito retroativo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais;
- v) Não ofender a dignidade da pessoa e não colocar em perigo a saúde, sendo executada por pessoal médico habilitado.

uma vez que estão em causa actos relativos a direitos fundamentais que só ele pode praticar, por força do n.º 4 do artigo 32º da Constituição”. E, assim sendo, é proposto que os artigos 154º (perícias) e 172º (exames) do Código de Processo Penal, passem a exigir a *autorização do juiz*, “que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”, sempre que se trate de exame ou perícia a “características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o consentimento”, acrescentando, logo a seguir, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 154º, aplicáveis aos exames por força do n.º 2 do artigo 172º, que as perícias e exames em causa “são realizadas por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado”».

⁹⁶⁷ Infere-se que se pretenderia aludir ao Ac TC n.º 155/2007.

É nesse sentido que se louva alguma jurisprudência mais recente, como o Ac RP de 10-07-2013 (rel. Des. Joaquim Gomes)⁹⁶⁸.

Mas, se este é o panorama vigente no que respeita à jurisprudência nacional quanto à recolha coerciva de amostras biológicas para determinação do perfil de ADN, qual o estado da questão no que concerne à doutrina?

Devemos, neste passo, preambularmente e por questão metodológica, deixar definido o nosso entendimento sobre o conceito *utilização de meios coercivos* – que pensamos, aliás, ser comungado com a generalidade ou a totalidade da doutrina –, deixando claro que se pretende significar o uso, ou iminência do uso, de força física adequada, proporcional, levada a cabo por agente de autoridade competente e que, tanto quanto possível, executada mediante um grau mínimo de ofensa à integridade física, embora tal possa depender do grau de oposição e de recusa de sujeição à medida, por parte do visado, nunca podendo implicar consequências irreversíveis para este.

Fazendo um exercício de aproximação material ao tipo ou modalidade de ingerências corporais em que será admissível a utilização da coercibilidade, enquanto força física, há, desde logo, que advertir para a existência de modalidades absolutamente incompatíveis como qualquer tentativa de coercibilidade, ou seja, há casos de ingerências corporais em que o emprego da força é inidóneo para a finalidade pretendida, a menos que se entrasse no domínio de condutas assimiláveis à tortura. Será o caso emblemático da recolha de autógrafos (escrita manual) – em que o emprego da força se torna inconsequente, já pela falta de fiabilidade que o seu resultado poderia implicar, já pela própria inidoneidade absoluta da finalidade de obtenção de qualquer trecho manuscrito – ou o caso da expiração de hálito para exame de alcoolemia. Trata-se de modalidades em que, por demandarem uma conduta ativa do visado, se mostra

⁹⁶⁸ Neste aresto se consigna, com algum interesse, no tocante à fundamentação normativa para a admissibilidade da utilização da força coerciva (física), no quadro da recolha de amostra biológica (saliva) através de zaragatoa bucal, ordenada judicialmente, concretizando-a no plano da prova pericial: «Relativamente à disciplina dos exames periciais, podemos desde logo atentar que se trata de um meio de prova especializado, porquanto a mesma tem lugar “quando a percepção ou a apreciação dos factos exigem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos” (151.º), sendo realizada em organismos apropriados (152.º, n.º 1), podendo até ter carácter interdisciplinar (152.º, n.º 2). Por sua vez, em relação aos exames, que são meios de obtenção de prova, os quais tanto podem incidir em pessoas, como em lugares e coisas, os mesmos visam a inspecção dos vestígios relativos ao modo e ao local do crime, bem como à determinação das pessoas que o cometeram ou relativamente às quais o mesmo foi cometido (171.º, n.º 1). A propósito da obrigatoriedade de sujeição a exame, determina-se no artigo 172.º, n.º 1 que “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ..., pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. E essa obrigatoriedade de sujeitar-se a exame estende-se igualmente ao arguido, porquanto e segundo o artigo 61.º, n.º 3, alínea d), recai sobre este o dever especial de “sujeitar-se a diligências de prova [...] especificadas na lei e ordenada e efectuadas por entidades competentes”. Tal injunção legal é renovada pela Lei n.º 45/2004, de 19/Ago., que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais, ao estatuir que “Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução e desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei”. E actualmente com a Lei n.º 5/2008, de 12/Fev., que cria uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, consagra-se no seu artigo 8.º, n.º 1 que “A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal”».

inidónea a hipótese de recurso à força física, razão pela qual se privilegiam aqui as cominações sancionatórias para a recusa injustificada, com as de sanções processuais, ou a ameaça com o crime de desobediência e previsão de penas acessórias que decorreriam da eventual condenação pelo crime que integraria o facto a provar originariamente através da ingerência (*v.g.* o crime de condução em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas e análogas – art. 69.º, n.º 1, al. *c*) do CP).

O recurso a meios coercivos no caso da recolha de bioamostra para determinação do perfil genético é um expediente que há-de salvaguardar sempre a dignidade pessoal e o pudor do visado, o que nos parece ostensivamente compatível com o emprego do método de zaragatoa bucal (emprego de um cotonete), para recolha de células epiteliais da mucosa bucal. Não serão estes procedimentos que, em si mesmo considerados, constituirão o emprego da força, mas os meios coercivos necessários a realizá-los, no caso da recusa de sujeição voluntária, o que, efetivamente, pode variar em função do grau de resistência ou rejeição do visado.

Será, quanto a nós, discutível que outras modalidades de recolha de amostras biológicas não possam, igualmente acolher-se a um tal critério, como *p.ex.*, arrancar um cabelo pela raiz, fazer uma punção sanguínea na ponta de um dedo ou uma raspagem subungueal, parecendo-nos ser de admitir estas modalidades no quadro de uma autorização da recolha coerciva de amostras biológicas.

Digamos que serão admissíveis as ingerências praticadas de forma indolor ou em que a lesão da integridade física é mínima ou insignificante, não atingindo aquele limiar (mínimo) de carência de tutela penal enquanto bem jurídico a proteger no âmbito da integridade física/corporal, apesar de haver uma inescapável subtração de material biocorporal (células humanas) para a análise pericial processualmente relevante.

Por seu turno, a colheita de sangue poderá contender com outro tipo de tutela jurídica de interesses pessoais, o que implica que não se faça coercivamente, surtindo a sua recusa outro tipo de consequências, como a cominação sancionatória do crime de desobediência, ou a realização de exames por outros meios.

A doutrina nacional tem-se pautado, a este propósito, por alguma hesitação ou, pelo menos, por alguma ambivalência, podendo recensear-se posições que vão desde a oposição veemente à admissibilidade de qualquer grau de coercibilidade, passando por posições que admitindo a coercibilidade, não reconhecem a possibilidade do emprego de força física, até posições em que se admite a coercibilidade com o emprego de força física.

No Parecer da CNPD 18/2007, de 13-04⁹⁶⁹, elaborado a pedido do secretário de Estado adjunto e da justiça, aquando da consulta face ao «projecto de diploma» do que viria a ser a Lei n.º 5/2008⁹⁷⁰, foi manifestada discordância quanto à previsão da coercibilidade física no que concerne à recolha de amostra biológica para análise de ADN. Neste documento, a CNPD pronuncia-se expressamente no sentido de ser inadmissível a coercibilidade física ou a *coactividade sancionatória* (ameaça de sanção criminal em caso de recusa injustificada de submissão à recolha voluntária), sugerindo, ainda, a consagração da obrigatoriedade de registo da decisão judicial fundamentada que ordenou a inserção do perfil [de ADN] na base de dados, bem como a obrigatoriedade do registo da recusa singela do arguido de se sujeitar ao exame para recolha da sua amostra (cfr. conclusão 11.^a do citado Parecer). Estas reservas eram tributárias de preocupações com a efetivação dos princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e *nemo tenetur se ipsum accusare*, no contexto do tratamento e da proteção dos dados pessoais genéticos.

Esta posição, que poderia dizer-se em contra-ciclo, expandida pouco mais de um mês após o último dos acórdãos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007, contrariando a posição globalmente neles plasmada, bem como a maioria da jurisprudência dominante na época, viria a influenciar alguma doutrina.

Entre os Autores que defendem – ou defenderam – a inadmissibilidade da utilização da força ou constrangimento físico, nos casos de recolha de amostras biológica para determinação de perfil de ADN, nos casos em que o visado não preste consentimento, pode indicar-se a posição de Maria do Carmo Silva Dias, em pronúncia anterior à jurisprudência dos Acórdãos TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e à Lei n.º 5/2008, ao afirmar que «(...) não havendo lei ordinária expressa que regule esta forma de “intromissão no direito à autodeterminação informacional”, o julgador, “aplicando directamente os preceitos constitucionais, devidamente interpretados e concretizados”, terá de concluir que é ilegítima a “recolha de impressão digital genética” sem o consentimento (esclarecido e informado) do arguido»⁹⁷¹. Também Benjamim S. Rodrigues, já no quadro normativo posterior aos Acs. TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e à Lei n.º 5/2008, no que respeita a arguidos condenados, bem como no quadro da investigação criminal, insiste na inadmissibilidade da utilização de quaisquer meios de coerção com

⁹⁶⁹ Consultável em http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/par/40_18_2007.pdf. Posteriormente, viria a ser elaborado novo Parecer pela CNPD, mediante solicitação do Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais – Direitos, Liberdades e Garantias, o Parecer N.º 41/2007, de 16 de julho, consultável em http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/par/40_41_2007.pdf. (accedidos em 14-10-2013), no qual se remete para o teor do anterior Parecer 18/2007, formulando-se observações críticas a pequenas alterações entretanto introduzidas ao Projeto de diploma anteriormente apreciado.

⁹⁷⁰ Tratava-se da Proposta de Lei 144/X («Aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal»).

⁹⁷¹ «Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial», *RCEJ*, N.º 3 – 2.º Semestre 2005, p. 211.

utilização da força física notando que «(...) o legislador português, com a Lei n.º 5/2008 não pretendeu “legitimar” a recolha coactiva, contra a vontade do visado, de elementos biológicos com vista a posterior perícia de ADN. (...). Não cremos que, face à actual redacção da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, se possa legitimar, quer o uso da força no caso de recusa do visado pela intervenção corporal, já [que] a lei apenas refere, no art. 8.º, n.º 1 que a recolha de amostras em processo-crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido. Nem se diga que a remissão para o artigo 172.º, n.º 1, do CPP resolve o assunto, já que, como vimos defendendo, tal artigo trata dos exames e não das perícias genéticas e aborda as situações em que se proceda a “exame exterior dos vestígios no corpo” sem qualquer intervenção que altere o equilíbrio bio-psicológico do indivíduo. Apesar do teor da letra da lei – «Se alguém pretende eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente» –, o que é certo é que o legislador não explicita o que se deve entender por “compelir”»⁹⁷².

Discutindo, depois, o significado normativo do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004 (que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses), entende que deve o mesmo sofrer uma redução teleológica, a que chama de «interpretação restritiva», devendo a expressão «Ninguém pode eximir-se ...» significar «Ninguém deve eximir-se», em nome do que o Autor sugere uma «cidadania activa e colaboradora da justiça, mas não é exigível que alguém não possa “eximir-se” em nome do seu irrenunciável direito de defesa, presunção de inocência e *privilege against self-incrimination* ou proibição de auto-incriminação»⁹⁷³.

O mesmo Autor, ao longo da obra citada, reitera e reforça recorrentemente o mesmo entendimento⁹⁷⁴, manifestando, naturalmente, a sua discordância face ao sentido da fundamentação emergente dos acórdãos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007, por deixarem aberta a possibilidade de uma interpretação (conforme à Constituição) da admissibilidade de utilização da força física para recolha de amostras biológicas com vista à determinação de perfis de ADN. Aponta que os referidos arestos, apesar de não se terem efetivamente pronunciado sobre hipóteses de emprego da força física, mas apenas de iminência da força,

⁹⁷² *Da Prova Penal T. I – ...*, cit., pp. 546-547. Para este Autor, qualquer procedimento conducente à determinação do perfil genético preencheria o conceito de perícia, pelo que inexistiria dever legal de sujeição à recolha, inexistiria qualquer ónus probatório sobre o sujeito, qualquer sanção legal para a não colaboração ao nível da intervenção, por parte do arguido ou visado, e inexistia qualquer disposição legal que permita a coerção com vista à obtenção de bioamostra para determinação de perfil genético.

⁹⁷³ *Da Prova Penal T. I ...*, cit., p. 549.

⁹⁷⁴ *Da Prova Penal T. I ...*, cit., pp. 500, 503, 505 e *passim*.

consagram a reserva jurisdicional absoluta para a sua autorização, em homenagem ao que teoriza como «Modelo Dinâmico-Reversivo de Ciência Forense Genética»⁹⁷⁵.

Por outro lado, o mesmo Autor insurge-se contra qualquer tentativa de reabilitar processualmente a utilização de amostras biológicas do arguido obtidas para outros fins que não os do concreto processo penal (p. ex., de saúde ou de procriação artificial), bem como de amostras abandonadas obtidas sem conhecimento do visado (pontas de cigarros ou de copos facultados ao arguido com o propósito de obter vestígios de saliva para analisar e fixar os perfis genéticos)⁹⁷⁶, assimilando tais procedimentos às hipóteses de perturbação da liberdade de vontade ou decisão, enquanto *meios enganosos* ou *desleais*, ao abrigo dos artigos 25.º, n.º 1 e 32.º, n.ºs 1 e 2 da CRP, e 126.º, n.º 2, al. a) do CPP. É certo que o Autor não se pronuncia sobre a hipótese sugerida por alguma doutrina espanhola – face ao que maioritariamente entende ser o quadro normativo que impede a recolha coativa de amostras –, no sentido de admitir a recolha posterior de amostras biológicas sem o conhecimento do arguido, ainda que de forma não desleal (recolha documentada de amostras biológicas do arguido em situações de inadvertência), quando o sujeito passivo abandone espontaneamente tais amostras, através de saliva, excreções, outras secreções, abandono de objetos pessoais contendo restos ou vestígios corporais (lenços, copos, talhares, pontas de cigarros), com garantia da *cadeia de custódia da amostra*⁹⁷⁷, o que, obviamente, acarreta mais esforços, despesa e tempo às autoridades de investigação criminal.

Esta posição encontraria, segundo o mesmo Autor, fundamento na jurisprudência do TEDH no caso *Jallob c. Alemanha*, de 11-07-2006 – em que se considerou inaceitável, por se tratar de um tratamento desumano ou degradante não permitido pelo artigo 3.º da CEDH, a provocação forçada de vômitos, mediante a ingestão coerciva, através de um tubo, de substâncias farmacológicas eméticas que foram introduzidas para obtenção do produto estupefaciente (0,2182 gr. cocaína) que o arguido tinha ingerido –, não se podendo ignorar que o uso de técnicas de ADN, para além de poderem colocar em causa os referidos direitos fundamentais à integridade corporal e à autodeterminação informativa, podem ainda gerar riscos em relação à aplicação das respetivas técnicas.

Por isso, segundo a doutrina maioritária espanhola, nos casos de recusa obstinada e injustificada em ceder fluidos corporais, é muitas vezes aconselhável, designadamente quando o uso da força coativa possa redundar num tratamento desumano ou degradante, não se

⁹⁷⁵ *Da Prova Penal T. I...*, cit., pp. 712-723.

⁹⁷⁶ *Da Prova Penal T. I...*, cit., p. 553.

⁹⁷⁷ É, como se viu *supra*, a posição de alguma doutrina espanhola, entre cujos Autores se pode ver M. DE HOYOS SANCHO, «Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», cit., p. 10.

logrando a recolha de saliva, que no período de detenção, ou durante a sua vigilância e perseguição, se espere que o visado abandone qualquer outra mostra de fluido orgânico ou secreção, que possa ser devidamente recolhido, acondicionado e analisado para determinação do ADN.

Para um outro grupo de Autores, a coercibilidade não contempla a possibilidade de recurso à utilização da força física. Nele, podem incluir-se Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos⁹⁷⁸, que manifestaram a sua adesão à posição de Sónia Fidalgo⁹⁷⁹, entendendo que, efetivamente, os artigos 172.º, n.º 1 do CPP e 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004 estipulam a obrigatoriedade de sujeição a exames ou perícias para determinação do perfil genético: o primeiro dispendo que «se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente», e o segundo, que «ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostre necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei». E sufragam a posição de que, não cominando a lei qualquer consequência para a recusa à sujeição ao exame médico-legal, «(...) deverá entender-se que ela consiste também na sua realização forçada por decisão da autoridade competente», recaindo tais obrigações sobre qualquer pessoa, ainda que não arguido, só suscitando problemas quando o objeto do exame (ou da perícia, nos termos da remissão do art. 172.º, n.º 2 do CPP) é a própria pessoa e ela a isso se opuser⁹⁸⁰.

Sónia Fidalgo, ao questionar inicialmente os dados do problema – em data anterior à dos arestos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 bem como da *Reforma Penal de 2007* –, pusera-se a questão sobre se o significado preciso da expressão *ser compelido* poderia implicar a admissibilidade do recurso à força na situação concreta, respondendo negativamente à mesma. Afirmaria, contudo, que o relutante poderia ser compelido, sem que lhe seja reconhecido o direito de recusar o exame e que a recusa poderia fazê-lo incorrer em crime de desobediência, se tal lhe fosse cominado pela autoridade processual. Nesta posição doutrinal, a *coercibilidade* é, apenas, assimilada à estipulação de uma cominação sancionatória, exautorando-se, no entanto, o recurso à utilização da força física.

Uma outra posição doutrinal admite o recurso à utilização da força física, enquanto modelo de concretização de uma ideia de coercibilidade. Paulo Pinto de Albuquerque é um

⁹⁷⁸ *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, p. 30 (nota 60).

⁹⁷⁹ «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *loc. cit.*, p. 135 e (nota 74).

⁹⁸⁰ AUGUSTO S. DIAS - VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, cit., pp. 30-31.

dos Autores que sufraga essa posição: «para realização do exame a autoridade judiciária deve (...) proceder do seguinte modo: primeiro, ordena a realização do exame com a cominação do artigo 348.º, n.º 1, al.ª b), do CP, e, caso a recusa persista, ordena o uso da força (“ser compelido”). Ao recusar a ordem, o examinando comete o crime de desobediência cominado e torna justificável o uso da força. O uso da força é uma medida de última instância, mas indispensável, pois de outro modo seria fácil ao examinando impedir a recolha de prova em casos graves, se isso só custasse a punição, menos grave, a título de desobediência. Se necessário, pode ser ainda ordenada a detenção do examinando pelo tempo indispensável à realização de exame presidido por autoridade judiciária, em caso de falta injustificada a anterior diligência (acórdão do TC n.º 161/2005 ...) (...). Estas regras não prejudicam legislação, como a que resulta do artigo 158.º do CE (a recusa de sujeição a exame para detecção do álcool ou de drogas é punida como crime de desobediência)»⁹⁸¹. Curiosamente, o mesmo Autor, quando confrontado com a admissibilidade de recurso à força física, no tocante à recolha de amostras biológicas de condenados (nos termos do art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008), rejeita tal hipótese, sustentando a natureza excecional da norma do art. 172.º, n.º 1 do CPP, enquanto meio de obtenção de prova, «(...) devendo o tribunal fazer acompanhar a ordem de recolha da amostra com a incriminação do artigo 348.º, n.º 1, al.ª b) do CP»⁹⁸².

Inês Torgal Pedroso da Silva, por seu turno, pronuncia-se no sentido da existência de uma habilitação legal para que a recolha coerciva de amostras biológicas possa implicar o recurso à força física, distanciando-se da construção de Paulo Pinto de Albuquerque, apesar de lhe reconhecer aparente correção no seu raciocínio, defendendo existir «(...) um mínimo de suporte legal para sustentar uma extensão teleológica no sentido de aos condenados também ser possível a colheita coerciva, sem enveredar pelo domínio da analogia proibida (...)»⁹⁸³. Esta Autora parece alargar a admissibilidade da coercibilidade, com uso de força física, quer à medida de recolha de amostra biológica para determinação de perfil genético em sede de investigação criminal – que concorda ser excecional, de restrição de direitos fundamentais, como tal não comportando a aplicação analógica –, quer relativamente à colheita de amostras em condenados. Essa ideia é retomada e reforçada adiante, quando refere que «(...) ainda existe um mínimo de suporte legal para sustentar uma interpretação extensiva no sentido de aos condenados ser também possível a colheita coerciva. Tratar-se-á de interpretação e não de

⁹⁸¹ *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Ed. actualizada, Universidade Católica Ed., 2009, p. 463.

⁹⁸² *Ob. cit.*, p. 468.

⁹⁸³ «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 - N.º 15, 2011, p. 178.

analogia (...), ou, nas palavras do Professor Castanheira Neves (que não distingue interpretação de analogia) de analogia permitida e não analogia proibida (...)»⁹⁸⁴.

Também Artur Pereira se pronuncia no mesmo sentido, invocando – quanto a nós de modo procedente – o sentido dos trabalhos preparatórios da *Reforma Penal de 2007* e o conteúdo final das suas alterações introduzidas ao Código de Processo Penal em 2007 (*maxime*, ao art. 172.º), na sequência dos Acs. TC n.ºs 155/2007 e 228/2007. Lembra este Autor que o descartar das versões propostas nos projetos de lei do CDS-PP e do PCP, de idêntica redação, para o art. 172.º, n.º 1 («se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão do juiz»⁹⁸⁵), deveriam ter inequivocamente esse sentido: o de consagrar o entendimento de que «ser compelido a fazer um exame só pode significar poder sê-lo pela força»⁹⁸⁶. Acrescenta ainda que «(...) o entendimento generalizado, que as alterações ao CPP [pela *Reforma Penal de 2007*] vieram reforçar, vai no sentido de que, apesar de se reconhecer que a recolha de amostras biológicas colide com o direito à integridade física e, eventualmente, a realização da perícia com o direito à autodeterminação informacional, a sua lesão se considera proporcional (suspeitas fundadas, intervenção mínima e adequada ao fim) face aos interesses contrapostos de realização da justiça e descoberta da verdade material»⁹⁸⁷.

No contexto da recolha de amostra biológica enquanto meio de prova em investigação criminal, torna-se mais inequívoco este posicionamento⁹⁸⁸ no sentido de existir habilitação normativa bastante, admitindo um paradigma autorizante do recurso à força, emergente do complexo das normas dos artigos 61.º, n.º 3, al. *d*), 269.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), 154.º, n.º 3, 172.º, n.º 2, do CPP, do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004 e 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, entendimento que não nos parece encontrar nenhum decisivo óbice à sua sustentação⁹⁸⁹, nomeadamente de índole constitucional ou de ordem jurídico-internacional.

Afastamo-nos da proposta de Paulo Pinto de Albuquerque no sentido de admitir a cumulação da cominação do crime de desobediência e o uso da força física, pois que nos

⁹⁸⁴ *Loc. cit.*, p. 179.

⁹⁸⁵ Projecto de Lei n.º 368/X, DAR, II Série A, Número 52, de 09-03-2007, pp. 24 e 53.

⁹⁸⁶ ARTUR PEREIRA, «Da Prova. Âmbito, Especificidades e Valor Probatório», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, p. 406 (nota 106).

⁹⁸⁷ *Idem, loc. cit.*, p. 406.

⁹⁸⁸ Relativamente ao procedimento de recolha de bioamostras em condenados.

⁹⁸⁹ Neste sentido, também, PAULO F. HORTA PERES, embora, aparentemente, restringindo a coercividade à recolha de amostras de ADN em processos nos quais estejam em causa crimes puníveis com pena igual ou superior a três anos de prisão (apesar de o autor aludir a [pena] «concreta»), *Recolha compulsiva de material biológico para análise de perfis de DNA em investigação criminal: auto-inculpação versus segurança comunitária*, Universidade Lusíada (dissertação de Mestrado), Lisboa, 2012 (acessível em http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/487/1/md_paulo_peres_dissertacao.pdf), p. 136.

parece que a cominação sancionatória – qualquer que ela seja, advertência de incursão em sanção processual, em crime de desobediência ou em inversão de ónus de prova – será sempre, em nosso entender, alternativa ou sucedânea ao recurso à força.

Parece-nos que todas estas considerações em torno das categorias do consentimento e da coercibilidade, convocando e testando os paradigmas normativos da identificação genético-criminal, ajudam a compreender que essas questões não podem ser entendidas de um modo unívoco ou monolítico, sendo passíveis de uma *geometria variável* consoante a matriz normativa em que se inscrevam, de acordo com as opções político-criminais em sede de (ir)relevância do consentimento e da (in)admissibilidade de coação ou força [física] sobre os sujeitos passivos, o que, no limite, se reconduzirá à margem de discricionariedade do órgão legislativo legitimado para o efeito. Os argumentos dogmáticos conhecidos no contexto destas temáticas são, no entanto, agudizados por uma não rara e incompreensível ambiguidade do legislador. Falamos em ambiguidade naqueles casos em que, apesar de decantadas as questões por controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, o mesmo teima em as deixar em aberto, como é o caso de Espanha – e de Portugal –, no que concerne à admissibilidade de utilização da força física, ou da sua iminência, para recolha de amostras biológicas com fim de determinação de perfil de ADN.

Por isso, julgamos necessário e conveniente o recentrar do aprofundamento das questões que implicam uma abordagem dessas temáticas, com vista a superar dificuldades hermenêuticas e de aplicação de um sistema normativo por vezes incompreensivelmente omissivo e hesitante no tocante ao paradigma do consentimento e da coercibilidade relativo à prova corporal.

6.2.3. O consentimento das vítimas de crimes

A criminologia e a vitimologia contemporâneas afirmaram a *redescoberta da vítima* no quadro do processo penal⁹⁹⁰. Ao «reaparecer» no processo, colocou-se a necessidade da consideração da vítima no quadro do direito material, revelando-se a própria relação do papel da vítima na teoria geral do crime, operando um processo de revisão da dogmática enformada pelos contributos das ciências sociais, que fazem equacionar as interações da vítima e do facto criminoso, emergindo a vitimodogmática⁹⁹¹. O contributo do estudo das condicionantes da

⁹⁹⁰ Cfr, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, «A “Redescoberta” da Vítima e o Direito Processual Penal Português», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Vol. III* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 100 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 1133-1153.

⁹⁹¹ O conteúdo essencial da vitimodogmática consiste em analisar se, e de que forma, o comportamento da vítima é relevante na determinação da responsabilidade criminal do agente, como atenuante, como excludente (para posições mais extremas de alguns autores alemães, que propendiam para excluir a responsabilidade do agente quando a vítima, por

vitimodogmática veio surpreender os penalistas e criminólogos com a novidade do esbatimento da linha de distinção entre as várias *espécies de vítimas* e as várias espécies de agentes criminosos, pondo em confronto comportamentos que revelam padrões de *participação* da vítima no facto criminoso; não se mostraria, pois, justificada uma distinção em entre vítima-inocente e criminoso-culpado⁹⁹².

Ao constatar-se a existência de diversas espécies de vítimas e de graus de vitimização, constatou-se que o Estado pode participar no processo vitimizador, havendo que procurar soluções, no plano legislativo, administrativo e operacional para reduzir ou evitar tais efeitos. Se antes o Estado se preocupava essencialmente com a punição e responsabilização do agente do crime, ignorando ou ficando indiferente à sorte e à posição processual da vítima, passa a ocupar-se desta, uma vez que o restabelecimento da paz jurídica, afetada pela conduta criminosa, só será conseguido com a consideração simultânea do agente do facto delituoso e da vítima, assegurando-se, inclusivamente, uma pretensão indemnizatória nos casos de crimes violentos (terrorismo, crimes contra a vida e contra pessoas, violência doméstica) de modo a suprir a insolvabilidade dos responsáveis.

Ao nível processual, essa conceção, que parte da recuperação de um protagonismo da vítima enquanto elemento fundamental participante das medidas processuais de diversão, mediação e de mecanismos de *justiça restaurativa*, mas também no plano do sistema de polícia e de justiça criminal, agrupados em torno do tópico *segurança*, também designado por *produção de segurança*, com algum risco de a vítima aí se poder sentir *perdida*, caso não encontre o competente e adequado amparo. O referente de segurança é o da proteção e do *containment*, o que implica um ressituar da vítima no contexto da questão penal em geral, e do processo penal em particular.

Após a aprovação do Estatuto da Vítima pela Lei n.º 130/2015, de 04-09, e a consagração de um conceito normativo no corpo do Código de Processo Penal (art. 67.º-A), a vítima assume, formalmente, no nosso ordenamento processual penal, a qualidade de sujeito

meios próprios, pudesse ter evitado a consumação do crime), ou como agravante, apesar de a doutrina rejeitar maioritariamente a implicação agravativa do comportamento da vítima com base no princípio vitimológico. A posição da doutrina alemã que propugnava uma exclusão da responsabilidade criminal quando a vítima pudesse afastar pelos seus meios, a agressão, foi exautorada, justamente por se ver aí uma relegitimação da autodefesa, ultrapassada pela assunção do monopólio da justiça penal pelo Estado.

⁹⁹² A própria lei vem acolhendo soluções que contemplam a natureza da relação do agente do crime com a vítima, a contribuição desta para o facto lesivo, com implicações ao nível da própria tipicidade, ou, pelo menos, na determinação da pena.

processual⁹⁹³, com um complexo de direitos processuais e extra-processuais e de prerrogativas de informação e proteção⁹⁹⁴.

Apesar da importância que uma tal conceção vem suscitando no plano dogmático e processualístico, não as abordaremos, por manifestamente extrapolarem do objeto central do

⁹⁹³ Cfr. o aditamento do novo título IV ao livro I da parte I do CPP, com designação de «Vítima» (art. 4.º da Lei n.º 130/2015).

⁹⁹⁴ O termo “vítima” provém originariamente de *victima*, que significava o animal ou pessoa humana sacrificada em certos cultos rituais da Antiguidade, nomeadamente nos cultos das divindades romanas. Posteriormente, assumiu um significado de cariz mais antropocêntrico, de pessoa injustiçada ou objeto de ação criminosa.

No Anexo da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e Abuso de Poder da ONU (adotada na Assembleia Geral da ONU de 29 de novembro de 1985, pela resolução n.º 40/34), acolhe-se a seguinte definição de vítima: «1. Entendem-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder. 2. Uma pessoa pode ser considerada como “vítima”, no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo “vítima” inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima directa e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização. 3. As disposições da presente secção aplicam-se a todos, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras, crenças ou práticas culturais, situação económica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social ou capacidade física».

Também nos termos do art. 1.º, al. a) da Decisão-Quadro 2001/220/JAI, do Conselho de 15 de Março de 2001 (relativa ao estatuto da vítima em processo penal), e para os seus efeitos, é fornecida a seguinte definição: «“Vítima”: a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, directamente causadas por acções ou omissões que infringam a legislação penal de um Estado-Membro». Esta Decisão, viria a ser substituída pela Diretiva 2012/29/UE do Parlamento e do Conselho de 25 de Outubro de 2012; nos termos do art. 2.º, al. a) i. e para os seus efeitos, «vítima» é «uma pessoa singular que tenha sofrido um dano, nomeadamente um dano físico, moral ou emocional, ou um prejuízo material directamente causados por um crime».

No âmbito dos principais instrumentos do Conselho da Europa, podem lembrar-se as Recomendações do Comité de Ministros do CdE N.º R (85) 11 de 28 de junho de 1985 sobre a posição da vítima no contexto do direito e do processo penal e na recomendação e N.º (87) 21 de 15 de setembro de 1987 sobre a assistência às vítimas e prevenção da vitimização.

Na Diretiva 2004/80/CE do Conselho de 29 de abril de 2004 relativa à indemnização das vítimas de criminalidade, na Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de abril de 2011, relativa à Prevenção e Luta contra o Tráfico de Seres Humanos e à Protecção das Vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, bem como noutros instrumentos internacionais, não se contempla expressamente um conceito definitório de vítima, pelo que propendemos a que se devam aplicar os conceitos dos instrumentos normativos acima mencionados.

Entre nós, o Código Penal não nos fornece qualquer definição legal de “vítima” de crime, mas apenas de “ofendido”, «considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação» (art. 113.º, n.º 1 do CP), conceito desenvolvido a propósito da atribuição de legitimidade processual para a formalização de queixa e de acusação particular (em crimes semi-públicos e particulares). No Código de Processo Penal, só a partir da vigência da Lei n.º 130/2015 (que aprovou o Estatuto da Vítima), encontramos uma definição legal de “vítima” e de “vítima especialmente vulnerável”, no art. 67.º-A (aditado por esse diploma). Assim, “vítima” é a «pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, directamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática do crime» (n.º 1, al. a) i) ou «os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido directamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte» (n.º 1, al. a) ii); “vítima especialmente vulnerável” é «a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social» (n.º 1, al. b)).

A Lei n.º 104/2009, de 14-09 (que aprova o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica) também não consagra expressamente qualquer definição de “vítima”.

Por seu turno, a Lei n.º 112/2009, de 16-09 (que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas e revoga a Lei n.º 107/99, de 03-08 e o DL n.º 323/2000, de 19-12), no âmbito do fenómeno da violência doméstica, consagra uma definição de “vítima”: «a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, directamente causada por ação ou omissão, no âmbito do crime de violência doméstica previsto no artigo 152.º do Código Penal» e de “vítima especialmente vulnerável”: «a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social» (art. 2.º, alíneas a) e b), na redacção introduzida pela Lei n.º 129/2015, de 03-09).

nosso estudo, que aqui se reportará à exigibilidade, ou não, do consentimento da vítima de um crime para se submeter a procedimentos corporais probatórios, que num sentido eminentemente operacional, podem ser em tudo idênticos às ingerências corporais probatórias praticadas em imputados.

Obviamente que no excursus subsequente apenas atenderemos ao significado da *vítima* enquanto pessoa humana que sofreu uma violação da sua integridade pessoal, *maxime* corporal, excluindo-se a vertente do prejuízo patrimonial. E, mesmo a abordagem dessa dimensão, só relevará na medida em que o consentimento – ou a sua ausência –, da vítima relativamente à sujeição a medidas probatórias corporais, puder de algum modo vir a repercutir-se na posição processual do imputado, nomeadamente através da deteção e identificação de indícios corporais probatórios deste no corpo da vítima, ou quando a estratégia de defesa pretenda invocar qualquer invalidade probatória por ausência ou imperfeição na prestação do consentimento da vítima para se submeter a diligências probatórias com implicação corporal de cujo resultado decorra a incriminação de um suspeito.

Não assumindo a mesma centralidade que a categoria do consentimento representa no contexto do *iter* processual relativamente ao imputado, a verdade é que também no plano da posição da vítima – ou alegada vítima – de crimes, se podem suscitar alguns problemas no tocante ao consentimento para a sua sujeição a medidas probatórias com ingerência corporal.

Manifestamente que não assumirão o mesmo relevo, nem no plano qualitativo – quanto problema do grau de profundidade ou invasividade corporal da medida probatória – nem no plano da legitimidade/admissibilidade – em princípio, a medida probatória a que se deve sujeitar a vítima constitui uma evidência indiscutível, para comprovar quer a consequência corporal do facto criminoso, quer o nexo de imputação ao mesmo –, mas nem por isso deixam de concitar as observações que cremos ser oportuno fazer referência.

A sujeição da vítima de crimes a medidas corporais probatórias é uma das questões latentes da teoria geral do processo – sem que, no entanto, se ache satisfatoriamente resolvida – ou a que não se atribui o significado e alcance devidos.

Saber se relativamente às vítimas de crimes se coloca o mesmo tipo de exigências do que relativamente ao imputado, parece ser, à primeira vista, questão destituída de interesse ou de fundamento. Contudo, quando nos interpelamos sobre a necessidade do consentimento, expresso ou tácito, das vítimas – mas, em todo o caso, livre e informado – para fornecerem processualmente elementos que se encontram, afinal, no estrito conceito de *informação da saúde*, não deveremos convocar outro tipo de considerações habitualmente equacionados a propósito da [válida] obtenção desses elementos em geral, quer para a sua utilização no processo, quer

no respeitante à relação entre as qualidades de intervenção processual e profissional: perito-médico/vítima-doente? A função do perito-médico é, ou pode ser, de alguma forma, hipertrofiada na sua dimensão clínico-profissional ou de auxiliar processual da investigação criminal? Não se reconheceria à vítima-doente a prerrogativa a uma reserva de intimidade sobre a sua informação de saúde e sobre a sua autonomia informacional, ainda que os elementos factuais pretendidos possam ter sido produzidos ou alterados pela conduta criminosa de um terceiro?

O estabelecimento de uma relação perito-médico/vítima-doente no contexto de um dado processo, não sendo, efetivamente, uma relação totalmente idêntica à comum relação médico-doente, partilha com esta alguns aspetos, distanciando-se, porém, no tocante a outros, designadamente no que concerne à questão do consentimento livre e informado.

Deverá, no fundo, exigir-se, relativamente às medidas corporais probatórias respeitantes a vítimas de crimes, uma tutela tão intensa de direitos fundamentais como a integridade pessoal, a reserva da intimidade, a dignidade pessoal e o pudor (não estando já aqui em causa o princípio da não autoincriminação e o direito ao silêncio corporal), a autodeterminação informacional, como a que é conferida quando se trata de suspeitos ou de arguidos⁹⁹⁵?

No extremo destas interpelações poderá indagar-se sobre se será admissível, face ao não consentimento por parte de uma vítima de crime a sujeição a um exame corporal ou uma perícia envolvendo o corpo, submetê-la coercivamente à pretendida medida de prova, mormente em casos que importem uma (indesejável) «vitimação secundária».

Podem detetar-se com frequência um estado de tensão entre os interesses de proteção relativamente à vítima, de sinal oposto ou contraditório: por um lado, deve preservar-se a vítima do facto criminoso, quase sempre traumático; evitar fazê-la recordar e reviver tais ocorrências (vitimação secundária)⁹⁹⁶; mas, por outro lado, torna-se necessária – ou, até, indispensável – a rigorosa e extensiva determinação médico-legal das consequências do facto criminoso, o que pode produzir consequências altamente nefastas ao nível psicológico, em função da sua gravidade e da gravidade das suas consequências, recordado pela vítima aquando da realização de um exame ou de uma perícia ou, até, da mera prestação de

⁹⁹⁵ Note-se que, numa observação em perícia de dano corporal, poderá evidenciar-se todo um conjunto de sinais relativos a comportamentos, adições, marcas, tendências, que não importará relatar no competente relatório, mas ficam a ser conhecidos pelo perito.

⁹⁹⁶ Em qualquer caso, deverão esses profissionais «(...) adequar a sua abordagem ao contexto da vitimação (intra ou extra-familiar), à idade da vítima, bem como à percepção que esta tem do processo que sofreu» (TERESA MAGALHÃES, «A Vítima como objecto da intervenção Médico-Legal», *Acta Médica Portuguesa*, vol. 18, 2005, p. 456; acessível on-line em: <http://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/1065/733>; acedido em 10-02-2014).

declarações acerca de um facto que tenha consistido numa agressão à integridade física (corporal ou sexual) ou psíquica.

Nas hipóteses de vítimas diretas de crime, as consequências orgânicas são, quase sempre, as que mais aturadamente são avaliadas para efeitos de valorização em termos médico-legais, em função da necessidade da qualificação jurídico-penal de uma conduta sob investigação e/ou com vista à reparação de um dano corporal, podendo o tipo de lesões oscilar desde as muito ligeiras até às letais. Mas, as questões aqui suscitadas podem também colocar-se relativamente às consequências não imediatamente físicas ou orgânicas, como consequências psicológicas, emocionais e comportamentais.

Cabe, em última instância, perguntar se o recurso a um eventual meio de coercivo para sujeitar uma vítima de crime a uma diligência probatória com ingerência corporal – sem ou contra a sua vontade –, emergirá de um qualquer dever de colaboração com as autoridades processuais e, no limite, saber se a coercibilidade será compatível com o recurso à força física. Mais ainda, importará determinar se, nos procedimentos cuja instauração dependa da iniciativa da vítima ou ofendido/a (casos de crimes de natureza particular ou semi-pública) ou em que a vítima (ofendido/a) possa pôr termo ao procedimento oficiosamente instaurado, existirá, ou não, um tal dever de colaboração probatória acrescido, de natureza idêntica à daqueles procedimentos cuja instauração ou prosseguimento não dependam da livre iniciativa da vítima (caso de crimes públicos). Ou, ao invés, se será nestes procedimentos que a colaboração da vítima, em função de determinantes político-criminais no sentido da perseguição de condutas com maior dignidade e tutela criminal (de interesses de ordem pública e também da própria vítima), é ainda mais esperada e, nessa medida, exigível?

O problema da colaboração probatória – ou, para quem assim o entenda, do *dever de colaboração probatória* – da vítima com as autoridades processuais não se acha satisfatoriamente disciplinado e resolvido no nosso ordenamento processual penal. Desde logo, não se acham definidas, mesmo após a aprovação do Estatuto da Vítima pela Lei n.º 130/2015, de forma clara e inequívoca, as relações entre os interesses subjacentes à investigação de um crime denunciado e os interesses na preservação da reserva da vida privada (*maxime*, da integridade pessoal, da autonomia informacional ou do segredo da informação de saúde do visado), nem, nessa medida, se encontra regulado em geral e extensivamente um estatuto processual probatório de vítima⁹⁹⁷. Não se ignora, contudo, que no Estatuto da Vítima (art. 7.º⁹⁹⁸) e na

⁹⁹⁷ Sem embargo de à vítima, enquanto “ofendido”, se lhe poder aplicar o estatuto de assistente, caso formalmente reúna os respetivos pressupostos, o requeira tempestivamente e seja admitida em tal qualidade. O estatuto de assistente, enquanto peculiaridade do nosso ordenamento processual penal, confere ao ofendido como tal constituído, certos direitos processuais (artigos 68.º e 69.º do CPP), sendo a lei omissa no tocante a deveres. Excetuando os casos em que a constituição como assistente é obrigatória – quando o procedimento criminal dependa de acusação particular –, o estatuto

disciplina de algumas áreas setoriais de incriminação, houve a preocupação de dotar a vítima de um estatuto de proteção reforçado, como é o caso da violência doméstica (artigos 14.º a 24.º da Lei n.º 112/2009). Todavia, mesmo aí, apesar de consagrar o princípio do consentimento da vítima para qualquer intervenção de apoio, no que concerne ao procedimento criminal, relega-se para o âmbito da regulamentação processual penal os termos da (des)necessidade de tal consentimento (art. 9.º, n.º 1 da Lei n.º 112/2009⁹⁹⁹).

A norma do art. 17.º, n.º 2 do Estatuto da Vítima preconiza a necessidade de evitar ou prevenir a vitimização secundária, nas hipóteses de «eventual submissão a exame médico», apontando para a sua célere realização (tempestividade) e apenas quando seja estritamente necessária à finalidade do inquérito e do processo penal (necessidade), mas omite qualquer solução emergente de um critério de ponderação autorizante, respeitante à coercibilidade da sua realização.

A despeito, pois, da consagração de algumas áreas setoriais com significativa implicação ao nível da proteção de vítimas de crimes – e de tipos específicos de crime –, persiste uma ausência de previsão normativa geral no que concretamente respeita aos termos da (des)necessidade de prestação de consentimento no tocante à posição processual probatória da vítima, enquanto sujeito processual.

A própria lei considera que a posição da vítima no tocante à colaboração com as autoridades policiais e judiciárias, ao facultar provas necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, deve ser perspectivada numa ótica de *direito* e não de dever, o que é expressamente assinalado no art. 67.º-A, n.º 5 do CPP. Esta conceção compromete de algum modo o fundamento de um dever de colaboração probatória – nomeadamente de índole corporal – da vítima, mas não a inviabiliza a sua construção, permanecendo em aberto os termos em que o mesmo se pode equacionar.

Durante algum tempo, admitia-se que não intercedendo a manifestação de qualquer oposição expressa, presumir-se-ia prestado o consentimento da vítima, no tocante à realização e sujeição a medidas probatória com implicação corporal.

de assistente assume-se como o de um sujeito processual com algumas prerrogativas processuais para além das que assistem ao ofendido, o qual, na economia do processo, será, em princípio, testemunha e parte civil.

⁹⁹⁸ É o seguinte o teor da referida norma: «1 - Sem prejuízo do disposto no Código de Processo Penal, qualquer intervenção de apoio à vítima deve ser efetuada após esta prestar o seu consentimento livre e esclarecido. 2 - A vítima pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento».

⁹⁹⁹ É o seguinte o teor da referida norma: «1- Sem prejuízo do disposto no Código de Processo Penal, qualquer intervenção de apoio à vítima deve ser efectuada após esta prestar o seu consentimento livre e esclarecido», o qual pode ser revogado a qualquer momento (art. 9.º, n.º 6 da Lei n.º 112/2009). Parece evidente que a norma faz depender do consentimento livre e esclarecido da vítima qualquer intervenção pública de apoio, no quadro dos programas de proteção e segurança extra-processuais. De resto, a obtenção do consentimento da vítima de violência doméstica é sempre exigido a fim de lhe ser assegurado apoio psicossocial e proteção por teleassistência, por período não superior a seis meses, salvo se circunstâncias excepcionais impuserem a sua prorrogação (art. 20.º, n.º 4 da Lei n.º 112/2009).

Ao falar-se em sujeição a medidas probatórias com implicação corporal se pretende, também, incluir a obtenção de elementos de prova documental relativamente a informação de saúde produzidos extra-processualmente, como relatórios clínicos de episódios de atendimento e tratamento hospitalar, registos de meios auxiliares de diagnóstico (como registos de imagiologia, ECC, RMN, *etc*)¹⁰⁰⁰, de prescrição medicamentosa, entre outros. Não estarão apenas em causa os resultados de diligências processuais de produção de prova com implicação corporal, mormente exames ou perícias médico-legais ou outros.

Esta presunção de consentimento da vítima para se sujeitar a ingerências corporais probatórias tem um fundamento razoável – e até louvável –, no sentido de poder concorrer para uma mais eficaz proteção dos seus interesses processuais e, no limite, de lhe conferir um estatuto de relativo reequilíbrio na obtenção de uma reparação com significado não só penal, mas também ressarcitório.

Cumprirá, contudo, refletir sobre se, contemporaneamente, esta ideia cobra plena justificação ou se não será tributária de um certo paternalismo estadual. Será de considerar estabilizado esse entendimento ou, antes, será justificada e oportuna uma problematização do mesmo, no sentido de ponderar a necessidade de obtenção do consentimento expresso da vítima, com vista à sujeição a medidas de prova com implicação corporal? Para tal finalidade, tornar-se-ia exigível o passo precedente da sua informação nesse sentido, assim se satisfazendo os requisitos de um consentimento livre e informado?

Sem embargo de reconhecer que a adoção de um tal entendimento pode implicar perturbações práticas, no plano da tática ou, mesmo, da estratégia da investigação criminal, a obtenção de um consentimento expresso (livre e informado) da vítima para a sujeição a ingerências corporais probatórias tem a inquestionável vantagem de impedir (ou precluir) a subsequente invocação de qualquer irregularidade ou nulidade de produção probatória – pelo imputado ou, até, por terceiros –, que virtualmente pudessem resultar da (inevitável) vulneração dos direitos à dignidade pessoal, à proteção da reserva da vida privada ou da intimidade, designadamente no âmbito da reserva do segredo de informação de saúde da vítima ou de outros sujeitos processuais.

É certo que uma ideia de consentimento tem de admitir a possibilidade da sua revogabilidade, o que, no caso do processo penal, e concretamente no que respeita à submissão de sujeitos processuais a medidas corporais probatórias, apresenta alguns óbices. Essa é uma consequência mais evidente no que se prende com a posição do imputado –

¹⁰⁰⁰ Relativamente a cujo conteúdo, por revelar doenças, tendências ou comportamentos, a vítima pode legitimamente não querer que seja conhecido das autoridades processuais, sem prejuízo de alguns desses dados poderem ser relevantes, p. ex., para a demonstração do facto típico em investigação ou para aferição da credibilidade.

relativamente ao qual se propende para uma solução que dispense a necessidade de (prestação de) consentimento, suprida pela inerente ponderação judicial autorizante da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida –, mas também presente no que diz respeito à vítima.

No ordenamento espanhol, p. ex., a recolha de amostras no corpo da vítima viva, é efetuada ao abrigo do disposto no art. 778.3 da LEC, onde se prevê a possibilidade de recolha de amostras cuja análise facilite a melhor qualificação dos factos. Relativamente a uma vítima viva, esta vê comprometidos os seus direitos à intimidade e/ou à integridade física e pode negar-se a fornecer a amostra, p. ex. em casos de crimes contra a liberdade sexual ou no seio do casamento ou união de facto. Considera-se, assim, que não seria admissível a obtenção coerciva de bioamostras para análise de perfil genético, ao abrigo da Disposición Adicional 3.^a da LO 10/2007, uma vez que a autorização judicial fundamentada a que a mesma faz menção se reporta ao suspeito, e não a outras pessoas. A possibilidade de obtenção de amostras da vítima contra o seu consentimento, ao abrigo do disposto no art. 778. 3 LEC, poderá ocorrer, contudo, mediante autorização judicial fundada em razões de necessidade e de proporcionalidade da medida. Em qualquer caso, o possível compromisso entre direitos fundamentais implica que a diligência se realize de harmonia com *legis artis* e segundo critérios e protocolos técnico-profissionais¹⁰⁰¹, sem pôr em perigo a saúde ou integridade física.

Fazendo, agora, um breve excursão sobre a solução que parece ser fornecida pelo nosso sistema processual penal, pode perguntar-se se cabe à vítima alguma margem de disponibilidade para se subtrair a medidas probatórias com recurso a ingerência corporal, no contexto de um processo, face ao conteúdo de normas como as dos artigos 2.º da Lei n.º 12/2005, de 26-01 (Informação de saúde)¹⁰⁰², 154.º, n.ºs 1 e 3 e 172.º, n.ºs 1 e 2 do CPP e 6.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 45/2004 (Obrigatoriedade de sujeição a exames)¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ Garantindo, nomeadamente, no caso de recolha de bioamostra para análise de ADN e obtenção de perfil genético, que a sua extração e envio para o laboratório observe todos os passos da cadeia de custódia, evitando qualquer contaminação do procedimento que dificulte ou potencie confusão acerca da prática e resultados das análises. Em matéria de ADN, a cadeia de custódia e acreditação laboratorial deve fazer-se de acordo com a ISO/IEC 17025 ou, mais recentemente, com a ISO 15189, devendo todos os passos da cadeia ficar documentados com as assinaturas dos intervenientes em cada entrega e recebimento, relato do respetivo *iter*, os lotes de instrumentos e reagentes, e qualquer incidente verificado. A recolha de amostras “abandonadas” não pressupõe autorização judicial, podendo a polícia proceder à sua recolha, relatando a ocorrência.

¹⁰⁰² Para efeitos desse diploma, «(...) informação de saúde abrange todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar».

¹⁰⁰³ O art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004 (Obrigatoriedade de sujeição a exames) dispõe: «1 - Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei».

Antes de mais, convém recordar que este é um problema extensivo à posição do imputado – e, nele, muito mais agudamente colocado, como vimos nos pontos *supra* –, pois que as referidas normas aludem genericamente a «alguém» e «pessoas», sem circunscrever a sua aplicabilidade à específica qualidade do interveniente processual.

Em todo o caso, na parte que contende com a posição da vítima, não se colocarão as questões atinentes à prerrogativa de não autoincriminação, próprias do estatuto jurídico do imputado. E dizemos, *em princípio*, por considerarmos como casos excecionalmente patológicos (e residuais) os casos de auto-lesão que consubstanciem um quadro típico de simulação de crime, em que a prova sobre o estado físico obtida no pressuposto de que a pessoa foi *vítima* de um crime, poderá servir depois (em que termos?) para a prova do crime de simulação de crime (ou de denúncia caluniosa ou qualquer outro), em que a suposta vítima assumirá a posição processual de imputado. Além destas situações, podem ainda invocar-se as hipóteses de a vítima assumir, simultaneamente, a condição de imputado (*v.g.* em casos de agressões recíprocas, de participação em rixa), nas quais o estatuto processual que deve prevalecer, é o de suspeito ou de arguido.

Constitui, então, um tal dever de sujeição a exames médicos, uma imposição (obrigação) de submissão a medidas corporais probatórias? Ou ficará um tal dever dependente da natureza do crime que os factos possam abstratamente configurar, de acordo com um critério de gravidade ou de natureza quanto ao direito de queixa: tratando-se de crime particular ou semi-público não haveria uma tal obrigação, mas sendo crime público, essa obrigação impor-se-ia?

Note-se que a determinação e sujeição das vítimas a exames ou a perícias médico-legais, bem como a junção de elementos de informação de saúde, podem não esgotar o conjunto de medidas probatórias com recurso a ingerência corporal, mas estas serão, aceitamo-lo, as mais frequentes.

Uma primeira dificuldade pode surgir no critério para determinar com rigor a *necessidade* para o processo (inquérito ou instrução) da sujeição de alguma pessoa exame-médico. A exigência legal de despacho autorizante da autoridade judiciária para a realização de perícia (art. 154.º, n.ºs 1 e 2) ou de exame (art. 172.º) pretende acautelar a intercessão de um juízo de avaliação de tal necessidade, por parte daquelas autoridades. No caso de vítimas de crime, o despacho de autoridade judiciária para a realização parece de algum modo salvaguardar a formulação de um tal juízo de necessidade¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁴ Caberá, todavia, recordar que as exigências contidas nos artigos 154.º e 155.º do CPP se acham expressamente dispensadas no caso de perícias médico-legais efetuadas nos Gabinetes Médico-Legais ou no INMLCF, I. P. (art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004).

E com isto nos aproximamos mais do que pensamos ser uma tentativa de enquadramento normativo geral da sujeição das vítimas a medidas corporais probatórias.

Afigura-se-nos que deve desenvolver-se um esforço de informação cabal da vítima de crime, no sentido de esta poder prestar de forma livre e esclarecida o seu consentimento para a sujeição a medidas probatórias com implicação corporal. Isso resulta, em princípio, do conteúdo de procedimentos profissionais que devem pautar a intervenção de autoridades e de peritos processuais. Pode dizer-se que ainda assim, deveria certificar-se que a vítima foi cabalmente esclarecida da faculdade de consentir expressamente na sujeição à medida probatória, concluindo-se que a realização da mesma conta com o seu consentimento expresso (apesar de não escrito ou de outra forma documentado).

Esse dever de esclarecimento pode, contudo, faltar, ocorrendo a sujeição da vítima a medidas probatórias com implicação corporal. Em tal caso, será de aceitar a construção de um consentimento presumido.

A sujeição da vítima a medidas de índole corporal probatória deve subordinar-se a um princípio de subsidiariedade, justificando-se somente quando os elementos probatórios não possam ser obtidos por outro meio. Mas, por outro lado, justificando-se a medida corporal probatória, apenas deverá ser investigada (e valorada) a informação de saúde da vítima estritamente necessária para o esclarecimento da consequência do crime, do modo de produção da lesão produzida por uma agressão (corporal ou sexual), o seu nexo de causalidade com esta, e a sua relevância para a responsabilização do respetivo agente. Não será, pois, exigida – por desnecessária – a revelação de quaisquer outros elementos integrantes da informação de saúde da vítima que especificamente não respeitem à atuação criminosa sob investigação. Assim, tem a vítima legítimas razões para se opor que, sob pretexto da necessidade de realização de um exame ou de uma perícia, ou da requisição de documentação clínica a ela atinente, sejam reveladas no processo doenças, defeitos fisionómicos, hábitos, tendências, marcas que sejam irrelevantes ou desnecessárias para a investigação e para a qualificação jurídico-penal dos factos (intangibilidade da integridade pessoal na dimensão do pudor e do direito à imagem).

E, mais importante, a realização de diligências corporais probatórias sobre a vítima, pode potenciar a revelação de informação de saúde desconhecida, e que, nessa medida, a vítima preferisse ignorar, colidindo assim com o seu direito à autodeterminação informacional. Esta questão coloca-se igualmente no tocante ao imputado, mas relativamente à vítima aparece de forma mais aguda, pois que, se a mesma preserva intacto o seu *right not to be researched*, não deve, por via de uma ingerência probatória heteronomamente determinada, ser-

lhe negada essa prerrogativa, ao impor-se-lhe o conhecimento de informação de que preferisse não tomar conhecimento¹⁰⁰⁵.

Pense-se, p. ex., num caso de investigação de um crime de violação, no qual, ao proceder-se à recolha de amostras biológicas na suposição de se tratar do agente suspeito, vem a identificar-se, após cruzamento na base de dados de perfis de ADN, outra pessoa com a qual a vítima manteve anteriormente relações sexuais consentidas. Relativamente a tais elementos, é evidente que a vítima mantém integral direito a preservar a reserva da intimidade pessoal consubstanciada pela informação de saúde que seja indiferente ou irrelevante para a investigação do crime que se pretende investigar. Nessa medida, parece que vigora aí, irrestritamente, uma cláusula de consentimento livre e informado da vítima para a produção de tais elementos de prova.

Já no que se refere ao material probatório disponível que seja absolutamente necessário ou indispensável, para a investigação dos factos que integram o crime, não será defensável uma natureza tão absoluta do consentimento da vítima, parecendo-nos que aí se terá de admitir algumas limitações.

Assim, o possível e desejável compromisso entre direitos fundamentais obriga a realizar as diligências probatórias que impliquem ingerência corporal sobre a vítima, de acordo com critérios de subsidiariedade e proporcionalidade e com cautelas de estrita segurança e confidencialidade.

6.3. O caso particular da tortura

Não é novo este dilema: o delito ou é certo ou é incerto; se é certo, não lhe convém outra pena senão a estabelecida pela lei, e inúteis são as torturas, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, então não deve torturar-se um inocente, porque é inocente, segundo as leis, o homem cujos delitos não estão provados. Mas eu acrescento ainda que é querer confundir a ordem das coisas o exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne crisol da verdade, como se o critério da verdade residisse nos músculos e nas fibras de um infeliz. Este é o meio seguro de absolver os robustos celerados e de condenar os débeis inocentes

Cesare Beccaria¹⁰⁰⁶

Face à magnitude, intensidade e persistência dos atuais riscos globais – essencialmente no quadro das ameaças do terrorismo e do crime organizado – que eclodem um pouco por

¹⁰⁰⁵ Cfr., a este respeito, COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004, pp. 24-25.

¹⁰⁰⁶ *Dei Delitti e delle Penne* (trad. de JOSÉ DE FARIA COSTA), Ed. FCG, Lisboa, 1998, p. 93.

toda a parte, a questão da tortura reassume lugar de relevo na discussão sobre a sua admissibilidade e eventual justificação ou legitimidade.

Os Estados confrontam-se com uma inédita gama de ameaças à sua própria existência e sobrevivência e, simultaneamente, com uma singular necessidade de resistir ao *canto de sereia* de alguns corifeus que pugnam por uma cedência de princípios e valores que se julgavam definitivamente adquiridos, as quais parecem ganhar novo fôlego, como é o caso da admissibilidade [excepcional] da tortura, ainda que sob designações mais ou menos eufemísticas. Ocorrências como os atentados de 11 de setembro e muitos outros subsequentes e recentes, tiveram a virtualidade de operar, mediante o esclarecimento informativo dos cidadãos e confundido com a opinião dominante nos *media*, um *amolecimento* das posições tradicionais de salvaguarda do quadro de valores adquirido ao longo de décadas, e transposto para documentos internacionais (DUDH, CEDH, CADH, PIDCP e Convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes) para os ordenamentos constitucionais e legais internos, como é o caso, designadamente da proibição da tortura.

A relutância na reabilitação da tortura como meio legítimo (e legal) é uma tarefa que carece de esforços quotidianos e renovados, com o propósito de reafirmar todo um programa de enunciados civilizacionais que se julgava estabilizado¹⁰⁰⁷, qual seja o da proibição da tortura como meio legalmente admitido, ainda que a título excepcional e relativizado; é sedutoramente apresentado como um método que apenas limita temporariamente a integridade física, sem poder ser letal ou afetar grave e irreversivelmente a saúde ou integridade física¹⁰⁰⁸ ou, superlativamente, a apresentação de um método como a *pílula da verdade*¹⁰⁰⁹, indolor e supostamente inócuo. A sedução por posições que sufragam a adoção e positivação de uma autorização ou justificação de formas de pressão *física moderada*, de formas *não extremas* de tortura, como reação admissível a fenómenos e ameaças criminosos inéditos e de trágicas e catastróficas consequências potenciais (ou reais), não são exclusivas dos defensores do chamado *direito penal do inimigo*. Mesmo em setores doutrinários ligados à defesa das liberdades cívicas, começou a manifestar-se alguma simpatia para com tais posições, nos chamados

¹⁰⁰⁷ Mesmo a realidade da tortura levada a cabo pela ex-PIDE-DGS durante o período da ditadura do Estado Novo, não era assumida no discurso oficial, havendo uma clara “má-consciência” da parte do regime. Cfr., sobre o assunto, o notável trabalho documental de entrevistas a ex-presos políticos, com relatos circunstanciados sobre as suas experiências de tortura, *No Limite da Dor – A Tortura nas Prisões da PIDE (Testemunhos inéditos)*, de ANA ARANHA e CARLOS ADEMAR, Parsifal, Lisboa, 2014.

¹⁰⁰⁸ Foi a este preciosismo conceitual que a posição oficial da Casa Branca se arrimou, baseada nos *Memos on Torture* (Os Memorandos “Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. sections 2340-2340a” e “Interrogation of al Qaeda”), de Jay Bybee para a CIA e Casa Branca, em agosto de 2002, defendendo que «(...) a dor física em que a tortura se traduz tem de ser equivalente à dor causada por uma ofensa corporal grave, como a lesão de órgãos, de uma função do corpo, ou mesmo a morte», assim excepcionando métodos de interrogatório como o *waterboarding*, a injeção de agulhas debaixo das unhas e a perfuração de dentes sem anestesia, remetidos para o conceito eufemístico de “pressão física moderada”.

¹⁰⁰⁹ Já não o “soro da verdade”, para se afastar a objeção da necessidade de uma intervenção corporal (injeção).

casos-limite – não como aplicação generalizada de métodos de obtenção de prova (confessória) relativamente a crimes ocorridos, *maxime*, como método (virtualmente) idóneo a evitar um ataque terrorista de consequências devastadoras – entre os quais Alan Dershowitz¹⁰¹⁰ e Volker Erb¹⁰¹¹, e, entre nós, Maria da Conceição Cunha¹⁰¹², continuando, porém, a serem prevaletentes as posições doutrinárias de rejeição de tais soluções.

Os desenvolvimentos da discussão foram incrementados na sequência dos atentados de 11 de setembro, após a edição de um conjunto de legislação federal nos EUA que conferia prerrogativas às agências de segurança e *intelligence* no sentido de procederem a técnicas de interrogatório «não convencionais», para usar uma expressão eufemística, de que é exemplo paradigmático o USA PATRIOT Act¹⁰¹³.

A questão da tortura adquire significado na economia do nosso itinerário reflexivo, não porque surjam particulares dificuldades em exautorar o seu uso *legal(izado)* – mesmo que assumam as formas eufemísticas ou sedutoras de “tortura boa”, “tortura salvadora”, “pressão física moderada” ou “tortura virtuosa”¹⁰¹⁴ – mas também porque o tema se liga às questões da validade e relevância processuais da prova eventualmente obtida mediante tais métodos de

¹⁰¹⁰ *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2003 ; «The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss», *New York Law School Law Review*, Vol. 48 - N.ºs 1 e 2, 2003, pp. 275-294 (cons. em: <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/48-2.Dershowitz.pdf>, acessado em 12-01-2014 – arq.); em todo o caso, opondo-se à tortura de inocentes.

¹⁰¹¹ «Folterverbot und Notwehrrecht», *Ist Folter erlaubt?* (WOLFGANG LENZEN, Hrsg.), Ed. Mentis, 2006, pp. 19 e ss. Na doutrina alemã, MATTHIAS HERDEGGEN, WINFRIED BRUGGER, WOLFGANG JOECKS, manifestam-se a favor de uma relativização da tortura em situações de necessidade, *apud* AUGUSTO SILVA DIAS, «Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Vol. I* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 98 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, p. 212 (nota 14).

¹⁰¹² Em «Uso da tortura e impedimento de actos terroristas», *Multiculturalismo e Direito Penal – Grupo de Professores de Direito Penal Jorge de Figueiredo Dias - I Encontro Nova-Direito Lisboa 2012* (FREDERICO DA COSTA PINTO - PEDRO CAEIRO - TERESA BELEZA, org.), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 39-57.

¹⁰¹³ Sigla de «Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act, of 2001» («Lei de 2001 para unir e fortalecer a América, fornecendo os necessários instrumentos adequados para interceptar e evitar o terrorismo», trad. livre do autor), aprovado pelo Congresso dos EUA na imediata sequência dos atentados, após o que o País se considerou em estado de guerra não convencional, declarando reciprocamente, «Guerra ao Terror(ismo)» («War on Terror»). O Presidente George W. Bush viria a homologar tal dispositivo em 26-10-2001, vulgarmente conhecido como *Patriot Act*. Trata-se de um documento que introduz significativas alterações no United States Code e noutros diplomas. O seu conteúdo veio objetivamente possibilitar a prática de tortura sobre cidadãos não nacionais e fora do território dos EUA – como em Abu Ghraib e Guantanamo e noutras instalações –, mas há indícios de que poderá ter havido ocorrências no próprio território dos EUA.

¹⁰¹⁴ Glosada por vasta bibliografia e filmografia sobre a temática, de que nos permitimos destacar como exemplo o filme «Unthinkable», de Gregor Jordan, de 2010 (com o título em português «O Dia do Juízo Final»).

Sobre a inconsistência da distinção entre *tortura boa* e *tortura má*, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, «Torturando o inimigo ...», cit., p. 211, «Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado», *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (MÁRIO F. MONTE, dir. – M. CLARA CALHEIROS – F. CONDE MONTEIRO – FLÁVIA N. LOUREIRO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 687-708 e BRUNO MOURA, «A propósito da chamada “tortura salvadora”: outra “quebra de tabu”, agora relativamente à proibição da valoração da prova?», *RBCC*, Ano 21, N.º 101 – mar.-abr. 2013, pp. 237 ss., chamando a atenção para a premissa errada que, em seu entender, constitui a consideração da existência de uma superioridade da dignidade da vida das vítimas face à do autor do crime. Ambos os Autores se mostram avessos a admitir o uso de qualquer forma (ainda que moderada) de tortura quando tal pudesse constituir o meio idóneo para evitar a produção de resultados mortais ou de grave afetação da integridade física de pessoas inocentes, sem embargo de tais condutas poderem relevar em sede de apreciação da responsabilidade criminal do agente torturador. Manifestando uma posição de abertura relutante a tal solução de admissibilidade, M. CONCEIÇÃO CUNHA, «Uso da tortura e impedimento de actos terroristas», cit., pp. 39-57.

obtenção de informações. Todavia, no nosso excuro, não abordaremos os problemas das consequências da violação da proibição da prova obtida por meio de tortura – que se crê definitivamente adquirida no plano da invalidade processual –, nem as particularmente sensíveis questões suscitadas pela tortura no âmbito das atividades dos serviços de informação (*intelligence*). Também não caberão no nosso estudo, o aprofundamento da questão dogmática surgida a propósito da hipótese de assimilação da ameaça de tortura à tortura, a qual tem sido intensamente debatida na doutrina alemã.

A atividade processual probatória encontra-se desde a Antiguidade constitutivamente ligada às múltiplas formas e modalidades de tortura¹⁰¹⁵, vislumbrando-se a mais elaborada no conceito positivado da *Quaestio* romana – que designava a atividade de indagação, de investigação dos delitos, por parte do pretor, através da infligência da tortura, para extrair declarações¹⁰¹⁶ –, que se alargou na fase imperial, aos patrícios, após se aplicar exclusivamente a escravos e estrangeiros¹⁰¹⁷. A sua assimilação pela Igreja Católica, essencialmente a partir do séc. XII, e, mais tarde pela Inquisição, mais não foi do que o retomar de métodos anteriormente aplicados e que se pode, hoje, chamar de atividade de instrução (dificilmente se assimilaria à noção de investigação) criminal, com outros pressupostos e finalidades, para além de se pretender intimidar e controlar pulsões individuais e sociais de diversos tipos. Atividades essas que repousavam quase exclusivamente em prova tarifada e de natureza pessoal declaratória, nas quais a confissão era erigida em *Regina probationem*.

A proibição da tortura é produto do ideário iluminista, a ele se ficando a dever a sua afirmação, praticamente com a configuração atual.

Podem identificar-se, pelo menos, quatro modalidades de tortura: a “tortura-pena” ou “tortura-punição”, enquanto formas cruéis de execução de sanções; “tortura para obtenção de provas” ou “tortura inquisitorial”, com natureza processual, inaugurada nos processos contra a feitiçaria e pactos com o demónio, visando mais a obtenção de confissões ainda que falsas (apenas como meio de evitar o prolongar dos tormentos); a “tortura preventiva”, método de obtenção de informações massiva no quadro de luta contra o terrorismo, aplicado nas famigeradas prisões de Guantanamo, Abu Ghraib e outras, e a “tortura-salvadora», destinada a obter informações sobre as circunstâncias do cometimento iminente de um crime, procurando

¹⁰¹⁵ Cfr. PAOLO MARCHETTI, *Testis Contra Se - L'Imputato come Fonte di Prova nel Processo Penale dell'Età Moderna*, cit., pp. 77 ss.

¹⁰¹⁶ De acordo com ULPIANO, o *Digesto* XLVII, X, XV, § XLI, deveria ser interpretado da seguinte forma: “*Quaestionem*” *intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem. Nuda ergo interrogatio vel levis territio non pertinet ad hoc edictum* (*Quaestio* deve ser entendida como tortura quando o corpo é submetido à dor, a fim de descobrir a verdade. Interrogatórios de pessoas submetidas ao medo trivial não eram cobertos por esse edital).

¹⁰¹⁷ Sobre a evolução do fenómeno, EDWARD PETERS, *História da Tortura*, Editorial Teorema, Lisboa, 1985.

evitar a prática indiscriminada ou a consumação de crimes contra a vida de uma ou mais pessoas, de que são exemplos o caso *Daschner*¹⁰¹⁸ e a hipótese *ticking time bomb*¹⁰¹⁹.

O problema da relevância da tortura no cruzamento com a teoria geral das ingerências corporais probatórias surge com a segunda *supra* enumerada dimensão da tortura *para obtenção de provas*. Aqui, não parece difícil a refutação da sua admissibilidade, em qualquer grau. Ela continua afirmada diretamente no plano da previsão normativa constitucional e processual.

Os principais problemas que se colocam, contendem principalmente com a modalidade da *tortura de salvação*.

Há, no entanto, momentos e situações cujos contornos não permitem estabelecer com nitidez os planos da (ir)relevância da tortura, porquanto, na abordagem de hipóteses como as da *ticking time bomb* ou do caso *Daschner*¹⁰²⁰, se torna difícil isolar uma conduta de tortura – qualquer que seja a forma que assuma – a título puramente preventivo (tortura salvadora) ou já a título de investigação criminal (tortura inquisitorial); na verdade, perante a existência de indícios que justifiquem submeter um suspeito a práticas de tortura, p. ex., perante a iminência de um ataque terrorista ou face à iminente consumação da prática de um crime contra a vida ou integridade física grave, de rapto, de cárcere privado, explosão, homicídio, já não é apenas uma finalidade puramente preventiva que está em causa, mas sim a obtenção de informação relevante para uma concreta investigação criminal instaurada, face à relevância criminal daqueles indícios, a título de atos preparatórios de terrorismo (cuja punibilidade é generalizadamente prevista) ou de crimes concorrentes ou crimes-meio (detenção e uso de armas, materiais explosivos, etc). Seria plausível uma separação de planos, conforme o momento e dimensão de apreciação da tortura? Não relevará probatoriamente – por constituir prova absolutamente proibida (art. 126.º, n.ºs 1 e 2 do CPP) – a tortura aplicada no contexto processual da investigação dos crimes cometidos pelo torturado ou por terceiros, mas já poder interceder a sua finalidade, no plano substantivo-penal¹⁰²¹, como causa de justificação, de

¹⁰¹⁸ Caso decidido na sentença de 20-12-2004 pelo Tribunal de Frankfurt (pub. in *NJW*, 2005, n.º 10, pp. 692 ss.), que julgou a conduta do vice-presidente da Polícia de Frankfurt, Daschner, e de um agente por si autorizado a ameaçar de provocar dores físicas (não lesões corporais) ao agente (detido) de um crime de rapto do filho de um industrial, na presença de e sob vigilância de um médico. O suspeito confessou o rapto e o homicídio da criança, que entretanto praticara. Daschner referiu que empregou tal método não para o esclarecimento do crime, mas para salvar a vida da criança raptada. Pela controvérsia gerada a propósito da decisão condenatória de Daschner e do agente subordinado – em penas substancialmente atenuadas, mas sem considerar verificadas quaisquer causas de justificação como a legítima defesa de terceiro ou o estado de necessidade –, C. ROXIN considerou a dita decisão como «o caso penal mais controverso na história alemã do pós-guerra»; cfr. a exposição e detalhada análise do caso, em AUGUSTO SILVA DIAS, «Torturando o inimigo ...», cit., pp. 242-254, em que o Autor culmina refutando a verificação de um estado de necessidade desculpante ou um excesso de legítima defesa com idêntico efeito.

¹⁰¹⁹ Cfr. BRUNO MOURA, «A propósito da chamada “tortura salvadora”: outra “quebra de tabu”, agora relativamente à proibição da valoração da prova?», cit., pp. 236-237.

¹⁰²⁰ Daí que, provavelmente por alguma consciência de certo tipo de confusão entre tais dimensões, Daschner ter referido no relatório da ação policial junto do suspeito, que a sua atuação visava «não o esclarecimento do crime, mas salvar a vida da criança raptada».

¹⁰²¹ P. ex., num eventual processo contra os agentes estaduais que intervenham em ações de tortura preventiva.

atenuação especial ou de não punição (*v.g.* art. 154.º, n.º 3, al. *b*) do CP), a título de legítima defesa, legítima defesa preventiva ou de estado de necessidade¹⁰²²?

Invoca-se, por outro lado, em abono da admissibilidade da tortura, a vantagem do seu escrutínio e controlo pelas autoridades encarregadas da supervisão de atividades de prevenção e investigação da criminalidade, nos sistemas em que tal método fosse admissível¹⁰²³. Implícitos num posicionamento de admissibilidade da tortura – ainda que *limitada, soft, light* ou *moderada* – estarão os pressupostos de que o torturado detém informação relevante quanto ao crime a cometer ou em execução e, igualmente, quanto à eficácia do método para lhe extorquir tal informação. Mesmo num nível excecional ou fragmentário dos casos-limite em que a tortura fosse admitida, Silva Dias lembra que «(...) a tortura mina os alicerces do Estado de Direito convertendo-o paulatina e irreversivelmente num Estado de não-Direito, num Estado-verdugo»¹⁰²⁴. Se o Estado, através dos tribunais, sancionasse de alguma forma a tortura, essa manifestação de poder corresponderia ao regresso ao modelo inquisitorial autocrático de processo penal, convertendo o arguido em presumido culpado, desprovido de direitos – mormente o direito à não-autoinculpação –, e congregando apenas os deveres, de colaboração e de sujeição a medidas de prova, ainda que atentatórias da dignidade humana. Para além disso, não poderia evitar-se o *slippery slope*, que quase forçosamente ocorreria, com a tentação de alargar o uso da tortura aos casos de criminalidade violenta e organizada, como o rapto, o tráfico de pessoas e de droga, etc.

A manutenção de um quadro normativo jusinternacional, constitucional e legal, de proscrição da tortura – ao lado de outros meios proibidos de prova, como a coação, a hipnose e outros –, bem como a certeza de um juízo consequente de desconformidade constitucional de qualquer solução legal que contrariasse aquela proibição, conferem alguma tranquilidade quanto ao desfecho final do debate em curso sobre a admissibilidade da tortura. Em todo o caso, não deixa de ser preocupante a insistência na colocação do problema por setores não apenas simpatizantes de um «Direito penal [e processual] do inimigo», que um pouco por

¹⁰²² Rejeitando a aplicação sistemática destas causas de justificação, AUGUSTO SILVA DIAS, «Torturando o inimigo ...», cit., pp. 250 ss.

¹⁰²³ DERSHOWITZ, que considera incompatível com o escrutínio democrático, a subtração de ações invisíveis ao seu radar, propugna, mesmo, por um mandado de tortura (*soft*), ou “pressão física moderada” como forma de evitar desmandos como os verificados em Abu Ghraib («The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss», *New York Law School Law Review*, Vol. 48 - N.ºs 1 e 2, 2003, pp. 275-294) em resposta à posição de MARCY STRAUSS, «Torture», no mesmo volume da mesma Revista, pp. 201-274 (respetivamente consultáveis em <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/48-1.2.Strauss.pdf> e <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/48-2.Dershowitz.pdf>, acedidos em 12-01-2014). Também contra a admissibilidade de qualquer forma ou sucedâneo de tortura, JEREMY WALDRON, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, Public Lecture – Victoria University of Wellington, New Zeland, Aug. 19 – 2004, pp. 35 ss, sustentando que «os últimos cem anos mostraram que [tortura] é uma espécie de coisa que não pode ser mantida sob controlo racional». Acrescentaríamos, pois, para além de fazer alastrar a mancha de ignomínia ao aparelho de administração da justiça penal, não ser passível de qualquer controlo jurisdicional.

¹⁰²⁴ «Torturando o inimigo ...», cit., p. 218.

todas as latitudes, vão conquistando a adesão da opinião popular forma(ta)da por estratégias propagandísticas e de matizes diversos, subliminarmente veiculadas pelos *media*. Tais setores doutrinários e políticos vêm sugerindo medidas a integrar em programas político-criminais tributários de uma reação “musculada” a determinadas fenomenologias criminosas, que, pela inédita magnitude e gravidade dos atentados a certos bens jurídicos (vida, integridade física, tranquilidade pública), danosidade social e financeira das suas consequências, justificariam uma forma de combate fora dos princípios convencionais da luta contra as formas de criminalidade clássica. Os seus agentes seriam relegados para a categoria de *inimigos* ou *não cidadãos* (G. Jakobs), por se tratar de indivíduos a quem não fará sentido aplicar os princípios e normas do direito penal clássico liberal.

Portanto, torna-se hoje necessário reafirmar o que se julgaria adquirido e estabilizado, face às aquisições do Estado de Direito desde o Iluminismo, uma tarefa crítica e implicando todo um esforço argumentativo, de modo a tentar convencer da justeza e adequação da manutenção de um princípio como o da proibição da tortura, integrado no «universo do “indisponível” no direito (processual) penal»¹⁰²⁵. Além disso, parece ser hoje necessário denunciar uma estranha apatia e omissão de reações jurídicas perante condutas que assumidamente alguns Estados empreendem – a pretexto de ataques *preventivos* que configuram uma manifestação superlativa da *guerra assimétrica* contra o terror(ismo), e que de algum modo, justificam a sua execução no *quadro fáctico* do direito penal do inimigo¹⁰²⁶ –, sem consequências dissuasoras, como a dos assassinatos seletivos, apesar de muitas vezes se contemplar a possibilidade de um número não desprecioso de danos colaterais, que mais não são do que vítimas inocentes¹⁰²⁷.

A hipótese da tortura como meio de investigação é de rejeitar liminarmente, não revestindo particular dificuldade – face ao atual acervo normativo jusinternacional e jurídico-

¹⁰²⁵ WINFRIED HASSEMER, «Unverfügbares im Strafprozeß», In *Festschrift für Maihofer* (ARTHUR KAUFMANN *et al* hrsg.), Frankfurt am Main, Klostermann, 1988, pp. 197 e ss, *apud* BRUNO MOURA, «A propósito da chamada “tortura salvadora”: outra “quebra de tabu”, agora relativamente à proibição de valoração da prova?», *cit.*, p. 233.

¹⁰²⁶ Noção desenvolvida por GÜNTHER JAKOBS, que preconizou o *Feindstrafrecht* como um sistema juspenal paralelo aplicável ao indivíduo (Feind) que se coloca tão sistemática e estruturalmente fora de qualquer fidelidade axiológico-normativa vigente, em relação ao qual não faz sentido tratá-lo como “cidadão”, ou seja, o indivíduo cujo comportamento geral, apesar da sua falta (infração penal), se coaduna com a fidelidade ao Direito instituído. O “arguido-inimigo” pode, pois, ser coisificado como objeto de obtenção de prova, não valendo a presunção de inocência, o direito à não-autoincriminação e a sua manifestação mais relevante, o direito ao silêncio, surgindo a tortura, nesse contexto, como um corolário natural, já que é a antítese de qualquer daqueles princípios e direitos. Ainda quanto à dupla designação dos conceitos “Direito Penal do Inimigo” e “Direito penal de Luta”, diferenciáveis de uma perspectiva de legitimidade da intervenção penal, *cfr.* MASSIMO DONINI, «El Derecho Penal frente al “enemigo”», *Derecho Penal de excepción: terrorismo y inmigración* (PATRICIA FARALDO CABANA - LUZ MARÍA PUENTE ABA - EVA MARIA SOUTO GARCÍA, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 61 ss. e GÜNTHER FRANKENBERG, *Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht: Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungrechts, Rückkehr der Folter: Der Rechtsstaat in Zwielficht?* (BEESTERMÖLLER-BRUNKHORST, Hrsg.), Beck, 2006, pp. 66 ss.

¹⁰²⁷ Sobre a questão, levantando judiciosas interpelações críticas, FELIX HERZOG, «Der Staat als *Sniper*: Targeted Killings Zerstörtes Rechtsdenken als Reaktion auf den Terrorismus», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* - Vol. I (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 98 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 371-385

constitucional (a DUDH e a CEDH, a Convenção da ONU contra a Tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes, a CRP) – a fundamentação do seu repúdio.

Questão diversa desta será a da aceitabilidade, ou não, em tese geral, da tortura como meio processual de investigação criminal. Naturalmente que uma tal opção, careceria de uma completa reformulação de todo um acervo de normas e instrumentos jusinternacionais e jurídico-constitucionais dos Estados, que significaria uma revolução copernicana no que se refere ao respeito pela dignidade humana, pela integridade da pessoa humana e da proibição da tortura.

Por outro lado, uma coisa é a esconjurção da viabilidade de consagração normativa positivada de qualquer método de tortura – ainda que sob designação disfarçada ou eufemística –, como meio de investigação criminal ou seja, enquanto meio regulado pelo direito processual penal. Outra, completamente distinta, a sua consideração enquanto questão de direito penal substantivo ou material, em que não serão já as regras de direito adjetivo que ditarão a licitude ou ilicitude do ato, devendo convocar-se a dogmática das causas de justificação, concernentes à legítima defesa preventiva, à legítima defesa de terceiro ou ao direito de necessidade (artigos 31.º, 32.º e 34.º do CP)¹⁰²⁸ ou até à ação direta (art. 336.º CC).

Há, entre nós, algum consenso no tocante ao conceito de tortura, que evolua, não só do comando do art. 25.º da CRP e do art. 9.º, al. f) da Lei n.º 31/2004, de 22-07, mas resultando indiretamente do art. 243.º do CP¹⁰²⁹. O conceito de *tortura* remete sempre para a prática por agentes de autoridade ou, de algum modo, agentes com a qualidade de funcionários¹⁰³⁰.

As situações limite mais glosadas que podem equacionar-se – e não exclusivamente académicas –, são as que se colocam a propósito de atentados terroristas contra pessoas (ou a utilização de aviões como instrumentos de destruição de massa), em que pode afirmar-se que todas as pessoas em risco têm dignidade e que, sem vida não interessa que a tivessem¹⁰³¹. E,

¹⁰²⁸ Cfr., neste sentido, RAUL SOARES DA VEIGA, «O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais», cit., pp. 188-189.

¹⁰²⁹ O complexo normativo referido parece não acolher uma distinção entre tortura e tratamento cruel, desumano e degradante, que também não é estabelecida na Convenção da ONU contra a Tortura. Todavia, o TEDH tem aceite tal distinção (cfr. sobre a questão, PEDRO GARCIA MARQUES, *Constituição Portuguesa Anotada* (JORGE MIRANDA - RUI MEDEIROS, coord.), t. I, 2.ª ed. Coimbra Ed. Coimbra, 2010, pp. 568 ss, MARIA JOÃO ANTUNES, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (F. DIAS, coord.), t. II, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 585 ss, e M. CONCEIÇÃO CUNHA, «Uso da tortura e impedimento de actos terroristas», cit., pp. 39 ss.

¹⁰³⁰ Ao invés, o alvo da tortura tanto poderia ser o criminoso terrorista, como o seu familiar, amigo ou terceiro, a quem ele teria confidenciado, ou supostamente transmitido o plano criminoso.

¹⁰³¹ Discorrendo sobre o paradigmático exemplo do § 14.º, n.º 3 da *Luftverkehrsengesetzes* (Lei alemã de segurança aérea) – que prescrevia a permissão da “utilização imediata de armas quando, segundo as circunstâncias, se puder concluir que o avião será usado contra a vida de pessoas e esse for o único meio disponível para remoção deste perigo iminente” – e sobre a decisão da sua desconformidade constitucional pelo Ac de 15-02-2006, BverfG (1BvR357/05 - acessível em https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ts20060215_1bvr035705en.html), cfr. AUGUSTO S. DIAS, «Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado», cit. pp. 697 ss. O Autor esclarece que a justificação do abate de aviões em “casos trágicos” não deve residir numa lógica de «inimigo», no argumento de que as pessoas se tornaram parte da fuselagem do aparelho, ou na consideração de que os passageiros deveriam sacrificar a própria vida para evitar um mal maior para a comunidade, o que significaria a sua coisificação e

aqui, abre-se toda uma gama de interrogações, pugnando-se pela proibição absoluta da tortura, que deixaria incólume a dignidade dos terroristas e desprezaria a dignidade de pessoas inocentes que seriam suas vítimas; ou, ao aceitar-se uma forma moderada de tortura, sabendo que advirá uma ação ilícita do torturado ou de terceiro, apesar da instrumentalização destes, os mesmos recuperam a sua dignidade; ou ainda, se os agentes, ao não torturarem, por respeito para com a dignidade do terrorista, não matam ativamente as vítimas, o certo é que deixam que as mesmas morram, podendo previsivelmente, evitar essas mortes ou salvar algumas vidas. Esta omissão é relevante ou não? Dará, ou não, azo ao surgimento de um *dever de torturar*, para excluir a responsabilidade dos agentes pela morte das vítimas, sem que nada se tivesse feito no sentido de as salvar?

Em homenagem à hierarquização de uma grelha valorativa baseada na consideração da sensível superioridade do interesse salvaguardado relativamente ao interesse a sacrificar, Volker Erb defende que a vida é a base vital da dignidade humana e, em consequência, «(...) a proibição da tortura ... representa maior ofensa à dignidade ... é o “tabu” da tortura que encontra o seu limite no direito à vida das pessoas ameaçadas pela bomba e não o inverso»¹⁰³². De certo modo, Figueiredo Dias exprime a mesma ideia quando refere, a propósito dos estados de necessidade justificante, «(...) não é o (des)valor da vida que se sacrifica que justifica o facto, mas o valor das vidas que se salvam à custa de uma já condenada pelo destino»¹⁰³³.

Paradoxalmente, parece que nos instrumentos normativos internacionais (*v.g.* art. 2.º da CEDH) a tutela da vida não é tão intensa como a da integridade física, em que a proibição da tortura é afirmada de forma absoluta, sem exceções explícitas, ao contrário da tutela conferida à vida.

Todavia, esta primeira perplexidade não é idónea a fazer-nos abandonar uma perspectiva de rejeição da tortura como meio probatório de investigação, no quadro de um

colocação à disposição de critérios discutíveis de um *Estado-Leviatã*. A justificação deveria ancorar-se na figura do estado de necessidade defensivo, assentando em quatro pressupostos fundamentais e complementares, de verificação obrigatória: 1) definição ao mais alto nível da hierarquia política do Estado para decidir e ordenar o abate da aeronave; 2) indicição segura do sequestro do aparelho e da sua projetada utilização como arma de destruição com efeitos potencialmente devastadores; 3) esgotamento de todas as vias alternativas para evitar o destino programado, através do seu desvio e comando a partir do solo ou outro ponto, e 4) comprovação de que as vidas dos tripulantes e passageiros estão irremediavelmente perdidas (*loc. cit.*, pp. 701-702). Na lógica de «casos trágicos» integrar-se-iam as situações que, de acordo com DERSHOWITZ, implicam uma escolha entre dois males, incluindo o abate de aviões sequestrados (*Why Terrorism Works*, Yale University Press, 2002, p. 132). Nela não se incluirão as hipóteses de abate de aviões de transporte de droga, admitida pelo direito brasileiro, inclusivamente com sacrifício das vidas de passageiros e tripulantes, enquanto presuntivamente salvaguardando os bens da saúde e segurança públicas, bens jurídicos de matriz valorativa claramente subordinada à da vida humana, ainda que de suspeitos criminosos.

¹⁰³² «Folterverbot und Notwehrrecht», *Ist Folter erlaubt?* (WOLFGANG LENZEN, Hrsg.), Ed. Mentis, 2006, pp. 28 ss., *apud* AUGUSTO SILVA DIAS, «Torturando o inimigo ...», *cit.*, pp. 226-227.

¹⁰³³ *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004, p. 426.

modelo processual moderno moldado sobre uma concepção de processo equitativo e de respeito pela eminente dignidade da pessoa humana.

Entre nós, Maria da Conceição Cunha alertou para o que parece constituir um paradoxo metodonomológico, encerrado na aparente contradição entre uma proibição absoluta da tortura – resultante do art. 2.º, n.º 2 da Convenção da ONU contra a Tortura e dos artigos 3.º e 15.º, n.º 2 da CEDH – e uma proibição relativa de causar ferimentos ou a morte^{1034 1035}. Citando divergências doutrinárias – em que Augusto Silva Dias considera que o facto de o art. 2.º, n.º 2 da Convenção contra a Tortura se referir a «circunstâncias excepcionais *como...*», tal significaria que aquelas circunstâncias seriam exemplificativas e que o sentido era o de manter a proibição absoluta do uso da tortura, incluindo situações de “legítima defesa”, ao passo que Volker Erb admite que o sentido da norma será o de não excluir a legítima defesa, por se tratar de um direito natural, imanente à dignidade humana¹⁰³⁶ –, a referida Autora inclina-se a aceitar formas moderadas de tortura no contexto de uma legítima defesa preventiva, ou de um estado de necessidade preventivo, ainda que temporalmente limitados¹⁰³⁷. Começa por se surpreender com a circunstância de na CEDH, a proibição da tortura anteceder (desde 1950) a proibição da pena de morte (que só ocorreu com a aprovação dos Protocolos Adicionais n.ºs 6 e 13, respetivamente de 1983 e de 2002). Além disso, face à hipótese de certo tipo de tratamentos de condenados a pena de morte (nos Estados que não ratifiquem os Protocolos), no período que antecede a sua execução poderem ser considerados tortura, não o sendo o método de execução¹⁰³⁸. Aduz, ainda, argumentos procedentes relativamente às condições de uso de armas de fogo por particulares e por agentes de segurança, que, no plano do ordenamento nacional, apoiam a sua posição. O regime do art. 42.º, n.º 1, al. *a*) da Lei n.º 5/2006 (utilização excepcional de armas de fogo)¹⁰³⁹ veio perturbar o entendimento tradicional que havia, no sentido de que, na hipótese de alguém estar na iminência de matar outra pessoa (ou de feri-la com gravidade), se esta não pudesse defender-se eficazmente por outro modo senão disparando contra o agressor, estaria justificada a sua atuação, de acordo com doutrina predominante. Esta solução compreende-se, face a uma preocupação de regulamentar o uso, detenção e utilização civilizada de armas de fogo, mas não podemos deixar de apontar uma grave inconsistência na lei ao pressupor um agente

¹⁰³⁴ Embora este complexo normativo venha perdendo impacto, por força da progressiva adesão à Convenção da ONU contra a tortura e tratamentos degradantes, e à aceitação por número crescente de Estados das moratórias relativas à aplicação e execução da pena de morte.

¹⁰³⁵ «Uso da tortura e impedimento de actos terroristas», cit., pp. 52 ss.

¹⁰³⁶ *Apud*, AUGUSTO SILVA DIAS, «Torturando o inimigo ...», cit., pp. 222-223.

¹⁰³⁷ «Uso da tortura e impedimento de actos terroristas», cit., pp. 52-53.

¹⁰³⁸ «Uso da tortura e impedimento de actos terroristas», cit., pp. 44-45 (nota 40).

¹⁰³⁹ Que considera que o disparo em legítima defesa própria ou de terceiro, em caso algum pode visar zona letal do corpo humano.

(defensor) dotado de uma estrutura emocional acima da normalidade, bem como um agressor não belicoso ou resignado: um agressor, mesmo atingido não mortalmente, se prosseguir a sua agressão, o defensor tem de suportar passivamente essa reação, não lhe sendo permitido disparar novamente para uma zona letal, se for essa a única forma de evitar a sua própria morte? Mas a incoerência aumenta se se considerar que nenhum problema se suscitará caso a morte do agressor seja provocada pela utilização de outros meios. Cremos que, a pretexto de se regulamentar as condições de utilização de arma de fogo, a referida norma não equaciona adequadamente os termos da relevância de uma causa de justificação como é a legítima defesa com recurso a utilização de arma não proibida.

Por outro lado, ainda, a disciplina da utilização de armas de fogo por agentes policiais, previsto entre nós no DL n.º 457/99, de 05-11, impõe no seu art. 3.º, n.º 2, o respeito pelos princípios da necessidade e proporcionalidade, consignando o recurso à utilização das armas como medida extrema, sendo a sua utilização permitida em situações-limite: *a)* legítima defesa (do próprio ou de terceiro); *b)* quase legítima defesa (prevenir a prática de crime particularmente grave que ameaça vidas humanas); *c)* para proceder a detenção de pessoa que represente essa ameaça e resista à autoridade ou impedir a sua fuga (...), devendo, sempre que as circunstâncias o permitam, tais disparos ser precedidos de advertência (tiro para o ar – art. 4.º). Em local algum, porém, se refere que os agentes policiais não podem visar zonas corporais letais do agressor.

Uma tal discrepância de regimes não pode, naturalmente significar que os critérios de apreciação das condições de relevância da legítima defesa e de quase legítima defesa própria ou de terceiros, sejam mais exigentes tratando-se de particulares do que de agentes policiais. Não pode, quanto a nós, um diploma, ainda que uma lei formal, que consagra o regime (ou regulamento) de utilização de armas de fogo por particulares ter a virtualidade de conformar os termos comuns da legítima defesa com arma de fogo. O que ali se consigna é, no limite, uma específica regulamentação administrativa dos termos ideais da utilização de armas de fogo por parte de particulares¹⁰⁴⁰.

¹⁰⁴⁰ A entrada em vigor do DL n.º 457/99 já foi glosada por TAIPA DE CARVALHO (*Direito Penal, Parte Geral*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008, pp. 382 ss.), antes da Lei n.º 5/2006 e das alterações introduzidas ao seu art. 42.º pela Lei n.º 17/2009, o qual se pronuncia pela aplicação dos seus princípios aos particulares, relativamente aos quais não poderiam conceder-se faculdades mais amplas de defesa, pela natureza subsidiária da defesa privada (art. 21.º da CRP), defendendo a verificação apenas, da “necessidade do meio”. O dito DL n.º 457/99 consagraria a tese da verificação da proporcionalidade entre os bens ameaçados ou lesados com a agressão e os atingidos pela defesa, sustentada por M. FERNANDA PALMA (enunciada em *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, Vols. I e II, AAFDL, Lisboa, 1990). Também FIGUEIREDO DIAS sustenta a não aplicação dos seus princípios aos particulares, não exigindo a proporcionalidade entre o valor específico dos bens, conquanto os casos de manifesta desproporção sejam de enquadrar no âmbito dos limites éticos da legítima defesa e do abuso de direito (*Direito Penal, Parte Geral, t. I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, pp. 428 ss.).

As questões colocadas relevam essencialmente no quadro da dogmática juspenal substantiva. Podem, no entanto, ter a virtualidade de auxiliar na delimitação entre a dimensão material-substantiva e a dimensão formal-adjetiva que episodicamente possa constituir uma concreta situação de tortura: conduta empreendida por agente funcionário, com vista a finalidades de obtenção de declarações confessórias ou incriminatórias, de castigo ou intimidação do visado ou de terceiro, embora podendo ter como sujeito passivo qualquer pessoa detida¹⁰⁴¹. Daí o nosso propósito em convocar a discussão de tal matéria.

Mas a própria intervenção de agentes não funcionários (para efeitos penais), pode suscitar dificuldades. Do art. 1.º da Convenção da ONU contra a Tortura decorre que o particular que atua perante com o consentimento tácito do agente público ou perante a sua passividade, pratica também tortura. O art. 243.º do CP restringe, porém, a esfera ativa dos agentes potencialmente torturadores aos funcionários¹⁰⁴², a menos que o particular tenha usurpado funções do n.º 1 do preceito¹⁰⁴³, não parecendo que possa estender-se a ilicitude através da regra do art. 28.º do CP. A tortura por particulares é remetida para a previsão da coação ou das ofensas à integridade física. De qualquer modo, as declarações processuais obtidas através de sevícias perpetradas por particular perante omissão ou contemporização complacente do agente ou autoridade processual teriam de ser igualmente rejeitadas e inutilizadas como prova proibida, por resultarem de uma conduta que materialmente configura uma situação de *tortura*, no sentido do art. 1.º da Convenção.

Sobrarão sempre as questões tormentosas acerca da delimitação conceitual entre tortura e pressão legítima ou desconforto nas diligências com intervenção corporal, como o interrogatório, a reconstituição do facto, o reconhecimento pessoal, a sujeição a exames. Aí, haverá que contextualizar o nível de pressão ou de tentativa de persuasão que a técnica de interrogatório possa assumir, referida a um critério objetivo, desligado da importância de características subjetivas não aparentes do visado. Perante institutos como a *garde à vue* do direito processual penal francês¹⁰⁴⁴, torna-se legítimo indagar se, apesar de todas as precauções legais e procedimentais quanto à sua determinação, não será algo excessivo a manutenção da

¹⁰⁴¹ Sendo inexorável que haja *detenção* ou privação de liberdade – numa aceção fáctica ou normativa, legal ou ilegal – em qualquer situação típica de tortura. Acresce que no âmbito da prevenção, perseguição ou investigação de infrações contra-ordenacionais ou disciplinares, pressupostas também no n.º 1 do art. 243.º do CP, não há lugar a qualquer tipo de detenção (cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, «Torturando o inimigo ...», cit., pp. 235 e 236 [nota 86]).

¹⁰⁴² Classificando o crime de tortura como crime específico próprio, RUI PEREIRA, «Sobre o crime de tortura no Código Penal português», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva* (MANUEL GUEDES VALENTE, coord.), Almedina, Coimbra, 2004, p. 303 (nota 37). Contra, AUGUSTO SILVA DIAS, «Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror», cit., pp. 233 (nota 79).

¹⁰⁴³ Cfr., sobre o conceito de usurpação de funções, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Vol. III, Coimbra Ed., Coimbra, 2001, anot. ao art. 358.º, §§ 21e ss.

¹⁰⁴⁴ Que foi objeto de reforço dos direitos da pessoa “guardada” em junho de 2014, e inovado com o estatuto de “suspect libre” a partir de 2015, o que revela um certo mal-estar com a manutenção de um instituto atualmente algo insólito.

privação da liberdade de uma pessoa por um período até 48 horas, sem que haja motivos e fundamentos para ordenar, potencial ou alternativamente, a sua prisão preventiva.

Em todo o caso, Augusto Silva Dias defende que haverá tortura na hipótese em que num interrogatório policial é dito ao arguido que enquanto não der respostas satisfatórias, não sairá do local, nem lhe será permitido comer ou dormir¹⁰⁴⁵. Cremos que, entre nós, a hipótese é extrema e académica, não nos parecendo de muito provável verificação, dada a possibilidade de invocação do regime do art. 103.º, n.ºs 3 a 5 do CPP, pelo arguido ou defensor. A aceitar tratar-se de mera ameaça, teria de se apreciar o grau de seriedade da mesma e a plausibilidade na sua concretização, podendo não extrapolar da técnica de interrogatório porventura considerada adequada a uma particular situação. Parece-nos que pouco diferente seria a hipótese segundo a qual o agente inquiridor dissesse ao arguido que «teria todo o tempo para o ouvir, ficando ali o tempo que fosse necessário até esclarecer o assunto». Não tendo que se pautar pelos parâmetros de cordialidade ou, até, de simpatia (entrevista *cordial*), as técnicas e estratégias de interrogatório/inquirição podem recorrer a métodos mais incisivos, estimulantes ou persuasivos, cuja intensidade não pode, nunca, resvalar para a prática de tortura. Pensamos mesmo que o complexo de regras processuais que disciplinam a entrevista em contexto de investigação criminal, destinam-se precisamente a evitar ou minorar a ocorrência de excessos ou abusos, podendo, nessa medida, configurar-se como *exclusionary rules*, assinalando aos investigadores os limites da sua intervenção¹⁰⁴⁶. O tema não é isento de controvérsia, carecendo de amplo e aprofundado debate.

Sendo embora inviolável¹⁰⁴⁷, a vida humana é um valor que pode ser posto em perigo ou ser mesmo destruído, podendo ferir-se, deter e, até, chegar a matar-se o agressor em legítima defesa. Porque razão, então, não se admitiria que, nas referidas situações-limite se possa coagir, ameaçar, privar da liberdade ou ferir (de forma não grave), quando isso se afigure ser unicamente o meio adequado a evitar a morte de pessoas ameaçadas por atos terroristas?

A objeção de que uma tal lógica faria as autoridades do Estado de direito sucumbir à lógica dos terroristas, e aos seus propósitos, é séria. Os fundamentos do paradigma de um direito penal do inimigo – a par de um direito penal do cidadão – não explicam a exceção ao

¹⁰⁴⁵ «Torturando o inimigo ...», cit., p. 215 (nota 24).

¹⁰⁴⁶ Sobre o tema, JAMES RYALS, «Successful Interviewing», *FBI Law Enforcement Bulletin*, Vol. 60 - 1991, n.º 3 – pp. 6-7, DAVID VESSEL, «Conducting Successful Interrogations», *FBI Law Enforcement Bulletin*, Vol. 67 - 1998, n.º 10 – pp. 1-6, VINCENT A. SANDOVAL, «Strategies to Avoid Interviewing Contamination», *FBI Law Enforcement Bulletin*, Vol. 72 - 2003, n.º 10 – pp. 1-12 (acessível em <http://leb.fbi.gov/2003-pdfs/leb-october-2003>), HERMENEGILDO FERREIRA BORGES, *Entrevista e Interrogatório: Textos de Apoio - caderno I* (Hermenegildo Ferreira Borges, org.), Centro de Recursos Didáticos e Audiovisuais - Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais (INPCC), Barro, Loures, 1998, ANTÓNIO JOÃO MAIA, «Técnicas de Entrevista», *Húmus – OBEGEF*, 2013 (acessível em <http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2013/07/wp030.pdf>, acedido em 14-12-2013) e «Técnicas de Entrevista e Interrogatório em Investigação Criminal», *RMP*, n.º 135, jul.-set. 2013, pp. 107.138.

¹⁰⁴⁷ A inviolabilidade (por terceiros) do bem jurídico vida humana (art. 24.º, n.º 1 da CRP) é algo distinto da sua disponibilidade pelo próprio *titular*, não havendo, quanto a esta, consenso doutrinal no tocante à sua admissibilidade.

modelo constitucional vigente das medidas de combate ao inimigo, nem previne contra a contaminação da ordem jurídica global, pois a incorporação nela de uma lógica securitária é dificilmente sustentável ou compatível com o ideário do Estado de direito. Todavia, o inédito grau de ameaças à segurança e tranquilidade coletivas aponta mais para um aprofundamento de tal tipo de preocupações, a que dificilmente o ideal garantístico que é atributo de um paradigma jurídico-penal pós-iluminista poderá dar integral resposta.

Numa solução ideal, tornar-se-ia necessário reforçar, simultânea e complementarmente, os meios de prevenção e combate aos fenómenos do terrorismo, da criminalidade violenta e organizada, e de outros fenómenos criminais graves, de proteção das suas (potenciais ou reais) vítimas, bem como os mecanismos de proibição da tortura. Até se alcançar um ponto ótimo de desejável equilíbrio entre tais propósitos, o nosso receio é que se continue a sobrevalorizar a aceitabilidade da restrição de certas garantias fundamentais dos cidadãos suspeitos de alguns fenómenos gravemente atentatórios de bens jurídicos tão valiosos como a vida, a integridade física, a liberdade e tranquilidade pública, cujo sacrifício justificará tais argumentações.

Poderá parecer que se assiste a um crepúsculo do Estado de Direito. Mas não é fim do dia a preparação do início de um novo dia?

PARTE TERCEIRA

7. As formas de ingerência corporal com finalidades probatórias em especial: a identificação genético-criminal de pessoas
 - 7.1. Considerações preliminares
 - 7.2. Os procedimentos probatórios de determinação do perfil de ADN e a finalidade de identificação na investigação criminal
 - 7.2.1. As finalidades de identificação (genética) civil e as finalidades de investigação (genética) criminal
 - 7.2.2. A classificação jurídica do procedimento investigatório: análise, exame, exame-pericial ou perícia?
 - 7.3. A relevância processual da perícia de determinação do perfil de ADN: competência, admissibilidade, pressupostos e finalidades
 - 7.3.1. Competência para a determinação e para a realização da perícia
 - 7.3.2. Pressupostos de admissibilidade da perícia de identificação genética
 - 7.3.3. Valor probatório da perícia de identificação genética
 - 7.4. Fenotipagem de características físicas externas: admitir a “testemunha ADN” em prol da “Genetic intelligence”?
 - 7.4.1. Outra proposta de estudo de marcadores genéticos: “marcadores distintivos”/”marcadores preditivos” vs. “marcadores codificantes”/”marcadores não-codificantes”
 - 7.4.2. A utilização de marcadores de fenotipagem na investigação criminal: crítica, vantagens e precauções
 - 7.4.3. Posição proposta
 - 7.5. A recolha de amostras biológicas para determinação de perfis de ADN de arguidos-condenados imputáveis e de inimputáveis perigosos

7. As formas de ingerência corporal com finalidades probatórias em especial: a identificação genético-criminal de pessoas

«(...) é preciso que fique clara a distinção entre o DNA (uma molécula que contém muitas informações) e o perfil genético (uma pequena informação extraída do DNA). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, obtido a partir das regiões não-codificantes do DNA é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização».

Guilherme S. Jacques e Aline Minervino

A primeira adversidade com que se pode confrontar uma investigação criminal é a da procura da identificação do agente desconhecido dos factos indiciariamente qualificados como crime. Os problemas a equacionar numa tal hipótese são sobejamente conhecidos e estão já cabalmente recenseados, pelo que não nos propomos fazer aqui qualquer incursão nessa específica matéria, a qual é objeto de aprofundados desenvolvimentos sobre a gestão e os métodos da investigação criminal. Interessar-nos-á equacionar em que medida os novos e mais eficientes meios de identificação podem contribuir para, dentro de quadros de um processo justo e equitativo, conduzirem a conclusões mais seguras, céleres e objetivas – reduzindo assim a demora e incerteza sobre a prova relativa à identidade dos agentes e participantes no facto criminoso, concretamente a identificação genético-criminal – mas também em que medida, na sua produção e valoração, se podem colocar objeções à sua admissibilidade.

No tratamento das finalidades probatórias através de medidas com implicação corporal, importa referir que ao lado do que se convencionou hoje chamar identificação genético-criminal – a assumir inquestionavelmente crescente preponderância em função do seu estatuto epistemológico e da eficácia que vem demonstrando –, subsistem muitos outros processos de identificação pessoal que envolvem, de forma mais ou menos próxima e profunda, o corpo. Tais são os casos, entre outros, do reconhecimento pessoal, das impressões dactiloscópicas, da comparação de ficheiros de saúde (*v.g.* ficheiros dentários, ficheiros de grupos sanguíneos, de medula, etc), os quais encontrariam cabimento no tratamento sistemático desta matéria.

É nosso propósito dirigir uma atenção especial aos problemas colocados pelos pressupostos e implicações de um modelo de identificação como a chamada identificação genético-criminal, enquanto meio já não meramente auxiliar da investigação, mas que tem

assumido estatuto de método decisivo do curso da investigação no tocante à descoberta dos agentes do crime.

Paralelamente à questão da identificação, situam-se os problemas da deteção (e identificação) da presença de substâncias no corpo, que integrem elementos objetivos de uma conduta criminal típica.

É em torno destes dois feixes de questões sistémicas que desenvolveremos as considerações subsequentes sobre o seu enquadramento normativo, afigurando-se-nos serem territórios fecundos de problematização no tocante à mobilização probatória do corpo em matéria penal.

7.1. Considerações preliminares

Muito do que se possa dizer em termos de conhecimento atual sobre a aplicação de métodos da Genética em contexto forense de investigação criminal (genética forense) pode, a breve trecho, ser ultrapassado e considerar-se desatualizado (ou desautorizado) pelos incessantes avanços científicos que nesse domínio vão surgindo. Bastará atentar no progressivo reconhecimento da importância do *Proteoma* (em complemento do *Genoma*) e nas descobertas do «Segundo código genético» do ADN¹⁰⁴⁸, e no potencial que podem significar para a Genética Forense, ao suplantar muitas *certezas* até agora presuntivamente assentes, desvendar novas revelações e complementar dados e conclusões relativos a outras.

Os estudos fundadores de Alec J. Jeffreys e da sua equipa, publicados na *Nature*¹⁰⁴⁹, em 1985, sobre as potencialidades de identificação a partir do ADN humano, talvez não permitissem antecipar em toda a sua extensão a formidável relevância que viriam a assumir no plano médico-forense em geral¹⁰⁵⁰, e, em particular, no que respeita à investigação criminal.

A sua aceitação pelas comunidades científica e forense a nível nacional e internacional, bem como a sua divulgação e generalização, não foi pacífica, apesar de parecer ter-se atingido, hoje em dia, um patamar de consenso quanto ao seu estatuto epistemológico e quando à

¹⁰⁴⁸ Cientistas da Universidade de Washington, liderados por John A. Stamatoyannopoulos, revelaram na *Science* de dezembro de 2013, a descoberta deste *segundo código do ADN*, que se julga ter uma função de regulação da produção das proteínas. O que parece estar em causa é a compreensão dos milhões de variações no ADN, que se sabia existirem, mas cuja função era desconhecida, e tradicionalmente se dizia que não tinham qualquer interferência no fenótipo, ou seja, naquilo que nós somos. Cfr. John A. Stamatoyannopoulos et al. «Exonic Transcription Factor Binding Directs Codon Choice and Affects Protein Evolution», *Science* 13 December 2013, Vol. 342 no. 6164, pp. 1367-1372.

¹⁰⁴⁹ Trata-se dos artigos seminais de ALEC J. JEFFREYS - VICTORIA WILSON - SWEE LAY THEIN, «Hypervariable 'minisatellite' regions in human DNA», *Nature*, Vol. 314, 1985, pp. 67-73, «Individual-specific "fingerprints" of human DNA», *Nature*, Vol. 316-4, July 1985, pp. 76-79, «Positive Identification of an Immigration Test Case Using Human DNA Fingerprints», *Nature*, Vol. 317, 1985, pp. 818-819 e ALEC J. JEFFREYS - PETER GILL - DAVID WERETT, «Forensic application of DNA "fingerprints"», *Nature*, Vol. 318, 1985, N.º 6046, pp. 577-579.

¹⁰⁵⁰ A análise de ADN é atualmente o modelo padrão utilizado no estudo forense de amostras biológicas, em Países onde tais métodos se encontram já credenciados e institucionalizados.

fiabilidade dos seus resultados, garantidos que sejam certos pressupostos legais e procedimentais¹⁰⁵¹.

No relatório elaborado pelo Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, do National Research Council, intitulado “*Strengthening Forensic Science in the United States*”, em 2009, nos EUA, veio proclamar-se que «*With the exception of nuclear DNA analysis, (...) no forensic method has been rigorously shown the capacity to consistently, and with a high degree of certainty, demonstrate a connection between evidence and a specific individual or source*». Aceite-se, ou não, o cariz categórico desta asserção, é hoje admitido entre nós, de forma praticamente unânime, que a importância e indispensabilidade da chamada *impressão digital genética*¹⁰⁵², constitui um precioso auxiliar cada vez mais insubstituível da investigação criminal¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ A afirmação dos métodos de análise de ADN ocorreu, após vicissitudes iniciais, devido ao impacto sócio-mediático que tiveram os casos de demonstração de inocência de indivíduos injustamente condenados.

Um dos primeiros casos em que foram utilizadas análises de ADN para inocentar pessoas, foi o caso Gary Dotson, condenado devido a uma conclusão de compatibilidade do grupo sanguíneo do arguido com o sêmen encontrado na roupa da vítima. Em 1985, a vítima retractou-se, retirando a acusação pretendendo a libertação do arguido, o que não foi permitido, continuando aquele preso. Só em 1989, após um perito californiano ter conseguido demonstrar a não identidade do ADN do sêmen encontrado com o do arguido, o District Attorney requereu a reapreciação do caso, permitindo a sua libertação (KAREN DILLON, «Paradox of Rape Cases: DNA Convicts, Frees», *The Kansas City Star*, 13-02-1993).

Outro caso emblemático, foi o de Guy P. Morin, em 1995, acusado de rapto, violação e homicídio de uma criança de 8 anos, sua vizinha; o seu equilíbrio mental era discutível, e foi absolvido em 1.ª instância. Em sede de recurso pelo D. Attorney, o mesmo foi declarado culpado. O arguido recorreu dessa decisão e, mediante o resultado de análise levada a cabo por laboratório independente – que confirmara a não identidade do ADN do esperma encontrado na roupa da vítima com o do arguido –, o mesmo foi definitivamente ilibado.

Também a consolidação de resultados credíveis no desenvolvimento de investigações criminais «congeladas» – e cuja solução foi viável devido à utilização das tecnologias de estudo de ADN – contribuíram decisivamente para o seu inexorável reconhecimento como método necessário ou indispensável de apoio à investigação criminal, em especial no apoio à certificação ou reforço probatório de outros elementos indiciários reunidos.

Uma outra circunstância que acessoriamente terá concorrido para o sucesso, divulgação e generalização das técnicas de análise de ADN, foi o interesse de entidades empresariais que comercializam os aparelhos sequenciadores, kits de marcadores e toda uma dispendiosa utensilagem imprescindível para a execução das mesmas. Tais tecnologias e aparelhagens vêm sendo permanentemente melhorados, inovados e miniaturizados, no confronto com modelos matemáticos de grande complexidade e maleabilidade, aplicados à informática, fornecendo modos de obtenção de resultados cada vez mais rápidos e automatizados.

¹⁰⁵² Apesar de não colher consenso, por alegada falta de rigor científico, a expressão *impressão digital genética* poderá ser por nós utilizada com o significado de um perfil genético, expresso num código alfanumérico, resultante da determinação de um perfil individualizador a partir de análises de ADN humano. Podendo aceitar-se que não corresponde a uma noção cientificamente rigorosa, ela tem, no entanto, uma conotação sócio-lexical suficientemente esclarecedora para se alcançar o seu significado autêntico.

¹⁰⁵³ Assim se pronunciou a Comissão encarregada de elaborar uma proposta de regime jurídico de constituição de uma base de dados de perfis de ADN para efeitos de identificação civil e criminal, que viria a ser a Lei n.º 5/2008. No Preâmbulo da proposta que apresentou ao Governo em 18 de dezembro de 2006, e após afirmar que «[...] cada vez mais, as “impressões digitais genéticas” constituem o método de investigação criminal por excelência e cuja importância tem crescido ao longo do séc. XX, devendo ser o meio mais adequado de identificação para os próximos tempos», a Comissão dá conta do facto de, desde o início dos anos 90, diversas instituições internacionais terem vindo a aconselhar a utilização das análises de ADN no sistema de justiça criminal e mesmo – o que agora não está em causa – a criação de bases de dados internacionalmente acessíveis que incluíssem os resultados daquelas análises (citando, v.g. a Recomendação R (92) 1 do Comité de Ministros do CdE, de 10 de fevereiro de 1992). Refere, ainda, que «(...) em todo o mundo foram já construídas bases de dados de perfis de A.D.N. em várias dezenas de países; na Europa, a maioria dos países produziu legislação relativa a bases de dados de perfis de A.D.N. com finalidades de investigação criminal e/ou de identificação civil, designadamente, em Inglaterra (desde 1995), na Irlanda do Norte e Escócia (desde 1996), nos Países Baixos e na Áustria (desde 1997), na Alemanha e Eslovénia (desde 1998), na Finlândia e Noruega (desde 1999), na Dinamarca, Suíça, Suécia, Croácia e Bulgária (desde 2000), em França e na República Checa (desde 2001), na Bélgica, Estónia, Lituânia e Eslováquia (desde 2002) e na Hungria e Letónia (desde 2003)”, bases que “têm amplamente evidenciado resultados positivos no que se refere à identificação de desaparecidos, identificação de delinquentes, exclusão de inocentes, interligação entre diferentes condutas criminosas, colaboração internacional em processos de

O potencial de rigor científico que os resultados da aplicação das tecnologias de decifração do genoma humano vieram proporcionar, alterou as relações de confiança dos cidadãos e dos sistemas jurídicos relativamente aos resultados que aquelas permitem obter, quando aplicadas à identificação [civil e] criminal.

Mas este potencial, conferido pelas tecnologias do ADN foi decisivamente incrementado pela institucionalização e operacionalização, em finais de 1998, do CODIS (*Combined DNA Index System*)¹⁰⁵⁴, nos EUA, por parte do FBI¹⁰⁵⁵, que é um sistema informático que instalou uma base de dados de perfis de ADN, inspirando a criação e instalação de outras bases de dados análogas noutros Estados.

Os genes constituem a estrutura biológica mais elementar e, simultaneamente, mais extraordinária da nossa constituição corporal, bem como de todas as demais espécies. O gene é a «partícula elementar de um cromossoma, constituída essencialmente por ácido desoxirribonucleico (ADN) e que é responsável pela transmissão hereditária de um carácter. O gene está localizado num ponto definido (*locus*) de um cromossoma. Os genes são susceptíveis de sofrer mutações»^{1056 1057}.

Se a Genética é a ciência que estuda as leis da hereditariedade, a Genética humana é o ramo da genética que estuda as variações genéticas da espécie humana.

A Genética forense não será mais do que o ramo da Genética aplicada às necessidades da investigação criminal.

identificação, contribuindo para dissuasão de novas infracções”». E, assim sendo, seguindo a já citada Recomendação do CdE, a «Resolução 97/C 193/02 do Conselho, de 9 de junho de 1997 [e a] Resolução 2001/C 187/01 do Conselho, de 25 de Junho de 2001», foi proposta a criação das «normas básicas necessárias à criação e utilização de uma base de dados de perfis de ADN».

GOMES CANOTILHO, em parecer junto ao processo em que foi proferido o Ac TC n.º 155/2007, refere que «o recurso ao Ácido Desoxirribonucleico (DNA) é, pelo seu elevado grau de fiabilidade, certamente o caminho do futuro, discutindo-se, quando muito, os limites que devem rodear a informação assim obtida», acrescentando que «as virtualidades das análises de DNA como meio de investigação criminal são incontornáveis, não podendo ser escamoteada a [sua] importância [...] para a prossecução da verdade material em processo penal» e sublinhando mesmo que «desse objectivo [*prossecução da verdade material*] depende em larga medida a legitimação do Estado de direito material e das respectivas instituições junto da opinião pública, condição de viabilidade a prazo de uma ordem constitucional livre e democrática».

¹⁰⁵⁴ Que é o sistema instalado na Base nacional de perfis de ADN, gerida pelo INMLCF-I.P., cuja opção se ficou a dever ao facto de ser um sistema seguro e “com provas dadas”, de ter uma plataforma de interconexão com o sistema do Tratado de Prüm, de ser igualmente o sistema da base de dados espanhola (em princípio, aquela com a qual maior número de cruzamentos se virá a fazer) e, *last but not the least*, de ter sido gratuitamente cedido.

¹⁰⁵⁵ A constatação da existência de altas taxas de reincidência de criminosos – normalmente condenados por crimes graves (“felony”) – levou à necessidade de se sujeitar a população que revelava essa taxa de reincidência a um recenseamento genético, ao nível de indivíduos condenados por crimes sexuais, homicídios e outros, o que levaria o FBI a recomendar a criação de uma tal base de dados nos EUA, a nível nacional com base num Relatório do Technical Work Group for DNA Analysis Methods (TWGDAM), *The Combined DNA Index System (CODIS): a theoretical model*, FBI Laboratory, Quantico - Virginia, Oct. 1989.

¹⁰⁵⁶ L. MANUILA *et. al.*, *Dicionário Médico* (adaptação e revisão da ed. portuguesa João Alves Falcato), 3.ª ed., Climepsi Editores, Lisboa, 2003, p. 284.

¹⁰⁵⁷ Desenvolvidamente sobre a polissemia do conceito genérico de ADN, e as diversas aceções que pode assumir em diferenciados contextos, cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, *Patentes de Genes Humanos?*, Coimbra Ed., Coimbra, 2001, pp. 89-95.

A *descodificação* do genoma, convém lembrá-lo, não se traduziu na explicação das determinantes genéticas do ser humano na sua totalidade e, mais importante, na sua essencialidade. Permite, é certo, o acesso ao mapa da estrutura biológica do ser humano¹⁰⁵⁸, mas ficam por aprofundar as revelações sobre todas as funções dos componentes das estruturas genéticas decifradas: ter-se-á descoberto, por assim dizer, a gramática da biologia humana, mas não se alcançou a revelação – pelo menos, para já – de todos os significados e conteúdo do seu código. Conforme declarou, avisadamente, Hubert Markl, Presidente da Max-Planck-Gesellschaft, «*Das Genom, nicht der Mensch wurde entziffert*»¹⁰⁵⁹, assim pretendendo complementar a asserção atribuída a James Watson ou Francis Crick: «*We used to think our fate was in the stars. Now we know, in a large measure, our fate is in our genes*»¹⁰⁶⁰.

Cada ser humano partilha com os outros um genoma – *rectius*, uma parte do genoma humano –, mas combinando características exclusivas ou identificativas.

A propósito destas características de exclusividade individualizadora e do seu potencial identificativo, Luís Archer deixara expresso já em 1997 que o genoma de cada um origina um perfil de bandas que é único para cada indivíduo, do nascimento à morte, independentemente do que ele faça da sua vida. Identifica a pessoa (apenas não distinguindo os gémeos univitelinos). Permite identificar o autor de um crime, desde que no local tenha deixado ficar cabelos, espermatozóides ou outras células. Através da comparação do perfil de bandas obtido a partir dessas células, é possível demonstrar se ele é inocente ou culpado, acrescentando tratar-se de «uma impressão digital, não de superficialidade dérmica, mas de profundidade genómica, que decide dos suspeitos nos tribunais»¹⁰⁶¹.

Foi ainda o mesmo saudoso Professor e geneticista que anos antes prognosticara que a descoberta do genoma era a grande aventura do final do século por permitir o acesso à totalidade do nosso material genético, na perspetiva de «conhecer o homem na própria raiz do seu enigma, prever o seu futuro e mudar a sua própria rota»¹⁰⁶².

O *Genoma humano* foi aceite pela Convenção de Oviedo e pela DUGDH como Património Comum da Humanidade (ao lado de realidades como a Lua, o fundo dos Mares,

¹⁰⁵⁸ Podendo, inclusive, chegar a revelar a presença de um gene de suscetibilidade ou predisposição para comportamentos humanos, como o comportamento suicida. Assim, p. ex., evidências indiretas têm implicado o citocromo P450 no suicídio, o que leva investigadores a procurar a presença de outros genes como “co-responsáveis” ou predisponentes para certos comportamentos ou tendências, como a escrita com a mão esquerda, a habilidade verbal, a agressividade, etc.

¹⁰⁵⁹ «O genoma, não a pessoa, foi decifrado» (trad. livre do autor), *Humboldt Kosmos. Mitteilungen der Alexander von Humboldt-Stiftung*, 2001 (77), p. 18-19, *apud* JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Os Genes do Nosso (Des)Contentamento (Dignidade Humana e Genética. Notas de Um Roteiro)», *Direito Público*, Vol. 1, N.º 5, jul.-set. 2004, p. 135.

¹⁰⁶⁰ «[Nós] pensávamos que o nosso destino estava nas estrelas. Agora, sabemos que, em larga medida, o nosso destino está nos nossos genes» (trad. livre do autor); a frase é atribuída, alternativamente, a ambos os cientistas, que, conjuntamente, pesquisaram e descobriram a estrutura do ADN.

¹⁰⁶¹ «A aventura da descoberta do genoma humano», *Colóquio/Ciências. Revista de Cultura Científica*, N.º 20, FGC, Lisboa, dez. 1997, pp. 53-54.

¹⁰⁶² LUÍS ARCHER, entrevista ao *Diário de Notícias*, de 18-04-1994.

monumentos de relevante significado cultural que a UNESCO tem classificado) tornando a Humanidade titular de um direito comum¹⁰⁶³. O seu exercício torna-se problemático, parecendo constituir um instrumento que pode impor certas reservas a um fascínio pela utilização ilimitada da biotecnologia, designadamente em sede de PMA, de clonagem e de outras possibilidades em aberto pela descodificação do genoma.

A DUGDH, além de pretender garantir a “integridade genómica da Humanidade”, tem o propósito essencial de garantir que o desenvolvimento da investigação e aplicação dos avanços da Genética humana sirva para benefício da Humanidade, e não de grupos sociais em particular. Por outro lado, acentua a necessidade do respeito pela liberdade e dignidade humana e da não instrumentalização do ser humano.

De todo o modo, a forma como os sistemas jurídicos e judiciários assimilaram a aplicação das tecnologias de identificação genética, parece ser, além de crescentemente favorável e até entusiástica, irreversível.

Costa Andrade já expressou adesão à incontestável – e, porventura, insubstituível – relevância probatória do ADN enquanto método auxiliar da identificação criminal, capaz de «operar decisivas reduções de complexidade em matéria probatória»¹⁰⁶⁴, dado o seu grau de fiabilidade. Expressa o Autor a convicção de que o ADN, «mesmo na sua forma não-codificante», figura como «mediador incontornável entre uma pessoa referenciada e a pessoa procurada como suposto agente de uma infracção», podendo o acesso ao ADN «(...) oferecer ao processo penal factos provados acima de toda a dúvida razoável»¹⁰⁶⁵.

Também segundo Faria Costa se deve lembrar que nos tempos mais recentes, ao afirmar-se o valor da transparência – que se pode traduzir no «direito de informar, de se informar e de ser informado» (art. 37.º, n.º 1 da CRP) –, tem-se assistido a um movimento inverso, materializado num alargamento da esfera da privacidade/intimidade – apesar do fenómeno inverso da *extimidade*, o que aprofunda o nível de complexidade e contradição –, constituindo um novo paradoxo: como sustentar, pois, o recurso e utilização de testes de ADN como meio de prova (dimensão de transparência) em simultâneo com o alargamento da esfera da intimidade-privacidade¹⁰⁶⁶?

¹⁰⁶³ Paradoxalmente, o direito ao Genoma Humano, pode reconduzir-se a um “direito acéfalo”, a menos que se ficcione ou se assuma a Humanidade, presente e futura, como sujeito de direitos. Como impressivamente sugere STELA BARBAS, com a DUGDH, de 1997 «(...) à figura jurídica da pessoa humana como sujeito de direitos, acrescenta-se uma nova figura: o genoma humano como objecto e sujeito de direitos» (*Direito ao Património Genético* (reimp.), Almedina, Coimbra, 2006, pp. 21 e 22).

¹⁰⁶⁴ «“Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», *RLJ*, jul.-ago. 2008, N.º 3951, p. 332.

¹⁰⁶⁵ *Idem*, *loc. cit.*

¹⁰⁶⁶ «Direito penal, a informática e reserva da vida privada», *Direito Penal da Comunicação. Alguns Escritos*. Coimbra Ed., Coimbra, 1998, pp. 65-66.

Esta ambivalência tem sido posta à prova com a vertigem da constituição de bases de dados genéticos com finalidades de identificação (e investigação) criminal, apesar de poderem direccionar-se simultaneamente para fins de identificação civil. A constituição, monitorização e controlo (fiscalização) de tais bases de dados suscitam algumas preocupações relacionadas com a tutela de certos direitos e interesses pessoais, a que se vem procurado responder com a normatização internacional (designadamente europeia) e nacional, tentando satisfazer as crescentes exigências de êxito das investigações criminais, alimentadas por uma suposta omnisciência (e onipotência?) da genética para resolver os casos mais complexos.

De acordo com Simon A. Cole, pode dizer-se que existem três modelos principais de inquirição da identidade dos indivíduos em contexto de investigação criminal: (1) a identificação forense, (2) a identificação em arquivos e (3) a identificação por diagnóstico¹⁰⁶⁷.

A identificação por diagnóstico é um tipo de identificação elaborada através de perfil criminológico, ou mesmo psico-social, do suspeito (*psychological profile*), correspondendo a uma composição de técnicas avançadas com vista a traçar o perfil de padrões comportamentais do agente de um crime, mediante a reconstituição de factos por recurso a dados objetivos projetados na preparação, execução e consumação do crime ou no seu concreto *modus operandi*, donde se infere um determinado perfil ou retrato virtual do suspeito. Sendo frequente a sua utilização em países de *common law*, cujos sistemas policiais há muito que aplicam resultados de tais estudos¹⁰⁶⁸, essas metodologias e outras semelhantes são igualmente utilizadas, em níveis mais parcimoniosos, nos sistemas jurídicos continentais¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁷ *Suspect Identities: a History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Harvard University Press Harvard, 2002, p. 305, *apud* HELENA MACHADO - ANTÓNIO AMORIM - SUSANA SILVA, «Políticas de Identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Vol. XLV, (196), 2010, pp. 548.

¹⁰⁶⁸ Segundo SPTIZER, o *profiling*, enquanto técnica de investigação criminal crescentemente aceite e utilizada, consiste numa competência de perícia pluridisciplinar forense, congregando os contributos de diversos domínios científicos, designadamente a criminologia, a psicologia, a psiquiatria, a criminalística, bem como de outras ciências sociais e humanas que possam auxiliar na investigação criminal (geografia, demografia, estatística, genética, antropologia, sociologia). O processo técnico de inferência das características de indivíduos responsáveis por factos delituosos, procura estabelecer a correspondência entre a personalidade e o comportamento criminal observado. O *profiling* consiste num processo de análise de padrões de comportamento criminal ou antissocial, combinando as competências do investigador criminal e do especialista em comportamento humano. É também designada como *Criminal Investigative Analysis* (CIA) e tentando estabelecer hipóteses sobre as características do agente de um crime, com base em informação recolhida na análise da cena do crime, da vítima e de outras pessoas que contactaram com o mesmo. Pode desdobrar-se em análises mais finas, como o *criminal profiling*, *offender profiling*, *psychological profiling*, *investigative profiling*, *crime scene profiling*, *criminal behaviour profiling*. MCCRARY sublinha a noção de que a técnica de *profiling* é a descrição de traços e características de um agressor desconhecido, por se entender que qualquer comportamento reflete a personalidade de um indivíduo. Em suma, o *profiling* destina-se a auxiliar e, eventualmente, orientar uma investigação criminal, recorrendo ao contributo das ciências sociais e humanas e das ciências criminais, quando as pistas de identificação de um suspeito agente de um facto criminoso sejam escassas ou inexistentes, podendo dar indicações no sentido preditivo da ocorrência de futuros delitos idênticos ou análogos, permitindo assim, dotar as autoridades de estratégias de investigação criminal e de prevenção mais consistentes e eficazes (Cfr. ELISABETE CORREIA - SUSANA LUCAS - ALICIA LAMIA, «Profiling: Uma técnica auxiliar de investigação criminal», *Análise Psicológica* (2007), 4 (XXV), pp. 595-601; WAYNE PETHERICK - CLAIRE FERGUSON, «Criminal Behavioural Consistency, the Homology Assumption and Case Linkage», *Profiling, Vitimologia & Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA - MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 227-244).

¹⁰⁶⁹ P. ex., o método de investigação policial existente na Alemanha – originariamente concebido como medida preventiva de polícia (nos diversos regulamentos policiais dos Länder) –, designado por *Rasterfahndung* previsto no §

Por seu turno, os métodos de identificação forense são muito diversificados em termos de técnicas usadas, e variam de acordo com a finalidade a que se pretende aplicá-los; procede-se, neste âmbito, a comparações morfológicas, dentárias, radiográficas, biométricas (íris, forma do pavilhão auricular), a determinação da idade cronológica através da análise da estrutura óssea, análise de tecidos e de fibras corporais (pêlos, cabelos), a análise de amostras biológicas para determinação de perfis de ADN¹⁰⁷⁰, ao *Criminal Profiling* (psicológico ou neuropsicológicos), ao *Brain Fingerprinting*, e recorre-se com alguma frequência aos suportes das ciências da computação, p. ex., no que concerne a técnicas de identificação por sobreposição fotográfica craniofacial, entre outras.

A identificação através de arquivos consiste na estruturação de bancos ou bases de dados relativos a indivíduos – que podem assumir a mais diversa natureza, desde elementos de identificação civil, tributária, bancária, criminal, de saúde, fotográfica, genética –, de acordo com critérios predeterminados, a partir dos quais é possível proceder a comparações com dados problemáticos e que são objeto de investigações em que se procura identificar o responsável por certo facto ilícito típico ou com os suspeitos cuja identificação se pretende confirmar ou demonstrar.

Toda esta vastíssima gama de meios auxiliares da investigação criminal concorre para uma noção de identificação humana distinta das formas clássicas de identificação criminal. A identificação humana resultante da sobreposição complementar de mais do que um desses meios, é que produzirá, afinal, o retrato individual mais integral possível dum suspeito da prática de um facto qualificado como crime. Esta ideia de *identificação humana total* tem como corolário a virtualidade do esclarecimento completo da hipótese criminal para além de toda a dúvida razoável, bem como a possibilidade de estabelecer o nexo de imputação entre o facto criminalmente relevante e o seu agente (ou participante).

Para se efetivar a identificação através de perfis de ADN, torna-se, assim, necessário, recorrer simultaneamente a modelos de identificação forense e em arquivos, procurando estabelecer a identificação do perfil obtido através da análise de uma “amostra [biológica]

98a da StPO desde 1992, que consiste numa análise computadorizada de dados pessoais, armazenados e classificados em arquivos pertencentes a entidades não judiciárias (policiais ou judiciais), estranhas à administração da justiça penal, e em princípio, destinados a finalidades distintas de perseguição de crimes. A análise dos ditos dados processa-se a partir da elaboração, por parte das instâncias policiais competentes, de determinados critérios criminológicos (*Rastern*), adequados ao delito que é objeto de investigação, bem como ao seu presumido agente. Afetados pela medida do *Rasterfahndung* estão, em princípio, todas as pessoas cujos dados estão recolhidos nos referidos arquivos, podendo colocar-se questões de rastreio indiscriminado (e arbitrário) relativamente ao destino de dados pessoais relativamente aos quais não tenha havido autorização de acesso ou transmissão, ou seja, de violação do direito à autodeterminação informacional, tema intensamente debatido na Alemanha.

¹⁰⁷⁰ Repare-se que muitas vezes se alude, por simplicidade, à “extração de ADN” do corpo de uma pessoa, o que não sendo exato – porquanto não há ainda métodos que possibilitem a extração da molécula isolada de ADN –, contudo corresponde a uma aproximação da realidade, dado que, apesar de se proceder à extração de um conjunto de células ou de tecidos biológicos (amostras), em que se detetam as moléculas de ADN nuclear ou mitocondrial, não são aqueles que interessam do ponto de vista da finalidade de investigação criminal.

problema”, recolhida no local do crime (ou em pessoa, peças de vestuário ou outros objetos) com o perfil obtido pela análise de material biológico recolhido junto de um suspeito, ou, porventura, com algum dos existentes numa base de dados, nomeadamente de perfis de ADN (em virtude de uma determinação anterior de perfil, voluntária ou ordenada judicialmente, por haver sido condenado, ou por haver sido suspeito da prática de facto ilícito típico, nos sistemas que tal admitem). Procura-se, assim, determinar se é, ou não, um mesmo dador que deixou, inadvertidamente ou não, uma amostra biológica no local e no momento da prática do facto ilícito típico e cujo perfil de ADN integra (antecipadamente) uma base de dados genéticos.

O extraordinário potencial de resolução de casos que os métodos científicos relativos à identificação por recurso a bases de perfis de ADN permitiram no âmbito do processo penal, tendo já demonstrado serem muitas vezes decisivos¹⁰⁷¹, colocam problemas sensíveis de compatibilização entre as condições de admissibilidade da sua obtenção e os direitos fundamentais e os princípios da própria dignidade da pessoa humana, da sua inviolabilidade e integridade e os princípios básicos de um processo penal equitativo democrático.

Para além disso, emerge toda a constelação de problemas específicos colocados pelas possibilidades de constituição, funcionamento, eliminação, cruzamento e interoperabilidade das bases de perfis de ADN para fins de identificação criminal (e civil)¹⁰⁷², entre si e com outros tipos de bases de dados.

¹⁰⁷¹ Não podendo, contudo, suportar, em exclusivo, um juízo processual probatório de condenação.

¹⁰⁷² Colocam-se aí problemas específicos, que – pese embora a sua inequívoca relevância – estarão subtraídos ao âmbito do nosso estudo. Na verdade, o quase filigrânico regime normativo das bases de perfis de ADN – entre nós, precipitado na Lei n.º 5/2008 –, em que o legislador nacional procurou compatibilizar os interesses referidos no texto, traduz essas preocupações, introduzindo, contudo, um patamar de nova complexidade no que respeita a essa combinação entre os interesses da celeridade e eficiência investigatória e os direitos fundamentais e princípios matriciais do processo penal.

Para um aprofundamento das perspetivas sobre a temática, entre nós, cfr. HELENA MONIZ, «Os problemas jurídico-criminais da criação de uma base de dados genética para fins criminais», *loc. cit.*, pp. 237-264 e «Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro», *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (HELENA MACHADO - HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 47-66, JORGE DOS REIS BRAVO, «Perfis de ADN de Arguidos-Condernados (O artigo 8.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)», *loc. cit.*, pp. 97-126 e «I. O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN - Abordagens preliminares», Conferência apresentada em Coimbra a 07 de março de 2014 no Encontro "*Aspetos Práticos e Teóricos do Funcionamento da Base de Dados de Perfis de DNA e da Obtenção da Prova por ADN em Processo Penal*", organizado pelo Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN (acessível em http://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/TRABALHOCFBDADNJORGE_RBRAVO.pdf), FLORENTINA M. DE FREITAS, «Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança versus privacidade», in *Lusitana – Série II*, n.º 7, Universidade Lusitana Editora, Lisboa, 2010, pp. 247 a 290, HELENA MACHADO - ANTÓNIO AMORIM - SUSANA SILVA, «Políticas de Identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Vol. XLV, (196), 2010, pp. 537-553, INÊS TORGAL M. P. SILVA, «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 – N.º 15, 2011, pp. 159-188, CÍNTIA ÁGUAS, «Estudo Comparado da Legislação Internacional», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 119-142, MARTA MADALENA BOTELHO, *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico. Em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 195-219, RUI NUNES, *GeneÉtica (Cap. 6. Bases de Dados genéticos)*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 109-123.

Por “base de dados genéticos” entende-se qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação genética sobre um conjunto de indivíduos ou famílias (incluindo os dados relativos à informação proteómica), que permita o armazenamento e utilização dos resultados de testes genéticos – e não de amostras biológicas (sangue ou ADN), que poderão, por seu turno, constituir bases de amostras biológicas ou biobancos – sendo importante distinguir entre perfis eletroforéticos de bandas (*DNA fingerprints*), SNP’s (Single Nucleotide Polymorphisms) de zonas não codificantes e resultados de testes para deteção de genes de suscetibilidade ou determinantes da incidência de doença¹⁰⁷³.

De notar que a nossa lei ordinária fixa noções de “bases de dados genéticos” no art. 7.º, n.º 1 da Lei n.º 12/2005¹⁰⁷⁴ – no que respeita às finalidades de prestação de cuidados de saúde e para investigação científica – e no art. 2.º, al. l) da Lei n.º 5/2008¹⁰⁷⁵, no que concerne a “base de dados de perfis de ADN” para as finalidades de identificação civil e de investigação criminal.

Faria Costa expressou já uma posição de algum ceticismo quanto aos propósitos da criação de uma base de dados genéticos indiscriminada, referindo que «Podemos aceitar que se faça, coercivamente, o registo de DNA, relativamente a criminosos altamente perigosos, depois do trânsito em julgado, mas já não aceitamos nem achamos que seja proporcionado que se o faça para os cidadãos comuns. Mais. E o que criticamos, neste contexto, é a perversidade da argumentação securitária e de matriz de “*esperanto universal*” que vem dizer que um tal rastreio universal a todos os cidadãos tem como finalidade primeira a possibilidade de se reconhecerem e identificarem os corpos em caso de catástrofes. É óbvio que não é isso que se quer. No “sottofondo” está uma vocação securitária. A narrativa da benemerência a esconder um pensamento único e securitário»¹⁰⁷⁶.

Se é certo que esta reserva traduz a manifestação de alguma desconfiança quanto à forma de utilização – em manipulação ou interconexões motivadas por razões estranhas às finalidades de identificação, por entidades de investigação criminal –, tais desconfianças parecem ter concitado a preocupação do legislador nacional, ao limitar de forma apertada a

Cfr., ainda, numa perspetiva integrada e com contributos comparatísticos, *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012.

Para uma visão de 2007 (em que se referia a realidade portuguesa como sendo ainda, a de inexistência de base de dados), cfr. N. VAN CAMP *et al.*, «National Forensic DNA Databases – Socio-Ethical Challenges and Current Practices in the EU», *European Ethical-Legal Papers*, N.º 9, Leuven, 2007.

¹⁰⁷³ Cfr. LUÍS ARCHER, *Da Genética à Bioética*, Col. Bioética Hoje, N.º 11, Gráfica de Coimbra, Coimbra 2006, e RUI NUNES, *GeneÉtica*, cit., pp. 110.

¹⁰⁷⁴ É o seguinte o teor da norma citada: «Entende-se por «base de dados genéticos» qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação genética sobre um conjunto de pessoas ou famílias».

¹⁰⁷⁵ É o seguinte o teor da norma citada: «“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».

¹⁰⁷⁶ «O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*)», *RLJ*, Ano 138.º - N.º 3955, mar.-abr. 2009, p. 228.

possibilidade de qualquer uso indevido da base de dados a constituir (cfr. artigos 14.º 15.º, 18.º a 20.º da Lei n.º 5/2008), a que acresce a necessidade da previsão de uma entidade fiscalizadora exclusivamente dedicada, o Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN¹⁰⁷⁷.

Como é sabido, numa fase embrionária do processo político-legislativo que conduziu à aprovação da Lei n.º 5/2008, o propósito anunciado pelo Governo então em funções era o de constituir uma base de perfis de ADN de toda a população nacional¹⁰⁷⁸. Depressa se verificou, porém, que a magnitude de tal projeto e os formidáveis recursos financeiros que tal opção exigiria, além das objeções constitucionais respeitantes à sua compatibilização com a tutela de direitos fundamentais dos cidadãos – em que pontificaram considerações atinentes à tutela da privacidade, da integridade pessoal e da autodeterminação informacional – aconselhava a que se reavaliasse tal pretensão, que, a ser concretizada, constituiria caso único, a nível mundial¹⁰⁷⁹. Foi o que acabou por suceder com a aprovação da Lei n.º 5/2008, que veio a consagrar soluções menos ambiciosas e mais compatíveis com as capacidades e as necessidades nacionais (cfr. artigos 3.º, n.º 1: preenchimento faseado e gradual da base de dados de perfis de ADN, e 6.º, n.º 1: construção faseada e gradual da base de dados de perfis de ADN relativamente a voluntários).

Esse formidável potencial de identificação criminal através da determinação do perfil de ADN, tem-se traduzido não só numa vertente incriminadora para os envolvidos em suspeitas da prática de factos ilícitos típicos, mas também numa via de exclusão da responsabilidade criminal ou de inocentação, por se demonstrar a não correspondência entre perfis genéticos de amostras-problema e perfis genéticos de amostras-referência, resultando na impossibilidade de os dadores poderem ter sido autores de tais factos. Assim é que, tendo essa tecnologia sido colocada ao serviço da reanálise de casos criminais passados – os chamados *casos frios* ou *abertos*¹⁰⁸⁰ e em processos decididos – em que os imputados cumprem ou

¹⁰⁷⁷ O qual se trata de «uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, respondendo apenas perante a Assembleia da República» (art. 2.º, n.º 1 da Lei n.º 40/2013, de 15-06. Em rigor, existirá uma outra entidade com poderes de fiscalização: a CNPD, porquanto detém competências fiscalizadoras em matéria de dados pessoais (art. 37.º da Lei n.º 5/2008).

¹⁰⁷⁸ De acordo com o *Diário de Notícias* de 19-12-2006, o então ministro da Justiça, Dr. Alberto Costa, afirmava «(...) o objectivo é, de forma gradual, inserir toda a população portuguesa na base de dados». Por seu turno, o então Secretário de Estado-adjunto da Justiça, Dr. Conde Rodrigues, declarava ao jornal *Expresso* de 14 de Abril de 2007 «Será um trabalho progressivo e nunca feito de uma só vez a toda a população».

¹⁰⁷⁹ A isso acresce, obviamente, a influência da posição de alguns dos órgãos consultados com vista a tal fim, como, p. ex., o Parecer N.º 52/2007 do CNECV, segundo o qual: «(...) 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».

¹⁰⁸⁰ De acordo com FRANCESC MESTRES NAVAL e JOSEP VIVES-REGO, os casos abertos podem definir-se «(...) como aquellos en los que las investigaciones policiales no han permitido encontrar un culpable de un hecho delictivo concreto. Es decir, ni la investigación policial, ni la aplicación de las herramientas forenses disponibles en su momento han conseguido vincular a un individuo con los hechos acaecidos. Desde el punto de vista de la Genética forense podemos hacer una clasificación en dos subgrupos. En el primero se agruparían aquellos casos que cuando fueron investigados aún

cumpriram penas de prisão, algumas de elevada duração, se tem concluído pela impossibilidade de os mesmos terem sido os autores dos factos pelos quais foram condenados, precisamente por se ter demonstrado positivamente não ter havido identificação através da comparação dos perfis de ADN obtidos nos locais dos factos com o perfil agora obtido junto do imputado, i. e, entre os perfis das amostras-problema de material biológico recolhido por ocasião da investigação dos factos, e os perfis das amostras biológicas recolhidas posteriormente, junto do suposto autor dos mesmos¹⁰⁸¹.

Essa virtualidade habilita as autoridades judiciais a eximirem de responsabilidade os indivíduos que hajam sido erradamente condenados, através de procedimentos de revisão das respetivas decisões condenatórias, bem como permite às autoridades policiais procurar e responsabilizar os verdadeiros agentes dos factos, caso ainda haja pressupostos para proceder judicialmente contra eles (*v.g.* desde que não haja prescrito o procedimento criminal ou os suspeitos não tenham falecido)¹⁰⁸².

A tentação utilitária proporcionada pela eficácia investigatória do recurso a tais meios técnico-científicos volvidos em meios probatórios penais, deve ser objeto de especial estudo e cuidado, justificando de pleno a intercessão de um princípio de precaução, aplicado ao campo específico dos incessantes avanços técnico-científicos em tal domínio. Comungando embora dos princípios epistemológicos que presidem a qualquer outro tipo de perícia – que postula sempre o «custo de uma certeza [judicial] pelo preço de uma técnica» –, na perícia de identificação genética avulta, todavia, a particularidade de total falta de domínio pelos aplicadores, de conhecimentos científicos e tecnológicos que os habilitem, sequer, a questionar a adequação da metodologia concretamente utilizada.

Diga-se a este propósito, apesar de a técnica de identificação por aplicação de perfis de ADN ter já sido considerada por expressiva parte da comunidade científica e pelos operadores judiciais como a mais infalível das provas ou o elemento de prova forense mais preciso e objetivo jamais criado¹⁰⁸³, tem também merecido alguma relutância – cada vez mais escassa¹⁰⁸⁴

no se utilizaban técnicas forenses basadas en el ADN y por tanto se trata de casos relativamente antiguos. En el segundo agruparíamos aquellos casos en los que la investigación ya utilizó los procedimientos analíticos del ADN pero, como veremos después, la resolución se demoró algunos años por otros motivos» («Resolución de casos abiertos, exoneraciones y análisis familiares por Genética avanzada», *RECPC*, Núm. 14-04, 2012, p. 04, acessível em <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-04.pdf>, acedido em 03-05-2013).

¹⁰⁸¹ Entre outros, podem indicar-se os Projetos de vários movimentos cívicos existentes nos EUA – os “Innocence Project” –, no Reino Unido – o “Innocence Network” – e na África do Sul – o “DNA Project - Change a Life” – expressamente constituídos e vocacionados a esclarecer casos duvidosos, apesar da condenação de imputados.

¹⁰⁸² Daí que não seja de estranhar que venha a tornar-se frequente a tentativa de demonstração da exclusão da responsabilidade de um condenado, através da exclusão da identificação genética, por tal caber na hipótese de pedido de [recurso de] revisão de decisões condenatórias (art. 449.º, n.º 1, al. d) do CPP).

¹⁰⁸³ Neste sentido, X. WILLIAMS, «Conviction by Chromosome», *Student Law*, Dec. 1989, pp. 26-29, J. C. GALLOUX, «L’empreinte génétique: la preuve parfaite?», *Semaine Juridique*, I., 3497, 1991, p. 106.

¹⁰⁸⁴ Cfr. JOËLLE VUILLE, *L’ADN, Reine des preuves ou roi des canulars?* De L’hebe Eds., La Question, N.º 74, 2011.

–, ante a plausibilidade, sempre concebível, da sua superação por outro método ainda mais rigoroso e eficaz.

Reconhecendo algum esforço no argumento que coloca o acento na característica iniciática dos manipuladores das técnicas de identificação através de perfis de ADN, estamos em crer que a mesma está longe de se poder considerar uma nova *alquimia*, acessível a poucos e cujo domínio lhes acarretaria um poder fáctico considerável. Não há – julgamos poder dizê-lo, face aos dados científicos divulgados que vamos conhecendo – decisivas razões que se oponham hoje à validade, eficácia e importância dos métodos de identificação individual através de perfis de ADN. O que, por um lado, confirma o estatuto epistemológico dos seus resultados, bem como todo um vasto acervo teórico sobre as potencialidades e limites da sua utilização, reflexões que vão desde as abordagens ético-filosóficas, sociológicas e jurídicas, até aos estudos e experiências versando o permanente desenvolvimento da aplicação das pertinentes tecnologias.

Esta circunstância – de se tratar de um meio de prova algo inacessível aos operadores judiciários, mais desarmados de conhecimentos e de instrumentos críticos, que irão ter de apreciar a (ir)relevância das conclusões propostas pelos peritos – faz emergir um tipo de prova pericial muito particular: prova pericial¹⁰⁸⁵, por certo. Mas *prova pericial essencialmente tecnológica*.

Ao classificá-la desta forma, infere-se que por isso se distingue de muitas outras espécies de prova pericial, em que a componente tecnológica na apreciação técnica, científica ou artística do *facto probandum* não se acha presente em tão ampla dimensão. Aqui, a possibilidade de indagação, diálogo e interpelação crítica por parte do decisor processual (*v.g.* as autoridades de polícia criminal ou judiciárias) face aos peritos, perante os resultados do procedimento probatório [pericial] está, na maior parte das situações, condicionada ou prejudicada por uma impreparação e falta de competência mínima para a avaliação das metodologias empregues e das conclusões produzidas.

A integral dependência técnico-científica por parte dos decisores processuais, no domínio da genética forense, relativamente ao *apport* dos peritos desta área, transforma a regra do art. 163.º, n.º 1 do CPP numa regra quase absoluta, em que, devido ao estatuto epistemológico de máxima fiabilidade e rigor e de extrema especificidade, nem faz sentido admitir a divergência de interpretação crítica por parte do julgador.

Esse problema *técnico-científico*, colocado pela genética forense à investigação criminal contemporânea, conhece, também, alguns limites às expectativas das suas potencialidades. Como exemplo paradigmático, pode enunciar-se o caso dos gémeos Abbas e Hassan.

¹⁰⁸⁵ Cfr. em maior detalhe, 7.2.2.

Em 25 de fevereiro de 2009, três indivíduos mascarados assaltaram a ourivesaria Kaufhaus Des Westens (KaDeWe) em Berlim, furtando jóias e relógios no valor de cerca de cinco milhões de euros. Numa luva deixada na loja, as análises de ADN conduziram não a um, mas a dois suspeitos, dois gémeos monozigóticos, Abbas e Hassan O., de origem curdo-libanesa, estabelecidos na Alemanha, cujo perfil genético era idêntico¹⁰⁸⁶.

Embora tenham sido ambos constituídos como suspeitos, e ficado detidos, dado o silêncio a que se remeteram, as autoridades policiais (a LKA e a BKA) e judiciárias alemãs não lograram carrear elementos adicionais de prova sobre a participação de ambos os irmãos no crime, os quais possuíam registo criminal. Como o ordenamento jurídico-processual penal alemão exige o estabelecimento da responsabilidade criminal ligada a um comportamento individual, não tendo sido possível associar especificadamente o perfil genético a qualquer dos dois gémeos O., foram ambos libertados em 18 de março de 2009, e o caso foi arquivado, por também não ter sido possível identificar o “terceiro” elemento do assalto.

Os dois suspeitos emitiram um comunicado de imprensa dizendo ter “orgulho do Estado de Direito alemão e agradecendo-lhe”¹⁰⁸⁷.

Este caso foi interpretado como sendo um “crime perfeito”, em que, apesar de se saber que, pelo menos uma das (duas) pessoas concretamente identificadas poderia ter participado nos factos, a sua identificação genético-criminal não foi, só por si, bastante para se poder concluir para além de uma dúvida razoável, pela culpabilidade dessa pessoa. Pelo menos um dos gémeos teria participado no crime, não tendo ambos dado qualquer justificação para o aparecimento do “seu” ADN comum [de ambos os irmãos]. Porém, não foi possível individualizá-lo e, como tal, identificar o autor do crime, sendo certo que ambos os gémeos se tornaram suspeitos.

Eis como a fiabilidade do método de prova por análises de ADN para identificação de perfis genéticos pode ser testada na prática – num caso excecional, é certo, mas de qualquer modo um *case study* – em termos de não ser suficiente para o esclarecimento da identidade genética de um suspeito da prática de um facto criminoso.

¹⁰⁸⁶ Os casos de gémeos monozigóticos podem ser considerados – dada a identidade do perfil genético de cada um – como *um único indivíduo* em termos genéticos. É extremamente excecional, mas possível, a ocorrência de alterações genéticas aquando da divisão da célula comum inicial, no caso de gémeos monozigóticos, o que pode resultar em perfis genéticos distintos.

¹⁰⁸⁷ Cfr. notícia em <http://www.spiegel.de/international/germany/a-perfect-crime-twins-suspected-in-spectacular-jewelry-heist-set-free-a-614245.html> e em <http://dnaproject.co.za/blog/saved-by-their-identical-dna> (acedidos em 13-01-2014).

Outros limites ao potencial identificativo do ADN podem ocorrer com as situações de *quimerismo* e de *mosaicismo*, o que resulta na existência de mais de um perfil em cada indivíduo. O *quimerismo* ocorre pela fusão (em vez da divisão independente) de dois ou mais ovos, produzindo um único indivíduo. Pode, também, resultar de transplantes (p. ex., de medula) ou de transfusões (p. ex., de sangue), ou também da resultantes da passagem de células entre a mãe o feto ou entre fetos. O *mosaicismo* é resultante de erros de cópia do material genético, que se reproduzem ao longo de gerações celulares. As dificuldades probatórias (especialmente problemáticas nos casos de comparação entre células de pêlos ou cabelos sem raiz) daí resultantes são limitadas quando é viável comparar o mesmo tipo de células (ou de material biológico resultante) nas amostras problema e nas amostras referência (do suspeito)¹⁰⁸⁸.

Estas limitações a uma porventura irrestrita expectativa e confiança num método tão fiável como a análise genética, permitem concluir por uma necessidade de vigilância crítica na produção e valoração dos seus resultados em sede probatória, de acordo com um princípio de precaução. Parece, pois, pertinente evocar aqui o aviso: «*Science is not about answering questions, it is to questioning answers*».

7.2. Os procedimentos probatórios de determinação do perfil de ADN e a finalidade de identificação na investigação criminal

Pensamos ser necessário separar com suficiente nitidez as questões respeitantes à utilização/aplicação de técnicas de identificação genética (do perfil genético) na investigação criminal – enquanto meio probatório necessário e idóneo para a demonstração da hipótese colocada no decurso do processo – e os problemas inerentes à criação de bases de dados de perfis de ADN. Apesar de indissociáveis e reciprocamente imbricadas entre si – as bases de dados de perfis de ADN visam contribuir para a maximização de resultados positivos na investigação, e as autoridades policiais recorrem às bases de dados com vista a procurar soluções para problemas com que concretamente se deparam na investigação –, as questões suscitadas a propósito de um e de outro momento, são de natureza bem distinta e não devem confundir-se. Enquanto as questões que emergem a propósito do primeiro feixe de problemas contendem, essencialmente, com as condições de admissibilidade de produção e valoração daquele tipo de medida probatória, o conjunto de questões surgidas a propósito da criação das bases de dados respeita, predominantemente, à justificação das suas finalidades e aos fundamentos e critérios da inserção, manutenção, cruzamento, manipulação e supressão de tais dados (pessoais e perfis genéticos) em ficheiros que integram tais bases.

¹⁰⁸⁸ Cfr. ANTÓNIO AMORIM, «Produção e interpretação da prova genética», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA - HELENA MACHADO, Org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 46-47

No que respeita à situação nacional, crê-se legítimo colocar um prévio problema de fundo, em matéria de genética forense aplicada à investigação criminal, que contende com a coexistência, ou não, de regimes normativos relativos à recolha de bioamostras para determinação e comparação de perfis de ADN. Trata-se de uma questão que respeita ao momento da investigação criminal, e à aplicação dos meios de identificação de perfis genéticos enquanto medida probatória.

A não ser indiretamente (e residualmente), o Código de Processo Penal, mesmo após a *Reforma Penal de 2007*, omite qualquer referência expressa ao tema. É certo que parte da disciplina relativas às perícias e exames pode abranger a solução de alguns problemas concernentes à análise e identificação genética (*maxime*, artigos 154.º, n.º 3, 156.º, n.ºs 6 e 7¹⁰⁸⁹, 171.º, n.º 2 e 172.º, n.º 2 do CPP). Contudo, o disposto nos n.ºs 6 e 7 do art. 156.º reporta-se, respetivamente, a perícias sobre características físicas e psíquicas [por remissão para o art. 154.º, n.º 3] e sobre análises de sangue ou de outras células corporais, o que, podendo indiretamente abranger algum tipo de perícias genéticas, nelas não se esgotam. Por um lado, um perfil genético não fornece (ou não deve fornecer) características físicas e psíquicas e, por outro lado, há muitas outras finalidades decorrentes de “análises de sangue” e de “células corporais” que não se reconduzem à obtenção de um perfil genético.

Estamos em crer que o legislador da *Reforma Penal de 2007*, conhecedor dos trabalhos preparatórios da futura Lei n.º 5/2008, contemporâneos dos trabalhos da UMRP, preferiu não colidir com o resultado que nos mesmos se alcançasse, apesar de, por sua vez, a Comissão encarregue dos trabalhos da Proposta de Lei n.º 144/X (que conduziu à formulação do conteúdo final da Lei n.º 5/2008¹⁰⁹⁰) também não ter expressamente pensado em avocar as questões da recolha de bioamostras e análise de perfis genéticos em sede de investigação criminal, designadamente quando pudesse estar em causa a mera comparação direta de perfis de bioamostras de vestígios e de suspeito ou arguido, ou de terceiros, identificados no âmbito do processo.

É, sobretudo, esta última hipótese – da disciplina atinente à comparação direta de perfis de amostra-problema e de amostra-referência – que tem suscitado algumas maiores dificuldades interpretativas e de aplicação prática, não tendo o problema conhecido, ao que sabemos, abordagem especial nos tribunais superiores.

Quando em um processo são recolhidas bioamostras – por exemplo, no corpo da vítima, no local do crime ou noutra – e exista um suspeito identificado, a comparação dos

¹⁰⁸⁹ Disposições introduzidas pela *Reforma Penal de 2007*, como n.º 2 do art. 154.º e 3 e 5 e 6 do art. 156.º, renumerados por força da Lei n.º 20/2013.

¹⁰⁹⁰ Cfr. as fases do respetivo processo legislativo em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=33507>.

perfis de ADN resultantes das bioamostras e do suspeito pode e deve ser feita diretamente, sem qualquer especial preocupação e necessidade de pesquisa nos ficheiros da base de dados. Neste caso, a perícia de análise e comparação genética destina-se a cotejar suspeitas baseadas noutros indícios probatórios (depoimento da vítima, de testemunhas, registos de vídeo, etc), não se afigurando, aí, ser necessário proceder a qualquer “pesquisa” numa base de dados de perfis, obtida que foi a identificação da pessoa sobre a qual recaem as suspeitas do crime investigado¹⁰⁹¹.

Assim sendo, a recolha da amostra biológica seguirá as regras gerais do Código de Processo Penal, competindo à autoridade judiciária – ao MP na fase de inquérito – determinar a sua realização, sem prejuízo da competência do JI nas hipóteses previstas nos artigos 154.º, n.º 3 e 269.º, n.º 1, als. *a)* e *b)* do CPP, ou seja, quando a pessoa visada não tiver prestado consentimento. Parece que, em tal caso, mediante a pretendida obtenção da identificação do perfil das amostras-problema, face à (bem sucedida) comparação direta com o perfil da amostra colhida ao suspeito ou arguido, não importará qualquer recurso à base de dados, nomeadamente para fins de informação dos direitos e deveres associados à base de dados de ADN e do regime de proteção de dados pessoais nos termos do art. 8.º, n.º 5 da Lei n.º 5/2008. Seria, assim, destituído de sentido e interesse a aplicação do regime especial – dir-se-ia mesmo excepcional – deste diploma¹⁰⁹², resolvida que esteja a questão da identificação do perfil da “amostra-problema” encontrada, não se justificando a sua subsequente inserção¹⁰⁹³ em qualquer base de dados.

O regime do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 contemplará – para além dos casos em que o arguido pretenda excluir suspeitas –, nesta ordem de ideias, as situações em que, na ausência de indícios que apontem para a identificação do suspeito, se torne necessária a recolha de amostra para pesquisa na base de dados, cumprindo proceder à sua constituição prévia como arguido. Não existem, aí, indícios que o associem solidamente à prática de um determinado crime, mas suspeitas fundadas que o mesmo possa ter praticado crimes de natureza e contornos particulares, não identificados, em que possam ter sido recolhidos vestígios biológicos que permitiram a determinação de perfis genéticos inseridos em base de dados, com os quais aquele se cruzará. Por isso mesmo se impõe uma disciplina particularmente exigente, de controlo jurisdicional para autorizar ou ordenar a recolha de

¹⁰⁹¹ Coisa diversa, será a prova dos elementos típicos do facto ilícito; p. ex., num crime contra a liberdade sexual, demonstrar violência, a ameaça grave, a colocação em estado de inconsciência ou incapacidade de resistir, que evidenciem a ausência de consentimento da vítima.

¹⁰⁹² O entendimento contrário – da necessidade de recorrer ao regime especial da Lei n.º 5/2008, em tais hipóteses – implicaria poder sujeitar-se qualquer arguido (necessariamente constituído como tal, nos termos do art. 8.º, n.º 1) a quem tivesse sido recolhida uma amostra de ADN a uma desnecessária, inadequada e desproporcionada – e, por isso, desprovida de fundamento constitucional – pesquisa numa base de dados.

¹⁰⁹³ Nem o perfil da inerente “amostra-referência”.

bioamostra do suspeito com vista ao seu cruzamento (*search*/interconexão) com uma multiplicidade de amostras-problema, não sendo o mesmo suspeito *ab initio* nos processos em que foram recolhidas. Justifica-se, por isso, desde logo, a formalização da qualidade do mesmo como arguido, impondo-se também especiais deveres de informação (art. 8.º, n.º 5).

O fundamento da recolha de bioamostra é distinto em cada uma das hipóteses. Ao passo que a sujeição a perícia de comparação direta se fundamenta na existência de outros meios prova – não concludentes – que apontam para a identificação de determinado indivíduo como suspeito da prática de um crime em concreto, a recolha de bioamostra para pesquisa na base de dados pressupõe apenas a probabilidade de o suspeito ser autor de outros crimes em que tenham sido recolhidos vestígios biológicos cujo(s) perfil(is) genético(s) tenha(m) sido inserido(s) na base de dados.

Esta distinção parece implicar que apenas se justifica a recolha de bioamostra, nos termos do n.º 1 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008 – preordenada à utilização das possibilidades de utilização da base de dados de perfis de ADN –, se existirem suspeitas de que o arguido (não mero suspeito) num processo terá praticado outros crimes cuja investigação não seja objeto do mesmo processo (*v.g.* quando um arguido espontaneamente ou não, confessa a prática de vários crimes de furto, de roubo ou de abuso sexual, ou é encontrado com objetos ou produtos que indiciem a prática de outros delitos).

Caso tal não suceda, afigura-se desproporcionado sujeitar qualquer arguido – só por assumir tal estatuto –, na fase de investigação criminal, a pesquisas de comparação do seu perfil genético com perfis de amostras-problema porventura inseridos na base de dados e respeitantes a outros processos-crime (alguns deles eventualmente já arquivados)¹⁰⁹⁴.

Acresce, ainda, que a recolha de bioamostra do arguido prevista no art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 não se destina à inserção do respetivo perfil em qualquer ficheiro da base de dados, mas permite apenas a interconexão de dados com os perfis de alguns dos ficheiros (art. 20.º), ou seja, uma “pesquisa indireta” (artigos 9.º, *als. a) e c)* e 15.º *a contr*). Se a pesquisa for inconclusiva, o perfil de ADN não fica em qualquer ficheiro da base. Só no caso de ocorrer um *match* ou identificação entre o perfil do arguido e um dos constantes nos ficheiros é que o mesmo, no caso de vir a ser condenado em pena de prisão igual ou superior a três anos,

¹⁰⁹⁴ Sem embargo da possibilidade da sua ulterior inserção, em caso de condenação, ao abrigo do disposto no art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008, prescindindo-se de nova recolha: «(...) não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do n.º 1».

transitará oportunamente para o ficheiro de condenados, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 8.º¹⁰⁹⁵ (art. 26.º, n.º 2)¹⁰⁹⁶.

Daqui emergem outras importantes consequências. Uma delas contende com o regime normativo aplicável; outra, com a competência para a determinação das medidas em causa.

Desde logo, o regime geral do CPP é o que resultará das disciplinas combinadas dos exames e das perícias. A aplicabilidade de tais regimes não é tão exigente e estrita como a do regime da Lei n.º 5/2008.

Para o caso de comparação direta de perfis (entre os de amostras-problema recolhidas no processo e o do suspeito identificado), a aplicação do regime processual comum dos exames e perícias não se restringe ao arguido, sendo extensível a qualquer pessoa e a suspeitos (ainda não constituídos como arguidos).

O entendimento de que o regime da Lei n.º 5/2008 derroga e substitui o regime dos exames e perícias no âmbito da genética forense para efeitos de investigação criminal, teria a inconveniente consequência de que a recolha de bioamostras para determinação de perfil de ADN em pessoa viva, no âmbito da investigação criminal, se circunscreveria exclusivamente ao arguido (art. 8.º, n.ºs 1 e 4 *a contr*). Ilustremos a inconveniência da solução com a seguinte hipótese:

Num apartamento em que pernoitaram doze jovens, sendo seis do sexo masculino e seis do sexo feminino, durante a noite, sem que ninguém tenha saído ou entrado em tal apartamento, uma jovem que ficara em estado de inconsciência, é violada. Dado o seu estado, não só não consegue identificar nenhum dos indivíduos que terá praticado os factos, como não há quaisquer outros dados indiciários seguros que apontem para a maior ou menor probabilidade da autoria dos mesmos, também não se excluindo a possibilidade da autoria por qualquer deles, ou por mais de um.

Não havendo outros dados seguros que apontem preponderantemente para um autor dos factos (qualquer dos jovens do sexo masculino), pergunta-se se, face à ausência de fundamento para a constituição de qualquer deles (ou de todos) como arguidos, e não tendo

¹⁰⁹⁵ De notar que o perfil não transitará para o ficheiro de condenados (ou qualquer outro), no caso de condenação em pena de prisão inferior a três anos, ainda que se estabeleça a identificação do arguido (art. 26.º, n.º 1, al. *d*) da Lei n.º 5/2008).

¹⁰⁹⁶ A este entendimento não se deve opor a norma do art. 34.º, 2, que, embora suscite alguma perplexidade, parece apenas destinar-se, como decorre da epígrafe, a regular o momento em que se procede à “destruição das amostras” nos casos do art. 8.º, n.º 1 – que não integram qualquer ficheiro do art. 15.º, não estando, por isso, previstas nos restantes números deste preceito – e, eventualmente, face ao disposto no art. 8.º, n.º 6, à necessidade de nova recolha caso o suspeito seja identificado como autor de outros crimes e os processos não sejam incorporados de acordo com as regras de conexão (também por este motivo, de validação da amostra e concentração da investigação, deve ser promovida a conexão processual).

nenhum deles requerido a sua constituição como tal (art. 59.º, n.º 2), seria inviável proceder à comparação (direta) de perfis de amostras-problema de sémen recolhido na vítima, com os seus perfis genéticos?

Se se sufragar a posição que sustenta ser a Lei n.º 5/2008 aplicável a todos os casos de investigação criminal com recurso a análises de ADN, e adotando uma posição de rigor face aos pressupostos de constituição como arguidos («fundadas suspeitas» - art. 58.º, n.º 1, al. a) do CPP), uma tal comparação direta¹⁰⁹⁷ seria inviável até que se estabelecesse um quadro de indicição suficientemente robusto para constituir algum(ns) dele(s) como arguido(s), procedendo-se de acordo com o n.º 1 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008.

Posição diversa será defensável caso se entenda que em tal hipótese prevalece a disciplina comum dos exames e das perícias consagrada no CPP. De acordo com tal solução, seria viável proceder a comparação direta entre os perfis genéticos das amostras-problema e os dos indivíduos, ainda que não constituídos arguidos, *rectius*, ainda que não haja fundamentos sólidos para a sua constituição formal como tal.

Pronunciando-se sobre a questão, Helena Moniz sugere, face ao silêncio da Lei n.º 5/2008 no tocante à colheita de amostra biológica para a obtenção de perfil de ADN em suspeito, que seria possível se o mesmo der o seu consentimento, dado o carácter restritivo de direitos fundamentais e do princípio da não autoincriminação, devendo sempre ser informado das finalidades da mesma¹⁰⁹⁸. Porém, se o suspeito solicitar a sua constituição como arguido, a colheita já se processaria nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008. A Autora defende, contudo, a plausibilidade de considerar a admissão da colheita de material biológico para obtenção de perfil do suspeito restrito a um catálogo limitado de crimes¹⁰⁹⁹ e à justificação de que a produção de tal meio de prova constitui uma necessidade premente e insubstituível face a meios alternativos de obtenção de prova. Distanciamos-nos parcialmente deste entendimento – mormente quando se trate de situações de exclusiva comparação direta – porquanto nos parece que o mesmo se reconduziria a consagrar um novo fundamento de constituição de arguido (quase a título “voluntário”) e, por outro, essa posição desconsidera e afasta a possibilidade de aplicação do regime comum dos exames e das perícias e das perícias médico-legais às hipóteses de análise de ADN para determinação de perfil genético. Daí que nos pareça, também, que a recolha de material biológico de suspeitos no corpo, vestuário ou objetos da vítima – sobretudo em crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual – se

¹⁰⁹⁷ E mesmo uma “comparação indireta” com recurso a perfis de ficheiros da base de dados.

¹⁰⁹⁸ Cfr. «Condições e Limites da Utilização da Prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, p. 83.

¹⁰⁹⁹ Entre nós inexistente, deficiência cujo suprimento se reputa da maior conveniência.

poderá realizar, apesar de alguma discussão sobre essa admissibilidade, sem prejuízo de se ter de obter o perfil genético da própria vítima, para despistagem, sendo que este não é passível de integrar qualquer ficheiro (a menos que a vítima pretendesse ser “voluntária”).

Aceitando a sobreposição de regimes normativos de análises genéticas, será discutível se o regime dos exames e perícias médico-legais comuns (CPP e da Lei n.º 45/2004) admite a recolha de material biológico para obtenção de perfil de ADN através de modalidade diferente da indicada no art. 10.º da Lei n.º 5/2008: método não invasivo de colheita de células da mucosa bucal (através de zaragatoa) ou outro equivalente. Nomeadamente, poderia indagar-se se seria, ou não, viável recorrer à amostra de sangue apresentada pelo arguido ou já previamente colhido para outro fim, no âmbito do mesmo processo. Parece que, respeitando a manutenção da cadeia de custódia da amostra, nada impediria tal solução.

Sucedo que este é um dos casos mais controvertidos com que se confrontou o legislador processual penal alemão, tendo-se questionado se o § 81a da StPO autorizava, ou não, a colheita coativa de sangue para efeitos de determinação de perfil genético. A jurisprudência dividia-se, mas a doutrina ia maioritariamente no sentido negativo: é que a análise arbitrária do ADN significava uma agressão mais profunda aos direitos fundamentais, para além da integridade física. Por isso, o legislador alemão acrescentou à StPO o § 81e, que expressamente passou a autorizar a análise genética do sangue obtido coercivamente nos termos do § 81a. Uma disposição semelhante não existe entre nós.

A norma do art. 156.º, n.º 7 do CPP, nos seus precisos termos, não exclui, parece-nos, essa conclusão. Ponto é que se garanta a manutenção da cadeia de custódia da amostra e que disso se informe o visado – seja ou não arguido – devendo, em caso de não prestação do consentimento para a utilização da amostra com vista à nova finalidade, interceder despacho do JI para ponderar os interesses colidentes no caso.

Por outro lado, poderia questionar-se se no quadro do regime de realização de exames e perícias do CPP seria viável proceder, por motivos específicos, à análise de ADN codificante, considerando que só no âmbito da Lei n.º 5/2008 se restringe o recurso à análise de ADN não codificante (art. 2.º, al. e)). A questão começaria logo por esbarrar na ausência de quadro legal que expressamente preveja tal hipótese e respetiva disciplina, no que concerne a marcadores a utilizar e outro tipo de garantias, porquanto se poderia ultrapassar os limites da proteção da intimidade genética e da autodeterminação informacional relativa à saúde. Se bem que possa invocar-se – face à ausência de proibição – a sua admissibilidade perante o válido consentimento do visado, não nos parece coerente, em termos sistémicos, aceitar uma tal solução, tendo também presente que o complexo normativo internacional e da UE aponta

exclusivamente para a implementação de métodos de identificação genética com recurso aos marcadores de ADN não codificante.

Quando, porém, estejam em causa ambas as finalidades – comparação direta e pesquisa na base de dados – parece-nos que a solução correta será a de ser aplicado o regime mais exigente previsto na Lei n.º 5/2008.

No tocante à competência para a autorização e determinação da recolha de bioamostras, nos termos do art. 8.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2008 (colheita de material biológico em cadáver, parte de cadáver, em coisa ou local [do crime] onde se proceda a buscas com finalidade de investigação criminal¹¹⁰⁰), convirá distinguir três momentos: primeiro, o procedimento de obtenção de bioamostra; segundo, a obtenção do perfil e a pressuposta realização da perícia de comparação; por último, a inserção do perfil no ficheiro respetivo.

No que se refere à colheita da bioamostra, parece que não há razão para afastar as regras processuais dos exames médico-legais: a colheita é parte de um procedimento complexo e não íntegra, por si, uma perícia. No que respeita à perícia propriamente dita, a sua determinação competirá ao juiz, uma vez que pode implicar uma análise de cariz técnico-científico. Já no que concerne à inserção do perfil, a competência será do MP, do JI ou do juiz de julgamento, consoante a fase processual (cf. art. 18.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008).

Para quem entenda, como nós, que existe uma dualidade ou coexistência de regimes legais, consoante se esteja no âmbito (exclusivo) da comparação direta ou da pesquisa na base de dados, a competência estatuída nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 é do juiz (em princípio, o JI). Tal competência ou atribuição é exercida mesmo em inquérito, independentemente do consentimento do arguido, e ainda que a seu pedido, intercederá sempre uma ponderação jurisdicional, materializada em despacho.

Já no tocante à competência para a sua determinação, nos termos gerais da disciplina dos exames e perícias do CPP – ou seja, nas hipóteses de comparação direta, a mesma deverá caber à autoridade judiciária que superintenda na fase respetiva. Assim, em fase de inquérito, a competência para a determinação da recolha de amostra caberá ao MP, sem prejuízo de, face à ausência de consentimento do visado, dever intervir o JI, ao abrigo do disposto nos artigos 172.º, n.ºs 1 e 2 e 154.º, n.º 3 e 269.º, n.º 1, als. *a)* e *b)* do CPP¹¹⁰¹.

De qualquer modo, o CPP silencia a questão, não fornecendo qualquer indicação direta sobre os pressupostos de realização das perícias de genética forense (a não ser, como se

¹¹⁰⁰ Sendo, aqui, discutível saber se com a expressão se abrange roupa ou o próprio corpo da vítima, inclinando-me a responder afirmativamente, conquanto o legislador pudesse ter sido mais claro; cfr., igualmente, a epígrafe do preceito.

¹¹⁰¹ Sufragando este entendimento, embora não questionando o problema da dualidade/sobreposição de regimes, cfr. MANUEL GONÇALVES, «Recolha de amostras de ADN para fins de investigação criminal. Suspeito», *RMP*, Ano 34, n.º 136, out.-dez. 2013, pp. 199-224.

disse, indiretamente, a pretexto da regulamentação das perícias e exames comuns). As especificidades que as perícias de genética forense comportam deveriam ter suscitado maior atenção do legislador para a previsão do seu regime, como, de resto, acontece nos §§ 81 e 81g da StPO, tendo o legislador nacional desperdiçado desenvoltamente, quanto a nós, a oportunidade da *Reforma Penal de 2007* e outros momentos subsequentes, para intervir sobre a matéria¹¹⁰².

Por seu turno, a Lei que cria a base de dados (pessoais e) de perfis de ADN não teria supostamente, vocação – nem intenção – de regular a matéria¹¹⁰³. Mas acaba por fazê-lo enviesadamente, porventura constatando o silêncio do legislador ordinário na *Reforma Penal de 2007*, ao disciplinar matérias como o relevo probatório da identificação por recurso exclusivo ao tratamento de dados (*v.g.* através de uma identificação através da comparação de perfis de ADN – art. 3.º, n.º 4 e art. 38.º), as circunstâncias da colheita de amostras em arguido, no decurso do processo (art. 8.º, n.º 1), as cautelas com o princípio do contraditório (art. 11.º) entre outros.

Seria, por isso, desejável que se distinguíssem com suficiente nitidez as questões respeitantes à medida probatória de obtenção e cruzamento de perfis de ADN em sede processual – a configurar no diploma processual codificado ou em diploma avulso específico – das questões atinentes à criação, funcionamento e fiscalização da base de dados de perfis de ADN (em diploma próprio, como sucede já). Por outro lado, que se uniformizasse a disciplina respeitante à comparação direta de perfis genéticos e, por outro lado, a comparação/cruzamento de perfil de amostra-problema com os inseridos na base de dados. Naquela disciplina, se regulariam os pressupostos de realização da perícia de genética forense – a previsão de um catálogo de crimes, ou a definição de outros critérios (em função da natureza dos crimes ou das molduras penais) – os termos da admissibilidade da realização da colheita de material biológico necessário – com uma satisfatória resposta acerca do problema da coercibilidade da sujeição à medida probatória (concretamente, na fase de recolha de bioamostra) – bem como outros aspetos a debater.

¹¹⁰² Assim, COSTA ANDRADE, «Pela sua especificidade, e tendo em conta as exigências da *reserva de lei* – com os corolários da *clareza* e *determinabilidade* – o recurso ao ADN em processo penal reclamava uma consagração expressa na lei, preferencialmente na lei processual penal codificada. Logo pelo seu conhecido e qualificado potencial de intromissão e devassa na perspectiva de direitos fundamentais como o direito de *autodeterminação informacional*» (*Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal - Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, cit., p. 333).

¹¹⁰³ COSTA ANDRADE, a este propósito, prossegue na sua análise crítica: «É por isso que só apressadamente se poderia acreditar que a entrada em vigor da já citada Lei n.º 5[1]/2008, de 12 de Fevereiro (que autorizou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação criminal), teria resolvido, de forma definitiva e sem lacunas, os problemas a que nos vimos reportando. Esta é, seguramente, uma lei cujo significado no contexto da ordem jurídica portuguesa não pode fundadamente questionar-se. De todo o modo, uma lei que deixa sobrar problemas jurídico-processuais penais que só a lei processual penal pode superar» (loc. cit.).

O que nos parece de todo em todo inconveniente é a convocação da Lei da base de dados de perfis de ADN para se consagrarem respostas e soluções sobre o regime da perícia processual de genética forense, que o legislador omite no local próprio (que seria o Código de Processo Penal ou outro diploma dedicado à questão) e cuja reclamada previsão se vem revelando demorada.

7.2.1. As finalidades de identificação (genética) civil e as finalidades de investigação (genética) criminal

A identificação de um indivíduo através do perfil de ADN permite a criação de uma *identidade* genética que é uma forma de *identidade estável*¹¹⁰⁴. A informação genética assim obtida pode ser combinada com outras informações, como as respeitantes à interação com a polícia (cadastro policial) ou com os tribunais, para aferição da reincidência (registo criminal), à situação social (relatórios sociais elaborados por instituições de reinserção social ou penitenciárias), mental, económica, fiscal e patrimonial, conjugada com a história genético-familiar do indivíduo.

A *informação genética* consiste na «informação sobre as características hereditárias de um, ou mais, indivíduos, obtida por análise de ácidos nucleicos ou qualquer outro método científico»¹¹⁰⁵. Entre nós, a própria lei ordinária enuncia o conteúdo dos conceitos, quando se esteja perante um contexto de prestação de cuidados de saúde ou de finalidade de investigação científica¹¹⁰⁶.

As duas grandes dimensões éticas e ético-jurídicas a considerar no tocante à informação genética respeitam, efetivamente, por um lado, às finalidades de investigação científica ou à utilização e prestação de cuidados de saúde, e, por outro, às finalidades de identificação civil e de investigação criminal, relativamente às quais se pode observar que o nosso ordenamento jurídico se encontra suficientemente – mas não convenientemente – apetrechado.

¹¹⁰⁴ SIMON A. COLE, *Suspect Identities: a History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Harvard University Press Harvard, 2002, p. 55.

¹¹⁰⁵ RUI NUNES, *GeneÉtica*, cit., pp. 110.

¹¹⁰⁶ Assim, no art. 6.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 12/2005 estabelece-se que «1 - A informação genética é a informação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo, excluindo-se desta definição a informação derivada de testes de parentesco ou estudos de zigotia em gémeos, dos estudos de identificação genética para fins criminais, bem como do estudo das mutações genéticas somáticas no cancro.

2 - A informação genética pode ser resultado da realização de testes genéticos por meios de biologia molecular, mas também de testes citogenéticos, bioquímicos, fisiológicos ou imagiológicos, ou da simples recolha de informação familiar, registada sob a forma de uma árvore familiar ou outra, cada um dos quais pode, por si só, enunciar o estatuto genético de uma pessoa e seus familiares».

O recurso à análise e determinação de perfis de ADN para efeitos forenses, pode ter finalidades de identificação civil ou de investigação criminal. Mas pode nem sempre resultar nítida a linha de demarcação entre situações de identificação civil e de investigação criminal.

As situações de investigação criminal respeitarão, em regra, a procedimentos tendentes a determinar ou confirmar a identidade de um indivíduo suspeito [ou arguido] da prática de factos ilícitos típicos, assimilando-se portanto, às situações que recaiam no âmbito de investigações criminais.

Já quanto às finalidades de identificação civil, a sua justificação e operacionalização pode não ser tão clara, nem sempre sendo evidente a demarcação entre o momento em que cessa a identificação civil e começa a identificação criminal¹¹⁰⁷. Entre nós, a constelação de situações que podem caber nas finalidades de identificação civil não se encontra expressamente elencada num único preceito, podendo estar disperso por vários diplomas ou regimes jurídicos, para além das mencionadas no art. 7.º da Lei n.º 5/2008. O elenco de situações previstas, no que se refere às possibilidades de identificação civil – envolvendo as hipóteses de recolha de amostras biológicas em cadáver ou sua parte, em locais ou coisas ou pessoas – destinar-se-á a contribuir para o esclarecimento de situações de catástrofes em que seja necessário proceder à identificação de vítimas ou noutras situações, como casos de falta de documentação que comprove identidade ou relação familiar, e desaparecimento de pessoas.

Entre as finalidades de identificação *civil* encontram-se, p. ex., as que se acham previstas expressamente no art. 7.º da Lei n.º 5/2008, as que admitem a hipótese de recolha de amostras biológicas de estrangeiros, ao abrigo do disposto nos n.ºs 1 e 4 do art. 212.º da Lei n.º 23/2007, de 04-07 (Que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional¹¹⁰⁸) – a realizar pela autoridade competente e nos termos da legislação aplicável, no caso o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF)¹¹⁰⁹ –, bem como procedimentos tendentes à determinação da identidade civil de uma pessoa, levados a cabo por outros órgãos ou autoridades policiais ou de fiscalização. Ao prever-se a possibilidade de recurso a *peritagens* tendentes ao estabelecimento ou confirmação de cidadãos estrangeiros, ao SEF é permitido proceder à recolha de amostras biológicas para determinação de perfis de ADN, a fim de, essencialmente, estabelecer ligações de parentesco (entre diversas pessoas) ou de estabelecer com segurança a identidade de uma pessoa.

¹¹⁰⁷ Questionando-se sobre a necessidade e “perceptibilidade” para o público em geral, da criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil, cfr. RUI NUNES, *GeneÉtica*, cit., p. 110.

¹¹⁰⁸ Alterada pela Lei n.º 29/2012, de 09-08.

¹¹⁰⁹ É o seguinte o teor do art. 212.º, n.º 1 da Lei n.º 23/2007 «Com vista ao estabelecimento ou confirmação da identidade de cidadãos estrangeiros, o SEF pode recorrer aos meios de identificação civil previstos na lei e nos regulamentos comunitários aplicáveis à emissão de cartões de identificação e vistos, designadamente a obtenção de imagens faciais e impressões digitais, recorrendo, quando possível, à biometria, bem como a peritagens».

Por seu turno, relativamente cidadãos nacionais ou estrangeiros suspeitos é controversa a possibilidade de, numa norma como a do art. 250.º do CPP caber o procedimento de recolha de amostras para determinação de perfil de ADN. Cremos que, para além de tal norma ter implícitos os pressupostos de se tratar de pessoa sobre quem «recaiam fundadas suspeitas da prática de crimes, da pendência de processo de extradição ou de expulsão, de que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou de haver contra si mandado de detenção», não contempla, na sua literalidade, a hipótese da realização de perícia ou *peritagem* de ADN. Assim, não se tratando de arguido – requisito formal, exigido pelo art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 – parece-nos resultar controversa a possibilidade de se constituir formalmente o suspeito como o arguido, com o exclusivo propósito de o sujeitar a perícia para determinação do perfil de ADN¹¹¹⁰, sendo certo, por outro lado, não se verificar, em princípio, uma hipótese de comparação direta (por inexistência de amostra-problema a confrontar), em que seria de dispensar, segundo o nosso entendimento, a constituição de arguido.

Além de tais casos podem surgir situações em que a identificação civil surja como meio de responsabilização criminal de uma pessoa, *maxime* quando se determine a sua idade cronológica ou o seu grau de parentesco com outra e, dessa forma, possa ser associada à autoria ou participação num crime (imputação). Há, portanto, alguma margem de ambiguidade nos procedimentos de identificação forense para finalidades civis, pelo que a Lei n.º 5/2008 fixa alguns limites à utilização de perfis obtidos para uma ou outra das finalidades, embora seja admissível o cruzamento de perfis de «voluntários» e de outros perfis obtidos para finalidades de identificação civil com os perfis de amostras de arguido no quadro de uma investigação criminal (art. 20.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008).

A delimitação do âmbito da finalidade de determinação do perfil nem sempre é, pois, inequívoca e linear. Em tais situações de ambiguidade, deve haver o cuidado de se adotarem de imediato as exigências previstas para a admissibilidade de recolha de amostras biológicas para determinação de perfis de ADN de visado, que deve ser considerado como voluntário (caso haja consentimento nesse sentido) ou constituído formalmente como arguido (caso haja fundamento substancial).

Nesse sentido, numa aceção com significado de implicação corporal da pessoa resenhada, «o perfil criminal dos indivíduos torna-se “transparente” para o Estado, e os corpos que se constituem “potencialmente perigosos”, tornam-se «mais susceptíveis de

¹¹¹⁰ Expressamente no sentido da inaplicabilidade do art. 250.º, n.º 6 do CPP relativamente a métodos de identificação por perfil de ADN, cfr. INÉS TORRALBA M. PEDROSO DA SILVA, «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», loc. cit., p. 162 (nota 4).

controlo¹¹¹¹, criando-se uma ligação entre determinado corpo (único, identificado e individualizado) e um arquivo estatal. Trata-se de uma “ligação credível” tanto para cientistas, burocratas e actores judiciais como para o público em geral¹¹¹².

A propósito do conceito legal de *identificação genética*, cumpre ainda formular algumas observações críticas, essencialmente no tocante ao regime normativo vigente entre nós.

No art. 13.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 define-se substancialmente «identificação genética» como a coincidência entre o perfil obtido a partir de uma amostra sob investigação e outro ou outros perfis de ADN já inseridos no ficheiro. Pretende-se, assim, que a *perícia* (ou «exame pericial») de ADN configure uma perícia de identificação [genética], que há-de reportar-se a um perfil já constante de um dos ficheiros da base de dados.

Tentaremos fazer uma aproximação mais pormenorizada desse regime.

Antes de mais, importa relembrar a deficiente transposição para a lei nacional do elenco de marcadores [obrigatórios] do ESS constante da Resolução 2009/C 296/01 do Conselho, de 30-11-2009, o que pode implicar problemas de reconhecimento e compatibilização ou uniformização transfronteiriça.

Mas, além disso, a definição legal de *identificação genética* afigura-se-nos incompleta ou, até certo ponto, mistificadora.

Tentemos demonstrar porquê.

Em primeiro lugar, dificilmente se entende a alusão, no art. 13.º, n.º 1, ao plural de perfil: *perfis* já inscritos no ficheiro. Essa hipótese parece admitir-se em casos em que o mesmo perfil possa estar inscrito no ficheiro de voluntários e, simultaneamente no ficheiro de amostras-problema ou de amostras-referência obtidas nos termos do art. 7.º, n.º 1 (recolha em cadáver ou parte de cadáver com finalidades de identificação civil) ou no ficheiro de amostras-referência obtidas nos termos do art. 7.º, n.º 2 (de parentes de pessoas desaparecidas).

Se o conceito de identificação genética limita a mesma à coincidência entre o perfil obtido pela amostra sob investigação com os perfis inscritos no ficheiro, ou melhor, dos ficheiros da base de dados cujo cruzamento é autorizado, nos termos do art. 20.º da Lei n.º 5/2008, pode parecer que não seria admissível a identificação entre o perfil de uma amostra-

¹¹¹¹ Para uma visão centrada nas implicações do sistema da NDNAD (de Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte), em que a colheita de amostras e a inclusão de perfis de ADN é mais expansiva, contendo 5,88 milhões de perfis de indivíduos (correspondendo a cerca de 9,5% da população) – cuja conservação por tempo excessivo de perfis de pessoas não acusadas e absolvidas, determinou a prolação do ac do TEDH *S. e Marper c. Reino Unido*, em dezembro de 2008 – cfr. HELEN WALLACE, «Is Every Citizen a Suspect?», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 49-56.

Sir Alec Jeffreys, inventor das primeiras técnicas de identificação por ADN, declarou-se favorável a uma base de dados de perfis universal, o que nos colocaria a todos «in exactly the same boat», e mitigaria os perigos de discriminação («Privacy Fears over DNA Database», *BBC News* - september 12, 2002).

¹¹¹² HELENA MACHADO - ANTÓNIO AMORIM - SUSANA SILVA, «Políticas de Identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Vol. XLV, (196), 2010, pp. 537-553.

problema (eventualmente constante no ficheiro respetivo) e o de uma amostra-referência de arguido, obtida nos termos do art. 8.º, n.º 1. Sendo certo que o perfil de uma “amostra-referência” de arguido, obtido nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, é insuscetível de integrar, no nosso sistema – como se sabe – qualquer ficheiro¹¹¹³, a verdade é que o mesmo pode ser cruzado com os perfis dos ficheiros da base. De outro modo, não faria sentido a recolha de bioamostra em arguido para efeito de determinação do respetivo perfil.

O que pode ser controverso é, precisamente, a insuscetibilidade de os perfis de arguido poderem integrar qualquer ficheiro porquanto, como é prática noutros sistemas, e entre nós vem sendo assinalado por responsáveis de entidades de investigação criminal, seria conveniente que tais perfis – de arguido – pudessem integrar um ficheiro pelo menos durante um certo período, numa “janela temporal” que permitisse maximizar os resultados de certas investigações desenvolvidas num período mais ou menos concentrado, de condutas cujo *modus operandi* fosse essencialmente idêntico. Esta seria, porventura, uma hipótese a ponderar oportunamente num processo de revisão da Lei n.º 5/2008.

7.2.2. A classificação jurídica do procedimento investigatório: análise, exame, exame-pericial ou perícia?

A prática processual científico-pericial de extração da amostra biológica e subsequente determinação analítico-laboratorial do perfil de ADN do indivíduo, o seu registo e gestão dessa informação – que integram a categoria de “dados pessoais pessoalíssimos” –, combinam a individualização com outros elementos de classificação e categorização da pessoa, fornecendo, como se disse, um modelo de “identidade genético-criminal”. Um tal modelo de identificação da pessoa humana é distinto de outros (como o modelo de identificação civil, clínico-sanitário, social, biográfico, administrativo, policial) ficando, dessa forma, na disponibilidade dos interesses do Estado e que pode, no limite, prestar-se à sua [auto-]incriminação, ainda que no contexto de um processo jurídico, que abstratamente assegura os direitos de defesa.

No procedimento investigatório para determinação de perfis de ADN, é comum recolherem-se vestígios de material biológico¹¹¹⁴, normalmente deixados no local de um crime

¹¹¹³ Até 18 de março de 2013 (data da cessação de funções, por termo de mandato dos membros do Conselho de Fiscalização da Base de dados de ADN), existiam, segundo informação do Vice-Presidente do INMLCF, I.P., inseridos nos ficheiros, um total de 1.607 perfis de ADN, sendo 1.100 relativos a condenados; em 6 de dezembro de 2013, já existiam 1.400 perfis de condenados. Em 21 de abril de 2014, existiam 4.143 perfis, sendo 1775 de condenados; em 30 de junho de 2016 havia 7.381 perfis, sendo 5.195 de condenados (fonte: <http://www.cfbdadosadn.pt/pt/bdpadn/sobreabd/Paginas/ConteudoFicheiros.aspx>).

¹¹¹⁴ Não é procedimento *canónico*, em termos investigatórios, proceder à recolha de amostras em suspeitos (ou arguidos) sem que haja um vestígio passível de comparação através de perfis genéticos, podendo até dizer-se que seria procedimento destituído de razoabilidade e sentido.

e que são associáveis ao mesmo, como manchas de sangue, diversas secreções e excreções corporais, restos epidérmicos, cabelos ou pêlos¹¹¹⁵. Recensearemos, em seguida, alguns dos produtos corporais que contêm, ou podem conter, células humanas (de tecidos, secreções ou fluidos), e que são normalmente, utilizados nas análises para determinação de perfis de ADN, após recolha no local do crime ou nas pessoas sobre quem recaia uma suspeita da prática de crime, da sua vítima, ou de terceiros.

Os pêlos e cabelos podem ter muito interesse investigatório, por conterem material genético válido para identificação, contendo ADNmt no caso de não terem raiz, cuja capacidade de resistência é elevada.

Ossos e dentes podem ser encontrados em locais de crimes especialmente violentos contra as pessoas ou associados a ocultação de cadáveres, embora não sejam muito frequentes. Podem conter, no caso de serem recentes, ADN nuclear e, no caso de serem mais antigos, permitem obter normalmente ADNmt.

A saliva é um fluido orgânico que, em si mesmo, não contém ADN, mas transporta células das mucosas da boca e epitelial, contendo ADN, pelo que, pela sua presença frequente em objetos no local do crime – pontas de cigarros, copos, talheres, gargalos de garrafas, envelopes, locais de mordeduras e beijos, pastilhas elásticas, etc – se revela de grande importância para a identificação.

O sangue (vestígios hemáticos) é um dos vestígios biológicos mais frequentes em cenas de crimes violentos e de acidentes, possuindo um elevado valor identificativo através da análise de ADN nuclear (com exceção das células dos glóbulos vermelhos, que perderam o núcleo). De assinalar o cuidado em averiguar, aquando da recolha de amostras biológicas de referência (i.e., em pessoas identificadas), a eventualidade da ocorrência de transfusão de sangue ou de transplante de órgãos no dador, até cerca de três meses antes, circunstâncias que podem desvirtuar uma identificação através de perfil de ADN, resultando numa alteração do número de *loci* (passando a ser três em vez de dois) das sequências cujos marcadores são utilizados na análise.

O sémen e as secreções vaginais são vestígios comuns em cenas de crimes de natureza sexual, constituindo uma boa fonte de ADN, permitindo a sua análise determinar a identificação dos dadores.

¹¹¹⁵ Para uma abordagem circunstanciada de praticamente todas as metodologias de recolha, conservação e análise de vestígios de material biológico humano em locais de crimes, cfr., com muito interesse, FERNANDO VIEGAS, «Pesquisa, Identificação, Recolha e Gestão de Amostras Biológicas no Local do Crime», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 212 a 233.

Os tecidos orgânicos, associados a crimes violentos com utilização de armas de fogo ou cortantes – como fragmentos de pele, de gordura subcutânea, de tecidos moles, de músculos, de massa encefálica, pedaços de órgãos –, são, igualmente, uma boa fonte de ADN para análise.

As unhas possibilitam também a identificação humana através da análise de ADN, e o raspado subungueal pode conter células com poder identificador, apesar de poder estar associado a outros vestígios, como pele de outra pessoa (no caso de luta corporal), estupefacientes, fibras, vernizes ou tintas de unhas e outras substâncias.

A urina é um fluido orgânico que não contém ADN, mas transporta células da uretra e bexiga, pelo que pode revelar-se um vestígio identificador, apesar de a quantidade de células ser diminuta, pelo que a sua recolha deve ter a maior extensão possível.

As fezes, não sendo um vestígio comum no local do crime, possibilitam a análise de ADNmt e, quando contenham sangue, pode detetar-se a presença de ADN nuclear.

O vómito, sendo um vestígio pouco frequente em cenas de crimes, possibilita a pesquisa de ADN nuclear.

O suor é um fluido biológico que não contém ADN, mas pode conter células epiteliais de escamação por fricção ou contacto de pele, impondo tais possíveis misturas de vestígios de mais de uma pessoa, adotar as cautelas adequadas à determinação do suspeito.

Também a caspa, que pode ser encontrada em chapéus, bonés e gorros, não é muito habitual em locais ou objetos em cenas de crimes, mas, desde que recolhida em quantidade aceitável, pode ser idónea a obter-se um perfil de ADN.

Por fim, as secreções nasais, embora não representem um vestígio comum, pode ser uma boa fonte de ADN, por conter células das mucosas nasais.

No tocante ao procedimento analítico da determinação do perfil de ADN propriamente dito, o mesmo desdobra-se em duas fases: a recolha do vestígio biológico (ou amostra de material biológico) e a análise e determinação do perfil, propriamente dito, com vista à identificação através de comparação com outros perfis – pelo que alguns autores preferem classificar a recolha como um ato preliminar ou preparatório da perícia – após o que se segue a valoração e interpretação da probabilidade de coincidência com vista a uma conclusão sobre a identificação, com base em cálculos bioestatísticos, reportados a um segmento da população¹¹¹⁶. Esta, aliás, pode ser considerada como uma terceira fase do procedimento de identificação através de perfis de ADN.

¹¹¹⁶ Assim, PATRÍCIA NARÉ AGOSTINHO, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, cit., p. 149.

Por outro lado, são as seguintes as fases que integram, ou devem integrar, o procedimento da análise de vestígios biológicos, com vista à determinação do perfil genético e à identificação genético-criminal de um suspeito:

- procedimento de recolha de uma amostra de material biológico, no local do crime, na vítima, em objetos relacionados, e determinação do respetivo perfil de identidade desconhecida: “amostra-problema”;
- procedimento de recolha de uma amostra de material biológico de um dador identificado, suspeito ou não, e determinação do respetivo perfil: “amostra-referência”¹¹¹⁷;
- comparação entre o(s) perfil(is) da(s) “amostra(s)-problema” e o(s) perfil(is) de “amostra(s)-referência”, com vista à sua identificação;
- cálculo de probabilidade bioestatística, face a uma coincidência na comparação dos perfis, por referência aos polimorfismos genéticos comumente encontrados num determinado segmento da população em que se integra o dador¹¹¹⁸.

Importa tomar posição sobre a sua classificação – *exame, análise, exame-pericial* ou *perícia* –, uma vez que tal opção pode assumir não despididas repercussões em sede de definição dos termos da admissibilidade do meio probatório concretamente convocado¹¹¹⁹ bem como da consideração do valor probatório dos resultados da mesma.

Em Espanha, a doutrina tem maioritariamente expandido o entendimento de se estar perante *perícias*. Defendem-no Autores como Emilio Fernández García¹¹²⁰, J. L. Barja de

¹¹¹⁷ Os métodos de determinação do perfil integram essencialmente, quatro fases procedimentais: a *extração* (orgânica ou por Chelex® 100 ou outros métodos) e *purificação* do ADN, a *replicação* do ADN por métodos diferenciados (PCR e RFLP), a *eletroforese* e *sequenciação*, com separação das sequências de VNTR), em que pode observar-se a eventualidade de misturas, a que se segue a *interpretação* dos resultados e elaboração do relatório.

¹¹¹⁸ Esta fase consiste em valorizar bioestatisticamente os resultados de uma comparação positiva ou de concordância de perfis genéticos, recorrendo-se ao teorema de BAYES, que permite determinar as probabilidades *a posteriori* de um acontecimento a partir de probabilidades *a priori*. Imagine-se que ocorre uma comparação entre perfis de uma amostra-problema e de uma amostra-referência, com resultado coincidente (match). Quando o valor da probabilidade *a priori* não é fornecido (ou seja, a autoridade processual ainda não dispõe de conhecimentos que lhe permitam valorizar outros elementos do processo que ocasionou a comparação), atribui-se o valor de 0,5, considerando-se idêntica a probabilidade de a amostra-problema provir de um indivíduo (normalmente suspeito do crime) ou de outro indivíduo ao acaso no segmento populacional em causa. Assim, seriam mutuamente excludentes as hipóteses da possibilidade de a amostra biológica provir do indivíduo com cuja amostra foi comparada (suspeito) face ao resultado observado nas análises genéticas (H1) e de a amostra provir de outro indivíduo distinto (H2). A relação entre estas duas hipóteses, ou razão bayesiana de probabilidades, designada por *likelihood ratio* (LR), utiliza a seguinte fórmula:

$$LR = \frac{\text{probabilidade dos resultados genéticos se H1 é verdadeiro}}{\text{probabilidade dos resultados genéticos se H2 é verdadeiro}}$$

O valor de LR encontrado (x) é que indica a que será n vezes mais provável que sejam observados os resultados genéticos assumindo que a amostra pertence ao indivíduo em questão, comparada com a possibilidade contrária.

¹¹¹⁹ BENJAMIM S. RODRIGUES refere-se, a este propósito, a «paradigma autorizativo», *Da Prova Penal T. I...*, cit., p. 109.

¹¹²⁰ «La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delinquentes: aspectos procesales», in *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad* (C. M. ROMEO CASABONA, ed.), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, p. 136.

Quiroga¹¹²¹ e Miguel Ángel Gallardo Ortiz¹¹²², entre outros, concordando que as provas de genética forense foram admitidas no processo penal através da *prova pericial*. Assim, entendia-se que «(...) a análise do ADN é uma prova, uma prova pericial que, em certos casos, requer uma intervenção corporal, pelo que o jurista há-de concentrar-se nas questões relativas à intervenção corporal e nos problemas que coloca a valoração da indicada prova pericial»¹¹²³.

A discussão das questões atinentes ao recurso no processo penal às técnicas de identificação por perfis de ADN no País vizinho acompanhou sensivelmente o estado da discussão no nosso ordenamento, sobretudo numa fase em que o panorama do ordenamento positivo espanhol – antes da Ley Orgánica n.º 15/2003, de 25-11, que alterou os artigos 363.º e 363.º da LECrim e da Ley Orgánica n.º 10/2007 (que regulamentou a base de dados policiais sobre identificações a partir de ADN) –, o qual era omissivo quanto à previsão da possibilidade de coerção jurisdicionalmente ponderada, na extração e recolha de amostras biológicas com vista à determinação do perfil de ADN, sua análise e posterior comparação¹¹²⁴, o que motivava uma jurisprudência constitucional de quase constante relutância pela admissibilidade da produção [e valoração] de provas obtidas através de amostras pela via coerciva, sendo certo que as admitia, mediante o consentimento do imputado¹¹²⁵, posição que não colhia unanimidade na jurisprudência e na doutrina.

¹¹²¹ «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética e Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, VI, CJPJ – Escuela Judicial, Madrid, p. 209-237.

¹¹²² «Una aproximación a la genética forense y criminológica», *Revista Española de Psiquiatría Forense, Psicología Forense y Criminológica*, N.º 2, Ed. Diaz dos Santos, Mayo 1997, pp. 57-63.

¹¹²³ BARJA DE QUIROGA, *loc. cit.*, p. 212.

¹¹²⁴ Assim, FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR, «Intervenciones corporales: jurisprudencia constitucional», *Estudios Jurídicos* - Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 1890-1918.

¹¹²⁵ Cfr. STC 207/1996, importante por ter densificado a doutrina geral quanto a intervenções corporais, carentes de disciplina positiva, aresto que fixou entendimento segundo o qual «A medida limitativa de direitos fundamentais esteja prevista pela Lei, seja aplicada mediante decisão judicial especialmente motivada, e que seja idónea, necessária e proporcionada em relação a um fim constitucionalmente legítimo. A todos eles há a adicionar outras implicações da integridade física, como são a necessidade de a intervenção ser efetuada por pessoal médico ou sanitário, a exigência de que não suponha nenhum risco para a saúde e que, através dela não resulte nenhum tratamento desumano ou degradante» (trad. livre do autor). Foi a partir deste aresto que a jurisprudência constitucional encetou uma divisão do conceito genérico de intervenções corporais, passando a entender dever considerar-se uma primeira categoria de intervenções – denominadas inspecciones e registros corporales – que não violariam, *lato sensu*, a integridade física ou corporal, podendo, no entanto sair vulnerada a intimidade corporal, como no caso de exames ginecológicos (art. 18.º, n.º da CEsp). Dentro desta categoria cabem as medidas probatórias que consistem em qualquer tipo de reconhecimento do corpo humano, seja para a identificação do imputado (reconhecimento pessoal, exames dactiloscópicos ou antropomórficos, etc), para a descoberta do objeto do delito (inspeções/exames anais, vaginais, bucais) ou de circunstâncias relativas à prática do facto punível (eletrocardiogramas, exames corporais, ginecológicos, etc); na segunda categoria – intervenções corporais propriamente ditas – seriam as que consistem na extração e recolha do corpo de determinados elementos internos ou externos para submissão a análise pericial (sangue, urina, esperma, pelos, unhas, biopsias, etc) ou na sua exposição a radiações ou ondas (RX, TAC, ressonâncias magnéticas, etc), com vista a apurar circunstâncias relativas à prática do facto típico ilícito ou a participação do imputado nele, as quais implicam já, como regra, algum grau de violação do direito à integridade física (art. 15.º da CEsp), apesar de poder não ser externamente visível. De acordo com o grau de sacrifício que possam implicar, subdividem-se em leves e graves: leves, quando objetivamente e em face de todos os dados, não sejam aptas a colocar em perigo o direito à saúde nem de ocasionar sofrimento da pessoa afetada, como nos casos de extração de elementos corporais externos (v.g. cabelos ou unhas) ou inclusive, internos (v.g. sangue); as graves seriam as que ocasionam consequências contrárias (v.g. punção lombar, extração de líquido cefalorraquídeo, intervenções cirúrgica, etc).

Esta jurisprudência vem colhendo o apoio da maioria da doutrina espanhola. FRANCISCO ETXEBERRÍA, todavia, sustenta que os dois tipos de medidas probatórias delineados pelo TC de Espanha devem incluir-se no conceito de

Entre nós, Paulo Pinto de Albuquerque já se pronunciou no sentido de se estar perante um *exame*¹¹²⁶.

Após a recolha da amostra biológica – para o que se requerem especiais apetrechamentos de assepsia para evitar contaminações do local e garantir a cadeia de custódia –, sucede-lhe uma fase automatizada (e certificada) tendente a obter-se o perfil, apesar de a mesma ser monitorizada, avaliada e certificada por um ou mais peritos. Pressupõe-se, naturalmente, que o perfil porventura existente numa base de dados – com o qual se efetua o cruzamento do perfil determinado relativamente à amostra recolhida – foi sujeito aos mesmos procedimentos. Esta circunstância faz, quanto a nós, matizar a qualificação da perícia em causa.

Inês Torgal M. P. Silva parece aderir a uma classificação bipartida de *exame* (momento da colheita de ADN) seguido de *perícia* (“posterior análise”), com base no regime normativo de ambos os institutos processuais de produção de prova, feito pela remissão feita pelo art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008; contudo, sustenta a classificação da análise de ADN como *perícia*, aderindo à tese da admissibilidade da coerção para a recolha de amostra biológica¹¹²⁷.

Por seu turno, Benjamim S. Rodrigues manifesta-se no sentido de, no caso dos denominados exames de ADN, estarmos perante perícias¹¹²⁸.

Helena Moniz parece inclinar-se para acolher uma classificação compósita do procedimento de determinação de perfil genético para investigação criminal, decompondo-o em *colheita de amostra* (exame) e *obtenção do perfil* (perícia)^{1129 1130}.

Cruz Bucho entende, por seu turno, que «(t)ambém os exames para determinação do perfil genético pressupõem a prévia recolha de material biológico (recolha de sangue, saliva, sémen, etc)», acrescentando que «(c)ontrariamente ao que fora sustentado por um sector da doutrina que, antes da publicação daquela Lei n.º 5/2008, negou a possibilidade de autonomização entre a recolha do material biológico (exame) e a posterior análise (perícia), é o

intervenção corporais, dada a ingerência que todas elas implicam nos direitos fundamentais dos visados, devendo submeter-se aos mesmos princípios e regras processuais.

¹¹²⁶ *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed. atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 464.

¹¹²⁷ «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *loc. cit.*, pp. 165-166 e 176.

¹¹²⁸ *Da Prova Penal T. I ...*, cit., 2010, pp. 99-100.

¹¹²⁹ Cujas competências refere ser de atribuir ao juiz, precisamente por remeter para o regime consignado no art. 154.º, n.º 2 (ou n.º 3, na versão conferida ao preceito pelo art. 2.º da Lei n.º 20/2013), dado considerar tratar-se de «perícia sobre características físicas» («Condições e Limites da Utilização da Prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, p. 84.

¹¹³⁰ «Quanto à colheita da amostra, deve ser realizada de acordo com as regras processuais, não havendo, portanto, e de acordo com o que está estabelecido na lei, diferenças assinaláveis. (...) Há assim uma tentativa de distinção clara entre as duas questões, para mim completamente diferentes: uma a recolha da amostra, que deve seguir as regras dos exames médico-legais; outra, a obtenção do perfil, que exige uma análise científica, tratando-se nitidamente de uma perícia. Nestas duas partes, regemo-nos pelas regras do CPP» (*Idem, loc. cit.*, p. 84).

próprio legislador (citado artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008) quem efectua essa autonomização sujeitando a recolha de amostras ao regime dos exames (“ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal”)¹¹³¹. Esta posição parece-nos demasiado formalista e literal, pois que, na verdade, a remissão feita na lei para o regime dos exames – do art. 172.º do CPP –, enquanto medida probatória no quadro da investigação criminal, não significa que o procedimento de determinação de perfil se esgote na colheita e, conseqüentemente, no seu respetivo regime, dado ser o próprio artigo 172.º, n.º 2 que remete para a correspondente aplicação do regime das perícias. De qualquer modo, não é exclusivamente o momento da colheita de material biológico que determinaria a natureza da medida probatória, uma vez nos parece prevalecerem os contornos dos outros momentos do procedimento da análise do perfil genético.

Sónia Fidalgo abordou já – de forma que concita amplamente a nossa adesão – o problema da (im)possibilidade de se proceder a uma cisão entre a recolha do material biológico, que constituiria um exame, e a posterior análise, que integraria uma perícia. Exatamente por considerar que a própria recolha, nestes casos, exige já «especiais conhecimentos técnicos (ou mesmo científicos) que fazem com que não se possa falar de um mero exame», pensamos ser de rejeitar a classificação deste método como um meio de prova composto ou misto, sendo de acolher a sua classificação como *perícia*¹¹³².

Sem ignorarmos que, por vezes, a própria lei considera alguns métodos probatórios indistintamente como *perícias* ou como *exames periciais* (v.g. artigos 3.º, 5.º, n.º 6 e 25.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004) – dada a combinação de um momento procedimental de [mero] exame com outro que é próprio de verdadeira perícia –, parece-nos correto definir-se o meio probatório de identificação genético-criminal como *perícia*.

De forma algo contraditória, o art. 23.º da Lei n.º 45/2004, com a epígrafe «Realização das perícias» [no âmbito da genética, biologia e toxicologia forenses] apenas se refere a «Exames». Nos n.ºs 2 e 3 desse preceito, expressamente se refere que os «exames de genética no âmbito da criminalística biológica» podem também ser solicitados ao LPC da PJ, além da delegação territorialmente competente do INMLCF – I.P. na área do tribunal solicitante, ou de entidades terceiras referidas no n.º 5 do art. 2.º.

Por seu turno, a própria Lei n.º 5/2008, nos seus artigos 5.º (entidades competentes para a análise laboratorial) 12.º (âmbito da análise) e 14.º, refere-se à «análise» da amostra, o que, sendo correto do ponto de vista técnico-científico – remetendo para um significado de

¹¹³¹ «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)», acessível em: http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf, pp. 14 e 15.

¹¹³² «Determinação do Perfil Genético como Meio de prova em Processo Penal», *loc. cit.*, pp. 138-139.

tratamento e manipulação no âmbito analítico-laboratorial –, carece de correspondência normativa¹¹³³.

A mesma lei, noutro lugar, classifica como *perícias* a obtenção de perfis de ADN e do resultado da sua comparação, a propósito do âmbito territorial da sua validade - art. 13.º, n.º 4.

A aparente facilidade de uma delimitação entre *perícia* – meio de prova que tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigem específicos e qualificados conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos (art. 151.º do CPP) – e *exame* – meio de obtenção da prova através do qual a autoridade judiciária, o órgão de polícia criminal ou o perito observam e percecionam diretamente os elementos úteis para a reconstituição dos factos e descoberta da verdade (art. 171.º do CPP) – é desmentida pela recorrente pronúncia e tomada de posição de alguma doutrina estrangeira e nacional¹¹³⁴ sobre tal tema.

Na verdade, há autores que defendem que uma *perícia qua tale*, não pode deixar de pressupor uma prévia fase de exame¹¹³⁵.

É de notar que nos trabalhos preparatórios da revisão do Código de Processo Penal se exarou o entendimento de que a noção de exame prevista na lei não se confunde com a etimologia da palavra ou com o seu sentido corrente, assumindo um significado normativo¹¹³⁶.

¹¹³³ Cfr., ainda, o disposto nos artigos 7.º a 13.º do Capítulo III (Realização de análises) da Deliberação n.º 3191/2008, de 15-07-2008 (DR II.ª Série, N.º 234, de 03-12-2008) do INML(CF), I.P.

¹¹³⁴ Cfr., entre os mencionados no texto, MARQUES FERREIRA, «Meios de Prova», in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 253 e ss e 263; RUI DO CARMO, «A Prova Pericial: Enquadramento Legal», in *Psicologia Forense* (Rui Abrunhosa Gonçalves e Carla Machado, coord.), Quarteto, Coimbra, 2005, pp. 37-38; CARLOS PINTO DE ABREU, «Prova e meios de obtenção de prova: breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal» (conforme intervenção elaborada para o I Congresso de Direito Penal) disponível em <http://carlospintodeabreu.com/> (acedido em 13-01-2013); FRANCISCO MARCOLINO, *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 142; no entender de GERMANO MARQUES DA SILVA, «Parece que a distinção assenta essencialmente em que a perícia é uma interpretação dos factos feita por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos; os peritos tiram dos vestígios as ilações que eles consentem e são estas ilações, as conclusões periciais, que são submetidas às autoridades para a sua apreciação; as conclusões periciais são os meios de prova. Nos exames, ou a autoridade judiciária se apercebe directamente dos elementos de prova, buscando directamente os vestígios e indícios, pela inspecção do local, das pessoas ou das coisas, e o exame é um meio de obtenção dos vestígios que são meios de prova ou indirectamente, através do auto elaborado por autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal em que se descrevem os vestígios que o crime deixou e os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado» (*Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.ª ed., Verbo, Lisboa, 2011, pp. 282-283).

Também o CC PGR teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão, no seu Parecer n.º 64/2006 (DR, II.ª Série, N.º 242, de 19-12-2006, pp. 29427 e ss), aí se exarando o entendimento que «Apesar da separação dos enquadramentos processuais, a perícia e os exames encontram-se intimamente ligados, criando a solução adoptada algumas dificuldades práticas a que a lei tem vindo progressivamente a dar resposta» (p. 29428).

Cfr. na jurisprudência, o Ac. TG de 10-10-2005, proc. n.º 1717/06-1 (rel. Des. Miguez Garcia).

¹¹³⁵ Assim, JOSÉ M. CRUZ BUCHO, «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)», cit., p. 14. De acordo com o Autor, a propósito da recolha de autógrafos, «na base de uma perícia está sempre um exame». Cfr., ainda, o Ac RG de 15-10-2012, (rel. Des. Cruz Bucho), numa situação de sujeição a exame de radiologia para deteção, apreensão e subsequente perícia dos produtos estupefacientes transportados no corpo do arguido (art. 53.º do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22-01) que «uma coisa é tirar uma radiografia, isto é sujeitar alguém a Raios X, a radiações electromagnéticas penetrantes, de comprimento de onda muito mais curto do que o da luz visível que vão impressionar as chapas fotográficas (cfr. v.g. L. Manuila, A. Manuila, P. Lewalle e M. Nicoulin, *Dicionário Médico*, vol. II, Lisboa 2000, pág. 513)», operação essa qualificada de exame, «outra coisa é ler a radiografia, interpretá-la, valorar o resultado assim obtido», o que se assume como elaboração da perícia (sumariado na *CJ*, Ano XXXVII, t. IV, pp. 279-280 (texto integral disponível em: www.colectaneadejurisprudencia.com)).

¹¹³⁶ Cfr. Acta n.º 21 da Comissão Revisora da primitiva versão do CPP, de 16-3-1992, *apud* SIMAS SANTOS - LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, Rei dos Livros, Lisboa, vol. I, 3.ª ed., p. 1115. «Tomando como

Creemos que o meio probatório de determinação de perfis de ADN é uma perícia, de acordo com o estatuído nos artigos 151.º e seguintes do CPP e com o regime normativo aplicável às perícias médico-legais e forenses, uma vez que não poderiam, por um lado, ser conduzidas, supervisionadas e executadas por qualquer pessoa que não possua qualificações académicas e formação muitíssimo específica no âmbito da Genética Forense, desde os procedimentos de prévia recolha das amostras biológicas, à manipulação das mesmas e tratamento laboratorial dos perfis, até à interpretação e valoração bioestatística do resultado das comparações a que houver lugar; por outro lado, só relativamente poucos estabelecimentos laboratoriais reúnem as condições parametrizadas certificadas para realizar as tarefas adequadas e idóneas a obter os resultados pretendidos: a determinação da identificação genética de uma pessoa (*match*), que pode, ou não, ser o agente de um facto típico ilícito.

Quanto a nós, o conjunto de procedimentos de determinação e comparação de perfis de ADN tratar-se-á de *perícia tecnológica*, dado o inerente conteúdo de processamento padronizado e pré-condicionado (por *kits* de marcadores disponibilizados e credenciados) considerando a significativa especificidade de conhecimentos técnico-científicos exigidos para a sua realização, desde a própria recolha ou obtenção da amostra de material biológico até às tarefas mais a jusante, como o processamento computadorizado de determinação do perfil e de valoração e interpretação estatística da probabilidade de coincidência ou identificação.

A indispensabilidade do recurso a métodos automatizados (informatizados e certificados) necessariamente utilizados no procedimento integral da determinação do perfil de ADN e no processo de identificação, implicam que tais tarefas não possam levar-se a cabo em quaisquer equipamentos, de resto escassos, e devam ser certificados (periodicamente fiscalizados) e acreditados os laboratórios habilitados a proceder aos mesmos, procedendo-se às análises dos perfis de acordo com normas internacionalmente aprovadas.

Em síntese, ao propormos que se classifique a perícia de determinação de perfil genético genética como perícia *tecnológica* de genética criminalístico-forense, deverá observar-se o inerente regime das perícias – o qual, no entanto, não nos parece achar-se atualmente recortado da forma mais adaptada à tramitação procedimental – e se lhe reconheça o especial valor probatório que adquire por força da regra do art. 163.º, n.º 1 do CPP.

exemplo um crime de lesão corporal, exame será a descrição dos vestígios do crime materializada no correspondente auto, e perícia o acto que analisa as características do ferimento» (CUNHA RODRIGUES na dita Acta). Também o exame (pericial) hematológico pressupõe a prévia recolha de uma amostra de sangue, de acordo com aqueles Autores, a Comissão Revisora da primitiva versão do CPP entendeu «que a recolha de sangue seria um exame, sendo a correspondente análise, uma perícia, esta sim um juízo com elaboração mental» (loc. cit.).

7.3. A relevância processual da perícia de determinação do perfil de ADN: competência, admissibilidade, pressupostos e finalidades

7.3.1. Competência para a determinação e para a realização da perícia

Constituem tópicos relevantes as questões relativas (1) à competência para a *determinação* da perícia de identificação por perfis de ADN e (2) à competência para a *realização* de tal perícia.

Conforme já se deixou referido no que concerne à determinação da autoridade (judiciária) competente para ordenar ou autorizar a realização de medidas probatórias com ingerência corporal, pode haver subversão do critério-regra de repartição de competência das autoridades que, segundo o Código de Processo Penal, superintendem as diversas fases do processo (inquérito – MP; instrução – JI, enquanto juiz das liberdades; julgamento – juiz criminal competente).

Nalguns casos – designadamente naqueles em que devam praticar-se, ordenar-se ou autorizar-se certos atos processuais singulares que na sua pura objetividade externa, atentam contra direitos, liberdades e garantias das pessoas constitucionalmente protegidos – exige-se, como é sabido, a intervenção do JI no inquérito, enquanto entidade exclusivamente competente para tais determinações, a isso correspondendo a reserva de juiz no âmbito desta fase processual, o que corresponde essencialmente à previsão do art. 269.º do CPP¹¹³⁷.

Duas exceções podem apontar-se a esta regra: quando haja consentimento do visado ou perigo na demora, não se tratando de situações que configurem métodos proibidos de prova.

Do complexo normativo da Lei n.º 5/2008 (que disciplina a perícia de identificação genético-forense por recurso a perfis da base de dados) não parece resultar a competência do MP para ordenar a recolha de amostras biológicas ou determinar a realização de qualquer ingerência corporal, ainda que em caso de urgência ou perigo na demora. Mesmo intercedendo consentimento do arguido, parece que o MP não pode, naquele âmbito, ordenar a recolha de amostras biológicas. A justificação de tal opção residirá, considerando a cisão entre os momentos da recolha da amostra e o posterior tratamento que dela se faça, na circunstância de poderem estar «a ser lesados distintos direitos fundamentais, [pelo que] o legislador quis

¹¹³⁷ Todavia, apesar da potencial colisão entre direitos fundamentais, nos casos de ingerências corporais realizadas ao abrigo do disposto nos artigos 52.º e 53.º do DL n.º 15/93, mantém-se a regra geral de que a competência é da autoridade judiciária que dirige a fase respetiva, não se prevendo a intervenção do JI, nessa matéria para autorizar a sua execução, mesmo perante oposição do visado.

demonstrar que em ambos os casos é necessário uma autorização de um magistrado judicial»¹¹³⁸.

A verdade é que pensamos que esta posição só se justificaria para os casos de falta de consentimento para a recolha da bioamostra – assim se harmonizando com o regime do art. 172.º, n.ºs 1 e 2 do CPP, aliás face à expressa remissão do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 –, dada a subsistência da ilicitude da recolha, e quando, independentemente do consentimento do visado, esteja em causa a inserção na base de dados do perfil genético assim obtido¹¹³⁹.

Com efeito, no âmbito das possibilidades de comparação direta de perfis genéticos (sem necessidade de recurso à base de dados, e, como tal, ao regime da Lei n.º 5/2008), a regra geral que evolua das normas dos artigos 154.º, n.ºs 1 e 3 e 172.º, n.ºs 1 e 2 do CPP, é a de que a intervenção do JI é apenas exigível quando o visado (arguido ou não) não pretenda consentir ou pretenda eximir-se a exame ou perícia, sendo o MP competente nos restantes casos, em fase de inquérito.

Julga-se, neste *conspectu*, conveniente a uniformização de previsões e de procedimentos em homenagem a uma ideia de coerência sistémica.

No que respeita à segunda questão, ou seja, ao problema da competência para a realização de tal perícia, a mesma depende em larga medida, da sua especial metodologia, não podendo a sua realização ser atribuída a qualquer unidade laboratorial que não forneça um conjunto de garantias no que concerne à qualidade do tratamento da amostra e respetiva cadeia de custódia, bem como da análise laboratorial propriamente dita. As transcendentais questões que podem colocar-se relativamente à certificação de tais unidades decorrem, desde logo, da necessidade de uniformizar e garantir o reconhecimento, em termos nacionais e internacionalmente, dos procedimentos, metodologias e produção de resultados – o que, de certo modo, não se mostra integralmente acautelado como atrás deixámos dito – das perícias. Impõe-se, pois, uma criteriosa definição de pressupostos técnico-instrumentais de metodologias tendentes a assegurar a exigida qualidade dos resultados da perícia de identificação genético-forense.

Essas garantias estão consignadas no disposto no art. 5.º da Lei n.º 5/2008, que prevê como «Entidades competentes para a análise laboratorial» o Laboratório de Polícia Científica da PJ, o INMLCF, I.P. (n.º 1) e «outros laboratórios, mediante autorização do Ministério da Justiça e do ministério que exerça tutela sobre eles» (n.º 2 do art. 5.º da Lei n.º 5/2008, na redação do art. 28.º da Lei n.º 40/2013, de 25-06).

¹¹³⁸ HELENA MONIZ, «A Base de Dados de Perfis de ADN para Fins de Identificação Civil e Criminal», *loc. cit.*, p. 149 (nota 9).

¹¹³⁹ ASSIM, PATRÍCIA NARÉ AGOSTINHO, *Intrusões Corporais ...*, cit., p. 30.

Parece-nos fora de questão que só o resultado de perícias genéticas solicitadas a entidades laboratoriais acreditadas poderá reunir os pressupostos que lhe confirmam reconhecimento e validade processuais plenas.

7.3.2. Pressupostos de admissibilidade da perícia de identificação genética

Poderia inadvertidamente pensar-se que, apesar da outrora inexistente ou escassa regulamentação normativa, a perícia de identificação através de perfis de ADN seria permitida a coberto de uma norma como a do art. 125.º do CPP, que consagra a regra da legalidade da prova – admitindo-se, assim, não só os meios de prova tipificados, mas mesmo os atípicos¹¹⁴⁰ – ou de normas como as dos artigos 61.º, n.º 3, al. d)¹¹⁴¹, 172.º, n.º 1¹¹⁴² do CPP ou 6.º da Lei n.º 45/2004¹¹⁴³.

Mas, o que numa primeira e imediata impressão poderia consistir numa conclusão lógica e natural – por se entender que haveria aí apenas o recurso a uma nova tecnologia de identificação auxiliar do sistema de investigação criminal disponibilizada pelos avanços científicos e tecnológicos em matéria de genética forense –, tal inferência encontra, apesar disso, obstáculos de vulto, de um ponto de vista jurídico-material.

Sucede que a perícia de identificação por perfis de ADN é uma perícia complexa, que consiste na comparação entre o perfil da amostra deixada no local do crime, no corpo ou na roupa da vítima, ou noutra local – também designada por indício biológico criminal ou *amostra-problema* – e o perfil do suspeito/imputado (ou *amostra-referência*) mediante recolha *ad hoc* em dador identificado ou através do recurso a uma base de dados.

Os problemas jurídicos – essencialmente concernentes às questões da idoneidade, necessidade e proporcionalidade do recurso à perícia de ADN, que se traduzem no juízo de ponderação autorizante e de compatibilização de direitos fundamentais, *maxime* o direito à integridade pessoal, o direito ao silêncio [corporal], à autodeterminação informacional, à presunção de inocência, e o princípio *nemo tenetur* – que se podem colocar, respeitam não

¹¹⁴⁰ Era o entendimento resultante da norma do art. 173.º do CPP1929 (cfr., nesse sentido, SILVA ARAÚJO, *Código de Processo Penal anotado e actualizado*, Coimbra Ed., Coimbra, 1960, p. 232).

¹¹⁴¹ É o seguinte o teor relevante da norma: «3 - Reaem em especial sobre o arguido os deveres de: (...) d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e efectuadas por entidade competente.»

¹¹⁴² É o seguinte o teor relevante da norma em causa: «Artigo 172.º (Sujeição a exames) 1 - Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.»

¹¹⁴³ É o seguinte o teor relevante da norma: «Artigo 6.º (Obrigatoriedade de sujeição a exames):

- 1 - Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei.
- 2 - Qualquer pessoa devidamente notificada ou convocada pelo director de delegação do Instituto ou pelo coordenador de gabinete médico-legal para a realização de uma perícia deve comparecer no dia, hora e local designados, sendo a falta comunicada, para os devidos efeitos, à autoridade judiciária competente.
- 3 - (...).
- 4 - (...).

unicamente ao momento da recolha da amostra biológica do suspeito, mas igualmente ao momento do procedimento de comparação.

No caso de pretender-se efetuar a comparação por recurso aos perfis da base de dados, o visado tem de assumir a qualidade processual de arguido (art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008), o que poderíamos designar como *procedimento de identificação* (art. 13.º da Lei n.º 5/2008).

Porém, como defendemos, pelo regime comum dos exames e perícias, pode ser efetuada uma *comparação direta* entre perfis de amostras-problema e de uma amostra-referência, relativamente a visados intervenientes processuais, mesmo que não sejam arguidos.

Relativamente a ambas as fases do procedimento probatório pericial, podem colocar-se as questões jurídicas já identificadas, atendendo a que, tratando-se de uma ingerência corporal, aí intercedem especiais cautelas destinadas à proteção de interesses e bens jurídicos, que, integrando o halo da dignidade humana, vão desde a integridade pessoal, à privacidade, passando pela autodeterminação informacional e culminando no princípio da não autoincriminação. Tais questões surgirão com uma expressão superlativa quando não se obtenha o consentimento do visado, onde os problemas de coercibilidade se colocam; mas, mesmo no caso de existir consentimento, as mesmas não se tornam irrelevantes.

É precisamente o feixe de problemas que se colocam a propósito da suscetibilidade da obtenção de amostras-referência por via coerciva, que impõem todo um conjunto de reflexões em torno da fase da sua recolha, quando inexistir válido consentimento. As dificuldades aumentam ainda com a escassez de regulamentação que denota uma atitude esquiva do legislador em afrontar o problema, como o ilustra o percurso havido na doutrina e jurisprudência da Alemanha, Espanha e do nosso País¹¹⁴⁴.

No plano da investigação não haverá tantas objeções quanto à admissibilidade de uma habilitação normativa bastante que autorize uma intervenção coerciva na recolha de bioamostra de imputado ou de terceiros – no caso da *comparação direta* de perfis – ou em arguido – no caso da Lei n.º 5/2008 (art. 8.º, n.º 1) – como as que podem colocar-se relativamente à recolha de bioamostras em condenados (art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008): essa habilitação normativa resulta da leitura conjugada dos artigos 61.º, n.º 3, al. *d*) e 172.º, n.ºs 1 e 2, 154.º, n.ºs 1 a 3 e 269.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) do CPP, 6.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004 e 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008¹¹⁴⁵.

A lei nacional opta pela inadmissibilidade de bases de perfis de arguidos [não condenados], estipulando quais as pessoas cujo perfil de ADN se justifica poder ser obtido

¹¹⁴⁴ Cfr. 6.2.2.

¹¹⁴⁵ Paradigma posterior e inspirado pelos Acs. TC n.ºs 155/2007 e 228/2007.

sem o seu consentimento, mas sempre mediante a reserva de juiz. Pressuposto numa tal opção estará um critério que nos parece dever ser tendencialmente objetivo e universal.

Um dos aspetos em que as dificuldades hermenêuticas parecem fazer sentir-se com maior intensidade e evidência é o do regime da ordem de recolha de amostras de arguidos-condenados¹¹⁴⁶.

Tal possibilidade de ingerência fica reservada aos casos em que uma específica relação entre os indivíduos e a prática de infrações com consequências sancionatórias para além de certo limite de gravidade, encerra presumidamente um interesse criminalístico acrescido. Não serão, sequer, todos os casos de indivíduos condenados pela prática de crimes, que assumirão um tal interesse. A Lei restringe, assim, a ordem de recolha [coerciva] de amostras de material biológico para determinação do perfil de ADN a um universo de pessoas que, pela sua qualidade – constituição de arguido – e posição – condenação, por decisão transitada em julgado, por crime, em pena concreta igual ou superior a três anos de prisão (mesmo que substituída) – processuais, indicia a existência de tal interesse.

7.3.3. Valor probatório do resultado da perícia de identificação genética

A aceitação do valor dos resultados de um meio de produção de prova como a *perícia* de identificação genética não constituiria problema transcendente, se fosse normativamente classificada como tal.

A verdade, porém, é que a letra da lei parece confundir os dados da questão. Tentemos averiguar se tal confusão é fundada e, em qualquer caso, indagar sobre a materialidade da sua natureza, no confronto da sua disciplina. O Código de Processo Penal, embora não seja inteiramente omissivo no tocante à admissibilidade deste meio de prova, é muito displicente no que tange à sua regulamentação, sendo muito lacónicas as pertinentes referências. Sobre a questão, convém reproduzir as penetrantes observações de Costa Andrade acerca da omissão normativa das implicações processuais do recurso às técnicas de identificação genética no âmbito da investigação criminal: «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. Uma afirmação que não pode ser contrariada apontando para o efeito o regime das perícias, que garantiria o tratamento adequado à recolha e valoração das provas pertinentes (...). Pela sua especificidade, e tendo em conta as exigências de *reserva de lei* – com os corolários da *clareza* e *determinabilidade* – o recurso ao ADN

¹¹⁴⁶ Cfr. 7.5.

em processo penal reclamava uma consagração expressa na lei e preferencialmente na lei processual codificada. Logo pelo seu conhecido e qualificado potencial de intromissão e devassa na perspectiva dos direitos fundamentais como o direito de *autodeterminação informacional*. (...) É por isso que só apressadamente se poderia acreditar que a entrada em vigor da já citada Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro (que autorizou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação criminal), teria resolvido de forma definitiva e sem lacunas, os problemas a que nos vimos reportando. Esta é, seguramente, uma lei cujo significado no contexto da ordem jurídica portuguesa não pode fundadamente questionar-se. De todo o modo, uma lei que deixa sobrar problemas jurídico-processuais que só a lei processual penal pode superar»¹¹⁴⁷.

Ao referir-se aos *autores da Reforma [Penal] de 2007*, Costa Andrade pretendia, naturalmente, coenvolver todas as instâncias que, de uma forma ou de outra, mais ou menos institucionalmente – e não apenas o órgão constitucional materialmente competente para o efeito, a AR – tiveram participação na elaboração do articulado da Lei n.º 48/2007. E, na verdade, analisando as atas da UMRP, não se divisam especiais cuidados quanto à necessidade de acautelar os problemas enunciados pelo Professor de Coimbra, antes se constata uma ausência de preocupações com o tema, o que, temos de admitir, se repercutiu no processo legislativo propriamente dito.

Pode objetar-se que, encontrando-se em fase de preparação¹¹⁴⁸ um diploma que regulamenta[ria] a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de investigação (civil e criminal), as mencionadas preocupações com as questões elencadas por Costa Andrade, deveriam ter aí assento preferencial – devendo ficar subtraídas às previsões normativas veiculadas pela *Reforma Penal de 2007* –, o que, todavia, não ocorreu. Ou, pelo menos, não ocorreu em toda a [esperada e requerida] amplitude. Com efeito, parece-nos que um diploma como a Lei n.º 5/2008 não deveria ter como primordial escopo a previsão dos aspetos essencialmente jurídico-processuais, suscitados a propósito da recolha de amostras biológicas e da análise de identificação genético-forense, no confronto com os limites do direito ao silêncio, dos princípios da proporcionalidade e da necessidade, do *nemo tenetur*, do direito à autodeterminação informacional, entre outros. Enquanto diploma vocacionado expressamente para a regulamentação de uma base de dados de perfis genéticos, deveria confinar-se à definição da orgânica institucional e procedimental, enunciando princípios (relativos à cadeia de custódia da amostra, à informação e tutela de dados pessoais, ao

¹¹⁴⁷ «Bruscamente no verão passado», a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», cit., p. 333.

¹¹⁴⁸ A partir da proposta de Lei 144/X. Cfr. o processo legislativo, no link <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=33507> (acedido em 14-09-2013).

consentimento informado) e contendo indicações metodológicas atinentes à salvaguarda do direito à autodeterminação informacional e de eventuais abusos de acesso e inteconexões indevidos ou ilícitos dos perfis de ADN e seus ficheiros. Não foi essa a solução adotada, podendo presumir-se que a lei pretende abranger aspetos que, embora não devessem figurar no seu regime normativo, porventura se considerou conveniente ali plasmar, exatamente pela constatação da sua omissão ou deficiente previsão no Código de Processo Penal, que se mostrava oportuno suprir na mencionada ocasião¹¹⁴⁹.

Em todo o caso, e aderindo ao essencial da crítica formulada por Costa Andrade à desatenção dos autores da *Reforma Penal de 2007*, o certo é que terá havido alguma noção da necessidade de consagrar a previsão de «análises (...) de outras células corporais», redação que foi trazida ao artigo 156.º, n.º 6 do CPP, pelo art. 1.º da Lei n.º 48/2007, porventura por haver a noção de que tal alteração poderia prevenir os problemas surgidos na Alemanha, a propósito do § 81a da StPO, relativamente à interpretação da admissibilidade de finalidades que se poderia fazer do referido dispositivo da StPO, que, ao mencionar «sangue» mas não prever expressamente a finalidade de determinação de perfis de ADN, exigiria, por isso, que a lei

¹¹⁴⁹ É de realçar o teor da intervenção do então Ministro da Justiça, Dr. Alberto Costa, na Sessão Plenária da AR de 27-09-2007: «No que respeita ao sistema proposto para a investigação criminal, as opções propostas pela Comissão encarregue da elaboração do anteprojecto — e que foram, em larga medida, sufragadas pelo Governo — estão muito próximas dos regimes actualmente em vigor nos países já referidos. A regra geral é a de que a recolha de ADN pode ser feita em quem preste o seu consentimento escrito, permitindo-se ainda a recolha involuntária, mediante decisão judicial, relativamente a arguidos e a condenados em pena de prisão igual ou superior a 3 anos.

Deve esclarecer-se que as recolhas relativas a arguidos não chegam a integrar a base de dados; isto é, os dados relativos aos arguidos são mantidos em ficheiro autónomo e provisório, apenas podendo ser comparados com os dados recolhidos nas vítimas e nos locais de crime referentes ao processo-crime em questão.

Findo o processo, esses dados podem ter um de dois destinos: ou são destruídos, em caso de absolvição, arquivamento ou condenação em pena inferior a 3 anos de prisão; ou são transferidos para a base de dados, em caso de condenação em pena igual ou superior a 3 anos de prisão.

Importa também realçar que contrariamente ao que acontece, por exemplo, na Inglaterra, Alemanha e Suíça, não é admissível a recolha de ADN, sem consentimento, em quem não seja, pelo menos, arguido. No que respeita à criação de bases de dados relativos a condenados, a proposta de lei seguiu também a prática europeia. Na Alemanha, Holanda e Suíça, basta que tenha havido condenação em pena de prisão, ou em pena de prisão igual ou superior a 1 ano, para que deva haver recolha de ADN.

A opção do legislador nacional fixou-se nos 3 anos de prisão, pena em concreto aplicada, por se entender que esta seria uma boa base de trabalho para a construção de uma base de dados útil e eficaz, e sem que se verificasse um colapso das capacidades de recolha e armazenamento.

No que respeita aos voluntários, eles serão forçosamente informados das consequências do seu consentimento — isto é, de que os seus dados serão cruzados com os dados constantes dos restantes ficheiros. A inclusão de dados de voluntários tem uma explicação simples: esta base de dados, tal como as restantes da Europa, tem de assumir uma vocação expansiva, mas tem de fazê-lo de modo progressivo. Não se quis, como se fez já na Alemanha ou poderá vir a fazer-se em França, estabelecer uma obrigatoriedade de registo de dados para conjuntos da população. Mas também não faria sentido excluir o registo voluntário.» (consultável em: http://app.parlamento.pt/DARPages/DAR_FS.aspx?Tipo=DAR+I+s%C3%A9rie&tp=D&Numero=5&Legislatura=X&SessaoLegislativa=3&Data=20070928&Paginas=2728++3030&PagIni=0&PagFim=0&Observacoes=&Suplemento=.&PagActual=0&pagFinalDiarioSupl=&idpag=&idint=166099&idact=&iddeb= acedido em 15-07-2013).

O enunciado nesse discurso foi, no essencial, transposto para o articulado da Lei n.º 5/2008, sendo ali salientada a necessidade de alinhar o passo pelos Estados-membros da UE, advogando-se uma solução equilibrada do sistema proposto, mas em linha com os então já instituídos em «(...) Inglaterra (desde 1984), a Alemanha (desde 1998), a Holanda (desde 2001), a Bélgica (desde 1999) e a Suíça (desde 2003). Em Espanha e França, apesar de já ser permitida a recolha do ADN, estão em preparação projectos semelhantes ao que aqui propomos».

consagrasse expressamente tal possibilidade, o que ocorreu com a introdução dos §§ 81e e 81g da StPO.

Apesar da controvérsia relativa à questão da terminologia legal da perícia de determinação de perfis de ADN – que, por vezes, aparece na lei designada como “exame” ou “análise”, logo, sem rigor técnico¹¹⁵⁰ –, a *Reforma Penal de 2007* terá introduzido o que, no entendimento do legislador de então, seria um inciso suficiente para permitir a inclusão daquele meio [de obtenção] de prova na categoria abrangente das perícias¹¹⁵¹.

O facto de classificarmos o método de obtenção de prova por recurso a perfis de ADN como perícia *tecnológica*, teria a imediata consequência do reconhecimento do valor assinalado no art. 163.º do CPP: o juízo técnico-científico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador¹¹⁵².

Constituirão, no entanto, os resultados de uma identificação por perfis de ADN uma *prova plena*, no sentido clássico da doutrina processualística?

Em sentido inequivocamente negativo se pronuncia Benjamim S. Rodrigues, ao afirmar que «(...) os resultados obtidos no processo de identificação, estabelecendo a coincidência de perfis de ADN objecto de estudo, somente oferecem uma possibilidade – sublinhe-se! – relativamente ao suspeito e com os grupos de população do seu contexto, mas em caso algum a certeza absoluta, pelo que tais resultados não poderão ser aceites de forma automática, nem fazem, por si sós, prova plena (ou servem, por si mesmos, desligados de outros meios de prova, para efectiva condenação criminal). Ainda que coincidam vários marcadores, sempre existirá um x por cento de incerteza que, ainda que em casos mínimos, sempre deverá ser alvo de efectiva valoração judicial (...)»¹¹⁵³.

Na verdade, cremos nunca ser demais alertar para as hipóteses de perturbação ou mistificação de tais resultados decorrentes da eventualidade – sempre possível – de contaminação de locais do crime. Por outro lado, impor-se-á despistar e afastar as hipóteses de

¹¹⁵⁰ Cfr. 7.2.2.

¹¹⁵¹ Recorde-se a posição de COSTA ANDRADE, de que «ofensa directa à integridade pessoal – já como sacrifício da integridade física, já como atentado contra a reserva da vida privada e contra a autodeterminação informacional – (...) carece sempre de autónoma e expressa legitimação legal» (*Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, reimp. Coimbra Ed., Coimbra, 2004, p. 140). Trata-se da mesma posição de princípio assinalada nos Acs. TC n.ºs 155/2007 (rel. Cons. Gil Galvão) e 228/2007 (rel. Cons. Maria F. Palma). Para uma apreciação crítica detalhada sobre o desenvolvimento do *iter* processual referente aos dois arestos e fundamentos dos recursos, bem como das próprias decisões do TC, cfr. BENJAMIM S. RODRIGUES, *Da Prova Penal T. I...*, cit., pp. 334-384. Cfr., ainda, a posição de MARIA DO CARMO S. DIAS, a qual, antes da Reforma Penal de 2007, é assumida defensora da ilegitimidade da recolha de amostra de ADN sem o consentimento (esclarecido e informado) do arguido («Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial», cit., pp. 209 a 211).

¹¹⁵² E, contrariamente ao que pode supor-se, a prova pericial não existe para «auxiliar» as autoridades judiciais e policiais e o tribunal. Mesmo que estas possuam conhecimentos que dispensassem a realização de uma perícia, esta há-de realizar-se em nome do direito dos intervenientes a um processo equitativo e em homenagem à transparência da produção de prova e suscetibilidade de contraditório.

¹¹⁵³ *Da Prova Penal T. I...*, cit., p. 696.

existência de gémeos monozigóticos (que comungam da mesma identidade genética) ou de transfusões de medula ou de sangue, o que poderá constituir acrescida exigência de qualidade da realização das análises e um desafio ao aprofundamento da investigação.

Mesmo excluindo essas hipóteses, residuais ou não, a própria lei impõe a proibição de uma tomada de decisão que afete os efeitos na esfera jurídica de qualquer pessoa, ou que a afete de modo significativo, baseada exclusivamente num tratamento de dados pessoais, designadamente de perfis de ADN (artigos 3.º, n.º 4 e 38.º da Lei n.º 5/2008¹¹⁵⁴).

Outro conjunto de considerações que se deve fazer a propósito da metodologia que integra a análise pericial do perfil de ADN, é o da sua implicação bioestatística.

Ao proceder-se à comparação entre o perfil de ADN de um vestígio biológico do cenário de um crime e o de um indivíduo, suspeito ou não, e as características genéticas são indiferenciadas, calcula-se com que frequência tais características aparecem na população geral, a fim de determinar em que medida a correspondência entre as duas é incriminatória. Os resultados de uma tal análise são fornecidos através de uma forma numérica percentual¹¹⁵⁵.

Decisivo é que não se tome o resultado – concludente – de uma perícia de identificação genética, como a resolução inquestionável da hipótese criminal em presença. A conclusividade da operação pericial, ao identificar um perfil genético de uma amostra-problema, não significa o definitivo sucesso da investigação que, concretamente, carecia daquele elemento. Todo um rigoroso processo analítico-indiciário haverá a empreender, no sentido de associar a pessoa identificada ao local e ao tempo dos factos, de descartar possíveis contaminações do local da recolha da bioamostra, de quebras da cadeia de custódia, enfim, todo um conjunto de interpelações tendentes a imputar – também de forma concludente – a autoria (ou participação) nos factos em investigação, pela pessoa identificada através da perícia de identificação genético-criminal.

¹¹⁵⁴ Preocupação que viria a ser reforçada com o dispositivo do art. 2.º da Deliberação n.º 3191/2008, de 15-07-2008 (DR II.ª série, N.º 234, de 03-12-2008) do INML, I.P., o qual é significativamente epigrafado como «Ponderação da prova»: «O perfil de ADN constitui uma prova a ser ponderada em articulação com as outras provas existentes no processo». cremos que uma tal disposição se deve poder interpretar exclusivamente no quadro que é objeto da Deliberação do INML(CF), I.P. Afigura-se-nos haver alguma impropriedade na localização sistemática de tal norma nessa Deliberação, se a interpretarmos genericamente e não no contexto da regulamentação dos procedimentos de realização de análises e de comunicação dos seus resultados e inserção e remoção dos perfis de ADN obtidos. Em todo o caso, compreende-se a (acrescida) preocupação em sublinhar a natureza relativa do valor probatório do perfil de ADN.

¹¹⁵⁵ Cfr. FRANCO TARONI - JOËLLE VUILLE, «Non è tutto oro quel che luccica. Il giudice penale e il valore probatorio dell'indizio scientifico», *Questione Giustizia – Bimestrale promosso da Magistratura democratica*, N.º 1 - «Bioetica: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013, p. 84.

7.4. Fenotipagem de características físicas externas: admitir a “testemunha ADN” em prol da “Genetic intelligence”?

As formas emergentes de “Genetic intelligence”¹¹⁵⁶, apesar de não se destinarem a ser utilizadas e valoradas como meio de prova em julgamento – mas apenas como meio auxiliar de informação para utilização na (re-)orientação de uma concreta investigação criminal –, têm sido objeto de acesa polémica.

O fenótipo resulta da possível interação entre a expressão dos genes do organismo (o *genótipo*) com os fatores de natureza ambiental (incluindo a dieta alimentar). Esta distinção entre *genótipo* e *fenótipo* foi originalmente proposta por Wilhelm Johannsen em 1911, com o intuito de diferenciar as características da hereditariedade de um organismo, do resultado que ela produz, em face da interação que se estabelece com os fatores ambientais¹¹⁵⁷. O conceito de fenótipo viria a ser ampliado por Richard Dawkins, que inclui na sua definição os efeitos da interação do fenótipo do organismo em causa sobre o meio e sobre outros organismos¹¹⁵⁸.

As técnicas de marcadores genéticos que são utilizados em testes de ancestralidade (ascendência *racial*) não estão diretamente ligadas à determinação das características físicas que podem ser associadas com os grupos étnicos¹¹⁵⁹. Porém, para além do género, a partir de uma amostra de ADN é possível prever a cor ruiva do cabelo, o azul e o castanho da íris, ao passo que para a pigmentação da pele, a constituição física, a morfologia capilar e calvície, não se acham ainda estabelecidos marcadores necessários a uma determinação eficaz, exigindo-se pesquisas mais aprofundadas. Contudo, a identificação dos genes que permitem inferir a suscetibilidade da cor loira, castanha e negra do cabelo, parece ser uma realidade próxima¹¹⁶⁰, bem como para certas características comportamentais¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁶ Conforme foi sublinhado no 25.º Congresso da Sociedade Internacional de Genética, realizado em Melbourne (setembro de 2013), a fenotipagem de ADN revela-se como um promissor campo de análise no contexto forense. A aplicação essencial desta nova metodologia dirigir-se-ia a “guiar” a estratégia de investigação, possibilitando a redução do universo de suspeitos – indivíduos agressores que praticaram factos tipificados como crimes – através do prognóstico genético quanto à suscetibilidade da tendência para se revelarem traços característicos externamente visíveis, como a cor dos olhos, cabelo e pele, idade, traços faciais e altura.

¹¹⁵⁷ O genótipo consiste nas informações hereditárias de um organismo contidas em seu genoma. Contudo, nem todos os organismos que partilham um mesmo genótipo se assemelham ou funcionam da mesma forma, precisamente porque a sua aparência e comportamento, assim como outros elementos que compõem o fenótipo são passíveis de ser alterados por condições ambientais e de desenvolvimento. Inversamente, nem todos os organismos cujo fenótipo se assemelha partilham do mesmo genótipo. AUGUST WEISMAN, para ilustrar a mesma realidade propôs uma distinção entre germoplasma (hereditariedade) e células somáticas (corpo resultante do germoplasma em contacto com as influências do meio ambiente).

¹¹⁵⁸ A interação entre genótipo e fenótipo poderia ser esquematizada da seguinte forma: genótipo + ambiente → fenótipo; numa versão mais detalhada seria: genótipo + ambiente + variação ao acaso → fenótipo.

¹¹⁵⁹ Conceber um instrumento que analisa uma gota de sangue e faculta a imagem facial (“retrato-robot”) do “dador” ou a sua configuração corporal é (ainda) ficção, mas é perfeitamente admissível que os marcadores genéticos de específicas características externas visíveis possam em breve ser ferramentas comuns e úteis para a investigação criminal (cfr. MANFRED KAYSER e PETER M. SCHNEIDER, «DNA-based prediction of human externally visible characteristics in forensics: Motivations, scientific challenges, and ethical considerations», *Forensic Science International: Genetics*, 3, 2009, pp. 154-161).

¹¹⁶⁰ Um estudo determinou que para uma amostra de 6.000, 6 marcadores de DNA podem prever a cor castanha do olho com 93% de aproximação e a azul com 91% (FAN LIU – K. VAN DUIJN – J. R. VINGERLING – A. G. UITTERLINDEN – A. C.

É, pois, manifesto o relevo que tais técnicas podem implicar na investigação criminal: se num local de crime se recolhesse amostra biológica suscetível de determinar o aspeto e constituição física – *v.g.* a pigmentação da pele e do cabelo, características faciais ou a altura – do “dador”, tornar-se-ia viável não só afastar ou reduzir o universo de potenciais suspeitos, e tentar identificar a pessoa, bem como confirmar ou excluir depoimentos de testemunhas oculares. Uma vez identificado o suspeito, o seu perfil genético podia ser comparado com o da evidência da amostra recolhida, utilizando os marcadores de ADN padrão, quer para efeitos de imputação quer para fins de exclusão de responsabilidade.

Ponto é que se entenda servirem tais técnicas apenas como orientadoras da investigação, eventualmente com pouca repercussão ao nível da prova a produzir em sede de julgamento.

Trata-se da chamada técnica de fenotipagem – através de marcadores SNPs – que é designada por “Forensic DNA Phenotyping” (FDP), a ser gerida no concreto âmbito de uma investigação criminal e que não é apta a para o estabelecimento de um “match” entre um perfil de (uma) amostra-problema e o perfil de um suspeito. Neste sentido, os «resultados da FDP não se destinam, em princípio, a qualquer base de dados de perfis de ADN»¹¹⁶².

O seu interesse é, eminentemente, o de orientar uma concreta investigação criminal, excluindo, reduzindo ou delimitando o universo de suspeitos. Veremos, porém, que um tal propósito pode não se mostrar tão inócuo como parece.

7.4.1. Outra proposta de estudo de marcadores genéticos: “marcadores distintivos”/”marcadores preditivos” vs. “marcadores codificantes”/”marcadores não-codificantes”

A relutância (ou proibição) em admitir a análise de ADN codificante – insistentemente repetida nos instrumentos internacionais, europeus e na nossa Lei n.º 5/2008 – baseia-se em fundamentos atendíveis, como a não intromissão na informação genética mais sensível da pessoa, que pode fornecer dados da esfera da reserva da intimidade, relativos a patologias ou predisposição para patologias e doenças e de hereditariedade/ancestralidade, a que a pessoa deve poder continuar a ter o “direito a não saber”.

JANSSENS - MANFRED SCHNEIDER, «Eye Color and the Prediction of Complex Phenotypes from Genotypes», *Current Biology*, 19(5), acessível em <http://openwetware.org/images/7/79/Eyecolor1.pdf>, acedido em 14-09-2013).

¹¹⁶¹ Têm sido identificadas áreas de cromossomas correlacionadas com a suscetibilidade de propensão para fumar, uso mais frequente da mão esquerda e gaguez em adultos.

¹¹⁶² Assim, PETER M. SCHNEIDER, «DNA Databases: International Reality and Perspectives», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, CNECV, Lisboa, 2012, p. 103.

Todavia, o ADN também é suscetível de fornecer elementos informativos sobre características externas visíveis, certamente não tão distintivas nem tão individualizáveis como os revelados pela análise dos marcadores com que se realiza a análise do ADN não-codificante (através de marcadores de STR's, que continuarão a ser, em princípio, os mais utilizados), mas que podem ter grande valia na (re-)orientação de uma investigação criminal, fornecendo indicação tendencial sobre características físicas visíveis como, p. ex., a cor dos olhos, a pigmentação da pele ou a coloração dos cabelos da pessoa. O que se consegue através de novo tipo de teste baseado na técnica de análise de SNP's (Single Nucleotid Polymorphism - poliformismo de nucleótido simples), que consiste em obter informação a partir de fragmentos de ADN muito mais pequenos do que acontece nos STR's¹¹⁶³.

Os SNP's encontram-se quer nas regiões codificantes quer nas regiões não-codificantes do genoma. Por outro lado, constata-se que marcadores considerados não codificantes, podem afinal fornecer informação acerca de doenças e predisposições ao que acresce que o genoma, por consistir em blocos de ADN, pode permitir que um marcador não-codificante, por ser contíguo a um marcador que codifica para um fenótipo, pode revelar informação sensivelmente semelhante, devido ao *linkage disequilibrium*, o que tem vindo a suscitar a interrogação sobre se não seria mais conveniente e cientificamente correto assentar – em vez de uma distinção entre “marcadores codificantes” e “marcadores não-codificantes” – numa dicotomia entre “marcadores distintivos” – os que são suscetíveis de providenciar um perfil individual específico – e “marcadores preditivos”, os que fornecem inferências estatísticas sobre características fenotípicas de grupos da população¹¹⁶⁴.

Note-se que estas duas subclassificações não se excluem reciprocamente, nem se apresentam como alternativas entre si, antes se complementam. Assim, enquanto a dicotomia entre “marcadores distintivos” e “marcadores preditivos” poderá consubstanciar acrescida mais-valia no âmbito da definição e (re-)orientação da estratégia de investigação criminal, através do estudo destes últimos, a análise dos marcadores de ADN não-codificante ficaria reservada, em última análise, para o estabelecimento de um perfil genético individualizador

¹¹⁶³ O SNP visa uma posição única no genoma e é mais eficaz para analisar ADN de má qualidade, que é o que se encontra habitualmente no cenário do crime, como sangue pouco fresco, em que o material genético está muito degradado. A vantagem dos SNP's, é de permitir obter fragmentos curtos de 50 pares de bases (as “letras”) de ADN para se poder analisar os marcadores genéticos, enquanto nos STR's, por serem mais numerosos, se torna necessário tomar em consideração pelo menos 100 ou 150 posições; as amostras recolhidas em muitos casos não dão para tanto, mas já chegam para elaborar um perfil SNP. Este tipo de análise forense poderá servir para estabelecer o fenótipo de um indivíduo, isto é, as suas características físicas (aspeto, idade, proveniência) e mesmo comportamentais, mas, de momento, fornece apenas as características grupais.

¹¹⁶⁴ Assim, MANFRED KAYSER e PETER M. SCHNEIDER, «DNA-based prediction of human externally visible characteristics in forensics: Motivations, scientific challenges, and ethical considerations», cit., *apud* ARTUR PEREIRA, «Desafios Ético-Jurídicos da Prova Pericial», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO coord.), Pactor, Lisboa, 2013, p. 46.

(procedimento de identificação genética) – cujo valor relevaria para a apreciação da prova em julgamento – e para a classificação e armazenamento de perfis em ficheiros que integrassem uma base de dados de perfis de ADN.

7.4.2. A utilização de marcadores de fenotipagem na investigação criminal: crítica, vantagens e precauções

O recurso a esta tecnologia de investigação e de revelação de características físicas externamente visíveis pode, de uma forma ingénua, reputar-se de inócuo, em nada o diferenciando, afinal, do conteúdo do depoimento de uma testemunha que haja presenciado a prática de um delito e reportado processualmente informação sobre os dados característicos potencialmente individualizadores de um agressor, de um agente do facto. Tratar-se-ia, assim, de um “testemunho genético” ou “testemunha ADN”, objetivo e incontroverso. Pelo menos, no sentido de permitir excluir a orientação da estratégia de investigação num certo sentido (p. ex., abandonar qualquer pista relativamente a um grupo de pessoas de certa minoria étnica, ou de excluir a possibilidade de haver a presença de elementos de um certo género numa agressão coletiva, etc.).

Em sentido contrário, é geralmente contraposta a ideia de a admissibilidade de um tal método poder revelar dados colhidos às ocultas do seu titular, e como tal, constituir uma espécie de “meio oculto de investigação”.

Pode também suscitar outras objeções – essas mais sérias –, no sentido de o método de análise de polimorfismos fenotípicos não excluir a hipótese de utilização de disfarces, por parte do suspeito (que pode ter pintado o cabelo, colocado lentes de contacto, modificando a aparência da íris ou, até, pigmentado artificialmente a pele) – além das situações em que a real aparência do agentes suspeitos não é externamente apreensível (por usarem capuzes, gorros passa-montanhas, máscaras ou outros artefactos) –, dessa forma contribuindo não só para não auxiliar a investigação, como para confundi-la. Pode ser, ainda, o caso de indivíduos com distúrbio de identidade de género¹¹⁶⁵, relativamente aos quais, dado que aparentam pertencer ao género diferente do genético¹¹⁶⁶, o resultado da análise do perfil de ADN com recurso ao marcador da amelogenina poderia resultar equívoco¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁵ Também designado como “Disforia de Género” ou “Disforia Neurodiscordante de Género”. Hoje, o transexualismo ou transexualidade acha-se descrito na Classificação Internacional de Doenças (CID-10-1992-F 64.0) bem como no Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais, “DSM – V”, na sigla em inglês (trata-se da 5.ª edição ou atualização do *Manual*, da responsabilidade da Associação Americana de Psiquiatria – APA, agora apresentado como “Transtorno da Identidade de Género” como um distúrbio que consiste na forte e persistente identificação com o outro género e um permanente desconforto com o seu próprio corpo.

¹¹⁶⁶ Integram-se no conceito de *transgender* os indivíduos que, sendo anatomicamente e legalmente de um género, se identificam com o outro género (AFONSO DE ALBUQUERQUE, «Imagem e Identidade», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III – J. OLIVEIRA ASCENSÃO, coord., Almedina, Coimbra, 2009, p. 15). Esta linearidade conceitual pode não ser totalmente precisa, porquanto se reclamam hoje desta condição identitária de género pessoas que simplesmente

Foi igualmente sugerido que a fenotipagem de ADN no âmbito da análise de “amostras referência” poderia revelar a predisposição genética para determinados comportamentos, dados que poderiam interferir já com uma avaliação mais ampla da personalidade do delinquente e poderem manifestar-se, de forma abusiva, na apreciação conjunta do facto e do seu autor, funcionando como fator agravante, e interferindo desse modo no sentido das decisões judiciais.

Ainda se pode objetar que o resultado da análise desses polimorfismos – nomeadamente através dos marcadores para os genes respeitantes à pigmentação da pele, da cor da íris e do cabelo – pode nem sempre ser absolutamente concludente, e apontar para matizes dificilmente valorizáveis em termos técnico-científicos e, por isso, de escassa relevância para a investigação.

Por fim, seria sempre de considerar especialmente o perigo na divulgação utilização abusiva dos dados sensíveis da informação recolhida, mormente aqueles que pudessem revelar tendências comportamentais.

Estas hipóteses constituem, efetivamente, óbices de tomo, importando refletir e tentar rebater de modo procedente todas essas objeções.

Tentando contrariar, em primeiro lugar, a objeção do *método oculto*, pensamos que a mesma não resistirá à argumentação de que o resultado de uma fenotipagem e revelação de características físicas externamente visíveis – de um suspeito não identificado – não contende com o âmbito da reserva da vida privada do suspeito (nisso se distinguindo da necessidade de tutela da integridade pessoal e do pudor, do direito à palavra ou à imagem), ficando em posição equivalente à de uma gravação de imagem ou de som por equipamentos de registo em locais públicos.

As restantes observações também não são procedentes.

A questão relativa à natureza dos marcadores genéticos utilizados nestes tipos de perícias – considerando que é a distinção entre marcadores *codificantes* e *não-codificantes* que

consideram inadequadas ou inaplicáveis a si próprias as classificações convencionais de orientação sexual. Por outro lado, o conceito pode não implicar uma específica forma de orientação, podendo alguns *transgender* ser heterossexuais, homossexuais, pansexuais, bissexuais ou asexuais, reclamando-se mesmo os seus ativistas, dada a extensa panóplia de combinações de identidade de género, como *bigender*.

¹¹⁶⁷ A noção de transexualismo consiste, segundo REMÉDIO MARQUES, num «(...) persistente mal-estar e inadequação concernente ao próprio sexo anatómico, ou seja, a convicção inelutável que o o “seu verdadeiro sexo” está em contradição com o seu sexo cromossómico/gonadal/morfológico» (*Mudança de Sexo e critério Jurídico (O Problema do Paradigma Corporal da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*, Coimbra Ed., Coimbra, 1991, p. 143). O sexo morfológico propriamente dito subclassifica-se em caracteres genitais – configuração anatómica dos genitais externos e internos e gónadas – e nos caracteres extra-genitais – os caracteres sexuais decorrentes da ação hormonal produzida pelas gónadas.

pauta o âmbito dos estudos do genoma humano em contexto forense¹¹⁶⁸ –, é um dado que parece perturbar a admissibilidade das técnicas de fenotipagem.

Contudo, conforme tem sido apontado – e é reconhecido pela legislação¹¹⁶⁹ – os marcadores estudados e considerados não-codificantes, podem vir a fornecer informação sobre doenças ou características hereditárias e predisposições para doenças ou comportamentos, dado que o genoma consiste em blocos de ADN, de forma que um marcador desse tipo, que seja contíguo a um outro codificante (que codifica proteínas para um fenótipo), pode revelar informação semelhante, devido ao *linkage disequilibrium*.

No ordenamento positivo nacional parece que nenhuma disposição impede decisivamente a utilização de marcadores de fenotipagem. Ao contrário, porventura por inconsideração nos processos legislativos da Reforma do Código de Processo Penal (Lei n.º 48/2007) e da Lei n.º 5/2008 – que decorreram em simultâneo, embora sem articulação recíproca – a verdade é que no art. 154.º, n.º 3 do CPP¹¹⁷⁰ se prevê a autorização judicial para a realização de “*perícias sobre características físicas e psíquicas*”. Com efeito, apesar da presunção de adequação da expressão ao pensamento do legislador (art. 9.º, n.º 3 do CC), cremos que o mesmo não se teria apercebido do alcance que aquela fórmula poderia surtir em matéria de admissibilidade de estudo de marcadores fenotípicos, no quadro de uma perícia processual, pois que é disso que se trata: a previsão da solução está expressamente inserida de forma inovadora¹¹⁷¹, na disciplina da prova pericial. Em qualquer caso, se a redação do referido preceito pretendeu acolher a jurisprudência então recente do TC – concretamente os Acs. n.ºs 155/2007 e 228/2007, que, ao versarem o problema da (in)constitucionalidade da recolha

¹¹⁶⁸ Preocupação proclamada e reafirmada por sucessivos instrumentos internacionais concernentes à questão – dos quais se salienta as Resoluções do Conselho da UE 97/C 193/02, de 09-06-1997 e 2001/C187/01, 25-06-2001, relativas ao intercâmbio de resultados de análises de ADN, nas quais se prescreve que as possibilidades de intercâmbio limitar-se-ão aos dados da parte não-codificante da molécula de ADN, partindo-se do princípio de que não contêm informações sobre determinadas características hereditárias específicas, bem como as Decisões 2008/615/JAI do Conselho de 23-06-2008 (art. 2.º, n.º 2) e 2008/616/JAI (define no seu art. 2.º, al. d) «Parte não portadora de códigos de ADN», as zonas de cromossomas sem expressão genética, ou seja, inaptas a fornecer quaisquer propriedades funcionais de um organismo) do Conselho, da mesma data (que generaliza as principais disposições do Tratado de Prüm, no que respeita à cooperação transfronteiriça na prevenção e combate ao terrorismo e criminalidade transnacional, no tocante ao intercâmbio de informação relativa a perfis de ADN, impressões dactiloscópicas e registo de veículos) –, bem como ao disposto em vários preceitos da Lei n.º 5/2008, respetivamente o seu art. 2.º, al. e).

¹¹⁶⁹ Cfr. art. 11.º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN, aprovado pela Deliberação n.º 3191/2008 do INML(CF) - I.P.: «1 – No caso de algum dos marcadores de ADN revelar informação relativa à saúde ou a características hereditárias específicas, esse marcador é excluído dos perfis de ADN incluídos na Base de dados e deixa de ser estudado nas amostras a analisar posteriormente; 2 – Exclui-se do disposto no número anterior a determinação do género relativamente à pessoa a quem pertence a amostra biológica».

¹¹⁷⁰ Após a alteração introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21-02, o anterior n.º 2 passou a integrar o atual n.º 3 do art. 154.º do CPP. O n.º 2 atual reforça a indicação da informação solicitada aos laboratórios ou peritos para que procedam à perícia formulada através de quesitos, disposição que por regra não se aplicará à perícia genética, dado o seu carácter de perícia médico-legal (artigos 3.º, n.º 1 e 23.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004).

¹¹⁷¹ Introduzida pelo art. 1.º da Lei n.º 48/2007, não constando de anteriores versões. Por seu turno, a Proposta de Lei n.º 109/X, pouco esclarece sobre a questão, apenas se referindo na Exposição de Motivos que «Nas perícias sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não consentam na sua realização, exige-se despacho do juiz, uma vez que estão em causa actos relativos a direitos fundamentais que só ele pode praticar, por força do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição».

coerciva de amostras biológicas do arguido para determinação do seu perfil genético, colocavam o problema da ausência de previsão legal expressa –, o seu conteúdo deveria ser mais amplo e abrangente, pois parece limitar-se à perícia sobre características físicas de pessoa que não tenha consentido em tal medida probatória. Portanto, de pessoa conhecida, relativamente à qual, o juiz ponderará a necessidade da respetiva realização.

Assim, o valor acrescido na admissibilidade do estudo de marcadores fenotípicos em amostras biológicas é precisamente o inverso, ou seja, aquelas situações em que a amostra pertence a indivíduo desconhecido que se pretende identificar. Sobre isto, não se pronuncia a lei expressamente – como parece fazê-lo relativamente a indivíduos conhecidos em geral no CPP e, só após a constituição como arguidos, no quadro do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, para mobilização da base de perfis – não o admitindo nem proibindo.

Sendo discutível que o método de fenotipagem de ADN – como perícia de determinação de características físicas de uma pessoa – em sede de investigação criminal tenha sido expressamente cogitado pelo legislador da *Reforma Penal de 2007*, o certo é que também o não proibiu expressamente, pelo que nem se julga ser extremamente ousado, numa hermenêutica atualista da regra do art. 125.º do CPP, admitir tal meio técnico auxiliar de investigação.

Por seu turno, a Lei n.º 5/2008 apenas proíbe a pesquisa e aquisição de qualquer informação de saúde ou de características hereditárias (art. 2.º, al. e)), no quadro da utilização de marcadores para determinação de perfis a inserir na base de dados. Nada parece impedir, assim, a extração a partir de ADN não-codificante, de informação relativa a características externamente visíveis¹¹⁷². E, inclusivamente, também se respeitaria *a mens legis* se for apenas este tipo de informação o que se pretende e se vai efetivamente obter, mesmo que de ADN codificante se tratasse.

Ao que se julga saber, no contexto europeu, só o Código de Processo Penal holandês (*Wetboek van Strafvordering*) contempla expressamente a possibilidade de recurso a tal tipo de perícia no art. 151d, restringindo-se a medida a um catálogo de crimes (do art. 67 § 1.º) e destinando-se apenas a determinar o sexo, a “raça” ou outras características individuais observáveis externamente, a definir em diploma regulamentar¹¹⁷³.

¹¹⁷² Para incrementar as garantias, poderia congeminar-se a solução de tais marcadores serem posteriormente retirados antes de o perfil genético respetivo obtido ser inserido em ficheiro da base de dados, o que, em rigor, não contendaria com a informação a obter dever ser, apenas, de ADN não-codificante.

¹¹⁷³ A possibilidade introduzida inovadoramente por uma alteração de 2003 ao *Wetboek van Strafvordering*, foi resultado de um caso ocorrido em 1999, em que uma adolescente foi brutalmente assassinada, e que gerou acesa polémica e apaixonou a opinião pública de uma região da Holanda. Os habitantes da região suspeitavam de imigrantes curdos, iraquianos ou afegãos, alojados num centro de acolhimento localizado perto do bairro da vítima. A polícia solicitou auxílio ao especialista de genética forense, Peter de Knijff. Após proceder à análise do ADN encontrado no local do

Além dessas limitações, o resultado de tal perícia de fenotipagem fica circunscrito à utilização na investigação para que foi autorizada e fica garantido o *direito a não saber* por parte da pessoa que a ela foi sujeito (no caso, evidentemente, de se determinarem outras características de propensão para além das externamente visíveis).

Nos demais Estados – como no nosso, conforme defendemos –, o silêncio da lei no sentido de exautorar a realização de uma perícia de tal natureza, em tal momento e com tais finalidades processuais, parece legitimar implicitamente a sua admissibilidade.

É o que ocorre nas interpretações e práticas processuais do Reino Unido e na grande maioria dos Estados dos EUA.

No Reino Unido, o desenvolvimento e aplicação de sistemas para determinação de características externas como a cor da pele, os traços faciais e a altura vinha sendo praticado pelo *Forensic Science Service*, com apoio do *Home Office* (Ministério do Interior). Em 2002, a «Human Genetics Commission» veio recomendar que essas perícias fossem aprovadas por uma comissão de pesquisa e ética independente, preconizando um debate público para analisar as questões éticas e outras, respeitantes à confidencialidade e ao consentimento.

Nos demais países europeus, nomeadamente nos Estados-membros da UE, a pesquisa de ADN com fins de investigação criminal está, por regra, autorizada em legislação sobre as bases de dados de ADN e, nalguns deles, nos diplomas e códigos de processo penal, restringindo-se à análise da parte não-codificantedo ADN, como repetidamente é anunciado nas Decisões da UE que pretendem regular a matéria de intercâmbio de informação sobre perfis de ADN, impondo por essa via indiretamente a constituição de bases de perfis obtidas exclusivamente a partir dessa parte do genoma. A informação a obter a partir de análise do ADN codificante mostra-se vedada, na generalidade dos ordenamentos europeus¹¹⁷⁴.

Na Alemanha, o § 81e da StPO contempla a possibilidade de, nos estudos de «genética molecular» para estabelecimento da paternidade (parentesco) e no estudo de vestígios de ADN encontrado no local do crime, para comparação com o suspeito ou a vítima, ser determinado o género do “dador” da amostra¹¹⁷⁵, o que é comum ao nosso sistema e à maioria dos demais

crime, o perito concluiu que o mesmo seria de uma pessoa com características físicas idênticas às do Norte da Europa (tez clara, cor do cabelo e olhos claros), o que contribuiu, desde logo, para acalmar as tensões étnicas entretanto geradas, bem como para permitir a redefinição da estratégia de investigação. No entanto, o caso não foi esclarecido, dado que o fenótipo que se pode obter a partir do ADN por método de fenotipagem, se circunscreve a características de grupo e não individuais. Nessa medida, também por razões de tranquilização social e de segurança pública, se afigura poder constituir método defensável.

¹¹⁷⁴ Na Bélgica foi discutida no Parlamento a possibilidade de pesquisa de informação médica, mas de forma inconsequente. Na Austrália, por seu turno, esse debate terá sido mais profundo, mas também sem resultados práticos.

¹¹⁷⁵ A partir de http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_81e.html.

(a partir do marcador de amelogenina); mas isso não equivale à existência de uma fenotipagem.

Nos EUA não existe regulamentação federal sobre a admissibilidade de fenotipagem forense, mas as perícias não são circunscritas às regiões não-codificantes do genoma. Entre os Estados existe disparidade de previsões: enquanto no Texas é admitida implicitamente a fenotipagem de ADN para revelar doenças genéticas, ao contrário, os Estados do Indiana, Wyoming, Vermont e Utah parecem proibi-la¹¹⁷⁶.

7.4.3. Posição proposta

A admissibilidade de um método de perícia de fenotipagem de ADN para determinação de características físicas externamente visíveis, oferece as objeções que acima se enumeraram, as quais não nos parecem ser determinantes de uma incompatibilidade constitucional, designadamente por uma suposta vulneração dos direitos à identidade genética, à integridade pessoal e à autodeterminação informacional.

A fenotipagem de ADN proporciona o mesmo tipo de observação que os demais processos identificativos, como a prova testemunhal ocular¹¹⁷⁷, por reconhecimento pessoal ou fotográfico, podendo apresentar os mesmos défices de verosimilhança ou credibilidade ou falibilidade, caso todos esses métodos não sejam executados de forma isenta e regular, uma vez que se interfere com a capacidade da memória e outros fatores psicológicos que podem afetar a sua genuinidade e qualidade probatória.

O óbice também comumente apontado da possibilidade de estigmatização e discriminação étnico-cultural de populações minoritárias, não nos parece suficientemente válido, uma vez que tem havido igualmente erros na determinação étnica de agentes de factos criminosos por testemunhas oculares, que podem precisamente ser prevenidos e evitados com a fenotipagem.

A circunstância de a fenotipagem não individualizar pessoas, mas sim predizer indicadores externos visíveis grupais de pertença do indivíduo cujo ADN é estudado, distancia assim as preocupações de revelação de características comportamentais, de saúde ou

¹¹⁷⁶ No estado de Indiana determina-se que “*the information contained in the Indiana DNA data base may not be collected or stored to obtain information about human physical traits or predisposition for disease*” (Ind. Code Ann. § 10-13-6-16 - West 2004); no de Rhode Island “*DNA samples and DNA records collected under this chapter shall never be used under the provisions of this chapter for the purpose of obtaining information about physical characteristics, traits or predispositions for disease*” (R.I. Gen. Laws § 12-1.5-10 - 2007); no Wyoming “*information contained in the state DNA database shall not be collected or stored for the purpose of obtaining information about physical characteristics, traits or predisposition for disease.*” (Wyo. Stat. Ann. § 7-19-404 - 2007) e no de Vermont não se proíbe a fenotipagem integral mas “*DNA analysis for identification of any medical or genetic disorder.*” (Vt. Stat. Ann. tit. 20, § 1937 - 2008), tal como no Utah.

¹¹⁷⁷ Que tem, de resto, motivado o acentuar de cuidados formais, quer legalmente impostos por ocasião da *Reforma Penal de 2007* operada nos artigos 147.º e 148.º do CPP, quer por via jurisprudencial (cfr., por todos, Ac RE 16-10-2012, rel. Des. João Sousa).

hereditárias, apenas potenciando a revelação das que são externa e publicamente visíveis. Pode, por isso, constituir um significativo contributo para a eficácia da investigação, consubstanciando o que já tem sido designado de “DNA intelligence” ou “Genetic intelligence”.

Outro tipo de apreensões prende-se com a possibilidade de derivação abusiva (*slippery slope*) da informação obtida através da fenotipagem, para divulgação e utilização noutras finalidades e com propósitos menos transparentes, como em aplicações em investigação genética (pesquisa de genótipos associados a certos comportamentos, parafilias (como a pedofilia ou a agressividade), de novos genes relativos a propensões para comportamentos criminais, reforço da utilização de métodos de inferência estatística pelo sistema criminal, além do aproveitamento de informação por entidades empregadoras, do sistema bancário e segurador e da segurança privada.

Não se pode minimizar a legitimidade destas preocupações.

Todas as contra-indicações nelas envolvidas podem, contudo, ser adequadamente contraditadas e salvaguardadas, como atrás se referiu, reiterando a nossa convicção de a mesma não estar positivamente proibida.

Na verdade, não vemos que possa representar qualquer atentado ao direito à reserva da vida privada ou ao direito de autodeterminação informacional a utilização de marcadores que permitam a revelação de características físicas, *rectius* que permitam a indicação de probabilidades de revelação de características fenotípicas externas, observáveis em condições de normalidade de interação social. A revelação de tais características em nada colide com o direito à intimidade da pessoa, antes constituindo elementos da sua “extimidade”, sendo expostos à comunidade em condições normais¹¹⁷⁸, sendo, quando muito, dados (pessoais) porventura já regularmente recolhidos e existentes noutros ficheiros de dados pessoais, públicos ou privados, nessa medida dados pessoais da esfera pública.

Evidentemente que essas considerações não se aplicam à utilização de marcadores de ADN que permitam a revelação de informação de saúde, ou seja, o emprego de marcadores que permitem prognosticar predisposições para o desenvolvimento de doenças, deficiências ou de comportamentos, pois que aí se estará de pleno em domínio coberto pela tutela do direito à intimidade da vida privada (no tocante à informação de saúde) e à autodeterminação informacional.

¹¹⁷⁸ Não consideramos, aqui, obviamente, as hipóteses excecionais da adoção de regras de vestuário que, por razões religiosas (v.g. o uso de burka ou de véus que cobrem a face de mulheres), lúdicas (máscaras de carnaval) ou estéticas (disfarces e outros métodos corretivos de deformidades faciais ou corporais), não permitem a identificação visual das pessoas.

Propõe-se, desta forma, o seguinte regime, num contexto que contemplates a inequívoca e expressa admissibilidade da perícia por fenotipagem:

- deve imperar uma regra de subsidiariedade: a perícia de fenotipagem deverá ser adequada, e não desproporcionada, à concreta finalidade de uma determinada investigação criminal;
- sujeição a um critério de ponderação da autoridade judiciária competente (MP ou JI) e ser restrita a um catálogo de crimes (*v.g.* assimilável aos catálogos que presidem aos instrumentos de cooperação judiciária europeia em matéria penal);
- deve ser realizada nos mesmos moldes, pelas entidades, e com as mesmas garantias de qualidade de tratamento e de resultados das restantes análises de ADN;
- garantia do *direito* do “dador” a *não saber* da amostra biológica estudada, bem como a imediata destruição desta após a identificação daquele;
- garantias de não acesso a informação fenotípica além daquela que as características externamente visíveis da pessoa revelariam a uma testemunha normalmente informada, bem como garantias de não acesso de terceiros a qualquer informação obtida.

Assegurados estes pressupostos, cremos que o estatuto daí emergente oferecerá as necessárias garantias de um meio de prova compatível com o processo equitativo de um Estado democrático, não se reputando atentatório de qualquer direito fundamental que pudesse estar em conflito com a sua utilização processual, sobretudo tratando-se de dados de pessoa (ainda) não cabalmente identificada na fase processual de investigação em causa.

7.5. A recolha de amostras biológicas para determinação de perfis de ADN de arguidos-condenados e de inimputáveis perigosos

Se a indagação que fez nos apartados precedentes respeita a um momento processual da fase de investigação, em que se colocam hipóteses de identificação através de perfis de ADN, outra questão, que assumirá já diversa natureza, é a da classificação do procedimento da obtenção de perfis de ADN, mediante ordem judicial imposta a arguidos condenados¹¹⁷⁹.

Aqui, não se encontra já em causa um propósito eminentemente investigatório – pois que preexiste uma prévia, regular e integral identificação da pessoa a sujeitar à recolha de amostra biológica para determinação do respetivo perfil de ADN – mas, eventualmente, de

¹¹⁷⁹ Cfr. JORGE DOS REIS BRAVO, «I. O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN - Abordagens preliminares», Conferência apresentada em Coimbra a 07 de março de 2014 no Encontro “*Aspetos Práticos e Teóricos do Funcionamento da Base de Dados de Perfis de DNA e da Obtenção da Prova por ADN em Processo Penal*”, organizado pelo Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN (acessível em http://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/ Documents/TRABALHOCFBDADNJORGE_RBRAVO.pdf).

cariz preventivo ou *sancionatório-acessório*. O eventual interesse *investigatório-probatório* do registo de perfis de indivíduos – reunido de acordo com um critério de relevo criminalístico aferido pela gravidade do crime ou da pena – é apenas diferido: a inserção do perfil em ficheiro de condenados só no futuro poderá ter implicações probatórias, quando se proceder ao seu cruzamento, e o mesmo resultar numa identificação. A obtenção do perfil de ADN relativamente a arguidos condenados destina-se a integrar o ficheiro de condenados, com vista a ulteriores comparações com perfis de amostras-problema - artigos 8.º, n.ºs 2 e 3, 15.º, n.º 1, al. e), e 20.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2008. A ordem de recolha de amostras de condenados para determinação do respetivo perfil genético não tem, pois, como escopo – conforme já se antecipou e veremos adiante com maior detalhe – a produção de prova no processo em que é determinada, destinando-se a integrar ficheiro da base de perfis de ADN, para cruzamentos futuros com perfis de amostras-problema ou outras.

Em termos processuais, situando-se numa fase pós-sentencial – após o trânsito em julgado da decisão –, a sua classificação como perícia, enquanto meio de prova, parecer-nos-ia inaplicável à realidade processual em causa, pelo que se tratará, quanto a nós, aí, de mero procedimento analítico-laboratorial para execução de ordem judicial de recolha de amostras e, posteriormente, de obtenção do respetivo perfil de ADN com vista à sua inserção em ficheiro.

Importa, em todo o caso, buscar algum sentido útil da epígrafe da norma do referido art. 8.º da Lei n.º 5/2008: «Recolha de amostras com finalidade de investigação criminal». A possibilidade da recolha da amostra e a obtenção do respetivo perfil de ADN tem de encerrar um conteúdo teleológico-funcional, parecendo-nos que a única interpretação plausível para o facto de a previsão dos n.ºs 2 e 3 se encontrar no art. 8.º, se ficará a dever à necessidade de reconhecer que, após a inserção no ficheiro a que alude o art. 15.º, n.º 1, al. e), será viável proceder à sua comparação e cruzamento com os perfis de ADN obtidos a partir de outros tipos de amostras, designadamente as dos artigos 20.º, n.º 4 e 15.º, n.º 1, als. a) (perfis de «amostras de voluntários»), b) (perfis de «amostras-problema», do art. 7.º, n.º 1: cadáver ou parte de cadáver, coisa ou local com fins de identificação civil); d) (perfis de «amostras em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal»), e) (perfis de outros condenados) e f) (perfis de «amostras de profissionais») da Lei n.º 5/2008. Por outro lado, será de assumir que a ordem de recolha de material biológico com vista à obtenção do perfil de ADN pressupõe sempre, em última

análise, um intuito de fazer inserir este perfil no ficheiro a que alude o art. 15.º, n.º 1, al. e) da Lei n.º 5/2008¹¹⁸⁰.

Não se destinando a servir de meio de prova no processo em que é ordenada a recolha da amostra, o perfil de ADN obtido integrará, apesar disso, um ficheiro da base (art. 15.º, n.º 1, al. e)), devendo reconhecer-se que a lei contempla essa possibilidade relativamente a uma categoria de indivíduos a quem atribui um especial interesse em registar a respetiva informação genética, de uma forma indireta, para fins de “investigação criminal” no futuro. Partindo do pressuposto que a específica relação de tais indivíduos com a prática de certos tipos de ilícito encerra interesse criminalístico relevante, admite, assim, face a tal universo de pessoas, pela sua qualidade – arguido – e posição – condenados por decisão transitada em julgado, em pena concreta igual ou superior a três anos de prisão (mesmo que substituída) – processuais, que lhes seja imposta ou ordenada a recolha¹¹⁸¹ de amostras de material biológico para determinação de perfis de ADN.

Ao prever a ordem judicial de recolha de amostras (biológicas) em indivíduos condenados por crime, a lei parece exprimir uma ponderação abstrata e genérica do legislador sobre a existência de uma categoria de agentes criminosos relativamente aos quais se pode manifestar o interesse na obtenção dos respetivos perfis de ADN, dependendo de um critério particularmente exigente, qual seja o da sua prévia condenação.

A ordem para a recolha é condicionada ao trânsito em julgado da decisão condenatória por crime doloso, em pena concreta igual ou superior a três anos de prisão. Posterior, portanto, a qualquer momento ou fase processual em que fosse aceitável a produção de prova, em termos comuns¹¹⁸².

Procurando caracterizar a sua natureza jurídica substantiva, podemos enunciar os pressupostos objetivos da ordem de recolha, do seguinte modo:

- i. Inexistência de procedimento prévio de recolha de amostra; torna-se evidente que a ordem de recolha de amostra, nos termos do art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008 pressupõe que não tenha sido precedida pela anterior recolha de amostra, no processo, nos termos do n.º 1, ou no âmbito do regime comum;

¹¹⁸⁰ Apesar de ser assim, o juiz terá de determinar expressamente a inserção do perfil de ADN obtido através da amostra, no ficheiro da base (art. 18.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008), determinação que nos parece poder ser concomitante com a ordem de recolha, com uma execução de “efeito aparelhado”.

¹¹⁸¹ Debateremos em seguida a questão da (in)admissibilidade da coercibilidade.

¹¹⁸² A única exceção concebível, relativamente a esta conclusão, seria a de o perfil assim obtido (nos termos do art. 8.º, n.ºs 2 e 3) poder vir a ser utilizado como “meio de prova”, no âmbito do mesmo processo, em sede de recurso de revisão, *maxime*, nos termos do art. 449.º, n.º 1 als. c) e d) do CPP – situações de revisão de decisões condenatórias; nestes casos, o arguido poderia sempre, até mesmo antes do termo da produção de prova em audiência de discussão e julgamento, ou inclusivamente antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, requerer a recolha de amostras com tal finalidade nos termos do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, com vista a demonstrar a exclusão da sua responsabilidade, o que pode não ser compatível, p. ex., com situações de contumácia.

- ii. A exigência de decisão condenatória por crime doloso, o que admite qualquer das modalidades do dolo;
- iii. A medida concreta da pena aplicada ao crime tem de ser pelo menos de três anos de prisão, não podendo tratar-se de pena conjunta, resultante de um cúmulo jurídico;
- iv. Admissibilidade da substituição da pena de prisão por outra reação penal (a nosso ver, admitindo a interpretação de se poder tratar de pena de suspensão de execução da pena de prisão);
- v. O trânsito em julgado da decisão condenatória¹¹⁸³.

A doutrina nacional tem-se inclinado maioritariamente para a classificação da ordem de recolha de bioamostra para obtenção de perfil de ADN do arguido condenado (ou inimputável perigoso) e respetiva inserção na base, como efeito substantivo da decisão condenatória e/ou da sentença de aplicação de medida de segurança, pelo que se subordinam ao disposto no art. 29.º, n.º 3 da CRP, aplicando-se apenas aos factos cometidos após a entrada em vigor da Lei n.º 5/2008¹¹⁸⁴. Não nos parece, também, que a ordem de recolha seja compatível com a classificação de pena acessória (não prevista) ou como sanção administrativa conexa, ou outra espécie de reação penal.

Intimamente associada à questão da natureza da ordem de recolha e obtenção do perfil, está o problema da [não] automaticidade de tal ordem (contemplada no art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008). A formulação legal é indutora da conclusão de se tratar de uma consequência automática da condenação por crime doloso punido com pena de prisão igual ou superior a três anos (ainda que tenha sido substituída): «*Quando não se tenha procedido (...) é ordenada (...)*».

Parece emergir desta fórmula uma relação de «previsão-estatuição», que não deixa lugar à livre ponderação e discricionariedade do julgador. O que há é uma vinculação do tribunal relativamente aos pressupostos legais.

Uma diversa conceção do instituto, enquanto manifestação de um exercício de apreciação casuística, no tocante à ordem de recolha de amostras seria, quanto a nós,

¹¹⁸³ Neste sentido, Ac RE de 13-11-2011 (rel. Des. Fernando Pina): «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», consultável em http://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Estudos/TRE13112012Pina_1.pdf.

¹¹⁸⁴ Por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., p. 467.

inconveniente, podendo resultar em graves atentados aos princípios da igualdade e da legalidade criminal, o que parece contribuir para a solução da automaticidade.

Pode argumentar-se com o facto de a eliminação de perfis de ADN e dados pessoais de condenados se operar nos termos do art. 26.º, n.º 1, al. f) da Lei n.º 5/2008, na mesma data em que se proceder ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal¹¹⁸⁵, o que também parece indicar estar-se em presença de um sistema indexado ao do registo criminal, o qual é enformado por critérios de automaticidade^{1186 1187}.

Admitimos, porém, que os termos em que o legislador expressou o seu pensamento não são inequívocos no sentido da vinculação do tribunal à solução da automaticidade, não nos repugnando admitir uma construção diversa, conquanto nos pareça não encontrar tanto apoio na letra – e, porventura, no *espírito* – da lei e do sistema¹¹⁸⁸.

O despacho de determinação da ordem [de recolha de amostra] deve ser sempre fundamentado, ao menos verificando os pressupostos negativos da ordem, pelo que não se deverá confundir a necessidade de fundamentação – por não revestir carácter de despacho de mero expediente (artigos 205.º, n.º 1 da CRP e 97.º, n.º 5 do CPP) – de uma tal decisão com a natureza automática (ou não) da mesma¹¹⁸⁹.

O problema é, então, o de saber em que termos se manifestará tal fundamentação. Caberá ao juiz indagar se no caso se verificam os pressupostos que o legislador contemplou

¹¹⁸⁵ Regime da Lei n.º 37/2015, de 05-05 (anteriormente regulado pela Lei n.º 57/98, de 18-08 (na versão conferida pela Rect. n.º 16/98, de 30-09, pelo DL n.º 323/2001, de 17-12, e pelas Leis n.ºs 113/2009, de 17-09, 114/2009 e 115/2009, de 22-09). Por seu turno, a Lei n.º 103/2015, de 24-08 criou o sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, transpondo a Diretiva 2011/93/UE, do PE e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011.

¹¹⁸⁶ Note-se que a disposição do n.º 2 do art. 26.º da Lei n.º 5/2008 alude à *transferência* («transitam») do perfil de ADN de amostras-problema que estiverem no ficheiro do art. 15.º, n.º 1 al. d) «para o ficheiro previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 15.º, de acordo com o disposto no artigo 8.º», quando no fim do processo crime haja condenação de pessoa que se comprove ser o autor do perfil, o que parece prescindir de qualquer critério de necessidade, conveniência, proporcionalidade e adequação, apontando, também, para uma ideia de automaticidade. Exigir-se-á, apenas, a mediação judicial, enquanto garante da verificação formal dos respetivos pressupostos.

¹¹⁸⁷ E não esquecendo a possibilidade excepcional de dispensa de transcrição da decisão condenatória de pessoa singular em pena de prisão até um ano ou em pena não privativa da liberdade (art. 13.º da Lei n.º 37/2015).

¹¹⁸⁸ Entre nós, a questão tem sido aflorada doutrinariamente e jurisprudencialmente. Em termos doutrinários, INÊS FERREIRA LEITE aponta inequivocamente para a natureza automática da ordem («A nova base de dados de perfis de ADN», *Boletim Informativo* da FDUL-IDPCC, Ano 1, Ed. 5, out.-nov. 2009, acessível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=XFmKf-Zy5pM%3D&tabid=622> [nota 16]); PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE pronuncia-se no sentido da inconstitucionalidade de um entendimento que dispense a necessidade de fundamentação (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Ed. Universidade Católica Ed., Lisboa, 2008, anot. ao art. 172.º (notas 12 e 13); no mesmo sentido, MARTA MADALENA BOTELHO (*Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico. Em Especial, os Problemas Jurídico-Penais da Criação de Uma Base de Dados de ADN para Fins de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 254). Na jurisprudência, neste sentido, cfr. Ac RL de 11-10-2011 (rel. Des. Agostinho Torres). Em sentido contrário, o nosso «Perfis de ADN de Arguidos-Condenados (O artigo 8.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)», *loc. cit.*, pp. 97-126 e, na jurisprudência, Ac RE de 15-05-2012 (rel. Des. António J. Latas).

Parecendo sufragar um entendimento de automaticidade, embora não suficientemente explicitado, apesar de considerar materialmente inconstitucional a manutenção por período de tempo desproporcionado, face ao Ac. do TEDH *S. e Marper c. Reino Unido*, BENJAMIM S. RODRIGUES, *Da Prova Penal T. I...*, cit., p. 781.

¹¹⁸⁹ Esta confusão parece evidenciada na decisão que deu ensejo ao recurso do MP, e, de certa forma, nesta mesma peça, transcrita em HUGO LUZ DOS SANTOS, «Recurso de Apelação. Falta de Fundamentação da Decisão de Extração de ADN. Derrogação do Mandado de Esgotante Apreciação do Ilícito», *RMP*, Ano 34, n.º 135, jul.-set. 2013, pp. 189-228.

em termos gerais e abstratos para justificar a ordem de recolha ou se, ao invés, intercederia alguma razão que, excecionalmente, desaconselhasse ou tornasse desnecessária a ordem de recolha de amostra (*v.g.* ordem de recolha já ordenada noutro processo, possibilidade de transição do perfil do condenado a partir do ficheiro de “amostras-problema”, idade ou fase terminal de doença do condenado).

Vigoriaria, assim, a regra da automaticidade, sem prejuízo de, excecionalmente, mediante requerimento do arguido e o juiz o entendesse, poder afastar-se a ordem de recolha de amostra¹¹⁹⁰.

Em conclusão, o recorte da ordem de obtenção de amostra aproximar-se-ia, assim, quanto a nós, de um regime de ordem judicial *quase automática*, enquanto efeito substantivo derivado de uma condenação penal¹¹⁹¹, não dispensando a concreta exigência constitucional da respetiva fundamentação. A alternativa a este modelo reconduzir-se-ia a um casuísmo judicial, gerador de assimetrias de critérios, não previstos legalmente, a que a jurisprudência dificilmente daria uma resposta satisfatória e contrariaria a finalidade de criação de uma base de dados coerentemente estruturada¹¹⁹².

Também relativamente a outros elementos literais normativos no tocante à natureza da ordem se vem fazendo sentir alguma controvérsia, potenciada pela ambiguidade da redação da lei, designadamente no que respeita à interpretação do segmento normativo que admite a ordem de recolha em caso de *substituição* de pena de pelo menos três anos de prisão e à questão da coercibilidade para a recolha.

Cabe nesta interpretação a *suspensão da execução* da pena de prisão? Será apenas admitida a interpretação de caber na expressão o conjunto de outras penas substitutivas¹¹⁹³? Uma ideia de coerência sistémica parece nada fazer rejeitar aquela hipótese, sobretudo num quadro em que a pena de suspensão de execução da prisão assume autonomia no tocante à sua “*execução*” e à sua teleologia, podendo classificar-se como pena de substituição¹¹⁹⁴. Cremos que, em definitivo, será de aceitar a ordem de recolha de bioamostra para obtenção de perfil genético,

¹¹⁹⁰ Podendo, no fundo, ver-se aí um *lugar paralelo* ao contemplado no art. 13.º da Lei n.º 37/2015 (ex art. 17.º da Lei n.º 57/98), quando o juiz autoriza a não transcrição da decisão para certos fins, dos certificados de registo criminal.

¹¹⁹¹ Em nada se assemelhando a uma operação de mero automatismo burocrático de transcrição e registo de decisão condenatória em ficheiro de antecedentes criminais, como é o preenchimento do boletim de registo criminal.

¹¹⁹² Contra a posição de automaticidade, o Ac. RE de 15-12-2015 (rel. Des. Clemente Lima).

¹¹⁹³ Entre as quais a pena de multa de substituição (art. 43.º do CP), a permanência na habitação (art. 44.º do CP), a prisão por dias livres (art. 45.º do CP), a semi-detenção (art. 46.º do CP), na medida em que pressupõem também formas institucionais de penas curtas de prisão.

¹¹⁹⁴ Neste sentido, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II – As Consequências Jurídicas do Crime*, Ed. Notícias, Lisboa, 1993, pp. 337 ss.

ainda que a pena (entre três e cinco anos) de prisão tenha sido *substituída* pela suspensão da sua execução¹¹⁹⁵.

Relativamente à questão do consentimento e da coercibilidade, deixaremos algumas breves nótulas, com a consciência de que o problema suscita muitas outras implicações^{1196 1197}. Deve recordar-se que os problemas do consentimento e da coercibilidade se colocam quer no que respeita à análise de ADN no momento e meio probatório de investigação criminal, quer como efeito (substantivo) de uma condenação, em termos distintos.

Na doutrina nacional alguns autores admitem a coercibilidade através da utilização da força física, bem como outros que a rejeitam em absoluto¹¹⁹⁸, havendo ainda um terceiro grupo que assimila a coercibilidade a uma cominação sancionatória (de prática do crime de desobediência), mas não admitindo a utilização da *vis physica*.

Paulo Pinto de Albuquerque surge como um dos autores que sufraga a posição de a coercibilidade poder assumir diferentes facetas, consoante se esteja na investigação criminal ou na recolha pós-sentencial, defendendo que só na primeira, pela circunstância de se tratar de uma medida excecional, se pode fazer uso da força física¹¹⁹⁹. O mesmo Autor, quando confrontado com a admissibilidade da utilização de coercibilidade com recurso à força física, no tocante à recolha de amostras biológicas de condenados (nos termos do art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008), rejeita tal hipótese, sustentando a natureza excecional da norma do art.

¹¹⁹⁵ Contra, o Ac RP de 16-10-2013 (rel. Des. Castela Rio).

¹¹⁹⁶ É evidente que o tratamento em geral destas questões – que poderia envolver a problematização do dever de cooperação, ativa ou passiva, do arguido, do recorte das categorias do consentimento e da coercibilidade – suscitaria todo um outro alcance de abordagem, que não cabe nas finalidades deste trabalho.

¹¹⁹⁷ Quando se coloca a questão relativamente aos “inimputáveis perigosos”, a mesma apresenta-se ainda muito mais problemática, mas que, de algum modo, pode auxiliar a compreensão do problema relativo aos imputáveis. Será que aqueles arguidos (inimputáveis perigosos) podem expressar um consentimento livre e informado, e, como tal, dispensar a intervenção de um eventual representante? Será este que deve(ria) suprir a “impossibilidade de manifestação de vontade” do inimputável, prestando ou recusando o consentimento? Ou não haveria, quanto a eles, possibilidade de recusa, estabelecendo-se assim uma situação de desigualdade de tratamento para com os imputáveis (se a estes fosse reconhecida a prerrogativa de se oporem à recolha)?

¹¹⁹⁸ Também alguma jurisprudência, como o Ac RE de 13-12-2011 (rel. Des. Alberto J. Borges): «I. A recolha prevista no n.º 1 do art.º 8 da Lei 5/2008 (...) 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 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.».

consultável em http://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Estudos/TRE13122011Borges_2.pdf.

¹¹⁹⁹ Esclarecendo que «para realização do exame a autoridade judiciária deve (...) proceder do seguinte modo: primeiro, ordena a realização do exame com a cominação do artigo 348.º, n.º 1, al.ª b), do CP, e, caso a recusa persista, ordena o uso da força (ser “compelido”). Ao recusar a ordem, o examinando comete o crime de desobediência cominado e torna justificável o uso da força. O uso da força é uma medida de última instância, mas indispensável, pois de outro modo seria fácil ao examinando impedir a recolha de prova em casos graves, se isso só custasse a punição, menos grave, a título de desobediência. Se necessário, pode ser ainda ordenada a detenção do examinando pelo tempo indispensável à realização de exame presidido por autoridade judiciária, em caso de falta injustificada a anterior diligência (acórdão do TC n.º 161/2005 ...) (...). Estas regras não prejudicam legislação, como a que resulta do artigo 158.º do CESt (a recusa de sujeição a exame para detecção do álcool ou de drogas é punida como crime de desobediência)» (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., p. 463).

172.º, n.º 1 do CPP, enquanto meio de obtenção de prova, restando ao «(...) tribunal fazer acompanhar a ordem de recolha da amostra com a incriminação do artigo 348.º, n.º 1, al.ª b) do CP»¹²⁰⁰.

Maria do Carmo S. Dias, em escrito anterior à jurisprudência dos Acórdãos TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e à Lei n.º 5/2008, defendeu a inadmissibilidade da utilização da força ou constrangimento físico, nos casos de recolha de amostras biológica para determinação de perfil de ADN, nos casos em que o visado não preste consentimento¹²⁰¹. Benjamim S. Rodrigues, já no quadro normativo *post* Acórdãos TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e Lei n.º 5/2008, reitera tal posição, já no que respeita à medida que se reconheça como necessária e conveniente em sede de investigação criminal, quer no que respeita a arguidos condenados, para execução da ordem de recolha prevista no art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008¹²⁰². Discutindo, o significado normativo do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, entende que deve o mesmo sofrer uma redução teleológica, a que chama de *interpretação restritiva*, devendo a expressão «(n)inguém pode eximir-se ...» significar «(n)inguém deve eximir-se», em nome do que o Autor sugere uma «cidadania activa e colaboradora da justiça, mas não é exigível que alguém não possa “eximir-se” em nome do seu irrenunciável direito de defesa, presunção de inocência e *privilege against self-incrimination* ou proibição de autoincriminação»¹²⁰³.

Por outro lado, o referido Autor insurge-se contra qualquer tentativa de reabilitar processualmente a utilização de amostras biológicas do arguido obtidas para outros fins que não os do concreto processo penal (p. ex., de saúde ou de procriação artificial), bem como de

¹²⁰⁰ *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., p. 468.

¹²⁰¹ Afirmando que «(...) não havendo lei ordinária expressa que regule esta forma de “intromissão no direito à autodeterminação informacional”, o julgador, “aplicando directamente os preceitos constitucionais, devidamente interpretados e concretizados”, terá de concluir que é ilegítima a “recolha de impressão digital genética” sem o consentimento (esclarecido e informado) do arguido» («Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial», *RCEJ*, N.º 3 – 2.º Semestre 2005, p. 211).

¹²⁰² Defendendo a inadmissibilidade da força física, faz notar que «(...) o legislador português, com a Lei n.º 5/2008 não pretendeu “legitimar” a recolha coactiva, contra a vontade do visado, de elementos biológicos com vista a posterior perícia de ADN. (...) Não cremos que, face à actual redacção da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, se possa legitimar, quer o uso da força no caso de recusa do visado pela intervenção corporal, já [que] a lei apenas refere, no art. 8.º, n.º 1 que a recolha de amostras em processo-crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido. Nem se diga que a remissão para o artigo 172.º, n.º 1, do CPP resolve o assunto, já que, como vimos defendendo, tal artigo trata dos exames e não das perícias genéticas e aborda as situações em que se proceda a “exame exterior dos vestígios no corpo” sem qualquer intervenção que altere o equilíbrio bio-psicológico do indivíduo. Apesar do teor da letra – «Se alguém pretende eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente» –, o que é certo é que o legislador não explicita o que se deve entender por “compelir”» (*Da Prova Penal T. I...*, cit., pp. 546-547.)

¹²⁰³ O mesmo Autor, ao longo da obra citada, reitera recorrentemente o mesmo entendimento, manifestando, naturalmente, a sua discordância face ao sentido dos acórdãos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007, por deixarem aberta a possibilidade de uma interpretação conforme à Constituição da utilização da força física para recolha de amostras biológicas com vista à determinação de perfis de ADN, apesar de – não se tendo efetivamente pronunciado sobre hipóteses de emprego da força física, mas apenas de iminência da força – consagrarem a reserva jurisdicional absoluta para a sua autorização, em homenagem ao que teoriza como o seu “Modelo Dinâmico-Reversivo de Ciência Forense Genética” (*Da Prova Penal T. I...*, cit., pp. 549, 500, 503, 505 e *passim*).

amostras obtidas sem conhecimento do visado, através de pontas de cigarros ou de copos facultados ao arguido com o propósito de obter vestígios de saliva para analisar e fixar os perfis genéticos¹²⁰⁴, assimilando tais procedimentos à hipótese de perturbação da liberdade de vontade ou decisão, enquanto “meios enganosos” ou “desleais”, ao abrigo dos artigos 25.º, n.º 1 e 32.º, n.ºs 1 e 2 da CRP, e 126.º, n.º 2, al. a) do CPP. É certo que não se pronuncia sobre a hipótese sugerida por alguma doutrina espanhola – face ao que entendem ser o quadro normativo que impede a recolha coativa de amostras –, no sentido de admitir a recolha posterior de amostras biológicas sem o conhecimento do arguido, ainda que forma *não desleal* (recolha documentada de amostras biológicas do arguido em situações de inadvertência), quando o sujeito passivo *abandone* espontaneamente tais amostras, através de secreções e excreções, de objetos pessoais contendo restos ou vestígios corporais (lenços, copos, talheres, pontas de cigarros), com garantia da “cadeia de custódia” da amostra¹²⁰⁵, o que se torna mais moroso e dispendioso para a polícia e demais entidades de investigação.

Para outro grupo de autores, a questão da coercibilidade assume uma *nuance* em termos de não contemplar a possibilidade de recurso à utilização da força física. Neste podem incluir-se Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos¹²⁰⁶, que manifestaram a sua adesão à posição de Sónia Fidalgo, entendendo que, efetivamente, os artigos 172.º, n.º 1 do CPP e 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, estipulam a obrigatoriedade de sujeição a *exames* ou *perícias* para determinação do perfil genético: o primeiro dispendo que «se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente», e o segundo que «ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostre necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei». Sufragam a posição de que, não cominando a lei qualquer consequência para a recusa à sujeição ao exame médico-legal, «(...) deverá entender-se que ela consiste também na sua realização forçada por decisão da autoridade competente», recaindo tais obrigações sobre

¹²⁰⁴ *Da Prova Penal T. I...*, cit., p. 553.

¹²⁰⁵ É a posição de alguns Autores espanhóis, entre os quais se conta M. DE HOYOS SANCHO, que expressa o entendimento seguinte, mesmo após a Ley Orgánica n.º 10/2007: «En conclusión, al día de hoy, ante la negativa del sospechoso, detenido, imputado o acusado a prestar las muestras celulares para obtener el ADN no codificante, incluso con orden judicial acordándolo, no le quedará más remedio a la Policía que seguir esperando al “abandono” de muestras indubitadas – esputos, excrecencias, abandono de objetos personales con restos corporales... –, ya que seguimos sin disponer de la norma habilitante para la obtención coactiva de tales muestras corporales del sospechoso, actuación que como hemos expuesto conllevaría una mínima injerencia en la integridad física, por no decir casi inexistente» («Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», *Curso La Ilícitud de las Pruebas en Proceso Penal*, 1.ª ed., Centro de Estudios Jurídicos, 2012, p. 10). No mesmo sentido, SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, «El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores, Parte I», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 34, 2011, pp. 51-98.

¹²⁰⁶ Já após os Acs. TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 e a *Reforma Penal de 2007*; Cfr. *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, p. 30 (nota 60).

qualquer pessoa, ainda que não arguido, só suscitando problemas quando o objeto do exame (ou da perícia, nos termos da remissão do art. 172.º, n.º 2 do CPP) é a própria pessoa e ela a isso se opuser.

Sónia Fidalgo¹²⁰⁷, ao questionar inicialmente os dados do problema – em data anterior à dos arestos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 bem como da *Reforma Penal de 2007* –, aflorou a questão do significado da expressão ser *compelido*, nomeadamente sobre se poderia implicar a admissibilidade do *recurso à força* na situação de uma recusa de sujeição, respondendo negativamente à mesma. Afirmaria, contudo, que o relutante poderia ser “compelido”, sem que lhe seja reconhecido o “direito de recusar o exame” e que a recusa poderia fazê-lo incorrer em crime de desobediência, se tal lhe fosse cominado pela autoridade processual.

Assim, nesta posição doutrinal, a *coercibilidade* é assimilada à cominação sancionatória, exautorando-se, no entanto, o recurso à utilização da força física.

Inês Torgal Pedroso da Silva, por seu turno, pronuncia-se no sentido da existência de uma habilitação legal para que a recolha coerciva de amostras biológicas possa implicar o recurso à força física, distanciando-se da construção de Paulo Pinto de Albuquerque, apesar de lhe reconhecer aparente correção no seu raciocínio, defendendo existir «(...) um mínimo de suporte legal para sustentar uma extensão teleológica no sentido de aos condenados também ser possível a colheita coerciva, sem enveredar pelo domínio da analogia proibida (...)»¹²⁰⁸. Com essa asserção, a Autora parece alargar a admissibilidade da coerção ao uso de força física, quer à medida de recolha de amostra biológica para determinação de perfil genético em sede de investigação criminal – que concorda ser excecional, de restrição de direitos fundamentais, como tal não comportando a aplicação analógica –, quer relativamente à colheita de amostras em condenados. Essa ideia é retomada e reforçada adiante, quando refere que «(...) ainda existe um mínimo de suporte legal para sustentar uma interpretação extensiva no sentido de aos condenados também ser possível a colheita coerciva»¹²⁰⁹.

Artur Pereira pronuncia-se no mesmo sentido, argumentando – quanto a nós, de modo procedente – com o sentido dos trabalhos preparatórios da *Reforma Penal de 2007* e o conteúdo final das alterações introduzidas ao CPP em 2007 (*maxime* ao art. 172.º), na sequência dos Acs. TC n.ºs 155/2007 e 228/2007. Lembra este autor que o descartar das versões propostas nos projetos de lei do CDS-PP e do PCP, de idêntica redação, para o art. 172.º, n.º 1 do CPP («se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a

¹²⁰⁷ Cfr. «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *loc. cit.*, p. 135 e (nota 74).

¹²⁰⁸ «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 - N.º 15, 2011, p. 178.

¹²⁰⁹ *Idem*, *loc. cit.*, p. 179.

facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão do juiz»¹²¹⁰), deveriam ter inequivocamente esse sentido: o de consagrar o entendimento de que «ser compelido a fazer um exame só pode significar poder sê-lo pela força»^{1211 1212}.

Por outro lado, ainda, tomando este Autor a natureza da ordem de recolha de bioamostras em condenados como «(...) “pena acessória”¹²¹³ a que o condenado haverá que submeter-se», opõe-se ao entendimento de Paulo P. Albuquerque, sufragando a admissibilidade da sua recolha coativa, sob pena de, se assim não fosse, se esvaziar «(...) um dos objectivos principais da própria Lei n.º 5/2008», que é o de povoar a base de dados de perfis de ADN com ... perfis de ADN¹²¹⁴.

Afigura-se-nos que no contexto da recolha de amostra biológica enquanto meio de prova em investigação criminal, se torna mais inequívoco este posicionamento, no sentido de existir habilitação normativa bastante, admitindo um paradigma autorizante do recurso à força, emergente do complexo normativo dos artigos 61.º, n.º 3, al. d), 269.º, n.º 1, als. a) e b), 154.º, n.ºs 1 e 3, 172.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, e 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, entendimento que não encontra nenhum obstáculo decisivo à sua sustentação, quer de índole constitucional ou de ordem jusinternacional.

A idêntica solução, no âmbito da recolha de amostras biológicas relativamente a condenados, se pode chegar, não exibindo a mesma solidez no plano do direito positivo; todavia, o quadro legal vigente não nos parece inviabilizar, de um ponto de vista da ponderação dos interesses e direitos fundamentais envolvidos, a sua admissibilidade. É certo que a configuração da ordem de recolha como efeito substantivo de uma decisão condenatória, deve ser rodeada de algumas cautelas procedimentais quanto à sua execução ou produção, atenta a necessidade de ingerência corporal, o que será conveniente que o legislador se apresse a esclarecer. Em todo o caso, uma solução que definitivamente contrariasse a recolha coerciva, inviabilizaria o propósito da constituição da base de dados de perfis genéticos.

Os argumentos no contexto destas temáticas são acentuados por uma incompreensível ambiguidade do legislador. Falamos em “ambiguidade” naqueles casos em que, apesar de decantadas as questões por controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, o mesmo teima em as

¹²¹⁰ Projecto de Lei n.º 368/X, in DAR, II Série A, N.º 52, de 09-03-2007, pp. 24 e 53.

¹²¹¹ «Da Prova. Âmbito, Especificidades e Valor Probatório», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, p. 406 (nota 106).

¹²¹² Acrescenta ainda que «(...) o entendimento generalizado, que as alterações ao CPP [pela *Reforma Penal de 2007*], vieram reforçar, vai no sentido de que, apesar de se reconhecer que a recolha de amostras biológicas colide com o direito à integridade física e, eventualmente, a realização da perícia com o direito à autodeterminação informacional, a sua lesão se considera proporcional (suspeitas fundadas, intervenção mínima e adequada ao fim) face aos interesses contrapostos de realização da justiça e descoberta da verdade material» (*loc. cit.*, p. 406).

¹²¹³ Pressupondo-se que a alusão a “pena acessória” não assume um significado técnico-jurídico rigoroso.

¹²¹⁴ *Idem, loc. cit.*, p. 406 (nota 107).

deixar em aberto, como é o caso de Espanha – e de Portugal –, no que concerne à admissibilidade da coercibilidade, *maxime* da utilização da força física, para recolha de amostras biológicas com fim de determinação de perfil de ADN.

Devemos ainda esclarecer que, ao falar-se em recurso à força física, perante a recusa do condenado em colaborar (passivamente¹²¹⁵) na diligência a que se pretende submetê-lo, nos referimos à utilização de meios coercivos estritamente necessários e adequados à finalidade pretendida (recolha de bioamostra), com respeito pela dignidade pessoal e sem consequências irreversíveis, podendo configurar ofensa à integridade física mínima e justificada. O recurso à força física terá de ser concebido como um expediente que há-de salvaguardar sempre a dignidade pessoal e o pudor do visado, o que nos parece compatível com o método de zaragatoa bucal (emprego de um “cotonete”, para recolha de células na mucosa bucal). Não será este procedimento que, em si mesmo considerado, constituirá o emprego da força¹²¹⁶, mas os meios coercivos necessários a realizá-lo, o que pode variar em função do grau de resistência ou oposição do visado.

Pode considerar-se que a concretização da ordem de recolha de amostra para obtenção de perfil de ADN de arguido-condenado pode envolver o emprego da força física, mas cremos que tal não contende de forma inconciliável com a prerrogativa da manutenção dos direitos fundamentais à integridade física, à privacidade e à autodeterminação informacional, tratando-se de medidas inerentes à sua execução (art. 30.º, n.º 5 da CRP). Por fim, a opção por um modelo que fizesse depender a efetividade da ordem de recolha do consentimento do condenado – ou, alternativamente, se o mesmo não se verificasse, de uma mera cominação sancionatória – defraudaria o que parece ter sido o propósito assumido do legislador de preencher a base de dados de perfis de ADN de forma “faseada e gradual” (art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008), abandonado que foi o propósito originário da intenção da criação de uma “base [de perfis] universal”.

O funcionamento do mecanismo, em sede de aplicação de medida de segurança a inimputáveis perigosos, nos termos do n.º 3 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, comporta particularidades que justificam considerações autónomas, essencialmente no tocante às questões da (des)necessidade de assistência por defensor nas operações de recolha e do consentimento e da coercibilidade.

¹²¹⁵ Já um comportamento como cuspir numa lâmina integraria um tipo de colaboração ativa.

¹²¹⁶ Entendemos que o método de recolha de ADN por zaragatoa bucal não integra comportamento típico de ofensa à integridade física.

De acordo com aquela norma, caso haja declaração de inimputabilidade e ao arguido seja aplicada uma medida de segurança, nos termos do n.º 2 do art. 91.º do CP¹²¹⁷, 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.

Um dos requisitos para a aplicação desta norma é a declaração de inimputabilidade¹²¹⁸: de acordo com o art. 20.º, n.º 1 do CP, é considerado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for *incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação*. A determinação da inimputabilidade está, por seu turno, condicionada à existência de dois pressupostos: um, biológico (anomalia psíquica), o outro, psicológico (incapacidade para avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de harmonia com essa avaliação). O n.º 2 do art. 91.º do CP acrescenta que, quando o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos, o internamento tem a duração mínima de três anos, salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social. A lei, relativamente aos condenados inimputáveis, optou por limitar os casos em que é possível a recolha de amostra biológica: só é possível a recolha de amostra biológica nos termos do art. 8.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008, relativamente a inimputáveis [perigosos] a que for aplicada medida de segurança nos termos do art. 91.º, n.º 2 do CP ou seja, se for condenado por crime contra as pessoas ou crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos, e o internamento tenha uma duração igual ou superior a três anos.

O critério enunciado pelo legislador estará relacionado com a equiparação do tempo de internamento à medida concreta da pena de prisão, ou seja, tal como no art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008 a recolha de amostra em condenado só é possível a quem for condenado por crime doloso a uma pena de prisão igual ou superior a três anos, a recolha de amostra nos termos do n.º 3 só é possível relativamente ao inimputável que for condenado numa medida de segurança, cuja duração mínima é de três anos.

Contudo, o tratamento dado pelo legislador aos inimputáveis como pressuposto da ordem de recolha de amostra na sequência de condenação, não é igual ao tratamento dado aos

¹²¹⁷ De acordo com o n.º 1 do art. 91.º do CP, quem tiver praticado um facto ilícito típico e for considerado inimputável, nos termos do art. 20.º, é mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura ou segurança, sempre que, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, houver fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie. Este internamento é destinado à ressocialização do agente através da sua cura ou tratamento, de resto impostos por os seus destinatários serem inimputáveis em razão de anomalia psíquica. Durante o tempo em que vise cumprir-se a finalidade de socialização, cumprir-se-á igualmente, de forma mediata e indireta uma função de segurança. Esta surge com autonomia sempre que, à partida, a função de tratamento (e eventualmente de cura) se revele de consecução impossível, por se estar perante um incurável (segundo o estado do conhecimento da Medicina e da Psiquiatria) ao qual se ligue a nota de incorrigibilidade da sua atuação anti-social (assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*, Ed. Notícias, Lisboa, 1993, p. 455).

¹²¹⁸ Como iremos verificar, desta norma fica excluída a inimputabilidade em razão da idade, nos termos referidos no art. 19.º do CP.

condenados não inimputáveis, uma vez que nos termos do art. 8.º, n.º 2, a condenação exigida pode corresponder a crimes dolosos de qualquer natureza. No caso dos inimputáveis a exigência é distinta, pois no art. 8.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008, ao remeter-se para o art. 91.º, n.º 2 do CP, verifica-se uma dupla limitação: só será admissível a recolha de bioamostra relativamente ao inimputável que praticar facto qualificado como crime contra as pessoas ou crime de perigo comum punível com pena de prisão superior a cinco anos. Donde, o estabelecimento de uma delimitação no elenco material dos ilícitos que fundamentam a recolha de amostras biológicas em condenados inimputáveis. Basta pensar no seguinte exemplo: se um imputável for condenado por um crime de furto qualificado, numa pena de prisão de quatro anos, de acordo com o disposto no art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008 é ordenada a recolha de amostra biológica; contudo, se os factos que integram esse ilícito [de furto qualificado] forem praticados por quem for considerado inimputável, dado não se tratar de crime contra as pessoas nem de crime de perigo comum, não lhe poderá ser aplicada a medida de segurança prevista no art. 91.º, n.º 2, do CP e, conseqüentemente, não lhe poderá ser oponível a ordem de recolha de amostra biológica, nos termos do art. 8.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008. Um tal critério poderá ser discutível, mas trata-se de uma solução tão válida como outra, ponderada pelo legislador, que porventura se afigurou como mais equilibrada de forma a poder constituir critério de correspondência entre imputáveis e inimputáveis perigosos.

Por outro lado, a recolha de amostras em inimputáveis suscita outras questões ambíguas, a que o legislador parece não ter querido dar resposta direta na Lei n.º 5/2008. Uma delas, prende-se com os pressupostos formais da ordem de recolha e dos aspetos respeitantes ao próprio modo técnico da recolha, ao cumprimento das obrigações de informação a que se refere o art. 9.º da Lei n.º 5/2008. Por outro lado, acresce o problema do consentimento e da execução coerciva da recolha da amostra biológica no arguido inimputável condenado.

Todos esses problemas, que podem ter repercussão essencialmente prática, incidem sobre o modo de execução da ordem de recolha nos inimputáveis, atendendo à dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de o inimputável entender o sentido e alcance dessa operação de recolha.

Várias soluções são, virtualmente, possíveis atendendo ao nosso ordenamento jurídico. Uma solução – de que nos distanciamos –, seria a de considerar um regime equivalente ao estabelecido na Lei de Saúde Mental relativo ao consentimento. Na verdade, de acordo com este diploma legal, é possível ao internado passar de um regime de internamento compulsivo para um tratamento em regime ambulatorio, desde que o mesmo preste o seu “consentimento” aceitando as condições fixadas para o tratamento (art. 33.º, n.º 2 da Lei n.º

36/98, de 24-07). Tal regime não parece ser compatível com o espírito da Lei n.º 5/2008. Por outro lado, trata-se de um diploma cuja filosofia e princípios informadores se afastam substancialmente dos princípios inerentes ao direito penal e processual penal. A solução de o próprio inimputável poder prestar, ou recusar, o consentimento, afigura-se nos contraditória em si mesma, atendendo à sua incapacidade de discernimento para se aperceber do sentido e alcance da ordem de recolha de amostra (e determinação do perfil para a finalidade legal) e, eventualmente, para exercer um juízo de avaliação da sua legalidade e da regularidade da sua execução. Uma outra possibilidade seria a nomeação de um curador provisório. Estando o inimputável condenado numa medida de segurança e, não sendo o mesmo dotado das condições biopsicológicas que lhe confirmam capacidade para entender o sentido e alcance da ordem de recolha de amostra biológica, quer as questões formais, quer a questão material da coercibilidade, a nomeação de um curador provisório, caso o mesmo não tenha um representante legal (judicialmente nomeado em ação de interdição ou de inabilitação) iria assegurar que o inimputável estivesse adequadamente “representado”. Uma tal solução, bem como a sua eventual representação pelo tutor ou curador, é concebida preferencialmente para questões do foro civilístico¹²¹⁹. Considerando que no diploma processual penal se resolve a questão das incapacidades de uma forma diferente da estabelecida no Código de Processo Civil, também parecerá que esta não será uma solução compatível. O modo de representação processual dos inimputáveis, a propósito da recolha de amostra em condenado em medida de segurança, deverá encontrar-se dentro dos princípios do Código de Processo Penal, concretamente através da obrigatoriedade de nomeação de defensor: de acordo com o art. 64.º, n.º 1, al. d) do CPP, é obrigatória a assistência de defensor em qualquer ato processual sempre que relativamente ao arguido se suscitar a questão da inimputabilidade ou imputabilidade diminuída¹²²⁰.

Entendemos, assim, que a presença do defensor será necessária e suficiente para que se possam praticar atos como a recolha de amostra biológica para determinação de perfil de ADN. Desde logo, relativamente à verificação dos pressupostos formais da ordem de recolha, ninguém estará em melhores condições do que o defensor para os escrutinar e, caso seja necessário, será ele que em melhor situação – por dispor de conhecimentos técnico-jurídicos – se encontra para reagir contra uma ordem ilegal ou contra a execução irregular de uma ordem legítima. Além disso, no cumprimento das obrigações de informação do art. 9.º da Lei n.º

¹²¹⁹ Quando se pretenda acautelar a tutela dos interesses de algum incapaz – através da instauração ou contestação de uma ação em juízo – a lei prevê que lhe possa ser nomeado um curador provisório para o suprimento da sua incapacidade judiciária (artigos 16.º e 17.º do NCPC).

¹²²⁰ Além disso, esta exigência é de tal forma importante que o legislador comina com uma nulidade insanável a não presença de defensor quando esta é obrigatória, como no caso dos atos praticados em que se suscite a inimputabilidade - art. 119.º, al. c) do CPP.

5/2008, as mesmas deverão ser pessoalmente transmitidas ao inimputável, na presença do seu defensor, como garantia de que as mesmas são efetivamente observadas, o qual se coloca em posição de sindicá-las a sua correta comunicação.

Por outro lado, quanto à questão do consentimento e da coercibilidade, entendemos que neste *conspetu* nenhuma diferenciação se justifica fazer relativamente à posição por nós assumida quanto ao regime estabelecido para os condenados imputáveis. Como sabemos, a recolha coerciva da amostra biológica terá necessariamente de se realizar pelos meios estritamente necessários e adequados à finalidade pretendida, com respeito pela dignidade da pessoa humana e da dignidade do visado, não diferindo da recolha de amostra em condenados imputáveis, com exceção da exigência da presença do defensor. No caso dos inimputáveis condenados em medida de segurança, a presença do defensor é essencial, caso tenha de ser feita uma recolha de bioamostra de forma coerciva ao mesmo, a fim de assegurar que o mesmo possa avaliar se é usado o meio necessário e adequado à recolha de amostra e se tal recolha não viola os direitos fundamentais do inimputável condenado, nomeadamente, a sua dignidade pessoal e o seu pudor. A realização de todos os atos e operações procedimentais referidos, na presença do defensor e no cumprimento das normas estabelecidas, parece-nos satisfazer as exigências de tutela dos direitos de defesa do arguido inimputável, e, conseqüentemente, o escrutínio da validade formal e substancial da ordem de recolha de amostra biológica para fins de determinação de perfil genético e da sua execução.

8. As formas de ingerência corporal com finalidades probatórias em especial (cont.): a detecção e determinação de substâncias no corpo enquanto elemento constitutivo típico de crimes

8.1. Introdução

8.1.1. Os crimes de posse e de “detenção corporal” de substâncias

8.1.2. Proibições absolutas e proibições relativas de consumos de substâncias

8.2. A relevância criminal da presença de álcool e de droga no corpo associada ao exercício de atividades que potenciam perigo

8.2.1. O álcool na condução rodoviária

8.2.2. O álcool na caça

8.2.3. O álcool na detenção, uso e transporte de armas

8.2.4. O álcool na detenção e circulação pública com animais perigosos ou potencialmente perigosos

8.2.5. A droga: generalidades sobre o regime sancionatório do consumo

8.2.6. A droga na condução rodoviária

8.2.7. A droga na caça

8.2.8. A droga na detenção, uso e transporte de armas

8.2.9. A droga na detenção e circulação pública com animais perigosos ou potencialmente perigosos

8.2.10. De um mapa de discontinuidades sistémicas a um regime geral coerente relativo à fiscalização e detecção de álcool e de droga no corpo

8.3. As substâncias e métodos proibidos para efeitos de controlo de dopagem

8.3.1. Introdução

8.3.2. O problema do bem jurídico no regime da prevenção e combate ao *doping*

8.3.3. O regime sancionatório da dopagem

8.3.4. A estrutura especial de imputação subjetiva das condutas de dopagem e implicações probatórias: um critério de suficiência de prova (para as instâncias disciplinares desportivas) com base num juízo de *probabilidade preponderante*

8.3.5. A responsabilidade objetiva (“strict liability”) e o princípio da culpa

8.3.6. A não punibilidade criminal dos praticantes dopados e o impacto probatório do resultado positivo das medidas de controlo antidopagem relativamente a terceiros

8. As formas de ingerência corporal com finalidades probatórias em especial (cont.): a detecção de substâncias no corpo enquanto elemento constitutivo típico de crimes

8.1. Introdução

O conjunto de considerações que ora se empreende tem de comum entre si a circunstância de haver opções político-criminais que classificam como proibidas a mera detenção de certas substâncias, ou o seu consumo acima de certo limite quando associado à prática de determinadas atividades.

Sendo proibido – para o que importa, *proibição* com efeitos criminais – o consumo de algumas substâncias, tal factualidade terá de ser demonstrada processualmente, e não a mera posse ou detenção de tais substâncias, ainda que preordenadas, efetiva ou hipoteticamente, ao seu consumo. Importará, assim, distinguir entre crimes de posse e de consumo.

As implicações e exigências probatórias do consumo proibido de substâncias operam ao nível da identificação e determinação/quantificação da substância após a ingestão e atividade no organismo humano.

É pacificamente aceite a existência de indicações médicas, sociais, religiosas, morais e ideológicas – que seria ocioso reproduzir aqui – tendentes a não admitir a produção, comercialização e consumo indiscriminados de certo tipo de substâncias, cujos efeitos comprovadamente nefastos para a saúde do consumidor e para uma saudável convivência social, justificam uma intervenção do poder estadual. Esta poderá, em certos casos, colidir com a esfera da autonomia individual e até do direito à autocolocação em perigo do visado, tomado este como sujeito a salvaguardar (doente, paciente) de consumos aditivos ou toxicodependências.

Desde sempre a Humanidade se tem confrontado com a vertigem de potenciar as suas capacidades e testar os seus limites físicos e psíquicos, recorrendo a substâncias, naturais ou sintéticas, como meio de possibilitar um acréscimo de criatividade intelectual ou artística, de capacidade de gestão do quotidiano ou de algumas tarefas intelectual ou fisicamente mais exigentes, de evasão ou de aumento do rendimento desportivo, ou com outros fins. A administração e consumo de tais substâncias tem normalmente um custo associado, qual seja o da sua dependência, que pode levar à degradação da condição de normalidade física e mental da pessoa, com todo o cortejo de consequências funestas para o indivíduo e para o seu círculo familiar, social e laboral.

O poder político nem sempre interveio com um discurso proibicionista, relativamente a tais realidades e comportamentos, quase sempre confinadas a reduzidos extratos sócio-

económicos ou profissionais que não causavam significativos problemas políticos de saúde pública, para além de nalgumas sociedades a utilização e consumo de tais substâncias ser uma atividade generalizada e culturalmente enraizada e, por isso, não especialmente censurada ou perseguida.

O Estado liberal ficou, por isso, praticamente indiferente ao fenómeno, face à marginalidade das suas incidências, embora remetesse as condutas para a categoria genérica dos comportamentos de polícia de costumes, enquadrados pelo direito penal correccional, contravencional ou administrativo.

Face aos riscos que representava a crescente massificação de um certo número de atividades – como a circulação rodoviária – associadas aos consumos abusivos de certas substâncias, o legislador do Estado social pretendeu intervir sobre alguns desses fenómenos, cuja progressiva expansão ameaça(va) pôr em causa alguns aspetos de uma regulação social e interindividual (estamos a pensar sobretudo, no consumo de álcool e de drogas), intercedendo, por isso, um *intervencionismo* de feição proibicionista¹²²¹, sobretudo numa fase inicial. Posteriormente, perante a constatação pragmática da impossibilidade de erradicar, de todo em todo, os fenómenos, mas também pelo reconhecimento de uma esfera de autonomia pessoal em que o Estado deve ceder a primazia às opções individuais livres e esclarecidas – ainda que se traduzam em atividades perigosas para a saúde ou a vida dos próprios envolvidos –, passou-se para um modelo de mera regulação. Este modelo, tributário do *regulatory State*, pretendia tão só controlar o consumo de tais substâncias por pessoas que não pudessem exercer a sua autonomia (*v.g.* menores, incapazes) ou quando os comportamentos de consumo estejam associados a certas atividades (*v.g.* condução de veículos, caça, policiamento e vigilância) – centrando-se, mesmo aqui, numa vertente de proibição do “abuso” (do consumo) de substâncias potencialmente danosas.

Todavia, relativamente a outras substâncias e produtos, subsiste um propósito de proibição absoluta (*v.g.* drogas, certos tipos de armas e material pedopornográfico). São opções político-criminais que partem da premissa em que a autocolocação em perigo da pessoa que consome as substâncias tem sempre consequências sociais (custos do seu tratamento no sistema de saúde, custos do sistema de seguros por indemnização de terceiros afetados pelas condutas) e para terceiros (perturbação de relações familiares, interpessoais, laborais e sociais), ou por ser uma conduta ético-juridicamente insuportavelmente danosa para o livre e harmonioso desenvolvimento dos menores envolvidos em práticas pedopornográficas, cujo registo e divulgação se pretende evitar, através da mera posse de tais conteúdos.

¹²²¹ Lembre-se as medidas da chamada «Lei seca» dos EUA, motivada por um proibicionismo de cariz moral (ou de costumes), mas que gerou o efeito perverso de fomentar o crime organizado.

Tentemos ver em que medida se têm colocado as questões probatórias com incidência corporal que um tal programa político-criminal comporta.

8.1.1. Os crimes de posse e de “detenção corporal” de substâncias

O consumo de substâncias com efeitos nocivos no organismo e no conjunto físico-psíquico da pessoa ocorre num momento subsequente a outras atividades, a montante: a produção, a preparação, a embalagem, a distribuição, o transporte, a cedência, a aquisição, a posse e mera detenção de tais produtos.

Por seu turno, a proibição da [mera] posse pode incidir sobre substâncias destinadas a consumo individual [ou grupal] ou relativa a objetos e materiais que não têm tal finalidade, como armas, munições, explosivos ou material pedopornográfico.

Interessando-nos apenas os primeiros – diretamente implicados no nosso objeto de investigação –, reconhecemos a utilidade de referenciar e situar sistematicamente aquelas condutas na classificação doutrinal dos chamados *crimes de posse*. Ponto é que se esclareça desde já que a invocação dos crimes de posse neste contexto só adquire pertinência com a compreensão da sua estrutura de conduta preordenada ao consumo (ou utilização) de substâncias absoluta ou relativamente proibidas, cuja circulação ou comércio se pretende evitar através da incriminação – a título criminal ou de mera ordenação social, administrativa ou contravencional – da mera posse.

Segundo a construção de Eberhard Struensee, a chamada categoria dos crimes de posse circunscreve-se, em rigor, aos casos penalmente relevantes que, de «(...) maneira geral, submetem a posse sem intenções adicionais de uso a uma pena criminal», uma vez que «existem numerosos tipos penais vinculando a reprovação penal da posse de determinadas coisas ao estabelecimento de um certo uso para esses objetos. A esse grupo se integram os tipos que punem o “expor a venda”, “ter em disponibilidade” ou “ter em custódia” os objetos descritos na lei»¹²²². Este conjunto de tipos penais não integra, pois, nessa construção, o elenco dos tipos de crimes de posse.

A crescente previsão de condutas com recorte criminal em que a [mera] posse de substâncias, objetos ou produtos tem sido criminalizada, suscita relevantes questões quanto à conformidade constitucional de uma porventura excessiva antecipação da tutela de bens jurídicos. Por outro lado, parece-nos estar a ser utilizada uma técnica legislativa em que o perigo da posse – de objetos – parece ter como referentes certos elementos como a

¹²²² «Os Crimes de Posse», *RLib*, N.º 12, jan.-abr. 2013, p. 27.

localização da sua ocorrência, o que pode legitimamente colocar alguns óbices quanto aos princípios da tipicidade e da determinabilidade do tipo¹²²³.

Nessa medida, pareceria nem haver razão que justificasse a convocação da categoria doutrinal da figura dos crimes de posse, uma vez que pretende incidir operativamente sobre um distinto feixe de questões, respeitante ao concurso, à conduta exaurida e ao crime permanente; dada, porém, a sua contiguidade categorial relativamente às questões afloradas no nosso estudo, cremos não ser a mesma totalmente destituída de interesse¹²²⁴.

No quadro da presente investigação interessar-nos-á, apenas, a derivação teleológica do crime de posse – ou seja, quanto à utilização que se faça, em termos finais, das substâncias detidas ou possuídas: o seu consumo ou utilização e a relevância da sua presença no organismo humano – e não a sua estrutura ou etiologia¹²²⁵.

Assim, p. ex., a conduta consistente no estado de embriaguez nem sequer suscita especiais questões jurídico-sancionatórias no momento da “mera posse” (desvinculada) da substância (bebida alcoólica). O comportamento que pode relevar criminalmente é a embriaguez, posto que tal estado exceda determinado limiar, no exercício de certas atividades (v.g. artigos 291.º, 292.º e 295.º do CP)¹²²⁶. A posse de bebidas alcoólicas é, em si mesma, uma conduta juridicamente neutra¹²²⁷, sendo, por isso, difícil de conceber, entre nós, um crime de posse de álcool¹²²⁸, na medida em que tal substância só relevará juspenalmente quando entre

¹²²³ A exemplo do que sucede no art. 89.º da Lei n.º 5/2006, (na redação conferida pela Lei n.º 50/2013, de 24-07).

¹²²⁴ Muito próxima das interpelações referidas no texto, cfr. a discussão sobre a admissibilidade da categoria de crimes de mão-própria no direito penal nacional, em ANTÓNIO M. DE ALMEIDA COSTA, «Existe lugar para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* - Vol. II (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES – SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 99 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 233-293, pronunciando-se no sentido da sua não admissibilidade.

¹²²⁵ Ficarão subtraídas ao âmbito da nossa reflexão as questões respeitantes à constitucionalidade da categoria dos crimes de posse, havendo diversos autores se vêm pronunciando pela necessidade da sua limitação, em face do que assinalam ser uma indeterminação de bem jurídico carente de tutela penal. Assim, nem sempre uma classificação de perigo seria suficiente para justificar político-criminalmente uma conduta de mera posse (de objetos ou substâncias cuja detenção seja considerada proibida: v.g. armas, drogas, doping, material pedopornográfico, etc); cfr., neste sentido, EBERHARD STRUENSEE, «Os Crimes de Posse», loc. cit., pp. 23-36, referindo que não se tratando de uma conduta ativa, omissiva, mas de um *tertium non datur*, careceria a mesma de uma acrescida justificação dogmática e político-criminal para a sua incriminação; «Atuar é realizar, omitir é não realizar... movimentos corporais voluntários... conduta é uma expressão que abarca ambas formas de comportamento... tertium non datur». Também, CLAUS ROXIN, «Crimes de posse», JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO, «Panorama dos crimes de posse», DANIEL R. PASTOR, «Problemas processuais dos crimes de posse», *RLib*, N.º 12, jan.-abr. 2013, pp. 3-22 e 70-94, respetivamente.

¹²²⁶ Sem prejuízo de, entre nós, ser legalmente «proibido consumir bebidas alcoólicas em locais públicos e em locais abertos ao público» quanto a menores – de 16 anos, quanto a qualquer bebida alcoólica e de 18, quanto a bebidas espirituosas e equiparadas – pessoas aparentando anomalia psíquica ou em estado de embriaguez notória (art. 3.º, n.º 2 do DL n.º 50/2013, de 16-04, conforme o anterior art. 2.º, n.º 2 do DL n.º 9/2002, de 24-01); a essa proibição não é, porém, adscrita nenhuma consequência sancionatória, salvo consequências (não sancionatórias) respeitantes a menores (art. 7.º do DL n.º 50/2013), situação que gera alguma incompreensão pela incoerência sistémica, carecida, quanto a nós, de reponderação.

¹²²⁷ Sem embargo da existência de um conjunto de situações que pretendem moderar a sua incidência, como as limitações à publicidade de bebidas alcoólicas (cfr. art. 17.º do DL n.º 330/90, de 23-10 - Código da Publicidade) ou ao seu fornecimento em certos locais, e a certas pessoas (menores, pessoas aparentando anomalia psíquica ou notoriamente embriagadas (artigos. 3.º e 4.º do DL n.º 50/2013).

¹²²⁸ Certamente que não ignoramos consequências punitivas que estão associadas, em certos sistemas normativos – nomeadamente em países de matriz jurídica islâmica –, à posse e consumo de bebidas alcoólicas.

em contacto com o organismo e implique a indicição objetiva de um estado (embriaguez ou afetação por álcool) para além de certos limites quantitativos e quando associado ao exercício de certas atividades. O estado de embriaguez é, em si mesmo, um facto juridicamente neutro, desde que cumulativamente não concorra com aquelas atividades e exceda objetivamente certos valores.

O mesmo ocorre quanto à posse de tabaco, a qual entre nós não é proibida mesmo nos locais em que é proibido fumar (art. 4.º *a contr.* da Lei n.º 37/2007, de 14-08)¹²²⁹.

O que rigorosamente nos interessa não é, pois, a categoria doutrinal dos crimes de posse, nem as consequências jurídico-penais do consumo ou utilização individual de certos produtos e substâncias, mas sim as implicações adjetivo-probatórias que lhes estão adscritas, essencialmente o modo de demonstração processual da sua presença e teor criminalmente relevante no corpo do visado¹²³⁰.

Pretende-se, pois, debater a “detenção corporal”¹²³¹ de substâncias proibidas – significando a sua presença no organismo humano – bem como os termos do seu eventual relevo processual.

Ilustrando a temática com a experiência do que tem sido o posicionamento do BVerfG relativamente à posse de drogas, cuja punibilidade está prevista no § 29, I, 3, da Lei de Drogas alemã, cumpre sublinhar aí uma distinção substancial quanto à posse de armas. A razão do sancionamento da posse de drogas não radica na circunstância de se querer punir (exclusivamente) o consumo próprio. Ao contrário do autoconsumo, em que não se pune a posse de droga em si, será o perigo da cedência de drogas a terceiros, que podem sofrer danos pelo consumo do estupefaciente, que permite que se puna a posse de drogas, de que a quantidade é apenas um indicador. Em primeiro lugar, o fornecimento e distribuição de droga conhece um tipo penal específico, que é o § 29, I, 1, da Lei de Drogas alemã. Em segundo lugar, o consumo de drogas leves não é, em princípio mais nefasto do que o consumo abusivo de álcool ou de tabaco e, por consequência, não pode ser comparado à utilização de armas, enquanto instrumentos potencialmente mortais. Em terceiro lugar, a cedência e aquisição da droga não significa o seu consumo pelo adquirente, mas apenas que se materializou o primeiro

¹²²⁹ Sem prejuízo das limitações ao fornecimento e venda a menores com idade inferior a 18 anos (art. 15.º, n.º 1, al. c) da Lei n.º 37/2007).

¹²³⁰ Não devem deixar de se equacionar, todavia, as implicações da condenação por crimes que condensam certas práticas de consumo no tocante ao exercício de certas profissões ou a tendência *manifestamente evidenciada* para o consumo de tais substâncias nos crimes de condução perigosa de veículo rodoviário ou de condução em estado de embriaguez ou de influência por substâncias estupefacientes ou psicotrópicas relativamente à (in)idoneidade para a profissão, p. ex. de motorista de táxi (art. 6.º, n.º 1, al c) da Lei n.º 6/2013, de 22-01).

¹²³¹ Com esta expressão não nos referimos à presença em esconderijos ou cavidades corporais onde possam ser mantidas e localizadas tais substâncias, mas à sua presença em ação no organismo, ou seja, através do metabolismo corporal, ou manifestando os seus diversificados efeitos (cerebrais, comportamentais, neuro-musculares ou de outra natureza).

passo para tal fim. Ainda que isso ocorra, e se porventura a posse apontar para uma intermediação, no limite, a posse anterior do estupefaciente apenas pode ser tida como a preparação da preparação. Por fim, mesmo no caso do adquirente – ainda que se possa falar em colocação em perigo – essa posse implicará uma autocolocação em perigo mediante uma responsabilidade própria, o que, conforme os princípios gerais de imputação, deve impedir a intervenção penal, ou, pelo menos, a sua legitimidade constitucional.

Não se deve perder de vista que a existência de um direito fundamental à autocolocação em perigo, nos termos do art. 2.º, I, da Lei Fundamental alemã, constitui entendimento maioritário e dominante no direito constitucional da Alemanha. Por isso, se a posse se dirige ao autoconsumo, do ponto de vista do legislador, inexistiria motivo para punir, inexistindo objeto para a eventual incriminação.

O BVerfG só adotou o último critério e recorreu à desnecessidade da perseguição penal quando se esteja diante de uma posse de drogas em quantidades reduzidas; o que, justamente, configura a forma típica da posse para consumo próprio. Porém, esse entendimento não é satisfatório. Essa solução deixa em aberto a punibilidade da posse de drogas e, conseqüentemente, as demais considerações contra sua censura penal ficam prejudicadas.

O *sottofondo* das opções político-criminais de criminalização de toda e qualquer conduta de posse de droga é, provavelmente, a convicção de que, dessa forma, se possa lutar indiretamente contra a criminalidade organizada que domina o mercado ilícito de drogas. Não deve poder julgar-se suficiente, nem adequado, para se atingir esse fim, criminalizar alguns milhões de consumidores ocasionais de produtos estupefacientes, como a *cannabis*. De acordo com C. Roxin, «essa desproporcional criminalização tampouco poderá ser considerada como um meio legítimo dentro do Estado de Direito»¹²³².

8.1.2. Proibições absolutas e proibições relativas de consumos de substâncias

A precedente aproximação permite-nos afirmar que não existem substâncias proibidas, mas substâncias cujo consumo é mais ou menos proibido.

As próprias substâncias estupefacientes e seus precursores, cujo consumo é o mais amplamente proibido, podem, em certas circunstâncias, ser consumidas com finalidades terapêuticas, designadamente quando coberta por prescrição clínica, havendo um mercado lícito dos mesmos¹²³³.

¹²³² «Crimes de Posse», *RLib*, N.º 12, jan.-abr. 2013.

¹²³³ Cfr. o regime do DReg n.º 61/91, de 12-10 (alterado pelos DRegs n.ºs 19/2004, de 30-04 e 28/2009, de 12-10), que estabelece as regras relativas ao controlo do mercado lícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, compreendidos

Num certo critério normativo, pode dizer-se que a proibição de consumo de substâncias pode ser absoluta – quer quanto à detenção, quer quanto ao consumo propriamente dito (por inalação, administração intravenosa ou outro meio) –, sem dependência de qualquer limite quantitativo¹²³⁴ ou circunstâncias da sua utilização, no caso das substâncias estupefacientes e psicotrópicas¹²³⁵.

Parece-nos serem essas as únicas substâncias cuja (preparação, distribuição) detenção e consumo é hoje, entre nós, absolutamente proibido.

No caso do consumo de doping, devemos lembrar que a lista que anualmente deve ser publicada, – e que reproduz quase integralmente as listas de substâncias e Métodos do CMA da AMA – consagra como substâncias proibidas S7 e S8 algumas substâncias narcóticas e canabinóides, respetivamente¹²³⁶. Essas substâncias constam igualmente das Tabelas anexas ao DL n.º 15/93. Assim, o consumo destas substâncias, consideradas dopantes, pode relevar sempre fora de finalidades não desportivas, nos termos do regime do art. 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29-11 ou do art. 40.º do DL n.º 15/93 (de acordo com a jurisprudência fixada no AFJ do STJ n.º 8/2008, de 25-08-2008).

O consumo de substâncias dopantes será, pois, juridicamente relevante apenas se a sua administração concorrer com a prática desportiva¹²³⁷, exceto o consumo daquelas que são classificadas como estupefacientes ou psicoativas.

Outro tanto se diga relativamente ao álcool, cujo consumo só é proibido a partir de certo limite e quando associado a determinadas atividades, como a condução rodoviária em vias públicas, a caça, a detenção de armas e explosivos e de animais perigosos ou potencialmente perigosos.

Do que vem de expor-se, pode concluir-se que, entre nós, com exceção das substâncias psicotrópicas e estupefacientes mencionadas nas Tabelas anexas ao DL n.º 15/93, nenhuma outra substância sofre de uma proibição total do respetivo consumo. As outras substâncias, porém, podem conhecer proibições relativas de consumo.

nas tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, e aos precursores e outros produtos químicos suscetíveis de utilização no fabrico de droga, designados por substâncias inventariadas, definidas nos Regulamentos (CE) n.ºs 273/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11-02, e 111/2005, do Conselho, de 22-12-2004.

¹²³⁴ Conquanto a consideração de um certo limite quantitativo de substâncias estupefacientes possa ser relevante para efeitos de qualificação jurídica – como contra-ordenacional (artigos 2.º e 15.º a 23.º da Lei n.º 30/2000, de 29-11) ou criminal (art. 40.º do DL n.º 15/93 e AFJ do STJ n.º 8/2008, de 25-06) – do ilícito de (detenção para) consumo.

¹²³⁵ A menos que seja terapêuticamente recomendada e haja uma prescrição clínica, caso em que estaremos perante uma conduta atípica.

¹²³⁶ Algumas das quais consideradas como substâncias proibidas S7 e S8, previstas na Lista da Port. n.º 270/2014 de 22-12.

¹²³⁷ Não só a nível da competição federada, mas também do desporto não federado e até recreativo. Contudo, o controlo de doping no nosso País tem-se limitado quase exclusivamente à prática desportiva competitiva federada.

A proibição será relativa quando o consumo da substância ocorra concomitantemente com o exercício de certas atividades – *v.g.* condução rodoviária, caça, detenção de animais perigosos – e o seu teor no organismo se situe tipicamente acima de certos limites.

Entre nós, a identificação (qualitativa) e a determinação (quantitativa) do álcool e de droga no corpo humano, em abstrato (a droga), ou no exercício de certas atividades (álcool e drogas), deve obedecer, tendencialmente, a critérios e padrões de mensurabilidade homogêneos e semelhantes. A não haver previsão específica dos métodos a adotar para a fiscalização dos estados de afetação por alcoolemia ou por drogas, a lei deveria remeter para os procedimentos de recolha e análise, enunciados no Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas (RFASP aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17-05) e na Port. n.º 902-B/2007, de 13-08¹²³⁸ (ou, alternativamente, para um regime comum, inexistente entre nós).

O quadro normativo atual reclama, por isso, alguma atenção, considerando a necessidade de harmonização e padronização das metodologias de fiscalização, análise e determinação dos estados de embriaguez e de afetação por drogas quando associados a determinadas atividades nas quais o perigo é potenciado. Também ao nível de equivalência dos critérios de produção e valoração da prova em matéria de determinação dos estados de alcoolemia e de afetação por drogas essa exigência se manifesta.

8.2. A relevância criminal da presença de álcool e de droga no corpo associada ao exercício de atividades que potenciam perigo

Decerto não importa frisar que a droga não nos liberta, porque nos aliena tanto ou mais que o álcool, essa boa droga proletária....

Vergílio Ferreira, *Invocação ao meu corpo (Post Scriptum sobre a Revolução Estudantil)*

Sendo o álcool e a droga consensualmente reconhecidos como substâncias altamente prejudiciais em si mesmas, elevando o potencial de nocividade quando concorrendo com certas atividades, o seu consumo e abuso constituem hoje uma preocupação não só das políticas públicas de saúde, mas também de política criminal.

A necessidade de identificar e determinar a presença de álcool e de droga no corpo tem sido incessantemente objeto de sucessivas medidas legislativas e regulamentares no sentido de reduzir os efeitos que resultam de tais comportamentos, mesmo que não aditivos (ainda que meramente recreativos ou episódicos).

¹²³⁸ Anteriormente, o DReg n.º 24/98, de 30-10 e a Port. n.º 1006/98, de 30-11.

Pensamos, por isso – e também por constituírem matéria quantitativamente expressiva objeto de tratamento judiciário penal –, justificar-se um mais detalhado recenseamento e análise sobre os diferenciados regimes normativos que vigoram entre nós, no tocante ao controlo e despistagem de álcool e de substâncias estupefacientes, psicotrópicas e que produzam efeitos análogos, que comprovadamente perturbam as condições do exercício seguro de determinadas atividades, como a condução, a caça, a detenção, o uso e porte de armas e detenção de animais perigosos.

É essa tentativa que empreenderemos em seguida. A compartimentação algo exaustiva das diversas situações normativamente cobertas pretendem fazer salientar o conjunto de discrepâncias, assimetrias e descontinuidades dos diversos regimes de deteção e determinação de álcool e droga no corpo.

8.2.1. O álcool na condução rodoviária

O consumo abusivo de álcool¹²³⁹ tem relevância jurídica quando associado a certas atividades e quando o seu teor no organismo exceda certos valores, nas quais os seus efeitos se podem tornar particularmente nocivos, como a condução (na circulação) rodoviária¹²⁴⁰, na caça, na detenção de armas e animais perigosos, e, de forma mais residual, em algumas atividades desportivas.

É facilmente compreensível o relevo que pode assumir tal fenómeno, no âmbito de uma atividade de massa, como é a condução rodoviária. A necessidade, ou mesmo indispensabilidade, de recurso a meios de transporte rodoviário, coletivo ou particular, em sociedades crescentemente urbanizadas e motorizadas é, por si só, ilustrativo do acréscimo do risco que a afetação por teor de álcool considerado perigoso em tal atividade, pode representar.

Apesar de tal importância – e de toda a elaboração doutrinal e jurisprudencial pertinentes –, nem todas as questões que habitualmente se suscitam em torno dos problemas colocados pela condução em estado de embriaguez ou sob influência de álcool, se acham satisfatoriamente resolvidas.

¹²³⁹ Quando se alude a *álcool*, tal significa que a substância objeto da análise laboratorial de quantificação da taxa de álcool no sangue é o *álcool etílico* (ponto 3.º da Port. n.º 902-B/2007, de 13-08).

¹²⁴⁰ A abrangência da obrigatoriedade de submissão a provas para a deteção de estado de influência de alcoolemia aos peões intervenientes em acidentes de trânsito e aos condutores que se propuserem iniciar a condução reflete duas preocupações distintas. No primeiro caso, uma cautela procedimental tendente à necessidade previsível de auxiliar a apreciar, em concreto, a responsabilidade por um acidente e, no segundo, prevenir potenciais perigos advenientes da condução sob o efeito do álcool por parte de quem se proponha fazê-lo (cfr. art. 152.º, n.º 1 do CESt). Em qualquer dos casos, porém, essa indiscriminada obrigação (em idênticas condições às impostas aos condutores) traduz uma intenção eminentemente preventiva da lesão dos mesmos bens jurídicos, como a vida e integridade física dos utentes das vias, a segurança da circulação rodoviária e os custos económicos e sociais emergentes da sinistralidade rodoviária.

A título de exemplo, enunciámos aqui, p. ex., no plano adjetivo, a questão do alcance do RFASP e da Port. n.º 902-B/2007 para efeitos de prova no âmbito criminal, uma vez que tal complexo normativo se acha desenhado essencialmente para a definição dos procedimentos de determinação dos estados de influência do álcool e de substâncias psicotrópicas (só destas) na condução, com relevo contra-ordenacional.

A constante (e acrítica) *praxis* policial e judiciária tem entendido que o referido complexo normativo de deteção de álcool e substâncias psicotrópicas há-de suportar a prova de condutas com relevo criminal, como as previstas nos artigos 291.º, 292.º e 295.º do CP, uma vez que a sua expressa previsão para efeitos contra-ordenacionais, permite a inferência por exclusão – a determinação de valores de TAS iguais ou superiores a 1,2 g/l – do teor de alcoolemia para efeitos criminais. É que, num procedimento de fiscalização e controlo, não pode, antecipar-se se a situação a examinar vai recair no âmbito contra-ordenacional ou já no criminal, pelo que a disciplina a consagrar deve abranger e ser válida para ambos os domínios em termos probatórios.

Não tem suscitado particulares questões na doutrina nem na jurisprudência – por poder considerar-se que atenta contra o princípio da presunção de inocência ou o direito à não-(auto)incriminação – a cominação sancionatória para a recusa injustificada de se submeter aos exames legalmente previstos (ar expirado ou recolha de sangue) com a prática do crime de desobediência e a previsão de penas acessórias que decorreriam da eventual condenação pelo crime que integraria o facto a provar originariamente, *v.g.* o crime de condução em estado de embriaguez (ou sob efeito de substâncias estupefacientes) – art. 69.º, n.º 1, al. *c*) do CP.

Estreitamente ligado a este, podemos aqui lembrar o problema da admissibilidade de prova do estado de embriaguez (afetação por TAS igual ou superior a 1,2 g/l) na condução por recurso a exame médico, em casos de impossibilidade ou inviabilidade da sua positiva determinação por recurso aos aparelhos alcoolímetros aprovados ou à recolha de sangue.

Em Espanha, o art. 379.º do CP incriminava a condução sob o efeito de drogas tóxicas, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou de bebidas alcoólicas, sem, no entanto, fixar qualquer limite de TAS para o preenchimento do tipo de crime de condução em estado de embriaguez. A prática seguida passava pela utilização de um etilómetro evidencial, aprovado pelo Centro Español de Metrologia que, conjugadamente com outros elementos de prova, permitisse determinar o efeito das bebidas alcoólicas e similares nas faculdades necessárias para conduzir.

Desde maio de 1999 que se fixou a taxa de álcool superior a 0,25 mg. no ar expirado ou a TAS de 0,5 g/l, para fazer incorrer o condutor numa infracção de natureza

administrativa, entendendo-se porém que a mera circunstância de se exceder a referida taxa de álcool não determinava a subsunção da conduta ao tipo criminal¹²⁴¹.

Pela Ley Orgánica 15/2007, de 30-11, procedeu-se à alteração do Código Penal, passando o artigo 379.º a contar com dois números, sendo o n.º 2 relativo à condução de veículo com motor ou ciclomotor sob a influência de drogas tóxicas, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou de bebidas alcoólicas, estabelecendo-se que será *condenado com as penas previstas no número anterior quem conduzir com uma taxa de álcool no ar expirado superior a 0,60 mg/l ou com uma taxa de álcool no sangue superior a 1,2 g/l*. Na sequência desta alteração legislativa ganhou acrescido relevo a questão da determinação da taxa de álcool para marcar a fronteira entre o ilícito penal e o ilícito de natureza administrativa (tendo em conta o que sobre este dispunha o Real Decreto 1428/2003, de 21-11).

Relativamente à prova da taxa de álcool por alcoolímetro/etilómetro, a questão vem sendo desde há muito debatida, ora sendo entendida como prova secundária em relação à prova testemunhal que era prestada pelos agentes autuantes (sobretudo quando o tipo legal de crime não estipulava uma taxa concreta, como já acima se assinalou), ora definida como prova pericial pré-constituída *lato sensu*.

Creemos, porém, que num sistema – como atualmente é o nosso ou o de Espanha – só a produção de prova através dos aparelhos alcoolímetros ou etilómetros é compatível com uma consideração de prova para além de qualquer dúvida razoável. O que, todavia, implica afrontar outra questão, que é a da dedução, ou não, de uma margem de erro máximo admissível, na operação de controlo de alcoolemia.

Exigindo-se o indispensável controlo metrológico que é exercido pelo Centro Español de Metrologia, a legislação aplicável, mais concretamente o Real Decreto 889/2006, de 21-07 e a Orden ITC/3707/2006, de 22-11¹²⁴², fixam as margens de erro dos aparelhos de medição do álcool, etilómetros, nos artigos 9.º e 15.º da referida Orden, por referência ao anexo segundo do diploma.

Acresce que em Espanha foi ainda publicada a Circular n.º 10/2011 da Fiscalía General del Estado sobre «*críterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad viab*», contendo indicações muito precisas quanto à consideração das “márgenes de error normativo” dos cinemómetros destinados a medir a velocidade e dos etilómetros destinados a medir a concentração de álcool.

¹²⁴¹ Cfr. sobre o tema, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal - Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 12.ª ed., pp. 653 e ss.

¹²⁴² Pub. em BOE n.º 292, de 07-12-2006, ambos disponíveis no sítio do referido Centro ou do BOE.

Por seu turno, a jurisprudência mais recente continua a considerar a margem de erro dos etilómetros, ainda que a questão tenha menor importância do que entre nós, já que mesmo a condução com uma taxa de álcool no ar expirado não superior a 0,60 mg/l (ou com uma taxa de álcool no sangue não superior a 1,2 g/l) pode configurar o crime do art. 379.º, 2, inciso 1: ainda que o agente acuse taxa inferior, pode provar-se que conduzia em estado de embriaguez ou sob a influência de bebidas alcoólicas¹²⁴³.

Entendendo-se que o analisador quantitativo constitui um meio de obtenção de prova e que o meio de prova é o talão emitido pelo aparelho, no qual é registada, além do mais, a taxa de álcool acusada pelo condutor fiscalizado, certo é que a interpretação do resultado revelado pelo aparelho depende da interpretação das normas relativas aos instrumentos de medição, pois terá de ser sempre no respeito dos próprios limites – legalmente previstos – dos equipamentos em causa, que a prova deve ser apreciada¹²⁴⁴.

Outras questões têm suscitado igualmente, assinalável divergência jurisprudencial, como a da oportunidade temporal da necessidade de aferição dos aparelhos alcoolímetros e a da contra-prova dever ser levada a cabo com diferente aparelho.

O Ac TC n.º 485/11, de 19-10, declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade (orgânica) da norma do art. 153.º, n.º 6 do CESt («O resultado da contraprova prevalece sempre sobre o resultado do exame inicial»), na parte em que fosse aplicável à apreciação da prova por crime de condução em estado de embriaguez, por consubstanciar uma regra imperativa de valoração da prova em processo, por falta de habilitação constitucional do legislador ordinário constante da Lei n.º 53/2004, de 04-11¹²⁴⁵.

Uma outra questão que vem suscitando pronúncias sucessivas da jurisprudência, inclusivamente do TC¹²⁴⁶, é a da conformidade constitucional da recolha de sangue em pessoa inconsciente, por ter sido vítima de acidente de trânsito para despistagem de alcoolemia¹²⁴⁷.

¹²⁴³ Entre jurisprudência espanhola recente, que continua a contemplar a margem de erro, cfr.: Sentencia n.º 880/12, de 10-12-2012, da Audiencia Provincial de Valencia; Sentencia n.º 1056/2012, de 31-01-2013, da Audiencia Provincial de Tarragona; Sentencia n.º 31/2013, de 24-01-2013, da Audiencia Provincial de Burgos; Sentencia n.º 21/2013, de 05-02-2013, da Audiencia Provincial de Zaragoza; Sentencia n.º 87/2013, de 22-02-2013, da Audiencia Provincial de Madrid (disponível em www.poderjudicial.es).

¹²⁴⁴ Sobre o valor probatório dos métodos alcoolimétricos, cfr. M. ISABEL HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pp. 470-478.

¹²⁴⁵ Cfr., todavia, o voto de vencida da Cons. Maria João Antunes, a qual considerando a entretanto ocorrida publicação do RFASP, que nada diz quanto à prevalência da prova ou da contraprova consubstanciada em exame de pesquisa de álcool no ar expirado, tal omissão significaria a afirmação da regra geral constante do art. 127.º do CPP («salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente»), o que poderia colocar a questão da revogação da «norma constante do artigo 153.º, n.º 6, do CESt (aprovada pelo DL n.º 44/2005, de 23-02)».

¹²⁴⁶ Sobre a questão da constitucionalidade da recolha de material biológico no ar expirado e no sangue para efeitos de análise do grau de alcoolemia, podem indicar-se, entre outros, os Acs. RP de 11-10-2006, proc. n.º 0542272 (rel. Des. Jorge Jacob), de 20-10-2010, proc. n.º 1271/08.0PTPRT.P1 (rel. Des. Olga Maurício), de 18-05-2011, proc. n.º 438/08.5GCVNF.P1, (rel. Des. Artur Vargues), de 19-10-2011, proc. n.º 294/10.3PTPRT.P1 (rel. Des. Moisés Silva) e de 11-7-2012, proc. n.º 40/11.4PTVNG.P1 (rel. Des. Maria do Carmo Silva Dias), os Acs RC de 21-11-2007, proc. 6/05.3PTVIS.C1 (rel. Des. Gabriel Catarino), de 25-03-2010, proc. n.º 1828/06.3TALRA.C1 (rel. Des. Ribeiro Martins),

Entre as questões que vinham sendo controvertidas no tocante à punibilidade da condução em estado de embriaguez, avultava, ainda, a da admissibilidade de dedução do erro máximo admissível (EMA), no momento da fiscalização, relativamente à qual a jurisprudência manifestava assinalável clivagem.

de 14-07-2010, proc. n.º 113/09.3GBCVL.C1 (rel. Des. Mouraz Lopes), de 15-09-2010, proc. n.º 202/09.4GDLRA.C1 (rel. Des. Brízida Martins), de 10-11-2010, proc. n.º 35/09.8PTFIG.C1 (rel. Des. Calvário Antunes), de 19-01-2011, proc. n.º 30/07.1GTVIS.C2 (rel. Des. Belmiro Andrade), de 20-12-2011, proc. n.º 408/09.6GAMMV.C1 (rel. Des. Jorge Dias), de 25-1-2012, e de 23-05-2012, proc. n.º 136/10.0GBAND.C2 (rel. Des. Brízida Martins), os Acs. RE de 11-10-2011, proc. n.º 101/09.0GBMMN.E1 (rel. Des. João Gomes de Sousa), de 20-12-2012, proc. n.º 45/09.5GECUB.E2 (rel. Des. Martinho Cardoso), de 30-04-2013, proc. n.º 1157/11.9GBMMN.E1 (rel. Des. Maria Fernanda Palma), e o Ac. RG de 23-01-2012, proc. n.º 32/10.0GBGMR (rel. Des. Fernando Chaves) (todos acessíveis em www.dgsi.pt).

Também o Tribunal Constitucional já tem considerado que a submissão do condutor ao teste de deteção de álcool não afronta os princípios da igualdade e do direito de acesso aos tribunais, não viola o dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, nem o seu direito ao bom nome e à reputação, nem o direito que ele tem à reserva da intimidade da vida privada, nem tão pouco as garantias de defesa do arguido em processo penal (cfr. Acs. TC n.º 319/95 e n.º 423/95, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt). O TC vem afirmando, igualmente, a constitucionalidade das normas que impõem, sob pena de aplicação de uma pena de prisão, a submissão a uma prova de deteção de álcool no sangue através de pesquisa no ar expirado, quando o seu destinatário não se quer a ela submeter (cfr. Acs do TC n.º 628/2006 e 34/2012). Mais recentemente, no Ac n.º 418/2013, o TC decidiu «não julgar inconstitucional a interpretação normativa, extraída da conjugação do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17 de maio, e do artigo 156.º, n.º 2 do Código da Estrada, segundo a qual o condutor, interveniente em acidente de viação, que se encontre fisicamente incapaz de realizar o exame de pesquisa de álcool no ar expirado, deve ser sujeito a colheita de amostra de sangue, por médico de estabelecimento oficial de saúde, para posterior exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool, nomeadamente para efeitos da sua responsabilização criminal, ainda que o seu estado não lhe permita prestar ou recusar o consentimento a tal colheita». O Ac TC n.º 32/2013, de 27-06 «Não julga inconstitucionais os n.ºs 1 e 2, do artigo 1.º do Regulamento de Fiscalização da Condução Sob Influência do Álcool ou Substâncias Psicotrópicas, introduzido pela Lei n.º 18/2007, de 17 de maio, na interpretação segundo a qual a quantificação da taxa de álcool no sangue pode ser feita, para efeitos de condenação em processo penal, com recurso a teste efetuado em analisador quantitativo do ar expirado». No processo que originou este último aresto, entre outros fundamentos, o recorrente argumentou que apenas o recurso a análise ao sangue (método mais fiável) se afigura suficiente, no respeito pelo princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 32.º da CRP, para fundamentar uma condenação penal.

¹²⁴⁷ Admitido maioritariamente pela jurisprudência dos tribunais superiores (cfr., por todos, Ac RP de 02-05-2012, rel. Des. Melo Lima e Ac RE de 26-02-2013, rel. Des. José M. Simão) e do TC (Ac n.º 418/2013).

Do primeiro acórdão, pode salientar-se «Vem isto ao caso, pela circunstância de a situação em causa se traduzir num mero exame de sangue (análise), ou seja aquilo que, nos dias de hoje, se pode considerar, na linguagem da Decisão de 4/12/78 da Comissão Europeia dos Direitos do Homem (in 'Decisions et Rapports' n.º 16, p. 185), uma 'intervenção banal'. Aceita-se, contudo, na linha daquela 'Decisão', que o 'exame de sangue', contra a vontade do examinado, possa constituir, nos limites da protecção constitucional, uma ofensa à integridade física da pessoa. Mas o que o preceito constitucional veda é que, sem o consentimento do 'ofendido', se imponha coactivamente, à força, a intervenção no corpo da pessoa - e não é, manifestamente, o caso.» e, mais adiante «O problema dos testes de alcoolemia pode ser equacionado sob diversas perspectivas. A temática pode ser analisada à luz do artigo 26º e, mais concretamente, em face quer do direito fundamental ao bom nome e à reputação, quer perante o direito à reserva de intimidade da vida privada. O Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 319/95, concluiu que a norma que admite a imposição do chamado teste do álcool (soprar no balão) não ofende materialmente a constituição, visto que “prevenir a violação de bens jurídicos (entre outros, a vida e a integridade física) que uma condução sob a influência do álcool pode causar”, tem relevo bastante para justificar, constitucionalmente, uma tal restrição (no mesmo sentido, posteriormente, em Acs. N.ºs 423/95 e 628/06). Todavia, se a obrigatoriedade de tais testes resiste, em si mesma, ao crivo do juízo de inconstitucionalidade, o mesmo não se pode dizer em relação à realização forçada dos mesmos sobre o corpo do condutor contra a vontade deste. A questão não pode deixar de ser equacionada à luz do princípio da proporcionalidade. Tudo reside em saber se uma tal solução não constituirá uma consequência excessiva, por confronto com soluções alternativas fundadas na aplicação de sanções, ainda que penais, àquele que se recusa infundadamente à realização do teste (v.g. crime de desobediência ou, porventura, crime de condução perigosa de veículo rodoviário -...) [12 apud. JORGE MIRANDA – RUI MEDEIROS, CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA, TOMO I, 2ª Edição, Coimbra Ed., pág. 565]».

Do último aresto, destaca-se: «No caso em apreço, estando em causa apenas um procedimento destinado a detectar a condução sob a influência do álcool por parte de um condutor interveniente em acidente de viação, a norma que é directamente aplicável ao caso é o art. 156º, n.º 2 do CESt, que se refere aos exames a efectuar em caso de acidente, e não o art. 153º que alude aos procedimentos normais de fiscalização rodoviária. Assim, como resulta do acórdão do Tribunal Constitucional que transcrevemos, não ocorre a invocada inconstitucionalidade orgânica do art. 156º n.º 2 do CESt. No mesmo sentido se pronunciaram os acórdãos 479/2010 (embora com fundamentação algo diferente), 487/2010, 15/2011, 16/2011, 40/2011 e 47/2011, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.».

Com a entrada em vigor no dia 1 de janeiro de 2014 das alterações ao Código da Estrada aprovadas pela Lei n.º 72/2013, de 03-09, a lei pretendeu pôr termo a tal divergência, através da nova redação conferida à alínea *b*), do n.º 1, do art. 170.º do CESt, sendo necessário que passe a constar no auto de notícia o «valor registado» e «o valor apurado» «após dedução do erro máximo admissível previsto no regulamento de controlo metrológico dos métodos e instrumentos de medição». Esta alteração ao Código da Estrada dirimiu a querela jurisprudencial que dividia os tribunais superiores quanto ao desconto (ou não) do erro máximo admissível relativamente ao controlo da taxa de alcoolemia¹²⁴⁸. O legislador não ignorava a controvérsia que se gerou a propósito da fixação dos erros máximos admissíveis, entre os que consideravam tratar-se de uma variável a considerar apenas nos momentos técnicos de aprovação e/ou verificação do(s) modelo(s) de alcoolímetro(s), e quem sustentava a necessidade da sua consideração nos exames casuisticamente efetuados¹²⁴⁹. Parece ter sido esta última a solução que o legislador quis definitivamente consagrar no art. 170.º, n.º 1, al. *b*), do CESt, ao determinar que o valor apurado após dedução do erro máximo admissível prevalece sobre o valor registado.

Pese embora o facto de a norma do art. 170.º do CESt respeitar apenas às contra-ordenações, não se vê óbice a que o resultado de um exame de alcoolemia realizado nesses termos possa ter eficácia e ser validamente aceite em termos probatórios, quando o teor da

¹²⁴⁸ Quanto a esta última controvérsia, apreciável jurisprudência vem aplicando retroativamente o regime do art. 170.º, n.º 1, al. *b*) do CESt, por ser mais favorável ao arguido, e se entender que o legislador quis pôr termo a uma clivagem interpretativa, dando prevalência ao valor apurado após dedução do erro máximo admissível (previsto em regulamento de controlo metrológico dos métodos e instrumentos de medição, quando exista) sobre o valor registado no aparelho [cfr., neste sentido, os Acs. RP de 15-01-2014 (rels. Des. Neto Moura e Alves Duarte), de 13-02-2014 (rel. Des. José Carreto), de 19-02-2014 (rel. Des. Artur Oliveira), de 26-02-2014 (rel. Des. Lígia Figueiredo) e de 05-03-2014 (rel. Des. Manuela Paupério), da RL de 21-01-2014 (rel. Des. Jorge Gonçalves) e de 11-02-2014 (rel. Des. A. Vargues), da RC de 02-04-2014 (rel. Des. Isabel Silva), da RG de 17-02-2014 (rel. Des. Lee Ferreira) e da RE de 08-04-2014 (rel. Des. M. Isabel Duarte)]. No sentido de que a norma do art. 170.º, n.º 1, al. *b*) do CESt assume carácter inovatório, e não interpretativo), sendo assim aplicável por revestir conteúdo mais favorável ao arguido, cfr. Ac RC 26-02-2014 (rel. Des. M. Pilar Oliveira). A jurisprudência é, pois, maioritária no sentido da aplicação retroativa de uma norma, mais favorável, que define um critério de apreciação/valoração probatória ao resultado do exame de alcoolemia, entendendo essa corrente que apesar de se dirigir a matéria de contra-ordenacional, seria incompreensível se não fosse aplicável a condutas com relevo criminal [neste sentido, Ac RE de 18-02-2014 (rel. Des. João Gomes Sousa) e Acs RL de 21-01-2014 (rel. Des. Jorge Gonçalves) e de 11-03-2014 (rel. Des. A. Clemente Lima)]. Contra este entendimento, negando a natureza interpretativa da Lei n.º 72/2013, e continuando a entender não ser de aplicar retroativamente qualquer desconto à TAS registada, cfr. Ac RP de 19-02-2014 (rel. Des. José Piedade).

¹²⁴⁹ De notar que apesar de a questão se colocar, essencialmente, no tocante à dedução da margem de erro por método de determinação de alcoolemia no sangue (TAS), pode também colocar-se no que respeita à consagração de valores de incerteza na determinação da taxa de alcoolemia por análise de sangue (pelo INMLCF, I.P.). Pensamos que, em obediência aos princípios da presunção de inocência e da livre apreciação da prova, bem como por razões de analogia com o regime de dedução das margens de erro no caso de medição de TAS, o EMA deve ser deduzido ao resultado expresso nos casos de análise ao sangue. Em rigor, os aparelhos analíticos são igualmente falíveis e carecem de certificação e calibragem, apesar de poderem fornecer uma margem de incerteza mais reduzida. Todavia, face à ausência da previsão legal de uma específica margem de erro a observar, pensamos que deve operar-se uma dedução correspondentemente proporcional à que está prevista para a determinação da TAS, também por força do disposto no art. 81.º, n.º 4 («A conversão dos valores do teor de álcool no ar expirado (TAE) em teor de álcool no sangue (TAS) é baseada no princípio de que 1 mg de álcool por litro de ar expirado é equivalente a 2,3 g de álcool por litro de sangue») do CESt e no ponto 2.º A *b*) (secção I do Cap. I) da Port. n.º 902-B/2007. Cfr. ainda, convergentemente, o art. 4.º da Lei n.º 65/98, de 02-09, acolhendo idêntico critério de correspondência quanto ao disposto no art. 292.º do CP.

TAS exceda o limite de 1,2 g/l. Na verdade, inexistente uma remissão expressa da regulamentação dos exames de despistagem de alcoolemia na condução – imediatamente vocacionada para o âmbito contra-ordenacional (artigos 81.º, 152.º, 153.º e 156.º do CESt e 7.º do RFASP) – para o âmbito criminal, o que aconselharia a aprovação de norma que passasse a remeter expressamente para a regulamentação do âmbito de relevância contra-ordenacional, à semelhança do que ocorre com os regimes de deteção de estado de embriaguez nas atividades ilícitas de detenção de armas, na caça e na detenção de animais perigosos¹²⁵⁰.

O problema da suficiência probatória do resultado das provas de alcoolemia, tem sido também debatido na doutrina, embora escassamente suscitado na jurisprudência. No entanto, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos já abordaram a questão de saber se «basta o resultado do teste para condenação pelo crime de condução em estado de embriaguez do n.º 1 do art. 292.º do CP. Embora se trate de um crime de perigo abstracto, a resposta é quanto a nós, negativa. Por razões que se prendem com os princípios da ofensividade e da culpa, a interpretação do ilícito-típico e a aplicação da pena no crime de perigo abstracto admitem respectivamente, a comprovação (negativa) de que a condução era concretamente destituída de perigosidade e que o desvalor ético do comportamento não era razoavelmente perceptível na situação. Mas também por razões respeitantes ao princípio *nemo tenetur*, que em situações de flagrante delicto obriga, no mínimo, a que a prova que suporta a condenação não consista exclusivamente numa prestação coactiva, de “mão própria”, do arguido»¹²⁵¹, referindo os autores não ser essa a orientação da jurisprudência nacional, que tem optado por uma aplicação mecanicista do art. 292.º, n.º 1 do CP¹²⁵².

Apesar de reconhecer nesta observação uma decorrência coerente da aplicação dos princípios constitucionais enunciados, a verdade é que para que a mesma fosse procedente, teria de se reformular praticamente todo o regime normativo de deteção e de prova de comportamentos infracionais de condução em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias estupefacientes, psicotrópicas ou de efeitos análogos.

A aplicabilidade do complexo normativo da fiscalização na condução rodoviária de álcool e de substâncias psicotrópicas resultante dos artigos 81.º, 152.º, 153.º e 157.º do CESt, do RFASP e da Port. n.º 902-B/2007 tem sido invocada como regime supletivo para a determinação, noutras atividades, da presença no corpo de álcool ou de substâncias

¹²⁵⁰ Cfr. *infra*, 8.2.2., 8.2.3. e 8.2.4.

¹²⁵¹ *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, cit., p. 26.

¹²⁵² Concordando, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Crimes Rodoviários - Pena Acessória e Medidas de Segurança*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, p. 81. Contra, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA - PEDRO MENDES LIMA, *Condução em Estado de Embriaguez - Aspectos Processuais e Substantivos*, Verbo Jurídico, 2001 (acessível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/penal/alcool.zip>, pp. 7 e 8). No mesmo sentido, FRANCISCO M. VIEIRA, *Direito Penal Rodoviário - Os Crimes dos Condutores*, Pub. Universidade Católica, Porto, 2007, p. 154.

psicotrópicas; nem sempre, como veremos, com resultados satisfatórios, face à descontinuidade sistémica das disciplinas aplicáveis aos diversos âmbitos setoriais de atividade.

8.2.2. O álcool na caça

A caça é uma das atividades – em princípio lícita (desde que observadas as normas legais e regulamentares aplicáveis) – na qual o concurso da presença de álcool no corpo potencia a perigosidade da conduta venatória.

Nos artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 173/99, de 21-09 (Lei da Caça) prevêem-se, respetivamente, os crimes de exercício perigoso da caça¹²⁵³ e de exercício da caça sob influência de álcool¹²⁵⁴. O primeiro tipo de crime é um crime de perigo concreto, e equipara o *estado de embriaguez e sob a influência do álcool*, que no contexto rodoviário assumem natureza criminal ou contra-ordenacional, respetivamente, aqui se surpreendendo mais uma descontinuidade sistémica.

E, no art. 46.º, al. l) desse diploma, previa-se a regulamentação das «Regras e métodos de deteção do álcool a quem se encontre no exercício da caça». Sucede que no prazo assinalado (de um ano a contar da sua publicação) foi publicado o DL n.º 227-B/2000, de 15-09, o qual, no seu Cap. XII (artigos 136.º a 140.º)¹²⁵⁵ iniciava a regulamentação autónoma daquelas regras e métodos, remetendo para portaria conjunta dos Ministros da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas e da Saúde a previsão de matérias como o tipo de material e os métodos a utilizar para a determinação da presença de álcool no ar expirado e para recolha de sangue com vista à determinação e doseamento de álcool no sangue, os laboratórios onde devem ser feitos os exames e as respetivas tabelas de preços (art. 140.º, n.º 1).

A al. a) do art. 170.º do DL n.º 204/2004, de 18-08 (na redação do DL n.º 2/2011, de 06-01) procedeu à revogação, entre outros diplomas, do DL n.º 227-B/2000¹²⁵⁶. A legislação posterior, nomeadamente o DL n.º 202/2004, o DL n.º 201/2005, de 24-11 e o DL n.º 2/2011, bem como as diversas Portarias referentes à atividade venatória, não supriram essa lacuna.

¹²⁵³ É o seguinte o texto da norma: «1 - Quem, no exercício da caça, não estando em condições de o fazer com segurança por se encontrar em estado de embriaguez ou sob a influência de álcool [...], criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias. 2 - (...) 3 - (...)».

¹²⁵⁴ Designação que noutros âmbitos (como na condução) se refere à natureza contra-ordenacional da conduta. É o seguinte o teor da norma: «Quem, no exercício da caça, apresentar uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave não for aplicável».

¹²⁵⁵ Que abrangia os métodos de deteção do álcool, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo.

¹²⁵⁶ Erroneamente se indicando como sendo datado de “21 de Setembro”.

Como tal, o quadro regulamentar da fiscalização do álcool em matéria venatória nunca foi concluído, sendo pertinente indagar sobre se se verifica uma lacuna de punibilidade, se haverá uma remissão subsidiária para o regime do RFASP (ou seus antecedentes) ou se, após entrada em vigor do RJAM, haverá uma sobreposição típica com a conduta prevista e punida no art. 88.º deste diploma, uma vez que se pressupõe que a atividade cinegética seja levada a cabo com armas, de algum modo sempre abrangidas pelo RJAM. No caso de se aceitar a última hipótese, tal significaria a eliminação da punibilidade da conduta de exercício da caça em estado de embriaguez ou sob influência do álcool (art. 29.º da Lei n.º 173/99).

Parece-nos, pois, válido o entendimento segundo o qual o regime de fiscalização emergente do Código da Estrada, do RFASP e da Port. n.º 902-B/2007 deve poder aplicar-se supletivamente, daí emergindo a conclusão que no tipo do art. 29.º da Lei n.º 173/99 basta que o resultado da presença de álcool no corpo dos caçadores exceda o valor objetivo assinalado e, no caso do art. 28.º se determinem os pressupostos objetivos do tipo através da realização de prova complementar de natureza pericial.

Este nos parece ser um exemplo da carência de um quadro normativo mais coerente e integral, no tocante à determinação de estado de embriaguez no exercício da caça, que só o recurso a um expediente supletivo permite ultrapassar.

8.2.3. O álcool na detenção, uso e transporte de armas

A presença de álcool no organismo, concorrente com a atividade de detenção, transporte e uso de armas, é incriminada pelo art. 88.º, n.º 1 do RJAM (com a alterações da Lei n.º 17/2009)¹²⁵⁷.

Considerando que o art. 46.º do RJAM consigna os termos da fiscalização da presença de álcool, e embora o pareça fazer relativamente ao âmbito contra-ordenacional – na medida em que a conduta também assume relevância desta natureza (cfr. artigos 45.º, n.º 1 e 99.º, n.º 1 al. d))¹²⁵⁸ – a verdade é que não pode circunscrever-se o regime do art. 46.º a finalidades de fiscalização de condutas contra-ordenacionais, parecendo de todo em todo conveniente reconhecer-lhe aplicabilidade no plano criminal. De qualquer modo, o art. 46.º do RJAM pretende valer enquanto regime autónomo, embora remeta com as correspondentes adaptações para «o disposto no Código da Estrada e legislação complementar» quanto aos

¹²⁵⁷ É o seguinte o teor da norma: «1 - Quem, pelo menos por negligência, detiver, transportar fora das condições de segurança previstas no artigo 41.º, usar ou portar arma com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 360 dias».

¹²⁵⁸ O patamar contra-ordenacional da conduta situar-se-á entre os 0,5 g/l até 1,2 g/l (cfr. artigos 45.º, n.º 2 e 88.º, n.º 1 do RJAM).

«custos da contraprova» e quanto à possibilidade de «utilizar os aparelhos e outros meios homologados» (art. 46.º, n.ºs 3 e 6).

O regime do CEst e legislação complementar reafirma-se, pois, aqui, como regime normativo de referência para o procedimento de fiscalização e controlo de álcool no organismo humano no âmbito do uso e porte de armas.

8.2.4. O álcool na detenção e circulação pública com animais perigosos ou potencialmente perigosos

O acréscimo de perigosidade de certos animais, ainda que considerados de companhia, podendo ser convertidos em armas de agressão, implica que se adote um conjunto de precauções no tocante à segurança da sua circulação em certas condições. Uma delas é a da garantia da sua detenção por pessoa que não se revele afetada por álcool.

A conduta de circulação em locais públicos com animais perigosos ou potencialmente perigosos por detentor que acuse uma TAS igual ou superior a 1,2 g/l, é incriminada nos termos do art. 33.º-A, n.º 1 do DL n.º 315/2009, de 29-10 (com as alterações da Lei n.º 46/2013, de 04-07)¹²⁵⁹.

É de notar que a prova da presença de TAS no detentor dos animais, há-de ser concomitante com as demais premissas objetivas do tipo: detenção e circulação na via pública, em lugares públicos ou partes comuns de prédios urbanos.

Pretendendo disciplinar autonomamente os procedimentos de fiscalização e determinação (recolha, verificação e contraprova) da TAS, no n.º 7 do referido preceito, consagra-se uma cláusula de subsidiariedade para «o regime previsto para a fiscalização da condução sob influência do álcool (...)», relativamente aos procedimentos de recolha, verificação, documentação e contraprova, com as correspondentes adaptações¹²⁶⁰.

Tendencialmente, a referida disposição regula de forma mais extensa aqueles procedimentos – anunciando que a recusa ao exame faz incorrer o examinando no crime de desobediência –, preferindo o legislador, no entanto, remeter a integração de qualquer lacuna para o regime de referência da fiscalização da condução sob influência do álcool.

¹²⁵⁹ É o seguinte o teor da norma: «Quem, ainda que por negligência, circular na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos, com animal perigoso ou potencialmente perigoso, registando uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 360 dias».

¹²⁶⁰ É o seguinte o teor da norma: «É aplicável aos procedimentos de recolha, verificação, documentação e contraprova, com as devidas adaptações, o regime previsto para a fiscalização da condução sob influência do álcool ou de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas».

8.2.5. A droga: generalidades sobre o regime sancionatório do consumo

A fenomenologia matricial concernente à disciplina sancionatória da droga que importa debater no quadro da relevância probatória corporal, é a do consumo próprio de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas¹²⁶¹. A deteção da presença de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas no organismo, nomeadamente ao nível do sistema circulatório, constitui uma das formas de poder demonstrar a conduta – penal ou contra-ordenacionalmente relevantes – de consumo de tais substâncias, ou mesmo um estado de toxicodependência jurídico-penalmente relevante.

A mera posse de tais substâncias pode, ou não, indiciar a prática de um crime de consumo, havendo uma equivocidade alternativa da conduta de detenção de produtos estupefacientes, uma vez que a mesma pode assumir relevância contra-ordenacional ou criminal¹²⁶², de acordo com um critério de valoração indiciária da conduta, em função da quantidade de doses diárias detidas¹²⁶³.

Entre nós, é conhecido o itinerário normativo inaugurado com a Lei n.º 30/2000, de 29-11. Em traços muito esquemáticos, a referida lei pretenderia despenalizar¹²⁶⁴ o consumo de

¹²⁶¹ O DL n.º 15/93, como o seu antecedente, o DL n.º 430/83, de 13-12, não contêm conceitos definitórios de produtos estupefacientes e substâncias psicotrópicas. A Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 (Convenção de Viena contra o Tráfico de Droga), aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 29/91 (DR, I Série-A, de 06-09-1991), prevê uma definição formal dos conceitos no seu art. 1.º, alíneas *n*) e *r*); por «estupefaciente» entende-se qualquer uma das substâncias, naturais ou sintéticas, que figuram na Lista I ou na Lista II da Convenção Única de 1961 sobre Estupefacientes e nessa Convenção alterada pelo Protocolo de 1972 de Modificação da Convenção Única de 1961 sobre Estupefacientes e, por «substância psicotrópica» entende-se qualquer substância, natural ou sintética, ou qualquer material natural que figure nas Listas I, II, III ou IV do Convénio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971.

Farmacologicamente, *estupefaciente* é, de forma abreviada, a substância que inibe os sinais nervosos, em particular os associados à dor (provocando, por vezes um estado de sonolência ou de estupor), compreendendo uma gama variada de drogas com efeitos psicoativos; *psicotrópicos* são agentes químicos que atuam sobre o sistema nervoso central, implicando alterações temporárias de perceção, estado de consciência e comportamento (modificações psíquicas). A toma não medicamente aconselhada ou supervisionada pode ter consequências aditivas, gerando quadros de toxicodependência.

¹²⁶² Com efeito, a problemática jurídica suscitada pelo fenómeno da droga, é caracterizada por uma perspetiva bipartida, em que o sistema de repressão do tráfico se contrapõe ao sistema de prevenção do consumo (assim, FARIA COSTA, «Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga», *RLJ*, Ano 134.º, N.º 3930 – jan. 2002, p. 275).

¹²⁶³ Esse tem sido o critério que o BVerfG adotou em matéria de (detenção de) droga. Partindo de um entendimento dominante na doutrina constitucional alemã, a existência de um direito fundamental à autocolocação em perigo, nos termos do art. 2.º, I, da Constituição alemã, considera-se que se a posse é dirigida ao autoconsumo, do ponto de vista do legislador, inexistente fundamento jurídico-constitucional para punir, por carência de bem jurídico a tutelar. Mas o BVerfG só aceita a desnecessidade de perseguição penal da posse de drogas em quantidades reduzidas, não prescindindo de uma previsão penal quando ocorra uma posse de quantidades consideráveis, por ser legítimo concluir, numa tal hipótese, pelo perigo de distribuição e disseminação da substância por terceiros.

¹²⁶⁴ Seguindo a conceptualidade de FARIA COSTA (*Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2.ª ed. (reimp.), Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 44 e ss), utilizamos aqui o conceito de *despenalização* – que corresponde à desqualificação de uma conduta anteriormente qualificada como crime para contra-ordenação ou outro ilícito de inferior dignidade punitiva (designadamente por prever sanções não privativas da liberdade) – por contraposição ao conceito mais radical de *descriminalização*, segundo o qual a conduta proibida (independentemente da sua qualificação) é integralmente suprimida do catálogo de ilícitos do ordenamento da chamada ciência total ou conjunta do direito penal. Aderindo a este entendimento, ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Ed. Coimbra, 2013, pp. 22 e 23, referindo ser idêntico o tratamento da questão em Itália e Espanha, com indicação de bibliografia doutrinal, cujos ordenamentos, apesar de não conhecerem o

estupefacientes previsto pelo artigo 40.º do DL n.º 15/93, convertendo essa conduta em ilícito contra-ordenacional (art. 2.º, n.º 1)¹²⁶⁵, mas *restringiu* quantitativamente a despenalização à aquisição ou detenção de *10 doses diárias* (n.º 2). A terminologia dogmática adotada assume aqui acrescida importância, dada a especificidade das implicações na definição de conceitos na sucessão de regimes punitivos do consumo de droga, e, em particular, da qualificação jurídica da conduta de consumo que não exceda as dez doses diárias.

No tocante ao concreto problema da sucessão das previsões da Lei n.º 30/2000 – artigos 2.º, n.º 1 e 28.º – que terão pretendido operar a despenalização da conduta que integrava o crime de detenção para consumo individual de droga, pronunciou-se numerosa doutrina. Não tendo o legislador previsto diretamente a hipótese de a aquisição ou detenção [para consumo] ser de quantidade superior ao limite de dez doses diárias e tendo, por outro lado, simultaneamente, revogado – através do artigo 28.º da citada Lei n.º 30/2000 – o “crime de consumo” (com exceção do cultivo), qual o enquadramento jurídico(-legal) a atribuir àquela situação de facto?

Foram essencialmente quatro as propostas de solução avançadas pela doutrina e pela jurisprudência¹²⁶⁶, como se relembra a seguir:

z) Uma interpretação restritiva do art. 28.º da Lei n.º 30/2000, em termos de se manter a vigência do art. 40.º do DL n.º 15/93 apenas quanto a essa situação (para além do caso do cultivo, expressamente ressalvado pelo legislador), que continuaria, assim, a constituir crime¹²⁶⁷;

direito de mera ordenação social, prevêem um ilícito administrativo e contravençional e um direito administrativo sancionatório e onde a passagem de uma conduta do direito penal para o seio destes últimos se apresenta como despenalização e não como descriminalização. Esta posição não é sufragada pela maioria da doutrina e da jurisprudência nacionais, que continua a perspetivar a desqualificação de um crime em contra-ordenação como “descriminalização” e a supressão do ordenamento sancionatório da conduta como “despenalização”.

O entendimento de FARIA COSTA parece-nos mais operativo, salvaguardando situações potencialmente geradoras de vulneração do princípio da igualdade, como nos casos de sucessão de leis penais no tempo em que ocorra a reconfiguração de uma conduta anteriormente tipificada como crime em contra-ordenação, não deixando de haver aí punição a título contra-ordenacional. Ao contrário, de acordo com o entendimento maioritário – de que TAIPA DE CARVALHO é representativo defensor –, que considera haver aí um processo de “descriminalização”, a conduta deixa de ser punível, a menos que o legislador impeça tal consequência através da expressa previsão de disposições transitórias (*Direito Penal: parte geral*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 2008, pp. 182 e ss., e *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Ed., Coimbra, 2008, pp. 150 e ss). FIGUEIREDO DIAS, que comunga das premissas da doutrina maioritária, admite que em tal caso não haveria expectativas a tutelar quanto ao infrator, pois que a conduta era punível no momento da prática do facto, pelo que não se justificaria uma eventual solução de impunidade (*Direito Penal: Parte Geral*, t. 1, *Questões Fundamentais. A Doutrina geral do crime*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004, p. 188).

¹²⁶⁵ Relativamente à singular solução sancionatória prevista no diploma para os consumidores não toxicodependentes, criticando a descaracterização do sistema quanto à coerência interna do sistema contra-ordenacional – segundo a qual «onde há uma coima há uma contra-ordenação e onde há uma contra-ordenação há uma coima», sendo admitidas no novo sistema sanções não pecuniárias –, manifestando dúvidas sobre a sua constitucionalidade, e indicando doutrina que previamente se havia já pronunciado no mesmo sentido, cfr. ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, cit., pp. 367-371.

¹²⁶⁶ Para uma perspetiva crítica de todas estas posições, elencando jurisprudência representativa, cfr. J. CONDE CORREIA, «Aspectos Jurídico-Penais da Lei da Droga: As Fontes, Muita Jurisprudência e Alguma Doutrina», *Lusitana*, 2002, pp. 122 e ss.

¹²⁶⁷ Assim, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «O consumo de droga na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n.º 30/2000», *RPCC*, Ano 11 – Fasc. 1.º, jan.-mar. 2001, pp. 67-98, em que exara o entendimento seguinte: «o manifesto

ii) Uma interpretação extensiva do art. 2.º, n.º 1, da mesma lei, em termos de considerar *despenalizada*¹²⁶⁸ qualquer detenção para consumo (com exceção do cultivo), independentemente da quantidade¹²⁶⁹: em princípio, seria contra-ordenação a detenção de droga *em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias*;

iii) Incriminação da conduta pelo crime de tráfico de menor gravidade do art. 25.º do DL n.º 15/93, ou, eventualmente, pelos crimes de tráfico base (art. 21.º) ou de tráfico para consumo (art. 26.º)¹²⁷⁰; esta posição, jurisprudencialmente muito sufragada, viria a ser escrutinada por várias vezes, pelo TC, o qual concluiu pela sua não desconformidade com a Lei fundamental¹²⁷¹;

desajuste da solução encontrada através de um linear processo interpretativo obriga o jurista prudente a procurar “deixar bem” o legislador, explicando que afinal este disse mais do que desejava. Com efeito, não é razoável pensar que uma lei descriminalizadora, benfazeja para o consumidor, pretenda que uns gramas de droga transformem um “doente” a proteger num autêntico traficante, esquecendo-se de salvaguardar situações que a velha lei acautelava. Mais consequente com o espírito do diploma de 2000 será interpretar restritivamente o texto da sua norma revogadora, o art. 28.º. Onde as palavras parecem apontar para um completo desaparecimento do art. 40.º da Lei de 93 (excepto no que diz respeito ao cultivo), deve entender-se que este continua a reger os casos de consumo, aquisição e detenção para consumo não convertidos em contra-ordenações». Também assim, num primeiro entendimento, posteriormente alterado, MAIA COSTA, entendeu que «a Lei n.º 30/2000, assente numa diferente opção político-criminal, operou uma *cisão* do regime punitivo, reservando para os casos (por ela considerados) menos graves um regime punitivo qualitativamente diferente, o ilícito contra-ordenacional. Mas *logicamente* mantendo para as outras situações anteriormente abrangidas pelo art.º 40º o mesmo regime!» («Breve nota sobre o novo regime punitivo do consumo de estupefacientes», *RMP*, Ano 22, n.º 87, jul.-set. 2001, pp. 147-151). Cfr. também, CARLOS A. POIARES, «A Descriminalização do Consumo de Drogas: um Caso de Sucesso», *Toxicodependências*, Vol. 15, N.º 2 2009, pp. 85-88.

¹²⁶⁸ No sentido propugnado no texto.

¹²⁶⁹ Neste sentido, FARIA COSTA, «Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga», loc. cit., pp. 275-280, apontando para um critério indicativo do limite da quantidade de doses diárias suscetíveis de se destinar a consumo, que seria sempre contra-ordenação, mesmo se excedesse as 10 doses diárias, mas admitindo a indicição de um crime de tráfico, ainda que a detenção fosse de quantidades inferiores às 10 doses diárias. Também, LOURENÇO MARTINS, «Droga - Nova Política Legislativa», *RPCC*, Ano 11, Fasc. 3º - jul.-set. 2001, pp. 413-451, INÊS BONINA, «Descriminalização do Consumo de Estupefacientes - Detenção de quantidade superior a dez doses individuais», *RMP*, Ano 23, n.º 89, jan.-mar. 2002, pp. 185-188, MAIA COSTA, reconsiderando anterior posição, «Detenção de Estupefacientes – finalidades da detenção – dever de investigação pelo tribunal. Ac. do STJ de 14 de Maio de 2003 (comentário)», *RMP*, Ano 24, n.º 95, jul.-set. 2003, pp. 128-131, PATRÍCIA NARÉ AGOSTINHO, «Posse de estupefacientes em quantidade que excede o necessário para o consumo médio individual durante dez dias», *RMP*, Ano 25, n.º 97, jan.-mar. 2004, pp. 139-143, e J. CONDE CORREIA, «Droga: exame laboratorial às substâncias apreendidas e diagnóstico da toxicodependência», *RCEJ*, 2.º Semestre de 2004, pp. 77-99. Boa parte da jurisprudência alinhou por este entendimento, v.g. por todos Ac RG de 10-03-2003, *CJ*, XXVII, T. II, p. 287 e os arestos indicados no AFJ do STJ n.º 8/2008, de 25-06.

¹²⁷⁰ Neste sentido, essencialmente, ARTUR MATIAS PIRES, «Ainda Sobre o Novo regime Sancionatório da Aquisição e Detenção de Estupefacientes para Consumo Próprio», *RMP*, Ano 24, n.º 93, jan.-mar. 2003, pp. 113-120, MANUEL J. GONÇALVES PEREIRA, «A retenção de estupefacientes em quantidade superior a dez doses diárias para consumo pessoal», *RMP*, Ano 25, n.º 97, jan.-mar. 2004, pp. 127-137, e MANUEL GUEDES VALENTE, *Consumo de Drogas*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 97-99.

¹²⁷¹ Cfr. o Ac TC n.º 295/2003, de 12-06 (DR, II.ª Série, de 23-01-2004), com comentário crítico de MARIA FERNANDA PALMA, «Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do “Direito Penal de Justiça” pelo Direito Penal Secundário?», *RMP*, Ano 24, n.º 96, out.-dez. 2003, pp. 21-37, que, enquanto juíza do TC, votou vencida, invocando ter aquele órgão amparado o legislador em função de “tabus legais”, face a um «manifesto erro do legislador» «(...) ao simultaneamente revogar *in totum* as normas incriminadoras do consumo e estabelecer um limite máximo de doses possuídas para efeitos de contra-ordenação». Discorda-se, contudo, desta argumentação, porquanto não houve uma revogação *in totum* das normas incriminatórias do consumo, uma vez que o legislador expressamente continuava a prever a criminalização do cultivo e do tráfico para consumo (cfr., também, o texto integral do Acórdão em causa na *RMP*, Ano 24, n.º 96, out.-dez. 2003, pp. 157-169, com comentário de MAIA COSTA).

iv) Existência de um «vazio legislativo», de carência de cominação punitiva, determinante da não punibilidade da situação¹²⁷².

Era essa a questão colocada no recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, que deu origem ao AFJ do STJ n.º 8/2008, de 25-08¹²⁷³, suscitando-se o conflito instalado entre os entendimentos enunciados em i) e ii).

O dito Acórdão fixou jurisprudência, como se sabe, no sentido da primeira das posições a que se fez referência, nos termos seguintes: «*Não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, manteve-se em vigor não só ‘quanto ao cultivo’ como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.*».

A presença de drogas no organismo humano é um facto jurídico-criminalmente relevante, mesmo que não associado a qualquer outra atividade considerada potencialmente perigosa, como a condução rodoviária ou a caça. Tem, por isso, um patamar abstrato de consideração, relevando sempre independentemente de o seu consumo ser concorrente com aquelas atividades.

Porém, a associação do consumo de droga a certas atividades implica a necessidade de estabelecer a medida (em teor mensurável previamente definido na lei) do teor jurídico-criminalmente relevante das substâncias, nomeadamente psicotrópicas, que possam influenciar negativamente a capacidade para a condução ou outras atividades, desde logo se podendo colocar aqui problemas atinentes ao concurso de infrações entre o consumo de estupefacientes e psicotrópicos e a conduta que envolva a afetação por tais substâncias na condução, na caça, no uso e porte de armas, na circulação com animais perigosos.

8.2.6. A droga na condução rodoviária

A condução sob a influência de substâncias estupefacientes, psicotrópicas ou produtos com efeitos análogos, tipificada no art. 292.º, n.º 2 do CP só foi criminalizada, entre nós, com

¹²⁷² Neste sentido, RUI PEREIRA, «A descriminação do consumo de droga», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, p. 1171. Trata-se de uma posição que, pelo seu ineditismo e consequências práticas de flagrante violação do princípio da igualdade criminal, foi escassamente acolhida.

¹²⁷³ DR I.ª Série, N.º 150, de 05-08-2008, pp. 5235-5254, sendo de muito interesse a análise dos (numerosos) votos de vencido. A conformidade constitucional da decisão do AUJ do STJ n.º 8/2008 foi sindicada indiretamente no Ac TC n.º 587/2014, de 17-09, no qual se decidiu «*Não julgar inconstitucional, por violação do princípio da legalidade criminal, consagrado no n.º 1 do artigo 29.º, da Constituição, a norma constante do artigo 28.º, da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro, quando interpretada no sentido de que se mantém em vigor o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.*».

a entrada em vigor da Lei n.º 7/2001, de 13-07, ao passo que o art. 81.º do CEst já previa a punição como contra-ordenação da condução sob influência de substâncias psicotrópicas.

No cotejo dos regimes punitivos – a título contra-ordenacional e criminal – do álcool na condução, persiste uma incoerente descontinuidade, de resto já reconhecida no âmbito da Port. n.º 1006/98, de 30-11, e que, no fundo se reconduz(ia) à consideração de que os valores de concentração mínima referidos no quadro 2 do Anexo V de tal Portaria, não se aplica(va)m ao caso do crime previsto pelo art. 292.º, n.º 2 do CP.

Para efeitos penais relevam substâncias *estupefacientes, psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica* - artigos 291.º, n.º 1, al. a) e 292.º, n.º 2 do CP.

Para efeitos contra-ordenacionais relevam apenas *substâncias psicotrópicas* que tenham *influência negativa na capacidade para o exercício da condução* – artigos 81.º, n.º 1 do CEst e 8.º do RFASP, em especial Canabinóides, Cocaína e seus metabolitos, Opiáceos e Anfetaminas e derivados.

O referido cenário não se alterou com a entrada em vigor do RFASP, posteriormente regulamentado pela Port. n.º 902-B/2007. No capítulo II do RFASP (artigos 8.º a 13.º) estabelecem-se os procedimentos de fiscalização a adotar para a pesquisa de substâncias psicotrópicas, «*para efeitos do disposto no artigo 81º, do Código da Estrada*». Aí se prevêem os exames de rastreio (art. 11.º) e os de confirmação (art. 12.º), positivando o art. 12.º, n.º 5 que «*só pode ser declarado influenciado por substâncias psicotrópicas o examinado que apresente resultado positivo no exame de confirmação*».

Por sua vez, o art. 23.º da Port. n.º 902-B/2007 vem esclarecer que deve ser considerado como positivo todo o resultado de exame de confirmação que acuse a presença [independentemente da concentração a partir dos valores do Quadro n.º 2 do anexo V] de qualquer uma das substâncias referidas no quadro n.º 1, do anexo V da Portaria, onde se incluem Canabinoídes, Opiáceos, Cocaína (*e metabolitos*) e Anfetaminas (*e derivados*).

Tratando-se, porém, de um quadro que estabelece o regulamento de fiscalização de condução sob influência de estupefacientes, para efeitos da contra-ordenação prevista no art. 81.º do CEst (cfr art. 8.º, n.º 1 do RFASP), é manifesto que a simples presença de qualquer uma daquelas substâncias apenas permite afirmar a existência de contra-ordenação. Isto porque, pelas razões já referidas, a aplicação conjugada dos artigos 12.º, n.º 5, do RFASP e 23.º da Port. n.º 902-B/2007 não pode ser mobilizada para efeitos penais, de modo a afirmar-se que a simples presença de qualquer uma daquelas substâncias determina que o agente se encontre «*sob a influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas (...) perturbadores da aptidão física,*

mental ou psicológica». O que significará, em rigor, que para o preenchimento do tipo objetivo do art. 292.º, n.º 2 do CP a prova da presença de substâncias *estupefacientes, psicotrópicas ou produtos com efeito análogo* deve ser complementada pela prova de as mesmas terem tido uma influência *perturbadora da aptidão física, mental ou psicológica* para uma condução em segurança. Prova que apenas se poderá produzir, a nosso ver, através de meios periciais adicionais¹²⁷⁴.

Poderá entender-se que o crime do art. 292.º, n.º 2 do CP se pode praticar quando o condutor se mostre influenciado por substâncias estupefacientes ou produtos com efeito análogo, para além da verificação da presença das substâncias psicotrópicas a que (também) aludem o art. 81.º do CEst e 8.º do RFASP. Parece-nos, contudo, que na falta de expressa indicação de um limite objetivamente mensurável – não fornecido por qualquer tabela ou recomendação legal ou regulamentar – só a prova pericial poderá suprir essa omissão¹²⁷⁵.

Esta a razão pela qual o complexo normativo constituído pelas disposições do Código da Estrada, pelo RFASP e pela Port. n.º 902-B/2007 – a que o legislador pretende que se recorra como regime supletivo em sede probatória, em determinados contextos setoriais de punibilidade (criminal) da droga – não seja, afinal, satisfatório para tal fim.

8.2.7. A droga na caça

A lei incrimina o exercício da atividade venatória sob influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo, no art. 28.º da Lei n.º 173/99, tipificando a conduta como crime de exercício perigoso da caça¹²⁷⁶ (não havendo um tipo

¹²⁷⁴ Assim, Ac RP de 09-04-2014 (rel. Des. Castela Rio): «I - A contra-ordenação muito grave “condução sob a influência de substâncias psicotrópicas” distingue-se do crime doloso ou negligente de “condução sob a influência de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas” pelo elemento objectivo constitutivo deste, que se consubstancia no facto de o agente não se encontrar “em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência de ... produtos ... perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica”. II - A demonstração da “influência de substâncias psicotrópicas”, constitutiva da contra-ordenação muito grave basta-se, nos casos previstos no art 8º nº 1, als. a), b), c) d) da Lei 18/2007, com a realização de uma “prova técnica”, que é o “exame de confirmação” com resultado igual ou superior a um dos discriminados no quadro 2 do anexo V da Portaria 902-B/2007, obtido em “exame de rastreio” que foi anteriormente realizado e permitiu fundamentar a realização daquele “exame de confirmação”. III - A demonstração de “não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência de ... produtos ... perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica” passa pela realização de uma “prova pericial” consistente em “exame médico” de avaliação do estado do condutor pelos aspectos discriminados no Ponto 25 da Secção III e Anexo VII da Portaria 902-B/2007. IV - Não obstante os ensinamentos da Farmacologia, a Lei 18/2007 hierarquiza a diligência de produção processual dos meios de prova, só permitindo a realização de “exame médico” como modo “especial” de demonstração da infracção (relativamente ao modo “normal” do “exame de confirmação” seguinte a “exame de rastreio” positivo) “quando, após repetidas tentativas de colheita, não se lograr retirar ao examinando uma amostra de sangue em quantidade suficiente para a realização do teste”. V - Assim, não há possibilidade de demonstração do crime de “condução sob a influência de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas” no processo em que se realizou o “exame de confirmação” seguinte a “exame de rastreio”, que é possível efectuar, nem de demonstração da contra-ordenação muito grave “condução sob a influência de substâncias psicotrópicas”, no processo em que se realizou “exame de confirmação” seguinte a “exame de rastreio”, com resultados inferiores a um dos discriminados no quadro 2 do anexo V da Portaria 902-B/2007».

¹²⁷⁵ Contrariamente ao que sucede na condução em estado de embriaguez, em que o facto de se assinalar o limite da TAS de 1,2 g/l é suficiente para se entender como preenchido o elemento objetivo típico, produzido através de procedimentos aprovados (exame) para a determinação da substância em termos contra-ordenacionais.

¹²⁷⁶ É o seguinte o texto da norma: «1 - Quem, no exercício da caça, não estando em condições de o fazer com segurança por se encontrar (...) sob a influência de (...) estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo

correspondente ao crime de caça sob influência de álcool, previsto no art. 29.º do mesmo diploma).

A tutela penal da caça sob efeito de substâncias estupefacientes, psicotrópicas e análogas é, por isso, mais exigente do que no caso da influência por álcool, não se bastando com a mera presença de certo teor de substâncias estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo, mas exigindo a criação de um perigo abstrato para a vida, para a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado.

Relativamente aos termos de previsão do complexo regulamentar da fiscalização do estado de influência dos caçadores por substâncias estupefacientes, psicotrópicas ou produtos com efeito análogo, remete-se para as considerações já formuladas a propósito do regime de fiscalização do álcool na atividade venatória¹²⁷⁷.

8.2.8. A droga na detenção, uso e transporte de armas

A atividade de detenção, uso e porte de arma sob a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou produtos com efeito análogo, perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica, é punível nos termos do art. 88.º, n.º 2 do RJAM (na versão da Lei n.º 17/2009).

Sendo a conduta também punível em termos contra-ordenacionais no art. 45.º, n.º 1 do RJAM (embora, aqui, restrita à influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas), a pretensa disciplina regulamentar do art. 46.º suscita as questões que a propósito da punibilidade do álcool na mesma atividade se enunciaram, relativamente à aplicabilidade do regime referêncial do RFASP ao âmbito criminal.

Sucedem que o regime de deteção de drogas na detenção, uso e porte de armas, o âmbito objetivo típico não é coincidente, uma vez que, a título contra-ordenacional, não relevam os «produtos com efeito análogo, perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica». Para além disso, não podendo estabelecer-se uma completa correspondência para o regime do RFASP – uma vez que este apenas contempla a avaliação de substâncias psicotrópicas, e não já de estupefacientes –, a prova da presença de tais substâncias terá de fazer-se por meios periciais alternativos e complementares do regime em apreço.

ou por deficiência física ou psíquica, criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias».

¹²⁷⁷ Cfr. 8.2.2.

8.2.9. A droga na detenção e circulação pública com animais perigosos ou potencialmente perigosos

O acréscimo de perigosidade de certos animais que podem ser usados como instrumentos em situações de agressão, implica que se recorra a um conjunto de precauções legais e regulamentares, no tocante à garantia do dever de vigilância por parte do seu detentor. Entre elas, estabelece-se que a detenção de tais animais não possa ser levada a cabo por pessoa que se encontre sob a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou de produtos com efeito análogo que perturbem a sua aptidão física, mental ou psicológica.

A incriminação dessa conduta está prevista no art. 33.º-A, n.º 2 do DL n.º 315/2009¹²⁷⁸.

Pretendendo embora regular os procedimentos de fiscalização e determinação (recolha, verificação e contraprova) da TAS, no n.º 7 do referido preceito consagra-se uma cláusula de subsidiariedade para «o regime previsto para a fiscalização da condução sob influência (...) de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas (...)», com as adaptações correspondentes.

A intenção de regulamentação mais extensa da conduta de detenção perigosos sob influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou de produtos com efeito análogo, ao remeter para o regime de referência da «[f]iscalização na condução», esbarra, no entanto, com a particularidade de este regime (contido no CESt, no RFASP e na Port. n.º 902-B/2007) se referir apenas a «substâncias psicotrópicas», pelo que, mais uma vez se verifica existir mais uma descontinuidade normativa da remissão do n.º 7 do art. 33.º-A do DL n.º 315/2009.

Ou seja, a remissão apenas aproveitará à fiscalização de substâncias psicotrópicas, as únicas que o regime de fiscalização na condução expressamente contempla. No mais, impor-se-á a determinação da influência pelas substâncias estupefacientes e análogas através de meio de prova pericial especificamente ordenada para o efeito de demonstrar a influência por tais substâncias.

Mas, mesmo relativamente às substâncias psicotrópicas, se poderão colocar as mesmas reservas no tocante à relevância criminal da sua verificação no âmbito da condução rodoviária: dada a carência de limites quantitativos donde se inferisse um patamar de relevância criminal da conduta, parece que terá de interceder a produção de prova complementar de natureza pericial, para se concluir pela falta de «condições [pelo detentor do animal perigoso, em]

¹²⁷⁸ É o seguinte o teor da norma: «Na mesma pena [prisão até um ano ou multa até 360 dias] incorre quem, ainda que por negligência, circular na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos, com animal perigoso ou potencialmente perigoso, não estando em condições de assegurar o seu dever de vigilância por se encontrar sob a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou de produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica».

assegurar o seu dever de vigilância», por influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou de produtos com efeito análogo que perturbem a sua aptidão física, mental ou psicológica.

8.2.10. De um mapa de discontinuidades sistêmicas a um regime geral coerente relativo à fiscalização e detecção de álcool e de droga no corpo

No termo deste itinerário, julga-se ter evidenciado as assimetrias, incoerências e défices de aplicabilidade dos diversos regimes de fiscalização do estado de embriaguez (ou de influência pelo álcool) ou de afetação por substâncias estupefacientes, psicotrópicas ou análogas, nas atividades enumeradas.

A situação descrita configura, a nosso ver, um autêntico mapa de discontinuidades do sistema normativo vigente, de incoerência de regimes, a reclamar uma necessária reconfiguração normativa, justificando uma reponderação de soluções do seu regime sancionatório em termos substantivos, mas sobretudo, em termos adjetivos.

Desse modo se supriria, desde logo, a indesejável e a todos os títulos incompreensível *imprestabilidade* para efeitos criminais do regime de fiscalização de substâncias psicotrópicas emergente do complexo normativo de referência decorrente do Código da Estrada, do RFASP e da Port. n.º 902-B/2007. Mas, sobretudo, dotar-se-ia o sistema de um complexo normativo coerente e inequívoco, com consistência e continuidade sistêmicas, o que muito contribuiria para a segurança jurídica dos cidadãos, ao dotar os tribunais de instrumentos hermenêuticos mais fiáveis, objetivos e atualizados.

Assente político-criminalmente a necessidade de incriminação do abuso de álcool e do consumo de drogas em determinadas atividades – com largo consenso científico, social e político –, cuja perigosidade pode por isso ser potenciada, conviria definir um padrão uniforme no tocante à previsão típica substantiva dessas condutas¹²⁷⁹. Por outro lado, numa tal disciplina se compendiarão as metodologias e procedimentos probatórios idóneos e tendentes à sua cabal demonstração, no sentido de alcançar o exigido equilíbrio entre os direitos fundamentais que potencialmente conflituam neste domínio; em especial, seria de grande importância e oportunidade desenhar-se de forma sistematicamente coerente as questões do consentimento e da coercibilidade, bem como das cominações sancionatórias em caso de recusa injustificada de sujeição a exames.

Tal opção não teria de implicar forçosamente a arrumação das referidas incriminações no mesmo local sistemático (no Código de Processo Penal ou em diploma avulso),

¹²⁷⁹ Desde logo no tocante ao estabelecimento de critérios uniformes e objetivamente quantificáveis dos níveis de punibilidade do teor de alcoolemia e das substâncias psicoativas (estupefacientes, psicotrópicas) ou com efeitos análogos.

aconselhando, no entanto, que a regulamentação da disciplina procedimental-probatória – de detecção, despistagem e determinação dos estados de afetação por álcool e por drogas em certas atividades – se concentrasse preferencialmente num mesmo regime normativo dotado de continuidade e coerência sistémica material e adjetiva.

8.3. As substâncias e métodos proibidos para efeitos de controlo de dopagem

8.3.1. Introdução

Há outra gama de substâncias cujo consumo e utilização são reprimidos quando associados à atividade desportiva. Parece-nos justificar-se uma mais extensa exposição sobre alguns aspetos introdutórios às matérias que integram o núcleo das questões a abordar no tocante à relevância da dimensão probatória do fenómeno da “dopagem” ou do *doping*, que é uma amarga realidade estreitamente associada ao desporto¹²⁸⁰, e em particular à prática de certos desportos, que exigem maior intensidade ou duração de esforço e capacidade de desempenho, destreza e habilidades físicas e orgânicas, destinando-se ao aumento do rendimento na prestação desportiva ou a processos de recuperação mais rápida, por recurso a substâncias ou métodos proibidos.

O fenómeno é hoje inerente – mas não inevitável, e muito menos aceitável – às sociedades contemporâneas, especialmente das comunidades desportivas, sendo de algum modo atribuível a uma confluência de fatores que favorecem o aparecimento de *records* de constante superação, com as consequências dos significados de prestígio associados¹²⁸¹. Essas realizações, podendo ser do interesse pessoal dos praticantes, são motivadas (e estimuladas?) em grande medida por interesses essencialmente económicos, das organizações ligadas aos fenómenos desportivos, nas diversas modalidades, em que são mobilizados assinaláveis recursos financeiros. O *subsistema autónomo* do desporto, na expressão de N. Luhmann, fica, assim, exposto a um conjunto de fatores que o podem descredibilizar e, por isso, exige uma específica forma de tutela contra tais influências.

A origem do termo *doping* não é consensual, provindo, segundo alguns autores¹²⁸², do termo «doop», um preparado com efeitos estimulantes produzido a partir do tabaco. De

¹²⁸⁰ Apesar de haver atividades em que é conhecida a utilização de substâncias passíveis de aumentar o rendimento da prestação e desempenho dos executantes – como no plano militar, académico e até científico (v.g. no que concerne à potenciação da capacidade de concentração) e no âmbito literário e artístico, sem que tal implique qualquer especial apreciação juridicamente desvaliosa. É nas práticas desportivas que se manifesta predominantemente tal desvalor, pelas razões que adiante se expõem no texto, aquando do tratamento do bem jurídico.

¹²⁸¹ Um dos casos que de forma muito impressionante, surpreendeu e escandalizou a opinião pública, terá sido o caso de Lance Armstrong, vencedor de várias provas de ciclismo (“Volta a França”), feitos que confessou ter conseguido mediante a administração de *doping*, aliás não detetado nos sistemáticos controlos antidopagem. Também a mais recente revelação de dopagem da tenista Maria Sharapova contribuiu para o descrédito na competição desportiva de alto nível.

¹²⁸² Entre os quais L. CAZORLA PRIETO, *Derecho del deporte*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 348.

acordo com outros¹²⁸³, surgiu a propósito da administração da combinação de ópio e outros narcóticos aos cavalos de corrida, em finais do séc. XIX, sendo utilizada generalizadamente a partir de meados do séc. XX, aplicado à utilização em desportistas, e sendo usado, também, extra-desportivamente. A expressão pode ter raízes no verbo [to] *dope* – divulgada nos países anglófonos como ação geral de narcotizar, drogar –, podendo, também, encontrar-se associada ao termo “dopa” ou *dopamina*, conhecido neurotransmissor cuja libertação por diversas áreas do cérebro (substância nigra e área tegmental ventral – ATV) faz controlar, entre outras funções (como a cognição, a memória, o sono) os movimentos corporais.

A intenção subjacente às práticas de dopagem é a de, através da administração de classes farmacológicas de substâncias ou de métodos artificiais, aumentar o rendimento, resistência e capacidade de esforço do praticante desportivo e, eventualmente, mascarar a deteção de tais substâncias ou métodos no organismo do desportista, o qual, muitas vezes corre assinaláveis riscos de vida e para a saúde, na perspectiva de ver premiada a sua prestação desportiva, ainda que de forma desleal, proibida e nociva para a sua própria integridade.

O corpo dopado do praticante desportivo torna-se, a um tempo, objeto experimental das suas potencialidades e alvo de controlo das instituições desportivas competentes para a fiscalização do fenómeno.

Sucedo que, apesar da ampla incidência do fenómeno no meio desportivo, e da sua divulgação, não existe uma definição jurídica universal de *doping*, conquanto a eventual existência de um conceito único não se torne absolutamente essencial, desde que se compreenda o problema subjacente e se esteja consciente das implicações que potencialmente se podem colocar.

O art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2007, de 16-01 (Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto) refere que incumbe ao Estado a adoção de «(...) medidas tendentes a prevenir e a punir as manifestações antidesportivas, designadamente a violência, a dopagem, a corrupção, o racismo, a xenofobia e qualquer forma de discriminação».

Anteriormente, porém, já um profuso complexo normativo internacional e nacional pretendeu intervir sobre o fenómeno do *doping*.

Desde logo, a Convenção Contra o Doping do CdE, aprovado para ratificação pelo Decreto n.º 2/94, de 20-01, cujo art. 1.º pretende a «a redução e, a longo prazo, a eliminação do doping no desporto»¹²⁸⁴.

¹²⁸³ P. ex., G. BARRALDO VILLAR, «Doping», *La Gran Enciclopedia vasca*, Desclée de Brower, cop. Bilbao, 1989, p. 19.

¹²⁸⁴ Já anteriormente o CdE pretendia intervir sobre a matéria, tendo sido aprovadas a Resolução (67) 12 sobre Doping dos Atletas, e as Recomendações R (79) 8 sobre Doping no Desporto, R (84) 19 e designada por “Carta Europeia contra a Dopagem no Desporto” e R (88) 12, relativa à instituição dos controlos antidopagem sem pré-aviso fora de competição adoptadas pelo Comité de Ministros do CdE, respetivamente em 25-09-1984 e 21-07-1988.

No Código Mundial Antidopagem¹²⁸⁵ da AMA¹²⁸⁶ define-se dopagem como a «verificação de uma ou mais violações das normas antidopagem», remetendo-se para os artigos 2.1. a 2.8. e para a sua Lista de substâncias e métodos proibidos¹²⁸⁷, na qual são elencados as classes de substâncias¹²⁸⁸ e de métodos interditos¹²⁸⁹. Assim, no art. 1.º do CMA, estabelece-se uma definição de “dopagem”, considerando-a como «a ocorrência de uma ou mais violações das normas antidopagem mencionadas do artigo 2.1. ao artigo 2.8.», enunciando-as ao longo de oito pontos, desde a utilização efetiva, tentativa de utilização de substâncias ou métodos proibidos, à recusa injustificada de recolha de amostras, a falsificação de elementos integrantes do controlo de dopagem, o que redundava numa técnica que, apesar de pretender ser mais abrangente, não parece a mais eficaz, uma vez que bastaria *equiparar* ou assimilar essas ações e omissões relacionadas com a dopagem¹²⁹⁰.

O diploma legal que entre nós pela primeira vez sistematizou mais completamente a disciplina jurídica do fenómeno – o DL n.º 183/97, de 26-07 (alterado pela Lei n.º 152/99, de 14-09 e pelo DL n.º 192/2002, de 25-09)¹²⁹¹ – definia dopagem como «a administração aos praticantes desportivos ou o uso por estes de classes farmacológicas de substâncias ou de métodos constantes das listas aprovadas pelas organizações desportivas nacionais e

¹²⁸⁵ Aprovado na sequência da Conferência Mundial sobre Dopagem no Desporto, em 5 de março de 2003, em Copenhaga, por 80 países, entrou em vigor em 1 de janeiro de 2004. Posteriormente, foi sujeito a algumas alterações, aprovadas pelo World Anti-Doping Agency Foundation Board em 17-11-2007, tendo a sua versão revista, incorporando as ditas alterações, entrado em vigor em 1 de janeiro de 2009.

¹²⁸⁶ A qual é uma entidade não oficial de direito privado suíço, com sede em Montreal, Canadá, pelo que as suas deliberações e instrumentos não vinculam os Estados, mas as organizações desportivas que os subscrevem e adotam, algumas delas com “mandato” dos Estados, como p. ex., as Federações Desportivas com competências e funções delegadas (sobre o tema, em geral, PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, JOSÉ MANUEL MEIRIM, *A Federação Desportiva como Sujeito Público do Sistema Desportivo*, Coimbra Ed., Coimbra, 2002). Em todo o caso, as suas disposições não deixam de valer, enquanto instrumentos de *soft-law*, como referentes hermenêuticos em questões envolvendo situações de dopagem, submetidas a instâncias jurisdicionais oficiais.

¹²⁸⁷ Esta Lista foi ratificada pelo Grupo de Monitorização da Convenção contra a Dopagem (do CdE), em 14-11-2006, ratificada pelo Conselho Nacional Antidopagem (CNAD) em 29-11-2006, tendo entrado em vigor em 01-01-2007.

¹²⁸⁸ São previstas como substâncias proibidas: agentes anabolisantes (S1), hormonas e substâncias relacionadas (S2), beta-2 agonistas (S3), agentes com atividade anti-estrogénica (S4), diuréticos e outros agentes mascarantes (S5); são ainda proibidas em competição, as seguintes substâncias: estimulantes (S6), narcóticos (S7), canabinóides (S8) e glucocorticosteróides (S9).

¹²⁸⁹ Encontram-se previstos como métodos proibidos de dopagem: incremento do transporte de oxigénio (M1) – quer através de dopagem sanguínea (por administração na corrente sanguínea de células vermelhas ou compostos sanguíneos similares), quer através do incremento artificial da captação, transporte ou libertação de oxigénio – manipulação química e física (M2) – através da adulteração das amostras recolhidas em momentos de controlo de dopagem, como a substituição ou alteração da urina ou de infusões intravenosas – e dopagem genética (M3), que consiste no uso não terapêutico de células, genes, elementos genéticos ou de modulação da expressão genética que tenham capacidade para aumentar o rendimento desportivo. Apesar deste último método ser de incidência residual, existem já métodos científicos fiáveis para a sua deteção, através da identificação da manipulação genética, pela indução de reações características ao nível dos genes e das proteínas.

¹²⁹⁰ Neste sentido, SÉRGIO CASTANHEIRA, «Um primeiro olhar sobre o novo Regime Jurídico da Luta Contra a Dopagem no Desporto», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, Ano VII, N.º 20, jan.-abr. 2010, p. 188.

¹²⁹¹ Convém referir que, anteriormente, o legislador nacional através do DL n.º 474/79, de 08-09, acolhera a definição de dopagem do CdE, de 1963, e passou a prever no art. 2.º do DL n.º 105/90, de 23-03, que se considerava dopado «qualquer praticante desportivo em relação ao qual o respectivo controlo antidopagem acuse a administração de substâncias ou produtos, ou a utilização de outros métodos susceptíveis de alterar artificialmente o seu rendimento desportivo, quer em competição quer nos períodos fora de competição, e que sejam interditos pelas competentes autoridades desportivas».

internacionais competentes» (art. 2.º, al. *a*) do DL n.º 183/97), ao passo que, pelo seu art. 3.º o conceito abrangia, igualmente, as «substâncias ou métodos de dopagem que, embora não sendo susceptíveis de alterar o rendimento desportivo do praticante, sejam usadas para impedir ou dificultar a detecção de substâncias dopantes».

A procura de uma definição internacional mais abrangente do conceito extrapolou da consideração de substâncias e métodos proibidos, evoluindo para o estabelecimento de categorias de *condutas* qualificadas como dopagem.

Nesse sentido, a Convenção Internacional contra a Dopagem no Desporto, da UNESCO¹²⁹², no seu art. 2.º, n.º 3 faz referência a um conjunto de modalidades de condutas que consistem na violação das normas antidopagem, definindo-se no seu n.º 9 “Doping no desporto”, como «qualquer infração das normas anti-doping»¹²⁹³.

Com tais disposições, pretende-se progressivamente abranger no conceito de dopagem, não só o recurso a substâncias proibidas e métodos proibidos mas outras substâncias ou outros métodos que, mesmo não tendo efeitos dopantes nem sendo idóneos a manipular e falsear a prestação desportiva do praticante, possam *mascarar* ou dissimular a presença de doping no organismo ou de outros métodos proibidos.

Por seu turno, o Comité Olímpico Internacional (COI)¹²⁹⁴ adotou em 1999 um critério de reconhecimento de doping como sendo «1 – O uso de um artifício (substância ou método) potencialmente perigoso para a saúde dos atletas e/ou susceptível de melhorar a sua prestação, ou 2 – A presença no organismo do atleta de uma substância interdita, a constatação do uso de uma destas substâncias, ou a constatação da aplicação de um método interdito». Este critério enuncia uma definição material e outra mais formal, sendo este o que se revelou poder ser mais abrangente, prevendo as distintas organizações desportivas nacionais e internacionais na sua regulamentação, e na impossibilidade de elencar todas as substâncias proibidas, a inclusão de substâncias relacionadas ou aparentadas (“*related substance*”)¹²⁹⁵. Enquanto norma extra-penal, esse critério vulnera um princípio geral da certeza e segurança jurídica na determinabilidade típica de condutas que podem assumir consequências de natureza desportiva, disciplinar, contra-ordenacional ou criminal. Nessa medida, há um esforço de permanente atualização e inclusão do maior número possível de substâncias nas listas de

¹²⁹² Adotada pela 33.ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, em 19-10-2005, e aprovada pelo Decreto n.º 4-A/2007, de 20-03.

¹²⁹³ Uma das finalidades desta Convenção foi a de tornar vinculativo para os Estados que a ratificassem o Código Mundial Antidopagem, o qual não vincula oficialmente os Estados, mas apenas entidades e organizações desportivas signatárias.

¹²⁹⁴ Que, sendo primordialmente válida para as competições olímpicas, não deixa de constituir referência para outros âmbitos desportivos.

¹²⁹⁵ É o critério resultante do art. 1.º do Cap. I, do Código Antidopagem do Movimento Olímpico. «“*related substance*” means any substance having pharmacological action and/or chemical structure similar to a prohibited substance or any other substance referred to in this code».

substâncias proibidas¹²⁹⁶, de forma a reduzir a possibilidade de violação do princípio da determinabilidade de um tipo de infração em que incorresse o praticante desportivo por, inadvertidamente, ingerir ou consentir na administração de substância similar, cujas características ou efeitos desconhecesse (e não por pretender enganar as entidades de controlo e fiscalização).

Na verdade, ao COI são cometidos especiais deveres de diligência e informação, no sentido de se inteirar sobre as características das substâncias e métodos que pretendam oferecer aos praticantes no âmbito da sua preparação, treinos ou competição.

A Lei n.º 27/2009, de 19-06, não continha, igualmente, qualquer definição de dopagem, remetendo-se, no n.º 2 do seu art. 3.º para o rol de infrações às normas antidopagem do CMA da AMA.

A falta de um conceito mais universal ou abrangente provoca, no entanto, disfunções sistémicas, como a admissibilidade de alguns países proibirem certos métodos e substâncias não considerados proibidos noutros.

A Lei n.º 38/2012, de 28-08, que atualmente¹²⁹⁷ estabelece a disciplina da prevenção e controlo da dopagem no desporto, não inclui, como os seus antecedentes, uma definição de dopagem, reproduzindo no n.º 2 do seu art. 3.º o elenco de condutas classificadas como comportamentos anti-dopagem, pelo CMA¹²⁹⁸, propósito expressamente assumido no art. 1.º da Lei n.º 93/2015.

8.3.2. O problema do bem jurídico no regime da prevenção e combate ao *doping*

Tradicionalmente, associa-se o fenómeno do *doping* – e a necessidade da sua prevenção e repressão – à negação dos valores da igualdade de oportunidades na competição, da ética desportiva (“jogo limpo”, “*fair play*” ou *fairness*), à lealdade e lisura entre os participantes e à não adulteração da verdade desportiva (*par conditio*).

Esses valores são permanentemente afirmados nos diversos instrumentos internacionais tendentes a regular as competições desportivas, principalmente na sua dimensão ética, e combater o fenómeno do *doping*, como a Carta Olímpica, as já referidas Convenções contra o *Doping* do CdE de 1989, a Convenção Internacional contra o *Doping* no Desporto da UNESCO, de 2005; são reafirmados, por outro lado, na Lei n.º 5/2007, que consagra no seu art. 3.º, o princípio da ética desportiva.

¹²⁹⁶ Cfr. a prerrogativa de revisão e atualização, anualmente ou sempre que se justifique, pela ADoP da lista de substâncias e métodos proibidos, cometida pelos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 38/2012, de 28-08. Assim, sucessivamente, cfr. as Portarias n.ºs 37/2012, de 09-02, 22/2013, de 23-01, 9/2014, de 17-01, 270/2014, de 22-12 e 411/2015, de 26-11.

¹²⁹⁷ Com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 33/2014, de 16-06 e 93/2015, de 13-08.

¹²⁹⁸ Desenvolvendo e ressystematizando o elenco das condutas do n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 27/2009.

Os complexos normativos que pretendem intervir sobre o fenómeno do doping são, por vezes, omissos, no tocante à enunciação desses princípios, que, no entanto, estarão sempre implícitos na sua fundamentação e teleologia. A ideia de combater a fraude e a deslealdade e, em geral, todas as condutas que ponham em causa a verdade na prática desportiva é constante, mas é crescentemente salientada a preocupação da proteção da saúde e da vida dos praticantes desportivos, que podem ser vítimas de práticas pouco transparentes, ocultas e efetivamente nocivas para a sua saúde e colocar em perigo a própria vida^{1299 1300}.

O que vem colocando um outro patamar de discussão, qual seja o de saber se, sendo afinal a saúde o bem jurídico indireta e complementarmente tutelado¹³⁰¹, se trata da saúde individual de um praticante concreto ou da saúde pública¹³⁰². Ter-se-á de encarar o fenómeno como uma nova espécie de doença (adição ou dependência)¹³⁰³?

O fenómeno interessa, obviamente, à comunidade desportiva, no seu todo, e à sociedade em geral, mormente quando, além da ética e verdade desportiva, se podem colocar em causa bens jurídicos tão valiosos como a vida e a saúde individual dos praticantes e a saúde pública. E esta distinção, com a subsequente identificação do bem jurídico selecionado para tutela pode ser determinante, por justificar desde logo uma discussão sobre a legitimidade constitucional da incriminação da conduta de consumo de substâncias dopantes.

Na verdade, se se propuser que o bem jurídico é exclusivamente a ética desportiva, cumpre lembrar que o art. 79.º, n.º 2 da CRP apenas contempla a sua tutela pela via da violência no desporto (e não através do *doping*)¹³⁰⁴. Mas a criminalização já parece ter plena

¹²⁹⁹ Numa visão de recorte crítico, partindo dos valores do Olimpismo e das concepções de bem jurídico, pretendendo negar a existência de um bem jurídico que justifique a tutela penal da dopagem no desporto, apesar de admitir uma intervenção acessória (nunca prioritária) do direito penal no âmbito da dopagem desportiva, cfr. DÉCIO FRANCO DAVID, «Doping em Direito Penal: existe um bem jurídico a ser tutelado?», *RLib*, N.º 10 mai.-ago. 2012, pp. 39-63 (acessível em: http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10/integra.pdf; acedido em 13-12-2013).

¹³⁰⁰ Em geral, sobre o tema da alternativa entre a tutela do direito à saúde (pública e do desportista) e a tutela da integridade (lealdade e verdade da competição desportiva), cfr. ROBERTO BARTOLLI - ANTÓNIO VALLINI, «La tutela penale contra el doping en Italia: entre lealtad deportiva y la salud del deportista», *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 254-264, e, EMILIO CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de dopaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

¹³⁰¹ Assim, já a decisão do Tribunal de 1.ª instância das Comunidades Europeias, de 30-09-2004, se pronunciou no sentido em que «(...) a luta antidopagem destina-se a preservar, em primeiro lugar, o espírito (o *fair play*), sem o qual o desporto, amador ou profissional, deixa de ser desporto. Este objectivo, puramente social, justifica só por si a luta antidopagem. Em segundo lugar e na medida em que os produtos dopantes não estão desprovidos de feitos fisiológicos negativos, esta luta destina-se a preservar a saúde dos atletas»; para o aprofundamento dos seus pressupostos e análise, cfr. ANTÓNIO ROBALO PINHEIRO, «Crónica de Jurisprudência», *Desporto & Direito - Revista Jurídica do Desporto*, N.º 5, pp. 203-224.

¹³⁰² Cfr., sobre a questão, ALBERTO PALOMAR OLMEDA, «Las alternativas en la represión del dopaje deportivo», *Revista Jurídica del Deporte*, N.º 7 - 2002 [2], p. 38.

¹³⁰³ Cientes de que os métodos de *doping* se acham sempre em estado mais avançado do que os meios da sua deteção, em 1998, Juan A. Samaranch, então presidente do COI, chegou a sugerir que o combate ao doping deveria ser reavaliado de modo a considerar-se como *doping* apenas o que prejudica a saúde, renunciando-se à perseguição das substâncias que (apenas?) aumentem o rendimento da prestação desportiva, proposta que não colheu grande entusiasmo nos meios desportivos.

¹³⁰⁴ A constitucionalização no art. 79.º da CRP do direito (fundamental) à cultura física e desporto, em que o Estado português foi pioneiro, impõe-lhe uma obrigação de desenvolver e aplicar medidas de forma a dar-lhe tradução prática, não lhe sendo consentido um *non facere*, aí se incluindo de forma nuclear a promoção da ética e verdade desportivas.

justificação – como é o caso português – se se entender que bem jurídico a tutelar é a vida e a saúde pública, ainda que o sistema sancionatório não consagre uma solução de punibilidade [criminal] do consumo, por parte dos praticantes desportivos.

De forma bem impressionante, C. Roxin já expendeu o entendimento segundo o qual «Se a punição da posse de meios de dopagem e do próprio doping for realmente uma via necessária para a proteção da saúde, não se poderá deixar o âmbito de incidência da norma limitada às práticas desportivas. Ou seja, a posse de meios de doping em quantidades consideráveis teria de dar ensejo à imposição de pena a todos os casos e não apenas às hipóteses em que haja a “finalidade de dopagem desportiva”. Com isso, músicos, escritores, intelectuais, pessoas submetidas a testes e exames, administradores de empresas, além de outros que possam querer o autodoping para melhorar seus rendimentos, teriam de ser impedidos, pelo Direito Penal, de se doparem, já que se trataria de uma proteção para eles mesmos. Sob o ponto de vista da proteção à saúde, esse não aparenta ser um argumento razoável perante um tratamento desigual»¹³⁰⁵.

Um excuro pelos antecedentes legislativos mais próximos parece permitir apontar no sentido de que a tutela da saúde não estaria presente nas preocupações prioritárias do legislador; quer a estruturação das listas de substâncias e métodos proibidas estabelecidas no quadro de convenções internacionais já aludidas (cfr., art. 2.º, n.º 2 do DL n.º 183/97), quer o tipo de crime do art. 5.º, n.º 1 do DL n.º 390/91, de 10-10, aponta(va)m no sentido de perseguir a suscetibilidade de as substâncias e métodos proibidos de doping alterarem/melhorarem artificialmente o rendimento desportivo do praticante, e não a suscetibilidade de causar perigo para a saúde (ou vida) do praticante com a administração de substâncias ou produtos ou o recurso a métodos proibidos.

Por outro lado, a indiferença do consentimento do praticante – nos tipos penais do art. 5.º, n.º 1 do DL n.º 390/91, do art. 44.º da Lei n.º 27/2009¹³⁰⁶, e 45.º da Lei n.º 38/2012,¹³⁰⁷ –, afastando a regra geral de exclusão da ilicitude do art. 149.º do CP, parece claramente excluir qualquer consideração de tutela do bem jurídico integridade física ou saúde. É nesse sentido que expressamente se pronunciam Costa Andrade¹³⁰⁸ e Sérgio Castanheira¹³⁰⁹, a cuja posição aderimos¹³¹⁰.

¹³⁰⁵ «Crimes de Posse», *RLib*, N.º 12, jan.-abr. 2013, p. 54 (acessível em http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf.; acedido em 17-11-2013 – Arq.).

¹³⁰⁶ Administração de substâncias e métodos proibidos, com ou sem o consentimento do praticante.

¹³⁰⁷ Administração de substâncias e métodos proibidos, com ou sem o consentimento do praticante, em competição, ou fora de competição (além de outras condutas de participação).

¹³⁰⁸ Expressamente se pronunciando no sentido em que «(...) sistematicamente proibido e punido no contexto do desporto como ilícito disciplinar, não está excluída a possibilidade do sancionamento criminal do doping, em nome da proteção de específicos valores ou bens jurídicos imanentes ao desporto. Já se afigura impertinente a sua punição a título de ofensas corporais, invocando nomeadamente para o efeito o limite dos *bons costumes*. Suposta a aplicação

Parece-nos, contudo, dever exigir-se que um tal consentimento do praticante – para poder surtir plena validade e eficácia – seja efetivo e explícito, e não resulte de um quadro de representações de admissibilidade presuntiva da administração de substâncias ou sujeição a métodos proibidos, já que, para além de o meio desportivo se poder tornar um domínio de equívocos, se colocam complexas questões em torno do que se considera uma *presunção de culpa* em sede de responsabilização [não penal] pelo doping.

O sistema sancionatório da dopagem no desporto sempre foi, por isso, associada quer normativamente – pelo menos até à Lei n.º 27/2009, que lhe dedica em exclusivo uma disciplina jurídica –, quer em termos de princípios, aos valores da lealdade e verdade desportiva, não tendo a saúde como objeto ou finalidade predominante de tutela¹³¹¹.

Essa ideia é reforçada pela constatação de que a própria atividade desportiva profissional de competição é suscetível de se constituir como atividade perigosa e pode ser atentatória da saúde e integridade física dos praticantes, não merecendo, porém, tal circunstância qualquer especial forma de tutela penal, para além da que é dispensada às ofensas à integridade dolosas ou por negligência.

A defesa da saúde não é inteiramente desconsiderada na edificação do mais recente regime normativo de prevenção e combate ao doping. Nesse sentido apontam alguns instrumentos internacionais, como a Introdução ao CMA da AMA – em que se elenca a «Saúde» como o segundo fundamento do Código, logo após a «Ética, o *Fair Play* e a Honestidade» –, o Explanatory Report da Convenção Antidopagem do CdE e algumas decisões de instâncias jurisdicionais desportivas¹³¹².

heterolesiva e que não se ultrapasse o limite das lesões graves e irreversíveis, o facto estará *justificado por consentimento validamente expresso*. A punição a título de *ofensas corporais* representaria uma apócrifa integração na área de tutela da incriminação de interesses – nomeadamente de interesses ou valores pertinentes à ética e à *fairness* desportiva – que nada têm que ver com a integridade física. Representaria, noutros termos, uma “permuta do bem jurídico”, para a qual o intérprete e aplicador não estão legitimados» («As lesões corporais (e a morte) no desporto», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, p. 720).

¹³⁰⁹ «Um primeiro olhar sobre o novo Regime Jurídico da Luta Contra a Dopagem no Desporto», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, Ano VII, N.º 20, jan.-abr. 2010, pp. 199-201.

¹³¹⁰ Expressando igualmente dúvidas, JORGE BAPTISTA GONÇALVES, «Anotações aos artigos 42.º a 47.º da Lei n.º 27/2009, de 19-06», *Comentário de Leis Penais Extravagantes – Vol. 2* (PAULO P. ALBUQUERQUE - JOSÉ BRANCO, org.), Universidade Católica Ed., Lisboa, 2011, pp. 732, apesar de lembrar que a estrutura do tipo do art. 43.º da Lei n.º 27/2009 foi modelada pelo tipo do art. 21.º do DL n.º 15/93, de 22-01 (Lei da Droga), o que poderia inculcar a ideia de ter em mira a proteção da saúde pública (ameaçada pela circulação/difusão de substâncias e métodos dopantes).

¹³¹¹ Cfr. ainda, o que, a propósito da relação contratual da prática desportiva, refere JOÃO LEAL AMADO: «(...) proscreeve-se o *doping*, em suma, porque este faz mal aos desportistas (o que já de si é grave) e ao próprio desporto (o que é gravíssimo). Na verdade, qualquer observador minimamente atento da realidade desportiva sabe que o principal móbil do combate à dopagem é este último, não aquele – não falta, aliás quem considere, a nosso ver com inteira razão, que a prática desportiva profissional, de alta competição, é em si mesma atentatória da saúde e da integridade física dos atletas (...)» (*Vinculação versus Liberdade – O processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Ed., Coimbra, 2002, pp. 75-76).

¹³¹² Decisão do caso *Ben Johnson vs. Athletic Canada and IAAF* [1997], O.J., N.º 3201, onde se refere que «É necessário proteger o sr. Johnson para bem da sua saúde, dos efeitos da utilização sistemática de substâncias proibidas» (trad. livre do autor).

Creemos que, apesar de a tutela da saúde poder não constituir o bem jurídico-penal preponderante subjacente ao sistema de prevenção e controlo do doping, é um bem jurídico que não só não lhe é indiferente, como está presente nos programas sancionatórios, mesmo de natureza não penal.

A aptidão do direito penal para intervir adequadamente no contexto do doping tem sido questionada. A dopagem nos desportos de primeira linha é vulgar, argumenta-se. Muitas vezes, não se discute a diferença dos efeitos do *doping* destinados a defraudar competições e a sua capacidade de prejudicar a saúde dos atletas. Parece, por outro lado, ser evidente que as associações desportivas e as instâncias decisórias da justiça desportiva não dispõem de meios para acabar definitivamente com o problema. Tem sido proposto um controlo mais generalizado e rígido dos exames de *doping*, como forma de sensibilizar para a não justificação de vantagens, assim como para sancionar os clubes e organizações desportivas com a proibição de subvenções estatais e de patrocínios, além da supressão de transmissões públicas de rádio e televisão. Haveria a convicção de que essas medidas seriam, em princípio, mais efetivas contra o alastramento da dopagem desportiva do que o direito penal.

Na Alemanha, p. ex., apesar de o legislador pretender impedir o *doping* através do direito penal, o tipo de posse de substâncias em quantidades suficientes à dopagem constitui um preceito que dificilmente terá êxito. O legislador não se pronunciou claramente acerca dos fundamentos penais de sua regulação e somente disse que pretendia combater com efetividade as organizações criminosas que agem nos casos de *doping*. O governo federal alemão recorreu à sua obrigação de resguardar «a saúde da população e os valores éticos e morais do desporto» ao mesmo tempo que entendeu que deveriam ser punidos os desportistas que estivessem na «*posse de quantidades consideráveis de substâncias especialmente perigosas de dopagem, posto que indicaria o propósito de fornecimento*». Contudo, somente se deve impedir um dano à saúde dos futuros possuidores. Pode inferir-se tal conclusão do facto de que, no tipo penal de punição do *doping* ter sido reproduzido o § 29.º, I, 3, da Lei alemã de drogas – exigindo-se, conforme a interpretação restritiva do BVerfG, que se trate de quantidades consideráveis – e do entendimento de que o autodoping não é punível, e apenas pode ser abarcado pela citada norma na hipótese de fornecimento.

Contra o recurso ao direito penal em matéria de doping reiteram-se todas as objeções oponíveis à criminalização da posse de substâncias estupefacientes. Se um praticante desportivo se torna detentor de meios ou substâncias de doping, o fornecimento pelo primeiro possuidor transforma-se numa espécie de “preparação” da dopagem praticada pelo segundo. A primeira posse é, então, somente, a “preparação da preparação”, relativamente à

qual a previsão de uma pena transcenderia os limites constitucionalmente autorizados de um direito penal do facto. Nessa medida, pode dizer-se que o adquirente, ao utilizar meios de dopagem, põe-se, por si mesmo, consciente e voluntariamente em perigo. A autocolocação consciente em perigo é remetida para o âmbito da (auto-)responsabilidade do adquirente.

Peter König mostra-se particularmente crítico quanto a uma ideia de «autorresponsabilização» do desportista que se dopa¹³¹³. Em seu entender, de uma forma maioritária, os afetados pelas práticas de (auto)dopagem são jovens que não reúnem condições pessoais e culturais de representar as consequências de seu comportamento, para a saúde e para o desporto. Por outro lado, König acrescenta que em certos desportos, a utilização de doping é tão generalizada que nenhum desportista poderia pretender competir dentro do mesmo, se não fosse através da administração de substâncias e métodos. Assim, qualquer desportista dotado de um nível de ambição normal, ficaria perante uma “dúvida existencial” sobre o caminho a trilhar: contentar-se com resultados medíocres ou medianos, abandonar o desporto ou auto-doping. Daí decorreria, segundo König, a ilusão ou impossibilidade de se assegurar uma real autonomia de vontade dos atletas integrados em desportos largamente dominados pelos interesses do doping, consideração que reputamos pertinente, concitando a nossa adesão.

8.3.3. O regime sancionatório da dopagem

O atual regime de prevenção e controlo da dopagem é, essencialmente, o previsto na Lei n.º 38/2012, que combina um sistema sancionatório em quatro dimensões: penal, contra-ordenacional, disciplinar e desportiva. Podem estabelecer-se, ainda, âmbitos de responsabilização civil¹³¹⁴ ou laboral¹³¹⁵ relativamente ao praticante desportivo.

Ponto crucial é que o praticante desportivo não é, neste sistema, criminalmente sancionado, sendo inclusivamente encarado como “vítima” – quando se encontre em situação de «especial vulnerabilidade, em razão da idade, deficiência ou doença» –, nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 45.º da Lei n.º 38/2012¹³¹⁶. Não se exclui, é claro que o praticante desportivo

¹³¹³ «Paternalismus im Sport. Aspekte der Dopingbekämpfung mit strafrechtlichen Mitteln», *Grenzen des Paternalismus* (Bijan Fateh-Moghadam - Stephan Sellmaier - Wilhelm Vossenkuhl, Orgs.), Stuttgart, Kohlhammer, 2010, p. 63.

¹³¹⁴ V.g. por violação do complexo de obrigações contratualmente assumidas perante patrocinadores, gestores de direitos de imagem, etc.

¹³¹⁵ V.g. por quebra de vínculo de lealdade e boa-fé laboral, relativamente a clubes ou sociedades desportivas; cfr. ANA BRILHA, «O *Doping* como Quebra Contratual: uma Primeira Leitura», e CARLOS RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, «As consequências jurídicas da dopagem na relação laboral de desportistas: a quebra da boa fé contratual como fundamento de despedimento disciplinar», *Desporto e Direito – Revista Jurídica do Desporto*, Ano V, jan.-abr. 2008, pp. 299-326 e 327 ss., respetivamente.

¹³¹⁶ Pode, é certo, operar-se uma redução teleológica do conceito de «vítima», e tentar defender-se que abrangeria apenas as situações em que o praticante desportivo não tivesse dado o consentimento. Porém, a circunstância agravante da alínea referida no texto não depende da existência, ou não, de consentimento, do praticante, devendo, todavia, a existência de consentimento ser adequadamente relevada, justificando, eventualmente, a estatuição de molduras penais distintas.

possa ser responsabilizado por alguma das formas de participação comum enunciadas no art. 45.º, n.º 1 da Lei n.º 38/2012, no tocante à administração de substâncias interditas ou a facultar método proibido a um terceiro praticante desportivo, ou que o mesmo possa incorrer no crime de tráfico de substâncias e métodos proibidos (art. 44.º) ou que possa integrar associação criminosa destinada à prática dos crimes previstos na Lei (art. 46.º).

Todavia, foi exautorada a responsabilização criminal do praticante pela auto-administração de substâncias ou uso de métodos proibidos de dopagem¹³¹⁷. O afastamento da responsabilidade penal do praticante desportivo parece poder implicar a conclusão que o mesmo é efetivamente objeto de proteção quanto à sua saúde, e não apenas quanto ao interesse em garantir a *par conditio* entre os praticantes e o seu estado de “*Dopingfreiheit*” no contexto da prática desportiva, em competição ou não^{1318 1319}.

O praticante desportivo – já o vimos – não poderá em princípio ser criminalmente sancionado pelas condutas que consistem na administração de substâncias ou na utilização de métodos proibidos em si próprio, mas pode incorrer – para além da prática de uma contra-ordenação p. p. no art. 49.º, n.º 1, al. c) da Lei n.º 38/2012¹³²⁰ – nos outros (dois) tipos de ilícito penal conexos com o doping (tráfico e associação criminosa), além de poder incorrer no crime de administração de substâncias e métodos proibidos, na forma de co-autoria ou cumplicidade, relativamente a terceiros. O fenómeno do doping pode surtir efeitos disciplinares “quase automáticos”, relativamente ao praticante desportivo, bem como de outra natureza, relativamente aos não praticantes desportivos, nomeadamente criminal.

¹³¹⁷ Já assim, no âmbito do anterior regime de prevenção e combate ao doping (artigos 44.º, n.º 1 *a contr.*, e 48.º, n.º 1, al. c) da Lei n.º 27/2009).

¹³¹⁸ Sendo certo que, pelas informações de que dispomos, não há conhecimento de que se tenha realizado qualquer ação de controlo antidopagem fora do contexto do desporto de competição.

¹³¹⁹ Mais controversa poderá ser a consideração de uma violação do princípio *non bis in idem* suscitada pela norma do art. 56.º, n.º 2 da Lei n.º 38/2012, ao prever que «(...) as condutas previstas nos artigos 44.º, 45.º e 46.º constituem igualmente ilícito disciplinar quando o infrator for um praticante desportivo, um elemento do seu pessoal de apoio ou se encontre inscrito numa federação desportiva».

¹³²⁰ Em princípio, estará excluída relativamente ao praticante desportivo uma relação de concurso efetivo entre a contra-ordenação do art. 49.º, n.º 1, al. c) da Lei n.º 38/2012, e a forma de participação ou cumplicidade no crime p.p. no art. 45.º, resolvendo-se a situação pela regra do art. 20.º do DL n.º 433/82, de 27-10: punição a título de crime, sem prejuízo das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação. A imputação da responsabilidade pela contra-ordenação – excluída que está a responsabilização criminal –, estará recortada para as situações relativamente às quais o praticante desportivo detenha as substâncias ou métodos proibidos para consumo ou uso pessoal.

8.3.4. A estrutura especial de imputação subjetiva das condutas de dopagem e implicações probatórias: um critério de suficiência de prova (para as instâncias disciplinares desportivas) com base num juízo de *probabilidade preponderante*

Tem sido divulgada a ideia de que no domínio sancionatório desportivo do doping vigora um princípio de auto-responsabilização do praticante desportivo tão estrito, que é costume designá-lo como *responsabilidade objetiva*, *responsabilidade subjetiva mitigada* ou *strict liability*.

Tem sido especialmente controversa a discussão sobre a natureza da estrutura do nexo de imputação da responsabilidade pela administração ou deteção de *doping* no organismo do praticante desportivo. A complexidade jurídica da questão pode, até certo ponto, derivar do carácter polissémico que o termo *responsabilidade* assume neste particular domínio¹³²¹, uma vez que se desdobra em diversas dimensões sancionatórias – como a penal¹³²², a de mera ordenação social¹³²³, a disciplinar e a desportiva¹³²⁴ – e planos de responsabilização civil (contratual) e laboral (quando se esteja perante praticante ligado por vínculo de contrato trabalho), face a prejuízos emergentes para terceiros decorrentes da conduta antidopagem.

Parece-nos que só perante o concreto domínio sancionatório que estiver em causa pode haver uma posição consistente sobre a estrutura do nexo de imputação subjetiva da respetiva *responsabilidade*.

Interessa-nos observar as relações que podem interceder entre a especial estrutura do nexo de imputação subjetiva da responsabilidade atribuível ao praticante desportivo, no plano sancionatório de mera-ordenação social, disciplinar e desportivo, no confronto com as exigências probatórias da prática – ou verificação (?)¹³²⁵ – de um comportamento criminalmente relevante de *doping*; tenha-se em conta que as mesmas podem afetar terceiros, que não o próprio praticante, uma vez que o mesmo não é considerado sujeito ativo do crime de auto-administração de substâncias ou métodos proibidos.

É compreensível que no domínio da responsabilidade meramente desportiva por violação de uma norma antidopagem possa vigorar um princípio de invalidação automática de um resultado individual obtido numa competição, «(...) com todas as consequências daí resultantes, incluindo a retirada de quaisquer medalhas, pontos e prémios» (art. 74.º, n.º 1 da Lei n.º 38/2012), o que vem sendo entendido como uma espécie de responsabilidade objetiva

¹³²¹ Ou, porventura, derivar das diferenças do conteúdo conceitual que assumam em diversos sistemas jurídicos.

¹³²² Que, entre nós, se exercita essencialmente através do processo penal na jurisdição comum, podendo culminar na aplicação de penas (principais ou acessórias).

¹³²³ Que tem origem num procedimento instaurado pela autoridade administrativa com competência na prevenção e controlo antidopagem, atualmente a ADoP, culminando na aplicação de coimas e, eventualmente, de sanções acessórias.

¹³²⁴ Cujas competências, para instrução dos processos disciplinares, e aplicação das sanções disciplinares, estando cometida à ADoP, se encontra delegada nas federações desportivas titulares de estatuto de utilidade pública desportiva (art. 59.º, n.º 1 da Lei n.º 38/2012).

¹³²⁵ Se se concluir que a responsabilidade pelo comportamento de doping é uma responsabilidade objetiva.

ou de “*fixed disciplinary sanction*”¹³²⁶, enquanto modo de repor a injustiça criada com o desequilíbrio, desigualdade e deslealdade na competição perante os demais desportistas.

Cumprindo indagar, porém, se a *automaticidade* de tais efeitos desportivos (suspensão e exclusão de participação em competições) equivale a uma responsabilidade objetiva, num domínio de aplicação de direito sancionatório de carácter público¹³²⁷. Preferiríamos, contudo, adotar a expressão efeitos “quase automáticos” porque se nos afigura que a infração disciplinar deve estar suficientemente indiciada – de acordo com as específicas regras probatórias – e estabelecida, para poder surtir as correspondentes consequências sancionatórias. A semântica do conceito jurídico pode, aqui – como em muitos outros domínios –, carecer de análise acrescida, para evitar precipitações ou distorções de realidades.

O conceito de *responsabilidade objetiva* é usado numa aceção imprecisa ou mesmo errada, porquanto em vez de se prescindir de todo em todo de um princípio da culpa, o que sucede é prescindir-se, apenas, de um critério de consideração de exigência da prova para além de qualquer dúvida razoável, em benefício de um juízo de suficiência de prova – sujeito a prova do contrário – ancorado num critério de *probabilidade preponderante*, como sucede entre nós, nos termos do art. 9.º, n.º 2 da Lei n.º 38/2012, o que constitui novidade face ao anterior regime da Lei n.º 27/2009, que não estabelecia expressamente tal critério. Trata-se, aqui, de uma especificidade normativa que importa realçar, pela sua singularidade e significado no ordenamento sancionatório nacional e pelas implicações que pode assumir no contexto em apreço.

Esse critério, de resto adotado no art. 3.1. do CMA, que expressamente impõe ao organismo antidopagem o ónus de provar a violação de uma norma antidopagem, explicitando no entanto, que o «(...) standard of proof in all cases is greater than a mere balance of probability but less than proof beyond any reasonable doubt». O CMA pode colocar o ónus da prova a cargo do atleta ou outra pessoa acusada de violar normas antidopagem, casos em que o «(...) standard of proof shall be by a balance of probability», com exceção do disposto nos artigos 10.4. e 10.6., em que ao atleta deve ser imposto um ónus de prova superior.

Chegando-se a esta conclusão, em sede de responsabilidade desportiva disciplinar, cumpriria aferir da compatibilidade desse desvio com os princípios da culpa, da presunção de

¹³²⁶ RICHARD MCLAREN, «Doping Sanctions: What Penalty?», *International Sports Law Review*, Sweet & Maxwell’s issue, 2 (2002), pp. 23-24 [1] e SÉRGIO CASTANHEIRA, «Um primeiro olhar sobre o novo Regime Jurídico da Luta Contra a Dopagem no Desporto», loc. cit., pp. 227-229.

¹³²⁷ Desempenhado pelas federações desportivas de utilidade pública desportiva, por delegação de competências estaduais. Assim, PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, cit., pp. 835-867, que entende que os poderes delegados nas federações desportivas não só não são próprios das federações desportivas, como «(...) não pode dizer-se que lhes sejam “emprestados” pelo Estado num cenário de “delegação isolada de poderes públicos» e que «(...) as associações de direito privado não estão em condições de corporizar ou de representar a “ideia” de administração autónoma, com todas as implicações jurídicas», acrescentando que as federações desportivas, ao combater o *doping*, exercem funções “genuinamente estaduais”, pelo que não podem ser percecionadas como “tarefas autónomas”.

inocência e do contraditório, quando se extrapolassem as conclusões daquele estrito domínio (da responsabilidade desportiva disciplinar) para o âmbito criminal¹³²⁸.

8.3.5. A responsabilidade objetiva (“strict liability”) e o princípio da culpa

As dificuldades de compatibilização entre o princípio da culpa, enquanto princípio estrutural da tradição jurídico-sancionatória continental, com o tão questionado princípio da responsabilidade objetiva ou *strict liability* emergem, a um tempo, da origem anglo-saxónica deste conceito, bem como da circunstância de se confundirem as dimensões e realidades que os referidos conceitos pretendem significar.

É compreensível que o Estado – *maxime* as autoridades de controlo de doping – encontre especiais dificuldades na possibilidade de imputação subjetiva, numa formulação dogmática clássica, relativamente aos praticantes que acusem um controlo positivo de *doping*, e pretenda atenuar tais dificuldades [probatórias] ao estabelecer a suficiência de uma imputação meramente objetiva do resultado a uma conduta (presumidamente) anti-desportiva de dopagem.

Aquelas dificuldades começam na própria determinação objetiva – qualitativa e quantitativa – da substância ou método interdito, dada a sua permanente evolução e capacidade de dissimulação no organismo humano¹³²⁹.

Por isso, em sistemas jurídicos enformados pelo pragmatismo proverbialmente associado aos ordenamentos de *common law*, não é de estranhar que se aceite generalizadamente um tipo de responsabilidade sancionatória objetiva (“*strict liability*”), para mais num domínio específico – como o da disciplina e organização desportivas – e hiper-regulamentado, em que a participação dos praticantes é voluntária e sujeita a particulares deveres de informação, conduta e informação¹³³⁰. Não choca, pois, que em tais ordenamentos se pudesse partir de uma ideia de *responsabilidade objetiva*, embora a tradução (ou interpretação) do conceito seja insatisfatória, preferindo conceber-se a ideia de uma “*strict liability*” como responsabilidade

¹³²⁸ Cfr., mais desenvolvidamente, 8.3.6., a propósito dos fundamentos e consequências da não responsabilização criminal dos praticantes desportivos por (auto-)administração de substâncias e uso de métodos proibidos de *doping*.

¹³²⁹ De resto, não precipitada na estipulação de valores ou limiares de relevância previamente conhecidos e plasmados em regulamentos, pela evidente dificuldade em obter um consenso científico na sua determinação.

¹³³⁰ De referir que o Parecer «Legal Opinion on the Conformity of Certain Provisions of the Draft World Anti-Doping Code with Commonly Accepted Principles of International Law», de fevereiro de 2003, da autoria de GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, ANTONIO RIGOZZI e GIORGIO MALINVERNI, conclui pela compatibilidade das normas mais críticas do CMA com a CEDH, mormente no plano da imputação da responsabilidade objetiva em contraposição ao princípio da presunção de inocência, ali se concluindo que «Strict liability doping offences are, in and of themselves, consistent with internationally recognized human rights and general principles of law. Accordingly, we have come to the conclusion that Article 2.1. is valid and enforceable from the perspective of such legal requirements». Pensamos que o sentido do parecer se encontra datado e suscitaria hoje, possivelmente, outra posição, nomeadamente tendo em conta a evolução regulamentar a que se assistiu em matéria de *doping* no futebol, no sentido da exigência de um nexo de imputação subjetiva, mas não nos surpreenderia, apesar de tudo, que fosse mantido esse entendimento.

baseada numa presunção de culpa não infirmada ou ilidida, ou numa *responsabilidade subjetiva mitigada*, mas em que é, apesar de tudo, admitida a sua infirmação.

Parece estar subjacente a esta ideia o reconhecimento de uma também acrescida dificuldade de prova (diabólica?) de facto negativo pelo praticante desportivo – no sentido de demonstrar que o resultado positivo de um controlo antidopagem não tem origem em específica intenção de melhorar o rendimento desportivo –, a qual, não lhe estando vedada em termos absolutos, se tornará praticamente inviável.

Está igualmente presente a ideia de que uma sanção desportiva pelo *doping* se aplica (automaticamente) não com o fundamento de que a substância ou método interdito detetados efetivamente melhorou o rendimento do praticante, mas sim pela razão de que este não preenche uma condição objetiva e universal de participação na competição desportiva: encontrar-se *limpo de doping* (“*Dopingfreiheit*”).

De qualquer modo, uma noção – ainda que moderada ou relativa – de *responsabilidade objetiva* ou de *presunção de culpa* em áreas normativas incriminatórias e sancionatórias, de natureza pública, repugna à maioria dos sistemas jurídicos continentais e seus cultores¹³³¹.

Na conceptologia jurídica clássica, a ideia de responsabilidade objetiva contrapõe-se à de responsabilidade subjetiva ou de responsabilidade com base na culpa, que, por seu turno, no contexto da teoria geral da infração, se pode materializar nas modalidades de dolo e de negligência (cfr. artigos 13.º, 14.º e 15.º do CP).

O Estado de direito, ao erigir em princípio absoluto o do respeito pela dignidade humana, que Gomes Canotilho já apontou como sendo uma ideia «(...) pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Picco della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida, segundo o próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*)»¹³³², tem como corolário a aplicação do princípio *nulla poena sine culpa* a todos os domínios sancionatórios, designadamente no âmbito do direito de mera ordenação social, administrativo e disciplinar.

O *princípio da culpa* implica que determinado facto classificado como ilícito, «possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna pessoal juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário»¹³³³.

¹³³¹ A responsabilidade objetiva é admitida, como se sabe, dentro do nosso sistema jurídico, no direito civil – mormente no âmbito de certas atividades perigosas (art. 483.º, n.º 2 do CC) – e infortunístico-laboral (artigos 7.º, 10.º, 14.º *a contr.* e 18.º, n.º 1 *a contr.* da Lei n.º 98/2009, de 04-09 - Lei dos Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais), pressupondo-se, apesar disso, nesses domínios, um princípio geral de exigência de culpa, traduzida na verificação de dolo ou de negligência (mera culpa).

¹³³² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (2.ª ed.), Almedina, Coimbra, 1989, p. 219.

¹³³³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004, p. 259.

Para Figueiredo Dias¹³³⁴ e Faria Costa¹³³⁵, bem como para outros autores, o princípio da culpa seria uma exigência indeclinavelmente válida para todos os domínios sancionatórios¹³³⁶. Tratar-se-á de uma categoria dogmática que provém da dignidade da pessoa humana, funcionando como «“contra-poder” à legitimidade punitiva do Estado»¹³³⁷. Pressupondo uma ideia de responsabilidade e de liberdade, estes Autores sustentam que o fundamento dogmático da culpa será o limite da pena (Figueiredo Dias e C. Roxin), defendendo outros, ser ele, também, o seu pressuposto (Faria Costa e Anabela M. Rodrigues).

O princípio da culpa goza, pois, entre nós, de consagração constitucional.

Importa averiguar se o ordenamento jurídico – aprovado internacionalmente (mormente o Código Mundial Antidopagem da AMA, a Convenção Internacional contra o Doping no Desporto da UNESCO e a Convenção Europeia Antidopagem do CdE) e internamente (a Lei n.º 38/2012) – consagra (ou impõe) uma genuína *responsabilidade objetiva* no âmbito sancionatório disciplinar da dopagem no desporto.

A Convenção Europeia Antidopagem do CdE, ao contrário do que precipitadamente se pode intuir, não preconiza, direta ou indiretamente, em nenhuma das suas disposições, a responsabilidade objetiva em matéria de dopagem no desporto. As referências aos princípios éticos, aos valores educativos e ao princípio do *fair play*, constantes do seu preâmbulo, bem como do seu art. 6.º, conjugadas com o apelo à aplicação, nos procedimentos disciplinares, dos princípios internacionalmente reconhecidos de justiça natural de forma a garantir o respeito pelos direitos fundamentais dos desportistas (art. 7.º, n.º 2, alínea *d*)) apontam, ao contrário, para a consagração implícita do princípio da culpa. Com efeito, o Relatório Explicativo relativo à Convenção contra o *Doping* refere que «o artigo 7.º, n.º 2, alínea *d*), implica que as organizações desportivas devam adaptar ou, de acordo com as necessidades, adoptar os regulamentos por forma a reflectirem o princípio da justiça natural ou do processo equitativo. Os princípios a seguir são os enunciados, por exemplo, no Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966), ou, para os Estados membros do Conselho da Europa, na Convenção para a Protecção dos Direitos do

¹³³⁴ Idem, pp. 159 e 160.

¹³³⁵ «Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Teixeira Ribeiro, BFDUC*, Número Especial, III, Coimbra, 1983, p. 359.

¹³³⁶ Trata-se de pressuposto indiscutível no plano da doutrina geral do crime (cfr., por todos, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. I, Almedina, Coimbra, (reimp.) 2007, p. 37. Tese sufragada por ALMEIDA COSTA, «A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar” – subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação social-laboral», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, p. 1043 [nota 10].

¹³³⁷ FARIA COSTA, loc. cit., p. 359.

Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), ou nos processos adoptados pelo CIO» (ponto n.º 69 do Relatório¹³³⁸).

O PIDCP, no seu art. 14.º, n.º 2, consagra expressamente que «qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida». Idêntico princípio emerge do art. 6.º, n.º 2, da CEDH. O art. 48.º, n.ºs 1 e 2 da CDFUE contempla, igualmente, o princípio de presunção de inocência do arguido enquanto não for estabelecida a sua culpa, bem como estipula a garantia dos direitos de defesa. Estes princípios, que valem irrestritamente no domínio penal, são, no entanto, correspondentemente aplicáveis e transponíveis para outras áreas sancionatórias de natureza pública, designadamente para o âmbito disciplinar desportivo.

Conquanto esses princípios não tenham sido expressamente transcritos na Convenção contra o Doping do CdE, parece resultar do seu Relatório Explicativo o propósito de os considerar aplicáveis em matéria de dopagem no desporto, sendo certo que a enumeração de princípios constante das alíneas *i)* a *iii)* da alínea *d)* do n.º 2 do art. 7.º da Convenção tem natureza meramente exemplificativa, como decorre do advérbio “nomeadamente” (“notamment”) ali utilizado.

No que se refere ao CMA da AMA, nele se consagra a norma 10.5.1., assinalando a eventualidade de uma situação de “Inexistência de Culpa ou Negligência”¹³³⁹, o que indiretamente permite inferir a admissibilidade de um princípio da culpa, com a consequente verificação de um nexo de imputação subjetiva na violação [dolosa ou negligente] da norma antidopagem.

Por seu turno, a Convenção Internacional contra o *Doping*, da UNESCO não aponta expressamente no sentido da consagração de uma responsabilidade objetiva¹³⁴⁰.

Por outro lado, importa considerar o que resulta da interpretação conjugada dos artigos 3.º, n.º 5¹³⁴¹, 5.º¹³⁴², 9.º¹³⁴³ e 15.º¹³⁴⁴ da Lei n.º 38/2012, no sentido de extrapolar uma

¹³³⁸ Acessível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/135.htm> (acedido em 25-07-2013).

¹³³⁹ «Se o Praticante desportivo provar, num caso individual que não teve Culpa ou Negligência, o período de Suspensão a aplicar será anulado. Quando uma Substância Proibida ou os seus Marcadores ou Metabolitos forem detectados nas Amostras de um Praticante desportivo em violação do artigo 2.1 (Presença de uma Substância Proibida), o Praticante desportivo tem também de demonstrar a forma como a Substância Proibida entrou no seu organismo de forma a ver eliminado o período de Suspensão. No caso de aplicação deste Artigo e de o período de Suspensão a aplicar ser levantado, a violação das normas antidopagem não será considerada como uma violação para efeitos de determinação do período de Suspensão em caso de violações múltiplas nos termos do Artigo 10.7.»

¹³⁴⁰ Devido à evolução da jurisprudência internacional desportiva em matéria de futebol, demonstrando a evolução dos regulamentos da FIFA e da UEFA – na sequência de exigências do CAS (*Court of Arbitration for Sports*) no sentido da superação do estabelecimento de uma responsabilidade disciplinar que prescindia de um nexo de imputação subjetivo –, com a consagração em instrumentos pelos organismos e instâncias disciplinares e jurisdicionais competentes do princípio da culpa, com a inerente exigibilidade do nexo de imputação da conduta ao agente a título de dolo ou de negligência, é presentemente adotada em matéria disciplinar desportiva atinente à dopagem pelas instâncias reguladoras do futebol a nível internacional (cfr. o Parecer N.º 93/2006, do CC PGR, pub. DR II.ª Série, N.º 16, de 23-01-2007).

¹³⁴¹ «Os praticantes desportivos e seu pessoal de apoio não podem alegar desconhecimento das normas que constituam uma violação antidopagem nem da lista de substância e métodos proibidos» (após alteração da Lei n.º 93/2015).

eventual base de coerência sistémica, no que se refere à estrutura da imputação subjetiva da conduta que integra a violação de uma ou mais normas antidopagem, atendendo a um complexo de normas de distribuição de *ónus* de prova, totalmente estranho à natureza e estrutura de um processo penal democrático ou a outros domínios processuais sancionatórios públicos.

Um tal conjunto de regras de produção, mas sobretudo de valoração probatória – em que assertivamente se postula um critério de prova bastante, fundado num juízo de *probabilidade preponderante*, ainda que tal juízo possa ser inferior ao subjacente ao de uma prova para além de qualquer dúvida razoável (art. 9.º, n.º 2 da Lei n.º 38/2012) – dificilmente se compatibiliza com um processo penal equitativo *qua tale*, em que intercedem os princípios do contraditório e da iniciativa oficiosa de um órgão de acusação, para já não aludir aos princípios da culpa (*nulla poena sine culpa*) e da presunção de inocência do arguido.

¹³⁴² «Deveres do praticante desportivo: 1 - Cada praticante desportivo tem o dever de assegurar que não introduz ou é introduzido no seu organismo qualquer substância proibida ou que não existe recurso a qualquer método proibido.

2 - O praticante desportivo deve informar -se junto do representante da entidade organizadora do evento ou competição desportiva em que participe, ou junto do responsável pela equipa de controlo de dopagem, se foi ou pode ser indicado ou sorteado para se submeter ao controlo.

3 - O praticante desportivo não deve abandonar os espaços desportivos nos quais se realizou o evento ou competição sem se assegurar que não é alvo do controlo.»

¹³⁴³ «Prova de dopagem para efeitos disciplinares: 1 - O ónus da prova de dopagem, para efeitos disciplinares, recai sobre a ADoP, cabendo-lhe determinar a existência da violação de uma norma antidopagem.

2 - A prova é considerada bastante para formar a convicção da instância se permitir formular um juízo de probabilidade preponderante, ainda que tal juízo possa ser inferior a uma prova para além de qualquer dúvida razoável.

3 - Recaindo o ónus da prova sobre o praticante desportivo ou outra pessoa, de modo a ilidir uma presunção ou a demonstrar factos ou circunstâncias específicas, a prova é considerada bastante se permitir pôr fundadamente em causa a violação de uma norma antidopagem, exceto no caso do artigo 67.º, em que o praticante desportivo está onerado com uma prova superior.

4 - Os factos relativos às violações das normas antidopagem podem ser provados através de todos os meios admissíveis em juízo, incluindo a confissão.

5 - Em casos de dopagem aplicam-se as seguintes regras sobre a prova:

a) Presume-se que os laboratórios acreditados pela AMA que efetuaram as análises de amostras respeitaram procedimentos de segurança estabelecidos pela Norma Internacional de Laboratórios da AMA;

b) O praticante desportivo, ou outra pessoa, pode ilidir a presunção referida na alínea anterior, se provar que ocorreu uma falha no cumprimento das normas internacionais aplicáveis.

6 - Caso se verifique o disposto na alínea b) do número anterior, o ónus de provar que esse incumprimento não deu origem a um resultado analítico positivo recai sobre a ADoP».

¹³⁴⁴ «Corresponsabilidade do pessoal de apoio do praticante desportivo: 1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 10.º, incumbe em especial aos profissionais de saúde que acompanham de forma direta o praticante desportivo zelar para que este se abstenha de qualquer forma de dopagem, não podendo, por qualquer meio, dificultar ou impedir a realização de um controlo.

2 - Igual obrigação impende, com as necessárias adaptações, sobre o demais pessoal de apoio ao praticante desportivo, bem como sobre todos os que mantenham com este uma relação de hierarquia ou de orientação.

3 - A obrigação referida nos números anteriores inclui o dever de esclarecer o praticante desportivo sobre a natureza de quaisquer substâncias ou métodos que lhe sejam ministrados e de o manter informado dos que sejam proibidos, bem como das suas consequências e, no âmbito das respetivas competências, tomar todas as providências adequadas a desaconselhar e a prevenir o seu uso por parte daquele.

4 - Tratando-se de treinadores e profissionais de saúde, a obrigação referida nos números anteriores inclui ainda o dever de informar a ADoP sobre os praticantes desportivos em relação aos quais se suspeite que possam estar a utilizar substâncias ou métodos proibidos».

Porém, há outras normas na Lei n.º 38/2012 que apontam para uma pressuposição implícita de um princípio da culpa, como as do art. 10.º, n.º 6¹³⁴⁵ e do art. 51.º, mandando este atender, em matéria de responsabilidade contra-ordenacional, à *gravidade da culpa* no que respeita à determinação da medida da coima.

Por outro lado, o princípio da garantia de audiência e defesa do praticante e demais agentes desportivos – a que devem obedecer os regulamentos federativos antidopagem –, expressamente contemplado no art. 13.º, al. e) da Lei n.º 38/2012¹³⁴⁶, afasta um entendimento de completa responsabilidade objetiva.

Pode ensaiar-se uma tentativa de legitimar o entendimento de que a *responsabilidade objetiva* se reconduz, afinal, a uma *responsabilidade subjetiva presumida* ou *mitigada*. Seria um sucedâneo da responsabilidade objetiva: assimiláveis ao conjunto de situações de presunção de culpa em direito civil, que implicam a inversão do ónus da prova, mediante prova em contrário, da ilidível presunção (*iuris tantum*): também no direito sancionatório (desportivo) seria admissível uma responsabilidade por culpa presumida? Com efeito, face ao complexo de deveres especiais que impendem sobre o praticante desportivo – dever de conhecer as normas que constituam uma violação antidopagem e a lista de substância e métodos proibidos, dever de assegurar que não introduz ou é introduzido no seu organismo qualquer substância proibida ou que não existe recurso a qualquer método proibido, além de outros deveres especiais de informação – e sendo a competição desportiva uma atividade voluntária e restrita, o resultado positivo num controlo antidopagem faria surgir uma indiciação de conduta inexoravelmente negligente (ou uma presunção de negligência), precisamente por violação de tais deveres especiais de cuidado, impostos pela exigente disciplina antidopagem.

O que, nalguma medida, vem adensar as dúvidas sobre a adequada interpretação do problema é que a violação de normas antidopagem pode consistir numa gama de comportamentos de desobediência, de confissão ou de indiciação que materialmente não configuram administração de substâncias ou utilização de métodos proibidos (*v.g.* todo o complexo de condutas das alíneas c) a k) do n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 38/2012), na qual avultam as hipóteses de “*non analytical doping offences*” da al. c): «O uso ou a tentativa de uso de

¹³⁴⁵ É o seguinte o teor da norma citada: «O incumprimento dos deveres decorrentes do presente artigo por parte dos profissionais de saúde no âmbito do exercício das suas funções junto dos praticantes desportivos não constitui, só por si, causa de exclusão da eventual culpa do praticante desportivo, sem prejuízo da responsabilidade penal, civil ou disciplinar em que incorrem». Decorria já do art. 5.º, n.º 2 do DL n.º 183/97, de 16-07, que se admitia a exclusão da culpa como fundamento para a não punição de um atleta, embora o circunstancialismo nele referido, *só por si*, não fosse suficiente para sustentar tal exclusão.

A admissibilidade de causas de exclusão da culpa só pode significar ter como pressuposto lógico necessário a *prévia* atribuição de culpa ao desportista. É certo que o argumento não é decisivo, uma vez que a previsão de uma responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico antidopagem não excluiria a responsabilidade pela culpa.

¹³⁴⁶ Assim, já o seu antecedente [art. 13.º, al. e)] da Lei n.º 27/2009.

uma substância proibida ou de um método proibido por um praticante desportivo, demonstrado por confissão do mesmo, por declarações de testemunhas, por prova documental, por conclusões resultantes de perfis longitudinais, incluindo dados recolhidos no âmbito do passaporte biológico do praticante desportivo, ou por outras informações analíticas que não preencham os critérios estabelecidos para a verificação de uma violação das normas antidopagem descritas nas alíneas *a)* e *b)*».

Uma tal previsão, bem como as das demais alíneas do preceito, revelam uma margem de previsão que colide com o princípio da tipicidade e da determinabilidade do bem jurídico, explicando-se pelas dificuldades de prova do estabelecimento de um nexo de imputação subjetiva nesses casos, em que se afiguram menos intensas as garantias de defesa, mas não justificam, quanto a nós, a vigência de qualquer “presunção de culpa” ou de responsabilidade objetiva.

Assim, o debate originado em torno da questão da natureza – subjetiva ou objetiva – da responsabilidade, e, portanto, da viabilidade do estabelecimento de um nexo de imputação por conduta de *doping* tem subjacente as dificuldades (ou impossibilidade) inerentes à necessidade de prova do dolo ou da negligência nas infrações disciplinares à disciplina antidopagem.

Verificada a presença de determinada substância proibida no organismo de um praticante desportivo, é normal e compreensível que este invoque o desconhecimento do modo como a mesma ali foi introduzida. Como razões para a presença da substância no organismo, é habitual os atletas alegarem uma sorte de causas abstratamente plausíveis, com especial incidência para a eventual ingestão de produtos alimentares (em especial, os chamados *suplementos* alimentares) ou farmacológicos, que pudessem conter ou potenciar o surgimento de tal substância no organismo, sem que o atleta disso se apercebesse (*v.g.* por tal substância e seus efeitos secundários não serem indicados na composição, na respetiva embalagem ou folheto informativo ou por falta de informação de pessoal médico e de apoio).

Tais dificuldades, com que a acusação se possa deparar para provar o elemento subjetivo da infração disciplinar, não são insuperáveis.

Como procuraram demonstrar Klaus Vieweg e Christian Paul¹³⁴⁷, face à prova pericial da presença da substância dopante no organismo do atleta e de que a mesma não pode ter sido produzida naturalmente pelo organismo deste, eventualmente conjugada com a ausência no

¹³⁴⁷ «In doping cases, “strict liability” means that the sanction is an inevitable consequence once the doping offence has been established, irrespective of culpability» («The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offence», *The International Sports Law Journal*, T.M.C. Institute, 2002/1, pp. 2-13). Todavia, em princípio, não se prescindirá da demonstração da existência do elemento subjetivo, (a “culpabilidade”). Tal apenas sucederá, se na convicção da instância decisória puder interceder um juízo de probabilidade preponderante da verificação da conduta ilícita.

decurso do procedimento disciplinar de qualquer circunstância que justificasse a presença dessa substância sem o concurso voluntário ou censurável do mesmo atleta, é possível, mediante presunções naturais baseadas nas regras da experiência (que aqueles autores denominam de prova *prima facie*) dar como suficientemente indiciado o elemento subjetivo da infração, pelo menos a título de negligência.

Nalgumas situações, por se tratar de substâncias que, pela sua natureza ou pela quantidade detetada, em articulação com a modalidade desportiva praticada e com o aumento de rendimento que proporcionam, não possam, segundo as regras da experiência deixar de ter sido ingeridas pelo atleta com o seu conhecimento (bem como da sua natureza) e com a intenção de, mediante o seu uso, melhorar a sua prestação competitiva, indiciar-se-á uma conduta dolosa.

Noutros casos, tendo em consideração a natureza da substância e a (reduzida) quantidade verificada, se for admissível em face das regras da experiência, que o atleta a possa ter ingerido inadvertidamente com um determinado suplemento alimentar – sem se assegurar justificada e previamente da real composição de tal suplemento, mas sem que a possibilidade da presença da substância dopante no mesmo fosse por ele admitida –, indiciar-se-ia apenas *negligência inconsciente*. Como sublinha Figueiredo Dias, em situações desta espécie, «A violação da norma objectiva de cuidado assumirá [...] um relevo muito particular em *domínios altamente especializados*, que importam *especiais riscos* para bens jurídicos significativos das outras pessoas ou da colectividade. Por isso, há neste domínio que pôr em relevo uma exigência, de certo modo, especial: a de que o agente não deve actuar antes de se ter convenientemente informado ou esclarecido sobre aqueles riscos, sempre que se não encontre em posição de os avaliar correctamente. Se não conseguir alcançar a informação ou o esclarecimento necessários, deve *omitir* a conduta projectada; se o não faz e o resultado surge em consequência, a violação deste dever pode integrar o tipo de ilícito negligente»¹³⁴⁸.

Concluir-se-á, assim, com o arrimo dogmático e comparatístico que procurámos enunciar – e também por, em sede adjetiva, não nos parecerem intransponíveis as dificuldades da prova alegadamente colocadas –, pela não consagração ou imposição de um modelo de responsabilidade objetiva ou de presunção de culpa dos praticantes desportivos em matéria de prevenção e combate ao *doping*.

Pode ainda questionar-se se a circunstância de tais regras valerem – de forma limitada, como procurámos demonstrar – no âmbito sancionatório disciplinar desportivo, a sua

¹³⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 645. Sobre a exigibilidade de deveres gerais de informação em direito penal, cfr. ALAOR LEITE, «Existem deveres gerais de informação no Direito Penal?», *RPCC*, Ano 23, N.º 2, abr.-jun. 2013, pp. 215-235.

aplicação nesse âmbito não contaminará a de outros planos sancionatórios¹³⁴⁹, em que as garantias de defesa são por via de regra mais amplas e reforçadas, como o processo contra-ordenacional e o processo penal.

Para surtirem eficácia no âmbito processual penal – e, eventualmente, poderem ser importados para esse plano – pensamos dever exigir-se que o estabelecimento de factos (provados) nas instâncias decisórias desportivas passasse pelo crivo de um critério de prova para além de qualquer dúvida razoável, e não apenas pelo teste probatório de uma probabilidade preponderante.

8.3.6. A não punibilidade criminal dos praticantes dopados e o impacto probatório do resultado positivo das medidas de controlo antidopagem relativamente a terceiros

Convirá fazer duas advertências preambulares no início da abordagem subsequente. A primeira, é para sublinhar a insusceptibilidade de responsabilidade penal do praticante desportivo que revele a presença de substância ou o uso de métodos proibidos de *doping*, podendo o mesmo, no entanto, por tais factos, ser passível de responsabilidade contra-ordenacional (art. 49.º, n.º 1, al. *c*) da Lei n.º 38/2012). A segunda, para lembrar que nas considerações seguintes estará ausente a preocupação com os pressupostos e implicações probatórias “não corporais” que se acham intimamente associadas ao conjunto de condutas antidopagem do tipo elencado nas alíneas *c*) a *k*) do n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 38/2012, designadamente as “*non analytical doping offences*”, demonstráveis através de elementos de prova indireta (*v.g.* confissão, depoimentos, documentos), quando não se esteja perante um resultado positivo a um teste analítico de controlo ou outra prova pericial no sentido de o praticante ter recorrido a substâncias ou métodos proibidos.

Com efeito, apenas as condutas que integram as previsões das alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do referido preceito, configuram previsões normativas que convocam potencialmente as questões normalmente associadas ao regime das ingerências corporais probatórias, traduzindo-se na realização de perícias (exames periciais) de fluidos orgânicos e de exames complementares, sendo genericamente designados por *controles de dopagem*, a que estão sujeitos todos os que se encontram abrangidos pelo regime de proibição antidopagem (artigos 31.º e ss. da Lei n.º 38/2012).

¹³⁴⁹ Rejeitando categoricamente a possibilidade de «qualquer espécie de responsabilidade objectiva», relativamente ao âmbito do ilícito contra-ordenacional, por reconhecer a consagração constitucional do princípio da culpa, aplicável ao universo da «Ciência do direito penal total (ou conjunta)», em que participa o direito de mera ordenação social, cfr. ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, cit., pp. 545 e 546, 553 e ss.

Os controlos de dopagem podem ser realizados com recolha apenas de urina ou de sangue¹³⁵⁰, ou de ambos. A maior parte dos procedimentos inerentes aos controlos de dopagem com recolha de urina aplicam-se à recolha de amostras de sangue, nomeadamente os que dizem respeito à seleção dos praticantes desportivos, à notificação, à apresentação na estação de controlo de dopagem, à seleção dos *kits* de colheita de amostras, ao encerramento das amostras e ao preenchimento do formulário do controlo de dopagem. A deteção do álcool – substância que é proibida em competição, e apenas nalgumas modalidades –, é efetuada através do método de análise expiratória (ar expirado).

Importará indagar se, face à estrutura especial da responsabilidade e repartição de *ónus probatórios* no âmbito sancionatório disciplinar desportivo do *doping*, se justificará uma especificidade normativa no que concerne à produção e valoração de prova sobre o corpo do praticante desportivo, encerrando um aparente paradoxo: apesar da não punibilidade [criminal] do praticante desportivo, o seu corpo dopado é «o único» corpo probatoriamente relevante com a finalidade de possibilitar a responsabilidade criminal de terceiros (médicos, preparadores, pessoal de apoio, patrocinadores, fornecedores).

Aceitando que a responsabilidade subjetiva mitigada ou a responsabilidade que resulta de um critério de apreciação de suficiência de prova segundo um juízo de probabilidade preponderante (artigos 3.1. do CMA e 9.º, n.º 2 da Lei n.º 38/2012) é circunscrito ao âmbito disciplinar desportivo – o que pode não ser um dado consensual –, sufragamos como ponto de partida a sua insusceptibilidade de influenciar a apreciação de prova num contexto processual por infrações criminais antidopagem, em que os princípios da culpa e da presunção de inocência do arguido não sofrem qualquer tipo de compressão. Aquele critério, que impregna o âmbito processual disciplinar desportivo, é inaplicável em sede processual penal, nomeadamente em sede de valoração de meios probatórios.

O princípio da não responsabilidade penal do praticante desportivo por violação de norma antidopagem que consista na auto-administração de substâncias ou uso de métodos proibidos, ainda que com o seu consentimento, pode encontrar o seu fundamento na

¹³⁵⁰ A recolha de amostras de sangue pode ter dois objetivos diferentes: a) Deteção de determinadas substâncias ou métodos proibidos (nomeadamente a hormona do crescimento, as hemoglobinas sintéticas, transfusões homólogas, e CERA). Neste caso, são recolhidas amostras A e B, como sucede nos controlos com recolha de urina, recorrendo a contentores muito semelhantes aos utilizados na urina, para garantir a inviolabilidade das amostras. Pode ser recolhido sangue para dois ou quatro tubos, consoante o tipo de análise a realizar: sangue total, soro ou ambos; b) Atribuição do «Passaporte Biológico», em que é recolhida geralmente uma única amostra de sangue, que é encerrada num contentor com características específicas.

CERA é a abreviatura de *Continuous Erythropoietin Receptor Activator* (designação genérica de uma nova classe de drogas de 3.ª geração que controlam a eritropoiese, ou a produção de células vermelhas do sangue, designadas de *erythropoiesis-stimulating agents* - “ESAs” - também abreviadamente referidas como “EPO”: Eritropoetina, a hormona que controla a eritropoiese).

preferência polícito-criminal por respostas sancionatórias alternativas – desportivas, disciplinares ou até contra-ordenacionais – e de índole pedagógica e outras, cuja eficácia se espera seja mais adequada a demover a reiteração de episódios semelhantes por parte do praticante e de terceiros.

Importará, todavia, perscrutar as implicações que o resultado positivo de um teste ou análise de amostra biológica (de líquido orgânico¹³⁵¹) realizados ao praticante podem ter na esfera da responsabilidade penal de terceiros, *v.g.* médicos, pessoal de apoio, fornecedores ou dirigentes desportivos, os quais são passíveis de responsabilidade criminal, nos termos dos artigos 44.º a 46.º da Lei n.º 38/2012, para além dos entes coletivos.

Desde logo, não se destinando a fins de investigação criminal – mas, eventualmente, a finalidades disciplinares desportivas e, quando muito, contra-ordenacionais – contra a pessoa (o praticante desportivo) a quem são recolhidas as amostras orgânicas para controlo antidopagem, será pertinente discutir os termos da sua utilizabilidade na indicição de uma conduta – com contornos assimiláveis a um *conhecimento fortuito* – com relevância criminal relativamente a terceiros.

Em causa poderão estar desde procedimentos de recolha propriamente dita, de cadeia de custódia das amostras recolhidas e procedimentos de análise pericial, sobre os quais os terceiros, passíveis de responsabilidade penal não têm, em princípio, qualquer prerrogativa de contraditório – não se encontrando prevista a intervenção de terceiros, além dos clubes ou seus representantes (nos termos do art. 35.º, n.º 2, al. *d*) da Lei n.º 38/2012), relativamente à «análise da amostra B» (segunda análise)¹³⁵² –, sendo confrontados com as consequências de um resultado positivo das análises realizadas ao praticante desportivo, relativamente às quais não tiveram – nem está prevista – qualquer espécie de intervenção. Poderá argumentar-se que a situação não difere de muitas outras, em que se pode estabelecer a imputação a um suspeito com base em prova recolhida em contextos e momentos dos quais não tem conhecimento (*v.g.* no âmbito da criminalidade informática, através de buscas ou de perícias efetuadas em equipamentos de terceiros, aos quais nem tem acesso) ou mesmo através do corpo de terceiros (*v.g.* situações de determinação pericial de substâncias estupefacientes em consumidores ou transportadores, cujos resultados identifiquem o fornecedor/traficante).

Simplemente, no caso do *doping* as precauções colocadas com a determinação/identificação da substância relativamente ao praticante – que não é criminalmente punível – não se estendem aos terceiros passíveis de imputação de

¹³⁵¹ Cfr. terminologia do art. 34.º, n.º 1 da Lei n.º 38/2012: recolha de líquido orgânico a cargo da ESPAD.

¹³⁵² Portanto, num momento posterior ao da obtenção do resultado da amostra A, em que não houve intervenção de mais ninguém potencialmente visado.

responsabilidade criminal. Pense-se, p. ex., num caso em que algum membro do pessoal de apoio, o médico ou preparador físico do atleta lhe havia fornecido determinada substância não dopante para ele ingerir, tendo este optado por ingerir uma substância dopante, identificada pelo resultado positivo do controlo antidopagem: terá esse terceiro que ficar inexoravelmente associado à facticidade da deteção da presença no corpo do atleta do *doping*, sem que lhe seja possível produzir prova sobre a natureza da substância que havia efetivamente entregue ao atleta? Obviamente que a resposta não pode deixar de ser negativa, devendo garantir-se no âmbito do procedimento criminal tendente à responsabilização dos terceiros, o amplo exercício do complexo de direitos de defesa e de prerrogativas associadas a um processo equitativo e democrático.

As questões que se podem suscitar a propósito de precauções no âmbito probatório do doping são outra ilustração da necessidade de aprofundar o estudo sobre a compatibilidade de um regime sancionatório muito específico e singular com o quadro de valores e referências da constituição penal em geral e dos princípios da intervenção criminal em particular.

9. Uma proposta de enquadramento normativo das ingerências corporais probatórias

- 9.1. A insuficiência, desatualização e incoerência do quadro normativo vigente das ingerências corporais probatórias**
 - 9.1.1. Os temas (latentes e persistentes) do consentimento e da coercibilidade: uma questão nodular**
 - 9.1.2. A dupla dimensão da coercibilidade: as cominações sancionatórias e o recurso à força física**
- 9.2. A necessidade de reconfiguração do enquadramento normativo geral das ingerências corporais probatórias: uma proposta de modelo**

9. Uma proposta de enquadramento normativo das ingerências corporais probatórias

9.1. A insuficiência, desatualização e incoerência do quadro normativo vigente das ingerências corporais probatórias

Embora o processo penal não se afirme já exclusivamente como um espaço de conflito – antes se reconhecendo uma progressiva ampliação de territórios discursivos de consenso, de transação e até de mediação –, o certo é que se caracteriza como o espaço comunicacional em que o Estado exerce o seu *ius puniendi* nas suas modalidades mais impositivas e unilaterais. Tal sucede numa dupla aceção: ao nível da aplicação e execução das sanções e reações penais – que afetam a liberdade ou a fazenda das pessoas – e no plano da obtenção de elementos de prova contra a vontade e muitas vezes com recurso a meios coercivos, vulnerando em certa medida direitos fundamentais dos visados.

O monopólio do exercício de poderes sancionatórios pelo Estado no processo penal contemporâneo – um processo que se pretende equitativo, contraditório e leal – pressupõe, em grande medida, a reserva da administração da força e da violência pelas autoridades processuais, conformada pelos princípios da legalidade, da tipicidade, da igualdade perante a lei criminal, da presunção de inocência, da proporcionalidade, do *nemo tenetur se ipsum accusare* e da aplicação da lei penal mais favorável.

A coercibilidade é, pois, um inquestionável atributo do processo penal contemporâneo.

O conteúdo da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos no confronto com as exigências da atividade de investigação criminal postula todo um exercício de sensível equilíbrio entre os direitos – materiais e adjetivos – do imputado, e os interesses da procura da verdade material, da integridade da investigação pressupostos pela *ratio* da incriminação e de proteção dos interesses das vítimas de crimes. Pode, nessa medida, o referido conteúdo material desses direitos fundamentais ser restringido ou comprimido, face à comprovada necessidade de garantir a tutela de outros direitos com igual dignidade e relevância numa grelha valorativa constitucionalmente legitimada (cfr. art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP).

Essa compressão é constitucionalmente admissível quando se afirme mediante previsão em lei geral e abstrata que disponha para o futuro e limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, de acordo com métricas de proporcionalidade, necessidade e adequação.

Entre as dimensões jusfundamentais que mais flagrantemente podem colocar-se em causa por via da interferência das atividades de investigação criminal, podem elencar-se as da

tutela da integridade pessoal (*maxime* na vertente da incolumidade física), da reserva da vida privada e da autodeterminação informacional, quando se esteja perante a imprescindibilidade ou necessidade de produção de prova através de medidas que incidam direta ou indiretamente sobre o corpo do imputado, com reflexos na distinção entre o conceito de intervenção corporal – quando haja afetação da integridade física – ou de ingerência corporal probatória – quando possam ser vulnerados outros direitos fundamentais, como a reserva da vida privada, o direito à imagem ou à autodeterminação informacional.

A questão preambular que no âmbito do presente tema se pode suscitar com inteira legitimidade, é a da própria justificação ou necessidade de um quadro normativo respeitante à produção de prova através do recurso ao corpo ou, dito de outro modo, saber se é necessário compendiar disposições expressas sobre os modos através dos quais é admissível proceder a ingerências corporais probatórias.

É hoje generalizadamente reconhecido o impacto dos contributos da evolução científica e tecnológica no âmbito forense; tal ocorre no âmbito das Ciências Médicas (Medicina-Legal), da Biologia (através da Genética Forense), das técnicas de Biometria (de reconhecimento de voz, da íris, de impressões digitais, reconstituição e expressão facial, de odores corporais, de impressões dentárias, de pavilhão auricular, de queilosopia, entre outros) e de Imagiologia (RX, RMN, Ecografia, Técnica P 300, entre outras).

O potencial probatório que alguns meios científico-tecnológicos com repercussão corporal permite obter, coloca por um lado novas questões éticas (e bioéticas), o que em si mesmo concita a questionar a propriedade da sua aplicação na investigação criminal e no processo penal. Por outro lado, o direito deve enquadrar os parâmetros de consideração que o incessante desenvolvimento desses novos meios probatórios proporciona.

Esta constatação é, por si só, reveladora da necessidade de uma outra (nova) consideração dos termos em que os contributos de tais métodos científico-tecnológicos podem ser mobilizados e empregues ao serviço do interesse da descoberta da verdade material, enquanto meios de produção de prova eventualmente contra o interesse do próprio visado.

É certo que entre nós a matéria tem sido tratada e regulada de forma algo fragmentada, nos regimes das perícias e dos exames – compreendido o regime das perícias médico-legais da Lei n.º 45/2004) – e em outros diplomas avulsos.

Mais do que indagar sobre a pertinência de uma lógica intrínseca a este tipo de medidas probatórias – que devem partilhar dos mesmos critérios para as soluções colocadas pela tensão entre os direitos fundamentais implicados em medidas de prova de outro tipo e os

interesses da investigação criminal –, importa discutir se não faz falta a previsão de um regime coerente e atualizado neste domínio.

O facto de noutros ordenamentos já se consagrarem regras respeitantes a variadas dimensões da prova corporal, e de haver propostas legislativas de regimes nalguns, não significa que tal solução deva, entre nós, constituir uma obrigatoriedade, e, muito menos, uma prioridade; o que não deve é negligenciar-se a discussão sobre a sua necessidade.

Julgamos ter contribuído para mostrar que a atual cobertura normativa no que respeita às medidas probatórias com implicação corporal no nosso ordenamento enferma de manifestas incoerências sistémicas, a justificar, por isso, uma avaliação negativa.

No precedente excursão, pensamos ter apontado omissões, défices e contradições em variados aspetos da regulamentação legal, desde a inexistência de um enquadramento geral dos critérios de ponderação autorizativa das ingerências corporais probatórias – em que se silenciam quase na íntegra os pressupostos e termos do consentimento dos visados para sujeição às medidas de prova¹³⁵³, e as condições de um eventual suprimento do mesmo pelas autoridades processuais, com recurso a critérios de ponderação autorizativa pré-estabelecidas legalmente –, passando pela segmentação e dispersão das diversificadas medidas concretamente previstas, até à insuficiência de regulamentação sobre cominações sancionatórias pela recusa (injustificada) de consentimento (modelo de consentimento e coercibilidade).

O quadro de insuficiência e de inconclusividade normativa decorrente do regime positivado relativo às ingerências corporais probatórias em matéria penal que *supra* foi sendo exposto, dá testemunho, a nosso ver, da conveniência – ou mesmo necessidade – da sua previsão ou do seu aperfeiçoamento, uniformização e atualização nos referidos temas.

Não existe apenas um défice respeitante ao enquadramento geral das ingerências corporais probatórias – com a definição normativa dos seus pressupostos, requisitos, previsão procedimental e valoração dos resultados, o que já foi reconhecido e consagrado em sistemas processuais como os da Alemanha e do Reino Unido –, subsistindo áreas específicas em que são manifestas a ambiguidade e escassez normativa, por falta de reflexão e debate aprofundados sobre tais matérias. Poderíamos, neste particular, mencionar o exemplo do quadro normativo em matéria de intervenções corporais probatórias, em sentido estrito, no âmbito da investigação criminal com recurso a análises de perfis genéticos (na genética

¹³⁵³ Sem embargo de uma incipiente *habilitação normativa* nesse sentido, fornecida por ocasião da *Reforma Penal de 2007*, através das alterações introduzidas aos regimes jurídicos das perícias e dos exames (*maxime* nos artigos 154.º, n.º 2, 156.º, n.ºs 5 e 6 e 172.º, n.ºs 1 e 2 do CPP, sendo as duas primeiras disposições reenumeradas pelo art. 1.º da Lei n.º 20/2013, passando a constar dos artigos 154.º, n.º 3, 156.º, n.ºs 6 e 7 do CPP).

forense), nomeadamente no que respeita à harmonização e uniformização dos regimes de comparação para identificação de perfis de ADN, consoante se trate de “comparação direta” ou “indireta” (por recurso aos ficheiros da base de dados)¹³⁵⁴, urgindo uma opção quanto ao figurino dos respetivos regimes¹³⁵⁵.

A forma essencialmente elíptica e genérica com que as ingerências corporais probatórias são incorporadas no regime geral das perícias e dos exames (médico-legais), tornam compreensível algum desconforto, ou mesmo inadaptação, dos respetivos regimes às realidades concretas que estão em causa. Crê-se, na verdade, ser inconveniente a persistência de um regime normativo disperso e pouco harmonioso relativo às diversas espécies de ingerências corporais probatórias. A isso acresce a inadequação de as mesmas se reportarem a um regime comum, densificado em exames, perícias ou “exames periciais” (médico-legais), com finalidades probatórias tão distintas como as que incidem sobre realidades e produtos de âmbito profissional, contabilístico-financeiro e de outro tipo.

Em matéria de identificação genética (forense), parece-nos, por outro lado, que importa definitivamente clarificar os pressupostos dos modelos de identificação genético-criminal, esclarecendo os termos em que as bases de dados podem ser mobilizadas para a investigação criminal, nessa medida se fazendo uma opção sobre a coexistência de (dois) regimes, consoante se esteja perante a necessidade de recurso (por cruzamento) a tal base de dados ou se possa proceder a uma comparação direta de perfis genéticos. Do mesmo passo, se aproveitaria para detriminar qual o universo de pessoas passíveis de ser submetidas às referidas modalidades¹³⁵⁶.

O regime atual, sem continuidade nem coerência, sem um quadro referencial consistente (mesmo que implícito) de princípios gerais, e cujas soluções vêm sendo plasmadas de forma quase casuística e avulsa, carece de reponderação.

Assiste-se, por outro lado, nalguns domínios – como o dos exames de estado de embriaguez ou de afetação por substâncias psicotrópicas ou estupefacientes em diversas

¹³⁵⁴ Com especial incidência no que toca à possibilidade de as análises de perfis genéticos poderem seguir, de acordo com o que defendemos, regimes distintos, consoante se trate de um caso de comparação direta de perfis ou com recurso à base de dados.

¹³⁵⁵ A este respeito, HELENA MONIZ já fez notar que a Lei n.º 5/2008 se encontra construída de forma algo «circular» e redundante e que «nasceu velha», carecendo de instantes alterações («Condições e Limites da Utilização da Prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)», cit., pp. 80-81). Por outro lado, lembra-se que nos Acs TC n.ºs 155/2007 e 228/2007 (apesar de anteriores à reforma Penal de 2007), a identificação do complexo legal que permitiu a verificação de uma «habilitação normativa» que possibilitasse a sujeição coerciva do imputado a recolha de bioamostra para determinação de perfil genético, não foi tarefa pacífica.

¹³⁵⁶ Sendo, neste passo, de questionar a admissibilidade abstrata da sujeição a análises comparativas de perfis, relativamente a familiares de suspeitos, de terceiros (não suspeitos), a um procedimento de rastreio localizado de tentativa de identificação genético-criminal.

atividades – à falta de precisão da fronteira entre ingerências corporais probatórias pré-processuais das intra-processuais.

Importa, neste contexto, de um ponto de vista de exigência de rigor e segurança jurídicos, dotar o sistema de um enquadramento normativo mais uniformizador das medidas probatórias com recurso ao corpo, que se consubstanciam nas diligências de determinação qualitativa e quantitativa das substâncias estupefacientes, psicotrópicas e de efeitos análogos nas diversas atividades em que o consumo das mesmas potenciam objetivamente uma maior perigosidade – como a condução, a caça, a detenção de armas e de animais perigosos¹³⁵⁷ –, bem como o respetivo regime procedimental e métodos operacionais de colheita e análise de bioamostras. É que o quadro regulamentar de referência para onde a lei remete explicitamente – na detenção de armas, na detenção e circulação de animais perigosos – ou implicitamente – na condução perigosa ou na condução em estado de embriaguez ou sob influência de estupefacientes, psicotrópicos ou produtos com efeitos análogos, e na caça –, ou seja, o regime conjugado dos artigos 152.º a 157.º do CESt, o RFASP e a Port. n.º 902-B/2007, está originariamente desenhado para o âmbito contra-ordenacional, em que apenas relevam as substâncias psicotrópicas¹³⁵⁸.

A reformulação de um tal estado de coisas, a acontecer, implicará a substituição do RFASP e da legislação complementar – ou a sua extensa reconfiguração – por um regime normativo integrado que discipline uniformemente a determinação de álcool e de substâncias estupefacientes, psicotrópicas e produtos de efeitos análogos relativamente a todas as atividades em que o consumo abusivo – ao potenciar a perigosidade das mesmas – deva ser incriminado.

Como se viu *supra* (8.2.1. a 8.2.9.), não é pelo facto de os regimes sancionatórios de algumas daquelas atividades que ocorram com a presença no organismo de substâncias estupefacientes, psicotrópicas e de efeitos análogos, remeterem para o regime dos artigos 152.º a 157.º do CESt, do RFASP e da Port. n.º 902-B/2007 que o tornam operativo, pois ele é parcialmente inaplicável. Este regime visa disciplinar prioritariamente (e apenas) a

¹³⁵⁷ Uma vez que, como se viu em 8.2.5 a 8.2.9., é diferente a natureza das substâncias previstas para essas diferentes atividades (condução perigosa e condução sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas – artigos 291.º, n.º 1, al. a) e 292.º, n.º 2 do CP –, de exercício perigoso da caça – art. 28.º da Lei n.º 173/99 –, de detenção, uso e transporte de arma e detenção e circulação de animais perigosos em público), em que são previstas as substâncias estupefacientes, psicotrópicas ou com efeitos análogos perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica, das substâncias que relevam nas condutas puníveis a título meramente contra-ordenacional, que são apenas as substâncias psicotrópicas. Circunstância que, de resto, tem gerado um bloqueio prático-processual no sentido de não ser permitida a demonstração do estado de influência por todas essas substâncias (não apenas das estupefacientes e de efeitos análogos, mas dos próprios psicotrópicos) sem a pertinente produção de prova pericial concludente nesse sentido.

¹³⁵⁸ Em especial: Canabinóides, Opiáceos, Cocaína (*e metabolitos*) e Anfetaminas (*e derivados*), podendo, no entanto, ser quaisquer *substâncias psicotrópicas* que tenham *influência negativa na capacidade para o exercício da condução* (artigos 81.º, n.º 1 do CESt e 8.º, n.º 2 do RFASP).

determinação de substâncias psicotrópicas¹³⁵⁹ no âmbito contra-ordenacional (estradal), pelo que a determinação dos limites exigíveis para a sua relevância criminal dependerá da produção de prova pericial complementar quanto às substâncias psicotrópicas e autónoma quanto às substâncias estupefacientes e análogas. É que os exames a substâncias estupefacientes e de efeitos análogos não estão contemplados no RFASP nem na Port. n.º 902-B/2007, sequer para efeitos contra-ordenacionais.

Os únicos casos em que o ordenamento português prevê, de forma expressa, ingerências corporais probatórias com implicações assumidamente criminais, são os seguintes:

- exames para determinação do estado de embriaguez ou sob influência de álcool nas seguintes atividades: 1) na condução rodoviária – artigos 291.º, n.º 1, al. a), 292.º, n.º 1¹³⁶⁰ do CP; 2) na caça (exercício perigoso e no exercício da caça sob influência de álcool) – artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 173/99, de 21-09; 3) na detenção e porte de armas – artigos 45.º, 46.º e 88.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2006; 4) na detenção e circulação de animais perigosos ou potencialmente perigosos – art. 33.º-A, n.ºs 3 a 9 do DL n.º 315/2009.
- exames de deteção do estado de influência por substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou produtos com efeito análogo nas atividades seguintes: 1) na condução rodoviária¹³⁶¹ – artigos 291.º, n.º 1, al. a), 292.º, n.º 2 do CP; 2) na caça (exercício perigoso da caça sob efeito de estupefacientes, psicotrópicos ou produtos análogos) – art. 28.º da Lei n.º 173/99; 3) na detenção e porte de armas – artigos 45.º, 46.º e 88.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2006; 4) na detenção de armas e de animais perigosos ou potencialmente perigosos¹³⁶² – art. 33.º-A, n.ºs 3 a 9 do DL n.º 315/2009, tomando-se como regime supletivo o consagrado nos artigos 81.º e 152.º a 157.º do CESt, o RFASP e a Port. n.º 902-B/2007.
- exames de deteção da afetação por doping (artigos 31.º a 33.º da Lei n.º 38/2012, de 28-08), embora o seu eventual resultado positivo não assuma relevo criminal quanto

¹³⁵⁹ Além do álcool etílico. Quanto ao álcool, a questão não se coloca como vem enunciada no texto, uma vez que há uma continuidade classificatória do tipo de infração: como contra-ordenação (grave ou muito grave – art. 81.º, n.º 6, als. a) e b), 145.º, n.º 1, al. l) e 146.º, al. j) CESt) ou crime (art. 292.º, n.º 1 do CP).

¹³⁶⁰ Pode ainda ser concebível a hipótese de a conduta prevista no art. 295.º do CP coincidir com a condução rodoviária. Aqui, prevê-se a situação de «ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica» sem determinação de valor, como comportamentos indutores de um estado de inimputabilidade.

¹³⁶¹ No âmbito da condução rodoviária, para efeitos contra-ordenacionais, o art. 81.º, n.º 5 CESt não contempla “produtos com efeito análogo” às substâncias psicotrópicas. O elenco das substâncias estupefacientes e psicotrópicas está estabelecido nas tabelas anexas ao DL n.º 15/93.

¹³⁶² No tocante à detenção, circulação em via pública ou parte comum de prédio com animal perigoso ou potencialmente perigoso, contempla-se, também, a afetação por substâncias “com efeito análogo”.

- ao desportista, mas podendo relevar indiretamente para terceiros (os agentes de um crime de detenção e tráfico de doping);
- perícia médico-legal para determinação de toxicodependência, a revista e perícia para apreensão de estupefacientes (artigos 52.º e 53.º do DL n.º 15/93).
- reconhecimento pessoal (art. 147.º do CPP).
- exame pericial para determinação do perfil genético (artigos 154.º e 172.º do CPP e 6.º a 13.º da Lei n.º 5/2008 e 7.º a 13.º do Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN).

As demais ingerências corporais probatórias integram-se indistintamente nas categorias de exames e perícias (artigos 171.º ss. e 151.º ss. do CPP), não podendo estabelecer-se com rigor uma distinção clara entre elas, preferindo-se uma designação mista de exame-pericial – acolhida de resto, nalgumas formulações legais –, dado que os meios de produção de prova corporal comportam atributos de ambas.

À legitimidade do legislador para definir os termos da coercibilidade na sujeição a ingerências corporais probatórias, *maxime* em sede de intervenções corporais, há-de corresponder um ónus de tipificação especificada das hipóteses em que tal deva ocorrer, e, coerentemente, das concretas consequências [cominações sancionatórias] que a recusa de sujeição às medidas probatórias [coercivamente impostas] possa implicar.

Neste âmbito, pretendemos reiterar a nossa ideia, expressa atrás, no sentido de não se julgar constitucionalmente legítimo o concurso – em caso de recusa injustificada de sujeição a diligências corporais probatórias, legalmente estabelecidas e ordenadas ou autorizadas por autoridade competente – entre a determinação da execução forçada das medidas de prova que se mostrem necessárias e a previsão de qualquer cominação sancionatória de natureza penal¹³⁶³ ou de valoração indiciária (indiciação indireta, inversão do “ónus de prova” ou outra).

Propendemos, aliás, para uma solução que contemple expressamente, mediante previsão legal, a cominação sancionatória de natureza penal (crime de desobediência), a qual deveria ser genericamente prevista para as situações em que as medidas corporais probatórias injustificadamente recusadas não se logrem efetivar coercivamente; quando se consiga efetivar coercivamente a medida e finalidade probatória, não nos parece legítima a responsabilização criminal do visado, tendo em conta as implicações do princípio da presunção de inocência e do direito à não autoincriminação.

¹³⁶³ Admitindo embora que a execução coerciva da medida probatória possa concorrer com cominações de natureza tributária (não redução ou agravamento de condenação em custas) ou outra.

9.1.1. Os temas (latentes e persistentes) do consentimento e da coercibilidade: uma questão nodular

Um dos aspetos que nos parece justificar a discussão sobre a necessidade de adoção de um complexo de disposições respeitantes aos termos do recurso, produção e valoração de prova corporal prende-se com a necessidade de dotar este domínio de coerência sistémica. Por outro lado, julgamos dever afrontar-se desassombradamente (e desapaixonadamente) os problemas latentes do consentimento e da coercibilidade no tocante ao recurso a meios corporais probatórios, o que se reconduzirá a uma clarificação da densidade normativa necessária para se poder concluir pelos termos da admissibilidade de sujeição coerciva de um imputado a determinadas medidas probatórias com incidência corporal.

A conveniência da adoção de um regime normativo que enquadre de forma sistémica os problemas da coercibilidade da prova com incidência corporal é um tema comum ao de outras áreas da dogmática dos meios probatórios, não deixando de assumir particularidades num domínio como o que tratamos, em que a previsão normativa sobre as medidas probatórias com incidência corporal se acha dispersa em termos temporais e regulamentares.

Por seu turno, parece ser um dado elementar a conveniência da definição do critério de densidade normativa que habilite o aplicador da lei – em princípio, as autoridades processuais – a recorrer a medidas coercivas com incidência corporal probatória, de acordo com pressupostos e segundo procedimentos previamente definidos, ainda que justificando, em certos domínios e momentos processuais, a reserva de lei e de juiz. Ou seja, a enunciação de tal densidade normativa, deve decorrer de opções claras e expressas do legislador e ficar dependente da decisão de uma autoridade judiciária de garantia (como o nosso juiz de instrução). Não é mais sustentável uma situação de ambiguidade ou, mesmo, silêncio, perante as evidentes exigências de clarificação através de soluções processuais que tardam a ser debatidas de forma séria.

Esta é, portanto, uma questão instantânea, assumindo-se como nodular no quadro das soluções que podem ser adotadas no âmbito da prova com incidência corporal.

A discussão sobre os termos do consentimento e da coercibilidade tem sido colocada com particular ênfase nas questões que envolvem a aplicação das técnicas de identificação genético-criminal.

Na investigação criminal recorre-se a perícias de genética forense para resolver hipóteses criminais, convocando-se as disposições do Código de Processo Penal relativamente a perícias e exames e as disposições pertinentes da Lei n.º 45/2004 (artigos 23.º e 25.º) e da Lei n.º 5/2008 (caso envolvam o cruzamento com os perfis da base de dados). No quadro legal

anterior à Lei n.º 5/2008, a prática da investigação criminal, caucionada por alguma jurisprudência dos tribunais superiores, vinha entendendo como admissível a recolha coerciva de bioamostras em arguidos e suspeitos (na aceção anterior à conferida pela *Reforma Penal de 2007*), mediante ordem do MP, para determinação do perfil genético. Visava-se, então, fundamentalmente, recorrer a comparações diretas entre os perfis dos visados (suspeitos ou arguidos) com os perfis das amostras-problema existentes nos processos, uma vez que não existia base de dados.

No tocante à disciplina do Código de Processo Penal, a situação vigente em Portugal até aos Acórdãos do TC n.ºs 155/2007 e 228/2007¹³⁶⁴, relativamente ao enquadramento das questões do consentimento e da coercibilidade em sede de análises de ADN, caracterizava-se pela indefinição, desde logo no plano normativo – carência de reserva de lei e de uma norma a atribuir a reserva judicial da determinação/autorização de ingerências e intervenções corporais probatórias sem o consentimento do afetado –, e, por outro lado, por uma certa flutuação jurisprudencial, que propendia marcadamente para a admissibilidade da realização coativa de recolha de amostras biológicas para determinação de perfil de ADN mediante determinação do MP.

Já o entendimento do Tribunal Constitucional vertido naqueles arestos – contrariando jurisprudência de alguns tribunais superiores –, foi no sentido de que, por falta de norma habilitante para que a obtenção de tal amostra fosse válida quando ordenada pelo MP, se tornava necessário o consentimento do visado, devendo atribuir-se exclusivamente a um juiz [de instrução] a legitimidade para sujeitar o arguido a recolha coerciva de bioamostras para determinação de perfil genético (reserva de juiz)¹³⁶⁵. Note-se, todavia, que o TC reconheceu nos dois referidos arestos a inexistência de fundamentos que levassem a concluir pela inconstitucionalidade da admissibilidade da recolha coerciva de bioamostras, sublinhando a existência de uma habilitação normativa para tal efeito, invocando o regime combinado, na época, dos artigos 172.º do CPP (“*se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido... pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente*”), 61.º, n.º 3, al. d), do mesmo Código (“*recaem especialmente sobre o arguido os deveres de ... sujeitar-se a diligências de prova ... especificadas na lei e ordenada e efectuadas por entidade competente*”) e 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004.

¹³⁶⁴ Nos citados acórdãos aceitou-se a legitimidade da compressão do direito à integridade física, ainda que irrelevante, bem como se descartou a tese da vulneração do direito à não auto-incriminação, apenas se contrariando a admissibilidade constitucional de a ordem de sujeição a recolha coerciva de bioamostra ser de autoridade judiciária que não o juiz de instrução, optando pela manutenção de uma ideia de reserva de juiz no tocante à decisão sobre a efetivação de exames e perícias, questão posteriormente esclarecida pela nova redação conferida ao art. 269.º, n.º 1, alíneas a) e b) do CPP pelo art. 1.º da Lei n.º 48/2007.

¹³⁶⁵ Neste sentido, HELENA MONIZ, «Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro», *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (HELENA MACHADO – HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, p. 48.

O TC exautorou apenas a não previsão legal de uma reserva judicial para a sua determinação, expressando o entendimento de que a Constituição exigiria a intervenção de um juiz para ordenar a recolha coativa de bioamostra para determinação de perfil genético.

A *Reforma Penal de 2007* veio esclarecer que as perícias que contendessem com características físicas ou psíquicas das pessoas, a que o visado não desse o consentimento, passariam a estar sob reserva do juiz; foi o regime criado com a alteração operada pelo art. 1.º da Lei n.º 48/2007, do art. 269.º, n.º 1, als. *a)* e *b)* e n.º 2 do art. 172.º do CPP, ao remeter para o disposto no art. 154.º, 2 do CPP¹³⁶⁶. Em face da solução da jurisprudência constitucional referida e do quadro normativo atual, encontrando-se em causa a recolha coativa de uma amostra biológica enquanto elemento de prova no quadro de uma investigação criminal, não parece existir qualquer óbice a que seja um meio de prova válido e consentâneo com os princípios legais estabelecidos e, essencialmente, de acordo com a Lei Fundamental.

Assim, o recurso a meios coercivos para recolha de amostra biológica –judicialmente ordenada ou autorizada – em arguido ou noutro interveniente processual em que se justifique executá-la, mediante o método de zaragatoa bucal (para recolha de células existentes na saliva), com um mínimo de ingerência, desde que salvaguardado o núcleo essencial da dignidade e o pudor pessoal, apesar de poder atentar contra a sua intimidade corporal – e, para quem o defenda, de forma insignificante, contra a integridade física –, é uma limitação instantânea legítima ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, face aos eminentes interesses da descoberta da verdade para a realização da justiça, que serão preponderantes atendendo à sua finalidade, e desde que a utilização de tal meio obedeça a critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Alguma jurisprudência posterior às posições do TC e à *Reforma Penal de 2007* reitera a admissibilidade do recurso à força física para recolher amostras de saliva contendo ADN em arguido, mediante prévia ponderação judicial^{1367 1368}.

¹³⁶⁶ A numeração desta disposição foi alterada, passando o n.º 2 do art. 154.º do CPP a ser o n.º 3 (cfr. art. 1.º da Lei n.º 20/2013).

¹³⁶⁷ Cfr. Ac RP de 10-12-2008 (rel. Des. Maria Elisa Marques): «(...) na ponderação de todos os factores e não esquecendo o interesse do Estado na realização da justiça, a realização compulsiva da recolha de amostra biológica por meio de zaragatoa bucal, com vista à colheita de vestígios biológicos para determinação do seu perfil genético e subsequente comparação com os vestígios biológicos encontrados nas cuecas da ofendia, apenas é susceptível de ofender o direito á autodeterminação corporal do recorrente em medida irrelevante mostrando-se justificada e legitimada, o que quer dizer que a decisão recorrida não viola os normativos invocados pelo recorrente (...)», transcrevendo do Ac. TC n.º 155/2007 que «Por outro lado, a menor densificação da lei existente que autorize tais intervenções, nomeadamente ao prever critérios de ponderação, procedimentos e limitação da utilização de tais materiais, não redunde, no caso concreto, em inconstitucionalidade porque a “norma do caso” formulada pelo tribunal recorrido quanto a critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, integrou os elementos substanciais que, de modo suficiente e exigente, poderiam assegurar a adequação e proporcionalidade que são exigidas pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

Também não é determinante, no presente caso, em face da dimensão normativa em causa, o facto, em si mesmo, de a lei não densificar os critérios de recolha de prova com esta natureza. Com efeito, não estamos perante uma intervenção restritiva de direitos fundamentais não autorizada legalmente nem da ausência de densificação resultou, segundo os critérios fixados, uma intervenção arbitrária. Finalmente, tratando-se de recolha de prova, sem alternativas,

Note-se, contudo, que os atrás referidos acórdãos do TC, apesar de não terem afrontado diretamente situações de concretização da força física – mas apenas da iminência da sua utilização – deixam em aberto uma margem de admissibilidade da sua efetivação, sob pena de incongruência sistémica e, sobretudo, pragmática.

Apesar disso, alguma doutrina continua a entender como insuficiente a habilitação normativa resultante dessa disciplina jurídica para que se justifique o recurso à força física com vista à obtenção de uma bioamostra de suspeito ou arguido – no quadro de uma investigação criminal – ou de condenado, para determinação de perfil genético, nos termos e para os fins do art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 5/2008. O argumento esgrimido é, no fundo, o de uma insuficiente e inconsistente assunção da admissibilidade da utilização da força física através da formulação do art. 172.º, n.ºs 1 e 2 do CPP (*«se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido... pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente»*). Esta formulação – ainda que o ato seja autorizado ou determinado por um juiz de instrução – não justificaria o recurso à força física.

Um idêntico quadro de entendimento tem sido postulado por parte expressiva da doutrina espanhola – contra o entendimento jurisprudencial mais estável – no sentido de que perante a Disposição Adicional Terceira da Ley Orgánica 10/2007¹³⁶⁹ se continua considerar não existir suficiente e satisfatória a base legal ou *norma legal habilitante* para tornar lícito o emprego da força física a fim de obter amostras biológicas com vista a determinar o perfil de ADN, relativamente a suspeitos, detidos, imputados ou acusados que não prestem o seu consentimento, ainda que mediante a intercessão de uma autorização ou ordem judicial. E, sem embargo, tais Autores e jurisprudência consideram existir nos procedimentos previstos legalmente (unicamente por meio de zaragatoa bucal) uma mínima ou quase inexistente ingerência na integridade física¹³⁷⁰. A referida Disposição Adicional Terceira da LO 10/2007 admite expressamente que, relativamente ao catálogo de crimes enumerados na letra a) do § 1.º do artigo 3.º possa, na ausência de consentimento do afetado, ser efetuada recolha de

dada a falta de testemunhas, em matéria de crime de muita elevada gravidade, a exigência de densificação da lei como exigência de constitucionalidade não consideraria a “necessidade investigatória” urgente em confronto com a medida diminuta de sacrifício dos direitos fundamentais no caso concreto. Não estamos, assim, perante situação comparável, qualitativa e quantitativamente, a qualquer substituição do legislador pelo julgador em sede de definição do tipo legal de crime. Aí, o valor da segurança democrática relativamente ao que é proibido impõe-se sem quaisquer restrições. Nesta matéria, é admissível que, em circunstâncias de necessidade investigatória, o juiz ainda possa fazer uma ponderação que, segundo os padrões garantísticos da mais exigente das ponderações de acordo com os critérios da Constituição, o legislador nunca poderia excluir ao densificar a lei que autoriza a recolha de tais materiais como meios de prova.”».

¹³⁶⁸ Uma outra questão diretamente relacionada com a utilização de força é a da necessidade da presidência do exame pericial por magistrado, quando à mesma se tenha proceder após detenção – art. 27.º, n.º 3, al. f) da CRP.

¹³⁶⁹ Cfr. *supra* 6.2.2.1.

¹³⁷⁰ Por todos, M. DE HOYOS SANCHO, «Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», *Curso La Illicitud de las Pruebas en Proceso Penal*, 1.ª ed., Centro de Estudios Jurídicos, 2012, pp. 1-16 (acessível em http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet; acedido em 11-11-2013).

amostras e fluidos do suspeito que requeiram inspeções, reconhecimentos ou intervenções corporais, requerendo autorização judicial mediante auto motivado (fundamentado) de acordo com o estabelecido na LECrim.

Apesar disso, a doutrina maioritária continua a sufragar a insuficiência de uma habilitação normativa para legitimar o emprego da força física no tocante à recolha de bioamostra para determinação de perfil genético de suspeito ou arguido, concedendo embora que as autoridades policiais possam obter uma amostra abandonada pelo mesmo, de forma sub-reptícia ou mesmo encoberta; é a hipótese conhecida no Brasil como obtenção de «amostra descartada».

Nestas circunstâncias, as autoridades policiais teriam que demonstrar adicionalmente a integridade da cadeia de custódia da amostra, provando que a fonte da mesma é o imputado. Parece-nos esta solução a vários títulos inconveniente, porquanto a polícia é obrigada a aguardar a oportunidade de recolha da “amostra abandonada” – assim despendendo meios humanos e recursos materiais – e a provar adicionalmente um facto (cadeia de custódia) que poderia ser evitado, caso fosse expressamente reconhecida a admissibilidade de recurso à força física para a recolha da bioamostra ou a apresentação de uma «amostra-autêntica» por parte do imputado. Por outro lado, parece-nos uma atitude de “capitulacionismo” estadual ao potenciar uma situação de deslealdade processual para com o arguido, suprível pela assunção transparente da sujeição coativa à recolha da amostra salvaguardando o respeito da dignidade humana.

9.1.2. A dupla dimensão da coercibilidade: as cominações sancionatórias e o recurso à força física

A configuração dos termos da coercibilidade não prescinde, como propusemos *supra* em 6.2., do consentimento, formando as duas categorias, na sua complexidade e interdependência, faces de uma mesma moeda.

Ao referirmo-nos à dupla dimensão da coercibilidade no tocante à exequibilidade de algumas ingerências ou intervenções corporais probatórias, queremos significar que muitas das medidas que as integram não exigem a adoção de procedimentos que vulnerem ou atentem contra a integridade física, ainda que em limite insignificante, do visado. Mas podem demandar, face a uma eventual falta de consentimento deste para a sua realização, o recurso à força – ou à sua iminência, no caso de bastar a cominação do crime de desobediência – para lograr a execução da medida probatória.

Um dos aspetos mais controversos no tratamento e previsão normativa das medidas de ingerência corporal probatória, é o da (des)necessidade do consentimento do visado em

contraponto com a autorização judicial. Cremos que, em rigor, se trata de um falso problema, porquanto não é o carácter coercivo ou consentido da medida que alterará a classificação de uma medida como intervenção corporal probatória, mas o nível de profundidade e vulneração da integridade física e a suscetibilidade de o seu resultado implicar a (auto-)incriminação do visado. A coerção, ou mesmo o uso da força física, é uma modalidade de execução da medida e não interfere na sua classificação como intervenção corporal probatória.

Mesmo que certas intervenções pressuponham o consentimento do visado, deve interceder autorização judicial e, ao invés, ainda que não haja consentimento, o visado pode noutros casos ser a elas sujeito, mediante tal ordem ou autorização.

Expressamos a preferência por um sistema que combinasse a cominação sancionatória com a admissibilidade de recurso à força. Aquela seria alcançada, *v.g.* através do crime de desobediência, para os casos em que não se torne indispensável a produção de um meio de prova corporal, dada a sua alternatividade (suscetibilidade de estabelecer alternativamente a responsabilidade criminal em moldes idênticos aos do crime cuja prova fica impedida com a recusa) ou falibilidade. A admissibilidade de recurso à força física, ficaria reservada para as hipóteses em que a medida se possa revelar antecipadamente como decisiva (no sentido da responsabilização ou inocentação do visado) e indispensável para a finalidade probatória pretendida. Este meio apareceria necessariamente como residual, respeitador da dignidade, da saúde do visado, e sempre que necessário executado por profissionais de saúde.

Quando nos referimos à “alternatividade” do meio de prova a produzir, significamos que a suficiência da cominação do crime de desobediência, com efeitos sancionatórios equivalentes aos do crime que pretendia provar-se, torna dispensável a execução coerciva da sua efetivação: é o que acontece, entre nós, p. ex. na aplicabilidade da pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados – havendo condenação pelo crime de desobediência – em caso recusa de submissão às provas legalmente estabelecidas para deteção de condução de veículo sob efeito de álcool, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo (art. 69.º, n.º 1, al. *c*) do CP).

9.2. A necessidade de reconfiguração do enquadramento normativo geral das ingerências corporais probatórias: uma proposta de modelo

Aqui chegados, parece-nos ser inadiável a ponderação – ou, pelo menos, a discussão – sobre as alternativas de previsão normativa das ingerências corporais probatórias, em termos gerais e nas suas variáveis e distintas modalidades.

Pensamos que numa tal matéria, em que o poder estadual se afirma com um tão amplo significado de ingerência na integridade e privacidade do visado, não se deve prescindir do princípio constitucional da reserva de lei.

De qualquer modo, os princípios da idoneidade, da necessidade e proporcionalidade devem definir tanto a decisão sobre a sua pertinência como os termos que devem reger a sua execução. Em função do grau de ingerência que a medida comporte é o consentimento do visado e, nos casos mais graves, a autorização judicial, que se convertem em fontes de legitimidade do ato de investigação.

A eventual alteração legislativa pode estruturar-se em vários planos, mas deve incidir, essencialmente, numa imposição ao arguido de um dever genérico de sujeição a diligências de prova mediante ingerência corporal, e, posteriormente, num complexo normativo que percorra os diversos aspetos setoriais das mesmas, designadamente no tocante às intervenções corporais e ingerências mais intrusivas, às medidas de determinação de teor alcoólico e de substâncias estupefacientes e psicotrópicas e de efeitos análogos, e às análises de perfis genéticos para efeitos de identificação criminal¹³⁷¹.

A plausibilidade de uma proposta de enquadramento normativo das ingerências corporais probatórias terá como pressuposto a constatação da insuficiência, inadequação e inadaptação do atual estado de coisas às novas exigências da investigação criminal e do processo penal, o que, podendo não ser um dado consensual, nos parece ser, a todos os títulos, um entendimento a merecer significativa adesão.

Com estes pressupostos, indicaremos em seguida os traços gerais das proposições que se afiguram revestir maior coerência e sistematicidade.

Julgamos ser desejável a adoção de uma norma a integrar no âmbito do estatuto geral do arguido, que poderia integrar uma alínea adicional do n.º 3 do art. 61.º do CPP. Uma tal norma assumiria a função de enunciado frontispicial e preliminar da admissibilidade de ingerências corporais probatórias.

Sugere-se que tal norma pudesse ser formulada numa redação aproximada à que segue:

[Artigo 61.º]

(...)

3 - Recaem em especial sobre o arguido os deveres de:

(...)

e) Submeter-se a diligências de prova que impliquem, nos termos da lei, uma ingerência ou intervenção corporal que devam praticar-se em conformidade com o estabelecido na lei e

¹³⁷¹ O que poderá implicar a reformulação do regime da Lei n.º 5/2008.

ordenadas por autoridade competente e executadas por entidade credenciada. Em caso de recusa, a autoridade competente pode determinar a utilização dos meios coercivos legalmente previstos que se mostrem idóneos, necessários e proporcionais para a execução da diligência, incluindo a força física, sem colocar em risco a saúde ou a dignidade do arguido.

Trata-se de uma proposta tributária da solução plasmada no § 81a do StPO e do *Projeto de Código Procesal Penal* espanhol de 2013¹³⁷², a qual nos parece compatibilizar os interesses e direitos fundamentais em confronto nas intervenções corporais, conseguindo-se uma formulação normativa equilibrada e coerente¹³⁷³.

Tomando também como referente o *Projeto* relativamente às revistas corporais superficiais (*registros corporales externos*), as mesmas poderiam ser realizados na ausência de consentimento do suspeito, mediante as medidas coercivas indispensáveis e conforme aos princípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade, sem que tenham de ser determinados por autoridade judiciária (juiz ou MP)¹³⁷⁴.

Não assim no caso de exames radiológicos, em que a falta de consentimento só pode ser suprida pelo juiz de instrução, enquanto juiz de liberdades – mediante promoção fundamentada do MP, devendo na decisão fixar-se quais as medidas adequadas para assegurar a sua execução, sempre em obediência aos princípios da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade¹³⁷⁵.

Em geral, nos casos de intervenções corporais, poderiam prever-se três grupos de hipóteses:

1) caso a investigação do delito as exija com a finalidade de extrair qualquer substância ou objeto alojados no interior do corpo do suspeito, por forma que implique a administração de anestésicos ou sedação, será sempre indispensável autorização judicial, mesmo que o afetado preste o seu consentimento. Se o afetado consentir e intercederem razões de urgência ou perigo de vida que impeçam o adiamento da intervenção, o MP poderá autorizar a sua prática, informando logo que possível o juiz;

¹³⁷² Tomámos em consideração as disposições do *Projeto de Código Procesal Penal*, disponível em: http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadname1=Content-disposition&blobheadvalue1=attachment%3B+filename%3DCodigo_procesal_penal.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969773746&ssbinary=true (acedido em 21-03-2014).

¹³⁷³ No art. 48.º, n. 2 do *Projeto* determina-se uma obrigação geral de o *encausado* se submeter a *registros e intervenciones corporales* regulados pelo código, legitimando o seu inadimplemento a utilização da força «idónea, necessária e proporcionada para a execução da medida».

¹³⁷⁴ Cfr. art. 281.º do *Projeto*.

¹³⁷⁵ Cfr. art. 282.º do *Projeto*.

2) no caso de intervenções corporais que tenham por objeto a recolha de amostras destinadas à prática de análises médicas ou biológicas que não exijam o acesso a zonas íntimas, poderão ser realizadas se o suspeito prestar o seu consentimento¹³⁷⁶.

Preconizamos, também, que se acolha a exigência da presença de defensor (do mesmo sexo, quando haja possibilidade de afetar a intimidade e o pudor) nas diligências processuais que envolvam a realização de intervenções corporais probatórias coercivamente determinadas relativamente a pessoas privadas de liberdade.

Para a obtenção dos vestígios dactiloscópicos do suspeito, com o fim de proceder à sua resenha e identificação, deverá bastar o seu consentimento. Se este não ocorrer, o MP deverá suscitar a autorização judicial¹³⁷⁷, sem que o desacatamento de uma eventual ordem anterior do MP possa acarretar a incursão em crime de desobediência¹³⁷⁸.

O caso especial da exploração das cavidades vaginal ou retal do arguido são também objeto de particular atenção. Assim, quando para o esclarecimento do facto investigado se exija um exame direto de tal natureza intrusiva, o MP deverá fundamentar um pedido de autorização judicial, devendo o juiz de instrução decidir ponderando a gravidade dos factos, a utilidade da exploração e a necessidade e proporcionalidade da medida¹³⁷⁹.

No tocante à investigação por análises de ADN, pensamos que deveria propor-se um regime comum que disciplinasse a recolha, custódia e exame das amostras, que, garantindo a sua autenticidade e qualidade, permitissem quer a comparação direta de perfis genéticos quer a interconexão com os dados introduzidos em bases de dados de perfis.

Quanto à recolha de amostras no local dos factos, a Polícia deve poder proceder à sua recolha mediante instruções gerais ou especiais do MP, através de pessoal especializado, com vista à determinação do perfil para comparação direta (com perfis de suspeitos) ou para comparação com perfis inseridos na base de dados.

A proposta do *Projeto* espanhol consagra a admissibilidade da recolha de «amostra abandonada» pela pessoa visada e a expressa proibição da recolha de amostra mediante engano. Não subscrevemos a hipótese de recolha de amostra abandonada, sendo certo que a

¹³⁷⁶ Cfr. art. 284, n.ºs 1 e 3 do *Projeto*.

¹³⁷⁷ Conforme defendemos em 5.3.3.3.

¹³⁷⁸ Solução que, com reservas, propendemos a sugerir relativamente à recolha de escrita manual, o que implicaria alterar o paradigma definido pelo AUJ do STJ n.º 14/2014.

¹³⁷⁹ Cfr. art. 283.º do *Projeto*. As situações de perigo na demora poderão oferecer óbices a uma tempestiva intervenção judicial, contornável com a eventual manutenção de uma situação de detenção do/a visado/a, sendo, por isso, desejável a intervenção de defensor nos casos de intervenções corporais de detidos.

obtenção de prova mediante métodos enganosos resulta já de princípio constitucional do art. 32.º, n.º 8 da CRP e do art. 126.º do CPP, não carecendo de proibição expressa. A “amostra abandonada” parece contender com o princípio da lealdade e transparência processual, além dos inconvenientes logístico-procedimentais no sentido de garantir a integridade da cadeia de custódia.

No caso de a recolha de amostras na pessoa visada só poder ser efetivada mediante intervenção corporal, aplicar-se-ia o regime destas medidas probatórias, o que significa que, mediante consentimento do visado, a recolha pode ser executada se não exigir o acesso a zonas íntimas. No caso de exigir o acesso a tais zonas ou de não haver consentimento, suscitar-se-ia a intervenção judicial, promovida pelo MP¹³⁸⁰.

Relativamente à recolha de amostras biológicas do imputado (*encausado*), o *Projeto* espanhol teve o cuidado de regular especialmente o respetivo procedimento, podendo o mesmo oferecer uma “amostra autêntica” para comparação com outra obtida¹³⁸¹. A hipótese preconizada constitui inovação substancial, que nos parece ser de sufragar, mas teria de ser cabalmente regulamentada mediante a eventual admissibilidade de um relatório analítico de determinação de perfil genético realizado de acordo com os pressupostos de certificação e qualidade idênticos aos exigidos para os procedimentos realizados pelas autoridades de investigação; de uma forma categórica, não pderiam colocar-se dúvidas sobre a fiabilidade e credibilidade de todo o procedimento, desde a recolha e custódia da amostra e dos próprios dados e resultados analíticos.

Também a possibilidade de submeter terceiras pessoas a ingerências ou intervenções corporais deve ser objeto de aprofundada análise. Pode suceder frequentemente nos casos de exames de perfis genéticos em que não sendo localizado o suspeito, possa ser necessário recorrer-se a dados de familiares que com o mesmo partilhem informação genética relevante. Haverá que apurar se, face às circunstâncias de uma concreta investigação, à necessidade e proporcionalidade do recurso a tal medida, se justifica a sua admissibilidade; e, em caso afirmativo, se deve aplicar-se à recolha de bioamostras destas pessoas o regime respeitante ao suspeito ou arguido.

Por último, o quadro da previsão procedimental da análise e determinação de álcool e substâncias estupefacientes, psicotrópicas e produtos com efeitos análogos, deve ser

¹³⁸⁰ De registar a preocupação na previsão da assistência de defensor, nos casos de privação de liberdade – art. 284.º, n.º 3, 2.ª Parte e 288.º, n.º 4, 2.ª Parte.

¹³⁸¹ Cfr. artigos 287.º e 288.º, n.º 1 do *Projeto*.

extensamente revisto, consagrando-se expressamente a sua aplicabilidade às outras atividades em que a presença de álcool e de droga seja penalmente relevante, para além da condução rodoviária¹³⁸².

Entendemos que esse regime deveria assumir forma de diploma avulso, mas ressystematizando a atual disciplina dispersa pelo Código da Estrada, pelo RFASP e Port. n.º 902-B/2007 e pelas disposições do RJAM, da Lei da Caça e do Dec.-Lei n.º 315/2009. Assinalar-se-ia a um tal diploma uma vocação de regulação tendencialmente esgotante da matéria, devendo ser esclarecida (ou incluída) a relevância das substâncias estupefacientes e produtos com efeitos análogos (e não apenas as psicotrópicas).

Um tal regime implicaria maior coerência e sistematicidade, ao introduzir a disciplina comum sobre a coercibilidade – apenas na modalidade de cominação sancionatória com o crime de desobediência, com as consequências inerentes em termos de penas principal e acessória – para a eventual recusa de sujeição aos pertinentes exames.

Por outro lado, deveria ser previsto um regime uniforme, numa disposição expressa, para as atividades de condução rodoviária, para o exercício da caça, para a detenção e uso de armas e para a detenção e circulação de animais perigosos, no qual se consagrariam os termos da sujeição aos exames, os métodos e instrumentos de medição a empregar, os certificados de homologação, os sintomas externos dos examinados, os resultados analíticos a considerar, enfim, aí se fixando os parâmetros em que poderia relevar a dimensão criminal do abuso de álcool e de drogas naquelas atividades.

Um tal quadro normativo teria ainda a não despicienda vantagem de poder ser direta ou correspondentemente aplicável à dimensão contra-ordenacional das condutas, ao invés do que atualmente sucede, com toda a gama de inconvenientes e contra-indicações na aplicação de um regime desenhado originariamente para as contra-ordenações [rodoviárias].

Resta-nos esperar que as linhas gerais deste novo sistema, que aqui tracámos, possam contribuir para a discussão da reconfiguração normativa das ingerências corporais probatórias no nosso ordenamento jurídico.

¹³⁸² Sem esquecer que porventura se devesse ponderar a previsão num único tipo incriminatório – ou em dois – das atividades criminalmente relevantes que envolvem o abuso de álcool e de substâncias psicotrópicas, estupefacientes e de efeitos análogos.

Conclusões

É tempo de concluir e de se compendiar o conjunto de proposições que se formularam ao longo do excuro feito e que se julga corresponder ao seu conteúdo mais relevante e essencial.

I.

Numa era em que ao corpo (o *protagonista da pósmodernidade*) tudo se proporciona e do qual tudo se pretende conhecer – para transformá-lo, “reproduzi-lo”, ceder ou substituir-lhe partes, abreviar ou prolongar o seu período de vida –, é legítimo e oportuno questionar o poder do Estado de utilizá-lo como meio de provar crimes.

O recurso ao corpo com finalidades probatórias analisa-se essencialmente em duas vertentes: quanto às modalidades de identificação do agente e quanto à deteção e determinação corporal de substâncias criminalmente relevantes.

Em termos jurídico-substantivos o corpo só assume relevância através da pertinência a uma pessoa. Mas, em termos jurídico-probatórios – quando se estabelece uma relação comunicacional entre a pretensão punitiva do Estado e o indivíduo – a pessoa só se pode manifestar (e revelar) através do corpo.

A introdução na investigação criminal de novos métodos técnico-científicos de escrutínio corporal (especialmente no âmbito das ciências da vida e das neurociências) como medidas probatórias pode implicar a modificação dos paradigmas tradicionais da investigação criminal e da produção e valoração probatória, com o reforço da importância do papel do perito.

Porém, ao decisor processual assistirá sempre a legitimidade para questionar a adequação e propriedade de metodologias técnico-científicas utilizadas na produção dos resultados periciais – mesmo que apresentem um grau de elevada “certeza probabilística” –, a avaliar no quadro mais integral da envolvente probatória da hipótese criminal.

II.

O objeto pressuposto na nossa investigação é o corpo da pessoa visada num processo.

Numa certa conceção da sua relevância criminal o corpo é, sincreticamente, causa, fundamento, móbil, objeto, instrumento e finalidade no processo penal.

Inexistindo consenso (no planos científico e ético-filosófico) sobre a existência de personalidade nos momentos iniciais e precoces, nalguns estados patológicos, bem como nos

momentos terminais da vida humana, sufragamos a posição de que a tutela jurídica a dispensar a todos os estados da vida e do corpo humano está sujeita, para os efeitos de que tratamos, aos mesmos princípios.

A disciplina das ingerências sobre o corpo de pessoas vivas não se aplica às intervenções probatórias sobre o cadáver.

III.

Não existe um conceito legal de corpo humano, nem foi ainda viável estabelecer um estatuto jurídico do corpo.

O corpo humano não assume posição particular perante o direito senão através do conceito de *pessoa*.

É o direito que *reconhece* o conceito jurídico de pessoa, enquanto realidade ontológica prévia e como forma de lhe conferir certos atributos e posições jurídicas – ao invés de concepções que entendem que o direito *cria* a pessoa –, sendo o corpo que é o suporte físico da pessoa singular.

Se a pessoa humana não se reconduz a um *objeto*, a sua dimensão física ou corporal nunca poderá ser classificada como *coisa*.

O corpo enquanto unidade funcional (bio-físico-psíquica) total assume-se como bem ou objeto de um direito de personalidade (*ius in se ipsum*), a que se liga o direito à integridade (e inviolabilidade) corporal. Todavia, aquele direito pessoal pode converter-se em direito real – titulado pelo sujeito “titular” do corpo – quando seja lícito que (algumas das) suas partes se autonomizem.

O fundamento do direito a *fazer coisas ao corpo* ou *com o corpo*, assenta nos princípios do reconhecimento da liberdade individual (cada um goza da disponibilidade do seu corpo), da extrapatrimonialidade (apesar de haver elementos com significado mercantil, em caso algum se toleram negócios sobre ou com o corpo, pelo menos na sua complexa unidade bio-físico-psíquica) e da sua (não absoluta) intangibilidade.

A consideração de um direito (fundamental) à disposição sobre o próprio corpo é mais dificilmente sustentável do que o reconhecimento das inerentes permissões como uma *liberdade*.

A *presença* e *devassa* do corpo na investigação criminal implicam considerações sobre o direito à integridade pessoal e questões respeitantes à informação de saúde e ao segredo médico.

O segredo médico é derogável em casos de investigação de crimes graves que perturbem a paz pública. A informação de saúde relevante para a prova deve ser precedida de ponderação autorizante da sua indispensabilidade, não podendo a essência da relação médico-doente ser desvirtuada, nem o médico se pode tornar num mero auxiliar das autoridades processuais.

IV.

A modelação da tutela jurídico-fundamental do corpo assenta na combinação entre a dignidade humana da pessoa e a dignidade da pessoa humana.

O valor referencial da dignidade humana deve nortear as relações entre o sujeito e o Estado que envolvam os direitos sobre o corpo ou os direitos relativos ao (uso do) corpo, interferindo na densificação processual probatória.

Um acervo probatório não pode ser extraído do corpo do visado senão mediante a intercessão de juízos de ponderação de interesses – constitucionalmente previstos, legalmente pré-estabelecidos e judicialmente concretizados – que, mesmo verificando-se o consentimento em casos mais sensíveis, não atentem contra a dignidade da pessoa humana.

É questionável, face aos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, se o princípio da não autoincriminação – concebido para proteger o alcance do “direito ao silêncio” (declaratório) – pode fundamentar um *direito ao silêncio corporal* como sub-categoria daquele. Parece-nos que se o resultado de uma ingerência corporal probatória é aleatório e incerto, a natureza do seu regime é materialmente distinta da do direito ao silêncio.

Os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade, à identidade e integridade pessoal, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à autodeterminação informacional, bem como à dignidade pessoal e identidade genética formam o núcleo da tutela jurídica da personalidade, cuja concreta modelação em função das exigências probatórias corporais deve fundar-se em critérios de ponderação autorizante.

V.

As ingerências corporais probatórias têm como finalidade sistemático-normativa a investigação de factos qualificados como crime, e um âmbito subjetivo (incidindo sobre um imputado ou terceiros com ele relacionados) e objetivo (incidem sobre uma dimensão do corpo).

Definimos *ingerências corporais probatórias* como o conjunto de medidas que visam a pessoa do imputado ou de outros intervenientes com ele relacionados, determinadas ou autorizadas em processo penal, que

incidam de forma imediata sobre uma dimensão do seu corpo vivo, com vista à sua identificação, à comprovação de facto jurídico-penalmente relevante ou à sua qualificação jurídico-penal.

As ingerências corporais probatórias admitem uma classificação de acordo com o nível de profundidade ou invasividade – medidas sobre o corpo como *objeto remoto* a localizar ou como disfarce, obrigatoriedade de presença em certos atos processuais, e em ingerências corporais probatórias *tópicas* e *profundas* –, com a finalidade – consoante se refiram à identificação criminal de pessoas ou à deteção de elementos criminalmente relevantes – e com o momento da sua produção (pré-processuais ou intra-processuais).

Só é admissível a autorização coerciva de intervenções corporais graves quando a sua omissão implique risco para a vida ou para a saúde de pessoa sujeita a custódia do Estado (detida ou presa), e o resultado da mesma não vise ou baste exclusivamente para a incriminação do visado.

O resultado de ingerências corporais promovidas e efetuadas por particulares rege-se por disciplina idêntica à que veda a produção e valoração de prova ilicitamente obtida por parte das autoridades processuais, devendo admitir-se quando contribuam para afirmar a inocência do imputado.

VI.

As soluções de ponderação autorizante das ingerências corporais probatórias devem buscar-se entre a exigibilidade do consentimento e uma noção de coercibilidade (nas aceções de emprego da força, da sua iminência, ou de cominações sancionatórias para a recusa injustificada).

A coercibilidade deve fundar-se na exigência de previsão legal (reserva de lei) e na jurisdicionalidade da sua determinação (reserva de juiz), condições em que se materializa o critério de ponderação autorizante (proporcionalidade, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A regulação da (in)validade das ingerências corporais probatórias, deve estabelecer-se de acordo com uma equação variável, consoante a obtenção da sua finalidade seja segura e 1) se possa produzir por meios alternativos (prescindindo-se da força física ou sua ameaça, prevalecendo as cominações sancionatórias), 2) o recurso a meios probatórios alternativos não seja idóneo à aquisição do resultado pretendido e o meio a empregar não seja desproporcionado (legitimando-se o emprego de força adequada ou da sua iminência) ou 3) não possa produzir-se absolutamente (por significar uma intromissão intolerável na integridade corporal).

Noutro plano de abordagem, o estatuto da vítima deve prever um conjunto de atributos e deveres, quando os resultados da recolha de prova no seu corpo possam incriminar terceiros.

Por seu turno, a proibição da tortura como meio de obtenção de prova pressupõe, simultânea e complementarmente, a preocupação em reforçar os mecanismos da sua proibição e os meios de prevenção e combate aos fenómenos do terrorismo e da criminalidade mais violenta, e de proteção das suas (potenciais ou reais) vítimas.

VII.

A fiabilidade técnico-científica do método de identificação genético-criminal torna-o atualmente um insubstituível meio probatório.

O procedimento complexo de recolha de bioamostra e determinação de perfil genético deve ser classificado como perícia *tecnológica* de genética criminalístico-forense, por combinar aspetos de exame e de perícia. Por isso, deve reconhecer-se-lhe o especial valor probatório *ex vi* art. 163.º, n.º 1 do CPP.

A técnica de fenotipagem (“Forensic DNA Phenotyping” - FDP) releva essencialmente para orientar uma concreta investigação criminal, reduzindo e delimitando o universo de suspeitos (*Genetic intelligence*). A sua admissibilidade deve pressupor um juízo de subsidiariedade e proporcionalidade, mediante um critério de ponderação da autoridade judiciária competente e restrita a um elenco de crimes, sujeita aos mesmos parâmetros de segurança e rigor das outras perícias genéticas, garantindo o *direito do dador a não saber* da amostra estudada, bem como a imediata destruição desta (após a identificação daquele).

Entendemos poder defender-se a coexistência de dois regimes alternativos em matéria de recolha de bioamostra e determinação de perfil genético com finalidade de identificação: o de comparação direta e o da comparação com recurso aos perfis inseridos na base de dados. Enquanto no primeiro caso, qualquer pessoa pode ser sujeita a tal medida, nos termos do CPP, no segundo, apenas o arguido o será, nos termos da Lei n.º 5/2008.

Em ambas as situações, sufragamos a posição (na esteira do paradigma argumentativo dos Acs TC n.ºs 155/2007 e 228/2007) que admite um grau de coercibilidade – perante a recusa injustificada do visado – na fase de recolha de bioamostra para determinação do perfil genético: através de meios não invasivos que respeitem a dignidade humana (emprego de zaragatoa bucal ou outro) e observando a reserva de juiz.

Seria de aplaudir uma expressa opção político-criminal que consagre um regime normativo comum de realização coativa da perícia de identificação genética.

A ordem de recolha de bioamostra em condenados e inimputáveis perigosos para determinação de perfil genético constitui efeito substantivo da decisão condenatória e é de aplicação *quase automática*, suscitando muitas das questões colocadas a propósito da recolha de amostras para fins de investigação.

VIII.

A determinação de substâncias no corpo integra procedimentos diferenciados, predominantemente dirigidos à comprovação de condutas criminalmente proibidas relativas a consumo de substâncias total ou relativamente proibidas (álcool, drogas e doping), através de “exames”, “perícias” ou “exames-periciais”.

Face à descontinuidade dos regimes substantivo-incriminatórios e procedimentais de determinação da presença de álcool e droga no corpo associados ao exercício de certas atividades – condução rodoviária, caça, detenção e uso de armas e munições, detenção e circulação em público com animais perigosos ou potencialmente perigosos – importa a proceder à sua reformulação ou harmonização.

Tal harmonização poderia passar por contemplar a previsão de um tipo incriminatório único (ou de dois) respeitante ao abuso do álcool e de estupefacientes, psicotrópicos ou produtos com efeito análogo, quando associados àquelas atividades, bem como um regime probatório autónomo e não dependente dos originariamente desenhados para fins contra-ordenacionais.

Por seu turno, o uso de *doping*, enquanto atividade criminalmente relevante, excluindo o desportista-utilizador e reportando-se a terceiros, postulará dificuldades probatórias quanto a estes, no sentido em que a prova a produzir contra os mesmos será a que validamente se puder obter em termos contra-ordenacionais ou disciplinares relativamente ao utilizador.

IX.

Em função das precedentes considerações, preconizamos a conveniência (ou necessidade) de extensa reconfiguração da disciplina normativa das ingerências corporais probatórias que possa dotar o ordenamento de um sistema coerente e harmonioso, relativamente à previsão dos pressupostos gerais da sua admissibilidade – *maxime* no tocante à relevância do consentimento e da coercibilidade – e, em concreto, no que respeita às diversas modalidades de intervenções corporais, à medida de identificação genético-criminal, às consequências do *doping* e à determinação de álcool e de droga em certas atividades criminalmente relevantes.

*Não voltarei a dividir
As aves – o canto e as asas –
Para encontrar o peso exacto
Do corpo que se eleva.*

Daniel Faria

BIBLIOGRAFIA

Bibliografia Geral

ADN

- ÁGUAS, CÍNTIA, «Estudo Comparado da Legislação Internacional», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 119-142.
- AYALA, FRANCISCO J., «The Human Genome Project: promise versus reality», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 9 1998, pp. 23-36.
- ALONSO, ANTÓNIO ALONSO, «Conceptos Básicos de ADN Forense», *Nuevas técnicas de investigación del delito. Intervenciones corporales y ADN*, CEJ 21-23-06-2004, Madrid (acessível em e-book: http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/cejebook.jsp - acedido em 25-10-2013).
- ÁLVAREZ, ÁNGEL CARRACEDO, «Valoración e interpretación de la prueba pericial sobre adn ante los tribunales», *Estudios Jurídicos* - Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 1879-1989, (artigo publicado em www.cej.justicia.es (acedido e consultado em 23 de abril de 2012).
- AMORIM, ANTÓNIO, *A Espécie das Origens. Genomas, Linhagens e Recombinações*, Editora Gradiva, Lisboa, 2002.
- , «Opening the DNA Black Box: Demythologizing Forensic Genetics», *New Genetics and Society*, 31(3), 2012, pp. 259-270.
- , «Produção e interpretação da prova genética», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 37-47.
- ASIMOV, ISAAC, *O Código Genético* (trad. de Luís Edmundo de Magalhães), Editora Cultrix, São Paulo, 1962.
- ATLAN, HENRI – M. KOPPEL, «Les gènes : programmes ou données ? Le rôle de la signification dans les mesures de complexité», *Les Théories de la complexité* (F. FOGELMAN-SOULIÉ, ed.), Ed. Seuil, Paris, 1991, pp. 188-204.
- ATLAN, HENRI, «DNA : Program or data ? (or : Genetics is not in the gene)», *Bulletin of the European Society for Philosophy of Medicine* 3 : 3, CD-ROM, 1.01. a.b, E, 1995.
- , «Possibilités biologiques, impossibilités sociales», in *Le clonage humain* (ATLAN H., AUGÉ, M., DELMAS-MARTY, M., DROIT, R.P., FRESCO, N.), Ed. Seuil, Paris, 1999, pp. 17 ss ed. ut. «Possibilidades biológicas, impossibilidades sociais», *Clonagem Humana* - HENRI ATLAN, MARC AUGÉ, MIREILLE DELMAS-MARTY, ROGER-POL DROIT, NADINE FRESCO (trad de Sandro Patrício Gama Nóbrega e Revisão por Luís A. F. C. Umbelino e Teresa Marques Pedreiro), Quarteto, Lisboa, 2001, pp. 14-33.
- , *O Livro do Conhecimento II vol. As Centelhas do Acaso – Ateísmo das Escrituras*, Col. Epistemologia e Sociedade, Ed. Instituto Piaget, Lisboa, 2005.

- BARJA DE QUIROGA, J. L., «La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN», *Genética e Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, VI - 2004, Consejo General del Poder Judicial (C.J. PÉREZ DEL VALLE, dir.) – ESCUELA JUDICIAL, Madrid, 2005, pp. 209-237.
- BATISTA, RUI, «Base de Dados de ADN - A Intervenção do Ministério Público». Comunicação apresentada a 06.06.2014 em sessão do Centro de Estudos Judiciários (Lisboa) sobre a obtenção de prova por ADN em Processo Penal e aspetos práticos e teóricos do funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN, inserida em Curso de Especialização em Temas de Direito Penal e Processual Penal, acessível em: <http://www.cfbdadosadn.pt/pt/atividade/Documents/Base%20de%20Dados%20ADN%20A%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20do%20Minist%C3%A9rio%20p%C3%BAblico.pdf>.
- BOGAS, VANESSA RAQUEL BRANCO, *Métodos de extração de ADN de amostras biológicas expostas a diferentes condições – estudo comparativo*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Forenses apresentada à Faculdade de Medicina da UP, 2013 (acessível em: <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70878/2/28747.pdf>, consultado em 21-02-2014).
- BONINA, LUÍS, «Colheita Coactiva de Vestígios Biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético – Comentário aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 155/2007 e 228/2207», *RMP*, N.º 110, Abr.-Jun. 2007, pp. 203-206.
- BORRY, PASCAL, «Ethical principles and Forensic Databases», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 23-36.
- BOTELHO, MARTA MADALENA, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico. Em Especial, os Problemas Jurídico-Penais da Criação de Uma Base de Dados de ADN para Fins de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2013.
- BRAVO, JORGE DOS REIS, «Perfis de ADN de Arguidos-Condernados (O artigo 8.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)», *RPCC*, Ano 20, Fasc. 1.º, Jan.-Mar. 2010, pp. 97-126.
- , «Cooperação internacional em matéria de prova genética», *RMP*, Ano 35, abr.-jun. 2014, N.º 138, pp. 97-136.
- BUTLER, J. M., *Forensic DNA typing: biology, technology, and genetics of STR markers* (2nd ed.), Elsevier, London, 2005.
- CABEZUDO BAJO, MARÍA JOSÉ, «La prueba de ADN – valoración preliminar de la regulación Española y de la Union Europea», *Bases de Datos Genéticos Forenses – Tecnologías de Control e Ordem Social* (HELENA MACHADO – HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 103-139.
- CARRACEDO ALVAREZ, ANGEL, «Genética Forense: aspectos éticos y jurídicos del uso de la prueba de ADN en problemas médico-legales», *Aspectos biomédicos e implicaciones éticas* (JAVIER GAFO ed.), Consejo Genético, Madrid, 1994, pp. 109-126 .

- , «Valoración e interpretación de la prueba pericial sobre ADN ante los tribunales», *Estudios Jurídicos*, Madrid, N.º 2004, 2004.
- CARRACEDO ALVAREZ, ANGEL - PESTONI, CARMELA, «El cálculo de la probabilidade en criminalística. Principales problemas prácticos», *Problemas bioestadísticos en Genética Forense* (A. CARRACEDO – F. BARROS, coord.), Universidad de Santiago de Compostela – Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 1996, pp. 115-128.
- CARRACEDO ALVAREZ, ANGEL - PESTONI, CARMELA - GUILLÉN VÁZQUEZ MARGARITA, «Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 8, 1998, pp. 137-158.
- CARRACEDO ALVAREZ, ANGEL - SALAS, A. - LAREU, M. V., «Problemas y retos de futuro de la genética forense en el siglo XXI», *Cuadernos de Medicina Forense*, 2010 - 16 (1-2), pp. 31-35, acessível on-line em: <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfv/v16n1-2/revision3.pdf> (accedido em 02-03-2014).
- CARVALHO, MARIA RAQUEL, «Single Nucleotide Polymorphisms (SNPS) com aplicação forense», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 187-197.
- CASABONA, CARLOS MARÍA ROMEO, «Utilización de las identificaciones del ADN en la administración de Justicia», in *La Prueba del ADN en Medicina Forense. La Genética al servicio de la Ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación biológica de la paternidad*, AA. VV. (M. BEGOÑA M. JARRETA, coord.), Ed. Masson, Barcelona, 1999.
- , Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002.
- , Los Genes y sus Leyes. El derecho ante el Genoma Humano, Ed. Comares, Granada, 2002.
- CORTE-REAL, FRANCISCO, «Base de dados genéticos com fins forenses», *Direito e Justiça*, Volume Especial, 2004, pp. 141-146.
- , «A Base de Dados Forense Portuguesa (Lei n.º 5/2008)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 59-67.
- COSTA, HELENA - 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* (HELENA MACHADO – HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 271-305.
- COSTA, SUSANA - MACHADO, HELENA - NUNES, JOÃO ARRISCADO, «O ADN e a Justiça: a Biologia Forense e o Direito como mediadores entre a Ciência e os cidadãos», in *Os Portugueses e a Ciência*, (MARIA EDUARDA GONÇALVES, org.), Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2002, pp. 200-233.

- COSTA, SUSANA - MACHADO, HELENA - SANTOS, FILIPE, «A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, Org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 99-118.
- COSTA, SUSANA, *A Justiça em Laboratório. A Identificação por Perfis Genéticos de ADN. Entre a Harmonização Transnacional e a Apropriação Local*, Almedina, Coimbra, 2003.
- , «Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e suas repercussões na Base de Dados de ADN», *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (HELENA MACHADO – HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 229-269.
- DÁ MESQUITA, PAULO, «A prova em processo penal e a identificação de perfis de ADN – da recolha para comparação directa entre amostra problem e amostra referência às inserções e interconexões com a base de dados», *RPCC*, Ano 24 – N.º 4 – out.-dez. 2014, pp. 551-575.
- DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 35, enero-abril 2010, pp. 93-116;
- , «Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN. Sentencia TEDH *S. y Marper contra el Reino Unido*, de 4-12-08 y la regulación española sobre obtención y registro de identificadores obtenidos a partir del ADN del sospechoso o imputado», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 155-2009: *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 213-261;
- , «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos», *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal* (C. ARANGÜENA FANEGO Dir.), Valladolid, 2010, pp. 151-182.
- , «Estudio crítico de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los requisitos y garantías en la toma de muestras de ADN del sospechoso», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 36, 2012, pp. 147-172.
- , «Reflexiones sobre la licitud de la “prueba de adn” a la vista de la reciente jurisprudencia del tribunal supremo», *Curso La Ilicitud de las Pruebas en Proceso Penal*, 1.ª ed., Centro de Estudios Jurídicos, 2012, pp. 1-16 (acessível em http://www.cej-justicia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet; acedido em 11-11-2013).
- DOLZ LAGO, M.-J., «ADN y derechos fundamentales. Breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN – frotis bucal – a detenidos e imputados», en *Diario La Ley*, núm. 7774, de 12 de enero de 2012.
- ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, «Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la Ordenanza Procesal Penal de 17 de Marzo de 1997 (Parte I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 9, Julio-Diciembre 1998.
- , «Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la Ordenanza Procesal Penal de 17 de Marzo de 1997 (Parte II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 10, Enero-Junio 1999.
- , *Los análisis de ADN y su aplicación al Proceso Penal*, Editorial Comares, Granada, 2000.

- , «Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 27 – julio-diciembre, Año 2007, pp. 39-53, acessível em: https://mega.co.nz/#!DE8QwRgIIIc1rg32newx-cR1v1vekcA4XT68pKz_qU_5E0rp7--o, acedido em 23-04-2013).
- , «Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 28 - jan-junho, Año 2008, pp. pp. 105-140, acessível em <https://mega.co.nz/#!TVUw0ThKIXG8ErBENHoNUyGyN6LmjyznUX1iC6DOKmhD9c8tYeE>, acedido em 23-04-2013).
- , «La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN», *Diario La Ley*, N.º 6901, Mar. 2008, pp. 1-22.
- FARINHA, CARLOS, «Base de Dados - da Amostra-problema à “Amostra-solução”, através da Amostra-referência», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 171-183.
- , «Comunicação», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 21-24.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, EMÍLIO., «La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delinquentes. Aspectos procesales», in *Bases de Datos de perfiles de ADN y criminalidad* (CARLOS M. ROMEO CASABONA, ed.), Comares, Granada, 2002, pp. 269-284.
- FERREIRA, LORENA DE OLIVEIRA, *O direito de não produzir prova contra si e a colheita coerciva de ADN como meio de prova*, Dissertação do 2.º Ciclo de Estudos em Direito em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à FDUC (sob a orientação da Prof.ª Doutora Anabela Miranda Rodrigues), Coimbra, 2012.
- FIDALGO, SÓNIA, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *RPCC*, Ano 16.º, N.º 1, Jan.-Mar. 2006, pp. 115-148.
- FREITAS, DAVID, *DNA e a Investigação Criminal*, Diário de Bordo Editora, Lisboa, 2014.
- FREITAS, FLORENTINA MARIA DE, «Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança versus privacidade», in *Lusíada – Série II*, n.º 7, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2010, pp. 247 a 290.
- FRUDAKIS, ANTHONY, *Molecular Photofitting – Predicting Ancestry and Phenotype Using DNA*, Academic Press, 2007.
- GARCÍA, EMILIO FERNÁNDEZ, «La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delinquentes: aspectos procesales», in *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad* (C. M. ROMEO CASABONA, ed.), Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 125-237.
- GEADA, HELENA DE SEABRA, «DNA Mitocondrial. Aplicação ao Estudo de DNA Humano», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 139-161.

- GILL, PETER, – WERETT, DAVID, «Exclusion of a man charged with murder by DNA fingerprinting», *Forensic Science International*, vol. 35, N.º 3, 1987, pp. 145-148.
- GILL, PETER, – FEREDAY, L. – MORLING, N. – SCHNEIDER, P. M , «The evolution of DNA databases – Recommendations for new European loci», *Forensic Science International*, vol. 156, 2006, pp. 242-244.
- GILL, PETER, – BRENNER, C. H. – BUCKLETON, J. S. – CARRACEDO, A. – KRAWCZAK, M, MAYR W.R. – MORLING, N. - PRINZ M. - SCHNEIDER, P.M. – WEIR, B.S., «DNA commission of the International Society of Forensic Genetics: Recommendations on the interpretation of mixtures», *Forensic Science International* vol. 160, 2006, pp. 90-101.
- GILL, PETER, «LCN DNA: proof beyond reasonable doubt? — a response» [to a Carol MacCartney article], *Nature Reviews Genetics*, vol. 9, N.º 726, *September 2008*.
- GONÇALVES, MANUEL, «Recolha de amostras de ADN para fins de investigação criminal. Suspeito», *RMP*, Ano 34, N.º 136, Out.-Dez. 2013, pp. 199-224.
- GUIMARÃES, ANA PAULA, *A pessoa como objecto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN - reflexões à luz da dignidade humana*, Nova Causa – Edições Jurídicas, Lisboa, 2016 (Tese de Doutoramento, Universidade Portucalense, Porto, 2014, acessível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/handle/11328/1075>).
- GUSMÃO, LEONOR – ALVES, CÍNTIA, «Marcadores dos cromossomas sexuais. Relevância na Identificação genética», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 103-137.
- HAVE, HENK TEN, «Ethical dimension of the genome Project. Geneticization and the sociocultural impact of genetic information», in *Poderes e Limites da Genética*, Actas do IV Seminário do CNECV, 17-18 de Novembro de 1997, Presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 1998.
- HENRIQUES, F. - SEQUEIROS, J., *Relatório - Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN*, Lisboa, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (disponível em <http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/Pareceres/> - acesso em 27-05-2013 – arq.), 2007.
- JACQUES, GUILHERME SILVEIRA - MINERVINO, ALINE COSTA, «Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos», *Perícia Federal*, Ano X, N.º 25, Junho de 2007 a março 2008, pp. 12-20.
- JEFFREYS, ALEC J. – WILSON, VICTORIA – THEIN, SWEE LAY, «Hypervariable ‘minisatellite’ regions in human DNA», *Nature*, Vol. 314, 1985, pp. 67-73.
- , «Individual-specific “fingerprints” of human DNA», *Nature*, Vol. 316-4, July 1985, pp. 76-79.
- , «Positive Identification of an Immigration Test Case Using Human DNA Fingerprints», *Nature*, Vol. 317, 1985, pp. 818-819.
- JEFFREYS, ALEC J. – GILL, PETER, – WERETT, DAVID, «Forensic application of DNA “fingerprints”», *Nature*, Vol. 318, 1985, N.º 6046 pp. 577-579.

- JEFFREYS, ALEC J. – MULLIS, KARY – GILL, PETER, «DNA´s detective story», *The Economist*, Vol. 370, N.º 8366 (2004), pp. 33-36.
- KAYSER, MANFRED - SCHNEIDER, PETER M., «DNA-based prediction of human externally characteristics in forensics: Motivations, scientific challenges, and ethical considerations», *Forensic Science International: Genetics* 3, 2009, pp. 154-161.
- KOEHLER, JONATHAN J., «Why DNA Likelihood Ratios Should Account for Error (Even When a National Research Council Report Says They Should not)», *Jurimetrics Journal*, 37, 1997, pp. 425-437.
- LEMONS JÚNIOR, ARTHUR PINTO DE, «A aplicação da perícia de análise do ADN no processo penal para fins de investigação criminal – principais aspectos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 2, N.º 3*, 2005, pp. 83-103.
- LIU, FAN – DUIJN, K. VAN – VINGERLING, J. R.– UITTERLINDEN, A. G.– JANSSENS, A. C. – SCHNEIDER, MANFRED, «Eye Color and the Prediction of Complex Phenotypes from Genotypes», *Current Biology*, 19(5) (acessível em <http://openwetware.org/images/7/79/Eyecolor1.pdf>, acedido em 14-09-2013).
- LYNCH, MICHAEL - MCNALLY, RUTH, «Forensic DNA Databases and Biolegality: The Coproduction of Law, Surveillance Technology and Suspect Bodies», in, *The Handbook of Genetics and Society. Mapping the New Genomic Era* (Paul Atkinson; Peter Gaslen e Margaret Lock, orgs.), Routledge, London & New York, 2009, pp. 283-301.
- LYNCH, MICHAEL - MCNALLY, RUTH - COLE, SIMON A. - JORDAN, KATHLEEN, *Truth Machine. The Contentious History of DNA Fingerprinting*, University of Chicago Press, Chicago/London, 2008.
- MACCARTNEY, CAROLE, «Forensic DNA Samples and the England and Wales National DNA database: a skeptical approach», *Critical Criminology*, 12 - 2004, pp. 157-171.
- *Forensic Identification and Criminal Justice, Forensic science, justice and risk*, Willan Publishing, 1st Ed., Cullompton, 2006.
- , «LCN DNA: proof beyond reasonable doubt?», *Nature Reviews Genetics* vol. 9, N.º 325, May 2008.
- MACHADO, HELENA - AMORIM, ANTÓNIO - SILVA, SUSANA, «Políticas de Identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal», *Análise Social*, Vol. XLV, (196), 2010, pp. 537-553.
- MACHADO, HELENA - COSTA, SUSANA, «Biolegalidade, imaginário forense e investigação criminal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N.º 97, jun. 2012, pp. 61-84.
- MARÍN, MARIA ÁNGELES PÉREZ, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *RMP*, N.º 132, out-dez. 2011, pp. 127-164.
- MARTIN PASTOR, F.J., «Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)», *La Ley Penal*, N.º 46, febrero 2008, pp. 1 ss.

- MARTINS, TERESA – CARVALHO, RAQUEL, «Conceitos Básicos de Genética com Aplicação à Investigação Criminal», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, 2008.
- MELO, HELENA PEREIRA DE, «A constituição de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal em Portugal», in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MILHEIRO, TIAGO CAIADO, «Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal», Comunicação apresentada a 06-06-2014 em sessão do Centro de Estudos Judiciários (Lisboa) sobre a obtenção de prova por ADN em Processo Penal e aspetos práticos e teóricos do funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN, inserida em Curso de Especialização em Temas de Direito Penal e Processual Penal, acessível em: <http://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Prova%20por%20adn%20e%20o%20papel%20do%20juiz%20de%20Instru%C3%A7%C3%A3o%20criminal2-2.pdf>
- MONIZ, HELENA, «Os problemas jurídico-criminais da criação de uma base de dados genética para fins criminais», *RPCC*, Ano 12.º, N.º 2, Abr.-Jun. 2002, pp. 237-264.
- , «Privacidade e comunicação intrafamiliar da informação genética», *RPCC*, Ano 14.º-Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 213-237.
- , «Privacy and intra-family communication of genetic information», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 21, 2004, pp. 103-126.
- , «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiriça em matéria de transferência de perfis de ADN», *RMP*, N.º 120, Ano 30 – Out.-Dez. 2009, pp. 145-156.
- , «Condições e Limites da Utilização da Prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 79-86.
- , «Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro», *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (HELENA MACHADO – HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 47-66.
- MONTALVO, JOSÉ A. CHOCLÀN, «Perícia genética y proceso penal», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 9 1998, pp. 59-90.
- MONTE, MÁRIO FERREIRA, «O resultado da análise de saliva colhida através de zangaratoa bucal é prova proibida? – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Setembro de 2006», *RMP*, N.º 108, Out.-Dez. 2006, pp. 239-262.
- MORA SÁNCHEZ, JUAN MIGUEL, *Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN: Identificación Criminal a través de la Huella Genética* (Cátedra de Derecho y Genoma Humano), Comares Ed., Granada, 2001.
- MORGADO, MARIA JOSÉ, «Perigos e Certezas. Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de

2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 153-159.

MUÑOZ CUESTA, F. J., «Obtención de muestras del inculgado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N.º 25/2006 – Comentario.

NEYRA KAPPLER, SUSANA ÁLVAREZ DE, «La prueba de ADN en el proceso penal», *Estudios de Derecho Procesal Penal* (ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, dir.), N.º 22, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 1-174.

———, «El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores, Parte I», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 34, 2011, pp. 51-98 (acessível em: <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/34doctrina2.pdf>), acedido em 14-03-2014).

———, «El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores, Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 35, 2011, pp. 41-66 (acessível em: <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/35doctrina1.pdf>), acedido em 15-03-2014).

NETO, LUÍSA, «Sobre a existência e utilização de uma base de dados genética em Portugal», Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, FDUL – Coimbra Ed., Lisboa, 2006, pp. 301 e ss.

NIELSEN, LINDA, «Pruebas genéticas e derecho a la intimidad: una perspectiva europea», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 4, 1996, pp. 65-86.

PALENZUELA, BENITO REVERÓN, «La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales», *Revista de Derecho e Genoma Humano*, N.º 29, 2008, pp. 67-109, acessível em <https://mega.co.nz/#!TVUw0ThK!XG8ErBENHoNUyGyN6LmjyznUX1iC6DOKmhD9c8tYeE>, acedido em 12-02-2012).

PENA, SÉRGIO D. J., «Segurança pública: Determinação de identidade genética pelo DNA», Seminários temáticos para a 3.ª Conferência Nacional de C. T. & I. Parcerias Estratégicas, 20, 2005, pp. 447-460.

PEREIRA, ARTUR, «Bases de Dados Genéticos», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 95-130.

———, *As Perícias na Polícia Judiciária*, disponível em <http://www3.bio.ua.pt> (arq.).

———, «Desafios Ético-Jurídicos da Prova Pericial», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 1-61.

PERES, PAULO FILIPE HORTA, *Recolha compulsiva de material biológico para análise de perfis de DNA em investigação criminal: auto-inculpação versus segurança comunitária*, Universidade Lusíada (dissertação de Mestrado), Lisboa, 2012 (acessível em http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/487/1/md_paulo_peres_dissertacao.pdf).

PINHEIRO, MARIA DE FÁTIMA, «Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais», *RMP*, Abr.-Jun. 1998, N.º 74, pp. 145-153.

———, «Actualidades sobre Biologia Forense», *RMP*, Out.-Dez. 1998, N.º 76, pp. 89-100.

- , «Aplicação do estudo do DNA em Criminalística», *Polícia e Justiça*, (*Revista do ISPJCC*), N.º 3 - III Série: Jan.-Jun. 2004, pp. 157-193.
- , «A Perícia em Genética e Biologia Forense-Criminalística Biológica», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, 2008, pp. 11-40.
- , «A Identificação genética; passado, presente e futuro», *RMP*, Abr.-Jun. 2009, N.º 118, pp. 157-196.
- , «Algumas perspectivas de identificação genética», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 17-78.
- , «Identificação genética no âmbito de crimes sexuais», *Investigação Criminal* (Revista semestral da ASFIC), N.º 2, 2011, pp. 56-80.
- , «Inovações em Genética Forense: Sua Contribuição na Aplicação da Justiça», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 63-117.
- PINHEIRO, MARIA DE FÁTIMA - LAGOA, ARLINDO M., «Impressões Digitais como Evidência para Identificação Genética», *Polícia e Justiça*, (*Revista do ISPJCC*), N.º 7 - III Série: Janeiro-Junho 2006, pp. 253-271.
- , «Amostras Low Copy Number», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, 2008, pp. 59-81.
- PORTO, MARIA JOÃO ANJOS, «As bases de dados forenses ao serviço do cidadão e da cidadania?», *A Base de dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 161-169.
- SANTOS, FILIPE, «As funções do DNA na investigação criminal – estudo de cinco casos em Portugal», *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (HELENA MACHADO – HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 197-227.
- SANTOS, HUGO LUZ DOS, «Recurso de Apelação. Falta de Fundamentação da Decisão de Extração de ADN. Derrogação do Mandato de Esgotante Apreciação do Ilícito», *RMP*, N.º 135, Jul.-Set. 2013, pp. 189-228.
- SANTOS, MANUEL SIMAS, «Mecanismos de Verificação e Fiscaliação (na Base de Dados de Perfis de ADN)», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 69-78.
- SCHNEIDER, PETER M., «Legal aspects of forensic DNA analysis in Germany», in *Forensic Science International*, Special Issue: Proceeding of the European Symposium: Ethical and Legal Issues of DNA Typing in Forensic Medicine, Editorial Elsevier, Vol. 88, N.º 1, July 1997, pp. 95-98.
- , «DNA Databases: International Reality and Perspectives», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 87-103.

- SILVA, INÊS TORGAL M. PEDROSO DA, «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 8, N.º 15, 2011, pp. 159-188.
- SILVA, PAULA COSTA E, «A realização Coerciva de Testes de ADN em Acções de Estabelecimento de Filiação», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 165-186.
- SILVA, PAULA MARTINHO DA, «Parecer n.º 52/CNECV/2007 - Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o “Regime Jurídico da base de Dados de Perfis de A.D.N.”, Junho de 2007», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 37-47.
- SILVEIRA, LUÍS, «Proteção de Dados Pessoais e Base de Dados de ADN», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 143-150.
- SOUTO, LUÍS, «Interesse dos Microssatélites na Identificação Genética», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 79-102.
- STALEY, KRISTINA, *The Police National DNA Database: balancing crime detection, human rights and privacy. A Report for Genewatch UK*, Jan. 2005, consultável em: <http://www.genewatch.org/uploads/f03c6d66a9b354535738483c1c3d49e4/NationalDNA Database.pdf>. (acedido em 18-05-2013 – Arq.).
- TARONI, FRANCO - BIEDERMANN, A., «La valeur probante de l'indice ADN: juristes et scientifiques face à l'incertitude et aux probabilités», In *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne* (B. Kahil-Wolff, B. Tappy & L. Bruchez, Eds.), Schulthess, Genève, 2010.
- THOMPSON, W. C., «Tarnish on the “gold standard”: Understanding recent problems in forensic DNA testing», *The Champion*, 30 (1), 2006, pp. 10-16.
- , «Painting the Target Around the Matching Profile: The Texas Sharpshooter Fallacy in Forensic DNA Interpretation», *Law Probability and Risk*, 8(3), 2009, pp. 257-276.
- TOOM, VICTOR, «Inquisitorial Forensic DNA Profiling in the Netherlands and the Expansion of the Forensic Genetic Body», in *Genetic Suspects: Global Governance of DNA Profiling and Databasing* (Richard Hindmarsh e Barbara Prainsack, orgs.), Cambridge University Press, 2010, pp. 175-196.
- VAN CAMP, NATHAN, – DIERICKX, KRIS, «National Forensic DNA Databases in the EU», *European Ethical-Legal Papers*, N.º 9, Leuven, 2007.
- VERDEJO, JAIME MORENO, «ADN y Proceso Penal: análisis de la Reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre», *Nuevas técnicas de investigación del delito, Intervenciones corporales y ADN*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia,

- Madrid, 2004, pp. 1801-1841 (acessível em www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf; acedido em 15-08-2012).
- , «La prueba genética de adn. Ámbito de la base de datos. Toma de muestras. Consentimiento y asistencia letrada. Empleo de fuerza», *Curso sobre Genética Forense* celebrado en Madrid los días 22 a 24 de mayo de 2013 en el Centro de Estudios Fiscales (acessível em http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet, acedido em 12-11-2013).
- VUILLE, JOËLLE, *L'ADN - Reine des preuves ou roi des canulars?*, De L'hèbe Eds., La Question N.º 74, Charmey, 2011.
- WALLACE, HELEN, «Is Every Citizen a Suspect?», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 49-56.
- WILLIAMS, R. - JOHNSON, P., *Genetic Policing: The Use of DNA in Criminal Investigations*, Willan Publishing, Cullompton, 2008.
- WILLIAMS, ROBIN, «Promising Trajectories? The National Databases of England and Wales», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 105-117.

Álcool

- ALBERGARIA, PEDRO SOARES DE – LIMA, PEDRO MENDES, «Condução em Estado de Embriaguez – Aspectos Processuais e Substantivos», www.verbojuridico.net, 2001 (acedido em 15-05-2013 – arq.).
- , «Anotação ao Acórdão de 8 de Julho de 2002, da Relação de Guimarães», *RPCC*, Ano 13, N.º 2, Abr.Jun. 2003, pp. 271-287.
- BRITO, TERESA QUINTELA DE, *Crime praticado em estado de inimputabilidade auto-provocada por via de consumo de álcool ou drogas: contributo para uma análise do art. 282.º do Código Penal à luz do princípio da culpa*, AAFDL, Lisboa, 1991.
- GRANT, S.A. - MILLAR, K. - KENNY, G. N. C., «Blood Alcohol Concentration and Psychomotor Effects», *British Journal of Anaesthesia*, Setembro 2000, 85 (3), pp. 401-406.
- JESUS, SOLANGE, «Erros máximos admissíveis: a problemática da prova no crime de condução de veículo em estado de embriaguez – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Outubro de 2009», *RPCC*, Ano 22 - N.º 1, jan.-mar. 2012, pp. 131-168.
- MARINHO, RUI TATO, «Redução do Limite Legal da Taxa de Álcool no Sangue para 0,2 mg/l», *Estrada Viva? Aspectos da Motorização na Sociedade Portuguesa* (JORGE FREITAS BRANCO-MANUEL JOÃO RAMOS, Org.), Assírio & Alvim, Lisboa, 2003, pp. 141-162.

- , «Alcoolemia, Condução e Feitos do Álcool: Álcool e condução – um problema grave de saúde pública em Portugal», in Encontro Nacional dos Centros de Alcoologia, Lisboa, de 20 a 23-02-2003, Resumo das Comunicações. Fac. De Psicologia e Ciências da Educação de Lisboa, 2003.
- MELO, PAULA, «Condução sob influência do álcool - Apreciação dos meios de prova», *Maia Jurídica*, Revista de Direito (da AJM), Ano II, N.º 2, Jul.-Dez. de 2004.
- NUNES, CARLOS A. CASIMIRO, *A Condução de Veículo Automóvel com Álcool no Sangue – Estudo das Trajetórias Desviantes*, Wolters Kluwer - Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- PAVÓN, PILAR GÓMEZ, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 4.ª Editorial Bosch, 2010.
- PÉREZ, MARIA PILAR ALHAMBRA – ABAD, LUÍS J. SEGURA, *El alcohol: cuestiones jurídico-médicas. Aspectos civiles, penales, administrativos y laborales. Jurisdicción de menores. Valoración de la práctica médico forense*, Col. Estudios de Derecho Procesal Penal, (ANTONIO DEL MORAL GARCIA, dir.), Ed. Comares, Granada, 2001.
- SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Crimes Rodoviários - Pena Acessória e Medidas de Segurança*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.
- SILVA, JOSÉ ANTÓNIO PEREIRA DA, «Alcoolemia e Peritagem Médico-legal», *BFDUC*, vol. LX, 1984, pp. 183 e ss.

Bioética

- ADRAGÃO, PAULO PULIDO, «A Eutanásia: argumentos de um debate», *RFDUP*, Vol. 3 (2006), pp. 665-672.
- ARCHER, LUÍS, «Manipulação genética e Futuro do Homem», *Brotéria – cultura e informação*, vol. 104 (1977), pp. 387-399.
- , *Temas Biológicos e Problemas Humanos*, Ed. Brotéria, Lisboa, 1981.
- , «Mito Humano e Operacionalidade científica», *Brotéria – cultura e informação*, vol. 120, n.º 4 (Abril 1985), pp. 363-378
- , «O Homem perante o Tecnocosmos emergente da Biologia», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 122 (1986), pp. 65-83.
- , «Gerar ou produzir vida humana», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 124 (1987), pp. 519-532.
- , «O progresso da Genética e o espírito eugénico», *Cadernos de Bio-Ética*, Ano VI, N.º 10 (1995), pp. 73-82.
- , «Bioética geral», *Bioética* (L. ARCHER - J. BISCAIA - W. OSSWALD, coord.), 1.ª ed., Verbo, Lisboa, 1996.
- , «Bioética: avassaladora. Porquê?», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 142 (1996), pp. 449-472.
- , «A aventura da descoberta do genoma humano», *Colóquio/Ciências. Revista de Cultura Científica*, N.º 20, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Dez. 1997.

- , «Dimensões éticas da investigação biomédica», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 146 (1998), pp. 169-182.
- , «Transplantações do animal para o homem», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 146 (1998), pp. 601 ss.
- , «Clonagem - mito e ciência», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 149 (1999) pp. 75-90.
- , «O genoma humano e a sua circunstância», *Brotéria Genética*, vol. 21 (2000), pp. 5-16.
- , «Perspectiva ética da investigação genética», *Brotéria Genética*, vol. 21 (2000), pp. 33-41.
- , «A Descoberta do Genoma Humano», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 151 (2000) pp. 347-351.
- , «Programar o Homem do futuro», *Novos Desafios à Bioética* (LUÍS ARCHER – MICHEL RENAUD – WALTER OSSWALD, coord.), Porto Editora, Porto, 2001, pp. 190-194.
- , «Comentário ao Protocolo Adicional que proíbe a Clonagem de Seres Humanos», *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 165-170.
- , «A democratização das ciências», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 31-42.
- , *Da Genética à Bioética*, Colectânea Bioética Hoje, N.º 11, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2006.
- ARNOUX, IRMA, «The Fundamental Principles in the Law of Bioethics», *Working Papers, Research Projects* Vol II, Centre for Ethics and Law, Copenhagen 1997.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, «Direito e Bioética», *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991.
- BARCHFONTAINE, CHRISTIAN DE PAUL DE, «Função do direito na disciplina da pesquisa e prática biomédicas», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 179-188.
- BARRETTO, VICENTE DE PAULO, «Bioética, biodireito e direitos humanos», *Teoria dos Direitos Fundamentais* (RICARDO LOBO TORRES, org.), Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pp. 377-417.
- , «O Vaso de Pandora da Biotecnologia: impasses éticos e jurídicos», *Direito e poder* (HELENO TAVEIRA TÓRRES, org.), Manole, São Paulo, 2005, pp. 663-683
- BEAUCHAMP, TOM L. - CHILDRESS, JAMES F., *Principles of Biomedical Ethics*, 4th ed., New York City – Oxford University Press, 1994, 5th ed., New York City, NY - Oxford University Press; 2001.
- , *Princípios de Ética Médica*, 2.^a ed., Masson, Barcelona, 2002.
- BERGEL, SALVADOR DARIO, «Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 9 - 1998, pp. 37-58.

- , «Bioética, corpo e mercado», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2006, pp. 48-63.
- BERNARD, JEAN, *La Bioéthique*, Flammarion, Paris, 1994.
- BLEICH, DAVID J., «A natureza do desacordo relativamente às questões bioéticas», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 581-586.
- BOSTROM, NICK, «In Defense of Posthuman Dignity», *Bioethics*, vol. 19, 2005, pp. 202-214.
- CADORÉ, BRUNO, *L'expérience bioéthique de la responsabilité*, Artel, Louvain-la-Neuve, 1994.
- CARVALHO, NETO DE, *Direito, Biologia e Sociedades em rápida Transformação*, Almedina, Coimbra, 1992.
- CASABONA, CARLOS MARÍA ROMEO, *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, Centro de Estudios Ramón-Areces, Madrid, 1999.
- , *Los Genes y sus Leyes. El derecho ante el Genoma Humano*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- , «Investigação e Terapia com Células-Mãe Embrionárias. Qual Regulamento Jurídico para a Europa?», in *Bioética e o Novo Código Civil de 2002*, AA. VV. (MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ – BRUNO TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, coord.), DelRey, Belo Horizonte, 2004, pp. 142-154.
- , «Ethical, legal and Social Issues Related to Cell Therapy», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 28, Julio-Diciembre 2008, pp. 141-158.
- CASADO, CARLOS MARIA ROMEO, *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, Centro de Estudios Ramón-Areces, Madrid, 1999.
- COSTA, JOSÉ F. DE FARIA, «O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações “perigosas”», in *Studi in Onore di Giorgio Marinucci, I: Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Política Criminale*, a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, Pubblicazioni dell'Instituto di Diritto Penale e Processuale Penale, 37, Milano: Milano, Editore, 2006, pp. 197 e ss., (*ed ut in Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número Extraordinario, organizado por AGUSTÍN JORGE BARREIRO e dedicado ao tema «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI», Madrid, BOE, 2006, pp. 107 e ss.
- , «Poder e Direito Penal», In: *Reflexões. Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, Ano 1, n.º 1, 2006, pp. 291 e ss. (*ed ut in RLJ*, Ano 136, N.º 3942 (Jan.-Fev. 2007), Coimbra, p. 151 e ss.
- , «A globalização e o tráfico de seres humanos (o pêndulo trágico da história e o direito penal)», *RLJ*, Ano 136, N.º 3944, Mai.-Jun. 2007, Coimbra, pp. 258 e ss.
- , «Bioética e Direito Penal (Reflexões possíveis em tempos de incerteza)», in *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. I*, BFDUC, Coimbra, 2009 (publ. 2010), pp. 109 e ss *ed ut O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana* (JOSÉ DE FARIA COSTA - URS KINDHÄUSER, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 91-110.
- , «Reflexões (In)tempestivas sobre a Qualidade e Ética Médicas (ou Pedacos de Nós repartidos entre Qualidade e Ética Médicas)», *Revista da FDULP*, Vol. 2 – N.º 2 (2013), pp. 2-14.

- CURADO, MANUEL, *Direito Biomédico – Colectânea de Legislação e Outros Documentos*, Quid Juris, Lisboa, 2008.
- CURADO, MANUEL – OLIVEIRA, NUNO, *Pessoas Transparentes – Questões Actuais de Bioética*, Almedina - Fora de Coleção, Coimbra, 2011.
- DANTAS, EDUARDO, «Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico-paciente», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 4, N.º 8, 2007.
- , «O “consentimento presumido”, a autonomia relativa e as inovações da lei de transplantes brasileira», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, N.º 12, 2009.
- DEUTSCH, ERWIN, «The Protection of the Person in Medical Research – As exemplified by the International and German Law», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 4, N.º 8, 2007.
- DURAND, GUY, *La bioéthique: nature, principes, enjeux*, Éditions du Cerf, Paris, 1989.
- , *Introduction générale à la bioéthique: histoire, concepts et outils*, Éditions du Cerf, Paris, 1999.
- DWORKIN, RONALD, *Life's Dominion – An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Knopf, New York, 1993.
- , «Do We Have a Right to Die?», in *Last Rights, Assisted Suicide and Euthanasia Debated* (Michael M. Uhlmann, coord.), Ethics and Public Policy Center, Washington D. C., 1998.
- ENGELHARDT JR., H. TRISTRAM, *Mind-Body: a categorial relation*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973.
- , *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, 1996.
- , «O aborto: discussões morais nas raízes da bioética», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento - Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 81-108.
- EVERS, KATHINKA, «Uma Nova Visão do Cérebro: o Aparecimento da Neuroética», *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO – NUNO OLIVEIRA, org.), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 77-91.
- FERRAJOLI, LUIGI, «A questão do embrião entre o direito e a moral», *RMP*, Abr.-Jun. 2003, N.º 94, pp. 9-30.
- FERREIRA, NUNO, «A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 3, N.º 6, 2006.
- FERREIRA, VALTER PINTO, «Os problemas inerentes à regulamentação da eutanásia», *Scientia Iuridica*, t. LXII, N.º 331 – Jan.-Abr. 2013, pp. 145-173.
- GALVÃO, PEDRO, *Ética com Razões*, Fundação Francisco Manuel dos Santos – Ensaios da Fundação, Lisboa, 2015.
- GIUDICELLI, A., *Génétique Humaine et Droit. A la redécouverte de l'homme*, Thèse, Poitiers, 1993.

- , «Le droit penal de la bioéthique», *Les Petits Affiches*, N.º 149, 1994, pp. 79 ss.
- GOLDIM, JOSÉ ROBERTO, «Bioética e Complexidade», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 105-120.
- GOMES, CARLOS COSTA, *O Pensamento Bioético de Daniel Serrão – Génese e Fio Condutor*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2013.
- GOMES, JOAQUIM A. CORREIA, «Os Novos Desafios da Bioética e do Biodireito - Ou o que resta da Ética (?!!)», *Julgar*, N.º 4 - 2008, pp. 119-131.
- HOTTOIS, GILBERT, *O Paradigma Bioético: uma Ética para a Tecnociência*, Ed. Salamandra, Lisboa, 1990.
- , *Aux fondements d'une éthique contemporaine. H. Jonas et H. T. Engelhardt*, Vrin, Paris, 1990.
- KEMP, PETER, «L'éthique du corps propre. L'expérience de l'irremplaçable comme fondement de l'éthique et du droit» (Communication présentée à L'Institut Catholique à Paris, 20 Novembre, 1994, et au Tanigushi Symposium, 1995), *Revue Internationale de Philosophie Moderne, Acta institutionis philosophiae et aestheticae*, Centre International pour Étude Comparée de Philosophie et d'Esthétique, Tokyo, Japan, Vol. 14, 1996, pp. 65-79.
- , «L'intégrité», in *From Ethics to Biolaw/De l'éthique ao biodroit*, Centre for Ethics and Law, University of Copenhagen, 1998, pp. 39 ss.
- , «L'intégrité de l'être incarné», in M. M. Olivetti (a cura di): *L'incarnation*, Biblioteca dell'Archivio di Filosofia", Cedam, Padova, 1999, pp. 307-322.
- , «Quatre principes éthiques», in Imamichi, T. (Ed.): *Revue Internationale de Philosophie Moderne, Acta institutionis philosophiae et aestheticae*, Centre International pour Étude Comparée de Philosophie et d'Esthétique, Tokyo, Japan, Vol. 17, 1999, pp. 45-55.
- , «Four Ethical Principles» in Biolaw», In *Bioethics and Biolaw, Vol. II, Four Ethical Principles*, ed. Peter Kemp, Jacob Rendtorff and Niels Mattsson Johanssen, Copenhagen: Rhodos International Science and Art Publishers and Centre for Ethics and Law, 2000, pp. 13-22.
- , *Le discours bioéthique* (sous la dir.), Collection Recherches Morales, Cerf, Paris, 2004.
- LIMA, ANTÓNIO, *Bioética e Antropologia*, Gráfica Coimbra, Coimbra, 2004.
- LOBO-ANTUNES, JOÃO, *O Eco Silencioso - Ensaios*, Gradiva, Lisboa, 2008.
- , «O Dever Esquecido», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 261-278.
- , «Medicina e Direito – Intersecções», *Tribunal da Relação de Lisboa – Uma Casa de Justiça com Rosto*, Lisboa, 2010, pp. 201-210.
- , «Porque o cérebro é diferente», *Inquietação Interminável*, Gradiva, Lisboa, 2010, pp. 199-222.
- , *A Nova Medicina*, Fundação Francisco Manuel dos Santos – Ensaios da Fundação, Lisboa, 2012.
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS G., «O direito à identidade genética do ser humano», in: *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica* 40, Coimbra, 1999, pp. 263-389.

- , «The Kemp Principles: A Bio-Legal Perspective», In *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolan, Vol. II, Partners' Research. Report to the European Commission of the BIOMED-II Project*, ed. Jacob Dahl Rendtorff and Peter Kemp, Guissona (Catalunya), Spain: Centre for Ethics and Law (Copenhagen) and Institute Borja de Bioethica (Barcelona), 2000, pp. 65-77.
- , «Protocolo Adicional - Comentários Finais», in *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 171-203.
- , «Células estaminais», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 2, N.º 4, 2004, pp. 11-26.
- , «Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida», *BFDUC*, Ano 80 2004, Coimbra, pp. 137-183.
- , «Pessoa e doença mental», *BFDUC*, Ano 81, 2005, Coimbra, pp. 145-187.
- , «Dignidade e direitos do embrião», *Cadernos de Bioética – Revista Portuguesa de Bioética* 16 (2005/39), pp. 369-404.
- , «Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 3, N.º 6, 2006, pp. 5-48.
- , «Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito», *Revista Portuguesa de Bioética* (2007/3), pp. 263-280.
- , «Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito -II », *Revista Portuguesa de Bioética* (2008/4), pp. 37-83.
- , «“O nosso pai é o dador n.º xxx”: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 7, N.º 13, 2010.
- , «Adeus a Delfos? Saber, não saber e medicina preditiva», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 8, N.º 15, 2011, pp. 5-28.
- , «Bios, Tempo(s) e Mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011 *ed ut Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV (MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica n.º 101 Ad Honorem*, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 479-514.
- , «Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação – Tópicos em torno da maternidade de substituição», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 1387-1430.
- MARTINS-COSTA, JUDITH, «Bioética e dignidade da pessoa humana rumo à construção do biodireito», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 87-110.
- MATEO, RAMON MARTIN, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- MELO, HELENA PEREIRA DE, «O estatuto jurídico do embrião de iure condendo», *Brotéria*, Vol. 148 (1999), pp. 549-564.
- , «Alguns aspectos do estatuto jurídico do embrião gerado *in vitro* e não implantado», *Brotéria*, Vol. 149 (1999).

- , «Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas», in *Genética e Reprodução Humana*, Col. Bioética Hoje I (RUI NUNES - HELENA PEREIRA DE MELO, coord.), Serviço de Bioética e Ética Médica – Fac. Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2000.
- , «O embrião e o direito», *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Gráfica de Coimbra (RUI NUNES e HELENA PEREIRA DE MELO, coord.), Coimbra, 2001, pp. 157-188.
- , «O Diagnóstico Pré-Implantatório e os Direitos das gerações Futuras», in *Genoma e Dignidade Humana*, Col. Bioética Hoje V (RUI NUNES - HELENA PEREIRA DE MELO – CRISTINA NUNES, coord.), Serviço de Bioética e Ética Médica – Fac. Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 155-204.
- , «Direito a morrer com dignidade», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 3, N.º 6, 2006.
- , *Implicações Jurídicas do Projecto do Genoma Humano. Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid?*, I, Colectânea Bioética Hoje, N.º 14, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2007.
- , *Manual de Biodireito*, Almedina Ed., Coimbra, 2008.
- , «O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo (FERNANDO ALVES CORREIA - JÓNATAS M. MACHADO - JOÃO CARLOS LOUREIRO, coord.) *Studia Iuridica* n.º 104, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 515-544.
- MELO, HELENA PEREIRA DE – NUNES, RUI, *Testamento Vital*, Almedina – Univ. Nova, Coimbra, 2011.
- MINAHIM, MARIA AUXILIADORA, «Função do direito na disciplina da pesquisa e prática biomédicas», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 153-162.
- MOTA, JOSÉ LUÍS, «Condução sob influência de álcool: detenção em flagrante delito e exame de contraprova», *RMP*, Out.-Dez. 1992, N.º 52, pp. 71-80.
- MOUNCE, N. H. - PENDLETON, O. J., «The Relationship Between Blood Alcohol Concentration and Crash responsibility for Fatally Injured Drivers», in *Accident Analysis and Prevention*, 24, 1999, pp. 201-210.
- NEIRINCK, CLAIRE, *De la Bioéthique au Bio-Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994.
- NEVES, MARIA DO CÉU PATRÃO – OSSWALD, WALTER, *Bioética Simples*, Verbo, Lisboa, 2007.
- NEVES, MARIA DO CÉU PATRÃO, «A Bioética de Ontem, Hoje e Amanhã – Interpretação de um Percurso», in *Novos Desafios à Bioética* (LUÍS ARCHER- JORGE BISCAIA, WALTER OSSWALD e MICHEL RENAUD, coord.), Porto Editora, Porto, 2001, pp. 20-30.
- , «Bioética e bioéticas», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra,

- 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 285-308.
- , «Bioética e Complexidade», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 131 a 150.
- NYS, HERMAN, «La Convención Europea de Bioética: objetivos, principios rectores y posibles limitaciones», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 12, 2000, pp. 67-90.
- NUNES, RUI MANUEL LOPES, «Dimensão ética da abordagem do doente terminal», *Cadernos de Bioética*, 5 (1993), pp. 13-48.
- , *Bioética e Deontologia Profissional*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2002.
- , «Informação genética pessoal e informação de saúde», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 299-316.
- , *Bioética*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2010.
- , *GeneÉtica*, Almedina, Coimbra, 2013.
- NUNES, RUI - MELO, HELENA PEREIRA DE, «Genetic testing in the workplace: medical, ethical and legal issues», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 13, 2000, pp. 119-144.
- , *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2001.
- NUNES, RUI - DUARTE, IVONE - REGO, GUILHERMINA, *Eutanásia e Outras Questões Éticas no Fim da Vida*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2009.
- OLIVEIRA, NUNO PINTO, «O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 8*, N.º 15, 2011, pp. 29-34.
- OLIVEIRA, PATRÍCIA D. ALEXANDRA, «Terapia genética somática e germinal terapêutica no âmbito da ordem jurídico-penal», in *Direito Penal Hoje – Novos desafios e novas respostas* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e RITA CASTANHEIRA NEVES, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 263-290.
- OSSWALD, WALTER, «Hello Dolly, Hans Jonas e seis caveats», *Brotéria*, Vol. 144, 1997, pp. 581-584.
- , «Já agora, a biopolítica», *Brotéria*, Vol. 153, 2001, pp. 945-974.
- , «Que futuro para as células estaminais?», *Brotéria*, Vol. 157, 2003, pp. 7-20.
- , *Um fão de ética*, 2.^a ed., Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2004.
- , «Uma declaração universal de bioética», *Brotéria*, Vol. 161, 2005, pp. 7-16.
- , «Toda a verdade ao doente», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 317-322.
- , «Para além do espelho: Imagens e argumentos a propósito da clonagem», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 569-578.
- , «Limites do consentimento informado», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 151 a 160.
- , «Uma reflexão ética sobre cuidados de saúde mental», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 161 a 170.
- , *Sobre a Morte e o Morrer*, Ensaios da Fundação – FFMS, Lisboa, 2013.

- , *Morte a pedido - O que pensar da eutanásia*, Universidade Católica Ed., Lisboa, 2016.
- PALAZANNI, LAURA, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, G. Gioappichelli, Turim, 1996.
- RAPOSO, MÁRIO, «Bioética e Biodireito», *RMP*, Jan.-Mar. 1991, N.º 45, pp. 21-44.
- RENAUD, MICHEL, «A dignidade do ser humano como fundamentação ética dos Direitos do Homem», *Brotéria*, Vol. 148 (1999), pp. 135-154.
- , «A dignidade do ser humano como fundamentação ética dos Direitos do Homem - II», *Brotéria*, Vol. 148 (1999), pp. 423-438.
- , «A ética da vida face à globalização», *Brotéria*, Vol. 150 (2000) pp. 469-486.
- , «Análise filosófica acerca do embrião humano», *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Gráfica de Coimbra (RUI NUNES e HELENA PEREIRA DE MELO, coord.), Coimbra, 2001, pp. 139-154.
- , «A ética dos direitos humanos e a secularização da moral», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 201-212.
- RENDTORFF, JACOB DAHL - KEMP, PETER, *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw, Vol. I, Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability. Report to the European Commission of the BIOMED-II Project*, Guissona (Catalunya), Spain: Centre for Ethics and Law (Copenhagen) and Institute Borja de Bioethica (Barcelona), 2000.
- ROCHA, MANUEL A. LOPES, «Bioética e nascimento – O diagnóstico pré-natal – Perspectiva jurídico-penal», *ROA*, Ano 51, II, Julho 1991, pp. 477-507.
- SARDA, FRANÇOIS, *Le droit de vivre, le droit de mourir*, Seuil, Paris, 1975.
- SERRÃO, DANIEL, «O delito do corpo. Análise de um arqueobiologista», *Revista Portuguesa de Psicanálise*, 15, 1996, pp. 17-25.
- , «O genoma humano: personalidade humana e sociedade do futuro», *Brotéria*, Vol. 146 (1998), pp. 595-600.
- , «A dignidade da pessoa em processo de morte», *Brotéria*, Vol. 148 (1999), pp. 580 ss.
- , «Comentário ao artigo 1.º Objectivo e Finalidade», *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 19-26.
- , «After Potter, que futuro para a bioética global», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 255-260.
- , «O clone humano», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 271-281.
- , «Os desafios contemporâneos da genética», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 369-380.
- , «A Anencefalia e o Suporte Biológico do Espírito», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 225-258.

- , «Aconselhamento Ético», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 259-269.
- , «A Natureza Humana: Obsoleta ou Civilizada?», *Revista Portuguesa de Filosofia*, Vol. 68, Fasc. 3, 2012, pp. 483-504.
- SGRECCIA, ELIO, «A Dignidade da Pessoa Humana na Bioética de Inspiração Católica», *Cadernos de Bioética*, n.º 32, Centro de Estudos de Bioética, Coimbra, Agosto de 2003, pp. 97-109.
- , *Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica*, Principia Editora, Lisboa, 2009.
- SILVA, JOÃO RIBEIRO DA, «A ética e a evolução das sociedades», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 111-120.
- SILVA, PAULA MARTINHO DA, «A Bioética, o direito e um breve resumo sobre o quadro legislativo português», *RMP*, Jul.-Set. 1990, N.º 43, pp. 163-168.
- , *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, Edição Cosmos, Lisboa, 1997.
- , «O impacto da bioética num mundo em mudança», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 255-260.
- , «Parecer n.º 52/CNECV/2007 - Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o “Regime Jurídico da base de Dados de Perfis de A.D.N.”», Junho de 2007», *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 37-47.
- SIMON, JÜRGEN, «La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 13, 2000, pp. 25-42.
- SIMONEL, M. JÉRÔME, «De quelques aspects actuels des rapports entre la science et le droit», *Journal International de Bioéthique*, Vol. 15, (Jan.-Set. 2004), pp. 19-36.
- SINGER, PETER, *Practical Ethics*, Cambridge University Press, 1993.
- , *Ética Prática* (trad. do original inglês por Álvaro Augusto Fernandes), 2.^a ed., Gradiva, Lisboa, 2002.
- , *Rethinking Life and Death: The Collapse of our Traditional Ethics*, St. Martin's Press (2.^a ed.), 1996.
- , *Writings on an Ethical Life*, Ecco, New York, 2000.
- , *Libertação Animal*, ViaOptima, Oficina Editorial, Ld.^a, Porto, 2000.
- , «Ética para um só mundo», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 701-714.
- SOROMENHO-MARQUES, VIRIATO, «A bioética e o desafio da pós-humanidade: seis teses críticas», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 99-110.

- VARNER, GARY, «Animals», *Life Science Ethics* (Gary L. Comstock), Iowa State University Press, Ames, 2002, pp. 141-168.
- , «A Ética e o Ambiente» [«Ethics and the Environment», trad. de Vanda Alves Monteiro e Humberto D. Rosa], in Humberto D. Rosa, ed., *Bioética para as Ciências Naturais* [*Bioethics for the Natural Sciences*], Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Lisboa, Portugal 2004, pp. 161-180.
- , «Environmental Ethics and the Place of Animals,» in Tom Beauchamp and Raymond Frey, eds., *Handbook on Ethics and Animals*, Oxford University Press, 2011, pp. 855-876.
- , *Personhood, Ethics, and Animal Cognition: Situating Animals in the Two-Level Utilitarianism of R.M. Hare*, Oxford University Press, 2012.
- WOJTYLA, KAROL, *I fondamenti dell'ordine etico*, C.S.E.O., Bolonha, 1989.

Comportamento criminoso

- ALMEIDA, CARLOTA PIZARRO, «Acumulação e catástrofe», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 203-212.
- AGRA, CÂNDIDO DA, «Adolescência, comportamento desviante e auto-organizado: modelode psicologia epistemanalítica», *Cadernos de Consulta Psicológica*, 2, pp. 81-87, 1986.
- , «Sujet autopoïétique et transgression», *Acteur social et Délinquance - Hommage à Christian Debuyst*, Pierre Mardaga Ed., Bruxelas, 1990.
- , *Entre Droga e Crime*, Casa das Letras, Porto, 2008.
- , *A Criminologia – Um Arquipélago Interdisciplinar*, Univ. Porto Editorial, Porto, 2012.
- AGRA, CÂNDIDO DA – KUHN, ANDRÉ, *Somos todos criminosos – Pequena Introdução à Criminologia e ao Direito das Sanções*, Casa das Letras, Porto, 2010.
- BARRA DA COSTA, JOSÉ M., *Práticas Delinquentes. De uma criminologia do anormal a uma antropologia da marginalidade*, Ed. Colibri, Lisboa, 1999.
- , «Contribuição para a Construção do Perfil do Terrorista Português», *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 460-470.
- , *Perfis Psicocriminais. Do Estripador de Lisboa ao Profiler*, Pactor, Lisboa, 2013.
- CORREIA, MENDES, *Os criminosos portugueses: estudos de antropologia criminal*, Imprensa Portuguesa, Porto, 1913.
- COSTA, J. E. PINTO DA – SOUSA, MARIA JOSÉ CARNEIRO DE, «Dimensão Humana do Crime», *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, N.º 13 – 2008, pp. 79-91.
- COSTA, J. E. PINTO DA, «O direito e a dimensão mental da pessoa humana no tempo e no espaço», *RFDUP*, Ano 3 (2006), pp. 485-503.

Bibliografia

- CRUZ, JOSÉ NEVES, «A Biologia e crime de colarinho branco», *Infrações Económicas e Financeiras – Estudos de Criminologia e Direito*, (JOSÉ NEVES CRUZ, CARLA CARDOSO, ANDRÉ LAMAS LEITE, RITA FARIA, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 67-76.
- CUNHA, M. I., «Race, crime and criminal justice in Portugal», In A. Kalunta-Crumpton (ed.), *Race, Crime and Criminal Justice: International Perspectives*, Palgrave MacMillan, New York, 2010, pp. 144-161.
- DENNO, D. W., *Biology and Violence; from birth to adulthood*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- FERREIRA, VÍTOR SÉRGIO, *Marcas que demarcam. Tatuagem, body piercing e culturas juvenis*, Instituto de Ciências Sociais, Lisboa, 2008.
- FREIRE, BASÍLIO, *Os degenerados. Estudos de anthropologia pathologica*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1886.
- , *Os criminosos. Estudos de anthropologia pathologica*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1889.
- GARRIDO, VICENTE, *Cara a cara con el psicópata*, Ariel, Barcelona, 2004.
- KONVALINA-SIMAS, TÂNIA, *Profiling Criminal. Introdução à Análise Comportamental no Contexto Investigativo*, Rei dos Livros, Lisboa, 2012.
- LOMBROSO, CESARE, *L'Homme Criminel*, (2.^{ème} Ed. française traduite de la 5.^{ème} édition italienne), Félix Alcan Ed., Paris, 1895.
- MAIA, LUÍS – AZEVEDO, JULIETA, «Crimes Rituais em Portugal», *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 271-287.
- MATOS, JÚLIO DE, *Os alienados nos tribunais*, 3 vols., Liv. Editora Tavares Cardoso e Irmão, Lisboa, 1902, ed. ut Livraria Clássica, Editora, Lisboa, 1907.
- MENDONÇA, ALICE, «Perfil do Assaltante Português», *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 429-437.
- MORGADO, IGNASI, *Psicobiologia: de los genes a la cognición y el comportamiento*, Ariel, Barcelona, 2005.
- PERIS RIERA, JAIME M., «Condicionantes genéticos y responsabilidad penal ¿hacia un renacimiento de los planteamientos deterministas fundadores de la culpabilidad?», *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir* (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 93-108.
- PETHERICK, WAYNE - FERGUSON, CLAIRE, «Criminal Profiling: Behavioural Consistency, the Homology Assumption and Case Linkage» *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 227-241.

- PINA, LUÍS DE, «A orelha nos criminosos portugueses: índice auricular», Sep. *Arquivo da Repartição de Antropologia Criminal, Psicologia Experimental e Identificação Civil do Porto*, 1, 1931, pp. 219-222.
- , «A investigação biológica criminal no Porto», Sep. *Arquivo da Repartição de Antropologia criminal, Psicologia Experimental e Identificação Civil do Porto*, 1, 1931, pp. 245-254.
- , «A Antropologia Criminal em Portugal: Síntese histórica», *Congresso do Mundo Português*, 1940, pp. 679-708.
- , *Doutrinas criminológicas e sistemas carcerários em Portugal. Aspectos histórico-críticos*, in Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia, Ministério da Justiça, Lisboa, 19, 1966, pp. 39-107.
- PINCUS, JONATHAN, *Instintos básicos: por qué matan los asesinos?*, Oberon, Madrid, 2003
- QUEIRÓS, CRISTINA, «A importância das abordagens biológicas no estudo do crime», *RMP*, Jan.-Mar. 1997, N.º 69, pp. 37-53.
- REBOCHO, MARIA FRANCISCA, *Caracterização do Violador Português – Um Estudo Exploratório*, Almedina, Coimbra, 2007.
- SILVA, LÚCIO CRAVEIRO DA, «Fim de milénio e princípio de milénio. Algumas reflexões apenas...», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 150, 2000, pp. 109-134.
- STRUENSEE, EBERHARD, «Crimes de Posse», *Liberdades* (publicação oficial do IBCCRIM), N.º 12, janeiro-abril 2013, pp. 55-69 (acessível em http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf; acedido em 17-11-2013).
- VIEIRA, FRANCISCO MARQUES, *Direito Penal Rodoviário – Os Crimes dos Condutores*, Pub. Universidade Católica, Porto, 2007.
- VIEGAS, LUÍS, *Tatuagem dos criminosos*, in *Revista d'Anthropologia Criminal*, vol. 1, Lisboa, 1902, pp. 11-21.

Condição humana

- ARENDT, HANNA, *A Condição Humana*, Relógio d'Água, Lisboa, 2001.
- , *Homens em tempos sombrios*, Relógio d'Água, Lisboa, 1991.
- CHARDIN, PIERRE TEILLARD DE, *O Fenómeno Humano*, Livraria Tavares Martins, 16.º vol. Porto, 1997.
- DALAI LAMA - CARRIÈRE, JEAN-CLAUDE, *A força do Budismo*, Mandarim, São Paulo, 1996.
- FUKUYAMA, FRANCIS, *O nosso Futuro Pós Humano: Consequências da Revolução Biotecnológica*, Quetzal Editores, Lisboa, 2002.
- GANDHI, MOHANDAS K. (MAHATMA), *Preceitos de Vida*, Ed. Pergaminho, Lisboa, 1999.

Bibliografia

- HARAWAY, DONNA - KUNZRU, HARI, *Antropologia do Ciborgue – As vertigens do pós-humano* (TOMAZ TADEU org. e trad.), Autêntica Editora – 2.^a ed., Belo Horizonte, 2000.
- MORAVIA, SERGIO, *L'enigma dell'esistenza. Soggetto, morale, passioni nell'età del disincanto*, Feltrinelli, Milano, 1996.
- MORIN, EDGAR, *O Homem e a Morte*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 2.^a ed., 1976.
- , *As grandes questões do nosso tempo*, Lisboa, Editorial Notícias, 1992.
- , *O Paradigma Perdido. A Natureza Humana*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 2000.
- OLIVEIRA, ALEXANDRA, *As vendedoras de ilusões – Estudo sobre prostituição, alterne e striptease*, Editorial Notícias, Lisboa, 2004.
- , *Andar na vida- Prostituição de rua e reação social*, Almedina, Coimbra, 2011.
- PIRES, JOSÉ CARDOSO, *De profundis, valsa lenta* (7.^a ed.), Dom Quixote, Lisboa, 1997.
- SERRÃO, DANIEL, «A Natureza Humana: Obsoleta ou Civilizada?», in *Revista Portuguesa de Filosofia*, Vol. 68, Fasc. 3, 2012, pp. 483-504.
- SUPIOT, ALAIN, *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- TWAIN, MARK, *What is Man?*, Book Tree, San Diego, 2007.
- YOUNGNER, STUART J., «A Chegada da Vida e da Morte: o que nos Dizem de Uma e de Outra e de Nós Próprios», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 109-118.
- ZUBIRI, XAVIER, «El hombre y su cuerpo», *Salesianum*, Anno XXXVI, N.º 3, 1974, pp. 479-486 (consultável em <http://www.zubiri.org/works/spanishworks/hombrecuerpo.htm>)
- , *El Hombre y Dios*, Alianza Editorial, S. A. (3.^a ed.), Madrid, 1985.
- , *Sobre el Hombre*, Alianza Editorial, S. A. (3.^a ed.), Madrid, 2007.

Corpo

- AAS, KATJA FRANKO, «“The body does not lie”: identity, risk and trust in technoculture», *Crime, Media, Culture*, 2 (2), 2006, pp. 143-158.
- ABREU, LAURA DUTRA, «Transexualismo: um olhar sobre a Cirurgia de Redesignação de Sexo e seus Reflexos Jurídicos», *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (DIOGO LEITE DE CAMPOS, coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 123-146.
- ALBUQUERQUE, AFONSO DE, «Imagem e Identidade», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 9-24.

- ALHO, LAURA - SOARES, SANDRA - OLSSON, MATS - SILVA, CARLOS, «Testemunho olfativo: potencialidades dos odores corporais na investigação criminal», *Investigação Criminal* (Revista semestral da ASFIC), N.º 5, 2013.
- ALHO, LAURA - SOARES, SANDRA C. - SILVA, CARLOS F., «O Cheiro do Crime: o Papel do Olfato na Investigação Criminal», *Profiling, Vitimologia & Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 205-214.
- ALVES, RUBEM, «O Corpo e as Palavras», *Conversando sobre o Corpo* (BRUHNS, H., org.), 5.^a ed., Papyrus, Campinas, 1994.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «O aborto como problema de política criminal», *ROA*, N.º 39, Maio-Agosto 1979.
- ANDRÉ, J. MARIA, «As Artes do Corpo e o Corpo como Arte», in *Philosophica*, 19/20 (2002), pp. 7-26.
- ANDREWS, LORI B., «My Body, my Property», *Hastings Centre Report*, 1986.
- ANDREWS, LORI B. - NELKIN, DOROTHY, *Body Bazaar: The Market for Human Tissue in the Biotechnology Age*, Crown Publishers, 2001.
- ANTONELLI, MARIO, *Alla ricerca del corpo perduto: un invito alla riflessione*, Àncora, Milano, 2004.
- ARNOUX, IRMA, «The Legal Status of the Body in French Law», *Working Papers, Biolaw in Europe*, Vol I, Centre for Ethics and Law, Copenhagen 1996.
- , *Les Droits de l'Être Humain sur son Corps*, Presse Universitaire de Bordeaux – Pessac, 2003.
- ARSUAGA, JUAN LUIS, *O colar do Neandertal: em busca dos primeiros pensadores*, Gradiva, Lisboa, 2007.
- ASIMOV, ISAAC, *O Corpo Humano – Sua Estrutura e Funcionamento*, Hemus Editora, São Paulo, 2002.
- ATLAN, HENRI, «Personne, espèce, humanité ?», *Patrimoine génétique et droits de l'humanité : vers un anti-destin?*, (F. CROS e G. HUBER, ed.), Odile Jacob, Paris, 1992, pp. 52-63.
- AUGÉ, MARC, *Não lugares: introdução a uma antropologia da sobremodernidade*, Bertrand Ed., Venda Nova, 1994.
- , «Indivíduos sem filiação», in *Le clonage humain* (ATLAN H., AUGÉ, M., DELMAS-MARTY, M., DROIT, R.P., FRESCO, N.), Ed. Seuil, Paris, 1999, pp. 17 ss *ed. ut.* «Possibilidades biológicas, impossibilidades sociais», *Clonagem Humana* - HENRI ATLAN, MARCA AUGÉ, MIREILLE DELMAS-MARTY, ROGER-POL DROIT, NADINE FRESCO (trad de Sandro Patrício Gama Nóbrega e Revisão por Luís A. F. C. Umbelino e Teresa Marques Pedreiro), Quarteto, Lisboa, 2001, pp. 119-132.
- BAKER, LYNNE RUDDER, *Persons and Bodies. A Constitution View*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Bibliografia

- BASTOS, ÁLVARO TEIXEIRA, *A tatuagem nos criminosos. Estudo feito no Posto Anthropometrico da Cadeia da relação do Porto*, Typ. de Arthur José de Souza e Irmão, 1903.
- BAUD, JEAN-PIERRE, *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*, Seuil, Paris, 1993.
- BAUMAN, ZIGMUNT, *Life in Fragments - Essays in Post-modern Morality*, Blackwell, Oxford UK - Cambridge USA, 1995.
- BENANTI, PAOLO, *The Cyborg: corpo e corporeità nell'epoca del post-umano*, Cittadella, Padova, 2012.
- BERGEL, SALVADOR DARIO, «Bioética, corpo e mercado», *Revista Juridica de Buenos Aires*, 2006, pp. 48-63.
- , «Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 35 - 2011, pp. 67-100 (acessível em <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/35doctrina2.pdf>, acedido em 03-05-2013).
- BERNARD, JEAN - DAUSSET, JEAN, *La Mosaïque humaine*, Ed. Calmann-Lévy, 2000.
- BLOCH, GEORGE, *Body & Self. Elements of Human Biology, Behavior and Health*, William Kaufman Inc., Los Altos, California, 1985.
- BORGES, ANSELMO, *Corpo e Transcendência*, Almedina, Coimbra, 2011.
- BRANCO, JORGE DE FREITAS, «Deformações corporais», in *Estrada Viva? Aspectos da Motorização na Sociedade Portuguesa* (JORGE DE FREITAS BRANCO e MANUEL JOÃO RAMOS, org.), Assírio & Alvim, Lisboa 2003, pp. 51-66.
- BRAUNSTEIN, FLORENCE - PÉPIN, JEAN-FRANÇOIS, *O Lugar do Corpo na Cultura Ocidental*, Instituto Piaget Ed., Lisboa, 2001.
- BRETON, DAVID LE, *Corps et Sociétés*, Librairie des Méridiens, Paris, 1985.
- , *Anthropologie du Corps et Modernité*, PUF, Paris, 1990.
- , *L'Adieu au Corps*, Éd. Métailié, Paris, 1999.
- , *La sociología del cuerpo*, Nueva Visión, Buenos Aires. 2002.
- BROOKS, RODNEY A., *Cuerpos y máquinas: de los robots humanos a los hombres robots*, Ediciones B, Barcelona, 2003.
- BROWN, PETER, *Il corpo e la società: uomini, donne e astinenza sessuale nel primo cristianesimo*, Einaudi, Torino, 1989.
- BRUNO, PAULA, *Registo de Incidentes e Efeitos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal – o Erro em Medicina*, Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- CAMPBELL, KEITH, *Body and Mind*, Macmillian, Un. Michigan, 1971.
- CANON, W. B., *The wisdom of the body*, Norton, N. York, 1932.
- CARONIA, ANTONIO, *Il corpo virtuale*, Muzzio, Padova, 1996.

- CECCARELLI, PAULO ROBERTO, «Uma Breve História do Corpo», in *Corpo, Alteridade e Sintoma: diversidade e compreensão* (ELAINE LANGE e LEILA TARDIVO, org.), Vetor, São Paulo, 2011, pp. 15-34.
- CHICHORRO, MARIA MANUELA RAMALHO SOUSA - GASPAR, CÁTIA MARISA, *A valoração do dano corporal*, Almedina, Coimbra, 2012.
- CHIMIRRI, GIOVANNI, *Psicologia del Corpo – Materialità, Spiritualità e Moralità dell’uomo*, Armando Editore, Roma, 2004
- COIMBRA, NUNO SÁ, *Être médecin des deux espaces-temps*, NVA Ed., Neuilly – Plaisance, 2008.
- , *Corpo, memória e consciência – Diálogo em torno de uma nova medicina*, Pagine d’Arte, Lugano, 2009.
- COMBI, MARIELLA, *Corpo e tecnologia*, Meltemi Editore, Roma, 2000.
- CLAUDEL, PAUL, *Du corps à l’esprit*, Desclée de Brouwer, Paris, 1989.
- CORTE-REAL, FRANCISCO, «O estado anterior na avaliação do dano corporal de natureza cível», *Temas de Medicina Legal*, Ed. Centro de Estudos de Pós-Graduação em Medicina Legal, Coimbra, 1998, pp. 163-172.
- COSTA, EDUARDO MAIA, «Obrigatoriedade do uso de cinto de segurança - Constitucionalidade», *RMP*, N.º 27, Jul.-Set. 1986, pp. 99-102.
- COSTA, JOSÉ F. DE FARIA, «Vida e morte em direito penal (esqu coasto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Janeiro-Junho 2004, pp. 171-196.
- , «À qui appartient le cadavre: quelques réflexions (in)opportunes», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 59-67.
- , «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens* enquanto corpo-próprio, com o direito penal)», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 69-91.
- , «O fim da vida e o direito penal», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 105-162.
- COSTA, PALMIRA FONTES DA, *O Corpo Insólito, Dissertações sobre Monstros no Portugal do Século XVIII*, Porto Ed., Porto, 2005.
- CRESPO, JORGE, *A História do Corpo*, Difel, Lisboa, 1990.
- , «A Construção do corpo do outro (séc. XV-XVI)», *Arquivos da Memória*, N.º 1, Lisboa, 1990, pp. 1-13.
- , «A Civilização do Corpo», *Comentário - Revista de Ciências Sociais e Humanas*, n.º 2, Núcleo Editorial Autónomo da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Fevereiro 2001, Lisboa, pp. 30-35.
- CUNHA, EUGÉNIA, *Como nos Tornámos Humanos*, 2.ª ed., Estado da Arte, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

Bibliografia

- CUNHA, MANUELA, «Corpo recluso», *Corpo Presente - Treze reflexões antropológicas sobre o corpo* (MIGUEL VALE DE ALMEIDA, Org.), Celta Ed., Oeiras, 1996, pp. 72-86.
- CUNHAL, ÁLVARO, *O Aborto – Causas e Soluções*, Campo das Letras, Lisboa, 1997.
- DANTAS, PAULO, *A Intencionalidade do Corpo Próprio*, Instituto Piaget Ed., Lisboa, 2001.
- DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, «El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano», *Diario La Ley*, Ano LXXIV, N.º 39 - 25-02-2010.
- DEKKERS, RENÉ, *Le Corps Humain et le Droit - Journées Belges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XXVI, Dalloz, Paris, 1975.
- DICKENSON, DONNA, *Property in the Body*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- DIERKENS, ROGER, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme* (Préface J. Rostand), Masson, Paris, 1966.
- DIJON, XAVIER, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif* (Préface J. Rigoux), Larcier, Bruxelles, 1982.
- DOLL, PAUL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant de corps humain*, Masson, Paris, 1970.
- DOMAGES, ROGER, *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse, Paris, 1956.
- DUBOIS, PHILIPPE, *Le physique de la personne*, Economica, Col. Droit civil - Études et recherches, Paris, 1986.
- DUNBAR, ROBIN, *História do Homem: uma história da evolução da Humanidade*, Quetzal, Lisboa, 2006.
- EDELMAN, BERNARD, *Nature et Sujet de droits*, Droits, 1985.
- , «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999.
- , *Ni chose ni personne: le corps humain en question*, Hermann (Hermann philosophie), Paris, 2009.
- EDELMAN, BERNARD - HERMITTE, MARIE-ANGÈLE (et al.), *L'homme, la nature le droit*, Christian Bourgois, Paris, 1988.
- ENTRALGO, PEDRO LAIN, *El cuerpo humano. Teoría actual*, Espasa-Universidad, Madrid, 1989.
- , *Alma, cuerpo, persona*. Galaxia Gutenberg, 1997.
- , *O Que é o homem?* (trad. de Anselmo Borges, Daniel Serrão e João Maria André), Ed. Notícias, Lisboa, 2002.
- FERREIRA, NATHALIE ANTUNES - CUNHA, ARMANDO SANTINHO, *Antropologia Forense*, Quid Iuris Ed., Lisboa, 2008.
- FERREIRA, VERGÍLIO, *Invocação ao Meu Corpo*, 3.ª ed., Bertrand Ed., Venda Nova, 1994.

- GALLI, G., *Psicologia del corpo. Fenomenologia ed ermeneutica*, Clueb, Bologna, 1997.
- GARCIA, TERESA AGUILAR, *Cuerpos sin límites – Transgresiones carnales en el arte*, Casimiro, Madrid, 2013.
- GEORGE, ALEXANDRA, *Property in the Human Body and its Parts (Reflections on Self-Determination on Liberal Society)*, EUI Working Paper N.º 2001/8, European Institute Florence, Badia Fiesolana, San Domenico, 2001.
- GEORGEN, ANDRÉ, *Le droit de l'homme sur son corps*, Thèse, Nancy, 1957.
- GIL, JOSÉ, *Metamorfoses do Corpo*, A Regra do Jogo, Lisboa, 1980.
———, *Corpo, Espaço e Poder*, Litoral Edições, Lisboa, 1988.
- GODDARD, JEAN-CHRISTOPHE, *Le corps*, Vrin («Thema»), Paris, 2005.
- GOFF, JACQUES LE – TRUONG, NICHOLAS, *Uma História do Corpo na Idade Média*, Ed. Teorema, Lisboa, 2005.
- GOSWAMI, AMIT, *A Física da Alma*, Aleph, São Paulo, 2005.
- GREINER, CHRISTINE, *O corpo: pistas para estudos indisciplinares*, Annablume, São Paulo, 2005.
- GROMB, SOPHIE, *Le droit de l'experimentation sur l'homme. Droit français, règles supranationales*. Litec, Paris, 1992.
- GUIMARÃES, ANA PAULA, *A pessoa como objecto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN - reflexões à luz da dignidade humana*, Nova Causa – Edições Jurídicas, 2016.
- HARRISON, KEITH, *O Nosso Corpo. O peixe que evoluiu*, Ed. Presença, Lisboa, 2009.
- HERMITTE, MARIE-ANGÈLE, «Le corps humain, hors du commerce, hors du marché», *Archives de Philosophie du Droit*, T. 33, 1988, pp. 322 a 346.
———, *L'Homme, la Nature et le Droit*, Obra coletiva sob a direção de B. EDELMAN e MARIE-ANGÈLE HERMITTE, Christian Bourgois, Paris, 1988.
———, «La commercialisation du corps humain et de ses produits», in *Vocabulaire Encyclopédique de la Bioéthique*, sob a direção de G. Hottois, Université Libre de Bruxelles, 1991.
———, «Consentement et prélèvements d'organes sur cadavres», in *Ethique et Transplantation*, Ed. Cilag, 1994.
———, «Pour une histoire du statut juridique du corps», *Natures, Sciences, Sociétés*, N.º 1-1995.
———, *Le sang et le droit, Essai sur la transfusion sanguine*, Le Seuil, Paris, 1996.
———, «Utopies et génome humain, une approche juridique», in L. Sfez (dir): *L'utopie de la santé parfaite*, PUF, collection La politique éclatée – Actes du Colloque de Cerisy, 11 au 19 juin 1998, 2001.
- HERNÁNDEZ, A. GIL, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 1995.

- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid 1999.
- , «Intervenciones corporales. Jurisprudencia constitucional», *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 1891-1918.
- , «Los escáneres personales en los aeropuertos - Proporcionalidad de los sacrificios», *Estudios Jurídicos*, N.º 2010 (2010) (acessível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4177627> arq.).
- , «Escáneres personales y intimidad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 2 – 2010, pp. 97-114.
- HEUBEL, FRIEDRICH, «Defining the Functional Body and its Parts. A Review of German Law», *Ownership of the Human Body (Philosophical Considerations on the Use of the Human Body and its Parts in Health Care)*, (HENK TEN HAVE – JOS WELIE, ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston – London, 1998, pp. 27-37.
- HIRSCH, ANDREW VON, «Paternalismo directo: auto-lesões devem ser punidas penalmente?», *RBCC*, N.º 67, 2007, pp. 14 e ss.
- HOUSE, LUTHER, «Criminal Procedure – Self-Incrimination – Scientific Tests of Body Substances as Evidence», *Kentucky Law Journal*, Vol. 44, 1955 – 1956, pp. 353- 360.
- HOTTOIS, GILBERT, «Dignité et marché du corps», *Paper at the 2nd International Conference on Bioethics and Biolaw*, organised by Centre for Ethics and Law, Copenhagen, June 1998.
- IWANOWICZ, BÁRBARA, «A imagem e a consciência do corpo», in *Conversando sobre o Corpo*, (BRUHNS, H., org.), 5.ª ed., Papirus, Campinas, 1994.
- JAQUET, CHANTAL, *Le Corps*, PUF («Philosopher»), Paris, 2001.
- JOÃO PAULO II (KAROL WOJTYLA), *Man and Woman He created them – A Theology of the Body*, Pauline Books & Media, 2006.
- JOSSERAND, LOUIS, *La personne humaine dans le commerce juridique*, Dalloz Hebdomadaire, Ch. 1, Paris, 1932.
- KOFES, SUELY, «E sobre o corpo, não é o próprio corpo que fala? Ou, o discurso desse corpo sobre o qual se fala», in *Conversando sobre o Corpo*, BRUHNS, H. (Org.), 5.ª ed., Papirus, Campinas, 1994.
- KUHSE, HELGA, «Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici», *Questione di Bioetica* (STEFANO RODOTÀ coord), Biblioteca Universale Laterza, 1997, pp. 65 ss.
- LABÉE, XAVIER, *La condition juridique du cadavre*, Thèse, Lille, 1981.
- , *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après da mort*, Presse Universitaire de Lille – coll. Sciences juridiques et sociales, Lille, 1990.
- LATOUR, B., «Como falar do corpo? A dimensão normativa dos estudos sobre a ciência», In *Objectos Impuros. Experiências em Estudos sobre a Ciência* (J. A. NUNES - R. ROQUE orgs.), Porto, Afrontamento, 2009, pp. 39-61.
- LEDURE, YVES, *Transcendances: Essai sur Dieu et le corps*, Desclée de Brouwer, Paris, 1989.

- LEITE, CAROLINA, «O corpo sob tutela – Notas breves a propósito do corpo que não se tem», *Comunicação e Sociedade*, Vol. 4, N.º 1, 2002.
- , «Leituras do corpo – em busca de um novo paradigma. Notas de um trabalho em curso», *Pensar radicalmente a Humanidade – Ensaios em homenagem ao Prof. Doutor Acílio Estanqueiro Rocha*, (JOÃO CARDOSO ROSAS – VÍTOR MOURA orgs.), Húmus-Universidade do Minho, V. N. de Famalicão, pp. 145-160.
- LEMENNICIER, BERTRAND, «Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi», *Revue française de théorie juridique - Droits*, Vol. 13, 1991, pp. 111-122.
- LIEBERMAN, DANIEL E., *A História do Corpo Humano – Evolução, saúde e doença*, Temas e Debates - Círculo de Leitores, Lisboa, 2015
- LORA, PABLO DE, «El trasplante de órganos y “el caso del tranvía”: Por qué no confiscamos órganos del cadáver?», *Jueces por la Democracia*, julio 2012, pp. 11-26.
- LOWEN, ALEXANDER, *O Corpo Traído*, Summus, São Paulo, 1979.
- MACIÁ, ANTONIO BORREL, *La persona humana, Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosch, Barcelona, 1954.
- MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, «O Valor do Corpo Humano - Considerações sobre os atos de disposição do próprio corpo e os transplantes de órgãos intervivos», *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (DIOGO LEITE DE CAMPOS, coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 203-220.
- MAGALHÃES, TERESA - CARNEIRO DE SOUSA, M. J. - COSTA, J. PINTO - HAMONET, C., «Les Personnes Handicapées au Portugal. Aspects législatif. Handicaps et Inadaptations», *Les Cahiers do CTNERHI*, 72, 1996, pp. 79-88.
- MAGALHÃES, VASCO PINTO DE, «O Corpo que ressuscita», *O Olhar e o Ver*, Coimbra, 2000, pp. 409-415.
- MARCHETTI, PAOLO, *Testis Contra Se – L'Imputato como Fonte di Prova nel Processo Penale dell'Età Moderna*, Dotti A. Giuffré Editore, Milano, 1994.
- MARGÉNAUD, JEAN-PIERRE, «Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps», *Droits*, 49, 2009, pp. 18-27.
- MATOS, JOSÉ IGREJA DE, «Corpo, Justiça e Reparação», *Scientia Iuridica*, Tomo LIX, 2010, n.º 323, pp. 543-551.
- MELCHIORRE, V., *Corpo e persona*, Marietti, Genova, 1997.
- MELO, HELENA PEREIRA DE – BELEZA, TERESA PIZARRO, «Of Bodies and Souls: legal Issues of Human Cloning», in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia* (AUGUSTO SILVA DIAS et al., orgs.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 1009-1022.

- MEULDERS, KLEIN M. T. – MAINGAIN, B., «Le droit de disposer de soi même», *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 1982.
- MÜLLER, ROLF, *Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, Rechtlicher Grundlagen und Grenzen*, (Schriften zum Bürgerlichen Recht; BR 191), Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- NANCY, JEAN-LUC, *Corpus*, Éditions Métailié, Paris, 2006.
- NETO, LUÍSA, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004.
- , «O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo», *RFDUP*, Ano 1 (2004), pp. 221-246.
- , «Sobre a existência e utilização de uma base de dados genética em Portugal», Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, FDUL – Coimbra Ed., Lisboa, 2006, pp. 301 e ss.
- , «Existe um Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo?», *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO – NUNO OLIVEIRA, org.), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 111-119.
- NEPPE, V. M., «Out of body experiences (OBEs) and brain localisation: A perspective», *Australian Journal of Parapsychology*, 2, pp. 85-96.
- NEIRINCK, CLAIRE, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, Paris, 1984.
- PARISOLI, MARIA MICHELA MARZANO, *Penser le Corps*, PUF, Paris, 2002.
- PARRA QUIJANO, JAIRO, «El cuerpo humano y su utilización como evidencia probatoria», *Memorias del XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Paipa, 1999, pp. 213-226.
- PELISSIER, M., *La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne*, Thèse, Paris, 1977.
- PITA, ANTÓNIO PEDRO, «Modos de inscrição do corpo na Filosofia e na Experiência Estética», *Revista Filosófica de Coimbra*, N.º 14, 1998, pp. 281-294.
- PRIEUR, STÉPHANE, *La disposition par l'individu de son Corps*, Les Études Hospitalières (col. Thèses), Bordeaux, 1999.
- PRINI, PIETRO, *Il corpo che siamo. Introduzione all'antropologia etica*, SEI, Torino, 1991.
- RAMACHANDRAN, GOWRI, «Against the Right to Bodily Integrity: Of Cyborg and Human Rights», *Denver University Law Review*, N.º 87, 2009, pp. 13 ss.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, «O corpo humano, “a nova galinha dos ovos de ouro”», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 8, N.º 15, 2011, pp. 47-64.*
- RAVASI, G., «Per una teologia del corpo», in *L'uomo nella Bibbia*, EDB, Bologna, 2002, pp. 5-21.

- RICHARDSON, EILEEN - TURNER, BRYAN, «Bodies as Property : from Slavery to DNA Maps», in *Body Love and Laws* (ANDREW BAINHAM - SHELLEY SCLATER - MARTIN RICHARDS, ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland, 2002, pp. 32 ss.
- RICHIR, M., *Le corps. Essai sur l'intériorité*, Hatier, Paris, 1993.
- RODOTÀ, STEFANO, «Body transformations», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 21, 2004, pp. 29-50.
- , «Transformações do Corpo», *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, Padma, Rio de Janeiro, 2004.
- RODRÍGUEZ, ANTONIO NARVÁEZ, «El cuerpo como objeto de la prueba en el proceso penal», *Memória de la Fiscalía General del Estado de 1996*, Madrid.
- SÁ, FERNANDO OLIVEIRA, «As ofensas corporais e o novo Código Penal – primeiros comentários médico-legais», *Separata de O Médico*, Vol. 105, 1618, 1982, pp. 1-20.
- , «As ofensas corporais no novo Código Penal: uma perspectiva médico-legal. Análise de um workshop», *RPCC*, Ano 2, Fasc. 3.º Julho-Setembro, 1991, pp. 409-443.
- , «Dano corporal e peritagem médico-legal. Panorama português em 1992», *RPDC*, N.º 1, 1992, pp. 9-16.
- SANTOS, J. COELHO DOS, «A reparação civil do dano corporal: reflexão jurídica sobre a perícia médico-legal e o dano dor», *RPDC*, Vol. 4, 1994, pp. 73-90.
- SANTOS, LILIANA, «O dano sexual. Contributo para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa», *RPDC*, Vol. 18, 2008, pp. 35-50.
- SANTOS, MANUEL SIMAS, «Avaliação do dano corporal em Direito Penal», *RPDC*, Vol. 14, 2004, pp. 19-32.
- SARSINI, D., *Il Corpo in Occidente*, Carocci, Roma, 2004.
- SCHAPER, ANDREAS *et al.*, «Surgical Treatment in cocaine body packers and body pushers», *International Journal of Colorectal Disease*, n.º 22, 2007, pp. 1531 – 1535.
- SÉBAG, LOUIS, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Recueil Sirey, Thèse, Paris, 1938.
- SERRÃO, DANIEL, «O delito do corpo. Análise de um arqueobiologista», *Revista Portuguesa de Psicanálise*, 15, 1996, pp. 17-25.
- SÉRGIO, MANUEL, *Alguns Olhares sobre o Corpo*, Instituto Piaget Ed., Lisboa, 2003.
- SFEZ, LUCIEN, *La Santé Parfaite – Critique d'une Nouvelle Utopie*, Seuil, Paris, 1998.
- SHUBIN, NEIL, *Quando Éramos Peixes – Uma viagem pelos 3,5 mil milhões de anos de história do corpo humano*, Estrela Polar, Cruz Quebrada, 2008.
- SILVA, ANA MÁRCIA, «Elementos para compreender a modernidade do corpo numa sociedade racional», *In Corpo e Educação* (SOARES, C. L., org.), 2.ª ed. CEDES, Campinas, 2000.

- SILVA, MANUEL GOMES DA, *Esboço de uma Concepção personalista do Direito – Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos*, Lisboa, 1965.
- SILVA, PAULO CUNHA E, *O Lugar do Corpo – Elementos para uma Cartografia Fractal*, Instituto Piaget Ed., Lisboa, 1999.
- SOROMENHO, LECTÍCIA, «Algumas considerações acerca dos direitos do homem sobre seu próprio cadáver», *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (DIOGO LEITE DE CAMPOS, coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 147-158.
- SPINSANTI, S., *Il corpo nella cultura contemporanea*, Queriniana, Brescia, 1990.
- SZAWARSKI, ZBIGNIEW, «The Stick, the Eye and Ownership of the Body», in *Ownership of the Human Body (Philosophical Considerations on the Use of the Human Body and its Parts in Health Care)* (HENK TEN HAVE – JOS WELIE, ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston – London, 1998, pp. 92-95.
- TALLACCHINI, M., «El cuerpo y sus partes. La ubicación jurídica de los materiales biológicos humanos», *Revista de Medicina y Ética*, Ano X, N.º 1 – jan.-mar. 1999, Mexico, pp. 26 e ss.
- TAVARES, GONÇALO M., *Atlas do Corpo e da Imaginação – Teoria, Fragmentos e Imagens*, Caminho, Lisboa, 2013.
- THOUVENIN, DOMINIQUE, «La disponibilité du corps humain. Corps sujet ou corps objet», *Actes* N.º 49-50, Novembre, junho 1985, pp. 35-41.
- , «Statut juridique du corps», in *Dictionnaire du corps* (Michela Marzano, dir.), PUF, 2007, pp. 896-900.
- VAN DER PLOEG, I., «Biometrics and the body as information: normative issues of the socio-technical coding of the body». In D. Lyon (ed.), *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*, Routledge, Londres e Nova Iorque, 2003, pp. 57-73.
- VERDI, LAURA, *Habeas Corpus. Figure sociali del corpo*, F. Angeli, Milano, 1996.
- VÉSALE, ANDRÉ, *La fabrique do corps humain. (1543) Actes Sud/INSERM, Arles Ed. (trad. latin-français Louis Bakelands)*, 1987.
- VIEGAS, LUÍS, *Tatuagem dos criminosos*, in *Revista d'Anthropologia Criminal*, vol. 1, Lisboa, 1902, pp. 11-21.
- VILELA, EUGÉNIA, *Do Corpo Equívoco - reflexões sobre a verdade e a educação nas narrativas epistemológicas da modernidade*, Editora Angelus Novus, Braga-Coimbra, 1998.
- , «Corpos inabitáveis. Errância, filosofia e memória», *Revista Enrahonar, Quaderns de Filosofia*, n.º 31, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2000.
- , «Corpos de silêncio», in *Sentidos Contemporâneos da Educação*, Ed. Afrontamento, Porto, 2002.
- VINCENT, G., (dir.) *Le corps, le sensible et le sens*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2004.

WEST, C., *Theology of the body explained. A comment on John Paul II's – Man and Woman He created them – A Theology of the Body*, Boston: Pauline – Media, 2007.

———, *Teologia do corpo para principiantes: uma introdução básica à revolução sexual por João Paulo II*, Myrian, Madrid, 2008.

ZUBIRI, XAVIER, «El hombre y su cuerpo», *Salesianum*, Anno XXXVI, N.º 3, 1974, pp. 479-486 (consultável em <http://www.zubiri.org/works/spanishworks/hombrecuerpo.htm>).

Direitos Fundamentais - Direitos Humanos

ALEXY, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985 ed. ut. *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

———, «Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional» (trad. de Luís Afonso Heck), *Revista de Direito Administrativo*, N.º 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

———, «Derechos humanos sin metafísica?», in *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2010.

AMADO, JOÃO LEAL, «Andrew Webster: uma pessoa, não uma mercadoria!», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, N.º 14, Jun 2008, Coimbra Ed., pp. 267-273.

AMAR, AKHIL REED, «The Bill of Rights as a Constitution», *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, pp. 1131-1210.

———, «The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment», *Yale Law Journal*, Vol. 101, 1992, pp. 1193-1284.

AMAR, AKHIL REED - LETTOW, RENÉE B., «Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause», *Michigan Law Review*, Vol. 93, 1994 – 1995, pp. 857-928.

AMARAL, MARIA LÚCIA, «O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa» *Liber Amicorum de JOSÉ de SOUSA e BRITO em Comemoração do 70.º Aniversário - Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 945-964.

ANDRADE, J. C. VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

ARAÚJO, FÁBIO ROQUE DA SILVA, «O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir», *RBCC*, N.º 80, Set.-Out. 2009 - Ano 17.º, pp. 35-79.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, «A Reserva da Intimidade e da Vida Privada», *RFDUL*, vol. XLIII, n.º 1, 2002.

———, «Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 51-75.

- ASHWORTH, ANDREW, «Self-Incrimination in European Human Rights Law – a Pregnant Pragmatism», *Cardozo Law Review*, Volume 30, N.º 3, December 2008, pp. 751-774 (disponível em www.cardozolawreview.com – arq.).
- BAERTSCHI, BERNARD, *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la personne*, PUF, Paris, 1995.
- BALERA, WAGNER, «A dignidade da pessoa e o mínimo existencial», in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana* (JORGE MIRANDA - M. A. MARQUES DA SILVA Coords.), Quartier Latin, São Paulo, 2009.
- BARBAS, STELA M. ALMEIDA NEVES, «Da Privacidade dos Dados Genéticos», *Forum Iustitiae*, n.º 15, Setembro de 2000, Lisboa, pp. 56-58.
- , «Do direito à autodeterminação informativa - O direito de não saber o seu estado de saúde», in *Forum Iustitiae. Direito e Sociedade*, N.º 12, Lisboa, Junho de 2000.
- BARBOUR, SANDRA I., «Constitutionality of Stomach Searches, Introduction», *University of San Francisco Law Review*, Vol. 10, 1975, pp. 93-114.
- BARRETO, IRINEU CABRAL, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª ed., Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Ed., Coimbra, 2010.
- , «As relações entre a Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as Instâncias Nacionais», consultável em: http://www.stj.pt/ficheiros/cerimonias/30anos_irineubarreto.pdf (último acesso: 08-10-2013).
- BERGER, MARK, «Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 12, 2006, pp. 340 ss.
- , «Rethinking Self-Incrimination in Great Britain», *Denver Law Journal*, Vol. 61, n.º 3, 1984, pp. 507-552.
- BOSCH, NIKOLAUS, *Aspekte des Nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht: ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes "Nemo tenetur seipsum accusare"*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- BOTELHO, CATARINA SANTOS, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais. Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2010.
- BOTTEGA, CLARISSA, «Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana», *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (DIOGO LEITE DE CAMPOS, coord.), Almedina, Brasil, 2007.
- BRITO, ANTÓNIO J. DOS SANTOS LOPES DE - RIJO, JOSÉ M. SUBTIL LOPES, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a Vida ou Direito de Viver*, Almedina, Coimbra, 2000.
- BRITO, DIOGO LORENA, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, PUC – Porto, 2007.

- CABRAL, RITA AMARAL, «O direito à intimidade da vida privada (Breve reflexão acerca do art. 80.º do Código Civil)», *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988, pp. 373 e ss.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.ª ed., Sep. do BFDUC, Vol. LXVI (1990), Coimbra, 1992.
- , «O Direito e os Direitos de Personalidade», *ROA*, Ano 53, Abr.-Jun. 1993, pp. 201-224.
- , *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004.
- , «O Direito em Nós», *ROA*, Ano 68, vol. II/III - Abril-Junho 2008, pp. 555-573.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES - MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed. revista, Coimbra Ed., Coimbra, 2007.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004.
- , «“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional», Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2008.
- , *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Ed., Coimbra, 2.ª ed., 2008.
- CANOTILHO, MARIANA RODRIGUES, *O Princípio do Nível mais Elevado de Protecção em Matéria de Direitos Fundamentais*, Dissertação de Mestrado, FDUC, Coimbra, 2008 (disponível on-line - Arq.).
- CANOTILHO, MARIANA RODRIGUES – SILVEIRA, ALESSANDRA, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013.
- CONTI, CARLOTTA, «I diritti fondamentali della persona tra divieti e «sanzioni processuali»: il punto sulla perizia coattiva», *Diritto Penale e Processo*, 8/2010, pp. 993-1005.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, «Os direitos de personalidade na Civilística Portuguesa», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I vol., Almedina, Lisboa, 2002.
- CORREIA, JOÃO CONDE, «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial», *RCEJ*, N.º 4 – 1.º Semestre 2006, pp. 175-202.
- COSTA, JOANA, «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *RMP*, N.º 128, Out.-Dez. 2011, pp. 117-183.
- DE CUPIS, ADRIANO, *Os direitos de personalidade*, (trad. portuguesa de A. Vera Jardim e António Caeiro), Liv. Morais Ed., Lisboa, 1961
- DECOCQ, ANDRÉ, *Essai d’une théorie générale des droits sur la personne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960.
- DELLA MIRANDOLA, GIOVANNI PICO, *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, Edições 70 Textos Filosóficos, Lisboa, 2011.

- DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, Paris, 1986.
- , «Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain», *Revue de Science Criminelle*, 1994.
- *Trois Définitions pour un Droit Mondial*, Éd. Seuil, Paris, 1998.
- , «Humanité et Crime contre L'Humanité», *Du Corps Humain à la Dignité de la Personne Humaine. Genèse, Débats et Enjeux des Lois D'Éthique Biomédicale* (CLAIRE AMBROSELLI e GÉRARD WORMSER, coord.), Centre National de Documentation Pédagogique, Paris, 1998.
- , «Certezas e incertezas do Direito», *Clonagem Humana* - HENRI ATLAN, MARCA AUGÉ, MIREILLE DELMAS-MARTY, ROGER-POL DROIT, NADINE FRESCO (trad de Sandro Patrício Gama Nóbrega e Revisão por Luís A. F. C. Umbelino e Teresa Marques Pedreiro), Quarteto, Lisboa, 2001, pp. 55-80.
- , «Humanidade, espécie humana e Direito Penal», *RBCC*, Ano 21, N.º 100, jan.-fev. 2012, pp. 141-150.
- DOLZ LAGO, M.-J., «ADN y derechos fundamentales. Breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN – frotis bucal – a detenidos e imputados», en *Diario La Ley*, n.º 7774, de 12 de enero de 2012.
- DUARTE, MARIA LUÍSA, «A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-membros – Elementos de um aparente paradoxo», *O Direito*, ano 137.º, IV-V, 2005, pp. 837-863.
- , *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2006, p. 281 e ss.
- DUBOIS, PHILIPPE, *Le physique de la personne*, Economica, Col. Droit civil - Études et recherches, Paris, 1986.
- DÜRIG, GÜNTER, «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems des grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetz», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, pp. 125 ss.
- EDELMAN, BERNARD, «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», *La personne en danger*, PUF, Paris, 1999.
- ENDERS, CHRISTOPH, «The Right to Have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law», *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 2, Janeiro-Junho 2010, pp. 1-8.
- ENGEL, CHRISTOPH, «Die Schranken der Schranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 37, 1986, pp. 261-287.
- FERNÁNDEZ, DORA GARCÍA, «El Derecho a la Intimidad y el fenómeno de la Extimidad», in *Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* – Vol. 19, N.º 2, 2010, pp. 269-284.
- FERNÁNDEZ ACEBO, MARÍA DOLORES, *La Tutela de los Derechos Fundamentales a la Intimidad e Integridad Física frente a la actuación de los Poderes Públicos sobre el Cuerpo Humano - una Perspectiva Constitucional sobre las Intervenciones Corporales y otras diligencias de investigación*,

Dissert. de Doutoramento, Facultad de Derecho, A Coruña, 2013 (acessível em: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/11704/2/Fernandez%20Acebo_Maria%20Dolores_TD_2013.pdf – arq.).

- FERREIRA, ANA ELISABETE, «A Intangibilidade da Identidade Genética Humana - um direito humano? Porquê?», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 8, N.º 16, 2012, pp. 109 ss.
- FIDALGO, SÓNIA, «Internamento compulsivo de doentes com tuberculose», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 1, N.º 2, 2004.
- FONTES, JOSÉ, *O direito ao quotidiano estável – uma questão de direitos humanos*, Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, «Nos 40 anos do Código Civil Português. Tutela da personalidade e dano existencial», *Themis*, Ed. Especial - Código Civil Português - Evolução e Perspectivas Actuais, Edição Especial, 2008, pp. 47-68.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES, «La Protección Penal de la Integridad Moral», *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.)*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1241-1258.
- GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES, «A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional – a perspectiva nacional ou o outro lado do espelho», *Julgar*, n.º 7, 2009, pp. 33-50.
- GALLWAS, H.-U., *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970.
- GONÇALVES, DIOGO COSTA, «Pessoa e Ontologia: Uma Questão Prévia da Ordem Jurídica», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 125-179.
- , *Pessoa e Direitos de Personalidade – Fundamentação Ontológica da Tutela*, Almedina, Coimbra, 2008.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLAS, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- GOUVEIA, JORGE BACELAR, «Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados», *ROA*, Ano 51 vol. III, 1991, pp. 699 ss.
- GUIMARÃES, ANA PAULA, «Princípio da presunção da inocência – algumas reflexões», *Estudos em Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha*, Fundação Universidade Portucalense, Porto, 1999, pp. 381 e ss.
- GÜNTHER, KLAUS, «Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielficht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 101-107.
- , «Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts», in SCHLEIM *et al.* (ed.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, Vandenhoeck, Göttingen, 2009, pp. 214 a 242.
- GUERRA, AMADEU, *A Privacidade no Local de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2004.

- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, Califórnia, 1963.
- HASSEMER, WINFRIED, «Unverfügbares im Strafprozeß», *Festschrift für Maihofer* (A. KAUFMANN e tal, Hrsg.), V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1988.
- , «Processo Penal e Direitos Fundamentais», in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (MARIA FERNANDA PALMA, coord.), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 15-26.
- HELMHOLZ, R. H. *et al.*, *The Privilege Against Self-Incrimination – Its Origins and Development*, The University of Chicago Press, 1997.
- HERNÁNDEZ, A. GIL, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, *La intimidación como derecho fundamental*, Colex, Madrid 1999.
- , «Intervenciones corporales. Jurisprudencia constitucional», *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 1891-1918.
- HILLENKAMP THOMAS, «Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung», *Juristenzeitung*, 2005, pp. 313 ss.
- HONNETH, AXEL, *Das Recht der Freiheit - Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit* Suhrkamp Verlag, Berlin, 2011 (ed. ut *Freedom's right – The Social Foundations of Democratic Life*, Columbia Press University, 2014).
- HOUSE, LUTHER, «Criminal Procedure – Self-Incrimination – Scientific Tests of Body Substances as Evidence», *Kentucky Law Journal*, Vol. 44, 1955 – 1956, pp. 353- 360.
- HÜNERFELD, PETER, «Esfera Privada e Segredo», *RPCC*, Ano 14.º- Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Janeiro-Junho 2004, pp. 197-212.
- KATEB, GEORGE, *Human Dignity*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Maas., e Londres, 2011.
- KERN, GISELA HILDEGARD, «O valor absoluto da vida humana: limite para a responsabilidade civil», *RFDUP*, Ano 4 (2007), pp. 79-88.
- KÖLBEL, RALF, *Selbstbelastungsfreiheiten: der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge; 176, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- LEVY, LEONARD W., «The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History», *Political Science Quarterly*, Vol. 84, n.º 1, Mar. 1969, pp. 1-29.
- , «Origins of the Fifth Amendment and its Critics», *Cardozo Law Review*, Vol. 19, 1997/1998, pp. 821-852.
- LINDON, RAYMOND, *Les droits de la personnalité: Une création prétorienne*, Dalloz, Paris, 1974.

- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS G., *Transplantações: Um Olhar Constitucional*, Coleção Argumentum/9, Coimbra Ed., Coimbra, 1995.
- , «Aborto: algumas questões jurídico-constitucionais (A propósito de uma reforma legislativa)», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, pp. 327-403.
- , «A european status of the embryo?», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998.
- , «O direito à identidade genética do ser humano», in: *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica* 40, Coimbra, 1999, pp. 263-389.
- , «O estatuto do embrião», *Novos Desafios à Bioética* (LUÍS ARCHER - JORGE BISCAIA - WALTER OSSWALD - MICHEL RENAUD, coord.), Porto Editora, Porto, 2001, pp. 110-121.
- , «Protocolo Adicional - Comentários Finais», in *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 171-203.
- , «Pessoa e doença mental», *BFDUC*, Ano 81 (2005), Coimbra, pp. 145-187.
- , «Dignidade e direitos do embrião», *Cadernos de Bioética – Revista Portuguesa de Bioética* 16 (2005/39), p. 369-404.
- MACCROIRE, BENEDITA, «A Eutanásia e o Auxílio ao Suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», *Scientia Iuridica*, T LII, n.º 297, Set.-Dez. 2003, pp. 447-473.
- , «O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional», in *Estudos em comemoração do décimo aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Escola de Direito da Universidade do Minho/Livraria Almedina, Braga-Coimbra, 2003, pp. 151-174.
- , «A Doutrina da Renúncia a Direitos Fundamentais: os casos de Eutanásia e da Colheita de Órgãos em Vida», *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO – NUNO OLIVEIRA, org.), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 93-110.
- MARCHETTI, PAOLO, *Testis Contra Se – L’Imputato como Fonte di Prova nel Processo Penale dell’Età Moderna*, Dotti A. Giuffré Editore, Milano, 1994.
- MARQUES, MÁRIO REIS, «A dignidade humana como *prius* axiomático», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV (MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica n.º 101 Ad Honorem*, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 541-567.
- MARTIN, RAYMOND, «Personne et Sujet de Droit», *Revue de Droit Civil*, LXXIX, Paris, 1981, pp. 785-802.
- MARTINS, ALBERTO, *Novos Direitos do Cidadão*, Pub. Dom Quixote, Lisboa, 1994.
- MARTINS, ANA MARIA GUERRA, «A protecção da dignidade humana no Tratado de Lisboa», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume III -

- Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo (FERNANDO ALVES CORREIA - JÓNATAS M. MACHADO - JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coords.) *Studia Iuridica* n.º 104, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- , *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, Coimbra, 2014.
- MAXIMIANO, ANTÓNIO HENRIQUE RODRIGUES, «Os Parâmetros Jurídicos da Força Física», *Cadernos de Cidadania*, ed. CML - Cultura, Biblioteca Museu República e Resistência, 1996.
- MCCRUDDEN, CHRISTOPHER, «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *European Journal of International Law*, 19, 4, 2008, pp. 655-724.
- MEILAENDER, GILBERT, *Neither Beast nor God: the Dignity of the Human Person*, Encounter Books, New York, 2009.
- MENDES, JOÃO DE CASTRO, «O direito à integridade pessoal. Um esboço de comentário constitucional», *RFDL*, vol. 30, 1989, pp. 27-31.
- MIRANDA, JORGE, «O artigo 1.º e o artigo 2.º da Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. II, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, pp. 9-56.
- , «A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais», *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana* (JORGE MIRANDA - MARCO A. MARQUES DA SILVA, coord.), 2.ª ed., Quartier Latin, São Paulo, 2009, pp. 167-176 ed ut *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, N.º 52 – junho 2014, pp. 71-92.
- MIRANDA, JORGE - ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, «As grandes decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus», consultável em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/jmjma.pdf> (último acesso em 28-11-2012).
- MOREIRA, ISABEL, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MOURA, JOSÉ SOUTO, «A protecção dos direitos fundamentais no processo penal», in *I Congresso de Processo Penal – Memórias* (MANUEL M. GUEDES VALENTE, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 33-54.
- , «Dignidade da Pessoa e Poder Judicial», *RMP*, Abr.-Jun. 1997, N.º 70, pp. 95-109.
- , «As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar», *RMP*, Jul.-Set. 2005, N.º 103, pp. 7-20.
- MOURGEON, JACQUES, *Les droits de l'homme*, Que sais-je ?, 2.ª ed., Paris, 1981.
- NETO, LUÍSA, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004.
- , «O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo», *RFDUP*, Ano 1 (2004), pp. 221-246.
- , «Existe um Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo?», *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO – NUNO OLIVEIRA, org.), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 111-119.

- NIELSEN, LINDA, «Pruebas genéticas e derecho a la intimidad: una perspectiva europea», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 4, 1996, pp. 65-86.
- NOVAIS, JORGE REIS, «Renúncia a direitos fundamentais», *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição* (JORGE MIRANDA et al., coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 1996, pp. 263-335.
- , *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004.
- , *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Ed., Coimbra, 2006.
- , *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2006.
- , *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição* (2.ª edição), Coimbra Ed., Coimbra, 2010 (1.ª ed. 2003).
- , *A Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2015.
- NUNES, LUIZ ANTÓNIO RIZATTO, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, Saraiva, São Paulo, 2002.
- NUNES, RUI - MELO, HELENA PEREIRA DE - NUNES, CRISTINA, *Genoma e Dignidade Humana*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2001.
- OLIVEIRA, CARLA PATRÍCIA PEREIRA, *Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: o Conhecimento das Origens Biológicas*, Coimbra Ed. – Wolters Kluwer, Série Direito da Família, N.º 23, Coimbra, 2011.
- OLIVEIRA, NUNO PINTO, «Considerações em Torno do protocolo adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina relativo à Transplantação de órgãos e tecidos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 1, N.º 2*, 2004.
- , «Colheita de órgãos e «casos de provocação» - Considerações sobre os acórdãos do Olg Schlewslig de 3 de Outubro de 1986 e do BGH de 30 de Junho de 1987», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 3, N.º 5*, 2006.
- , «Direitos de Personalidade e Responsabilidade Civil no Regime Jurídico do Transplante de Órgãos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 4, N.º 8*, 2007.
- , «Autonomia, Dignidade e Transplantação de Órgãos», *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO – NUNO OLIVEIRA, org.), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 121-143.
- , «O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 8, N.º 15*, 2011, pp. 29-34.
- OTERO, PAULO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano. Um Perfil Constitucional da Bioética*, Almedina, Coimbra, 1999.
- , «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, AA. VV., vol. I, Almedina, Coimbra, 2008.
- , «Pessoa Humana e Constituição: Contriburo para uma Concepção Personalista do Direito Constitucional», *Pessoa Humana e Direito* (DIOGO LEITE CAMPOS – SILMARA J. ABREU CHINELLATO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009.
- PARDO, MICHAEL S., «Disentangling the Fourth Amendment and the Self-Incrimination Clause», *Iowa Law Review*, n.º 90, 2004 – 2005, pp. 1857-1903.

- , «Self-Incrimination and The Epistemology of Testimony», *Cardozo Law Review*, Vol. 30, n.º 3, 2008, pp. 1023-1046.
- PINHEIRO, RUI - MAURÍCIO, ARTUR, *A Constituição e o Processo Penal*, (reimp. da 1.ª edição de 1976), Coimbra Ed. (Clássicos Jurídicos), Coimbra, 2007.
- PINTO, LARA SOFIA, «Privilégio contra a auto-incriminação *versus* colaboração do arguido. *Case study*: revelação coercitiva da *password* para descriptação de dado - resistance is futile?», *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (FREDERICO L. COSTA PINTO e TERESA PIZARRO BELEZA coord.), Almedina, Coimbra, 2011.
- PINTO, PAULO MOTA, «O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada», *BFDUC*, Coimbra, Vol. LXIX, 1993, pp. 479-586.
- , «A protecção da vida privada e a Constituição», *BFDUC*, Vol- LXXVI, 2000, pp. 153-204.
- , «A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra Ed., Coimbra, 2001, pp. 527-558 (ed ut in *Revista Luso-Brasileira de Direito Comparado*, Vol. 21, 2001, pp. 21-62).
- , «A protecção da vida privada no Tribunal Constitucional», *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, Abril – Junho 2006, pp. 13-28.
- PUIG, SANTIAGO MIR, «O Princípio da Proporcionalidade enquanto Fundamento Constitucional de Limites Materiais do Direito Penal», *RPCC*, Ano 19, N.º 1, Jan.-Mar. 2009, pp. 7-38.
- QUECK, NADINE, *Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen - Strafrechtliche Abhandlungen*, Neue Folge, 168, Duncker & Humblot, Berlin, cop. 2005.
- QUEIJO, MARIA ELISABETH, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, Saraiva, São Paulo, 2003.
- REDMAYNE, MIKE, «*Rethinking the privilege against self-incrimination*», *Oxford Journal of Legal Studies*, 27 (2), 2007, pp. 209-232.
- REGOURD, SERGE, «Les droits de l’homme devant les manipulations de la vie et de la mort», *Revue de Droit Public*, 1981, N.º 2, pp. 403-445.
- REIS, MARIA DE FÁTIMA, «O direito à não auto-incriminação», *Sub Judice*, N.º 40 - Jul.-Set. 2007, pp. 59-74.
- RENAUD, MICHEL, «A ética dos direitos humanos e a secularização da moral», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.ª – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 201-212.
- ROCHA, ACÍLIO S. ESTANQUEIRO, «Em torno da Pessoa Humana», *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do*

Código de Processo Penal Português (MÁRIO F. MONTE, dir. - MARIA CLARA CALHEIROS - FERNANDO CONDE MONTEIRO - FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 59-70.

RODRIGUES, EZEQUIEL AGOSTINHO MACIEL, *As Lesões contra a Vida e contra a Integridade Física dos Cidadãos como Consequência do Emprego de Meios Coercivos pela PSP*, Almedina, Coimbra, 2009.

ROGALL, KLAUS, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst : ein Beitrag zur Geltung des Satzes Nemo tenetur se ipsum prodere im Strafprozess*, Schriften zum Prozessrecht - 49, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.

SÉBAG, LOUIS, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Recueil Sirey, Thèse, Paris, 1938.

SIMON, JÜRGEN, «La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 13, 2000, pp. 25-42.

SOUSA, RABINDRANATH V. A. CAPELO DE, «A Constituição e os Direitos de Personalidade», *Estudos sobre a Constituição* (JORGE MIRANDA, coord.), II, Petrony, Lisboa, 1978.

———, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., Coimbra, 1995.

SUPIOT, ALAIN, *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.

TORKA, RONALD, *Nachtatverhalten und Nemo tenetur: eine Untersuchung über die Grenzen “zulässiger Verteidigung” und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*, Strafrechtliche Abhandlungen - Neue Folge – 130, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ, «Principio de proporcionalidad penab», *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir* (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 193-210.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.

———, «A Posição Jurídica do Pai na Interrupção Voluntária da Gravidez», *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (A. MENEZES CORDEIRO - PEDRO PAIS DE VASCONCELOS - PAULA COSTA E SILVA), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008 ed *ut Pessoa Humana e Direito* (DIOGO LEITE CAMPOS – SILMARA J. ABREU CHINELLATO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009.

VILELA, ALEXANDRA, *Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal* (Reimp.), Coimbra Ed., Coimbra, 2005.

WARREN, SAMUEL – BRANDEIS, LOUIS, *El derecho a la intimidad* (Trad. Benigno Pendás e Pilar Baselga), Civitas, Madrid, 1995 (original: *The right to privacy*, Harvard Law Review, 4 (5): 193 – 220, December 1890), disponível em: http://www.lawrence.edu/fac/boardmaw/Privacy_brand_warr2.htm.

WILDENTHAL, BRYAN H., «Nationalizing the Bill of Rights: Revisiting the Original Understanding of the Fourteenth Amendment in 1866-67», *Ohio State Law Journal*, Vol. 68, 2007, pp. 1509-1626.

WHITMAN, JAMES Q., «The two Western Cultures of Privacy: Dignity *versus* Liberty», *The Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, N.º 6, pp. 1151-1221.

Doping

ÁLVAREZ VIZCAYA, MAITE T., «La protección penal», *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte* (L. M. CAZORLA PRIETO - A. PALOMAR OLMEDA, dir.), Cizur Menor – Thomson Aranzadi, 2007, pp. 561-578.

BARBOSA, NUNO, «Anotação a um “Dossier: Um caso de doping na Madeira - Sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, de 6 de Janeiro de 2006 (Dopagem — Infracção disciplinar — Princípio da culpa — Princípio da presunção de inocência — Ónus da prova — Direito de defesa) - Parecer do Ministério Público”», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, Ano IV - N.º 10, Set.-Dez. 2006, pp. 59-102.

———, «O Desporto e a Farmácia – Um Amor Proibido», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, Ano III - N.º 8, Jan.-Abr. 2006, pp. 337-342.

BARTOLLI, ROBERTO – VALLINI, ANTONIO, «La tutela penale contra el doping en Italia: entre lealtad deportiva y la salud del deportista», *Estudios sobre Derecho y Deporte*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 254-264.

BRILHA, ANA, «O doping como quebra contratual: uma primeira leitura», *Desporto & Direito – Revista Jurídica de Desporto*, Ano V - N.º 14, Jan.-Abr. 2008, Coimbra Ed., pp. 299-326.

BUSATO, PAULO CÉSAR, «Ainda o *doping* e a fórmula omissiva: exploração da teoria do bem jurídico como fórmula de identificação do autor», *RBCC*, Ano 21 – 105.º, Novembro-Dezembro 2013, pp. 179-205.

CASABONA, EDUARDO GAMERO, «El dopaje en los âmbitos supra-nacionales: evolución histórica y situación actual», *Regimen Jurídico del Dopaje en El Deporte*, Bosch, Barcelona, 2005.

CASTANHEIRA, SÉRGIO NUNO COIMBRA, «Um primeiro olhar sobre o novo Regime Jurídico da Luta Contra a Dopagem no Desporto», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, Ano VII, N.º 20, Jan.-Abr. 2010, pp. 183-243.

———, *O Fenómeno do Doping no Desporto – O Atleta responsável e o irresponsável*, Almedina, Coimbra, 2011.

CORTÉS BECHIARELLI, EMILIO, *El delito de dopaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DAVID, DÉCIO FRANCO, «Doping em Direito Penal: existe um bem jurídico a ser tutelado?», *Liberdades* (Pub. oficial do IBCCRIM), N.º 10 maio-agosto 2012, pp. 39-63 (acessível em: http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10/integra.pdf; acedido em 13-12-2013).

- DOMÍNGUEZ, CARLOS RODRÍGUEZ, «As consequências jurídicas da dopagem na relação laboral de desportistas: a quebra da boa fé contratual como fundamento de despedimento disciplinar», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, N.º 14, Jun. 2008, Coimbra Ed., pp. 327-333.
- FORTE, VALERIO, «Riflessioni in tema di diritto disciplinare sportivo responsabilità oggettiva», *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, Vol. III – Fasc. 2, 2007.
- GONÇALVES, JORGE M. BAPTISTA, «Anotações aos artigos 42.º a 47.º da Lei n.º 27/2009, de 19-06», *Comentário de Leis Penais Extravagantes – Vol. 2* (PAULO P. ALBUQUERQUE – JOSÉ BRANCO, org.), Universidade Católica Ed., Lisboa, 2011, pp. 727-738.
- KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE - RIGOZZI, ANTONIO - MALINVERNI, GIORGIO, «Legal Opinion on the Conformity of Certain Provisions of the Draft World Anti-Doping Code with Commonly Accepted Principles of International Law», Feb 2003, consultado em 20-07-2013 in www.wada-ama.org (Arq.).
- KHAUFMAN-KOHLER, GABRIELLE - RIGOZZI, ANTONIO - MALINVERNI, GIORGIO, «Doping and Fundamental Righthes of Athletes», *International Sports Law Review*, Sweet & Maxwell's, Issue 3, 2003.
- LEITE, ALAOR, «O que não se pode definir, tampouco se deve criminalizar: novas reflexões sobre a criminalização do *doping*», *RBCC*, Ano 21 – 105.º, nov.-dez. 2013, pp. 121-155.
- LESSEPS, LOURENÇO REYS, «Dopagem. Abuso de Drogas no Desporto», *Colóquio sobre a Problemática da Droga em Portugal*, Publicações do II Centenário da Academia de Ciências de Lisboa, Lisboa, 1987.
- LISO, LOURDES MORENO, «A venda de medicamentos dopantes na internet», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, N.º 14, Junho 2008, Coimbra Ed., pp. 335-351.
- MACHADO, ÂNGELA BURNAY e LEMOS, RAQUEL SOFIA, «Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho, que estabelece o regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto», *A nova legislação do desporto comentada*, AA. VV., Wolters Kluwer - Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 187-277.
- MACHADO, JÓNATAS E. M., *Direitos Humanos e Ética no Desporto*, Almedina, Coimbra, 2015.
- MCLAREN, RICHARD, «Doping Sanctions: What Penalty», *International Sports Law Review*, Sweet & Maxwell's, Issue 2, 2002.
- MEIRIM, JOSÉ MANUEL, «Ética desportiva: a vertente sancionatória pública», *RPCC*, Ano 2, Fasc. 1.º, Jan.-Mar. 1992, pp. 85-110.
- , «O doping no futebol. Algumas questões», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 22, set.-out. 2002, pp.14-16.
- ROXIN, CLAUS - GRECO, LUÍS - LEITE, ALAOR, *Doping e Direito Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2011.

- STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, «Einwilligungsschranken und Rechtsgutsvertauschung am Beispiel des Fremddoping im Sport», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias* - Vol. II (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 99 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 1039-1081.
- VELÁSQUEZ, SANDRA ECHEVERRY, «Reflexões sobre o compromisso intergovernamental na luta contra a dopagem: da coerência entre a convenção internacional contra a dopagem no desporto, adoptada pela UNESCO, e o programa da Agência Mundial Antidopagem», *Desporto e Direito – Revista Jurídica de Desporto*, N.º 14, Jun 2008, Coimbra Ed., Coimbra, pp. 287-298.
- VIEWEG, KLAUS - PAUL, CHRISTIAN, «The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offence», *The International Sports Law Journal*, T.M.C. Institute, 2002/1, pp. 2-13.

Droga

- ALMEIDA, CARLOTA PIZARRO, «Toxicoddependência e inimputabilidade», in *Actas do I Curso sobre Problemas Jurídicos da Droga e da Toxicoddependência (promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Instituto Português da Droga e da Toxicoddependência, entre 8 de Março e 21 de Junho de 2002)* – Suplemento 2003 da RFDUL, vol. II.
- BROCHU, SERGE, «Drogues et crimes», *Dictionnaire de Sciences Criminelles* (G. LOPEZ e S. TZITZIS, Dir.), Ed. Dalloz, Paris, 2004, pp. 286-290.
- , «Drogues et crimes : l'œuf ou la poule?», (J. POUPART, D. LAFORTUNE, e S. TANNER, dir.), *Questions de criminologie*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, pp. 15-33.
- BRITO, TERESA QUINTELA DE, *Crime praticado em estado de inimputabilidade auto-provocada por via de consumo de álcool ou drogas: contributo para uma análise do art. 282.º do Código Penal à luz do princípio da culpa*, AAFDL, Lisboa, 1991.
- CARMO, RUI DO, «Toxicoddependência e medidas alternativas à prisão», *RMP*, Ano 35, N.º 137, jan.-mar. 2014, pp. 87-100.
- CARVALHO, JOSÉ TOMÉ DE - LUÍS, RUI PEDRO, «Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça do Pleno das secções Criminais n.º 8/2008. Fixação de Jurisprudência ou um verdadeiro Assento? – As hipotéticas questões constitucionais que podem afectar a compatibilidade do aresto com a Lei Fundamental», *Julgar*, N.º 23, mai.-ago. 2014, pp. 223-238.
- CORREIA, JOÃO CONDE, «Droga: exame laboratorial às substâncias apreendidas e diagnóstico da toxicoddependência e das suas consequências», *RCEJ*, N.º 1, 2.º semestre 2004, pp. 77-99.
- COSTA, EDUARDO MAIA, «Direito Penal da droga: breve história de um fracasso», *RMP*, N.º 74, Abr.-Jun. 1998, pp. 103-120.
- , «Breve nota sobre o novo regime punitivo do consumo de estupefacientes», *RMP*, Ano 22.º, n.º 87, Jul.-Set. 2001, pp. 147-151.

- COSTA, JOSÉ F. DE FARIA, «Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga», *RLJ*, Coimbra, Ano 134, N.º 3930 – Jan. 2002, pp. 275 e ss.
- COSTA, J. E. PINTO DA, «Perícia médico-legal no diagnóstico da Toxicodependência», *RMP*, N.º 72, Out.-Dez. 1997, pp. 143-160.
- MARQUES, JOSÉ A. SACADURA GARCIA, «Incidência da droga e na criminalidade: imputabilidade do toxicodependente», *RMP*, N.º 54, Abr.-Jun. 1993, pp. 42-60.
- MARTINS, LOURENÇO, «Diagnóstico nas intoxicações (problemática da imputabilidade e da criminalidade resultante ou ligada ao consumo de drogas)», *RMP*, N.º 29, Jan.-Mar. 1987, pp. 33-60.
- , *Droga e Direito*, Aequitas – Editorial Notícias, Lisboa, 1994.
- , «Droga - Nova Política Legislativa», *RPCC*, Ano 11, Fasc. 3º - Jul.-Set. 2001, pp. 413-451.
- MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO, «O consumo de droga na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n.º 30/ 2000», *RPCC*, Ano 11.º – Fasc. 1.º, Jan.-Mar. 2001, pp. 67-98
- NEVES, JOÃO CURADO, «Toxicodependência e imputabilidade penal», in *Actas do I Curso sobre Problemas Jurídicos da Droga e da Toxicodependência promovido (pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Instituto Português da Droga e da Toxicodependência entre 8 de Março e 21 de Junho de 2002)* – Suplemento 2003 da *RFDUL*, vol. II.
- PALMA, MARIA FERNANDA, «Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do “Direito Penal de Justiça” pelo Direito Penal Secundário?», *RMP*, Ano 24, n.º 96, Out.-Dez. 2003, pp. 21-37.
- PEREIRA, RUI C., «A discriminação do consumo de droga», AA. VV, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003.
- POIARES, CARLOS, *Análise psicocriminal das drogas – o discurso do legislador*, Almeida & Leitão, Ld.ª, Porto, 1989.
- QUINTAS, JORGE, *Regulação Legal do Consumo de drogas. Impacto da experiência portuguesa de descriminalização*, Fronteira do Caos, Porto, 2011.
- ROCHA, JOSÉ LUÍS MORAES, «Despiste e controlo do consumo de droga no sistema prisional: a utilização de análises clínicas», *RPCC*, Ano 10.º- Fasc. 4 – Out.-Dez. 2000, pp. 551-564.
- SCHAPER, ANDREAS (*et al.*), «Surgical Treatment in cocaine body packers and body pushers», *International Journal of Colorectal Disease*, n.º 22, 2007, pp. 1531 – 1535.
- TRAUB, STEPHEN J., - HOFFMAN, ROBERT S., - NELSON, LEWIS S., «Body Packing – The Internal Concealment of Illicit Drugs», *New England Journal of Medicine*, 2003, n.º 349, pp. 2519-2526.

VENTURA, JOÃO PAULO, «Toxicod dependência, motivação, comportamento delituoso e responsabilidade criminal: alguns nexos de comprovada causalidade», *RPCC*, Ano 7.º, Fasc. 3 – Jul.-Set. 1997, pp. 461-482.

Género

BELEZA, TERESA PIZARRO – MELO, HELENA PEREIRA DE, «Nove vezes virgem – A licitude ou ilicitude da Himenoplastia. *The Trouble with Diversity?*», *RPCC*, Ano 20, N.º 2, Abr.-Jun. 2010, pp. 171-190.

BELEZA, TERESA PIZARRO, «Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal», *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, CEJ, Lisboa, 1986.

———, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra* (Dissertação de Doutoramento), AAFDL, Lisboa, 1990.

———, «“Mulheres”: o sistema penal e a construção do género», *RMP*, 1.º e 2.º trimestres 1988, N.º 33/34, pp. 29-48.

BRANDÃO, NUNO, «A tutela penal especial da violência doméstica», *Julgar*, N.º 12, (Número Especial), Set.-Dez. 2010, pp. 9-24.

FERNANDES, PLÁCIDO CONDE, «Violência doméstica – Novo quadro penal e processual penal», *RCEJ*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal (Número especial), 1.º semestre 2008.

GONZALEZ-AMADO, BÁRBARA – VÁSQUEZ, MANUEL VILARIÑO, «Contribuciones del Psicólogo Forense a la investigación judicial y policial en el ámbito de la violencia de género», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 143-159.

LEITÃO, HELENA MARTINS, «A mutilação genital feminina à luz do Direito Penal português: da necessidade de alteração do seu regime legal», *RMP*, Ano 34, N.º 136, Out.-Dez. 2013, pp. 99-122.

PAIS, ELZA, *Homicídio Conjugal em Portugal*, INCM, Lisboa, 2010.

PATTO, PEDRO VAZ, «Entre Sexo e Género», *Público*, de 5 de fevereiro de 2011.

PRIETO, SOLEDAD CAZORLA, «Violencia de Género y Justicia. Retos de Futuro», in http://www.apmj.pt/images/documentos/pdfteoriafeminista/violencia_de_genero_y_justicia.pdf.

SOUSA, RITA MOTA, *Introdução às Teorias Feministas do Direito*, Afrontamento, Porto, 2015.

Genética

BARBAS, STELA M. ALMEIDA NEVES, «Consequências da manipulação genética no direito das pessoas e na condição jurídica dos nascituros», *Tribuna da Justiça*, N.º 6 – Out.-Dez., 1990, pp. 83-102.

- , «O início da personalidade jurídica. O artigo 66.º do Código Civil Português perdido no tempo e contra a ciência», *Brotéria*, Vol. 148 (1999), pp. 539-548.
- , «Da Privacidade dos Dados Genéticos», *Forum Iustitiae*, n.º 15, Setembro de 2000, Lisboa, pp. 56-58.
- , «Do direito à autodeterminação informativa - O direito de não saber o seu estado de saúde», *Forum Iustitiae. Direito e Sociedade*, N.º 12, Lisboa, Junho de 2000.
- , «Genética e Direito Penal», *Revista de Direito Penal*, Ano II, N.º 1, Lisboa, 2003, pp. 47-43.
- , «Testes Genéticos, Terapia Génica, Clonagem», in *Estudos de Direito da Bioética* (José de Oliveira Ascensão coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 309-328.
- , *Direito ao Património Genético* (reimp.), Almedina, Coimbra, 2006.
- , *Direito do Genoma Humano*, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007.
- , «Investigação da filiação», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 29-72.
- BARROS, ALBERTO, «O embrião em risco», *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Gráfica de Coimbra (RUI NUNES e HELENA PEREIRA DE MELO, coord.), Coimbra, 2001, pp. 155-156.
- , «Genoma Humano», *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 161-163.
- BERGEL, SALVADOR DARIO, «Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 9 - 1998, pp. 37-58.
- CAREY, NESSA, *Epigenetics revolution – How Modern Biology is Rewriting Our Understanding Of Genetics, Disease and Inheritance*, Columbia University Press, 2013.
- CARVALHO, GISELE MENDES DE, «La protección penal del patrimonio genético en Brasil (comentarios a la nueva “ley de bioseguridad”, de 24 de marzo de 2005)», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 23, 2005, pp. 29-34.
- CASABONA, CARLOS MARÍA ROMEO, «Investigação e Terapia com Células-Mãe Embrionárias. Qual Regulamento Jurídico para a Europa?», in *Bioética e o Novo Código Civil de 2002*, AA. VV. (MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ – BRUNO TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, coord.), DelRey, Belo Horizonte, 2004, pp. 142-154.
- , «Ethical, legal and Social Issues Related to Cell Therapy», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 28, Julio-Diciembre 2008, pp. 141-158.
- CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE, «Direito e inovações biotecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito)», *O Direito*, Ano 126.º, N.º 3/4 Jul.-Dez. 1994.
- COSTA, JOSÉ M. CARDOSO DA, «Genética e pessoa humana. Notas para uma perspectiva jurídica», *ROA*, Ano 51.º, Jul. 1991, pp. 459-475.

Bibliografia

- CRUZ, CARLA, «Genética Forense – Uma Ciência com passado, presente e futuro», *Investigação Criminal* (Revista semestral da ASFIC), N.º 4, 2012, pp. 88-110.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, «Na era da tecnologia genética – Que caminhos para o direito penal médico?», *RPCC*, Ano 14.º- Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 241-262.
- ESER, ALBIN, «Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 38, Fasc/Mês 2, 1985), pp. 346-364, acessível em: http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3470/pdf/Eser_Genetica_humana_desde_la_perspectiva.pdf (acedido em 18-10-2012).
- FERREIRA, ANA ELISABETE, «A Intangibilidade da Identidade Genética Humana - um direito humano? Porquê?», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, N.º 16, 2012, pp. 109 ss.
- FREITAS, SUSANA FREITAS, «O Anonimato do Dador e o Direito a conhecer a própria Origem. Uma aproximação de Direito Comparado», in *Dereito – Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela* – Vol. 19, N.º 1, 2010, pp. 41-69.
- GALLARDO ORTIZ, MIGUEL ÁNGEL, «Una aproximación a la genética forense y criminológica», *Revista Española de Psiquiatría Forense, Psicología Forense y Criminológica*, N.º 2, Ed. Diaz dos Santos, Mayo 1997, pp. 57-63.
- GALLOUX, JEAN-CHRISTOPHE, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse, Bordeaux, 1988.
- GROS, FRANÇOIS, *L'Ingénierie du vivant*, Odile Jacob, Ed., Paris, 1990.
- , *Os segredos do gene* (trad. de Ana Sampaio), Pub. Dom Quixote, Lisboa, 1991.
- HERMITTE, MARIE-ANGÈLE, «Utopies et génome humain, une approche juridique», in L. Sfez (dir): *L'utopie de la santé parfaite*, PUF, collection La politique éclatée – Actes du Colloque de Cerisy, 11 au 19 juin 1998, 2001.
- HUBER, G., «Vers un anti-destin», in *Vers un anti-destin? Patrimoine génétique et droits de l'humanité* (F. GROS - G. HUBER), Ed. Odile Jacob, Paris, 1992.
- JACQUARD, ALBERT, *O Homem e os seus Genes* (trad. Joaquim Nogueira Gil), Instituto Piaget, Lisboa, 1995.
- JORDAN, BERTRAND, *Os impostores da Genética* (trad. Augusto Joaquim), Terramar, Lisboa, 2003.
- KHAN, A., «Le clonage “thérapeutique” et le statut de l'embryon», *Le clonage* (coordonné par A. MCLAREN), Editions du Conseil de l'Europe, (2002), p. 117 e ss.
- KNOPPERS, BARTHA MARIA, *Le Génome Humain: Patrimoine Commun de l'Humanité?*, Éd. Fides, Montréal, 1999.

- LENOIR, NOËLLE, «UNESCO's Universal Declaration on the human genome and human rights, 11 November 1997», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 9 1998, pp. 59-90.
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS G., *Transplantações: Um Olhar Constitucional*, Coleção Argumentum/9, Coimbra Ed., Coimbra, 1995.
- , «A european status of the embryo?», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998.
- , «O direito à identidade genética do ser humano», *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica* 40, Coimbra, 1999, pp. 263-389.
- , «The Kemp Principles: A Bio-Legal Perspective», In *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw, Vol. II, Partners' Research. Report to the European Commission of the BIOMED-II Project*, ed. Jacob Dahl Rendtorff and Peter Kemp, Guissona (Catalunya), Spain: Centre for Ethics and Law (Copenhagen) and Institute Borja de Bioethica (Barcelona), 2000, pp. 65-77.
- , «Os Genes do Nosso (Des)Contentamento (Dignidade Humana e Genética. Notas de Um Roteiro)», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXXVII, 2001, pp. 163-210, ed. ut *Direito Público*, Vol. 1, N.º 5, Jul.-Set. 2004, pp. 113-145.
- , «O estatuto do embrião», *Novos Desafios à Bioética* (LUÍS ARCHER - JORGE BISCAIA - WALTER OSSWALD - MICHEL RENAUD, coord.), Porto Editora, Porto, 2001, pp. 110-121.
- , «Protocolo Adicional - Comentários Finais», in *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 171-203.
- , «Células estaminais», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 2*, N.º 4, 2004, pp. 11-26.
- , «Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida», *BFDUC*, Ano 80 2004, Coimbra, pp. 137-183.
- , «Dignidade e direitos do embrião», *Cadernos de Bioética – Revista Portuguesa de Bioética* 16 (2005/39), p. 369-404.
- , «Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 3*, N.º 6, 2006, pp. 5-48.
- , «Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito», *Revista Portuguesa de Bioética* (2007/3), pp. 263-280.
- , «Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito -II », *Revista Portuguesa de Bioética* (2008/4), pp. 37-83.
- , «“O nosso pai é o dador n.º xxx”: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 7*, N.º 13, 2010.
- , «Adeus a Delfos? Saber, não saber e medicina preditiva», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 8*, N.º 15, 2011, pp. 5-28.
- , «Bios, Tempo(s) e Mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011 ed ut *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV (MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica n.º 101 Ad Honorem*, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 479-514.

- , «Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação – Tópicos em torno da maternidade de substituição», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 1387-1430.
- LÚCIO, ÁLVARO LABORINHO, «A Genética e a Pessoa – O Direito à Identidade», *RMP*, N.º 88, Out.-Dez. 2001, pp. 7-20.
- MARQUES, JOÃO P. REMÉDIO, «Introdução ao problema das invenções biotecnológicas. Algumas considerações», *Direito Industrial*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 177 e ss.
- , *Patentes de Genes Humanos?*, Coimbra Ed., Série Direito Biomédico, N.º 4, Coimbra, 2001.
- , «Invenções de genomas – O problema das patentes», *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 187-234.
- , «A patenteabilidade dos métodos de diagnóstico, terapêuticos e cirúrgicos: questão (bio)ética ou questão técnica? – O actual estado do problema», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 3*, N.º 5, 2006.
- , *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual, vol. I - Direito de Autor. Direito de Patente. Modelo de Utilidade. Desenhos ou Modelos*, Coimbra: Almedina, 2007.
- , *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual, vol. II - Obtenções Vegetais. Conhecimentos Tradicionais. Sinais Distintivos. Bioinformática e Bases de Dados. Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MAURON, ALEXANDRE, «Is the Genome the Secular Equivalent of the Soul?», *Science*, vol. 291, Fevereiro 2001.
- MELO, HELENA PEREIRA DE, «O estatuto jurídico do embrião de iure condendo», *Brotéria*, Vol. 148 (1999), pp. 549-564.
- , «Alguns aspectos do estatuto jurídico do embrião gerado in vitro e não implantado», *Brotéria*, Vol. 149 (1999).
- , «Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas», *Genética e Reprodução Humana*, Col. Bioética Hoje I (RUI NUNES - HELENA PEREIRA DE MELO, coord.), Serviço de Bioética e Ética Médica – Fac. Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2000.
- , «O embrião e o direito», *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Gráfica de Coimbra (RUI NUNES e HELENA PEREIRA DE MELO, coord.), Coimbra, 2001, pp. 157-188.
- , «O Diagnóstico Pré-Implantatório e os Direitos das gerações Futuras», in *Genoma e Dignidade Humana*, Col. Bioética Hoje V (RUI NUNES - HELENA PEREIRA DE MELO – CRISTINA NUNES, coord.), Serviço de Bioética e Ética Médica – Fac. Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 155-204.
- , *Implicações Jurídicas do Projecto do Genoma Humano. Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid?*, I, Colectânea Bioética Hoje, N.º 14, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2007.
- , «O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo (FERNANDO ALVES

- CORREIA - JÓNATAS M. MACHADO - JOÃO CARLOS LOUREIRO, coord.) *Studia Iuridica* n.º 104, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 515-544.
- MORA, ASIER URRUELA, «Los principios de responsabilidad y de precaución como ejes de la intervención jurídica en el campo de la Genética y de las Biotecnologías», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 1, N.º 1, 2004.
- , «Genética y derecho: aspectos fundamentales», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 10, N.º 19, jan.-jun 2013.
- MORETTI, JEAN MARIE – DINECHIN, OLIVIER, *O Desafio da Genética* (trad. de Luis Almeida Campos), Ed. Notícias, Lisboa, 1988.
- MORGADO, IGNASI, *Psicobiologia: de los genes a la cognición y el comportamiento*, Ariel, Barcelona, 2005.
- MUÑOZ, E. MONER, «Las intervenciones corporales», *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 2004.
- MUÑOZ, EMÍLIO, «El Proyecto Genoma Humano: pros y contras», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 2, 1995, pp. 29-34.
- MURILLO, R. SALAZAR, *Intervenciones corporales y tutela de los derechos fundamentales*, Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 2000.
- NUNES, RUI MANUEL LOPES, «Informação genética pessoal e informação de saúde», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008 [pp. 299-316].
- , *GeneÉtica*, Ed. Almedina, Coimbra, 2013.
- NUNES, RUI - MELO, HELENA PEREIRA DE - NUNES, CRISTINA, *Genoma e Dignidade Humana*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2001.
- PANDIKATTU, KURUVILLA, «De Humanos a Sobre-Humanos: O Projecto do Genoma Humano e o Desafio Crucial que Representa», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 665-684.
- PERIS RIERA, JAIME M., «Condicionantes genéticos y responsabilidad penal ¿hacia un renacimiento de los planteamientos deterministas fundadores de la culpabilidad?», *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.)*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 93-108.
- RAMACHANDRAN, GOWRI, «Against the Right to Bodily Integrity: Of Cyborg and Human Rights», *Denver University Law Review*, N.º 87, 2009, pp. 13 ss.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Ed. – Série Direito Biomédico n.º 10, Coimbra, 2005.
- , «Direitos Reprodutivos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 2, N.º 3, 2005.

- , «Em nome do Pai (...Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) – Análise do art. 6.º da Lei 32/2006», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 4, N.º 7, 2007.
- , «Pode Trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião – Os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantatório», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 4, N.º 8, 2007.
- , «O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários», *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*; Ano 5, N.º 9, 2008.
- , «Vende-se gâmeta em bom estado de conservação» - O obscuro mercado das células produtivas», *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*; Ano 6, N.º 12, 2009.
- , «A vida num código de barras», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV (MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica n.º 101 Ad Honorem, BFDUC*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 935-968.
- , «Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida», *RMP*, N.º 125, Jan.-Mar. 2011, pp. 169-217.
- , «O corpo humano – “a nova galinha dos ovos de ouro”», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 8, N.º 15, 2011, pp. 47-64.
- , «Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*)», *RMP*, N.º 132, Out.-Dez. 2011, pp. 71-126.
- , «Juridical Status of Human Embryos and Foetus at the Oviedo Convention», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, N.º 17, 2012, pp. 171-185.
- , «Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 37, Julio-Diciembre 2012, pp. 93-122.
- , «Biodireitos: The new kids on the juridical playground», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo (FERNANDO ALVES CORREIA - JÓNATAS M. MACHADO - JOÃO CARLOS LOUREIRO, coord.), *Studia Iuridica n.º 104, BFDUC*, Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- , *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina – Col. Vieira de Almeida & Associados, Coimbra, 2013.
- , «Aqueles que nasceram (breve excursão sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais)», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 1065-1109.
- , *O Direito à Imortalidade - O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Almedina – Col. Teses de Doutoramento, Coimbra, 2014.
- REGATEIRO, FERNANDO J., «The human genome», *Brotéria Genética*, vol. 22 (2001), pp. 49-59.
- , *Manual de Genética Médica*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.
- REIS, RAFAEL LUIS VALE E, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Centro de Direito Biomédico - FDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2008.

- , «O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 193-224.
- RIBEIRO, FILIPA M. - PEREIRA, LUÍSA, *O Património Genético Português – A História Humana preservada nos Genes*, Ciência Aberta, Gradiva, Lisboa, 2009.
- RICHARDSON, EILEEN - TURNER, BRYAN, «Bodies as Property : from Slavery to DNA Maps», in *Body Love and Laws* (ANDREW BAINHAM - SHELLEY SCLATER - MARTIN RICHARDS, eds), Hart Publishing, Oxford-Portland, 2002, pp. 32 ss.
- SANTOS, AGOSTINHO DE ALMEIDA, *Razões de ser, Genética e reprodução Humanas. Conflitos e Contradições*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1994.
- , «Os pilares da nova genética. Eficácia, prudência, razão», *Communio – Revista Internacional Católica*, Ano XIV, N.º 5 – UCP, Lisboa, 1997.
- , «Os inícios da vida», *A investigação portuguesa: desafios de um novo milénio, Actas do II Encontro de Investigadores Portugueses (Setembro de 1998)* – Ed. Fundação Calouste Gulbenkian – CGD – FLAD – Universidade dos Açores, Ponta Delgada, 2001.
- SEÑA, JORGE MALEM, «Privacidad y mapa genético», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 2, 1995, pp. 159-183.
- SILVA, MARIA LUÍSA PORTOCARRERO DA, «Autonomia da pessoa e determinismo genético», *Genoma e Dignidade Humana, Colectânea Bioética Hoje*, V, Gráfica de Coimbra, Ld.ª, Coimbra, 2002, pp. 9-24.
- SILVER, LEE M., «O controlo de genes que os pais transmitem aos filhos: políticas e consequências», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 447-462.
- SOBRINHO SIMÕES, MANUEL, *Gene, Célula, Ciência, Homem, Verbo*, Lisboa, 2010.
- , *O Cancro*, Fundação Francisco Manuel dos Santos – Ensaios da Fundação, Lisboa, 2014.
- SOUZA, PAULO VINÍCIUS SPORLEDER DE, *A criminalidade genética*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- , *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana - Contributo para a Compreensão dos Bens Jurídicos Supra-Individuais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- TASCHKE, JURGEN – BREIDENSTEIN, FELIX, *Die Genomanalyse im Strafverfahren*, 1^{te} Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.
- TONINI, PAULO, «Informazione genetica e processo penale ad un anno dalla legge», *Diritto Penale e Processo*, 7/2010, pp. 883-890.
- VALLAURI, LUIGI LOMBARDI, «Manipolazione genetica e diritto», *Rivista di Diritto Civile*, 31 – 1.º, Padova, 1985, pp. 1-23.
- WATSON, JAMES D., *A Dupla Hélice*, Gradiva, Lisboa, 2003.

ZARAGOZA, FEDERICO MAYOR, «Gen-Ética», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 18, 2003, pp. 15-20.

Ingerências Corporais

BARRA DA COSTA, JOSÉ M., *Perfis Psicocriminais. Do Estripador de Lisboa ao Profiler*, Pactor, Lisboa, 2013.

BOTELHO, MARTA MADALENA, «O Exame Neurológico P300 em tribunal e a (in)Viabilidade da sua Utilização no Processo Penal Português», *RPCC*, Ano 24 – N.º 1, jan.-mar. 2014, pp. 57 -86.

BRANCO, MARIA JOÃO R., «Escrita Manual: Princípios Básicos do Exame Pericial», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 343-369.

BUCHO, JOSÉ M. SAPORITI MACHADO DA CRUZ, «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência *v.* direito à não auto-incriminação (notas de estudo)», sítio do T. da Relação de Guimarães, acessível em http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf (arq.).

CALDAS, ALEXANDRE CASTRO, «Existirá um homem neuronal?», *Consciência e Cognição*, DINIS, ALFREDO – CURADO, J. M., org.), Publicações da Faculdade de Filosofia, UCP, Braga, 2004.

———, *A herança de Franz Joseph Gall. O cérebro ao serviço do comportamento humano*, McGraw-Hill, Lisboa, 2000.

FREITAS-MAGALHÃES, ARMINDO, *O Código de Ekman: O Cérebro, a Face e a Emoção*, Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2011.

———, *A Psicologia das Emoções: O Fascínio do Rosto Humano*, Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2007.

LAIA, MIGUEL, «A intervenção neurológica na perícia médico-legal: Algumas reflexões», *RPDC*, Vol. 19, 2009, pp. 147-160.

LAGOA, ARLINDO MARQUES, «Queiloscopia», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, 2008.

LLORENTE, MIGUEL ÁNGEL ROBLES - RAMOS, ANTONIO VEJA, *Grafoscopia y pericia caligráfica forense*, Ed. Bosch, 2009.

KONVALINA-SIMAS, TÂNIA, *Profiling Criminal. Introdução à Análise Comportamental no Contexto Investigativo*, Rei dos Livros, Lisboa, 2012.

MARNE, PATRÍCIA, *Manual de Grafologia. Introdução aos princípios básicos do exame grafológico*, 2.ª ed., Ed. Replicação, Ld.ª, Lisboa, 2007.

MARTINS, MILENE VIEGAS, *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, AAFDL, Lisboa, 2014.

- PINHEIRO, MARIA DE FÁTIMA, «Identificação Individual – Dactiloscopia e Genética Forense», *Maia Jurídica*, Ano VI, N.º 1, Jan.-Jun. 2008, pp. 65-78.
- PINHEIRO, MARIA DE FÁTIMA - LAGOA, ARLINDO M., «Impressões Digitais como Evidência para Identificação Genética», *Polícia e Justiça*, (*Revista do ISPJCC*), N.º 7 - III Série: Jan.-Jun. 2006, pp. 253-271.
- , «Amostras Low Copy Number», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO Org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, 2008, pp. 59-81.
- PINHEIRO, MARIA DE FÁTIMA - CORREIA, PEDRO, «Escrita Manual: Princípios Básicos do Exame Pericial», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 119-157.
- PINTO, LARA SOFIA, «Privilégio contra a auto-incriminação *versus* colaboração do arguido. *Case study*: revelação coactiva da *password* para descriptação de dado - resistance is futile?», *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (FREDERICO L. COSTA PINTO e TERESA PIZARRO BELEZA coord.), Almedina, Coimbra, 2011.
- REGO, CARLOS LOPES DO, «Ausência do arguido na audiência que procedeu à leitura da sentença; constitucionalidade do art. 373.º, n.º 3 do Código de Processo Penal», *RMP*, Jul.-Set. 2009, N.º 95, pp. 91-94.
- RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS DIAS – DOMINGUEZ, ANA I. CEREZO, *Videocámaras y prevención de la delincuencia en lugares públicos; análisis jurídico y criminológico*, Tirant Lo Blanch («Criminología y Educación Social» - Serie menor), Valencia, 2011.
- SOUSA, JOÃO H. GOMES DE, «O Reconhecimento de Pessoas no Projecto de Código de Processo Penal», *Julgar*, N.º 1 - 2007, pp. 155-169.
- , «A “Perícia” Técnica ou Científica Revisitada numa Visão Prático-Judicial», *Julgar*, Set.-Dez. 2011, pp. 27-52.
- TURVEY, BRENT E., «Behavioral Evidence: The Necessity of Crime Reconstruction to Criminal Profiling Efforts» *Profiling, Vitimologia & Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 245-249.
- VIEIRA, ANDREIA GOMES, «Perícia Forense de Escrita Manual vs. Grafologia», in *Polícia e Justiça*, IIIª Série, Setembro/Dezembro 2005, pp. 53-68.
- , «A Escrita Manual: um Produto Individual, Singular e Único», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, 2008.
- VIEIRA, DUARTE NUNO, «A “missão” de avaliação do dano corporal em direito civil», *Sub Judice - Justiça e Sociedade*, N.º 17, 2001, pp. 23-30.
- WHITE, JOHN H. - LESTER, DAVID - GENTILE, MATTHEW - ROSENBLEETH, JULIANA, «The utilization of forensic science and criminal profiling for capturing serial killers», *Forensic Science International*, Vol. 209, Issue 1, 15, June 2011, pp. 160-165.

(In)imputabilidade

- ALBERGARIA, PEDRO SOARES DE, «Aspectos judiciais da problemática da inimputabilidade», *RPCC*, Ano 14, Fasc. 3 – Jul.-Set. 2004, pp. 381-396.
- , «Anomalia Psíquica e Capacidade do Indivíduo para estar em Juízo», *Julgar*, N.º 1 - 2007, pp. 173-182.
- ALMEIDA, CARLOTA PIZARRO, *Modelos de Inimputabilidade: da Teoria à Prática*, Almedina, Coimbra, 2000.
- , «A inimputabilidade por anomalia psíquica: questões jurídicas de ordem substantiva e processual», *RFDUL*, vol. 43, n.º 2 (2002), pp. 1005-1018.
- , «Inimputabilidade: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1999», in *Casos e Materiais de Direito Penal*, AA. VV., Almedina, Coimbra, 2004.
- , «Toxicod dependência e inimputabilidade», in *Actas do I Curso sobre Problemas Jurídicos da Droga e da Toxicod dependência (promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa e pelo Instituto Português da Droga e da Toxicod dependência, entre 8 de Março e 21 de Junho de 2002) – Suplemento 2003 da RFDUL*, vol. II.
- ALMEIDA, FERNANDO – CARVALHO, DANIELA, «Homicidas e Doença Mental Grave: a Propósito de uma Amostra de Homicidas Submetidos a Perícia Psiquiátrica Forense», *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 290-310.
- ANTUNES, MARIA JOÃO, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis: os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982*, *Studia Iuridica* n.º 2, BFDUC - Coimbra Ed., Coimbra, 1993.
- , *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra Ed., Coimbra, 2002.
- , «O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica», *RPCC*, Ano 13.º, Fasc. 3 Jul.-Set. 2003, pp. 347-363.
- , «Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica», *RBCC*, Ano 11, n.º 42 - Jan.-Mar. 2003 (Número especial dedicado ao 8.º Seminário Internacional e ao 1.º Fórum Latino-Americano de Política Criminal) pp. 90-102.
- AZEVEDO, ANDRÉ M. LACERDA, «Direito penal e emoções: a influência da personalidade na formação da culpa jurídico-penal», *RBCC*, Ano 21 - N.º 101, mar.-abr. 2013, pp. 97-121.
- BOMBARDA, MIGUEL, *A consciência e o livre arbítrio*, 2.ª ed., Parceria António Maria Pereira, Lisboa, 1902.
- BRITO, TERESA QUINTELA DE, *Crime praticado em estado de inimputabilidade auto-provocada por via de consumo de álcool ou drogas: contributo para uma análise do art. 282.º do Código Penal à luz do princípio da culpa*, AAFDL, Lisboa, 1991.
- CALVIN, WILLIAM H., *Como pensa o cérebro. A evolução da inteligência, ontem e hoje* (trad. Alexandre Tort, originalmente publicado em 1996), Rocco – Temas e Debates, Lisboa, 2004.
- CAMPBELL, KEITH, *Body and Mind*, Macmillian, Un. Michigan, 1971.

- CORDEIRO, DIAS, *Manual de Psiquiatria Clínica*, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.^a ed., Lisboa, 2009.
- , *Psiquiatria Forense: a pessoa como sujeito ético em medicina e em direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.^a ed., Lisboa, 2011.
- COSTA, JOANA, «A relevância jurídico-penal das perturbações da personalidade no contexto da inimputabilidade», *Julgar*, set.-dez. 2011, pp. 53-81.
- DIAS, AUGUSTO SILVA, «Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais», AA. VV., *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 57-80.
- , «A experiência Milgram e a responsabilidade jurídico-penal: um ensaio sobre a banalidade do mal», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 211-252.
- DINIS, ALFREDO - CURADO, J. M. (org.), *Mente, Self e Consciência*, Braga, Faculdade de Filosofia de Braga, 2007.
- EDELMAN, GERALD M., *Biologie de la Conscience*, Odile Jacob. Sciences, Paris, 1992 .
- , *Biologia da consciência. As raízes do pensamento* (trad. de Jorge Domingues Nogueira), Instituto Piaget, Lisboa, 1995.
- FERNÁNDEZ, JORGE VIZUETA, «El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme - El art. 60.º del Código Penal», *RECPC*, 09-04 (2007), pp. 04:1-04:15 (acessível em <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-04.pdf>).
- GARRIDO, VICENTE, *Cara a cara con el psicópata*, Ariel, Barcelona, 2004.
- GRUEN, A., *A loucura da normalidade*, Assírio e Alvim, Lisboa, 1995.
- MANITA, CELINA, «Personalidade criminal e perigosidade: da “perigosidade” do sujeito criminoso ao(s) perigo(s) de se tornar objecto de uma “personalidade criminal”», *RMP*, Jan.-Mar. 1997, N.º 69, pp. 55-80.
- MEIRELLES, JUSSARA, «A doença bipolar e o ambiente socioeconómico que a propicia: uma leitura do regime de incapacidades», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6 - N.º 11, 2009.
- MENDES, PAULO DE SOUSA, «A imputação dolosa e as emoções», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 227-249.
- MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO, *Perigosidade de inimputáveis e «in dubio pro reo»*, *Studia Iuridica*, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 1997.

- MONTEIRO, ELIZABETE AMARELO, *O Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*, Coimbra Ed. – Grupo Wolters Kluwer, Coimbra, 2012.
- NEVES, JOÃO CURADO, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008.
- , «As emoções no sistema exculpatório do Código Penal Português», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 169-182.
- PALMA, MARIA FERNANDA, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal», *Sub Jjudice - Justiça e Sociedade*, n.º 11 (Jan.-Jun. 1996), Lisboa, pp. 61-64.
- , *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2005.
- , «O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo», *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias* (PAULO P. ALBUQUERQUE, coord.), Coimbra Ed, Coimbra, 2011.
- , «Modelos de relevância das emoções no Direito Penal e sua relação com diferentes perspectivas filosóficas e científicas», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 113-127.
- PELISSIER, M., *La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne*, Thèse, Paris, 1977.
- RODRIGUES, J. N. CUNHA, «Perspectiva jurídica da intimidade da pessoa», *Lugares do Direito*, Coimbra Ed. Coimbra, 1999, pp. 27-50.
- , «Sobre o estatuto jurídico das pessoas afectadas de anomalia psíquica», *Lugares do Direito*, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 51-78.
- VEIGA, ANTÓNIO MIGUEL, «"Concurso" de crimes por inimputáveis em virtude de anomalia psíquica: "cúmulo" de medidas de segurança?», *Julgar*, N.º 23, mai.-ago. 2014, pp. 239-264.
- VIEIRA, JOÃO, «Inimputabilidade – Conhecimento após a pronúncia», *RMP*, N.º 79, Jul.-Set. 1999, pp. 145-152.

Intervenções corporais probatórias

- AGOSTINHO, PATRÍCIA NARÉ, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 2015 (ed ut dissert. de Mestrado, FDUC, Coimbra, 2012).
- AGRELO, J. A. VARELA, «El cuerpo humano como medio de prueba, en especial, las intervenciones corporales», *BIMJ*, N.º 1772, Abril 1995, pp. 15-28.
- AMIGO, L. GÓMEZ, *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- BRAVO, JORGE DOS REIS, «Intervenções corporais probatórias e direitos fundamentais: compatibilidade e limites», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*,

Vol. 1 - Número 1 - 2012, pp. 185-200 (*ed ut em*: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/download/2972/2234> - arq.).

BRITO, ANA BÁRBARA SOUSA E, *A Negligência Inconsciente: entre a Dogmática Penal e a Neurociência*, col. Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2015.

CANLE, INÉS C. IGLESIAS, *Investigación Penal sobre el Cuerpo humano y Prueba Científica*, Ed. Colex, Madrid, 2003.

———, «La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad», *Investigación y prueba en el proceso penal*, (N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, dir.), Madrid, 2006, pp. 175 ss.

CARVALHO, L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE, «A Constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?», *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente de Paulo Barretto*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, ed ut in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Ano 2 – Vol. II, Jan.-Dez. 2008, pp. 215-242 acessível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_2a_edicao_rj.pdf - (arq.).

DIAS, JOÃO ÁLVARO, «Danos corporais: agravamento e caso julgado», *RPDC*, Vol. 6, 1996, pp. 25-46.

———, «Dano Corporal - Uma realidade não subsumível à perda (ou diminuição) da capacidade de ganho», *RPDC*, Vol. 10, 2000, pp. 71-98.

———, *Dano Corporal - Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Col. Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2004.

———, «Algumas considerações sobre o chamado dano corporal», *RPDC*, Vol. 11, 2001, pp. 37-75.

———, «Como avaliar os danos corporais?», *RPDC*, Vol. 12, 2002, pp. 9-48.

———, «Dano corporal - lesões pré-natais e maus tratos infantis», *RPDC*, Vol. 13, 2003, pp. 53-82.

———, «Dano corporal – O caso específico do genoma humano», *RPDC*, Vol. 14, 2004, pp. 33-54.

DÍAZ CABIALE, J.A., «Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)», *Cuadernos de Derecho Judicial - Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*, CGPJ, Madrid, 1996.

DINIS, JOAQUIM J. SOUSA, «Avaliação e reparação do dano patrimonial e não patrimonial (no domínio do Direito Civil)», *RPDC*, Vol. 19, 2009, pp. 51-68.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el Proceso Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1999.

EVANGELIO, ÂNGELA MATTALÍN, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Col. Los Delitos, n.º 82, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FERNÁNDEZ ACEBO, MARÍA DOLORES, *La Tutela de los Derechos Fundamentales a la Intimidad e Integridad Física frente a la actuación de los Poderes Públicos sobre el Cuerpo Humano - una Perspectiva Constitucional sobre las Intervenciones Corporales y otras diligencias de investigación*,

- Dissert. de Doutoramento, Facultad de Derecho, A Coruña, 2013 (acessível em: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/11704/2/Fernandez%20Acebo_Maria%20Dolores_TD_2013.pdf – arq.).
- FIORI, ARIANE TREVISAN, *A Prova e a Intervenção Corporal - A Sua Valoração no Processo Penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- FRAZÃO, SOFIA, «Avaliação Médico-Legal do "Dano-Futuro". Que critérios?», *RPDC*, Vol. 18, 2008, pp. 51-66.
- HERNÁNDEZ, A. GIL, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 1995.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, «Intervenciones corporales. Jurisprudencia constitucional», *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 1891-1918.
- , «Los escáneres personales en los aeropuertos - Proporcionalidad de los sacrificios», *Estudios Jurídicos*, N.º 2010 (2010) (acessível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4177627> arq.).
- , «Escáneres personales y intimidad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 2 – 2010, pp. 97-114.
- MAGALHÃES, TERESA, *Estudo Tridimensional do Dano Corporal: Lesão, Função e Situação. Sua Aplicação Médico-Legal*, Almedina, Coimbra, 1998.
- , «O trauma e o dano na pessoa. Para uma avaliação global e personalizada do dano corporal», *Boletim de Medicina Legal e Toxicologia Forense*, Vol. XIII (1), 1999, pp.13-26.
- MAGALHÃES, TERESA - COSTA, DIOGO PINTO - VIEIRA, DUARTE NUNO - CORTE-REAL, FRANCISCO, «Avaliação do dano corporal em direito penal: breves reflexões médico-legais», *Revista de Direito Penal*, Vol. 2, N.º 2, 2003, pp. 63-82.
- MAGALHÃES, TERESA - C. HAMONET, C., «O dano pessoal», *RPDC*, Vol. 10, 2000, pp. 49-69.
- MAGALHÃES, TERESA - COSTA, DIOGO PINTO, «Avaliação do Dano na Pessoa em sede de Direito Civil. Perspectivas Actuais», *RFDUP*, Ano 4 (2007), pp. 421-545.
- MARÍN, MARÍA ÁNGELES PÉREZ, *Inspecciones, registros e Intervenciones Corporales – Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Monografía, 527, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- , «Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 95, 2008, pp. 131 ss.
- , «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *RMP*, N.º 132, Out.-Dez. 2011, pp. 127-164.
- MARTÍNEZ-PEREDA, CONSUELO MADRIGAL, «Intervenciones corporales: la toma de muestras biológicas y prueba de ADN en el proceso penal de menores», Curso *La prueba en el proceso penal de menores*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2011 (acessível em http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/img/ventana_nueva.gif, acedido em 13-12-2013).
- MATALLÍN EVANGELIO, ÁNGELA, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- MAXIMIANO, ANTÓNIO HENRIQUE RODRIGUES, «Os Parâmetros Jurídicos da Força Física», *Cadernos de Cidadania*, ed. CML - Cultura, Biblioteca Museu República e Resistência, 1996.
- MUÑOZ CUESTA, F. J., «Obtención de muestras del inculpado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N.º 25/2006 – Comentario.
- MUÑOZ, E. MONER, «Las intervenciones corporales», *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 2004.
- MURILLO, R. SALAZAR, *Intervenciones corporales y tutela de los derechos fundamentales*, Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 2000.
- NEYRA KAPPLER, SUSANA ÁLVAREZ DE, «La prueba de ADN en el proceso penal», *Estudios de Derecho Procesal Penal* (ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, dir.), N.º 22, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 1-174.
- , «El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores, Parte I», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 34, 2011, pp. 51-98 (acessível em: <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/34doctrina2.pdf>, acedido em 14-03-2014).
- , «El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores, Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 35, 2011, pp. 41-66 (acessível em: <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/35doctrina1.pdf>, acedido em 15-03-2014).
- PICÓN, FERNANDO REVIRIEGO, «Las intervenciones corporales», *XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España "La tutela judicial de los derechos fundamentales"*, Escuela Judicial, Barcelona. 21 y 22 de febrero de 2012, pp. 1-49.
- SARNACKI, DAVID C., «Analysing the Reasonableness of Bodily Intrusions», *Marquette Law Review*, 1984, Vol. 68, pp. 130-153.
- SAUTTER, BRUNO, «Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372a ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit des § 81a StPO», *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 161, 1962, pp. 215-264.
- SCHAPER, ANDREAS *et al.*, «Surgical Treatment in cocaine body packers and body pushers», *International Journal of Colorectal Disease*, n.º 22, 2007, pp. 1531 – 1535.
- SILVA, INÊS TORGAL M. PEDROSO DA, «A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 - N.º 15, 2011, pp. 159-188.
- TRAUB, STEPHEN J., - HOFFMAN, ROBERT S., - NELSON, LEWIS S., «Body Packing – The Internal Concealment of Illicit Drugs», *New England Journal of Medicine*, 2003, n.º 349, pp. 2519-2526.

VOLK, KLAUS, «Begriff und Beweis subjektiver Merkmale», in *Fünfzig Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft* (CLAUS-WILHELM CANARIS - ANDREAS HELDRICH - KLAUS VON J. HOPT -, org.), 4. Edition, C.H. Beck, München, 2000, pp. 739-753.

Morte

ARIÈS, PHILIPPE, *Sobre a História da Morte no Ocidente*, Teorema, Lisboa, 2011.

BARROSO, LUÍS – LETICIA MARTEL, «A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida», *Panóptica*, 3, 19, 210, pp. 84-93.

BORGES, ANSELMO, «Antropologia do Processo de Morrer», *Brotéria*, vol. 150, 2000, pp. 185-202.

———, *Janela do (In)visível*, Campo das letras, Porto, 2001.

COSTA, JOSÉ F. DE FARIA, «Vida e morte em direito penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 171-196.

———, «À qui appartient le cadavre: quelques réflexions (in)opportunes», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 59-67.

———, «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens* enquanto corpo-próprio, com o direito penal)», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 69-91.

———, «O fim da vida e o direito penal», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 105-162.

CRUZ, JORGE, *Morte cerebral: do conceito à ética*, Climepsi Ed., Lisboa, 2004.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, «A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal», *RLJ*, Ano 137.º - N.º 3949, Março-Abril de 2008, pp. 202-215 *ed ut RBCC*, Ano 21 - N.º 100 janeiro-fevereiro 2013, pp. 15-40.

DOUGLAS, J. DAVIES, *História da Morte*, Teorema, Lisboa, 2011.

DROUOT, PATRICK, *Somos Todos Imortais*, Nova Era, Rio de Janeiro, 1996.

FEIJÓ, RUI - MARTINS, HERMÍNIO - CABRAL, JOÃO DE PINA, *A morte no Portugal contemporâneo. Aproximações sociológicas, literárias e históricas*, Quercó, Lisboa, 1985.

FENWICK, PETER – FENWICK, ELISABETH, *The Art of Dying*, Continuum Books, London, 2008.

FERNANDES, LUÍS CARVALHO, «A definição de morte. Transplantes e outras utilizações do cadáver», *Estudos de Direito da Bioética* (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 61-91.

FERREIRA DA SILVA, J. N., *A morte e o morrer. Entre o deslugar e o lugar*, Afrontamento, Porto, 2013.

- GIL, FERNANDO, «Mors Certa, hora incerta», *A Condição Humana*, AA. VV. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 587-604.
- GODINHO, INÊS FERNANDES, «Implicações jurídico-penais do critério de morte cerebral», in *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, coord.), Wolters Kluwer-Coimbra Ed., Coimbra, 2011, pp. 125-179.
- , «Autonomia e Morte Assistida na relação Médico-Doente», *Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana (O)* (JOSÉ DE FARIA COSTA - URS KINDHÄUSER, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 111-129.
- , *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Comparticipação em Direito Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 2015.
- KAGAN, SHELLY, *Death*, Yale University Press, 2012.
- LUCAS, R. LUCAS, «Morte cerebral e morte do homem: a recuperação da morte humana», *Brotéria*, vol. 150, (2000), pp. 203-222.
- MACHADO, MARIA DO CÉU – COUCEIRO, LUÍSA – ALVES, ISABEL – ALMENDRA, RICARDO – CORTES, MARIA, *A Morte e o Morrer em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2011.
- MAGALHÃES, VASCO PINTO DE - PEREIRA, HENRIQUE M. S., *Pensar a Morte – 8 Palavras*, Tenacitas, Coimbra, 2007.
- MARTINS, ANTÓNIO CARVALHO, *A Colheita de Órgãos e Tecidos nos Cadáveres*, Coimbra Ed., Coimbra, 1986.
- MARTINS, SELMA MARINA LOPES, «Disposições Antecipadas de Vontade, A Experiência Estrangeira Possibilidade de Enquadramento no Direito Português?», *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (DIOGO LEITE DE CAMPOS, coord.), Almedina, Coimbra, 2007.
- MONIZ, HELENA, «Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011, pp. 343-357.
- MONTE, MÁRIO FERREIRA, «Da relevância penal de aspectos onto-axiológico-normativos na eutanásia – Análise problemática», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- MORÃO, HELENA, «Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente», *RPCC*, Ano 16.º, Fasc. 1, Jan.-Mar. 2006, pp. 35-84.
- MORIN, EDGAR, *O Homem e a Morte*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 2.ª ed., 1976.
- NUNES, RUI - MELO, HELENA PEREIRA DE, *Testamento Vital*, Ed. Almedina, Coimbra, 2011.

Bibliografia

- NUNES, RUI - DUARTE, IVONE - REGO, GUILHERMINA, *Eutanásia e Outras Questões Éticas no Fim da Vida*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2009.
- OLIVEIRA, BARROS DE, *Viver a Morte (Abordagem Antropológica)*, Almedina, Coimbra, 1998.
- OSSWALD, WALTER, *Sobre a Morte e o Morrer*, Ensaios da Fundação – FFMS, Lisboa, 2013.
- PESSINI, LÉO, «A Eutanásia na visão das grandes religiões mundiais (Budismo, Islamismo, Judaísmo e Cristianismo)», *O Mundo da Saúde*, S. Paulo, Centro Universitário São Camilo Vol. 23, n.5, out.-set. 1999, pp. 317-331.
- RATO, JOÃO – GABRIEL, VÍTOR, «Verificação, certificação e registo de óbito», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1 - N.º 1, 2004.
- REGATEIRO, FERNANDO J., «Eugenia - passado, presente e futuro», *Brotéria Genética*, vol. 17 (1996), pp. 5-14.
- SARDA, FRANÇOIS, *Le droit de vivre, le droit de mourir*, Seuil, Paris, 1975.
- SCHELER, MAX, *Morte e Sobrevivência*, Edições 70, Lisboa, 1993.
- SCHNETZLER, JEAN-PIERRE, *Da Morte para a Vida*, Ed. Presença, Lisboa, 1998.
- SCIACCA, M. FEDERICO, *Morte e immortalità*, Marzorati, Milão, 1968.
- SERRA, TERESA, *Homicídio qualificado. Tipo de culpa e medida da pena*, Almedina, Coimbra, 1990.
- SILVA, JOÃO RIBEIRO DA, «A morte medicalizada e o pensamento de Hipócrates», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 381-390.
- SOARES, JORGE, «Mors certa, Hora incerta – Valores, Direitos e Escolhas», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- SOROMENHO, LECTÍCIA, «Algumas considerações acerca dos direitos do homem sobre seu próprio cadáver», *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (DIOGO LEITE DE CAMPOS, coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 147-158.
- VERREL, TORSTEN, «Can we legally regulate dying? - The need for legislation in Germany», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.

Neurociências – Psiquiatria – Psicologia

- ALTAVILLA, ENRICO, *Psicologia Judiciária – O Processo Psicológico e a Verdade Judicial – Vol. I*, (reimp. da 2.ª ed., 2003), Almedina, Coimbra, 2007.
- BRITO, ANA BÁRBARA SOUSA E, *A negligência inconsciente entre a dogmática penal e a neurociência*, Almedina – Col Teses de Doutoramento, Coimbra, 2015.

- CHANGEUX, JEAN-PIERRE, *O Homem Neuronal* (trad. Artur J. Pires Monteiro), Pub. Dom Quixote, Lisboa, 1985.
- CHANGEUX, JEAN-PIERRE - RICOEUR, PAUL, *O que nos faz pensar* (trad. de Isabel Saint-Aubyn, originalmente publicado como *Ce qui nous fait penser. La Nature et la Règle*, Editions Odile Jacob, Paris, em 1998), Edições 70, Lisboa, 2001.
- COELHO, CRISTINA M. COSTA, *A Doença Mental (Des)Culpada: um Modelo de Avaliação da Responsabilidade Criminal*, Almedina, Coimbra, 2007.
- COSTA, J. E. PINTO DA, «O direito e a dimensão mental da pessoa humana no tempo e no espaço», *RFDUP*, Ano 3 (2006), pp. 485-503.
- DAMÁSIO, ANTÓNIO, *O Erro de Descartes. Emoção, Razão e o Cérebro Humano*, Publicações Europa-América (Forum da Ciência), Mem Martins, 1994.
- , *O Sentimento de Si. O corpo, a Emoção e a Neurobiologia da Consciência*, Publicações Europa-América (Forum da Ciência), 3.^a ed., Mem Martins, 2000.
- , *Ao Encontro de Espinosa. As Emoções Sociais e a Neurobiologia do Sentir*, Publicações Europa-América (Forum da Ciência), Mem Martins, 2003.
- , *O Livro da Consciência. A construção do cérebro consciente*, Círculo de Leitores, Lisboa, 2010.
- DANTAS, ANTÓNIO LEONES, «Notas sobre o internamento compulsivo na Lei de Saúde Mental», *RMP*, Out.-Dez. 1998, N.º 76, pp. 51-66.
- , «O processo de internamento compulsivo na Lei de Saúde Mental», *RMP*, Mar.-Jun. 2002, N.º 90, pp. 151-166.
- DENNETT, DANIEL C., *Tipos de mentes. Para uma compreensão da consciência* (trad. de Maria Teresa Castanheira, originalmente publicado em 1996), Rocco – Temas e Debates, Lisboa, 2001.
- , *A liberdade evolui* (trad. de Jorge Beleza, originalmente publicado em 2003), Temas e Debates, Lisboa, 2005.
- EDELMAN, GERALD M., *Biologie de la Conscience*, Odile Jacob. Sciences, Paris, 1992 .
- , *Biologia da consciência. As raízes do pensamento* (trad. de Jorge Domingues Nogueira), Instituto Piaget, Lisboa, 1995.
- FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO J. - FRISCH, GÜNTHER – JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Col. Cuadernos Civitas, Madrid, 2012.
- FERNANDES, H. BARAHONA, «Antropociências da Psiquiatria e da Saúde Mental», *I. O Homem Perturbado*, FCG – Serviço de Educação, Lisboa, 1998, pp. 53-100.
- FRISCH, WOLFGANG, «Neurosciences and the future of culpability in Criminal Law», AA. VV., *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 147-165.

- GAZZANIGA, MICHAEL S. - STEVEN, MEGAN S., *Free Will in the Twenty-First Century. A Discussion of Neuroscience and the Law: A Report*, ed. B. Garland, Brent, *Neuroscience and the Law: Brain, Mind and the Scales of Justice*, Dana Press, New York, 2004.
- GAZZANIGA, MICHAEL S., *The Ethical Brain*, Dana Press, New York, 2005.
- , *The Ethical Brain: The Science of Our Moral Dilemmas*, Harper Perennial, 2006.
- , «Neuroscience in the Courtroom», *Scientific American*, 204, Apr. 2011, pp. 54-59 (acessível em: <http://people.psych.ucsb.edu/gazzaniga/michael/PDF/Neuroscience%20in%20the%20Courtroom.pdf> - acedido em 10-05-2014).
- GAZZANIGA, MICHAEL S.- AHARONI, EYAL – FUNK, CHADD - SINNOT-ARMSTRONG, WALTER, «Can Neurological Evidence Help Court Assess Criminal Responsibility? – Lessons from Law and Neuroscience», *Ann. New York Academy of Science*, 1124, 2008.
- GARLAND, BRENT, *Neuroscience and the Law: Brain, Mind, and the Scales of Justice*. New York, Dana Press, 2004.
- GONÇALVES, PEDRO CORREIA, *O Estatuto Jurídico do Doente Mental*, Quid Iuris, Lisboa, 2009.
- GONÇALVES, RUI ABRUNHOSA, «Psicopatia, crime e lei», *RPCC*, Ano 8.º, Fasc. 1, Jan.-Mar. 1998, pp. 67-94.
- , *Psicopatia e processos adaptativos à prisão. Da intervenção para a prevenção*, Centro de Estudos de Educação e Psicologia - Universidade do Minho, 1999.
- , «Promover a mudança em personalidades anti-sociais e psicopatas: Punir, tratar e controlar», *Análise Psicológica* 4 – XXV, 2007, pp. 1-13.
- , *Delinquência, Crime e Adaptação à Prisão*, Quarteto, Coimbra, 2008.
- GONZALEZ-AMADO, BÁRBARA – VÁSQUEZ, MANUEL VILARIÑO, «Contribuciones del Psicólogo Forense a la investigación judicial y policial en el ámbito de la violencia de género», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 143-159.
- GREENE, JOSHUA - COHEN, JONATHAN, «For the Law, neuroscience changes nothing and everything», *The Royal Society*, Nov 26, 2004, pp. 1775-1785.
- HASSEMER, WINFRIED, «Neurociências y culpabilidad en Derecho Penal», *InDret – Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona*, Abril 2011, pp. 1-14 (acessível: em www.indret.com; acedida em 16-06-2013 – Arq.) *ed ut RBCC*, Ano 21, N.º 100, jan.-fev. 2013, pp. 221-226, (com o título «Neurociências e culpabilidade em Direito Penal»).
- HAWKINS, JEFF, *Sobre la inteligencia*, Espasa-Calpe, Madrid, 2005.
- JEANNEROD, MARC, *La Nature de l'Esprit: Sciences Cognitives et Cerveau*, Odile Jacob Ed., Sciences, Paris, 2002.
- KANDEL, ERIC, *À la recherche de la mémoire: une nouvelle théorie de l'esprit*, Odile Jacob Ed., Paris, 2007.
- LAIA, MIGUEL, «A intervenção neurológica na perícia médico-legal: Algumas reflexões», *RPDC*, Vol. 19, 2009, pp. 147-160.

- LATAS, ANTÓNIO JOÃO, «*Processo Penal: caracterização sumária e Prova Pericial*», *Psicologia Forense* (ANTÓNIO CASTRO FONSECA et al., org.), Almedina, Coimbra, 2006, pp. 73 ss.
- LIBET, BENJAMIN, «Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action», *Behavioral and Brain Sciences*, 8, 1985, pp. 529-566.
- , «Do we have free will?», *Oxford Handbook of Free Will* (ROBERT KANE, ed.), 2002.
- LOBO-ANTUNES, JOÃO, «As neurociências e o direito», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume I - Responsabilidade: entre Passado e Futuro (FERNANDO ALVES CORREIA - JÓNATAS M. MACHADO - JOÃO CARLOS LOUREIRO, coord.), *Studia Iuridica* n.º 102, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 85-96.
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS G., «Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida», *BFDUC*, Ano 80 2004, Coimbra, pp. 137-183.
- , «Pessoa e doença mental», *BFDUC*, Ano 81 (2005), Coimbra, pp. 145-187.
- , «Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito», *Revista Portuguesa de Bioética* (2007/3), pp. 263-280.
- , «Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito - II », *Revista Portuguesa de Bioética* (2008/4), pp. 37-83.
- MAIA, LUÍS, «Neuropsicologia Forense», *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 126-144.
- MERKEL, REINHARD (et al.), *Intervening in the Brain. Changing Psyche and Society*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2007.
- MORÃO, HELENA, «Comparticipação e emoções», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 213-226.
- NEVES, ANTÓNIO BRITO, «Notas sobre Wittgenstein, emoções e Direito Penal», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 81-110.
- NUNES, CARLOS A. CASIMIRO, «O Direito Penal e a Psicologia: um Casamento Imperfeito ou um Divórcio Encoberto?», *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 185-201.
- POLÓNIO, PEDRO, *Psiquiatria forense*, Coimbra Ed., Lisboa, 1975.
- , *Psiquiatria - Medicina da Pessoa*, Coimbra Ed., Lisboa, 1978.
- PUNSET, EDUARDO, *Cara a cara con la vida, la mente y el Universo: conversaciones con los grandes científicos de nuestro tiempo*, Ed. Destino, Barcelona, 2005.
- , *Viagem à Felicidade – As novas chaves científicas*, Ed. Dom Quixote, Lisboa, 2007.
- , *El Alma está en el Cerebro – Radiografía de la Máquina de Pensar*, Ed. Destino, Barcelona, 2012.

- ROTH, GERHARD, «Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?», *Hirnforschung und Willensfreiheit* (CHRISTIAN GEYER, ed.), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, pp. 66 ss.
- SACKS, OLIVER, *The Man Who Mistook His Wife for a Hat, and Other Clinical Tales*, Summit Books, New York, 1985.
- , *The Mind's Eye*, Knopf, New York, 2010.
- SHARIFF, AZIM F. – PETERSON, JORDAN B., «Anticipatory Consciousness, Libet's veto and a Close-Enough Theory of Free Will, Consciousness & Emotion. Agency, Conscious Choice and Selective Perception (R. D. ELLIS e N. NEWTON, ed.), John Benjamins, Amsterdam, 2008, pp. 1972-14.
- SCHIEMANN, ANJA, «Kann es einen freien Willen geben? – Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, (29), 2004, pp. 2056 ss.
- SCHNEIDER, U. - BEVELIACQUA, C. - JACOBS, R. - KARST, M. - DIETRICH, D. - BECKER, H. et al., «Effects of Fentanyl and Low Doses of Alcohol on Neuropsychological Performance in Healthy Subjects», *Neuropsychobiology*, 1999, 39, pp. 38-43.
- SEARLE, J. B., *The Mystery of Consciousness*, Granta, London, 1997.
- , *Intencionalidade – Um Ensaio de Filosofia da Mente* (trad. Madalena da Costa, rev. Nuno Nabais), Relógio D'água, Lisboa, 1999.
- , *Mind. A Brief Introduction*, Oxford University Press, 2004.
- SEGALOWITZ, S. J., «Knowing before we Know: Conscious versus preconscious top-down processing and a Neuroscience of intuition», *Brain and Cognition*, Vol. 65 – Issue 2, November 2007, pp. 143-144.
- SINGER, WOLF, «Grenzen der Intuition: Determinismus oder Freiheit?», *Summa - Dieter Simon zum 70. Geburtstag* (R.M. KIESOW - R. OGOREK - S. SIMITIS, ed.), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.
- SOON, C. S. - BRASS, M. - HEINZ, H. J. - HAYNES, J. D., «Unconscious determinants of free decisions in the human brain», *Nature Neuroscience*, 11, 2008.
- SOUSA, RONALD, «The myth of responsibility», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 129-145.
- TEIXEIRA, JOÃO DE FERNANDES, *Filosofia da mente: neurociências, cognição, comportamento*, Editora Claraluz, Brasil, 2005.
- TIBERGHIEU, GUY, *Dicionário de Ciências Cognitivas*, Lexis - Edições 70, Lisboa, 2007.
- VIANA, JOÃO DE MATOS, «A imputação dolosa e as emoções», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 227-249.

VIEIRA, FERNANDO, - GRAÇA, OLINDINA, - GONÇALVES, MARCO, - ALMEIDA, NUNO, «A psiquiatria e a psicologia na avaliação pericial em sexologia forense - a propósito de 4 casos típicos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6 - N.º 12, 2009.

VINCENT, JEAN-DIDIER, *Qu'est-ce que l'homme ?*, Éd. Odile Jacob, Paris, 2000.

———, *Viagem Extraordinária ao Centro do Cérebro*, Texto Editores (Textos de Ciências), Lisboa, 2010.

———, *Le cerveau sur mesure* (com PIERRE-MARIE LLEDO), Éd. Odile Jacob, Paris, 2012.

WALTER, TONIO, «Hirnforschung und Schuldbegriff. Rückschau und Zwischenbilanz», in *Festschrift für F.-C. Schroeder* (ANDREAS HOYER-HENNING E. MÜLLER-MICHAEL PAWLIK, ed.), Müller, Heidelberg, 2006, pp. 131 ss.

WEGNER, DANIEL M., *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge MA, MIT Press, 2002.

Política de Justiça Penal

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «Consenso e Oportunidade», *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, CEJ - Almedina, Coimbra, 1988, pp. 317-358.

———, «O aborto como problema de política criminal», *ROA*, N.º 39, Mai.-Ago., 1979.

BARBAS, STELA M. ALMEIDA NEVES, «O Crime nas Novas Sociedades Pós-Industriais», Sep. Colectânea de Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Francisco Lucas Pires, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 1999, pp. 257-264.

CUSGON, MAURICE, *Pourquoi punir?* Col. Criminologie et Droits de l'Homme, Dalloz, Paris, 1987.

DUARTE, LUÍS MIGUEL, *Justiça e Criminalidade no Portugal medievo* (Dissertação de Doutoramento), Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Porto, 1993.

OLIVEIRA, ODETE MARIA, *Problemática da Vítima de Crimes. Reflexos no sistema jurídico português*, Rei dos Livros, Lisboa, 1994.

SALAS, DENIS, *La Justive Dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, Ed. Les arènes, Paris, 2012.

Procriação medicamente assistida - Biotecnologia

ARAÚJO, FERNANDO B. C., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra, 1999.

ARCHER, LUÍS, «Manipulação genética e Futuro do Homem», *Brotéria - cultura e informação*, vol. 104, 1977, pp. 387-399.

———, «Gerar ou produzir vida humana», *Brotéria - cultura e informação*, Vol. 124, 1987, pp. 519-532.

———, «Clonagem - mito e ciência», *Brotéria - cultura e informação*, Vol. 149, 1999, pp. 75-90.

- , «Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 150, 2000, pp. 337-368.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, «Embrião e personalidade jurídica», *Vida e Direito – Reflexões sobre um Referendo*, Principia, Cascais, 1998.
- , «Procriação assistida e direito», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000.
- , «Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica», *Estudos de Direito da Bioética* (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 25-48.
- , «O início da vida», *Estudos de Direito da Bioética* (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 9-28.
- , «A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida», *ROA*, Ano 67, Dez. 2007, pp. 977-1006.
- , «A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 25-50.
- AZEVEDO, LUÍS ELOY, «O Direito da Procriação entre a Ordem e o Caos», *RMP*, N.º 90, Mar.-Jun. 2002, pp. 91-112.
- ATLAS, CHRISTIAN, «Le contrat de substitution de mère», *Recueil Dalloz-Sirey*, Chron IX, Paris, 1986.
- BARBAS, STELA M. ALMEIDA NEVES, «Consequências da manipulação genética no direito das pessoas e na condição jurídica dos nascituros», *Tribuna da Justiça*, N.º 6 – Out.-Dez., 1990, pp. 83-102.
- , «O início da personalidade jurídica. O artigo 66.º do Código Civil Português perdido no tempo e contra a ciência», *Brotéria*, Vol. 148 (1999), pp. 539-548.
- , «Genética e Direito Penal», *Revista de Direito Penal*, Ano II, N.º 1, Lisboa, 2003, pp. 47-43.
- , «Testes Genéticos, Terapia Génica, Clonagem», *Estudos de Direito da Bioética* (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 309-328.
- , *Direito ao Património Genético* (reimp.), Almedina, Coimbra, 2006.
- , *Direito do Genoma Humano*, Colecção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007.
- , «Investigação da filiação», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 29-72.
- BARBOZA, HELOÍSA HELENA, «Aspectos Jurídicos da pesquisa com células-tronco», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3 - N.º 5, 2006.
- CAMPBELL, K. H. S., «Dolly, la brebis clonée», *Le clonage* (coordonné par A. MCLAREN), Editions du Conseil de l'Europe, (2002), pp. 61-71.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, «A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 73-86.
- CARDOSO, AUGUSTO LOPES, «Procriação humana assistida (alguns aspectos jurídicos)», *ROA*, Ano 51, Abr. 1991, pp. 5-27.

- , «O estatuto jurídico do embrião e o abortamento (Breves reflexões jurídicas)», *Cadernos de Bioética*, Ano 11, N.º 27, 2001.
- , «Eutanásia e suicídio assistido», *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 235-260.
- , «A evolução no direito (ou biodireito)», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 141-152.
- , «A propos du statut juridique de l'embryon (brèves réflexions juridiques)», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 10, N.º 19, jan.-jun 2013.
- COELHO, FRANCISO PEREIRA, «Procriação assistida com gâmetas do casal», Centro de Direito Biomédico da FDUC, N.º 2, Coimbra, 1993, pp. 9-31.
- COSTA, MARTA - SILVA, PAULA MARTINHO DA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)*, Coimbra Ed. – Grupo Wolters Kluwer, Coimbra, 2011.
- DIAS, JOÃO ÁLVARO, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Ed., Coimbra, 1996.
- DIAFÉRIA, ADRIANA, «Patenteamento de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* - Ano 2, N.º 4, 2004.
- DUARTE, TIAGO, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, Coimbra, 2003.
- GARCIA, OLINDA, «A criopreservação privada de células estaminais. Um contrato de depósito?», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5 - N.º 9, 2008.
- GUIMARÃES, ANA PAULA, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra Ed., Coimbra, 1999.
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS G., «A european status of the embryo?», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998.
- , «O direito à identidade genética do ser humano», *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica* 40, Coimbra, 1999, pp. 263-389.
- , «The Kemp Principles: A Bio-Legal Perspective», In *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolan, Vol. II, Partners' Research. Report to the European Commission of the BIOMED-II Project*, ed. Jacob Dahl Rendtorff and Peter Kemp, Guissona (Catalunya), Spain: Centre for Ethics and Law (Copenhagen) and Institute Borja de Bioethica (Barcelona), 2000, pp. 65-77.
- , «Os Genes do Nosso (Des)Contentamento (Dignidade Humana e Genética. Notas de Um Roteiro)», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXXVII, 2001, pp. 163-210, ed. ut *Direito Público*, Vol. 1, N.º 5, Jul.-Set. 2004, pp. 113-145.
- , «O estatuto do embrião», *Novos Desafios à Bioética* (LUÍS ARCHER - JORGE BISCAIA - WALTER OSSWALD - MICHEL RENAUD, coord.), Porto Editora, Porto, 2001, pp. 110-121.

- , «Células estaminais», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2 - N.º 4, 2004, pp. 11-26.
- , «Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida», *BFDUC*, Ano 80, 2004, Coimbra, pp. 137-183.
- , «Dignidade e direitos do embrião», *Cadernos de Bioética – Revista Portuguesa de Bioética* 16 (2005/39), p. 369-404.
- , «Filho(s) de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3 - N.º 6, 2006, pp. 5-48.
- , «“O nosso pai é o dador n.º xxx”: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida heteróloga», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 13, 2010.
- , «Adeus a Delfos? Saber, não saber e medicina preditiva», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 - N.º 15, 2011, pp. 5-28.
- , «Bios, Tempo(s) e Mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011 *ed ut Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV (MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica n.º 101 Ad Honorem*, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 479-514.
- , «Outro útero é possível: civilização (da técnica), corpo e procriação – Tópicos em torno da maternidade de substituição», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 1387-1430.
- MALTA, JOÃO PAULO, «Procriação medicamente assistida heteróloga», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 121-130.
- MEULDERS, KLEIN M. T., «Le Droit de l’Enfant face au Droit à l’Enfant et les Procréations Médicalement Assistés», *Revue Trimestrale de Droit Civil*, 1988.
- NUNES, RUI - MELO, HELENA PEREIRA DE - NUNES, CRISTINA, *Genoma e Dignidade Humana*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2001.
- OLIVEIRA, GUILHERME F. FALCÃO DE, «Aspectos jurídicos da procriação assistida», *ROA*, Ano 49, III, Dez. 1989, pp. 767-791.
- , *Mãe há só uma duas. O contrato de gestação*, Coimbra Ed., Coimbra, 1992.
- , «Legislar sobre Procriação Assistida», *Publicações do Centro de Direito Biomédico da FDUC*, N.º 2, Coimbra, 1993, pp. 73-97.
- , «Implicaciones jurídicas del conocimiento del genoma (I)», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 6, 1997, pp. 53-66.
- , «Implicaciones jurídicas del conocimiento del genoma (II)», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 7, 1997, pp. 61-104.
- , «Um caso de selecção de embriões», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 1*, N.º 1, 2004.
- , «Implicações jurídicas do conhecimento do Genoma», *RLJ*, Anos 128.º e 129.º, N.ºs 3860 a 3865, mar.-ago. 1996.

- PENCE, GREGORY E., «Mitos, factos e preocupações éticas sobre a clonagem humana», *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009, pp. 551-568.
- PINHEIRO, JORGE DUARTE, «Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 323-344.
- PINTO, HUGO - CARVALHO, ANA RITA, «A doação de ovócitos e o direito da família: representações e repercussões psicológicas na gravidez», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 14, 2011.
- RAPOSO, MÁRIO, «Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos», *Direito da Saúde e Bioética*, 1991, pp. 89-119.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Ed. – Série Direito Biomédico n.º 10, Coimbra, 2005.
- , «Direitos Reprodutivos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2 - N.º 3, 2005.
- , «Em nome do Pai (...Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) – Análise do art. 6.º da Lei 32/2006», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - N.º 7, 2007.
- , «Pode Trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião – Os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantatório», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - N.º 8, 2007.
- , «O dilema do rei Salomão: conflitos de vontade quanto ao destino dos embriões excedentários», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5 - N.º 9, 2008.
- , «Vende-se gâmeta em bom estado de conservação - o obscuro mercado das células produtivas», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6 - N.º 12, 2009.
- , «A vida num código de barras», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. IV (MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, Org.), *Studia Iuridica* n.º 101 *Ad Honorem*, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 935-968.
- , «O corpo humano – “a nova galinha dos ovos de ouro”», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 - N.º 15, 2011, pp. 47-64.
- , «Juridical Status of Human Embryos and Foetus at the Oviedo Convention», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9 - N.º 17, 2012, pp. 171-185.
- , «Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 37, Julio-Diciembre 2012, pp. 93-122.
- , «Biodireitos: The new kids on the juridical playground», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo (FERNANDO ALVES CORREIA - JÓNATAS M. MACHADO - JOÃO CARLOS LOUREIRO, coord.), *Studia Iuridica* n.º 104, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- , *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina – Col. Vieira de Almeida & Associados, Coimbra, 2013.
- , «Aqueles que nasceram (breve excursão sobre o enquadramento penal das lesões pré-natais)», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof.*

- PETER HÜNERFELD (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 1065-1109.
- , *O Direito à Imortalidade - O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Almedina – Col. Teses de Doutoramento, Coimbra, 2014.
- RAPOSO, VERA LÚCIA - PEREIRA, ANDRÉ DIAS, «Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho)», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3 - N.º 6, 2006.
- REIS, RAFAEL LUIS VALE E, «Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 13, 2010.
- SILVA, PAULA MARTINHO DA, *Procriação Assistida – Aspectos Jurídicos*, Moraes Ed., Col. Livros de Direito, Lisboa, 1986.
- SILVA, SUSANA – VELOSO, LUÍSA (coord.), *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas. Contributos para uma Reflexão*, Universidade do Porto Ed., Porto, 2009.
- SILVA, SUSANA, *Procriação Medicamente Assistida – Práticas e Desafios*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2014.
- SILVESTRE, MARGARIDA, *Embriões Excedentários – Entre a Técnica, a Lei e a Ética*, FDUC – Centro de Direito Biomédico – Direito Biomédico N.º 23, Coimbra Ed., Coimbra, 2015.
- THÉRY, RENÉ, «La condition juridique de l’embryon et du fœtus», *Recueil Dalloz Sirey*, 33.º Cahier-Chronique, Paris, 1982, pp. 231-238.
- TRABUCCHI, A., «La Procreazione», *Il Diritto e la vita material, Atti dei Convegni Lincei*, n.º 61, Roma, 1984, pp. 113-150.
- VALLET-REGÍ, MARÍA, *Biomateriales*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Los libros de la Catarata (CSIC), Madrid, 2013.

Prova – Investigação Criminal e Processo Penal

- ABRANTES, DAVID, «Valorização probabilística da prova e respectiva interpretação forense», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 257-326.
- ABREU, CARLOS PINTO DE, «Prova e meios de obtenção de prova – breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal», *I Congresso de Processo Penal – Memórias* (MANUEL M. GUEDES VALENTE, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 257-284.
- ALEXY, ROBERT, «Certeza Jurídica e Correção», *BFDUC*, Vol. LXXXVIII – T. II, Coimbra, 2012 (2013), pp. 481-479.

- ALVES, BRUNO, *A Prova por Reconhecimento em Processo Penal – Análise e reflexão Crítica*, Fronteira do Caos, Porto, 2012.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares», Sep. de *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. I, BFDUC, Coimbra, 1987.
- , «Consenso e Oportunidade», *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, CEJ – Liv. Almedina, Coimbra, 1988, pp. 317-358.
- , «Direito penal e modernas técnicas biomédicas. As conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal», *Revista de Direito e Economia*, Ano 15, 1989, pp. 375-398.
- , *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 1992.
- , «Sobre a Reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas e das Gravações e Fotografias Ilícitas em Particular», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 2.º-4.º, Abr.-Dez, 1993, pp. 431-472.
- , «Proibições da Prova em Processo Penal (Conceitos e Princípios Fundamentais)», *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, N.º 13 – 2008, pp. 143-158.
- , *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal - Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009 *ed ut*: RLJ, Ano 137.º, 2008, N.ºs 3948 a 3951.
- , «Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)», In: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (MÁRIO F. MONTE - Dir. - MARIA CLARA CALHEIROS - FERNANDO CONDE MONTEIRO - FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 525-552.
- , «Justificação de actos de funcionários e de agentes de autoridade», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Vol. II* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 99 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 39-59.
- , «A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal», *RBCC*, Ano 20, Vol. 94, jan.-fev. 2012, pp. 133-174.
- , «Domicílio, intimidade e Constituição (anotação crítica do Acórdão 364/2006 do Tribunal Constitucional)», *RBCC*, Ano 21, N.º 100, jan.-fev. 2012, pp. 55-88.
- , «A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal (Esboço Comparatístico, em Busca de um Novo Paradigma Normativo)», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 735-785.
- , «O regime dos “conhecimentos de investigação” em processo penal – reflexões a partir das escutas telefónicas», *RLJ*, Ano 142.º, 2013, N.º 3981, pp. 352-377.
- BARREIROS, JOSÉ ANTÓNIO, «Prova pericial: uma oportunidade perdida?», *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma «Cirúrgica»? (ANDRÉ LAMAS LEITE, org.)*, AJP-FDUP, Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 203-216.
- , «Presença e ausência do arguido no julgamento penal», *JURISMAT* (Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes), N.º 4, mai. 2014, Portimão, pp. 79-90.

- BELEZA, TERESA PIZARRO e PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA (coord.), «Nota de apresentação. A prova criminal e as garantias de defesa: linhas de leitura e pontos de tensão», *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Almedina, Coimbra, 2010
- BLAIOTTA, ROCCO, «Giudici galileiani per l'inferenza causale», *Questione Giustizia – Bimestrale promosso da Magistratura democratica*, N.º 1 - «Bioetica: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013, pp. 57-66.
- BOTELHO, MARTA MADALENA, «O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua Utilização no Processo Penal Português», *RPCC*, Ano 24 – N.º 1, jan.-mar. 2014, pp. 57 -86.
- BOTKIN, JEFFREY R. - MCMAHON, WILLIAM M. - FRANCIS, LESLIE PICKERING, *Genetics and Criminality: The Potential Misuse of Scientific Information in Court*. American Psychological Association, Washington, D.C., 1999.
- BRANCO, MARIA JOÃO R., «Escrita Manual: Princípios Básicos do Exame Pericial», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 343-369.
- BRAVO, JORGE DOS REIS, «Suficiência e Transversalidade da Acção Penal: sentido e limites actuais», *RCEJ*, N.º 7 – 2.º semestre 2007, pp. 85-124.
- BRAZ, JOSÉ, *Investigação Criminal – A Organização, o Método e a prova. Os Desafios da Nova Criminalidade*, Almedina, Coimbra, 2009.
- , *Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal – Interdependências e Limites num Estado de Direito Democrático*, Almedina, Coimbra, 2015.
- BRITO, FERNANDO CASTANHEIRA DE, «Breve análise sobre a localização celular como “medida cautelar e de polícia” – art. 252.º-A do CPP», *Investigação Criminal* (Revista semestral da ASFIC), N.º 5, 2013.
- BURGOA, ELENA, «La prueba ilícita en el proceso penal portugués», *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* (DIOGO FREITAS DO AMARAL – CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA – MARTA TAVARES DE ALMEIDA, coord.), vol. II, Almedina, Coimbra, 2008.
- BUCHO, JOSÉ M. SAVORITI MACHADO DA CRUZ, «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência *v.* direito à não auto-incriminação (notas de estudo)», sítio do T. da Relação de Guimarães, acessível em http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf (arq.).
- CARDOSO, HUGO F. V., «O Papel da Antropologia Forense na Investigação Médico-Legal: Os Ossos “Falam” Por Si...», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 189-221.
- CARMO, RUI DO, «A prova documental e a prova pericial no Código de Processo Penal – regime e alguns aspectos práticos», *I Congresso de Processo Penal – Memórias* (MANUEL M. GUEDES VALENTE, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 381-393.

- CASTRO, CATARINA SARMENTO E, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2005.
- CHAMPOD, C. - TARONI, F., «Les préjugées de l'accusation ou de la defense dans l'évaluation de la preuve technique», *Revue Pénale suisse*, N.º 111, 1993, pp. 223-235.
- CHIAVARIO, MARIO, «O impacto das novas tecnologias: os direitos do indivíduo e o interesse social no processo penal», *RPCC*, Ano 7.º, Fasc. 3 Jul.-Set. 1997, pp. 387-403.
- CIVININI, MARIA GIULIANA, «La scienza davanti alle Corti - Introduzione», *Questione Giustizia - Bimestrale promosso da Magistratura democratica*, N.º 1 - «Bioetica: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013, pp. 47-49.
- CLARKE, ROBERT, *Os Filhos da Ciência* (trad. Maria Adozinda de Oliveira Soares), Ed. Verbo, Lisboa, 1985.
- COLE, SIMON A., *Suspect Identities: a History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Harvard University Press, Harvard, 2002.
- , «More than Zero: Accounting for Error in Latent Fingerprint Identification», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 95(3), 2005, pp. 985-1078.
- , «Forensics without uniqueness, conclusions without individualization: the new epistemology of forensic identification», *Law, Probability and Risk*, 8 (3), 2009, pp. 233-255.
- CORREIA, EDUARDO, «Les Preuves en Droit Pénal Portugais», *RDES*, N.º 14, Jan.-Jun., Coimbra, 1967, pp. 35 ss.
- CORREIA, ELISABETE - LUCAS, SUSANA - LAMIA, ALICIA, «Profiling: Uma técnica auxiliar de investigação criminal», *Análise Psicológica*, 4 (XXV), 2007, pp. 595-601.
- CORREIA, JOÃO CONDE, «Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8, 2.ª Parte, da C.R.P.)?», *RMP*, Ano 20, Jul.-Set. 1999, N.º 79, pp. 45-68.
- , «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial», *RCEJ*, N.º 4 – 1.º Semestre 2006, pp. 175-202.
- , «Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal», *RCEJ*, N.º 6 – 1.º Semestre 2007, pp. 139-160.
- , *O «Mito do Caso Julgado» e a Revisão Propter Nova*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010.
- CORREIA, PEDRO NUNO O., «Lofoscopia - Uma breve Introdução», *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008.
- COSTA, J. E. PINTO DA, *Impressões Digitais – Contribuição para o seu Estudo Médico-Legal*, Porto, 1972.
- , «Ofensas corporais, consequências temporárias e consequências permanentes do art. 360.º do Código Penal», *Boletim de Medicina Legal e Toxicologia Forense*, vol. 1, N.º 1, 1978, pp. 51-67.
- , «Ofensas corporais – Introdução ao seu estudo médico-legal», *RMP*, N.º 23, Jul.-Set. 1985, pp. 77-119.

- COSTA, SUSANA - MACHADO, HELENA - NUNES, JOÃO ARRISCADO, «O ADN e a Justiça: a Biologia Forense e o Direito como mediadores entre a Ciência e os cidadãos», *Os Portugueses e a Ciência*, (MARIA EDUARDA GONÇALVES, org.), Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2002, pp. 200-233.
- COSTA, SUSANA - MACHADO, HELENA - SANTOS, FILIPE, «A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 99-118.
- COSTA, SUSANA, *Filhos da (sua) Mãe – Atores Institucionais, Perícias e Paternidades no Sistema Judicial Português*, Col. CES – Almedina, Coimbra, 2013.
- , «Saberes práticos dos órgãos de polícia criminal na gestão da cena do crime», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 69-97.
- CUNHA, EUGÉNIA, «Antropologia Forense e Investigação Criminal», *Investigação Criminal* (Revista semestral da ASFIC), N.º 2, 2011, pp. 202-219.
- CUNHA, J. MANUEL DAMIÃO DA, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no novo Código de Processo Penal*, Universidade Católica, Porto, 1993.
- , *O Caso Julgado Parcial. Questão da Culpaabilidade e Questão da Sanção num Processo Penal de Estrutura Acusatória*, Publicações Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2002.
- , «Dos Meios de Obtenção da Prova face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal», *II Congresso de Processo Penal* (MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, coord.), Almedina, 2006.
- , «*Ne bis in idem* e exercício da acção penal», *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (MÁRIO F. MONTE, dir. - MARIA CLARA CALHEIROS - FERNANDO CONDE MONTEIRO - FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009.
- DAMAŠKA, MIRJAN R., «Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, 1973, pp. 506-589.
- , «The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, 1997, pp. 839-852.
- , «Adversary System», *Encyclopedia of Crime & Justice*, Vol. I, 2.^a Edição, Gale Group, 2002, pp. 25-31.
- DEHARO, GAELLE, «La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle?», *Journal International de Bioéthique*, Vol. 17, n.º 1-2, 2006, pp. 33-54.
- DIAS, AUGUSTO SILVA – RAMOS, VÂNIA COSTA, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009.

- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, CEJ-Almedina, Coimbra, 1988, pp. 3-34.
- , «Do princípio da “objectividade” ao princípio da “lealdade” do comportamento do Ministério Público no processo penal», *RLJ*, Ano 128.º, 1996, N.º 3860, pp. 344-352.
- , «O processo penal português: problemas e prospectivas», in: *Que futuro para o Direito Processual Penal (Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português)* (MÁRIO FERREIRA MONTE et al., dir.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 805-819.
- , *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal – O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2011.
- , «Acordos sobre a Sentença em Processo Penal – Um caso exemplar das relações entre o direito processual penal e o direito constitucional», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume II - Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática (FERNANDO ALVES CORREIA - JÓNATAS M. MACHADO - JOÃO CARLOS LOUREIRO, coord.) *Studia Iuridica* n.º 103, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO e ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer)», *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários, Almedina, Coimbra, 2009.
- DIAS, MARIA DO CARMO SILVA, «Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial», *RCEJ*, N.º 3 – 2.º Semestre 2005, pp. 169-226.
- DOAK, JONATHAN - MACGOURLAY, CLAIRE, *Evidence in Context*, 3.ª ed., Routledge, London, 2012.
- DOMINIONI, ORESTE, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Guiffrè, Milano, 2005.
- DUARTE, EURICO BALBINO, «Making of - A reconstituição do facto no processo penal português», *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (FREDERICO L. COSTA PINTO e TERESA PIZARRO BELEZA, coord.), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 11-67.
- DUARTE, GERSON DE LEMOS, *O Papel da Ciência Forense na Investigação dos Crimes de Homicídio* (Dissertação de Mestrado em Medicina Legal e Ciências Forenses), Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009 (acessível on-line).
- DURÃO, SUSANA - DARCK, MARCIO, «Investigação policial em crimes de violência doméstica: possibilidades e recuos», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 119-142.
- ESER, ALBIN, «La Posizione Giuridica dell’Imputato nel Processo Penale Tedesco», *Il giusto processo: Quaderni Trimestrali di Cultura Giudiziaria*, n.º 11/12, 1991, pp. 274-297.

- FELICIONI, PAOLA, «Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale : e lineamenti costituzionali e prospettive di riforma», *L'indice penale*, Padova, Nuova serie, Ano 2, n.º2, Maio - Ago. 1999, pp. 495-526.
- , *Le Ispezione e Le Perquisizioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.
- , *Accertamenti sulla persona e processo penale – Il Prelievo di Material Biologico*, Ipsoa, 2007.
- , «Perquisizioni, sequestro e prelievo di materiale biologico», *Osservatorio del Processo Penale*, Ano II, n.º 3, Maio – Junho 2008, pp. 14-23
- FERREIRA, MARQUES, «Meios de prova», *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 221-270.
- FERNANDES, FERNANDO, *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Almedina, Coimbra, 2001.
- FINKELSTEIN, M. O. - FAIRLEY, W. B., «A Bayesian approach to identification evidence», *Harvard Law Review*, 83(3), 1970, pp. 489-511.
- FIORI, ARIANE TREVISAN, *A Prova e a Intervenção Corporal - A Sua Valoração no Processo Penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- FLORIAN, EUGÉNIO, *Delle prove penali – I e II*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1924.
- FONSECA, CARLOS ADEMAR, «Panorama atual da investigação do crime de homicídio em Portugal – Novas perspectivas e desafios», *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013, pp. 49-67.
- FRÓIS, CATARINA, «Bases de dados pessoais e vigilância em Portugal: análise de um processo em transição», *A Sociedade Vigilante: Ensaios sobre Identificação, Vigilância e Privacidade* (CATARINA FRÓIS, org.), Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2008, pp. 111-133.
- GARBOLINO, PAOLO, «L'inferenza dai dati statistici alle cause», *Questione Giustizia*, N.º 1 - «Bioetica: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013, pp. 67-80.
- GARRETT, FRANCISCO DE ALMEIDA, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, Fronteira do Caos Ed., Porto, 2007.
- GARRETT, FRANCISCO DE ALMEIDA – MENDES, MANUEL JOSÉ, *Da prova por Reconhecimento em Processo Penal - Identificação de suspeitos e reconhecimentos fotográficos*, Fronteira do Caos Ed., Porto, 2007.
- GIACCA, MARIUCCIA, «In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte Cost. N. 238 del 1996», *Revista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Nuova serie a.40, n.º 2, Abr. - Jun. 1997, pp. 602-611.
- GIANNELLI, P. C., «Wrongful Convictions and Forensic Science: The Need to Regulate Crime Labs», *North Carolina Law Review*, 86(1), 2007, pp. 163-236.
- GIL, FERNANDO, *Provas*, INCM Estudos Gerais (Série Universitária), Lisboa, 1986.

- , *O Processo da Crença*, (em co-autoria com PIERRE LIVET e JOÃO PINA CABRAL), Gradiva Pub., Lisboa, 2004.
- GLESS, SABINE, «Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial», pp. 675-709, consultável em: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6785/20100913144136_4c8e1c0006a39.pdf; Arq.)
- , «A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal», *RPCC*, Ano 21 - N.º 3, jul.-set. 2011, pp. 395-426.
- GODSEY, MARK, «Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination», *California Law Review*, Vol. 93, 2005, pp. 465-540.
- , «Reformulating the Miranda Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings», *Minnesota Law Review*, Vol. 90, 2006, pp. 78-825.
- GONÇALVES, FERNANDO - ALVES, MANUEL JOÃO, *A prova do crime – Meios Legais para a sua Obtenção*, Almedina, Coimbra, 2009.
- GREEN, ERIC D. - TILLERS, PETER, *L'Inferenza probabilistica nel diritto delle prove: usi e limiti del bayesianesimo*, Guiffrè, Milano, 2003.
- GUIMARÃES, ANA PAULA, *A pessoa como objecto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN - reflexões à luz da dignidade humana*, Nova Causa – Edições Jurídicas, Lisboa, 2016.
- HAACK, SUSAN, «Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science», *American Journal of Public Health, Supplement 1*, 2005, Vol 95, No. S1., pp. S66-S73 (acessível em <http://defending-science.org/sites/default/files/upload/HaackSCPHILOSOPHY.pdf> - acedido em 10-05-2014).
- HADDAD, CARLOS H. BORLIDO, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, dissertação de doutoramento apresentada em 13-10-2003, na Faculdade de Direito de Direito de Minas Gerais, Belo Horizonte, disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-96KKJQ/tesecarloshenriqueborlidohaddad.pdf?sequence=1> (arq.).
- HELMHOLZ, R. H. *et al.*, *The Privilege Against Self-Incrimination – Its Origins and Development*, The University of Chicago Press, 1997.
- HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL, *El sujeto pasivo del proceso como objeto de la prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- HÜNERFELD, PETER, «Esfera Privada e Segredo», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 197-212.
- JARDIM, PATRÍCIA - SANTOS, AGOSTINHO – MAGALHÃES, TERESA, «Colheita e Gestão de Amostras Biológicas para Estudos Genéticos em caso de Suspeita de Crime Sexual», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 243-255.

- JASANOFF, SHEILA, *Science at the Bar. Law, Science and Technology in America*, A Twentieth Century Fund Book, Harvard University Press, 1995.
- KAMISAR, YALE, «The Warren Court and Criminal Justice: A Quarter-Century Retrospective», *Tulsa Law Journal*, Vol. 31, n.º 1, 1995, pp. 1-55.
- , «On the “Fruits” of Miranda Violations, Coerced Confessions and Compelled Testimony», *Michigan Law Review*, Vol. 93, 1995, pp. 929-1010.
- , «Can (Did) Congress “Overrule” Miranda?», *Cornell Law Review*, Vol. 85, 2000, pp. 883-955.
- , «Miranda Thirty-Five Years Later: A Close Look at the Majority and Dissenting Opinions in Dickerson», *Arizona State Law Journal*, Vol. 33, 2001, pp. 387-426.
- , «On the Fourtieth Anniversary of the Miranda Case: Why We Needed it, How We Got it – and What Happened to it», *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, 2007, pp. 163-203.
- KRAUSE, DANIEL M., *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, Tomo II (§§ 72 – 136a), Vol. 2, Walter de Gruyter, 2003.
- LATAS, ANTÓNIO JOÃO, «Processo Penal: caracterização sumária e Prova Pericial», *Psicologia Forense* (ANTÓNIO CASTRO FONSECA et al., org.), Almedina, Coimbra, 2006, pp. 73 ss.
- LLORENS, ANTONIO CARDONA, *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988.
- LLORENTE, MIGUEL ÁNGEL ROBLES - RAMOS, ANTONIO VEJA, *Grafoscopia y pericia caligráfica forense*, Ed. Bosch, 2009.
- LOPES, CARLOS, *Guia de perícias Médico-Legais*, Edição de autor (7.ª ed.), Porto, 1986.
- LOCARD, EDMOND, *Manuel de technique policière. Ênquete criminelle*, Payot, Paris, 1948.
- LLUCH, XAVIER ABEL - GONZALEZ, MANUEL RICHARD, *Estudios sobre la prueba penal. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, Vol. II, La Ley, Madrid, 2011.
- MACHADO, HELENA - PRAINSACK, BARBARA, *Tracing Technologies. Prisoners’ Views in the Era of CSI*, Ashgate, 2012.
- , *Tecnologias que Incriminam – Olhares de reclusos na era do CSI*, Almedina, Coimbra, 2014.
- MACHADO, HELENA - SILVA, SUSANA, «Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética», *A Sociedade Vigilante: Ensaios sobre Identificação, Vigilância e Privacidade* (C. FRÓIS, org.), Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2008, pp. 151-171.
- , «Identities tecnocientíficas na esfera forense e médica: perspetivas de cidadãos sobre inserção de perfil genético em base de dados e acerca da doação de embriões para investigação», *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (HELENA MACHADO – HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 23-45.

- MACHADO, HELENA - SANTOS, FILIPE, «Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal», in *Polícia, Segurança e Ordem pública. Perspetivas portuguesas e brasileiras* (Susana Durão e Marcio Darck, org.), Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2012, pp. 154-165.
- MAIA, ANTÓNIO JOÃO, «Técnicas de Entrevista», *Húmus – OBEGEF*, 2013 (acessível em <http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2013/07/wp030.pdf>, acessido em 14-12-2013 – arq.).
- , «Técnicas de Entrevista e Interrogatório em Investigação Criminal», *RMP*, N.º 135, jul.-set. 2013, pp. 107-138.
- MANNHEIMER, MICHAEL J. ZYDNEY, «Coerced Confessions and the Fourth Amendment», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 30, n.º 1, 2002, pp. 57-129.
- , «Toward a Unified Theory of Testimonial Evidence under the Fifth and Sixth Amendments», *Temple Law Review*, Vol. 80, 2007, pp. 1135-1202.
- MELLADO, JOSÉ MARIA ASECIO, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989.
- MENEZES SOFIA SARAIVA DE, «Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito», *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (FREDERICO L. COSTA PINTO e TERESA PIZARRO BELEZA, coord.), Almedina, Coimbra, 2011.
- MENDES, PAULO DE SOUSA, «As Proibições de Prova no Processo Penal», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (MARIA FERNANDA PALMA, coord.), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 133-154.
- MESQUITA, PAULO DÁ, *Direção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003.
- , «Nótula sobre procedimento para acusação», *RCEJ*, N.º 1, 2.º semestre 2004, pp. 125-149.
- , *A Prova do Crime e o que se Disse Antes do Julgamento - Estudo sobre a Prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema Norte-Americano*, Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- MILHEIRO, TIAGO CAIADO, «Breve excuro pela prova penal na jurisprudência nacional», *Julgar*, N.º 18, set.-dez. 2012, pp. 27-55.
- MITTERMAIER, CARL J. A., *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Ed. Reus, Madrid, 2004.
- MORÃO, HELENA, «O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português», *RPCC*, Ano 16.º, Fasc. 4, Out.-Dez. 2006, pp. 575-620.
- MOURA, JOSÉ BARATA, «Que fazer com a mentira?», *O perfil do juiz na tradição ocidental*; (Seminário Internacional, ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, PAULA COSTA E SILVA, SUSANA VIDEIRA, PEDRO FREITAS, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 224 e ss.
- MOURA, JOSÉ SOUTO, «A Questão da Presunção de Inocência do Arguido», *RMP*, Jan.-Mar., 1990, Ano 11.º, N.º 42, pp. 31-47.

Bibliografia

- , «A protecção dos direitos fundamentais no processo penal», *I Congresso de Processo Penal – Memórias* (MANUEL M. GUEDES VALENTE, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 33-54.
- , «Dignidade da Pessoa e Poder Judicial», *RMP*, Abr.-Jun. 1997, N.º 70, pp. 95-109.
- , «As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar», *RMP*, Jul.-Set. 2005, N.º 103, pp. 7-20.
- MOUTINHO, JOSÉ LOBO, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, Universidade Católica Ed., Lisboa, 2002.
- NEVES, A. CASTANHEIRA, *Sumários de Processo Criminal (1967/68)*, João Abrantes (textos policopiados), Coimbra, 1968.
- , «O Princípio da Legalidade Criminal - O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra 1984.
- , «Pessoa, Direito e Responsabilidade», *RPCC*, Ano 6.º - Fasc. 1 Jan.-Mar. 1996, pp. 9-44.
- , «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito», *BFDUC*, LXXIV, Separata, 1998.
- OLIVEIRA, FRANCISCO DA COSTA, *A Defesa e a Investigação do Crime*, Almedina, Coimbra, 2008.
- OLIVEIRA, LUÍS P. 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* (FREDERICO L. COSTA PINTO e TERESA PIZARRO BELEZA, coord.), Almedina, Coimbra, 2011.
- PALMA, MARIA FERNANDA, «Tutela da Vida Privada e processo penal», *Jurisprudência Constitucional*, N.º 10, Abr.- Jun. 2006, pp. 3-12.
- PASTOR, DANIEL R., «Problemas processuais dos crimes de posse», *Liberdades* (publicação oficial do IBCCRIM), N.º 12, jan.-abr. 2013, pp. 129-144 (acessível em http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf; acedido em 17-11-2013).
- PATRÍCIO, RUI, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português (alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)*, AAFDL, Lisboa, 2000.
- , «Protecção de Testemunhas em Processo Penal», in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (MARIA FERNANDA PALMA, coord.), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 281-306.
- PEREIRA, ARTUR, *As Perícias na Polícia Judiciária*, disponível em <http://www3.bio.ua.pt> (arq.).
- , «Da Prova. Âmbito, Especificidades e Valor Probatório», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 361-412.
- , «Desafios Ético-Jurídicos da Prova Pericial», *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Pactor, Lisboa, 2013, pp. 1-61.

- PEREIRA, SANDRA, «A recolha de prova por agente infiltrado», *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (FREDERICO L. COSTA PINTO e TERESA PIZARRO BELEZA, coord.), Almedina, Coimbra, 2011.
- PETHERICK, WAYNE - FERGUSON, CLAIRE, «Criminal Profiling: Behavioural Consistency, the Homology Assumption and Case Linkage» *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA - MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 227-241.
- PINTO, RUI, «Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução», *Colectânea de Estudos de Processo Civil* (RUI PINTO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, «Supervisão do Mercado, Legalidade da Prova e Direito de Defesa e Processo de Contra-Ordenação», *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários, Almedina, Coimbra, 2009.
- RAMOS, JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, *A oficialidade e os Menores Vítimas de Crime – Conflitos e Harmonias na Busca da Tutela*, Col. Ratio Legis, EDIUAL – CEU, Lisboa, 2012.
- RAMOS, VÂNIA COSTA, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», *RMP*, Ano 27, Out.-Dez. 2006, N.º 108, pp. 125-149.
- , «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*» - II Parte, *RMP*, Ano 28, Jan.-Mar. 2007, N.º 109, pp. 57-96.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, «CSI - Quando a ficção se torna realidade», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, N.º 10 - 2008, pp. 83-105.
- REDMAYNE, MIKE, «Rethinking the privilege against self-incrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, 27 (2), 2007, pp. 209-232.
- REGO, MARGARIDA LIMA, «Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais», *Julgar*, N.º 21, set.-dez. 2013, pp. 119-147.
- RIEGER, RENATA JARDIM DA CUNHA - CAMARGO, RODRIGO OLIVEIRA DE, «Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no processo penal brasileiro», *Revista de Estudos Criminais*, N.º 34, Porto Alegre, 2009.
- RISTORI, ADRIANA DIAS PAES, *Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Almedina, Coimbra, 2007.
- ROBERTSON, JAMES - ROUX, CLAUDE, «Trace Evidence: Here today, gone tomorrow?», *Science and Justice*, vol. 50, 2010, pp. 18-22.
- ROBERTSON, B. - VIGNAUX, G. A., *Interpreting evidence - Evaluating forensic science in the courtroom*, John Wiley & Sons, Chichester, 1995.

- ROLAND, PAUL, *Cenas de Crime. Descubra a Ciência por detrás das provas*, Livros d’Hoje, Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2008.
- ROSA, LUÍS BÉRTOLO, «Consequências processuais das proibições de prova», *RPCC*, Ano 20.º, N.º 2, Abr.-Jun. 2010, pp. 215-277.
- SAKS, MICHAEL J. - KOEHLER, JONATHAN J., «The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science», *Science*, 5, August 2005, Vol. 309 – n.º 5736, pp. 892-895.
- , «The individualization fallacy in forensic science evidence», *Vanderbilt Law Review*, 61 (1), pp. 199-219.
- SANTANA, SELMA PEREIRA DE, «O “redescobrimto” da vítima: uma esperança», *Boletim IBCCRIM*, n.º 142, Set. 2004.
- SANTIAGO, RODRIGO, «Sobre a Prova Pericial no Código de Processo Penal de 1987», *RPCC*, Ano 11, fasc. 3.º, Jul.-Set. 2001, pp. 379 ss.
- SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, «A “Redescoberta” da Vítima e o Direito Processual Penal Português», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Vol. III* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 100 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 1133-1153.
- SEIÇA, ANTÓNIO ALBERTO MEDINA DE, *O conhecimento probatório do co-arguido*, *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito n.º 42, Coimbra Ed., Coimbra, 1999.
- , «Legalidade da Prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, pp. 1387-1421.
- SERRANO, JORGE JIMÉNEZ, «Análisis Victimológico en el Criminal Profiling», *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 217-225.
- SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal*, II, 3.ª Ed. revista e actualizada, Editorial Verbo, 2002
- , «Produção e Valoração da Prova em Processo Penal», *RCEJ*, N.º 4 – 1.º Semestre 2006 (Especial), pp. 37-54.
- SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 2007.
- , «Legalidade da prova e provas proibidas», *RPCC*, Ano 21.º, N.º 4, Out.-Dez. 2011, pp. 545-591.
- SILVÉRIO, DIANA, *O Silêncio como Garantia de Direitos Fundamentais das Vítimas e dos Arguidos no Processo Penal Português*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2013.
- SOUSA, JOÃO H. GOMES DE, «O Reconhecimento de Pessoas no Projecto de Código de Processo Penal», *Julgar*, N.º 1 - 2007, pp. 155-169.
- , «A “Perícia” Técnica ou Científica Revisitada numa Visão Prático-Judicial», *Julgar*, Set.-Dez. 2011, pp. 27-52.

- SOUSA, SUSANA AIRES DE, «*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões», *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias* (M. COSTA ANDRADE - J. FARIA COSTA - ANABELA MIRANDA RODRIGUES - MARIA JOÃO ANTUNES, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2003.
- TARONI, FRANCO - BIEDERMANN, A., «Inadequacies of posterior probabilities for the assessment of scientific evidences», *Law, Probability and Risk*, 4, 2005, pp. 89-114.
- , «La valeur probante de l'indice ADN: juristes et scientifiques face à l'incertitude et aux probabilités», In *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne* (B. Kahil-Wolff, B. Tappy & L. Bruchez, Eds.), Schulthess, Genève, 2010.
- TARUFFO, MICHELE, *La Prova dei Fatti Giuridici* (trad. da ed. italiana por Jordi Ferrer Beltrán, com o título *La Prueba de los Hechos*), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- TAVARES, HUGO, «A igualdade de armas em processo penal – Uma reflexão perfunctória sobre as dificuldades de enunciação positivante e a sua materialidade», *Volume Comemorativo dos 20 Anos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna* (MANUEL M. GUEDES VALENTE – GERMANO MARQUES DA SILVA, coord.), Almedina, 2005, pp. 793-810.
- TEIXEIRA, ANTÓNIO DE JESUS, *Os Limites do Efeito-à-Distância nas proibições de Prova no Processo Penal Português*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.
- TONINI, PAULO, *La Prova Penale*, 4.^a ed., CEDAM, Padova, 2000.
- , *Manuale di procedura penale*, 11.^a edição, Giuffrè Ed., Milano, 2010.
- , «Informazione genetica e processo penale ad un anno dalla legge», *Diritto Penale e Processo*, 7/2010, pp. 883-890.
- TORKA, RONALD, *Nachtatverhalten und Nemo tenetur: eine Untersuchung über die Grenzen “zulässiger Verteidigung” und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB*, Strafrechtliche Abhandlungen - Neue Folge – 130, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- TURVEY, BRENT E., «Behavioral Evidence: The Necessity of Crime Reconstruction to Criminal Profiling Efforts» *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 245-249.
- VEIGA, ARMANDO, *O Direito à Autodeterminação Informativa e Comunicativa*, Dissertação de Doutoramento (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 2006.
- VEIGA, RAUL SOARES DA, «O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (MARIA FERNANDA PALMA, coord.), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 183-220.
- VERDELHO, PEDRO, «Técnica no Novo Código de Processo Penal: Exames, Perícias e Prova Digital», *RCEJ*, N.º 9 (Especial), 1.º semestre de 2009, pp. 145-171.
- VIEGAS, FERNANDO, «Pesquisa, Identificação, Recolha e Gestão de Amostras Biológicas no Local do Crime», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, Coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 199-255.

- VUILLE, JOËLLE, - TARONI, FRANCO, «Non è tutto oro quel che luccica. Il giudice penale e il valore probatorio dell'indizio scientifico», *Questione Giustizia*, N.º 1 - «Bioética: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013, pp. 82-100.
- WEIGEND, «Is the Criminal Process About Truth», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 26, n.º 1, pp. 157-173.
- , «Criminal Procedure: Comparative Aspects», *Encyclopedia of Crime & Justice*, Vol. I, 2ª Edição, Gale Group, 2002, pp. 444-457.
- WOLFLAST, GABRIELE, «Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, 3, pp. 103-106.

Responsabilidade Médica

- ABREU, LUÍS VASCONCELOS, «O segredo médico no direito português vigente», *Estudos de Direito da Bioética* (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 261-286.
- BARBOSA, CARLA, «Questões jurídicas do acesso ao processo clínico», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 13, 2010.
- BARBOZA, HELOÍSA HELENA, «A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, N.º 2, 2004.
- CARNEIRO, ANTÓNIO VAZ, «O sigilo médico *versus* os imperativos de saúde pública e o dever de cooperação com a justiça», in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 99-104.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA, «Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica (Caderno de exercícios: segundo exercício)», *RLJ*, Ano 140.º - N.º 3965, Nov.-Dez. 2010, pp. 70-79.
- , «Em redor da noção de acto médico», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- , «Reflexões (In)tempestivas sobre a Qualidade e Ética Médicas (ou Pedacos de Nós repartidos entre Qualidade e Ética Médicas)», *Revista da FDULP*, Vol. 2 – N.º 2, 2013, pp. 2-14.
- DIAS, JOÃO ÁLVARO, «Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade», *RPDC*, Vol. 4, 1994, pp. 9-32.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO e MONTEIRO, JORGE SINDE, «Responsabilidade Médica em Portugal», *BMJ*, N.º 332, 1984, pp. 21-79.
- DINIS, MARIA HELENA, «O Direito Ante a Nova Imagem da Ética Médico-Científica», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, N.º 4, 2004.

- ESER, ALBIN, «Perspectivas do Direito (Penal) da medicina», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 11-66.
- FARIA, MARIA PAULA RIBEIRO DE, «Colheita de órgãos e de tecidos de dadores vivos para fim de transplantes», *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pp. 129-134.
- , «O Erro em Medicina e o Direito Penal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 14, 2011.
- , «A responsabilidade penal do médico pelo seu erro», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- , «A reconfiguração da responsabilidade individual e o dever de protecção da saúde – a perspectiva do direito penal do médico pelo seu erro», *RPCC*, Ano 23 – N.º 3, jul.-set. 2013, pp. 361-390.
- FARIA, PAULA LOBATO DE, «Protecção jurídica de dados médicos informatizados», *Direito da Saúde e Bioética (Intervenções no I Curso de Direito da Saúde e Bioética)*, Lex, Lisboa, 1991, pp. 153-168.
- , «Protecção e confidencialidade de dados pessoais médicos informatizados – panorama jurídico em Portugal», *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 11, N.º 2, Abr.-Jun. 1993, pp. 35 e ss.
- FERREIRA, CARLOS LOBATO, «Do segredo médico aos segredos do médico», *RCEJ*, N.º 3 – 2.º Semestre 2005, pp. 227-268.
- FIDALGO, SÓNIA, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008.
- , «Responsabilidade penal na equipa hospitalar - a responsabilidade do farmacêutico», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 14, 2011.
- FIGUEIREDO, AMORIM ROSA DE, *Consentimento para o Acto Médico*, Col. Bioética Hoje – XII, Gráfica de Coimbra 2, Coimbra, 2006.
- FRAGATA, J. MARTINS, *O Erro em Medicina*, Almedina, Coimbra, 2004.
- FREITAS, TIAGO FIGO, «A responsabilidade penal pelo diagnóstico pré-natal», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 13, 2010.
- GADAMER, HANS-GEORG, *Philosophie de la santé*, Grasset-Mollat (trad. de Marianne Dautré a partir de *Über die Verborgenheit der Gesundheit, Aufsätze und Vorträge*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1993.), Paris, 1998.
- , *O carácter oculto da saúde*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2006.
- GONÇALVES, CARLA, *A Responsabilidade Civil Médica: um problema para além da culpa*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009.

Bibliografia

- GUYTON, ARTHUR C. - HALL, JOHN E., *Tratado de Fisiologia Médica*, 10.^a ed., Ed. Guanabara Koogan, S.A., Rio de Janeiro, 2002.
- LATTANZI, ROBERTO, «Protecting Health Care Data: From Medical Secrecy to Personal Data Protection. Solution Found?», *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6 - N.º 11, 2009.
- MANUILA, L. – MANUILA, A. *et. al.*, *Dicionário Médico* (adaptação e revisão da ed. portuguesa João Alves Falcato), 3.^a ed., Climepsi Editores, Lisboa, 2003.
- MARTINS, FERNANDA GONÇALVES G., *A Responsabilidade Penal do Cirurgião Plástico e a Conduta do Paciente*, Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- MENEZES, MARIA DO CÉU MARTINS DE, *Para um Conceito de Saúde Física e Psíquica nos Crimes contra a Integridade Física*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MONIZ, HELENA, «Segredo Médico [anotações aos Acs. da RC de 05-07-2000 e da RP de 20-09-2000]», *RPCC*, Ano 10.º - Fasc. 4 – Out.-Dez. 2000, pp. 629-642.
- , «Privacidade e comunicação intrafamiliar da informação genética», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 213-237.
- , «Privacy and intra-family communication of genetic information», *Revista de derecho y genoma humano*, N.º 21, 2004, pp. 103-126.
- , «A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiriça em matéria de transferência de perfis de ADN», *RMP*, N.º 120, Ano 30 – Out.-Dez. 2009, pp. 145-156.
- , «Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011, pp. 343-357.
- MOREIRA, SARA LEITÃO, «Em torno da responsabilidade penal do médico interno», *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, N.º 16, 2012.
- MOURA, JOSÉ SOUTO, «S.I.D.A. e responsabilidade penal», *RMP*, Jan.- Mar. 1989, N.º 70, pp. 33-58.
- OLIVEIRA, GUILHERME F. FALCÃO DE, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Ed., Série Direito Biomédico, N.º 1, Coimbra, 2005.
- , «Medicina Preventiva – será assim tão diferente da... Medicina?», *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5 - N.º 10, 2008.
- OLIVEIRA SÁ, FERNANDO M., «Clínica Médico-Legal da Reparação do Dano Corporal em Direito Civil», APADAC, Coimbra, 1992.
- , «Segredo Médico. Peritagem Médico-Legal», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano II, N.º 3, 1993, pp. 9-25.
- OSSWALD, WALTER, «Toda a verdade ao doente», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2008, pp. 317-322.
- , «Limites do consentimento informado», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 151 a 160.

- , «Uma reflexão ética sobre cuidados de saúde mental», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 161 a 170.
- , *Sobre a Morte e o Morrer*, Ensaios da Fundação - FFMS, Lisboa, 2013.
- PALMA, MARIA FERNANDA, «Transmissão da SIDA e responsabilidade penal», in *Estudos de Direito da Bioética* (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 113-127.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009.
- PELISSIER, M., *La sauvegarde de l'intégrité physique de la personne*, Thèse, Paris, 1977.
- PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, «Sobre o internamento compulsivo de portadores de tuberculose. Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 6 de Fevereiro de 2002 – Crítica de Jurisprudência», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1 - N.º 1, 2004.
- , «Sigilo profissional – Parecer», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2 - N.º 4, 2004.
- , *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Ed., Coimbra, 2004.
- , «O consentimento (informado) na actividade pericial forense», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XIV, N.º 15, Nov. 2005, pp. 9-43.
- , «Dever de confidencialidade do médico? E o do Advogado?», *RPDC*, Vol. 15, 2005, pp. 119-132.
- , «O bem-estar animal no direito civil e na investigação científica», *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005, pp. 163-175.
- , «Dever de documentação, acesso ao processo clínico e sua propriedade. Uma perspectiva europeia», *RPDC*, Vol. 16, 2006, pp. 9-24.
- , «Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos da jurisprudência», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - N.º 7, 2007.
- , «Existing challenges in medical liability: causation, burden of proof and the informed consent», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5 - N.º 10, 2008.
- , «O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa», *RPDC*, Vol. 19, 2009, pp. 9-50.
- , «Responsabilidade médica e medicina defensiva», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 171 a 192.
- , «Da possibilidade de realização de autópsias ou outros exames post mortem a requerimento de particulares - estudo jurídico», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 - N.º 15, jan.-jun. 2011, pp. 65-87.
- , «Declarações Antecipadas de Vontade: meramente indicativas ou vinculativas?», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.

- , «Cidadania no fim de vida: o Testamento de Paciente e o Procurador de Cuidados de Saúde», *Revista Brasileira de Direito Médico e da Saúde*, Editora Livro Rápido, Recife, 2011.
- , «Transplantation of Organs and Tissues and Some Reflections on the “Solidarity” of the Human Cadaver in Portugal», *European Journal of Health Law*, 18, 2011, pp. 55-63.
- , *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC – Centro de Direito Biomédico – Direito Biomédico N.º 22, Coimbra Ed., Coimbra, 2015.
- PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS - BARBOSA, CARLA, «Confidencialidade de Informação de Saúde no direito Português», *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 - N.º 16, jul.-dez. 2011, pp. 51-66.
- PINA, J. A. ESPERANÇA, *A Responsabilidade dos Médicos*, Lidel, Lisboa, 2003.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, «Direitos Reprodutivos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde - Ano 2*, N.º 3, 2005.
- , «CSI - Quando a ficção se torna realidade», *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*; Ano 5, N.º 10, 2008, pp. 83-105.
- , «Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida», *RMP*, N.º 125, Jan.-Mar. 2011, pp. 169-217.
- , «O corpo humano – “a nova galinha dos ovos de ouro”», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8 - N.º 15, 2011, pp. 47-64.
- , «Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*)», *RMP*, N.º 132, Out-Dez. 2011, pp. 71-126.
- , *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina – Col. Vieira de Almeida & Associados, Coimbra, 2013.
- REIS, RAFAEL LUIS VALE E, «Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 13, 2010.
- RODRIGUES, ÁLVARO C. GOMES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, Coimbra, 2007.
- , «O Crime de Recusa de Médico numa visão panorâmica entre o pretérito e o presente no direito penal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - N.º 7, 2007.
- , «Sinopse Esquemática da Responsabilidade Médica em Geral (Breves Anotações)», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - N.º 8, 2007.
- , *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal*, Almedina, Coimbra, 2013.
- , «O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal — Uma jóia preciosa no direito penal médico», *Julgar*, N.º 21, set.-dez. 2013.
- RODRIGUES, J. N. CUNHA, «Sobre o segredo médico», *Lugares do Direito*, Coimbra Ed., Coimbra, 1999, pp. 471-492.
- RUEFF, MARIA DO CÉU, «Segredo médico e VIH-SIDA – Perspectiva Ético-Jurídica», *Acta Médica Portuguesa*, 17, 2004, pp. 451-464, (acessível em <http://www>).

- actamedicaportuguesa.com/pdf/2004-17/6/451-464.pdf, último acesso 15-03-2013 - arq.).
- , «Confidencialidade Médica e Prevenção: Conflito de Deveres e Interesses Públicos», *Cadernos de Bioética*, n.º 38, Setembro de 2005, pp. 259-267.
- , «Aconselhamento, não-discriminação e o paradoxo do segredo», *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*; Ano 6 - N.º 12, 2009.
- , «Dever de informar, conflitos de interesse e deontologia na relação tripartida cidadão-médico-seguradora (A propósito do Novo Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei nº 72/2008, de 16 de Abril)», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 13, 2010.
- , *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação – Estudo de caso: HIV/SIDA*, Coimbra Ed. - CDB da FDUC, Coimbra, 2010.
- , «*Leges artis*, fim de vida compaixão e direito penal», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 183-202.
- RUFFIÉ, JACQUES, *Traité du vivant*, Fayard, Paris, 1982.
- , *La naissance de la médecine prédictive*, Odile Jacob ed., Paris, 1993.
- VICENTE, JOANA NUNES - ROUXINOL, MILENA SILVA, «Entre o direito à saúde e o direito a estar doente - comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5 - N.º 9, 2008.
- VILELA, ALEXANDRA, «A Intervenção do Direito Penal no Âmbito da Transmissão do Vírus HIV por Via Sexual», *Boletim do Conselho Distrital de Coimbra, Ordem dos Advogados*, 6, 1998, pp. 4-12.
- , «Comentário dos artigos 19.º e 20.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Medicina - Transplantes de tecidos e órgãos humanos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1 - N.º 2, 2004, pp. 1-20.
- VÍTOR, PAULA TÁVORA, «Procurador para cuidados de Saúde: importância de um novo decisor», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1 - N.º 1, 2004.

Sexo

- ABREU, MARIA LUÍSA MAQUEDA, *Prostitución, feminismo y derecho penal*, Comares, Granada, 2009.
- ALBERGARIA, PEDRO SOARES DE – LIMA, PEDRO MENDES, , «O crime de detenção de pseudo-pornografia infantil – evolução ou involução?», *Julgar*, N.º 12, Set.-Dez. 2010, pp. 195-220.
- , «O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos», *RPCC*, Ano 22, N.º 2, Abr.-Jun. 2012, pp. 201-260.
- ALFAIATE, ANA RITA, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009.

- ALVES, SÉLIO M. REIS, *Crimes Sexuais - Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Almedina, Coimbra, 1995.
- AMADO, JOÃO LEAL, «Contrato de Trabalho Prostitucional», *Questões Laborais*, IX, 20, 2002, pp. 236 ss.
- ANTUNES, FERREIRA, «A investigação criminal no abuso sexual de menores», *Sub Judice – Crimes Sexuais: o Direito em Acção*, 26, 2003.
- ARAÚJO, ANTÓNIO DE, *Crimes Sexuais contra Menores - Entre o Direito Penal e a Constituição*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005.
- BALAIAS, DIANA - OLIVEIRA, VÂNIA - ALMEIDA, FÁTIMA, «O Violador Português: um Olhar Sobre a Literatura», *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses - Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA – MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 393-426.
- BELEZA, TERESA PIZARRO – MELO, HELENA PEREIRA DE, «Nove vezes virgem – A licitude ou ilicitude da Himenoplastia. *The Trouble with Diversity?*», *RPCC*, Ano 20, N.º 2, Abr.-Jun. 2010, pp. 171-190.
- BELEZA, TERESA PIZARRO, «Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal», *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, CEJ, Lisboa, 1986.
- DIAS, MARIA DO CARMO SILVA, «A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?», *RMP*, Ano 21, N.º 81, Jan.-Mar. 2000, pp. 57-90.
- *Crimes Sexuais com Adolescentes - Particularidades dos Artigos 174.º e 175.º do Código Penal Português*, Almedina, Coimbra, 2006.
- , «Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4-9 nos “crimes contra a liberdade sexual”», *RCEJ*, N.º 8, 2008, Lisboa.
- , «Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», *RMP*, Ano 34, N.º 136, out.-dez. 2013, pp. 59-98.
- FIDALGO, SÓNIA, «Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal», *BFDUC*, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, pp. 639-658.
- FOUCAULT, MICHEL, *História da Sexualidade, T. I – A Vontade de Saber, T. II – O uso dos Prazeres, T. III – O Cuidado de Si*, Relógio d’Água, Lisboa, 1994.
- JARDIM, PATRÍCIA - SANTOS, AGOSTINHO – MAGALHÃES, TERESA, «Colheita e Gestão de Amostras Biológicas para Estudos Genéticos em caso de Suspeita de Crime Sexual», *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 243-255.
- LEITE, INÊS FERREIRA, *Pedofilia. Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infração*, Almedina, Coimbra, 2004.
- , «A tutela penal da liberdade sexual», *RPCC*, Ano 21.º, Fasc. 1, Jan.-Mar. 2011, pp. 29-94.
- LOPES, JOSÉ MOURAZ, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, (4.^a edição), Coimbra Ed., Coimbra, 2008.

- , «O interrogatório a vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura», *Sub Judice – Crimes Sexuais: o Direito em Ação*, 26, 2003.
- LOPES, JOSÉ MOURAZ - MILHEIRO, TIAGO CAIADO, *Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*, Coimbra Ed., Coimbra, 2015.
- MAGALHÃES, TERESA - VIEIRA, DUARTE NUNO, «Vítimas de crimes sexuais. A intervenção médico-legal na investigação criminal», *Sub Judice – Crimes Sexuais*, 26, 2003.
- MARQUES, JOÃO P. REMÉDIO, *Mudança de Sexo e critério Jurídico (O Problema do Paradigma Corporal da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*, Coimbra Ed., Coimbra, 1991.
- NATSCHERADETZ, KARL P., *Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Almedina, Coimbra, 1985.
- PEREIRA, RUI C., «Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal», *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, 11, 1996, pp. 41 e ss.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, «Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, pp. 935 e ss.
- REBOCHO, MARIA FRANCISCA, *Caracterização do Violador Português – Um Estudo Exploratório*, Almedina, Coimbra, 2007.
- SANTOS, LILIANA, «O dano sexual. Contributo para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa», *RPDC*, Vol. 18, 2008, pp. 35-50.
- SANTOS, MARIA IGNEZ FRANCO, «A Identidade Pessoal e a Cirurgia de Redesignação de Sexo», *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (DIOGO LEITE DE CAMPOS, coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 159-178.
- SOEIRO, CRISTINA, «O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça», *Sub Judice – Crimes Sexuais: o Direito em Ação*, 26, 2003.
- TORRÃO, FERNANDO, «A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais: mudança de paradigma no novo Código Penal», *BFDUC*, Vol. 71, Coimbra, 1995, pp. 545 e ss.
- VIEIRA, FERNANDO, - GRAÇA, OLINDINA, - GONÇALVES, MARCO, - ALMEIDA, NUNO, «A psiquiatria e a psicologia na avaliação pericial em sexologia forense - a propósito de 4 casos típicos», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6 - N.º 12, 2009.

Teoria Geral do Crime

- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime», *RPCC*, Ano 2 - Fasc. 2.º, Abr.-Jun. 1992, pp. 173-205.

- , «Sobre a Reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas e das Gravações e Fotografias Ilícitas em Particular», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 2º-4º, Abr.-Dez. 1993, pp. 431-472.
- , «As lesões corporais (e a morte) no desporto», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, pp. 675-720.
- , *Direito Penal Médico – SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo* (reimp.), Coimbra Ed., Coimbra, 2004.
- , «Consentimento em direito penal médico – O consentimento presumido», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 117-148.
- , «Anotação ao Acórdão do TC n.º 364/2006», *RLJ*, Ano 138.º, n.º 3953, Nov.-Dez. 2008, pp. 104 a 124.
- ÁVILA, FABIO ROBERTO D', *Ofensividade e Crimes Ofensivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*, *Studia Iuridica*, N.º 85, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 2005.
- , «O direito penal na “luta contra o terrorismo”», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 185-210.
- ASSUNÇÃO, MARIA LEONOR, *Contributo para a interpretação do artigo 219.º do Código Penal: o crime de omissão de auxílio*, *Studia Iuridica*, N.º 6, BFDUC, Coimbra Ed., Coimbra, 1994.
- BLASCO, BERNARDO DEL ROSAL, «¿Hacia el Derecho Penal de La Postmodernidad?», *RECPC*, 11-08 (2009), pp. 08:1-08:64 (acessível em <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>).
- BRANDÃO, NUNO, «Pacto para matar: autoria e início de execução. Anotação ao Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 16-10-2008», *RPCC*, Fasc. 4 – Out.-Dez 2008, pp. 531 - 605.
- BRITO, ANA BÁRBARA SOUSA E, *A Negligência Inconsciente: entre a Dogmática Penal e a Neurociência*, Almedina - Col. Teses de Doutoramento, Coimbra, 2015.
- BRITO, JOSÉ DE SOUSA E, «Teoria aristotélica das emoções e acção moral», *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013, pp. 15-28.
- BRUGGER, WINFRIED, *Freiheit und Sicherheit: eine staatsrechtliche Skizze mit praktischen Beispielen*, Nomos, 2004.
- BRITO, TERESA QUINTELA DE, «Homicídio justificado em legítima defesa e em estado de necessidade», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 2001, pp. 185-215.
- , «Homicídio privilegiado: algumas notas», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003, pp. 901-930.
- , «Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?», *BFDUC*, Vol. LXXX, Coimbra, 2004, pp. 563-611.

- , «Interrupção Voluntária da Gravidez: Elementos Objectivos comuns da Exclusão da ilicitude e falta do consentimento escrito ou de atestado médico», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2 - N.º 3, 2005.
- , «Interrupção de alimentação e hidratação artificiais de pessoa em estado vegetativo persistente», *RPCC*, Ano 15, Fasc. 4.º, Out.-Dez. 2005, pp. 557-607.
- , «Recusa de Médico “agravado pelo resultado”, Omissão de Auxílio e Abandono por Médico: delimitação e (alguns) problemas», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3 - N.º 5, 2006.
- CAEIRO, PEDRO, «“Ut Puras servaret Manus”», *RPCC*, Ano 11.º, Fasc. 1, Jan.-Mar. 2011, pp. 39-65.
- CORREIA, EDUARDO, «Estudo sobre a evolução histórica das penas no direito português», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LIII (Separata), 1977, Coimbra, pp. 51-310.
- COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA, «Aborto e Direito Penal. Algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez», *ROA*, Ano 44, Vol. III, Dez. 1984, pp. 545-625.
- , «Existe lugar para a categoria dos delitos de mão-própria no direito penal português?», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Vol. II* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 99 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 233-293.
- COSTA, EDUARDO MAIA, «Despenalização da Interrupção Voluntária da Gravidez: uma perspectiva político-criminal», *RMP*, N.º 106, Out.-Dez. 2006, pp. 5-42.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra Ed., Coimbra, 1992.
- , «O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações». *BFDUC*, vol. 69 (1993, pub. 1995), Coimbra, pp. 201 e ss.
- , «Direito penal, a informática e a reserva da vida privada», *Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos*, Coimbra Ed., Coimbra, 1998.
- , «Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)», *Problemas Fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002, pp. 27-44.
- , «Vida e morte em direito penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *RPCC*, Ano 14.º- Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 171-196.
- , «À qui appartient le cadavre: quelques réflexions (in)opportunes», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 59-67.
- , «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens* enquanto corpo-próprio, com o direito penal)», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 69-91.
- , «O fim da vida e o direito penal», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 105-162.
- , «O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações “perigosas”», in *Studi in Onore di Giorgio Marinucci, I: Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Política Criminale*, a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, Pubblicazioni

- dell'Istituto di Diritto Penale e Processuale Penale, 37, Milano Editore, Milano, 2006, pp. 197 e ss., (*ed ut in Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número Extraordinario, organizado por AGUSTÍN JORGE BARREIRO e dedicado ao tema «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI», Madrid, BOE, 2006, pp. 107 e ss.
- , «Poder e Direito Penal», *Reflexões. Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, Ano 1, n.º 1, 2006, pp. 291 e ss. (*ed. ut in RLJ*, Ano 136, N.º 3942 (Jan.-Fev. 2007), Coimbra, pp. 151 e ss.
- , «A globalização e o tráfico de seres humanos (o pêndulo trágico da história e o direito penal)», *RLJ*, Ano 136, N.º 3944, Mai.-Jun. 2007, Coimbra, pp. 258 e ss.
- , «O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*)», *RLJ*, Ano 138.º - N.º 3955, Mar.-Abr. de 2009, pp. 218-228.
- , «Bioética e Direito Penal (Reflexões possíveis em tempos de incerteza), *Ars Indicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. I, BFDUC*, Coimbra, 2009 (pub. 2010), pp. 109 e ss *ed ut* O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana (JOSÉ DE FARIA COSTA - URS KINDHÄUSER, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 91-110.
- , *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010.
- , «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal», *RLJ*, Ano 142.º, N.º 3978, jan.-fev. 2013, pp. 158-173.
- , «O princípio da igualdade, o Direito Penal e a Constituição», *RBCC*, Ano 21, N.º 100, jan.-fev. 2013, pp. 227-252.
- , «Prelúdio e variações sobre o direito penal», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 125-140.
- , «Beccaria e a Legitimação do Direito Penal: entre a Ética das Virtudes e a Ética das Consequências», *RPCC*, Ano 24, N.º 2, abr.-jun., 2014, pp. 205-223.
- CUNHA, M. CONCEIÇÃO FERREIRA DA, *Constituição e Crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa – Porto, 1995.
- , *Vida contra Vida - Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010.
- , «Das omissões lícitas no exercício da medicina», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- DIAS, AUGUSTO SILVA, *Direito Penal – Parte Especial: Crimes contra a Vida e contra a Integridade Física*, Edição A. A. F. D. Lisboa, 2005.
- , «Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau», *RPCC*, Ano 6.º, Fasc. 1, Abr.-Jun. 1996, pp. 209-232.
- , «Faz sentido punir o ritual do “fanado”? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana», *RPCC*, Ano 16.º, Fasc. 2, Abr.-Jun. 2006, pp. 187-238.
- , «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*», Coimbra Ed., Coimbra, 2008.
- , *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a Protecção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008.

- , «Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado», *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (MÁRIO F. MONTE, dir. - MARIA CLARA CALHEIROS - FERNANDO CONDE MONTEIRO - FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 687-708.
- , «Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas», in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia* (AUGUSTO SILVA DIAS et al., org.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 112-132.
- , *Crimes contra a vida e integridade física*, 3.ª ed. policopiada, AAFDL, Lisboa, 2011.
- , «A experiência Milgram e a responsabilidade jurídico-penal: um ensaio sobre a banalidade do mal», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 211-252.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, «Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilícitude e a Culpa», *Jornadas de Direito Criminal - O Novo Código Penal português e Legislação Complementar – Fase 1*, CEJ, Lisboa, 1983, pp. 41-83.
- , *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dir.), Parte Especial, T. I, (Anotação ao artigo 192.º), Coimbra Ed., Coimbra, 1999.
- , «O papel do direito penal na protecção das gerações futuras», *Cahiers de Défense Sociale et Droit Pénal pour la Protection des Générations Futures, en Présence des Risques Nouveaux*, Actes du XIV.º^{ème} Congres International de Defense Sociale, Lisboa, 2002, pp. 43-58.
- , «O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica* 61, Ad honorem 1, Coimbra Ed., Coimbra, 2002.
- , «O “Direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional – da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», in: *XXV Anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, AA. VV., Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 33 ss.
- , «O Problema do Direito Penal no Dealbar do Terceiro Milénio», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, orgs.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 253-272.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO e ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Direito Penal. Questões fundamentais - A doutrina geral do crime* (fascículos policopiados), Universidade de Coimbra - Faculdade de Direito, 1996.
- FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO J. - FRISCH, GÜNTHER – JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Col. Cuadernos Civitas, Madrid, 2012.
- FERRAJOLI, LUIGI, «Garantismo e Direito Penal», *Julgar*, Número Especial 2008, pp. 51-64.
- FERREIRA, LORENA DE OLIVEIRA, *O direito de não produzir prova contra si e a colheita coerciva de ADN como meio de prova*, Dissertação do 2.º Ciclo de Estudos em Direito em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à FDUC (sob a orientação da Prof.ª Doutora Anabela Miranda Rodrigues), Coimbra, 2012.

- FLETCHER, GEORGE P., «Law and Morality: a kantian perspective», *Columbia Law Review*, 87, 1987, pp. 533 ss.
- , *The Grammar of criminal Law – American, Comparative, and International*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- HUSAK, DOUGLAS S., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- JANUÁRIO, RUI - FIGUEIRA, ANDRÉ, *O Crime de Homicídio a Pedido – Eutanásia: Direito a morrer ou dever de viver*, Quid Iuris, Lisboa, 2009.
- KINDHÄUSER, URS, «Acerca de la demarcación del suicidio y el homicidio», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- , «Imputación objetiva e subjetiva en el delito doloso», *RBCC*, Ano 21, N.º 100, jan.-fev. 2013, pp. 155-174.
- , «Forma, contenido e posición sistemática del consentimiento en el derecho penal», *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, (JOSÉ DE FARIA COSTA - URS KINDHÄUSER, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 7-24.
- KOCH, HANS GEORG, «O princípio e o termo da vida como problemas do Direito (penal) da medicina», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial *Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico*, Jan.-Jun. 2004, pp. 151-170.
- KRAUB, DETELF, «Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?», *Festschrift für Heike Jung* (H. MÜLLER-DIETZ et al. edit.), Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 411 ss.
- LEITE, ANDRÉ LAMAS, «“Nova penologia”, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 395-476.
- LEVASSEUR, GEORGE – IMBERT, JEAN, *O Poder, os Juízes e os Carrascos – 25 Séculos de Repressão*, Estúdios Cor, Lisboa, s.d.
- LÜDERSSEN, KLAUS, «Wir können nicht anders. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?», in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 04-11-2003.
- , «Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie. Einfluss der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht?», in *Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie* (HANS-RAINER DUNCKER ed.), Steiner Franz, Stuttgart, pp. 189 ss.
- , *Il Declino del Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- MOURA, BRUNO, *A Não Punibilidade do Excesso na Legítima Defesa*, Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- MOUTINHO, JOSÉ LOBO, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, Universidade Católica Ed., Lisboa, 2000.

- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del inimigo», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Vol. III* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 100 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, pp. 1014-1015.
- PALMA, MARIA FERNANDA, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal», *Sub Iudice - Justiça e Sociedade*, n.º 11, Jan.-Jun. 1996, Lisboa, pp. 61-64.
- , *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2005.
- , «O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo», *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias* (PAULO P. ALBUQUERQUE, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- PERIS RIERA, JAIME M., «Condicionantes genéticos y responsabilidad penal ¿hacia un renacimiento de los planteamientos deterministas fundadores de la culpabilidad?», *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir* (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 93-108.
- PLACK, ARNO, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, München, 1974.
- RAMOS, JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, «Constituição e Conceito de Bem jurídico», in *Estudos Comemorativos dos 25 Anos do ISCPSI* (MANUEL M. GUEDES VALENTE, coord.), Almedina, Coimbra, 2009.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra Ed., Coimbra, 1995.
- , *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão. Projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*, 2.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 2002.
- ROXIN, CLAUDIUS, «Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Ein Rückblick auf 40 Jahre», *Jauernig/Roxin, 40 Jahre Bundesgerichtshof, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, 193, C.F.Muller, Heidelberg, 1990, pp. 66 e ss.
- , *La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal* (trad. de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- , *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, München, (trad. da 25ª ed. alemão realizada por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, com o título *Derecho Procesal Penal*), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- , «Rettungsfolter?», *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag (RAINER GRIESBAUM et al, Hrsg.), Berliner Verlag, Berlin, 2006.
- , «Dependencia e independencia del Derecho penal com respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión» (trad. D. M. Santana Veja), *ADPCP*, 59, 2006, pp. 6 ss.
- , «Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão», In: *Que futuro para o Direito Processual Penal (Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português)* (Mário Ferreira Monte et al., dir.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 385-398.
- , *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

———, «Crimes de Posse», *Liberdades* (publicação oficial do IBCCRIM), N.º 12, janeiro-abril 2013, pp. 36-55 (Acessível em http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf; Acedido em 17-11-2013 - arq).

SALAS, DENIS, *La Justive Dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, Ed. Les arènes, Paris, 2012.

STRUENSEE, EBERHARD, «Crimes de Posse», *Liberdades* (publicação oficial do IBCCRIM), N.º 12, jan.-abr. 2013, pp. 55-69 (acessível em http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/07/integra.pdf; acedido em 17-11-2013).

URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ, «Principio de proporcionalidad penal», *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir* (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 193-210.

WALDRON, JEREMY, «One law for all? The logic of cultural accommodation», *Washington and Lee Law Review*, vol. 59, n.º 1, 2002, pp. 3-34.

———, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, Public Lecture – Victoria University of Wellington, New Zeland, Aug. 19 – 2004.

Tortura

ADEMAR, CARLOS - ARANHA, ANA, *No Limite da Dor – A Tortura nas Prisões da PIDE (Testemunhos inéditos)*, Parsifal, Lisboa, 2014.

AMBOS, KAI, «May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, n.º 2, Maio 2008, pp. 261 – 287

ANNAS, GEORGE J., «Terrorismo, Tortura e outras epidemias pós 11 de Setembro», *Sub Judice*, N.º 38 – Nov. 2007.

BEESTERMÖLLER, GERHARD, «Folter, Daumenschrauber an der Würde des Menschen. Zur Ausnahmslosigkeit eines absoluten Verboten», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielficht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 115-128.

BIELEFELT, HEINER, «Die Absolutheit des Folteverbots. Über die Unabwägbarkeit der Menschenwürde», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielficht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg.), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 109-113.

BRUNKHORST, HAUKE, «Folter, Würde und repressiver Liberalismus», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielficht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 88-100.

CUNHA, M. CONCEIÇÃO FERREIRA DA, «Uso da tortura e impedimento de actos terroristas», *Multiculturalismo e Direito Penal – Grupo de Professores de Direito Penal Jorge de Figueiredo Dias – I Encontro Nova-Direito Lisboa 2012* (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO - PEDRO CAEIRO - TERESA PIZARRO BELEZA, org.), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 33-57.

- DERSHOWITZ, ALAN M., *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2003.
- , «The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss», *New York Law School Law Review*, Vol. 48 - N.ºs 1 e 2, 2003, pp. 275-294 (acessível em: <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/48-2.Dershowitz.pdf>, acessido em 12-01-2014 – arq.)
- DIAS, AUGUSTO, «Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Vol. I* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 98 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 207-254, *ed ut Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, N.º 71 – jan.-abr. 2012, pp. 235-276.
- EDWARD, PETERS, *História da Tortura*, Editorial Teorema, Lisboa, 1985.
- ERB, VOLKER, «Folterverbot und Notwehrrecht», *Ist Folter erlaubt?* (WOLFGANG LENZEN, Hrsg.), Ed. Mentis, 2006, pp. 19 e ss.
- FISCHER-LESCANO, ANDREAS, «Folter in Abu Ghraib. Die Strafanzeige gegen Donald Rumsfeld in der Bundesrepublik», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielicht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg.), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 142-156.
- FRANKENBER, GÜNTHER, «Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht. Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungsrechts», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielicht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg.), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 55-67.
- GÜNTHER, KLAUS, «Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielicht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg.), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 101-107.
- HERZOG, FELIX, «Der Staat als *Sniper*: Targeted Killings Zerstörtes Rechtsdenken als Reaktion auf den Terrorismus», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias - Vol. I* (MANUEL DA COSTA ANDRADE - MARIA JOÃO ANTUNES - SUSANA AIRES DE SOUSA, org.), *Studia Iuridica* 98 Ad Honorem - 5, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, pp. 371-385.
- JÄGER, CHRISTIAN, «Das verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates», *Strafrecht zwischen System und Telos: festschrift für Rolf Dietrich Herzberg* (PUTZKE - HARDTUNG - HÖRNLE - MERKEL, Hrsg.), Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 544 e ss.
- MOURA, BRUNO, «A propósito da chamada “tortura salvadora”: outra “quebra de tabu”, agora relativamente à proibição da valoração da prova?», *RBCC*, Ano 21, N.º 101 – Mar.-Abr. 2013, pp. 229-282.
- PEREIRA, RUI C., «Sobre o crime de tortura no Código Penal português», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva* (MANUEL M. GUEDES VALENTE, coord.), Almedina, Coimbra, 2004.

- POSCHER, RALPH, «Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte eines absoluten Rechtsverbots der Folter», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielicht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg.), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 75-86.
- POUNDER, DERRIK J., «Aspectos éticos e práticos dos relatórios médicos sobre alegadas vítimas de tortura», *RPDC*, Vol. 8, 1998, pp. 53-58.
- PRITTWITZ, CORNELIUS, «Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat», *Strafrecht zwischen System und Telos: festschrift für Rolf Dietrich Herzberg* (PUTZKE - HARDTUNG - HÖRNLE - MERKEL, Hrsg.), Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 512 ss.
- REEMTSMA, JAN-PHILIPP, «Zur Diskussion über die Re-Legitimierung der Folter», *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zwielicht?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg.), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 69-74.
- ROSAL BLASCO, BERNARDO DEL, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995», *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.)*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1231-1240.
- ROXIN, CLAUDIUS, «Rettungsfolter?», *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag (RAINER GRIESBAUM et al, Hrsg.), Berliner Verlag, Berlin, 2006.
- SALIGER, FRANK, «Absolutes im Strafprozess? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung», *ZStW*, Bd, 116 – N.º 1, 2004, pp. 50 ss.
- SÓCRATES, JOSÉ, *A Confiança no Mundo – Sobre a Tortura em Democracia*, Verbo, Lisboa, 2013.
- STRAUSS, MARCY, «Torture», *New York Law School Law Review*, Vol. 48 - N.ºs 1 e 2, 2003, pp. 201-274 (acessível em: <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/48-1.2.Strauss.pdf>, acedido em 12-01-2014 – arq.)
- TERESTCHENKO, MICHEL, *Du bon usage de la torture : Ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, La Découverte (Cahiers Libres), Paris, 2008.
- WALDRON, JEREMY, *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*, Public Lecture – Victoria University of Wellington, New Zeland, Aug. 19 – 2004.

Vária

- ARAÚJO, FERNANDO B. C., *A Hora dos Direitos dos Animais*, Almedina, Coimbra, 2003.
- COSTA, ANTÓNIO PEREIRA DA, *Dos Animais (O Direito e os Direitos)*, Coimbra Ed., Coimbra, 1998.
- EVETT, IAN W., «Avoiding the transposed conditional», *Science & Justice*, vol. 35 (2), April-June 1995, pp. 127-131.

- FONIO, CHIARA, «Vigilância e identidade: para uma nova antropologia da pessoa», In C. Fróis (org.), *A Sociedade Vigilante: Ensaios sobre Identificação, Vigilância e Privacidade*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2008, pp. 175-191.
- FOLEY, ROBERT, *Humans before humanity*, Blackwell, Oxford, 1995.
- GOMES DA SILVA, JOSÉ CARLOS, *O discurso contra si próprio*, Assírio & Alvim, Lisboa, 2003.
- HATTENHAUER, HANS, *Conceptos fundamentales del derecho civil* (Trad. de Pablo Salvador Coderch), Ariel, Barcelona, 1987.
- KRISHNAMURTI, J., *Meditações*, Ed. Presença, Lisboa, 1999.
- LIPOVETSKY, GILES – SERROY, JEAN, *L'esthétisation du monde. Vivre à l'âge du capitalisme artiste*. Hors Série - Gallimard, Paris, 2013.
- LORENZ, KONRAD, *Agressão: Uma história natural do mal*, Relógio d'Água, Lisboa, 2003.
- , *The Waning of Humaneness*, Unwin Hyman, London, 1988.
- LYON, DAVID, *Surveillance Society*, Open University Press, Brighton, 2001.
- MARTINS JOSÉ, SOARES, «Escravos e Escravatura em Moçambique. Problemas Identitários», *Africana Studia*, FLUP, N.º 3, 2000, pp. 33-48.
- MASSON, ALAIN, *Souffle de lumières*, Ópera, Nantes, 1995.
- , *L'Alphabet des commencements*, NVA Ed., Neuilly – Plaisance, 2006.
- MENDES, PAULO DE SOUSA, «Julgar Eichmann no interesse da Justiça», *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE e JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M. RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013, pp. 477-501.
- MERLEAU-PONTY, M., *O Visível e o Invisível*, Perspectiva, São Paulo, 1974.
- PEREIRA, GARCIA, «Sobre a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril – A nova lei dos transplantes: confiscar sem indemnizar», *Lei Magazine*, N.º 1, Março 1995.
- PORTELA, LUÍS, *Ser Espiritual - Da Evidência à Ciência*, Gradiva, Lisboa, 2013.
- PUREZA, JOSÉ MANUEL, *O Património comum da Humanidade: Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*, Afrontamento, Porto, 1998.
- QUEIRÓS, RAIMUNDO, *A Responsabilidade Civil dos Menores, dos Pais e das Escolas: menoridade – Imputabilidade – Responsabilidade por Equidade – Culpa in vigilando/educando*, Quid Iuris Ed., Lisboa, 2012.
- RABUSKE, EDVINO A., *Antropologia Filosófica – Um Estudo Sistemático*, 3.ª ed., Vozes, Petrópolis, 1987.
- RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, «O animal: coisa ou *tertium genus?*», *O Direito*, 2009/V, pp. 1071-1104.

Bibliografia

- , «Tiro aos pombos: uma violência injustificada», Anotação ao Acórdão do STA de 23 de Setembro de 2010, *in CJA*, n.º 87, 2011, pp. 37 e ss.
- REALE JUNIOR, MIGUEL, «O escravo como não sujeito de direitos», *RFDUP*, Ano VIII, 2011, pp. 179-196.
- RENAUT, ALAIN, *Un humanisme de la diversité: essai sur la décolonisation des identités*, Flammarion, Paris, 2009.
- RIBEIRO, GERALDO ROCHA, «Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 14, 2011.
- RICHARDSON, EILEEN - TURNER, BRYAN, «Bodies as Property : from Slavery to DNA Maps», *Body Love and Laws* (ANDREW BAINHAM - SHELLEY SCLATER - MARTIN RICHARDS, ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland, 2002, pp. 32 ss.
- RICOUER, PAUL – CHANGEUX, JEAN-PIERRE, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Odile Jacob, Paris, 1998,
- RICOUER, PAUL, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Paris, 1990.
- , *Vivo até à Morte, seguido de Fragmentos*, Edições 70, Lisboa, 2011.
- ROGÉRIO, JOAQUIM SABINO, «“Living Will” - Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico-penal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5 - N.º 10 - 2008, pp. 83-105.
- ROSA, HARTMUT, *Social Acceleration – A New Theory of Modernity*, Columbia Press University, 2013.
- SANTOS, LAURA FERREIRA DOS, *Testamento Vital – O que é? Como elaborá-lo?*, Sextante Editora, Porto, 2011.
- SANTOS, MARIA JOSÉ MOUTINHO DOS, *A Sombra e a Luz. As prisões do Liberalismo*, Afrontamento, Porto, 1999.
- SEN, AMARTYA, *A ideia de Justiça*, Almedina Ed., Coimbra, 2010.
- SILVA, LÚCIO CRAVEIRO DA, «Fim de milénio e princípio de milénio. Algumas reflexões apenas...», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 150 (2000) pp. 109-134.
- SILVEIRA, DIANA MONTENEGRO DA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Centro de Direito Bioético, Vol. 18, Coimbra Ed., Coimbra, 2010.
- TEIXEIRA, JOAQUIM DE SOUSA, «Pessoa», *Polis*, Vol. 4, Verbo, Lisboa, 1986, p. 1179
- , *Ipseidade e Alteridade – Uma leitura da obra de Paul Ricoeur*, INCM, Lisboa, 2004.
- TEIXEIRA, MARIA LEONOR S., «A União Europeia e a Protecção de dados pessoais – “Uma Visão Futurista”», *RMP*, N.º 135, Jul.-Set. 2013, pp. 65-106.

- TERRÉ, FRANÇOIS, *L'enfant de l'esclave – Génétique et Droit*, Flammarion, Paris, 1987.
- TESTART, JACQUES, *L'auf transparent*, Flammarion, Paris, 1987.
- TWAIN, MARK, *What is Man?*, Book Tree, San Diego, 2007.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.
- , «A Posição Jurídica do Pai na Interrupção Voluntária da Gravidez», Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão (A. MENEZES CORDEIRO - PEDRO PAIS DE VASCONCELOS - PAULA COSTA E SILVA), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008 *ed ut Pessoa Humana e Direito* (DIOGO LEITE CAMPOS – SILMARA J. ABREU CHINELLATO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009.
- WEISS, BRIAN L., *Muitas Vidas, Uma Só Alma*, 3.^a ed., Sextante, Rio de Janeiro, 2005
- ZEIUKAV, GARY, *O Lugar da Alma*, Sinais de Fogo Publicações, Ld.^a, Lisboa, 2004.

Vida Humana

- BRITO, ANTÓNIO J. DOS SANTOS LOPES DE - RIJO, JOSÉ M. SUBTIL LOPES, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a Vida ou Direito de Viver*, Almedina, Coimbra, 2000.
- BRITO, DIOGO LORENA, *A Vida Pré-Natal na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, PUC – Porto, 2007.
- CALDAS, LUÍS FILIPE, «As formas e os limites jurídico-penais de ajuda à morte e a sua relevância face ao novo regime dos contratos de seguro», *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE - BARBAS, STELA, «O início da pessoa humana e da pessoa jurídica», ROA, Ano 61, vol. III, Ed. Comemorativa, Dez. 2001, Lisboa, pp. 1257-1268.
- CANCIO-MELIÁ, MANUEL, «Consentimiento en el tratamiento médico e autonomía - Algunas reflexiones desde la perspectiva española», *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, (JOSÉ DE FARIA COSTA - URS KINDHÄUSER, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 257-276.
- CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil, Les Personnes*, PUF (19.^e ed.), Paris, 1994.
- CARVALHO, ORLANDO DE, «Les droits de l'homme dans le Code Civil Portugais», *BFDUC*, vol. XLIX (1973), pp. 1-24.
- , *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil, I – A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites*, Centelha, Coimbra, 1981.
- , «Transplantações e Direitos da Pessoas», in *Transplantações - Colóquio Interdisciplinar* (15 de Março de 1993), Centro de Direito Biomédico da FDUC, N.º 3, Coimbra, pp. 137-147.

- CHAVES, ANTÓNIO, «Direito à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilizações e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”. Direito ao cadáver e a partes do mesmo», *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial*, vol. I, s.d.
- CHINELLATO, SILMARA J. ABREU, «Estatuto Jurídico do Nascituro: a Evolução do Direito Brasileiro» *Pessoa Humana e Direito* (DIOGO LEITE CAMPOS – SILMARA J. ABREU CHINELLATO, coord), Almedina, Coimbra, 2009.
- CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE, «O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito», *O Direito*, Ano 123.º, N.º 4 Out.-Dez. 1991, pp. 571-598.
- , «Direito e inovações biotecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito)», *O Direito*, Ano 126.º, N.º 3/4 Jul.-Dez. 1994.
- , *Pessoa humana, direito e política*, INCM, Lisboa, 2006.
- CONGREGAÇÃO DA DOCTRINA E DA FÉ, *Instruções sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação Donum Vitae (de 22 de Fevereiro de 1987)*, I, 3, AAS 80, 1988.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA, «Vida e morte em direito penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)», *RPCC*, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Jan.-Jun. 2004, pp. 171-196.
- , «À qui appartient le cadavre: quelques réflexions (in)opportunes», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 59-67.
- , «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens* enquanto corpo-próprio, com o direito penal)», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 69-91.
- , «O fim da vida e o direito penal», *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra Ed., Coimbra, 2005, pp. 105-162.
- ESER, ALBIN, «Entre la “santidad” y la “calidad” de la vida – sobre las transformaciones en la protección jurídico penal de la vida», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 37, fasc. 3, 1984.
- FERREIRA, AMADEU JOSÉ, *Homicídio Privilegiado* (4.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 2004.
- FERREIRA, IVETTE SENISE, «Vida e Aborto. Aspectos penais», *Pessoa Humana e Direito* (DIOGO LEITE CAMPOS – SILMARA J. ABREU CHINELLATO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009.
- FIGO, TIAGO, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal – O Conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- FISCHER, SONJA, «O gâmeta na lei de proteção do embrião e no direito penal», *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana* (JOSÉ DE FARIA COSTA - URS KINDHÄUSER, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014, pp. 277-290.
- FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, «A própria vida como dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite», *Pessoa Humana e Direito Civil* (DIOGO LEITE DE CAMPOS – SILMARA DE ABREU CHINELLATO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 259-294.

- , «A Protecção Juscivil da Vida Pré-natal - Sobre o Estatuto Jurídico do Embrião», ROA, Ano 70, vols. I/IV – OA, Jan.-Dez. 2010, Lisboa, pp. 299-323.
- GEHLEN, ARNOLD, *L'uomo, la sua natura e il suo posto nel mondo*, Feltrinelli, Milano, 1983.
- GEVAERT, JOSEPH, *Il Problema dell'uomo. Introduzione all'antropologia filosofica*, LDC, Torino, 1992.
- GREENE, BRIAN, *O Universo Elegante*, Gradiva, Lisboa, 2004.
- GUILLEBAUD, J.C., *Le principe d'humanité*, Seuil, Paris, 2001.
- KERN, GISELA HILDEGARD, «O valor absoluto da vida humana: limite para a responsabilidade civil», RFDUP, Ano 4 (2007), pp. 79-88.
- HABERMAS, JÜRGEN, *O Futuro da Natureza Humana – A Caminho de uma Eugenia Liberal?*, Almedina, Col. Studium, Coimbra, 2006.
- HUXLEY, ALDOUS, *A Situação Humana*, Globo, São Paulo, 1992.
- JOÃO PAULO II (KAROL WOJTYLA), *Man and Woman He created them – A Theology of the Body*, Pauline Books & Media, 2006.
- JONAS, HANS, *Le principe de la responsabilité*, Cerf, Paris, 1993.
- , *Ética, medicina e técnica*, Vega, Lisboa, 1994.
- , *Pour Une Éthique du Futur* (trad. do original alemão de 1992, por Sabine Cornille e Philippe Ivernel), Ed. Payot et Rivages, Paris, 1998.
- , *O princípio vida. Fundamentos para uma nova biologia filosófica*, Editora Vozes, Petrópolis, 2004.
- KOCH, HANS GEORG, «O princípio e o termo da vida como problemas do Direito (penal) da medicina», RPCC, Ano 14.º - Fasc. 1 e 2 - Número especial *Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico*, Jan.-Jun. 2004, pp. 151-170.
- LABÉE, XAVIER, *La condition juridique du cadavre*, Thèse, Lille, 1981.
- , *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Presse Universitaire de Lille – coll. Sciences juridiques et sociales, Lille, 1990.
- LOBO XAVIER, RITA, «O Direito Civil e a protecção dos nascituros: algumas considerações acerca do momento da aquisição da personalidade jurídica no direito português», *Brotéria – cultura e informação*, Vol. 147 (1998), pp. 76-84.
- MAGALHÃES, VASCO PINTO DE - PEREIRA, HENRIQUE M. S., *Pensar a Vida – 8 Palavras*, Tenacitas, Coimbra, 2007.
- MARTINS, ANTÓNIO CARVALHO, *O Aborto e o Problema Criminal*, Coimbra Ed., Coimbra, 1985.
- MATOS, MAURÍLIO CASTRO DE, *A Criminalização do Aborto em Questão*, Almedina, Coimbra, 2010.
- MOODY JR., RAYMOND A., *A vida depois da Vida*, Butterfly, São Paulo, 2004.

- MOTA, HENRIQUE, «Interrupção voluntária da gravidez», *Estudos de Direito da Bioética* (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 287 a 308.
- OPPO, GIORGIO, «L'inizio della vita umana», *RDC*, Anno XXVIII, Parte Prima, CEDAM, Padova, 1982, pp. 499-529.
- , «L'inizio della vita umana», *Il diritto e la vita materiale - Atti Convegni Lincei*, N.º 61, Roma, 1984, pp. 81-112.
- PATALANO, VICENZO, *I delitti contro la vita*, CEDAM, Padova, 1984.
- PATTO, PEDRO VAZ, «As fronteiras da eutanásia: os casos Piergiorgio Welby e de Inmaculada Echevarria», *Brotéria*, 2007, pp. 240 e ss.
- , *No cruzamento do Direito e da Ética*, Almedina, Coimbra, 2008.
- PEREIRA, MARIA MARGARIDA DA SILVA (com a colab. de AMADEU JOSÉ FERREIRA), *Os Homicídios*, Pedro Ferreira Artes Gráficas, Rio de Mouro, 2012.
- PEREIRA, RUI C., *O crime de aborto e a reforma penal*, AAFDL, Lisboa, 1995.
- PINTO, PAULO MOTA, «Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”）」, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4 - N.º 7, 2007.
- PUGLIESE, G., «Il ciclo della vita individuale nell'esperienza giuridica romana», *Il diritto e la vita materiale - Atti Convegni Lincei*, N.º 61, Roma, 1984, pp. 55-79.
- RAPOSO, VERA LÚCIA - DANTAS, EDUARDO, «Aspectos Jurídicos da reprodução *post-mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7 - N.º 14, 2011.
- RATZINGER, JOSEPH, «Le Don de la Vie», *Cahiers de l'Actualité Religieuse et Sociale*, Abril 1987, pp. 20-28.
- ROCHA, MANUEL A. LOPES, «Bioética e nascimento – O diagnóstico pré-natal – Perspectiva jurídico-penal», *ROA*, Ano 51, II, Jul. 1991, pp. 477-507.
- REGOURD, SERGE, «Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort», *Revue de Droit Public*, N.º 2, 1981, pp. 403-445.
- ROSA, PIRES DA, «Não existência - um direito!», *Julgar*, N.º 21 – set.-dez. 2013.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO, «Tienen todos Derecho a la Vida? Bases para un concepto constitucional de persona», *RECPC*, 11-11 (2009), pp. 11:1-11:23 (acessível em <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf>).
- SANTOS, EMERSON MARTINS DOS, «O Estatuto Jurídico-Constitucional do Embrião Humano, com especial atenção para o Concebido “In Vitro”», *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N.º 12 – jul.-dez. 2008, pp. 55-101, acessível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055-Emerson_Martins_dos_Santos_\(concepcao_in_vitro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-055-Emerson_Martins_dos_Santos_(concepcao_in_vitro).pdf);

- SARDA, FRANÇOIS, *Le droit de vivre, le droit de mourir*, Seuil, Paris, 1975.
- SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA, «Os indesejados como inimigos: a exclusão de seres humanos do *status personae*», *RPCC*, Ano 16.º, N.º 1, Jan.-Mar. 2006, pp. 7-34.
- SOUSA, SUSANA AIRES DE, «Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a Humanidade», *BFDUC*, Vol. LXXXIII, 2007, Coimbra, pp. 615-637.
- TAUPITZ, JOCHEN, «The Right to life of the unborn», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3 - N.º 5, 2006.
- TRABUCCHI, A., «La Procreazioni», *Il Diritto e la vita material, Atti dei Convegni Lincei*, n.º 61, Roma, 1984, pp. 113-150.
- TUCKER, JIM B., *A Vida Antes da Vida*, Sinais de Fogo, Lisboa, 2007.
- VALETTE, VANESSA, *La Personne Mise en Cause en Matière Penale*, Presses Fac. de Droit Clermont-Ferrand, 2003.
- VARELA, ANTUNES, «A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 619 e ss.
- VICENTE, MARTA NUNES, «Algumas reflexões sobre as acções de *wrongful life*: a Jurisprudência Perruche», *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6 - N.º 11, 2009.
- , «*Wrongful Life* Actions: the “Ethical Maze” between slippery slopes and the non-identity problem», *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*; Ano 9, N.º 17, 2012, pp. 243-255.
- VIGNEAU, DANIEL, *L'enfant à naître*, Thèse, Toulouse, 1989.

Obras Clássicas

- AGOSTINHO (Santo), *Confissões* (trad. de Arnaldo do Espírito Santo, João Beato e Maria Cristina de Castro-Maia de Sousa Pimentel), Centro de Literatura e Cultura Portuguesa e Brasileira, INCM, Lisboa, 2001.
- BECCARIA, CESARE, *Dei Delitti e delle Pene* (trad. de JOSÉ DE FARIA COSTA e dois ensaios introdutórios de J. FARIA COSTA e GIORGIO MARINUCCI), FCG, Lisboa, 1998.
- BOBBIO, NORBERTO, *A Era dos Direitos*, 7.^a reimpressão, Campus, Rio de Janeiro, 1992
- DESCARTES, RENÉ, *Discours de la Méthode*, (reimp.), Garnier-Flammarion, Paris, 1996
- FERRAJOLI, LUIGI, *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penale*, 10.^a ed. [pref. Norberto Bobbio], Ed. Laterza, Roma, 2011 *ed ut Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- FOUCAULT, MICHEL, *Vigiar e Punir – Nascimento da Prisão*, 36.^a ed., Vozes, Petrópolis, 2009.
- HART, H. L. A., *O Conceito de Direito* (trad. da A. Ribeiro Mendes), FCG, Lisboa, 2005.
- HEIDEGGER, MARTIN, *Sein und Zeit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt-am-Main, 1977.
———, *Carta sobre o Humanismo*, (trad. e rev. de Pinharanda Gomes sobre a versão do Doutor Arnaldo Stein de 1987), Guimarães Ed., Lisboa, 1987.
- HEGEL, FRIEDRICH, *Introdução à História da Filosofia*, 2.^a ed., Arménio Amado Editor, Coimbra, 1952.
———, *Princípios de Filosofia de Direito* (trad. de Orlando Vitorino), 2.^a ed., Guimarães & C.^a, Editores, Lisboa, 1976.
———, *O Sistema da Vida Ética* (trad. de Artur Morão, do original alemão), Edições 70, Lisboa, 1991.
- HUMBOLDT, WILHELM VON, *Os limites da acção do Estado* (trad. de Fernando Couto), Rés-Editora, Ld.^a, Porto, 1990.
- HUME, DAVID, *Tratado da Natureza Humana* (trad. da versão da Oxford Press, de 1888, de Serafim Silva Fontes e revisão de João Paulo Monteiro), FCG, Lisboa, 2001.
- KANT, IMMANUEL, *Crítica da Razão Pura*, 2.^a ed., (trad. do original alemão, por Manuela P. Santos e de Alexandre Fradique Morujão), FCG, Lisboa, 1989.
———, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (trad. do original alemão, por Paulo Quintela), Edições 70, Lisboa, 2001.
- KELSEN, HANS, *Teoria Pura do Direito*, 4.^a ed. (trad. João Baptista Machado), Col. Stvdivm, Arménio Amado Ed., Sucessor, Coimbra, 1976
- LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.^a ed. (trad. de José de Sousa e Brito e José António Veloso da edição alemã de 1969, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag), FCG, Lisboa, 1978.

LOCKE, JOHN, *Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil* (trad. de João Oliveira Carvalho), Edições 70, Lisboa, 1999.

RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofia do Direito*, 6.^a ed. (trad. por L. Cabral Moncada, revista e acrescida dos últimos pensamentos do Autor), Col. Studivm, Arménio Amado Ed., Sucessor, Coimbra, 1979

NIETZSCHE, FRIEDRICH WILHELM, *Assim falava Zaratustra*, Guimarães Ed., Lisboa, 2010.

PERELMAN, CHAÏM, *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1996

PLATÃO, *O Banquete* (trad., ver. e prefácio de Pinharanda Gomes), Guimarães Ed., Lisboa, 1998,

RAWLS, JOHN, *Uma Teoria da Justiça*, Ed. Presença, Lisboa, 1993.

SARTRE, JEAN-PAUL, *O Existencialismo é um Humanismo*, 3.^a ed., Presença Ed. Lisboa, 1970.

TOMÁS DE AQUINO (SANTO), *Suma Teológica*, Ed. Loyola, São Paulo, 2002.

Obras Coletivas

- AA. VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Almedina, Coimbra, 2011.
- AA. VV., *A Base de dados de Perfis de DNA em Portugal* (Actas das Conferências CNECV em 13 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012.
- AA. VV., *Actes du XIVème Congrès International de Défense Sociale*, realizado no Centro Cultural de Belém, Lisboa, Portugal (17-19 de maio de 2002), acessível em <http://www.defensesociale.org/revista2002/home.htm>.
- AA. VV., *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (SUSANA COSTA – HELENA MACHADO, org.), Húmus, Lisboa, 2013.
- AA. VV., *A Condição Humana*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento – Pub. Dom Quixote, Lisboa, 2009.
- AA. VV., *A Ética e o Direito no Início da Vida Humana*, Gráfica de Coimbra (RUI NUNES e HELENA PEREIRA DE MELO, coord.), Coimbra, 2001.
- AA. VV., *A Justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento, Volume I, Lisboa, 1997.
- AA. VV., *A Justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana Para o Desenvolvimento, Volume II, Lisboa, 1997.
- AA. VV., *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma «Cirurgica»?* (ANDRÉ LAMAS LEITE, org.), AJP-FDUP, Coimbra Ed., Coimbra, 2014.
- AA. VV., *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, (INÊS FERNANDES GODINHO e JOSÉ DE FARIA COSTA, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2011.
- AA. VV., *Animais: Deveres e Direitos*, Conferência promovida pelo ICJP em 11 de dezembro de 2014, realizada na FDUL, Lisboa, Portugal (Maria Luísa Duarte e Carla Amado Gomes, coord.), maio de 2015, acessível em <http://icjp.pt/publicacoes/1/5105>.
- AA. VV., *Animales no humanos entre animales humanos* (Gimena Rodríguez Carreño, ed.), Universidad de Santiago de Compostela – Ed. Plaza & Valdés, 2013.
- AA. VV., *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (HELENA MACHADO – HELENA MONIZ, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014.
- AA. VV., *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades* (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES - MANUELA LIMA, coord.), Ed. Luso-Brasileira, Gráfica de Coimbra, 2, Pub. Ld.^a – Centro Universitário São Camilo (colab. Centro de Estudos Bioéticos - Pólo Açores), Coimbra, 2005.

- AA. VV., *Bioética: Justicia y Vulnerabilidad* (MARGARITA BOLADERAS, ed.), Proteus, Cànoves, 2013.
- AA. VV., *Bioética e o Novo Código Civil de 2002*, (MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ – BRUNO TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES, coord.), DelRey, Belo Horizonte, 2004.
- AA. VV., *Bioética e Vulnerabilidade* (ANA SOFIA CARVALHO, coord.), Almedina, Coimbra, 2008.
- AA. VV., *Clonagem Humana* - HENRI ATLAN, MARCA AUGÉ, MIREILLE DELMAS-MARTY, ROGER-POL DROIT, NADINE FRESCO (trad de Sandro Patrício Gama Nóbrega e Revisão por Luís A. F. C. Umbelino e Teresa Marques Pedreiro), Quarteto, Lisboa, 2001.
- AA. VV., *Colóquio sobre Eutanásia*, Publicações do II Centenário da Academia das Ciências de Lisboa, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 1993.
- AA. VV., *Julgar* – Revista da ASJP - Número Especial - *Consentimento Informado*, julho, 2011.
- AA. VV., *Corpo, Alteridade e Sintoma: diversidade e compreensão* (ELAINE LANGE e LEILA TARDIVO, org.), Vetor, São Paulo, 2011.
- AA. VV., *Corpo Presente – Treze reflexões antropológicas sobre o corpo*, Celta Ed., Oeiras (MIGUEL VALE ALMEIDA, org.), 1996.
- AA. VV., *Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al Professor D. José Cerezo Mir, La* (DIÉZ RIPOLLÉS et al., coord.), Tecnos, Madrid, 2002.
- AA. VV., *Ciências Forenses ao Serviço da Justiça* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Pactor, Lisboa, 2013.
- AA. VV., *Crimes Contra a Vida e Integridade Física – Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal* (AUGUSTO SILVA DIAS, JOÃO GOUVEIA DE CAIRES E ANTÓNIO ARAÚJO SOL, dir.), AAFDL, Lisboa, 2009.
- AA. VV., *CSI Criminal*, (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, org.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008.
- AA. VV., *Direito da Medicina – Efeitos Adversos, Responsabilidade, Risco*, (MARIA DO CÉU RUEFF DE SARO NEGRÃO, coord.), Coleção Ensaios, Lisboa, 2013.
- AA. VV., *Direito da Medicina – Legislação consolidada, Jurisprudência, Pareceres*, INCM, Lisboa, 2014.
- AA. VV., *Dignitas Personae – Instruções Sobre Algumas Questões de Bioética*, Congregação para a Doutrina da Fé - Vaticano, Ed. Paulinas, Lisboa, 2009.
- AA. VV., *Direito Penal Hoje – Novos desafios e novas respostas*, (MANUEL DA COSTA ANDRADE e RITA CASTANHEIRA NEVES, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009.
- AA. VV., *Direito Penal – Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. PETER HÜNERFELD* (MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA M.

- RODRIGUES, HELENA MONIZ e SÓNIA FIDALGO, org.), Coimbra Ed., Coimbra, 2013.
- AA. VV., *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (incluindo o texto da Convenção)*, Instituto de Bioética – UCP, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003.
- AA. VV., *Estrada Viva? Aspectos da Motorização na Sociedade Portuguesa* (JORGE DE FREITAS BRANCO e MANUEL JOÃO RAMOS, org.), Assírio & Alvim, Lisboa 2003.
- AA. VV., *Emoções e Crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (MARIA FERNANDA PALMA - AUGUSTO SILVA DIAS - PAULO SOUSA MENDES, coord.), Fora de Coleção - Almedina, Coimbra, 2013.
- AA. VV., *Estudos de Direito da Bioética* (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2004.
- AA. VV., *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2008.
- AA. VV., *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009.
- AA. VV., *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. IV, (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, coord.), Almedina, Coimbra, 2012.
- AA. VV., *Estudos sobre o Direito das Pessoas* (DIOGO LEITE DE CAMPOS, coord.), Almedina, Coimbra, 2007.
- AA. VV., *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a Vida ou Direito de Viver?* (ANTÓNIO JOSÉ DOS SANTOS LOPES DE BRITO e JOSÉ MANUEL SUBTIL LOPES RIJO, coord.), Almedina, Coimbra, 2000.
- AA. VV., *Genética Forense – Perspectivas de Identificação Genética* (MARIA DE FÁTIMA PINHEIRO, coord.), Ed. Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010.
- AA. VV., *Genética y Derecho penal. Previsiones en el Código Penal Español* (CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, coord.), Comares, Bilbao-Granada, 2001.
- AA. VV., *Genoma e Dignidade Humana* (RUI NUNES, HELENA MELO e CRISTINA NUNES, org.), Colectânea Bioética Hoje, V, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto - Serviço de Bioética e Ética Médica, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2002.
- AA. VV., *Histoire du Corps, T. I - De la Renaissance aux Lumières* (ALAIN CORBIN, JEAN-JACQUES COURTINE e GEORGES VIGARELLO, dir.), Seuil, Paris, 2006.
- AA. VV., *Histoire du Corps, T. II - De la Revolution à la Grande Guerre* (ALAIN CORBIN, JEAN-JACQUES COURTINE e GEORGES VIGARELLO, dir.), Seuil, Paris, 2006.

- AA. VV., *Histoire du Corps, T. III – Les mutations du Regard. Le XX siècle* (ALAIN CORBIN, JEAN-JACQUES COURTINE e GEORGES VIGARELLO, dir.), Seuil, Paris, 2006.
- AA. VV., *História dos Costumes – As Técnicas do Corpo – II vol.* (JEAN POIRIER, org.), Editorial Estampa, Lisboa, 1998.
- AA. VV., *Human Genome Diversity Project (The). Summary Document*, Human Genome Organisation, HUGO Europe, London, 1993.
- AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (MARIA FERNANDA PALMA, coord.), Almedina, Coimbra, 2004.
- AA. VV., *Leituras do Corpo* (CHRISTINE GREINER - CLÁUDIA AMORIM, org.), Annablume, São Paulo, 2003.
- AA. VV., *Le Corps Humain et le Droit – Journées belges*, T. XXVI, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Dalloz, Paris, 1975.
- AA. VV., *L'homme, la nature, le droit* (MARIA-ANGÈLE HERMITTE – BERNARD EDELMAN Org.), Christian Bourgois, Paris, 1975.
- AA. VV., *Liber Amicorum de JOSÉ de SOUSA e BRITO em Comemoração do 70.º Aniversário - Estudos de Direito e Filosofia* (AUGUSTO SILVA DIAS – JOÃO A. RAPOSO – JOÃO LOPES ALVES – LUÍS DUARTE d'ALMEIDA – PAULO DE SOUSA MENDES, org.), Almedina, Coimbra, 2009.
- AA. VV., *Mente, Self e Consciência* (DINIS, ALFREDO - CURADO, J. M. Org.), Faculdade de Filosofia de Braga, Braga, 2007.
- AA. VV., *Multiculturalismo e Direito Penal – Grupo de Professores de Direito Penal Jorge de Figueiredo Dias – I Encontro Nova-Direito Lisboa 2012* (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO - PEDRO CAEIRO - TERESA PIZARRO BELEZA, org.), Almedina, Coimbra, 2014.
- AA. VV., *Neurociencia y proceso judicial* (MICHELE TARUFFO - JORDI NIEVA FENOLL org.), Marcial Pons, Madrid, 2013.
- AA. VV., *Ownership of the Human Body (Philosophical Considerations on the Use of the Human Body and its Parts in Health Care)*, (HENK TEN HAVE – JOS WELIE, ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Boston - London, 1998.
- AA. VV., *Novos Desafios à Bioética* (LUÍS ARCHER - JORGE BISCAIA - WALTER OSSWALD - MICHEL RENAUD, coord.), Porto Editora, Porto, 2001.
- AA. VV., *Pessoa Humana e Direito* (DIOGO LEITE CAMPOS - SILMARA J. ABREU CHINELLATO, coord.), Almedina, Coimbra, 2009.
- AA. VV., *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética* (MANUEL CURADO – NUNO OLIVEIRA, org.), Almedina, Coimbra, 2010.

Bibliografia

- AA. VV., *Processo Penal do Brasil e de Portugal* (GERMANDO MARQUES DA SILVA - L. G. GRANDINETTI C. DE CARVALHO - GERALDO PRADO - NUNO BRANDÃO, org.), Almedina, Coimbra, 2009.
- AA. VV., *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses- Perspetivas Atuais* (FÁTIMA ALMEIDA - MAURO PAULINO, coord.), Pactor, Lisboa, 2012.
- AA. VV., *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (FREDERICO L. COSTA PINTO e TERESA PIZARRO BELEZA, coord.), Almedina, Coimbra, 2011.
- AA. VV., *Psicologia Forense* (RUI ABRUNHOSA GONÇALVES - CARLA MACHADO, coord.), Quarteto, Coimbra, 2005.
- AA. VV., *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (MÁRIO F. MONTE, dir. - MARIA CLARA CALHEIROS - FERNANDO CONDE MONTEIRO - FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2009.
- AA. VV., *Questione Giustizia – Bimestrale promosso da Magistratura democratica*, N.º 1 - «Bioetica: la vita, i giudici. La scienza, il processo e le corti», Franco Angeli, 2013.
- AA. VV., *Reglas mínimas del proceso penal: Reglas de Mallorca*, Illes Balears (Comunitat autònoma). Conselleria Adjunta a la Presidència, Govern Balear, Conselleria Adjunta a la Presidència, 1992.
- AA. VV., *Revista Portuguesa de Ciência Criminal – Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico*, Ano 14 – Fascículos 1 e 2 – Número Especial (2004).
- AA. VV., *Reponses des États ao Questionnaire sur la Preuve Scientifique*, Documento elaborado pela Presidência francesa da UE no II semestre de 2008.
- AA. VV., *Rückkehr der Folter - Der Rechtsstaat im Zweifel?* (G. BEESTERMÖLLER – H. BRUNKHORST, Hrsg.), Verlag C.H. Beck, München, 2006.
- AA. VV., *Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana (O)* (JOSÉ DE FARIA COSTA - URS KINDHÄUSER, coord.), Coimbra Ed., Coimbra, 2014.
- AA. VV., *Sociedade Vigilante - Ensaios sobre Identificação, Vigilância e Privacidade (A)* (CATARINA FRÓIS, org.), Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2008.
- AA. VV., *Sub Judice – Justiça e Sociedade. Direito da Saúde e Biodireito*, N.º 38, 2007.
- AA. VV., *Temas de Vitimologia: realidades emergentes na vitimação e respostas sociais* (ANA ISABEL SANI, coord.), Almedina, Coimbra, 2001.
- AA. VV., *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana* (JORGE MIRANDA - MARCO A. MARQUES DA SILVA, coord.), 2.ª ed., Quartier Latin, São Paulo, 2009.
- AA. VV., *Vida e Direito – Reflexões sobre um Referendo* (JORGE BACELAR GOUVEIA - HENRIQUE MOTA, org.), Principia, Cascais, 1998.

AA. VV., *Volume Comemorativo dos 20 Anos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna* (MANUEL M. GUEDES VALENTE – GERMANO MARQUES DA SILVA, coord.), Almedina, Coimbra, 2005.

Sítios de Internet (*Websites*)

www.adop.pt – Sítio da Autoridade Antidopagem de Portugal

www.apbioetica.org – Sítio da Associação Portuguesa de Bioética

www.basesdadosadn.blogspot.pt – Página pessoal da Mestre Marta Madalena Botelho, sobre temas dedicados às Bases de Dados de ADN

www.bioetica.web – Sítio da Informação e Debate sobre temas de Bioética de Espanha (de inspiração católica)

www.cfbdadosadn.pt – Sítio do Conselho de Fiscalização da Base de dados de Perfis de ADN

www.cnpd.pt – Sítio da Comissão Nacional de Proteção de Dados

www.cnecev.pt – Sítio do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

www.cnpma.org.pt – Sítio do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

www.councilforresponsiblegenetics.org – Sítio da Organização (ONG) GeneWatch

www.danielserrao.com – Sítio pessoal do Professor Doutor Daniel Serrão, contendo textos e documentos sobre temas de Bioética, Saúde, Medicina e Antropologia

www.ec.europa.eu/justice/mission – Sítio da Direção-geral para a Justiça da Comissão Europeia

www.enfsi.eu – Sítio da Rede Europeia de Institutos de Ciências Forenses (European Network of Forensic Science Institutes)

www.europol.europa.eu – Sítio da Rede Europeia de Institutos de Ciências Forenses (European Network of Forensic Science Institutes)

www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis – Sítio do Federal Bureau of Investigation (FBI) contendo informação sobre o CODIS

www.genewatch.org – Sítio da Organização GeneWatch do Reino Unido

www.gov.uk/government/publications/ndnad-annual-report-2011-to-2012 – Sítio do Governo do Reino Unido, contendo o relatório do NDNAB de 2011-12

www.iihs.it – Sítio do Istituto Internazionale per gli Studi Dell'Uomo (Istituto Internacional para os Estudos do Homem, de Florença)

www.inmlcf.mj.pt – Sítio do Instituto Nacional de Medicina legal e Ciências Forenses, I.P.

Bibliografia

www.nij.gov/topics/forensics – Sítio do National Institute of Justice dos EUA (em matéria de Ciências Forenses)

www.nuffieldbioethics.org – Sítio do Conselho Nuffield de Bioética, ONG do Reino Unido para assuntos de ética na Biologia e Medicina

www.pj.pt – Sítio da Polícia Judiciária

www.rcmp-grc.gc.ca/nddb-bndg/index-accueil-fra.htm – Sítio da Gendarmerie royal du Canada – Royal Canadian Mounted Police (com recensão estatística sobre dados relativos à Base de Dados de Perfis de ADN)

ÍNDICE

Resumo	3
Abstract	5
Agradecimentos	7
Abreviaturas e Siglário	9
Referências de citação e transcrição.....	17
Prólogo	19
PARTE PRIMEIRA	27
1. Uma compreensão préjurídica da dimensão probatória do corpo	29
1.1. O corpo, esse íntimo enigma	29
1.2. O corpo como <i>função indexante</i> para o Direito e a hiperfragmentação dos seus significados.....	38
1.3. A integridade pessoal corpo e mente/espírito: uma incindível dualidade?	58
1.4. A relevância jurídico-probatória do corpo em sentido amplo	64
1.5. A relevância jurídico-probatória do corpo em sentido restrito	71
1.6. Um novo paradigma probatório em processo penal?	77
2. O objeto pressuposto: o corpo da pessoa humana visada num processo penal	91
2.1. O significado normativo de <i>corpo</i> no contexto da presente investigação.....	91
2.1.1. Perplexidades em torno de conceitos (presuntivamente) unívocos: ser humano e pessoa	94
2.1.2. Critérios de reconhecimento do início da vida humana e sua tutela jurídica	97
2.1.3 O corpo <i>não significante</i> : os “processos de cadáveres”	106
2.1.4 O corpo <i>não imediatamente significante</i> : o corpo das vítimas de crimes e de terceiros.....	109
2.2. Vida humana e corpo humano: a busca de referentes jusnormativos à luz dos paradigmas bioéticos	112
2.2.1. O início e o fim da vida.....	120
2.2.2. Corpo humano, potencialidades e limites das ciências da vida e implicações bioéticas	133
2.2.3. Os dados das neurociências e da genética como fatores de alteração da compreensão do corpo.....	140
3. A relevância jurídico-probatória do corpo	147
3.1. O corpo como objeto jurídico	147
3.1.1. A busca (frustrada?) de um “estatuto jurídico” do corpo.....	149
3.1.2. O corpo: um <i>bem</i> fora do mercado?	173
3.1.3. A dignidade da pessoa humana e a tutela do corpo	178
3.1.4. O(s) direito(s) à disposição do corpo.....	192
3.2. Investigação criminal e informação de saúde: o corpo humano como suporte de medidas probatórias	194

3.2.1. O direito à integridade pessoal (física e moral) e meios de prova com implicação corporal	194
3.2.2. Entre o dever de segredo médico e o dever de denúncia de crimes públicos por <i>funcionários</i> -médicos	201
3.2.3. Informação de saúde e (in)admissibilidade de prova	206
3.2.3.1. O âmbito das informações sujeitas a segredo médico e possibilidade de revelação de elementos informativos de saúde: a questão da identificação do doente	209
3.2.3.2. Alguns exemplos: os crimes de propagação de doenças contagiosas e de aborto.....	214
PARTE SEGUNDA	221
4. O estatuto jurídico-constitucional das ingerências corporais probatórias em processo penal	223
4.1. O significado e função dos direitos fundamentais nos limites de admissibilidade da ingerência sobre o corpo: a tensão com a dignidade (da pessoa) humana	223
4.2. A tensão com outros direitos fundamentais em presença na ponderação da admissibilidade das ingerências corporais probatórias	229
4.2.1. O direito à não auto-incriminação (<i>nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum incriminare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur se detegere</i>), a presunção de inocência e o princípio <i>in dubio pro reo</i> : a confissão e o <i>direito ao silêncio corporal</i>	229
4.2.2. O direito à inviolabilidade da integridade pessoal (moral e física) da pessoa humana (art. 25.º CRP).....	256
4.2.3. Os direitos pessoais: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, identidade pessoal, reserva da intimidade da vida privada e familiar (<i>privacy</i>) e direito à autodeterminação corporal e informacional (art. 35.º da CRP), dignidade pessoal e identidade genética (art. 26.º da CRP)	258
4.2.4. O direito à liberdade pessoal de ação (art. 27.º da CRP)	264
4.2.5. O direito à proteção da saúde (art. 64.º da CRP)	266
5. Ingerências corporais probatórias: significado, função e finalidades	271
5.1. Introdução.....	271
5.2. Ingerências corporais probatórias: significado e alcance.....	274
5.2.1. A necessidade de uma delimitação sistemático-normativa das ingerências corporais probatórias	276
5.2.1.1. As ingerências corporais probatórias em face do direito contra-ordenacional.....	278
5.2.1.2. As ingerências corporais probatórias em face do direito tutelar	286
5.2.2. Âmbito subjetivo das ingerências corporais probatórias	291
5.2.3. Âmbito objetivo das ingerências corporais probatórias.....	294
5.2.4. Aproximação a uma definição de <i>ingerência corporal probatória</i>	296
5.3. Modalidades de ingerências corporais probatórias	297
5.3.1. Ingerências corporais probatórias como conceito abrangente e subespécies: intervenções, intrusões, investigações, interferências, inspeções, exames, registos.	297
5.3.2. Intervenções corporais probatórias: um conceito restrito.....	300
5.3.3. Heterogeneidade e níveis de profundidade das ingerências corporais probatórias	308

5.3.3.1. O corpo como «objeto remoto» a localizar ou a monitorizar e como esconderijo ou disfarce.....	314
5.3.3.2. A obrigatoriedade de presença física do imputado em atos processuais: interrogatório, reconhecimento e audiência.....	315
5.3.3.3. A <i>ingerência tópica</i> : o corpo como repositório de amostras de material biológico necessário para procedimentos comparativos (“amostras não íntimas”).....	321
5.3.3.4. A <i>ingerência profunda</i> : a sujeição do corpo a intervenções invasivas <i>stricto sensu</i> (revistas em cavidades corporais, sondagens, captação de imagens por métodos de imagiologia e intervenções cirúrgicas – “amostras íntimas”. A deteção e extração de substâncias ilícitas por métodos imagiológicos, eméticos e cirúrgicos (os casos <i>A. Bogumil c. Portugal</i> e <i>Jallob c. Alemanha</i>).....	328
5.4. Modalidades de ingerências corporais probatórias quanto à finalidade e quanto ao momento (cont.).....	341
5.4.1. A identificação (criminal) de pessoas.....	342
5.4.2. A determinação de elementos criminalmente relevantes.....	345
5.4.3. Ingerências corporais probatórias pré-processuais.....	348
5.4.4. Ingerências corporais probatórias intraprocessuais.....	351
5.5. Ingerências corporais probatórias promovidas (e efetuadas) por particulares	353
6. A busca de um paradigma de ponderação autorizante das ingerências corporais com finalidades probatórias.....	363
6.1. Os pressupostos de admissibilidade nas ingerências corporais probatórias.....	363
6.1.1. Reserva de lei e reserva de juiz: a legalidade (da previsão) e a jurisdicionalidade (da determinação).....	363
6.1.2. Proporcionalidade: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ...	368
6.1.2.1. A proporcionalidade como categoria material	370
6.1.2.2. A proporcionalidade como categoria adjetiva.....	375
6.2. O problema do consentimento e da coercibilidade.....	383
6.2.1. Considerações gerais.....	394
6.2.2. O consentimento e a coercibilidade no quadro do complexo normativo da identificação genético-criminal relativamente ao imputado	409
6.2.2.1. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal em Espanha.....	417
6.2.2.2. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal na Alemanha	425
6.2.2.3. O consentimento e a coercibilidade no paradigma normativo da identificação genético-criminal em Portugal.....	431
6.2.3. O consentimento das vítimas de crimes.....	447
6.3. O caso particular da tortura	458
PARTE TERCEIRA.....	473
7. As formas de ingerência corporal com finalidades probatórias em especial: a identificação genético-criminal de pessoas.....	475

7.1. Considerações preliminares	476
7.2. Os procedimentos probatórios de determinação do perfil de ADN e a finalidade de identificação na investigação criminal.....	489
7.2.1. As finalidades de identificação (genética) civil e as finalidades de investigação (genética) criminal.....	498
7.2.2. A classificação jurídica do procedimento investigatório: análise, exame, exame-pericial ou perícia?	502
7.3. A relevância processual da perícia de determinação do perfil de ADN: competência, admissibilidade, pressupostos e finalidades	511
7.3.1. Competência para a determinação e para a realização da perícia	511
7.3.2. Pressupostos de admissibilidade da perícia de identificação genética	513
7.3.3. Valor probatório do resultado da perícia de identificação genética	515
7.4. Fenotipagem de características físicas externas: admitir a “testemunha ADN” em prol da “Genetic intelligence”?.....	520
7.4.1. Outra proposta de estudo de marcadores genéticos: “marcadores distintivos”/”marcadores preditivos”vs. “marcadores codificantes”/ ”marcadores não-codificantes”	521
7.4.2. A utilização de marcadores de fenotipagem na investigação criminal: crítica, vantagens e precauções.....	523
7.4.3. Posição proposta	528
7.5. A recolha de amostras biológicas para determinação de perfis de ADN de arguidos-condenados e de inimputáveis perigosos.....	530
8. As formas de ingerência corporal com finalidades probatórias em especial (cont.): a deteção de substâncias no corpo enquanto elemento constitutivo típico de crimes ..	549
8.1. Introdução.....	549
8.1.1. Os crimes de posse e de “detenção corporal” de substâncias	551
8.1.2. Proibições absolutas e proibições relativas de consumos de substâncias	554
8.2. A relevância criminal da presença de álcool e de droga no corpo associada ao exercício de atividades que potenciam perigo.....	556
8.2.1. O álcool na condução rodoviária.....	557
8.2.2. O álcool na caça	564
8.2.3. O álcool na detenção, uso e transporte de armas	565
8.2.4. O álcool na detenção e circulação pública com animais perigosos ou potencialmente perigosos	566
8.2.5. A droga: generalidades sobre o regime sancionatório do consumo.....	567
8.2.6. A droga na condução rodoviária.....	570
8.2.7. A droga na caça	572
8.2.8. A droga na detenção, uso e transporte de armas	573
8.2.9. A droga na detenção e circulação pública com animais perigosos ou potencialmente perigosos	574

8.2.10. De um mapa de discontinuidades sistémicas a um regime geral coerente relativo à fiscalização e deteção de álcool e de droga no corpo	575
8.3. As substâncias e métodos proibidos para efeitos de controlo de dopagem	576
8.3.1. Introdução.....	576
8.3.2. O problema do bem jurídico no regime da prevenção e combate ao <i>doping</i>	580
8.3.3. O regime sancionatório da dopagem	585
8.3.4. A estrutura especial de imputação subjetiva das condutas de dopagem e implicações probatórias: um critério de suficiência de prova (para as instâncias disciplinares desportivas) com base num juízo de <i>probabilidade preponderante</i>	587
8.3.5. A responsabilidade objetiva (“strict liability”) e o princípio da culpa.....	589
8.3.6. A não punibilidade criminal dos praticantes dopados e o impacto probatório do resultado positivo das medidas de controlo antidopagem relativamente a terceiros.....	597
9. Uma proposta de enquadramento normativo das ingerências corporais probatórias	603
9.1. A insuficiência, desatualização e incoerência do quadro normativo vigente das ingerências corporais probatórias	603
9.1.1. Os temas (latentes e persistentes) do consentimento e da coercibilidade: uma questão nodular.....	610
9.1.2. A dupla dimensão da coercibilidade: as cominações sancionatórias e o recurso à força física	614
9.2. A necessidade de reconfiguração do enquadramento normativo geral das ingerências corporais probatórias: uma proposta de modelo.....	615
Conclusões	621
BIBLIOGRAFIA.....	629
Bibliografia Geral.....	629
Obras Clássicas	746
Obras Coletivas	748
Sítios de Internet (<i>Websites</i>).....	753