

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Mariana Rita Brás Roque

**ADMISSIBILIDADE DA RECOLHA COATIVA DE
AMOSTRAS-REFERÊNCIA NA VÍTIMA PARA
IDENTIFICAÇÃO ATRAVÉS DA COMPARAÇÃO DE
PERFIS DE ADN**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais,
orientada pela Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

*Admissibilidade da Recolha Coativa de Amostras-Referência
na vítima para identificação através da comparação
de perfis de ADN*

*Admissibility of coercive collection of victim's biological samples
for the purpose of forensic DNA profiling*

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Criminais, sob a orientação da Sr.ª Professora
Doutora Maria João da Silva Baila Madeira
Antunes*

Mariana Rita Brás Roque

Coimbra, 2019

AGRADECIMENTOS

Começo por agradecer à minha família todo o incondicional apoio, generosamente cedido, e, em especial, à minha mãe, pela sua incessante sabedoria – autêntica deusa minerva personificada – e por ter sido a minha âncora e o meu exemplo, sempre.

Agradeço também aos meus amigos, aos que permaneceram estes 6 anos ao meu lado, e aos que se foram juntando ao longo do percurso, principalmente neste último ano, por todos os momentos que nunca esquecerei.

À minha orientadora, Prof. Doutora Maria João Antunes, o meu apreço, por toda a atenção e compreensão ao longo deste ano de construção da presente dissertação.

À Secção de Fado da Associação Académica de Coimbra e, em especial, ao Prof. Jorge Gomes, a minha sincera gratidão por todo o conhecimento musical e cultura Coimbrã partilhados.

E, por fim, o meu maior agradecimento a Ti, Coimbra, Terra dos Doutores e dos Amores, Cidade sem idade.

A todos, um imenso e sentido Bem-Hajam!

*“What more powerful form of study of mankind could there be
than to read our own instruction book?”*

Francis S. Collins, 2000

*“The important thing is not to stop questioning.
Curiosity has its own reason for existence”.*

Albert Einstein, 1955

RESUMO

A presente dissertação versa sobre o recurso a testes genéticos dirigidos à identificação de pessoas distintas do arguido, mais precisamente de vítimas, na investigação processual penal, nomeadamente para posterior análise comparativa, a título de exemplo, com vestígios de origem desconhecida colhidos no *locus delicti*, o que poderá determinar o objetivo último de concluir pela sua admissibilidade e habilitação legal no ordenamento jurídico português, mesmo quando estas não concedam o seu consentimento e, portanto, a recolha de material biológico para análise se tenha de realizar de forma coativa pelo Estado.

Ao longo deste percurso, fomos esclarecendo determinados conceitos fundamentais na área de genética forense, de conhecimento científico básico, contudo de alguma transcendência relativamente ao âmbito da comunidade jurídica, o que não impede o inevitável reconhecimento da notável ligação, cada vez mais estreita, entre o direito e a ciência.

Pretendemos ainda fazer sobressair que a aceitação desta diligência num processo em curso não é automática, muito menos quando exercida de forma coativa, pelo que, para esta ser válida e para que os resultados obtidos sejam passíveis de ser apreciados e valorados em sede de julgamento, é fundamental uma análise ponderada e um despacho fundamentado da autoridade judicial que confirme a sua conformidade com o princípio da proporcionalidade, nas suas diversas vertentes.

A metodologia utilizada consistiu numa pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tanto nacional como de direito comparado. Em relação ao ordenamento jurídico português, apesar de parca bibliografia e inexistente jurisprudência sobre a recolha coativa de material biológico da vítima para análises do seu ADN, mas abundante no que toca à recolha coativa de material biológico do arguido ou suspeito, conseguimos observar que a legislação portuguesa não proíbe, de facto, que esta diligência se pratique nos tribunais, pelo que se pode ponderar a sua utilização nos processos-crime em curso.

PALAVRAS-CHAVE: ADN, Perfil genético, Vítima, Consentimento, Coação, Finalidades do processo, Direitos fundamentais, Reserva legal, Reserva de juiz, Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The present dissertation focuses on the use of forensic DNA profiling in the Courts of law, through the coercive collection of DNA samples of people against whom there is no criminal case, although they are still relevant for the purpose of the criminal investigation, more precisely, the coercive collection of victim's DNA samples to compare and identify the unknown origin of samples collected from the crime scene.

Throughout this essay, we also clarify some forensic genetics' fundamental concepts unusual to the basic knowledge of the Law community, due to their strict scientific character. The scope of this problem reveals the increasing close connection between Law and Science.

We also aim to highlight that the use of this diligence in a crime investigation is not immediate, even more if it is used in a coercive manner. So this measure is only valid and we can only resort to it if there is a wise and well-considered decision from a judge in conformity with the principal of proportionality and all its features.

The method we used to arrive to these conclusions was through the analyses of the national bibliography, legislation and Court's decisions, as well as foreigner ones. Even though our national bibliography refers very little to the question of DNA collection and identification of victims, and the decision making in our Courts does not make use of it, referring more about DNA identification of the suspect, we were still able to conclude that Portuguese Law does not prohibit the use of this measure and that it can be applied in the Courts of Law in ongoing processes.

KEYWORDS: *DNA, Genetic profiling, Victim, Consent, Coercion, Purposes of the process, Fundamental Rights, Rule of law, Judge's decision, proportionality principle*

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
ADN, DNA	Ácido Desoxirribonucleico
Art.	Artigo
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
CC	Código Civil
Cfr.	Conferir
CP	Código Penal
CPP	Código Processual Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DILP	Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar
EM	Estados Membros
EUA	Estados Unidos da América
INML	Instituto Nacional de Medicina Legal
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LPC	Laboratório de Polícia Científica
MP	Ministério Público
mtADN	ADN Mitocondrial
OJ	Ordenamento Jurídico
ONGA's	Organizações Não Governamentais de Ambiente
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
Op. Cit.	<i>Opus Citatum</i>
Pág(s)	Página(s)
SPG	<i>Sicherheitspolizeigesetz</i>
ss	seguintes
StPO	<i>Strafprozessordnung</i>
STR	<i>Short Tandem Repeats</i>
TC	Tribunal Constitucional
TIC	Tribunal de Instrução Criminal
TR	Tribunal da Relação
UE	União Europeia
VNTR	<i>Variable Number Tandem Repeats</i>

ÍNDICE

Introdução	9
-------------------------	---

CAPÍTULO I

ENQUADRAMENTO GERAL

1. ADN e o Direito	10
---------------------------------	-----------

1.1 Breve contextualização científica	13
--	-----------

1.1.1. ADN – noção e caracterização científica e biológica	13
--	----

1.1.2. Testes genéticos – em que consistem?	18
---	----

1.1.3. Finalidade da aplicação da técnica – vantagens e desvantagens	19
--	----

1.2. Breve contextualização histórica	24
--	-----------

1.2.1. Legislação EUA	26
-----------------------------	----

1.2.2. Legislação no seio da Europa	27
---	----

CAPÍTULO II

PESSOAS DISTINTAS DO ARGUIDO

2. Âmbito subjetivo	31
----------------------------------	-----------

2.1 A vítima	32
---------------------------	-----------

2.1.1. Interação entre a figura da vítima e os demais papéis que esta pode assumir	39
--	----

2.1.2. Essencialidade da recolha de amostras-referência na vítima	41
---	----

CAPÍTULO III
OS TESTES GENÉTICOS E A VÍTIMA

3. Utilização de testes genéticos com finalidade de identificação da vítima	43
3.1. Consentimento, recusa e recolha coativa do material biológico.....	44
3.2. Tipos legais de crimes em que o teste ganha relevância.....	49
3.3. Existência de lei habilitante para ordenar uma recolha coativa na vítima	52

CAPÍTULO IV
DIREITO COMPARADO

4. Soluções no direito comparado	71
4.1. Ordenamento jurídico espanhol.....	84
4.2. Ordenamento jurídico alemão.....	87
4.3. Ordenamento jurídico italiano	90
4.4. Ordenamento jurídico espanhol.....	92
Conclusão	94
Referências	95

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, tem-se observado uma crescente interação entre a área do Direito e outras áreas do saber, nomeadamente a área da Ciência. Esta interação é facilmente identificável na área da justiça penal e, principalmente, em questões de matéria probatória, sendo a ciência e a tecnologia chamadas a intervir, com o fim de trazer benefícios à investigação criminal, tanto pela via da celeridade, como pela eficácia da investigação ou pela necessidade de encontrar provas dotadas de maior credibilidade e fiabilidade. Foi neste seguimento que apareceu a diligência probatória de análise do ADN. Esta, que já anteriormente era de elevado interesse em outras áreas, como a medicina, nomeadamente na descoberta de propensão para certas doenças, começou a ganhar relevo ao nível jurídico, na resolução de questões cíveis e questões criminais.

A questão criminal a que presentemente nos referimos é a questão da identificação. Os primeiros processos-crime em que o recurso às análises do ADN foi possível, nos finais da década de 80, tanto nos EUA como no Reino Unido, foram casos extremamente mediáticos e o objetivo foi a identificação da autoria de crimes (de homicídio e violação). No entanto, a nossa dissertação prende-se com a identificação de outro interveniente no contexto do crime, mais concretamente, o sujeito passivo do crime – a vítima.

A segunda questão com que se prende a nossa dissertação é o consentimento para tal, ou melhor, a problemática da inexistência de consentimento. Isto é, a vítima, por diversos motivos, pode recusar-se a permitir a colheita de material biológico seu para determinação do perfil genético e posterior comparação com amostras de origem desconhecida. Surge assim a questão-mestre sobre se existe habilitação legal que permita ao Estado obrigar a vítima, comprimindo os seus interesses particulares, a submeter-se à colheita coativa de material biológico, com vista à realização de interesses públicos, como a eficácia da investigação criminal, resolução do processo-crime, realização da justiça e descoberta da verdade material. Em especial, nos casos de revisão de sentença condenatória por graves dúvidas na justiça da condenação, encontramos também a tentativa de realização de interesses particulares, nomeadamente, a restauração da paz jurídica do condenado – sendo estes casos paradigmáticos de situações em que a determinação do perfil de ADN da vítima, para comparação com manchas e vestígios de origem desconhecida, colhidos ao tempo do crime, pode configurar uma prova determinante para a resolução justa do caso.

CAPÍTULO I

ENQUADRAMENTO GERAL

1. O ADN e o Direito

A evolução da ciência tem permitido progressos em todas as áreas da vida do Ser Humano, até mesmo na área do direito e, com maior ênfase para a nossa dissertação, no ramo do direito penal processual. É fundamental entender que nem a ciência se deve sobrepor ao direito nem o direito deve ignorar a ciência¹, tendo cada uma das áreas a sua função, e vivendo em moldes de complementaridade e interação constante. Como refere o autor GERMANO MARQUES DA SILVA² estamos perante o fenómeno de “*processualização ou judicialização* da ciência e uma *cientifização* do direito”. Com isto, por um lado, pretende-se sublinhar que a utilização da ciência no seio da área jurídica terá sempre de ser feita dentro dos limites e critérios que o direito lhe impõe – “O direito constrói as regras”³, exatamente pela “luta no combate ao crime não poder ser conquistada a qualquer preço, sob pena de nos tornarmos reféns da própria ciência e tecnologia”⁴ –, limites tanto ao nível das condições de aquisição da prova, como de produção de prova, assim como de valoração da sua relevância para a decisão do caso concreto, em suma, para que a prova científica seja válida e legalmente admissível. É curioso que a interação do direito com a ciência gerou estas inovações legislativas, ao nível de regras processuais e substantivas a que a ciência tem de obedecer, mas não só, gerou também regras próprias da atividade científica a serem observadas, tanto de ordem procedimental, como deontológicas e de *legis artis*. Em relação às regras de valoração da relevância dos resultados científicos, o magistrado judicial terá aqui um importante papel, apesar de, como refere o autor FILIPE SANTOS⁵, “(...) sobre elas recaem (também) expectativas de produção de contributos decisivos para a resolução

¹ FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, Separata da *Revista Portuguesa Ciência Criminal*, Ano 16, N.º 1, 2006, págs. 115-116;

² SILVA, Germano Marques da, prefácio in BRAVO, Jorge dos Reis / LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, Lisboa-Universidade Católica Editora, 2018;

³ MONIZ, Helena, *Parte I. Comunicações do debate “A Ciência do crime: Da recolha de prova à base de dados de perfis de DNA”*, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012, pág. 31;

⁴ COSTA, Susana / MACHADO, Helena, *Introdução* in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012, pág.9;

⁵ SANTOS, Filipe, “As funções do ADN na investigação criminal – estudo de cinco casos em Portugal”, in *Base de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág. 226;

dos casos”, dado que a ciência não é formada por leis universais e absolutas, mas sobrevive no campo das probabilidades; o sentido crítico do juiz deve estar na mesma presente quando avalia a prova científica produzida em tribunal, pois a ciência forense não detém “um papel absoluto. É um papel auxiliar, de apoio, um contributo; é um papel que não se substitui a quem tem de fazer a avaliação e a aplicação da Justiça”⁶. Porém, temos noção que existem dois grandes impasses para um controlo judicial eficaz em todos os casos: primeiro porque, à partida, uma prova pericial⁷ encontra-se subtraída à livre apreciação do julgador, sendo só passível de refutação se o juiz detiver conhecimentos científicos suficientes para fundamentar a sua não admissibilidade ou contrariar os resultados nela contidos⁸ (art. 163.º do CPP), no entanto, se este os detiver, e considerar que está perante um desses casos, o juiz pode e deve refutar a prova científica⁹; o segundo impasse advém da referida falta de conhecimentos profundos que os magistrados detêm sobre estas áreas, o que implica frequentemente que, mesmo que haja motivos para duvidar da fiabilidade da prova, o juiz não se consiga aperceber deles¹⁰. Ainda a propósito da frase supracitada, também seria importante salientar que o juiz não pode, nem deve, por não deter esses conhecimentos nem compreender a linguagem científica ou, pior, por ter como finalidade o impedimento da evolução e modernização do direito na sua interligação com a ciência, dar preferência a provas não-científicas, que este consiga entender na sua totalidade, mas que, no entanto, não conseguem responder, com elevada certeza, às questões basilares do processo penal a decorrer – quem é o autor do crime, por exemplo – e não se basear, na formação da sua decisão, em provas científicas válidas, fiáveis e geradoras de segurança na decisão, demonstrando elevada probabilidade de resolução dessas mesmas questões.

⁶ FARINHA, Carlos, *Parte I. Comunicações do debate “A Ciência do crime: Da recolha de prova à base de dados de perfis de DNA”*, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012, pág. 22;

⁷ Como veremos mais à frente, existe uma querela doutrinal sobre se o momento da recolha corresponde a um exame ou se é parte duma perícia, no entanto, é certo que o momento da análise em si, para determinação e comparação de perfis de ADN, que é o momento a que nos referimos, é obrigatoriamente realizada por pessoas com especiais conhecimentos técnicos e científicos e, consequentemente, configura uma perícia.

⁸ SANTOS, Rui, *Parte I. Comunicações do debate “A Ciência do crime: Da recolha de prova à base de dados de perfis de DNA”*, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012, pág. 17;

⁹ A título de exemplo, quando observa uma quebra de cadeia de custódia (quando se fala na cadeia de custódia também se fala na integridade do vestígio extraído), ou uma contaminação das amostras, entre outros casos.

¹⁰ Mesmo existindo diversas formações sobre estas questões, que potenciam a aquisição de noções sobre biologia, medicina, genética, entre outras áreas fundamentais para uma compreensão alargada da prova científica e todos os seus feixes basilares, é notório que a maioria dos juízes, atualmente, não se encontra cem por cento preparada para lidar com estas novações processuais.

Como já referimos, a área do processo penal, nomeadamente no que toca à investigação criminal e às questões de matéria probatória, tem-se aproveitado da evolução constante nos variados ramos da ciência, albergando novos métodos de obtenção de prova e novos meios de prova passíveis de serem apresentados em tribunal, com as finalidades de maximizar o sucesso da investigação, tornar a obtenção de prova mais célere e segura, aumentar a credibilidade da prova recolhida – aquém da dúvida razoável –, entre outras. Evolução em áreas como a multimédia, a engenharia informática, a inteligência artificial e, com mais interesse para a presente dissertação, a engenharia genética – que estuda o ADN e o seu potencial informativo –, permitiu-nos recorrer, em investigação criminal, a título de exemplo, ao uso de captação de imagens, ao uso de aparelhos de escuta, à análise do ADN para identificação de indivíduo (método que iremos aprofundar), entre outros. Como refere FIGUEIREDO DIAS¹¹ “O processo penal continuará a ser o espelho do Estado Nacional e do tipo de relações intercedentes entre aquele Estado e os cidadãos. Mas não pode deixar de ser também o reflexo das alterações que se verificam nas condições socioculturais, políticas, económicas da vida da comunidade (...)” e a “(...) circunstância de os novos horizontes técnico-científicos terem aberto a porta a *métodos de investigação* no processo penal até há não muito tempo desconhecidos: aqui se incluem, entre outros, (...) a análise genética”. Inclusive, recentemente e a título de curiosidade, encontra-se em estudo a possibilidade de recorrer a programas de análise genética capazes de determinar a perigosidade de um indivíduo, a sua propensão para a reincidência e a probabilidade de sucesso de casos a decorrer.

Em suma, é sobre as aquisições da engenharia genética e a aplicação de análises ao ADN para identificação, em processos penais, que nos focaremos. No entanto, é preciso referir que, previamente à aplicação da identificação genético-criminal, outros meios probatórios, também eles identificativos e também eles a fazer do corpo do visado o objeto em análise, já eram utilizados em processo penal, como, por exemplo, os exames ao grupo sanguíneo, as impressões dactiloscópicas, a comparação de ficheiros dentários ou de

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Processo Penal Português: problemas e perspectivas*, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 805 e 809;

medulas, entre outros¹². Como JOÃO CONDE CORREIA¹³ afirma, o “corpo humano foi sempre um instrumento imprescindível para a busca da verdade. Desde os tempos mais remotos até à atualidade, ele foi sendo utilizado como forma de extorquir declarações (tortura, narcoanálise, hipnose), de confirmar a sua fiabilidade (detetor de mentiras) ou ainda, de mera recolha de vestígios da prática de um crime e dos seus autores (autópsia, extração de amostras biológicas ou de objetos que ali se encontram, raios X, etc.)”.

Importante será referir que esta dissertação apenas versará sobre a identificação por comparação direta, isto é, resultante da análise comparativa entre um vestígio biológico que pretendemos identificar e uma amostra biológica extraída de um dador identificado que, no caso da nossa tese, é a vítima. Por conseguinte, apenas escrutinaremos o regime legal aplicável à identificação por comparação direta. Não abordaremos, portanto, o regime aplicável aos casos de identificação por comparação indireta, resultante da comparação entre vestígio biológico não identificado e um perfil genético identificado e conservado na base de dados portuguesa de perfis de ADN¹⁴ – Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

1.1. Breve contextualização científica

Antes de qualquer consideração acerca do recurso às técnicas de análise de perfis genéticos para fins identificativos num processo penal, é necessário perceber o que é, efetivamente, de um ponto de vista científico e biológico, o ADN; e, posteriormente, o que significa a realização de recolha e análises ao ADN.

1.1.1. ADN – noção e caracterização científica e biológica

Pelos estudos de engenharia genética, podemos afirmar que o ADN é um ácido, denominado de ácido desoxirribonucleico, e é formado por elementos químicos. O conjunto de todas as estruturas de ADN de um indivíduo, cerca de três biliões, denomina-se de genoma humano, e é aqui de cada um de nós detém o total da sua própria informação

¹² REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pág. 111;

¹³ CORREIRA, João Conde, prefácio in AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág 7;

¹⁴ Para uma compreensão do que comporta a Base de Dados, vide CORTE-REAL, Francisco, *Base de dados de perfis de ADN*, in *Princípios de genética forense*, coordenadores Francisco Corte-Real / Duarte Nuno Vieira, 1ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, págs. 152 e ss;

genética¹⁵. O genoma humano divide-se entre o nuclear – ADN que se encontra no seio de cada célula humana, mais precisamente, no interior do núcleo de cada célula – e o mitocondrial – que, sendo dentro da célula, já é externo ao núcleo, encontrando-se no interior das mitocôndrias, estruturas que asseguram a produção de energia e o funcionamento das células. O ADN nuclear é herdado dos dois progenitores, com exceção do cromossoma Y (que provém apenas do pai) e o ADN mitocondrial, é herdado só da mãe¹⁶ pelo que, apesar de não dar para investigações cíveis de determinação de paternidade, é bastante útil para as investigações criminais pois, por possuir regiões de ADN não codificante e grande número de cópias nas nossas células, permite uma boa análise mesmo quando a amostra se encontra em degradação ou em mau estado de conservação¹⁷, no entanto, detendo menor poder de discriminação do que o ADN nuclear, o que leva a um menor grau de certeza na identificação final¹⁸.

O ADN também se pode destringir do ponto de vista funcional, não sendo todo uniforme, isto é, os segmentos de ADN podem dividir-se entre os que apresentam genes – cerca de 10 a 20 % do ADN e 3% do genoma humano – que é a parte do ADN que fornece informações fenotípicas do indivíduo¹⁹ – e os que não apresentam genes – cerca de 97% do genoma – e que não permitem fornecer características fenotípicas do indivíduo, mas que regulam o funcionamento dos genes e que, por ser exclusiva de cada pessoa a forma como essas sequências se apresentam, se torna identificativa desta. Assim, a parte do ADN que possui os genes é denominada de ADN codificante, por fornecer dados como a cor do cabelo, a cor da pele, ou sobre a propensão para adquirir certas doenças ou possíveis predisposições para adoção de certos comportamentos²⁰ – inclusive propensão para o suicídio ou depressão.

¹⁵ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN – Reflexões à luz da Dignidade Humana*, Nova Causa – Edições Jurídicas, Lisboa, 2016, pág. 134;

¹⁶ AMORIM, António, *Produção e interpretação da prova genética*, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012, pág.39;

¹⁷ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como ...*, *op. cit.*, pág. 139;

¹⁸ ESPINHEIRA, Rosa Maria, *Identificação genética de desconhecidos*, in *Princípios de genética forense*, coordenadores Francisco Corte-Real / Duarte Nuno Vieira, 1ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, pág. 86;

¹⁹ Os genes correspondem a um segmento de ADN que contém a informação necessária para a síntese proteica. A esta cadeia de ADN que possui os genes, há-de se ligar o ADN mitocondrial (mtADN) para ler a informação que deve ser processada, posteriormente, ao nível das fábricas mitocondriais, com o objetivo de exercerem a tal produção de proteínas, proteínas estas que irão exprimir essas informações, por exemplo, as características fenotípicas do indivíduo titular desse ADN ou, se for no interior de uma célula de um órgão, pôr em funcionamento os mecanismos biológicos desse órgão.

²⁰ Os autores JAMES WATSON e FRANCIS CRICK referiam-se à capacidade codificadora dos genes como

Diversamente, a parte do ADN que não possui genes na sua composição é denominada de ADN não codificante e foi esta parte do ADN que os cientistas da engenharia genética se aperceberam deter uma outra função, de muito interesse para a área da justiça e de prova processual, a função de identificação²¹. Por um lado, por ser exclusivo em cada um dos indivíduos, apresentando-se e organizando-se de forma única, não se repetindo nunca de pessoa para pessoa e, portanto, com extrema capacidade individualizante²² (exceto nos gémeos monozigóticos), permite saber, por comparação de amostras, se certo ADN presente numa amostra biológica provém potencialmente da mesma pessoa que forneceu a amostra comparativa – características de hipervariabilidade e polimorfismo do ADN não codificante – assim como, por outro lado, por o mesmo indivíduo deter o mesmo ADN em todas as suas células e o mesmo ADN ao longo de toda a vida, pode qualquer amostra de um dador, inclusive em diferentes alturas, levar a concluir pelo mesmo padrão genético – característica de universalidade do genoma²³. Já o ADN codificante, apesar de nos apresentar com toda aquela informação, não é bom elemento identificativo pois é dificilmente diferenciável entre os indivíduos – basta serem semelhantes fisicamente, por exemplo, ambos terem cabelos escuros, olhos escuros ou serem altos. Contudo, há a teoria, entre certos autores²⁴, de que este tipo de distinção funcional já está ultrapassada, por novas descobertas científicas terem demonstrado que o ADN não codificante pode, efetivamente, codificar, não sendo tão inútil²⁵ para o destringir de características fenotípicas como se pensava, graças ao fenómeno de “*linkage disequilibrium*”, isto é, um marcador não codificante pode estar num *locus* próximo

“*We used to think our fate was in the stars. Now we know, in a large measure, our fate is in our genes*”, in REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.* pág. 30;

²¹ Helena Machado, Susana Silva e António Amorim defendem, mencionando o autor Simon Cole, que há diferença entre os conceitos de individualização e identificação. A individualização corresponde à possibilidade de se definir uma única fonte como origem de um vestígio de uma cena de crime, dentro de um leque de várias fontes possíveis, enquanto a identificação apenas permite estreitar a fonte potencial de origem a um grupo ou classe de objetos. Assim, no caso da genética forense, sendo uma ciência baseada em probabilidades, não consegue obter uma individualização “perfeita” e “absoluta” de 100%, pelo que se fica pela capacidade identificativa. No fundo, o sucesso do DNA como método de identificação reside no seu elevado potencial de individualização. Para mais desenvolvimentos, *vide* MACHADO, Helena / SILVA, Susana / AMORIM, António, “Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal”, *Revista Análise Social*, vol. XIV, N.º 196, 2010, pág. 540;

²² GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como ...*, *op. cit.*, pág. 135;

²³ Esta última característica da universalidade é o que facilmente permite explicar a criação uma base de dados de perfis genéticos eficaz, exatamente por esses códigos genéticos dos indivíduos lá visados não se alterarem com o tempo.

²⁴ REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.*, pág. 51;

²⁵ Designação que a área médica dava à parte do ADN que não lhes interessava analisar, in CAMP, Nathan Van / DIERICKX, Kris, “National Forensic Databases: Social-ethical Challenges & Current Practices in the EU”, *European Ethical - Legal Papers*, N.º 9, Leuven, 2007, pág. 5 e ss;

de outro marcador que codifica um fenótipo e, devido à proximidade, pode revelar a mesma informação do marcador codificante.

Como já pudemos observar, estas aquisições da engenharia genética foram vistas como de extrema importância em várias áreas de estudo, tanto na área da medicina, como na área da medicina legal, pela vertente da genética forense. A genética forense, sendo a área de maior relevo para o nosso ensaio, investe, tal como o nome indica, no estudo da aplicação de técnicas de identificação genética de indivíduos para resolução de problemas jurídicos que lhe são apresentados. Problemas jurídicos que, primeiramente, surgiram na área cível – em casos de investigações biológicas de paternidade ou procedimentos de identificação em casos de desastres em massa – e, posteriormente, na área criminal, também denominada de *criminalística biológica* – em casos de identificação do(s) autor(es) dos crimes. Dando ênfase às questões de criminalística biológica, os laboratórios de genética forense procedem “à análise de vestígios biológicos de interesse criminal, como manchas de sangue, esperma, urina, saliva e pelos. Através da análise deste material biológico, mediante testes de ADN, é possível proceder à determinação do perfil genético da pessoa a quem ele pertence”²⁶, ou seja, os laboratórios recebem tanto os vestígios biológicos de interesse, como as amostras biológicas extraídas de dadores identificados para referência comparativa e, posteriormente, a sua atividade vai consistir na análise destas e em cálculos probabilísticos de comparação, com a finalidade de obter (ou não) um *match*. Como podemos observar, estes vestígios ou amostras biológicas podem ser de qualquer tipo, desde que sejam corporais, como pelos, cabelos, pele (por exemplo, se houver luta entre o autor do crime e a vítima, é provável terem ficado pedaços de cútis sob a cavidade subungueal), urina, ou fluídos corporais como saliva, sémen, fluídos vaginais, sangue, suor e lágrimas, já que qualquer amostra corporal contém células e qualquer célula contém ADN.

Assim sendo, ao longo da dissertação, sempre que aludirmos à análise do ADN para efeitos de identificação, único propósito por nós analisado, estaremos a referir-nos ao ADN não codificante. No entanto, nem todo o ADN não codificante tem o mesmo relevo para as análises mencionadas. Para a finalidade de identificação, as regiões do ADN não codificante de maior relevância são as regiões genómicas denominadas por minissatélites e microssatélites²⁷. Os minissatélites ou VNTR – *Variable Number Tandem Repeats*

²⁶ FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético ...”, *op. cit.*, Pág. 117;

²⁷ REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.*, pág. 46 e ss;

(repetições sequenciais de número variável) – correspondem a segmentos de ADN que constituem unidades de repetição formadas por sete a vinte e cinco pares-de-bases que se encontram adjacentes umas às outras, sendo que podem existir mais de cem unidades de repetição; por sua vez, os microssatélites ou STR – *Short Tandem Repeats* (repetições de baixa frequência²⁸) – correspondem a segmentos de ADN que constituem unidades de repetição formadas agora apenas por dois a sete pares-de-bases, estando estas mais dispersas ao longo das cadeias de ADN, diferentemente do que acontecia no caso dos minissatélites. Em conclusão, quando vamos analisar o ADN não codificante vamos, em concreto, analisar o número de vezes que estes segmentos, unidades de sequência, se repetem, e em que ordem e espaçamento se dão, e as diferenças de sequências das unidades de repetição. Normalmente, nos laboratórios, analisam-se, simultaneamente, um conjunto de dez a quinze dessas regiões. Um perfil genético há-de corresponder ao padrão que esses segmentos de ADN representam, codificados com código alfanumérico.

Em última referência, é importante notar que o ADN codificante é mesmo de proibida análise para fins criminais, pelo poder de revelação de características fenotípicas do indivíduo em causa, já que se iria tornar numa invasão profunda do núcleo essencial de variadíssimos direitos fundamentais, protegidos constitucionalmente, como a reserva da intimidade da vida privada ou o direito à autodeterminação informacional, entre outros, não se pautando pelo princípio da proporcionalidade – “Apenas o chamado “DNA não codificante” é utilizado (...) Isto acontece em concordância com um princípio de preservação do direito à privacidade que está intimamente enraizado na configuração do corpo em informação, aqui dividida em graus de relevância (codificante vs. não codificante). Emerge, então, o direito a uma privacidade que já não surge ligada à intrusão no corpo do indivíduo, mas sim à intrusão do Estado na informação “guardada” no código genético”²⁹. Contudo, podemos concordar com algumas linhas da orientação que os autores REIS BRAVO e CELSO LEAL³⁰ assumem quando mencionam que “(...) o recurso ao seu potencial de revelação de características externamente visíveis possa assumir especial relevo

²⁸ CONSELHO DA BASE DE DADOS DE PERFIS DE ADN, *ADN e Direitos Fundamentais*, Disponível em: https://www.cfbdadosadn.pt/pt/conexoes/adndireitos/Paginas/ADN_DireitosFundamentais.aspx;

²⁹ MACIEL, Daniel / MACHADO, Helena, *Parte II. Governabilidade e mediações “Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação”*, in *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de controlo e de ordem social*, organização Helena Moniz / Helena Machado, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág. 149;

³⁰ REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.*, pág.41;

probatório no âmbito de uma investigação em curso, no sentido de descartar ou confirmar linhas hipotéticas de investigação (se, por exemplo, um vestígio biológico de uma amostra-problema demonstrasse, com recurso a marcadores de ADN codificante, a presença de características de um indivíduo caucasiano, tal conclusão afastaria linhas de investigação que apontasse para indivíduos de outras características étnicas)” – na linha de pensamento destes autores, na Europa, apenas o Código de Processo Holandês³¹, desde 2003, é que prevê, expressamente, a possibilidade de recorrer a uma perícia de fenotipagem – também denominado de *Genetic intelligence* ou, ainda, *ADN intelligence* – isto é, a análise de características físicas pela análise de ADN codificante, no entanto, só preenchendo uma série de premissas limitadoras da medida; nos demais países europeus, apenas se permite identificar o género da pessoa a quem a amostra pertence, no entanto, tal não corresponde a uma fenotipagem. Como curiosidade, nos EUA, a perícia de fenotipagem é admitida dependendo dos Estados em causa, pois não existe qualquer regulamentação federal sobre o assunto. Na nossa opinião, seria um meio útil para guiar a investigação e, possivelmente, descartar certas hipóteses de investigação criminal, mas levantaria imensos conflitos ao nível da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

1.1.2. Testes genéticos – em que consistem?

No que respeita à compreensão do processo que nos permite chegar a um resultado de identificação por comparação de perfis genéticos, estamos a referir-nos a um ato processual complexo³² e, por isso mesmo, constituído por diferentes fases: em primeiro lugar, efetua-se a recolha ou extração da amostra; em segundo lugar, o acondicionamento da amostra e parte da cadeia de custódia³³ da amostra, desde o local da recolha até ao laboratório; depois, dá-se a perícia em si; interpretam-se os resultados obtidos e procede-se à elaboração de um relatório conclusivo; e, por fim, realiza-se o resto da cadeia de custódia da amostra, desde o laboratório até ao tribunal³⁴.

³¹ CRUZ, Carla, “Genética forense – uma ciência com passado, presente e futuro”, *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, N.º 04, Lisboa: ASFICPJ, 2012, pág. 107;

³² BERISTAIN, Arantza Libano, “La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el proceso penal”, *Justicia*, N.º 3-4, 2010, pág. 207 e 208;

³³ Atos sucessivos da cadeia de preservação e salvaguarda da prova ao longo das sucessivas deslocações dos elementos de prova entre a cena do crime, o laboratório e o tribunal.

³⁴ Se nos fossemos referir aos métodos de comparação indireta ainda poderíamos referir mais um passo neste processo complexo: a possível conservação do perfil genético obtido numa base de dados – realidade expressa apenas em relação ao arguido.

Quanto à perícia em si, importa referir algumas noções fundamentais: as amostras analisadas em laboratório são, como vimos, de uma de duas naturezas, isto é, podem ser tanto amostras-problema, ou seja, vestígios e manchas biológicas de quem não sabemos a titularidade, mas queremos descobrir, deixados tanto no local do crime (são os elementos sobreviventes do crime que importa analisar³⁵) – *locus delicti* –, como no corpo ou roupa da vítima ou no corpo ou roupa do suspeito, portanto, estamos a referir-nos à amostra sob investigação; como também podem ser amostras-referência, ou seja, amostras biológicas extraídas de um indivíduo concreto, um dador identificado que, depois de analisada, servirá como termo de comparação para a amostra sob investigação e que queremos determinar a proveniência.

Da análise dos marcadores de ADN legalmente permitidos e pré-determinados na lei³⁶ – “local ou locais do genoma do indivíduo utilizados para, mediante o seu estudo descritivo, obter um perfil genético de uma amostra”³⁷ – resulta um código genético, que se apresenta sob a forma de uma sequência ou padrão químico, que apenas serve os propósitos da identificação (potencial individualização).

Por fim, os resultados obtidos poderão variar entre existir coincidência com elevada probabilidade de ambas as amostras pertencerem ao mesmo indivíduo (*DNA profile match* ou *hit*); existir coincidência, mas com menor probabilidade; ou a exclusão de coincidência, correspondendo a indivíduos diferentes. Qualquer das hipóteses mencionadas resultará da comparação entre dois padrões químicos obtidos da análise de duas amostras biológicas distintas, a partir de cálculos probabilísticos de coincidência, tendo em conta a população de referência.

1.1.3. Finalidade da aplicação da técnica – vantagens e desvantagens

Pelo que foi descrito até agora, torna-se clara a finalidade última do uso desta técnica pela genética forense, ou seja, a de obter resposta à pergunta: “Quem é esta pessoa? A quem pertence este vestígio biológico recolhido?”, tratando-se, portanto, da finalidade de

³⁵ COSTA, Susana, *Saberes e práticas dos órgãos de polícia criminal na gestão da cena do crime*, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012, pág. 72;

³⁶ Veremos que, atualmente, apenas existe uma Portaria que define quais os marcadores passíveis de serem analisados, a PORTARIA N.º 161/2018, de 6 de junho de 2018 – que revogou a anterior Portaria n.º 270/2009, de 17 de março;

³⁷ AMORIM, António, *Genética Forense*, Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 2015, pág.1;

identificação para a resolução do problema jurídico. Sublinhamos a designação de finalidade última pois corresponde à pergunta-chave a que esta medida pretende responder, no entanto, existem muitos outros motivos, podemos mesmo dizer vantagens, para o uso desta técnica em criminalística biológica já que, como faz notar o autor SIMON COLE³⁸, existem várias técnicas que têm igualmente como objetivo a identificação, pelo que há vantagens no uso desta diligência, em detrimento de outras, também elas identificativas. O autor agrupa-as em três categorias: a identificação por diagnóstico – através de métodos que traçam e inferem um perfil criminológico e psicossocial do suspeito a partir de padrões comportamentais, conectando ciências sociais, psicologia, psiquiatria, criminalística, estatística, entre outras – ; a identificação por arquivo – através de bases de dados, como por exemplo, e mais relacionado com o nosso tema, as base de dados de perfis genéticos –; e, por fim, a identificação forense – através de variados métodos, desde comparações dentárias, determinação da idade cronológica por análise de estruturas ósseas, comparações radiográficas, ou mesmo a técnica de comparação de perfis de ADN, recolhidos de amostras biológicas³⁹, tal como temos vindo a referir.

De facto, o recurso a esta técnica traz vantagens bastantes para a considerar uma diligência-chave e extremamente fiável na resolução de muitos processos-crime, em comparação a outros meios probatórios a que já se recorriam. Devido às suas características de polimorfismo e exclusividade, esta técnica permite gerar resultados probatórios de identificação com elevado grau de fiabilidade, objetividade e certeza, “uma afirmação tendencialmente absoluta ou tendencialmente certa”⁴⁰, o que permite gerar, conseqüentemente, um sentimento geral de confiança, não só na segurança da identificação mas também na segurança do juiz em decisão da causa, fruto da base consistente de convencimento do tribunal; tal como refere COSTA ANDRADE⁴¹, esta diligência é capaz

³⁸ COLE, Simon, *Suspect identities: a History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Harvard, Harvard University Press, 2002, pág. 305; e MACHADO, Helena / SILVA, Susana / AMORIM, António, “Políticas de identidade: ...”, *op. cit.*, pág. 548;

³⁹ No caso de ser identificação do autor do crime, por comparação dos vestígios biológicos obtidos com os perfis genéticos guardados nos ficheiros da Base de Dados de Perfis de ADN, pode também pertencer ao segundo grupo de técnicas de identificação referido – a identificação por arquivo. No entanto, como não nos vamos referir a amostras-referência de suspeito, arguido ou condenado, não se nos afigura a técnica dentro dessa categoria.

⁴⁰ FARINHA, Carlos, *Parte I. Comunicações ...*, *op. cit.*, pág. 21;

⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente no verão passado”, *A reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 146;

de “operar decisivas reduções de complexidade em matéria probatória (...) oferecer ao processo penal factos provados acima de toda a dúvida razoável”, assim como, segurança da opinião pública e dos *mass media*. Outra clara vantagem é o facto da medida poder resultar num elemento probatório forte para condenação de um culpado, mas também poder levar à absolvição de um inocente, algo que pode permitir, posteriormente, que seja encontrado o verdadeiro responsável pelo crime (isto, se entretanto não tiver prescrito o procedimento criminal ou o culpado não tenha falecido). Esta vantagem de poder exculpar inocentes é extremamente relevante quando estamos perante casos frios ou abertos⁴², isto é, processos antigos por resolver⁴³ ou resolvidos de forma injusta em que alguém se encontra a cumprir pena, ou já cumpriu, injustamente, conseguindo-se demonstrar, nos dias de hoje, a sua inocência pelo resultado positivo de não correspondência entre o perfil genético obtido a partir da amostra-problema, recolhida na altura da investigação, com o perfil genético obtido da amostra-referência – graças à sua característica de estabilidade⁴⁴ – ao ser reaberto o processo por recurso de revisão de sentença condenatória, pelo artigo 449.º/1/d) do CPP. Em demonstração desta enorme vantagem, desde o surgimento da técnica de identificação por genética forense, vários projetos de movimentos cívicos surgiram, tanto nos EUA como no Reino Unido e outros, como o “*The Innocence Project*”⁴⁵ e “*Innocence Network*”, respetivamente, com o exato propósito de incentivar a reabertura destes casos frios e tentar inocentar quem já houvera sido condenado. Poderemos ainda mencionar acerca desta técnica que “(...) a par da sua objetividade e neutralidade, tem a vantagem de ser precisa, célere e de permitir estudo comparativo (...)”⁴⁶.

No entanto, convém ter presentes algumas evidentes desvantagens no que toca à aplicação desta medida. Em primeiro lugar, há que ter em conta o facto de ser uma prova onerosa, exigindo equipamentos adequados e contratação de peritos na matéria, entre outros. Depois, apesar das suas características de polimorfismo, exclusividade e estabilidade, é

⁴² BRAVO, Jorge dos Reis / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.*, pág. 38;

⁴³ Um exemplo desta capacidade de resolver casos antigos foi o caso de Nicky Verstappen, em que 20 anos após o seu homicídio, na Holanda, o culpado foi identificado através de análises ao ADN, com recurso ao teste de ADN em massa (mais de catorze mil homens voluntariamente cederam células corporais para análise para excluir o seu perfil genético e, conseqüentemente, descobrir o culpado). Para uma maior compreensão do caso, *vide* BBC NEWS, *Nicky Verstappen: Suspect held over Dutch boy's 1998 death*; e DIÁRIO DE NOTÍCIAS, *ADN ajuda polícia a identificar suspeito de morte de criança há 20 anos*;

⁴⁴ MARÍN, Ángeles Pérez, “El ADN como Método de Identificación en el Proceso Penal”, *Revista do Ministério Público*, 132, out-dez 2012, pág. 128;

⁴⁵ THE INNOCENCE PROJECT, Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/about/>;

⁴⁶ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como...*, *op. cit.*, pág. 137;

preciso ter noção que não é uma prova irrefutável, isto é, há variados motivos que podem retirar eficácia probatória a esta prova, como, por exemplo, a possibilidade de contaminação química ou problemas com a cadeia de custódia, falta de material biológico suficiente ou o facto de este se encontrar degradado⁴⁷, até dúvidas acerca da própria idoneidade e adequação das instituições ou das pessoas que realizam as perícias ou, ainda, como se verificou nos EUA, dar aso a erros de identificação pela quantidade de marcadores que se analisam – quando os marcadores legais predeterminados a analisar aumentaram de sete para doze, cerca de cento e noventa e sete pessoas (catorze das quais condenadas à pena de morte), que tinham sido previamente condenadas por provas deste tipo, foram absolvidas⁴⁸. Neste sentido, esta prova deverá ser sempre devidamente validada e valorizada, nunca devendo constituir uma prova incriminatória irrefutável, dotada de “infiabilidade” absoluta, de modo que, conseqüentemente, o sentimento de segurança gerado, a que aludimos *supra*, não poderá ser uma segurança cega e acrítica, isto é, apesar de, de facto, a verdade científica surgir como um instrumento de legitimação da decisão judiciária, pela quase irrefutável certeza que a prova científica gera na opinião pública e nos *mass media*, o que permite passar uma ideia de justiça imparcial e nada arbitrária, a decisão judicial não deve ser apenas uma conclusão do que essa prova ditou, não deve haver aqui uma “atitude reverencial” do juiz nem um “processo de isomorfização” da ciência e do direito, como se tem verificado em muitos tribunais e processos⁴⁹. Debatermos ainda com o problema, já anteriormente mencionado, da carência de conhecimentos técnico-científicos nesta área, por parte dos aplicadores do direito, essencialmente no campo da medicina, da biologia, da genética forense e da biotecnologia. É também de extrema importância entender que estes testes funcionam sempre no campo das probabilidades – “os juizes esperam hoje provas mais categóricas do que aquelas que a ciência médico-legal é capaz de fornecer (...) expectativas irrealistas (...)” e é certo que “os cientistas não lidam com certezas mas, sim, com probabilidades”, pelo que nunca poderemos afirmar uma coincidência de cem por cento. Ainda assim, mesmo que resulte coincidência com probabilidade perto dos 100% de provir de um determinado indivíduo, é necessário analisar sempre esta prova conjuntamente com

⁴⁷ SANTOS, Rui, *Parte I. Comunicações ...*, *op. cit.*, pág. 18;

⁴⁸ FARINHA, Carlos, *Parte I. Comunicações ...*, *op. cit.*, pág. 24;

⁴⁹ COSTA, Susana / MAHCADO, 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*, organização Maria Eduarda Gonçalves, Publicações Dom Quixote, 2002, págs. 220 e ss;

outros elementos de prova obtidos no processo, como refere MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO⁵⁰ (em relação à análise em que a amostra-referência é do suspeito/arguido): “Si los resultados del análisis y comparación de ambas muestras son positivos, la identificación de la persona a quien corresponde el ADN tendrá una certeza próxima al 100 %, lo que naturalmente no significa que se le pueda imputar sin más la *autoría o la participación en los hechos*; conviene recordar que se trata de un método de identificación y averiguación en el marco de una investigación criminal”. Por fim, é necessário ter cautela com a ideia errada de resolução totalizante dos problemas jurídicos que se lhe apresentam, isto é, podem-se obter resultados de coincidência com alta probabilidade de ser do mesmo indivíduo e, mesmo assim, não se resolver a questão-chave, situação de grande expressão nos casos dos gémeos monozigóticos, os chamados “gémeos verdadeiros” – duas pessoas que provieram do mesmo óvulo e que, por isso, detêm o mesmo código/perfil genético, podendo ser referidas, a nível da ciência genética como “um único indivíduo”⁵¹; nos casos dos indivíduos que apresentam dois perfis genéticos, graças a situações de quimerismo – ocorrem quando há fusão de dois ou mais ovos aquando da produção de um único indivíduo; ou quando ocorreram transplantes de medula, ou transfusões de sangue, entre outros; ou ainda em situações de mosaicismo – ocorrem quando há erros na cópia do material genético na formação de cada nova geração de células, já que estas se encontram em constante renovação⁵². Finalizando, um claro inconveniente do recurso a esta técnica probatória é a interferência que pode gerar com os direitos fundamentais da pessoa titular da amostra biológica de referência para comparação e, como refere JOÃO CONDE CORREIA⁵³ “o ser humano não deve voltar a ser reduzido à categoria de mero objeto do poder estadual”. É então necessário indagar e ponderar se não interfere, em demasia, com as garantias processuais ressalvadas pelo processo penal e direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, a título de exemplo, o direito de reserva da vida privada ou o direito à

⁵⁰ SANCHO, Montserrat de Hoyos, “Otención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: Analisis de la regulación española a la luz de la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 35, Madrid, enero/abril 2010, págs. 94;

⁵¹ Caso paradigmático dos gémeos *Abbas e Hassan* que, em 2009, assaltaram uma ourivesaria em Berlim, mas tendo ambos o mesmo perfil genético e, sendo no OJ alemão necessário o estabelecimento da responsabilidade criminal conexas com um comportamento individual, o caso terá sido arquivado, denominando este crime de “hipótese de crime perfeito” pois, sabendo que pelo menos um dos dois gémeos terá assaltado o local, a identificação genética forense não foi bastante para concluir pela culpabilidade de um deles, não conseguindo identificar, especificamente, a quem correspondia a amostra-problema.

⁵² AMORIM, António, *Produção e interpretação ...*, op. cit., pág. 48;

⁵³ CORREIA, João Conde, prefácio in AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais ...*, op. cit., pág. 7;

autodeterminação informacional, entre outros, como iremos analisar *infra*.

No entanto, ainda apesar das desvantagens referidas, não se conhece, atualmente, técnica mais infalível e rigorosa que a técnica de identificação pela análise de perfis genéticos – reconhecendo, como é óbvio, que a ciência está em constante mutação e evolução, pelo que poderá surgir um método (biológico ou não) que o supere.

1.2. Breve contextualização histórica

Torna-se indispensável mencionar as personagens históricas que deram origem à utilização de testes genéticos, já que, sem o seu precioso contributo, o recurso ao ADN para resolver questões de variada ordem, tanto médicas como forenses, não seria possível.

O ano de 1866 é aceite como marco do nascimento da genética, graças aos estudos e experiências elaboradas e publicadas por Gregor Mendel⁵⁴, que ficaram imortalizados nas famosas Leis de Mendel. Estes estudos foram realizados através da observação do cruzamento de ervilhas de diferentes cores e qualidades, com objetivo de perceber como cada um dos caracteres originários das ervilhas progenitoras – distintas entre si – se manifestavam nas gerações seguintes, permitindo concluir por uma continuidade de características físicas entre gerações⁵⁵.

Em 1869, Friedrich Miescher⁵⁶ tinha o objetivo de perceber quais os componentes do núcleo da célula, através da análise de células linfoides, e reparou numa substância no interior do núcleo das células, que denominou de *nucleína*, composta por hidrogénio, oxigénio e, em grandes quantidades, fósforo e nitrogénio, que mais tarde veio a ser designado por ácido desoxirribonucleico (ADN).

Em 1900, o trabalho realizado por Mendel foi finalmente reconhecido graças aos botânicos Hugo de Vries, Carl Correns e Erich Tshermak⁵⁷, que concluíram que essas leis da hereditariedade se aplicavam não só a ervilhas mas a muitas espécies vegetais.

⁵⁴ Gregor Mendel (1822-1884) foi um biólogo, botânico e monge austríaco.

⁵⁵ Não entraremos em detalhes acerca das suas experiências, resultados e conteúdo das Leis científicas a que deu o seu nome, pelo que, para mais desenvolvimentos, *vide* BOTELHO, Marta M. M. 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*, Coimbra: Edições Almedina, 2013, págs. 32 -37;

⁵⁶ Johann Friedrich Miescher (1844-1895) foi um bioquímico suíço.

⁵⁷ Hugo de Vries (1848-1935) foi um botânico holandês; Carl Correns (1864-1933) botânico alemão; Erich von Tschermak-Seysenegg (1871-1962) foi um botânico austríaco.

Em 1931, o criminalista Edmond Locard⁵⁸, publicou o *Traité de criminalistique*, onde estabeleceu o *Princípio da Troca*, permanentemente atual, que nos ensina que, em cenário criminoso, o autor do crime deixa sempre algo para trás e traz sempre algo com ele – isto é, “o corpo humano, por onde passa, deixa vestígios que podem permitir tirar ilações se uma pessoa esteve num determinado lugar ou em contacto com outra pessoa ou objeto”⁵⁹ – configurando uma troca entre o local do crime e o respetivo autor ou deste com outras pessoas. E esta troca, hoje em dia, é cada vez mais detetável, “na medida em que a ciência foi conseguindo saber cada vez mais a partir de cada vez menos”⁶⁰.

Em 1944, Avery, Macleod e McCarty⁶¹, concluíram que a nucleína, determinada por Friedrich Miescher, era uma molécula com capacidade informacional, transmitindo informação entre as várias gerações. Estes estudos permitiram a que se denominasse este ano de 1944 como a “*Era do ADN*”.

Posteriormente, James Dewey Watson e Francis Compton Crick⁶², em 1953, descobriram a estrutura do ADN, como molécula constituída por substâncias químicas dispostas em dupla-hélice, isto é, correspondendo a uma dupla cadeia de unidades de desoxiribonucleótidos. Após tais descobertas, a área da engenharia genética foi evoluindo gradualmente, com o contributo de vários estudiosos.

No entanto, só em 1985, Alec Jeffreys⁶³ abordou pela primeira vez a questão da capacidade de identificação a partir do ADN humano, na revista *Nature*.

Os primeiros casos⁶⁴ em que se aplicou a análise do ADN ocorreram em Inglaterra, no ano de 1988, onde o tribunal admitiu, pela primeira vez, o recurso à prova de ADN como um dos elementos probatórios que permitiu levar à condenação de Colin Pitchfork; e, contemporâneo a este, nos EUA, em que o *State Prosecutor* Jeff Ashton do Estado da

⁵⁸ Edmond Locard (1877-1866) foi um criminalista francês, conhecido por ser o pioneiro da Ciência Forense.

⁵⁹ PRAINSACK, Barbara / MACHADO, Helena, *Tecnologias que incriminam. Olhares de reclusos na era do CSI*, Coimbra: Edições Almedina, 2014, pág. 32;

⁶⁰ FARINHA, Carlos, *Parte I. Comunicações ...*, op. cit., pág. 21;

⁶¹ Oswald Theodore Avery (1877-1955) foi um médico e investigador bioquímico canadense; Colin Munro MacLeod (1909-1972) foi um geneticista canadense-americano; Maclyn McCarty (1911-2005) foi um biólogo americano.

⁶² James Dewey Watson, nascido em 1928, é um biólogo molecular, geneticista e zoologista americano; Francis Harry Compton Crick (1916-2004) foi um biólogo molecular, biofísico e neurocientista britânico.

⁶³ Alec Jeffreys, nascido em 1950, é um geneticista britânico.

⁶⁴ Para melhor conhecimento dos casos, Vide BBC NEWS, *'DNA' child killer Colin Pitchfork parole appeal heard*; e THE NEW YORK TIMES, *Rapist Convicted on DNA Match*, Disponível em: <https://www.nytimes.com/1988/02/06/us/rapist-convicted-on-dna-match.html>; e POLICE ONE, *How a magazine ad helped convict a rapist*;

Flórida decidiu pedir, pela primeira vez em processos criminais nos EUA, um teste ao ADN de Tommy Lee Andrews.

Apesar da ajuda na clarificação de alguns destes primeiros casos, não foi imediata nem pacificamente aceite a utilização da engenharia genética em questões da justiça; contudo, com o aparecimento de novos casos, extremamente mediáticos, principalmente os que envolviam a questão de exculpação de pessoas injustamente condenadas⁶⁵, assim como, de resolução de casos frios (em que a investigação não chegou a qualquer conclusão), a comunidade jurídica foi, progressivamente, cedendo às capacidades da nova prova científica. Atualmente, toda a sociedade e doutrina, quer científica quer forense, admitem as virtudes que esta técnica nos traz, não só como prova-chave num caso, mas também como reforço de provas já obtidas por outros meios, auxiliando a investigação criminal. Altamente mediático, inclusive atraindo a atenção da empresa *Netflix* para a produção de um documentário sobre todo o processo-crime, foi o designado *Steven Avery's case*⁶⁶, no qual este fora acusado e condenado a trinta e dois anos de prisão por um crime de violação; em 2003, graças à ação do *The Innocence Project*, foi possível recorrer a análises de ADN – foram usados, para comparação, cabelos do suspeito recolhidos do corpo da vítima aquando o cometimento do crime como amostra-problema – que positivamente o exculparam de ter cometido o crime, já depois do trânsito em julgado da sentença de condenação e durante a pena privativa da liberdade; revelou-se uma prova essencial para a concretização das finalidades de realização da justiça e descoberta da verdade material, mas também, de restauração da paz jurídica do condenado, neste caso, de forma injusta.

1.2.1. Legislação EUA

Foi, portanto, nos finais do século XX que, nos EUA, se deu início à utilização desta tecnologia genética aplicada à área forense, fomentando-se a criação de organismos e a elaboração normativa. Em 1989, criou-se o *National Research Council Committee on DNA Technology in Forensic Science* (Comité do Conselho Nacional de Pesquisa sobre Tecnologia do ADN na Ciência Forense), com a finalidade de clarificar a aplicação desta

⁶⁵ Um dos primeiros casos mediáticos foi o *Gary Dotson case* que foi primeiramente condenado por o seu grupo sanguíneo ser compatível com o do sêmen encontrado na roupa da vítima. Apenas mais tarde, em 1989, quando um perito demonstrou a não identidade do ADN do sêmen encontrado (amostra-problema) com o do Gary Dotson (amostra-referência) é que este foi libertado, *ibidem*, pág. 26;

⁶⁶EXPRESSO, *A história impossível do homem que ninguém sabe se é inocente*;

diligência. E, em 1992, esse Conselho elaborou um Relatório com conselhos e diretrizes com vista ao aperfeiçoamento do seu uso⁶⁷.

1.2.2. Legislação no seio da Europa

Depois do aparecimento desta técnica e da definição da sua essencialidade no mundo jurídico internacional e europeu, foi clara a necessidade de disciplinar e regular a utilização desta diligência a nível nacional, de criar padrões, harmonizar as técnicas de recolha, análise e interpretação dos dados, de certificação de procedimentos e regras, entre outras situações específicas a que esta matéria obriga.

Ao nível da Europa, em 1992, o Comité de Ministros do Conselho da Europa formulou a primeira Recomendação n. R (92) 1⁶⁸, de 10 de Fevereiro, relativa à utilização de análises de ADN no âmbito do sistema de justiça penal, com objetivo de encorajar os Estados-Membros (EM) a aplicar o uso de análises de ADN no âmbito da criminalística biológica, assim como de incentivar a criação de biobancos – locais de armazenamento de amostras – e a conservação de perfis genéticos obtidos em bases de dados, deixando, porém, a tarefa de regulamentação de tal medida aos próprios EM, pelas suas leis internas. Na formulação do diploma já fez, no entanto, algumas reservas a essas futuras regulamentações, a título de exemplo, proibição do uso de uma amostra colhida para fins de análises médicas para fins criminais – no entanto tal não é o mesmo que diferenciar o uso do ADN codificante e do ADN não codificante, pelo que havia países em que, numa análise para fins criminais, se analisavam ambas as partes do ADN⁶⁹.

Posteriormente, em 9 de junho de 1997, o Conselho da União Europeia elaborou uma Resolução⁷⁰, relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN. Em 25 de junho de 2001, adotou uma outra Resolução acerca do intercâmbio de resultados de análises de ADN e estabeleceu um conjunto de sete marcadores-base a serem analisados, designado por

⁶⁷ NETO, João Becon de Almeida, *Banco de dados genéticos para fins criminais – Aspectos jurídicos*, Monografia, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1257992/parlamentar-sga.>, pág. 4;

⁶⁸ COUNCIL OF EUROPE, Committee of ministers, Recommendation No. R (92) 1 on the use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system;

⁶⁹ BRAVO, Jorge dos Reis / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.*, pág. 50;

⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA, Conselho, *Resolução relativa ao Intercâmbio de resultados de análises de ADN (97/C 193/02)*, de 9 de junho de 1997;

European Standard Set, que, mais tarde, foi substituído pela Resolução⁷¹, de 30 de novembro de 2009, também esta, por maioria de razão, relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN que, inclusive, aumentou os marcadores a serem analisados de sete para doze – sobre esta última Resolução de 2009, menciona MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO⁷² que dificilmente terá o papel de harmonizador integral dos marcadores a serem utilizados pelos EM, já que esta carece de força vinculativa, “En la UE se ha legislado recientemente, (...) con el fin de lograr coincidencias entre perfiles de ADN a nivel transfronterizo. (...) la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, que identifica los marcadores que debieran utilizar tales Estados, planteará, en sí misma, un problema de fiabilidad. Y, ello, porque los Estados miembros difícilmente llegarán a utilizar los mismos marcadores de ADN establecidos en dicha Resolución, dado que carece de valor vinculante. (...) cada Estado ha determinado los marcadores que sus laboratorios han de utilizar. Así, por ejemplo, Inglaterra o Alemania utilizan 10 “loci” y España 16 “loci””.

A generalidade dos EM, concretizando a Recomendação do Conselho da Europa n. R (92) 1, de 10 de fevereiro de 1992, procederam à revisão ou formulação de legislação interna processual para incorporar a medida⁷³. O ordenamento holandês foi quem deu o primeiro passo, em 1993, elaborando e aprovando a Lei n.º 596/1993, de 8 de novembro, e o decreto n.º 522/1994, de 4 de julho. O ordenamento francês introduziu o recurso a estes testes em 1994, pela Lei n.º 1994-653, de 29 de julho. O ordenamento Alemão, apenas a partir de 1997 é que se dedicou à introdução desta medida na sua legislação, pelas leis de 17 de março de 1997 e de 10 de setembro de 1998, que alteraram a *Strafprozessordnung*. O Reino Unido foi, talvez, o mais distinto na regulamentação da medida, isto porque, na maioria dos OJ, a ordem de recolha dos vestígios biológicos era realizada por um juiz ou, pelo menos, uma autoridade judiciária mas, de acordo com o *Criminal Justice and Public Order Act*, de 3 de novembro de 1994, que procedeu a alterações às leis que previam a recolha de substâncias corporais por parte da polícia, como a própria lei indica, era realizada pelos órgãos policiais. Por fim, podemos também referir o ordenamento espanhol que, em

⁷¹ UNIÃO EUROPEIA, Conselho, *Resolução relativa ao Intercâmbio de resultados de análises de ADN (2009/C 296/01)*, de 30 de novembro de 2009;

⁷² BAJO, María José Cabezudo, *Parte I. Regulação e Direito “La prueba de ADN: Valoración preliminar de la regulación española y de la Union Europea”*, in *Bases de Datos Genéticos Forenses – Tecnologías de control e de ordem social*, organização Helena Moniz / Helena Machado, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág. 126;

⁷³ FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético ...”, *op. cit.*, Pág. 144;

2003, mediante a *LO 15/2003*, de 25 de novembro, previu a introdução da utilização da medida nos artigos 326 e 363 da *Ley Enjuiciamiento Criminal*.

Em suma, apesar do valor desta prova científica e forense já não se questionar e de a maioria dos EM a terem introduzido na sua legislação – de recordar que não de forma integralmente harmonizadora, havendo diferenças entre as regras de admissibilidade, procedimentais, e outras, entre as legislações dos vários EM – muitos dos regimes são incompletos e pouco densos, não abordando as várias especificidades que esta levanta⁷⁴.

Em específico quanto ao ordenamento português, em 2004, foi elaborada e aprovada a Lei n.º 45/2004⁷⁵, de 19 de agosto, relativa às perícias médico-legais e forenses. A doutrina e a jurisprudência consideraram que a legislação que permitia o recurso à medida, como pretendido pelo Conselho da Europa verbalizado através da Recomendação de 1992, era a conjugação do artigo 172.º do Código do Processo Penal Português (CPP) com a Lei n.º 45/2004. Em 2007, devido à reforma processual penal pela Lei n.º 48/2007⁷⁶, de 29 de Agosto, que configurou a 15.ª alteração ao CPP, o regime da utilização deste método alterou-se um pouco, com a imposição de decisão judicial para que se possa recorrer à medida de forma coerciva, pelo acrescento da alínea n.º 2 ao artigo 172.º do CPP. Posteriormente em 2008, entrou em vigor a Lei n.º 5/2008, sobre a criação da base de dados de perfis de ADN portuguesa, mas, como observámos, não será nosso objeto de análise pois a identificação por comparação direta não se rege por esta lei e, ainda que o fosse, o caso da recolha coativa na vítima não é abrangido por esta – apenas o são os perfis doados voluntariamente⁷⁷ para conservação em ficheiros da base de dados, arguidos e condenados. Esta posição que aqui referimos foi, recentemente, confirmada pelo legislador, pela elaboração da Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, que alterou o regime previsto na Lei n.º 5/2008, acrescentando ao seu artigo 1.º mais uma alínea, o n.º 4: “A presente lei não prejudica os regimes legais de recolha, tratamento e conservação de células humanas para fins de identificação civil e de investigação criminal em que não seja necessário recorrer à base de dados de perfis de ADN”

⁷⁴ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como ...*, op. cit., pág. 274 e ss;

⁷⁵ LEI N.º 45/2004, de 29 de agosto, *Regime jurídico das perícias médico-legais e forenses*;

⁷⁶ Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, *relativa à 15.ª alteração ao CPP*;

⁷⁷ HELENA MONIZ menciona isto mesmo: “E o seu perfil não poderá ser integrado na base, a não ser que a vítima queira participar como voluntário”, in MONIZ, Helena, *Parte I. Regulação e Direito “Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro”*, in *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de controlo e de ordem social*, organização Helena Moniz / Helena Machado, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág 60;

– que concluiu que esta Lei não se aplicará aos casos retratados na nossa tese, sendo a recolha coativa de ADN na vítima alheia e indiferente à existência de uma base de dados de perfis de ADN. São, no fundo, dois regimes complementares, mas não incompatíveis ou excludentes entre si.

Apenas em modo referência, a 27 de maio de 2005, elaborou-se o Tratado de *Prüm*⁷⁸, um tratado de direito internacional que, embora adotado fora do quadro da UE, se relaciona estreitamente com ela do ponto de vista das matérias reguladas, visando aprofundar a cooperação transfronteiriça entre os Estados-Membros signatários – Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Países Baixos e Áustria – para facilitar a cooperação transfronteiriça na luta contra terrorismo, grave delinquência e migração ilegal, pela identificação e localização dos suspeitos, sendo uma das técnicas reguladas a identificação por análise genética. Mais tarde a ele aderiram a Finlândia, Hungria, Eslovénia, Bulgária, Eslováquia e Itália. Contudo, Portugal não chegou a aderir ao Tratado de *Prüm*, detendo apenas um estatuto de observador. No entanto, em 2008, o Conselho adotou uma Decisão⁷⁹, de 23 de junho de 2008, com o objetivo de o tornar vinculativo, para incorporar os aspetos essenciais das disposições deste Tratado no ordenamento jurídico da UE (retrata o Tratado de *Prüm* como uma extensão dos pressupostos do acordo de *Schengen*), e cujas obrigações se alargarão a todos os países da EU, sobre o aprofundamento da cooperação transfronteiriça, em particular, nesta mesma matéria, da luta contra o terrorismo e a criminalidade transfronteiras, portanto, os EM que ainda não tinham criado bases de dados de DNA, de impressões digitais e de registo automóvel, passaram a ter de o fazer, de modo a permitir o acesso aos seus dados às autoridades competentes de países da UE.

Por fim, resta sublinhar que toda a legislação, doutrina e jurisprudência desenvolvida nas últimas décadas, tanto europeia como internamente, de cada EM, centra-se muito à volta da recolha de amostras do suspeito/arguido, daí que também se tenha desenvolvido, e graças novamente à Recomendação do Conselho de 1992 que aborda esta questão, a criação dos biobancos/ bases de dados de perfis de ADN.

⁷⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pag. 430;

⁷⁹ UNIÃO EUROPEIA, Conselho, Decisão 2008/615/JAI relativa ao aprofundamento da cooperação transfronteiras, em particular no domínio da luta contra o terrorismo e a criminalidade transfronteiras, de 23 de junho de 2008;

No entanto, achamos fundamental e premente abordar a questão da recolha e análise de ADN proveniente de pessoas distintas do arguido, nomeadamente da vítima, até porque, em muitos casos-crime que teremos a oportunidade de referir, poderá constituir medida determinante para a resolução do caso – não esquecendo que tem de ser analisada, em conjunto, com os outros elementos probatórios obtidos durante a investigação. Assim sendo, torna-se essencial para esta discussão delinear quem são as pessoas a que nos referimos para, posteriormente, percebermos o alcance da análise do ADN das mesmas, a essencialidade da medida e em que moldes pode ser considerada legítima e admissível.

CAPÍTULO II

PESSOAS DISTINTAS DO ARGUIDO

2. Âmbito subjetivo

Quando nos referimos a pessoas distintas do arguido, estamos a referir-nos às pessoas contra as quais não decorre um processo penal, nem contra as quais haja indícios de criminalidade. Contudo, é preciso notar que não nos referimos a toda e qualquer pessoa distinta do arguido, mas sim à pessoa que seja interveniente num dito processo-crime e a quem releve a recolha do material genético como amostra-referência para a resolução do mesmo. Na nossa dissertação, referimo-nos, em concreto, à pessoa da vítima.

Existe doutrina que se refere a esta categoria como “terceiros ao processo”, no entanto, preferimos não usar essa qualificação pois entendemos não ser a mais correta. De facto, essa terminologia pode indicar, falsamente, que aludimos a alguém exterior ao processo, como quando falamos, a título de exemplo, a ofensas provocadas a direitos fundamentais de outrem (“ofensa de direitos de terceiros”) pelo recurso a certas medidas processuais (por exemplo, quando se mostra à vítima um conjunto de fotografias, com a finalidade de identificação do agressor, em que uma foto é o agressor e as outras correspondem a diversas pessoas alheias ao processo; ou quando se utilizam as escutas telefónicas). Portanto, as vítimas não são alheias ao processo, participam nele, não sendo de todo uma “outra categoria” que demonstre uma desconexão com o processo em si. Até porque, se olharmos para a pessoa distinta do arguido em que vamos focar a nossa atenção – a vítima – esta tem ganho um papel cada vez mais ativo no processo. É certo também que a utilização do termo “terceiros” ao processo não está completamente errada, se interpretada

no sentido de o processo penal não ser um processo de partes⁸⁰, nem conformado por um princípio de igualdade de armas, como no processo civil português ou no processo penal de ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos, em que há um banco para a acusação e o banco dos réus, portanto, não configurando um processo entre particulares, mas sim um processo que decorre apenas entre o arguido e o tribunal, isto é, entre o criminoso e o Estado detentor do seu *Ius punendi*, não esquecendo que o Estado também não é uma parte e procura a descoberta da verdade e realização da justiça, o que converte qualquer outro interveniente no processo em “terceiro ao processo”. Porém, manteremos a designação menos controversa de “pessoas distintas do arguido” e iremos abordar, como já supramencionado, em pormenor, a pessoa da vítima, que nos é de maior interesse.

2.1. Vítima

A palavra vítima tem origem em estudos criminológicos e vem do latim *victima*, tradicionalmente designando o sujeito passivo do crime.

A Idade Média, em que a vingança privada e o ideal de fazer justiça pelas próprias mãos reinava, foi talvez, como refere Maria do Carmo S. M. da Silva Dias⁸¹, a “idade de ouro” da vítima. Entretanto, foi sendo gradualmente afastada da administração da justiça penal, para dar lugar ao diálogo entre o Estado, detentor do seu *Ius punendi*, e o autor do crime.

Depois da 2ª Guerra Mundial, a vítima tem vindo, aos poucos, a recuperar a sua importância, porém, de forma espaçada, e nem sempre com a mesma ideologia por detrás, isto é, com mudanças na interpretação do conceito e do que entendemos por “a figura da vítima” na justiça penal. Graças, então, a movimentos internacionais e europeus preocupados com a defesa dos direitos fundamentais do cidadão e com a necessidade de se apoiar e

⁸⁰ Como refere Figueiredo Dias, “(...) o processo penal (...) não é seguramente, sob qualquer perspectiva, um processo de partes. O ministério público, (...) não é interessado na condenação mas unicamente na obtenção de uma decisão justa: nesta medida, ele compartilha com o juiz um dever de intervenção estritamente *objectiva* (...) entidade unicamente interessada na descoberta da verdade e na realização do direito”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo código de processo penal*, Organização Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1989, pág. 31;

⁸¹ DIAS, Maria do Carmo S. M. da Silva Dias, “Ofendida, lesada, assistente, vítima – definição e intervenção processual”, *Revista Julgar online*, fev 2019, pág. 2, Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/02/20190211-ARTIGO-JULGAR-Ofendida-lesada-assistente-v%C3%ADtima-%E2%80%93M-Carmo-S-Dias.pdf>;

proteger a pessoa-vítima, que sofreu danos e foi afetada nos seus direitos pela prática de crimes, foi possível abrir espaço para correntes vitimológicas incentivarem uma mudança na administração da justiça penal e na forma como se encara o processo penal, permitindo um ressurgimento da vítima concreta.

No seio da Comissão Europeia, essa preocupação surgiu com a análise e constatação, entre outros, do elevado índice de criminalidade e com o facto de se concluir, através de inquéritos às vítimas, que muitas destas não denunciavam os crimes a que eram sujeitas pois descreditavam o sistema de justiça e sentiam-se marginalizadas por este, além de que a Comissão notou a necessidade de o Estado, na veste de Estado social e solidário, dever compensar economicamente as vítimas quando estas tenham essa carência resultante do impacto do crime sofrido, através de mecanismos indemnizatórios⁸².

Com o Código Penal (CP) de 1982, já houve uma certa cedência de relevo à vítima, tanto na parte do preâmbulo explicativo do diploma⁸³, como mesmo em certas referências ao longo dos artigos, ainda que não com a interpretação que atualmente se dá à figura da vítima.

Na versão inicial do CPP de 1987, apenas se configurava o ofendido e o assistente como participante e sujeito processuais, respetivamente, não existindo um capítulo referente à pessoa da vítima, configurando esta, portanto, apenas o sujeito passivo de um crime, sem nenhum papel de relevo no processo penal – apenas havia breves referências ao termo, em certos artigos, porém, não no sentido que o CPP lhe atribui atualmente. A configuração do Estado como detentor do monopólio da função jurisdicional⁸⁴, e o processo não configurar um processo de partes, dava uma menor importância à vítima – era costume referir-se que a justiça penal se esqueceu da vítima – e, como referiu o autor FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO⁸⁵, “Um processo penal que ignore as vítimas dos crimes não realiza plenamente o objetivo da justiça penal, nem no sentido ideal, nem na dimensão material do

⁸² VIEIRA, Pedro Miguel, “A Vítima enquanto sujeito processual e à luz das recentes alterações legislativas”, *Revista Julgar*, N.º 28, Coimbra: Coimbra Editora, 2018, pág. 172;

⁸³ “A vítima passa a ser um elemento, com igual dignidade, da tríade punitiva: Estado-delinquente-vítima”, in DL N.º 400/82, de 23 de setembro;

⁸⁴ Princípio do monopólio estadual da função jurisdicional ou princípio da exclusão da autodefesa (não absoluta, admita em certos pressupostos) é fundamental, nas sociedades modernas, para permitir a realização da justiça, a unidade do Estado e a paz jurídica e social, é a este a quem cabe a administração da justiça e a realização da justiça penal, protegendo a ordem social. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1981, pág 24;

⁸⁵ PINTO, Frederico de L. da Costa, *O Estatuto do Lesado no processo penal*, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 688;

Estado de Direito, fundado sobre o respeito e a dignidade das pessoas”, sendo certo que o autor considerava, já ao tempo do seu escrito (2001), que a justiça penal portuguesa detinha alguns mecanismos que permitiam aos particulares participarem no processo e permitiam um certo apoio às vítimas, ainda assim, conotava esses mecanismos como, de certa forma, “erodidos”. Ainda o mesmo autor, na mesma obra, referiu a importância de o processo penal constituir um instrumento que permite tutelar os interesses das vítimas, tanto para que estas possam escapar ao processo cível, onde há um ónus de litigância, como para o próprio tribunal poder ter, com a intervenção da vítima, uma perceção mais profunda da danosidade real dos factos, apreciados com uma maior empatia com os cidadãos, sendo fundamental enquadrar o crime na lesão sofrida pela vítima concreta e não por uma vítima simbólica. Assim, à época, a vítima do crime poderia intervir no processo, nas vestes do ofendido – se era titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação – ou ainda nas vestes de assistente – se cumprisse os pressupostos de constituição em assistente – ou, da parte lesada – com objetivo de obter uma reparação – ou, por fim, no papel de testemunha.

Posteriormente, em 2007, pela aprovação da lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, efetuou-se uma reforma ao processo penal, sendo que um dos objetivos desta reforma era atribuir um maior relevo à proteção da vítima. CLÁUDIA SANTOS⁸⁶, porém, considerou que essa alteração qualitativa da posição da vítima e a reestruturação do processo penal *victim-oriented*, apesar de certas alterações pontuais nos artigos, não se fez sentir na dimensão prevista e necessária. No entanto, será fundamental salientar que a necessidade da “redescoberta” da vítima a que a autora se referia, não pretendia significar a devolução da justiça penal à vítima, mas sim a indispensabilidade de o processo penal a proteger, dentro do possível, em vez de esta ser instrumentalizada pela justiça, no sentido em que não lhe cabia decidir pela existência de um processo penal ou opinar sobre a forma encontrada para a reação ao crime – “O sistema penal substituiu a vítima real e concreta por uma vítima simbólica e abstracta: a comunidade”⁸⁷ –, sendo a proteção da vítima entendida como a proteção de vítimas futuras e abstratas, ou seja, da comunidade, e utilizada para a prevenção genérica da criminalidade.

⁸⁶ SANTOS, Cláudia, *A “redescoberta” da Vítima e o Direito Processual Penal Português*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Organização Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, págs. 1133-1153;

⁸⁷ ANA MESSUTI *Apud* SANTOS, Cláudia, *A “redescoberta” da Vítima ...*, *op. cit.*, pág. 1152;

No entanto, nos dias de hoje, devido às alterações legislativas sofridas ao longo das últimas décadas, principalmente, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 130/ 2015⁸⁸, de 4 de setembro, relativa ao Estatuto da vítima – produto da transposição da vinculativa Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho⁸⁹, de 25 de outubro, que, por sua vez, tinha substituído a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho⁹⁰, de 15 de março, relativa à proteção, apoio e atribuição de direitos às vítimas – e da alteração ao CPP pelo aditamento de um novo artigo e capítulo denominado de “Vítima” – o artigo 67.º-A –, com vista a um processo o mais humanizado possível, o conceito “vítima” foi incorporado no processo penal positivo agora como um conceito jurídico, para que se pudesse observar um apoio e proteção reais da vítima concreta e gerar confiança desta na administração penal. A consagração autónoma e formal da figura da vítima, ao lado das figuras tradicionais intervenientes no processo, com direito a um capítulo próprio, como acontece com o assistente, tendo uma “dignidade subjetiva similar”⁹¹ (capítulo IV para a vítima e Capítulo V para o assistente), assim como da alteração a vários artigos do CPP (a exemplo, 292.º/2 e 495.º/2), pelo artigo 2.º da Lei n.º 130/2015, levaram à atribuição de uma série de direitos próprios da vítima, positivados no artigo 67.º-A do CPP, como direitos de informação, assistência, proteção, participação ativa, entre outros⁹². Como menciona A. LABORINHO LÚCIO “Alarga-se, desta forma, o campo de observação da figura da vítima que, (...) vem a conhecer três momentos ou espaços epistemológicos de compreensão, como sejam o da criminologia onde originariamente se localizou e a cujos limites então se confinou; o da dogmática da ciência criminal onde penetrou a partir da recepção do conceito na ordem interna do direito positivo; e, finalmente, o da própria dogmática da vítima, autonomamente considerada, e afirmada a partir da qualidade e do estatuto que a própria figura jurídica veio a atingir”⁹³. Porém, o novo conceito de vítima, agora na vertente jurídica, trouxe dúvidas acerca da sua delimitação e uma sensação de “despersonalização” e “coletivização” do conceito, perdendo a sua matriz criminológica.

⁸⁸ LEI N.º 130/2015, de 4 de setembro, *relativa ao Estatuto da vítima*;

⁸⁹ DIRETIVA 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012;

⁹⁰ DECISÃO-QUADRO 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001;

⁹¹ TAVARES, Sandra, “A consagração formal da Vítima no processo penal português”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, N.º 9, Nova Série, 2017, pág. 231;

⁹² Cfr. TAVARES, Sandra, “A consagração formal ...”, *op. cit.*, pág. 227 e 228;

⁹³ LÚCIO, A. Laborinho, “Sujeitos do processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo código de processo penal*, Organização Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1989, pág. 42;

Assim, o conceito de vítima vigente, é, por definição da primeira alínea do artigo e primeira subalínea (art. 67.º-A/a), i)), 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, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime”, portanto, nesta primeira hipótese, continua a ser configurada como o sujeito passivo de um crime. No entanto, o artigo incorporou uma segunda subalínea (art. 67.º-A/a), ii)), incluindo na categoria de “vítima” os “familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte”. Segundo o autor COSTA ANDRADE⁹⁴ e com a nossa concordância, esta segunda hipótese, que alarga o sentido do conceito, deveria ser eliminada, e ao conceito de vítima, apenas deveria corresponder as pessoas “diretamente atingidas” pela prática do crime, pelo que defendemos um conceito restrito de vítima. Assim, para os efeitos da presente tese, sempre que nos referirmos à pessoa da vítima, apenas nos estaremos a referir à primeira subalínea da alínea a) do artigo 67.º-A do CPP, ou seja, à pessoa diretamente atingida⁹⁵.

Portanto, desde 2015 que a vítima pode intervir no processo, na qualidade da própria vítima, com o estatuto que agora lhe vem associado, para além dos já referidos papéis tradicionais que esta possa assumir no processo (ofendido, assistente, parte lesada e testemunha).

Iremos agora analisar cada um dos possíveis papéis que o sujeito passivo do crime pode adotar, no contexto da normatividade atual, e a maneira como estes se podem interligar.

Um dos papéis que a vítima (conceito restrito) pode adotar é o papel de ofendido. No processo penal, pelo artigo 68.º/1/a) CPP, o ofendido é o “titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação”, configurando um mero participante no processo penal, isto é, não participa constitutiva e ativamente na declaração do direito do caso, apenas “pratica(m) actos singulares, cujo conteúdo processual se esgota na própria atividade”⁹⁶. Também em relação a este conceito a doutrina não é consensual sobre o seu alcance, sendo que há autores que defendem a aceção restrita do conceito, dando relevância

⁹⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Apud in* ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 2ª edição, Almedina, 2018, Pág. 56;

⁹⁵ E, consideraremos que, por mera referência, uma recolha de amostra biológica realizada em familiar da vítima, que não seja obviamente suspeito, será uma recolha de amostra biológica em testemunha – por exemplo, no caso de impossibilidade de recolha da vítima por esta ter falecido, o familiar submetido a extração de amostra biológica terá, a nosso ver, a qualidade de testemunha.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre os sujeitos processuais ...”, *op. cit.*, pág. 9;

ao facto de o legislador ter positivado no artigo o termo “especialmente”, identificando o ofendido apenas como a pessoa, em específico, que sofreu a agressão, isto é, o sujeito passivo diretamente afetado pelo crime; no entanto, outros autores defendem uma conceção alargada do conceito como, por exemplo, AUGUSTO SILVA DIAS⁹⁷ sublinha que “(...) A interpretação do art. 68 n.º 1 al. a) no sentido da consagração de um conceito amplo de ofendido, como sustenta uma corrente doutrinal e jurisprudencial que se afirma entre nós, além de teleológica e sistematicamente mais correcta, (...) contribui(ndo) assim para a realização de um processo penal mais justo, coerente e pacificador”, e é assim um processo penal onde se cumprem “necessidades públicas de controlo social, mas também, (...) se assegura tanto o reconhecimento do arguido como o reconhecimento da vítima, que está aí, igualmente, em demanda de justiça”, e que um conceito restrito de ofendido “não é hoje aceitável à luz dos estudos vitimológicos, da dogmática do bem jurídico e do modelo processual vigente, estando desfasada dos progressos científicos e da experiência normativa dos dias de hoje”. Nós optamos, novamente, pela conceção restrita, também postulada por FIGUEIREDO DIAS⁹⁸: “(...) conceito *estrito*, *imediato* ou *típico* de ofendido. (...) não faltaram autores a sustentarem, contra ele, que, sempre que do facto criminoso resultasse *prejuízo* para alguém, este deveria considerar-se particularmente ofendido. Uma tal opinião foi, com razão, considerada por Beleza dos SANTOS como manifestamente errónea: contra ela estava não só o teor literal dos textos legais aludidos, (...) Por isso abrangia já Beleza dos SANTOS, neste conceito, apenas “os titulares dos interesses que a lei quis especialmente proteger quando formulou a norma penal (...) só o conceito *estrito* de ofendido tem cabimento e (que) todas as orientações amplificadoras se tornam passíveis de severa crítica”.

A vítima pode também constituir-se assistente que, comparativamente à figura do ofendido analisada, é uma figura bem mais relevante ao longo de todo o processo penal, pois assume o estatuto de sujeito processual e, portanto, detentor de um rol de direitos e deveres positivados no CPP (artigo 69.º CPP), como a apresentação de provas ou requerimento de diligências, sendo um colaborador do MP, e detentor de poderes (*poderes-deveres*) “autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, em vista da

⁹⁷DIAS, Augusto Silva, “A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coordenação Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pág. 65;

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual ...*, *op. cit.*, págs. 506 -509;

sua decisão final”⁹⁹, participando ativamente na declaração do direito do caso. Também, em termos de abrangência subjetiva, este conceito é bem mais amplo que o precedente, isto é, a constituição como assistente num processo penal, segundo o CPP, é permitido a uma maior quantidade de pessoas, nomeadamente, permite-se a constituição como assistente: ao ofendido maior de 16 anos; às pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito¹⁰⁰; às pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento – nos casos dos crimes semipúblicos e privados –; se o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, ao cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, aos descendentes e adotados, ascendentes e adotantes, ou, na falta deles, aos irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver participado no crime; se o ofendido for menor de 16 anos ou por outro motivo incapaz, ao representante legal e, na sua falta, às pessoas indicadas na alínea anterior, segundo a ordem aí referida, ou, na ausência dos demais, à entidade ou instituição com responsabilidades de proteção, tutelares ou educativas, quando o mesmo tenha sido judicialmente confiado à sua responsabilidade ou guarda, salvo se alguma delas houver auxiliado ou participado no crime; e, por último, a qualquer pessoa nos crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção – esta alínea do artigo é a que mais amplitude dá ao conceito, notando-se a preocupação do legislador com o facto de estarem em causa bens jurídicos importantíssimos, como a realização do Estado de direito ou a realização da justiça¹⁰¹.

Pode ainda a vítima intervir como parte civil ou parte lesada no processo, quando deduzir um pedido civil de indemnização por perdas e danos emergentes da prática do crime, sendo este apensado ao processo penal, segundo o princípio da adesão. Como refere o autor FIGUEIREDO DIAS, “as partes civis, se podem (e porventura devem) ser considerados sujeitos do processo penal num sentido eminentemente formal, já de um ponto de vista

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre os sujeitos processuais ...”, *op. cit.*, pág. 9;

¹⁰⁰ Por exemplo e por mera curiosidade, de acordo com a Lei n.º 35/98, de 18 de julho, é permitido a constituição como assistente às ONGA’s, quando estejam em causa crimes contra o ambiente.

¹⁰¹ ANTUNES, Maria João, *Direito Processual ...*, *op. cit.*, Pág. 50;

material são sujeitos da acção civil que adere ao processo penal e que como acção civil permanece até ao fim”¹⁰². É importante referir que o conceito de “parte civil” é o mais abrangente dos conceitos analisados, podendo configurar pessoa que não seja nem o sujeito passivo diretamente afetado pelo crime, portanto, que não seja a vítima ou o ofendido ou ainda, pode configurar outra pessoa para além das que podem constituir-se como assistente. Aliás, o demandado pode nem sequer ser o arguido, podendo ser elaborado pedido de indemnização contra alguém com mera responsabilidade civil. São, no fundo, partes civis que intervêm no processo penal, por força do princípio da adesão.

Por fim, pode assumir o papel de testemunha. A testemunha é um mero participante processual, participando no processo penal apenas através de atos singulares, cujo conteúdo processual se esgota na própria atividade. No entanto, estes intervenientes no processo são importantíssimos, pois as suas declarações – a denominada “prova testemunhal”, artigos 128.º e ss do CPP – são recorrentemente utilizadas nos processos penais para efeitos probatórios e de convencimento do juiz (não esquecer que o sujeito passivo do crime pode-se constituir assistente pelo que, nesse caso, se prestar declarações estas serão denominadas de “declarações de assistente” que se seguem por diferentes artigos, nomeadamente, artigo 145.º do CPP).

2.1.1. Interação entre a figura da Vítima e os demais papéis que esta pode assumir

Tendo em conta que optámos pelos conceitos restritos de vítima e de ofendido, estas definições coincidem ao nível subjetivo, configurando a mesma pessoa, pessoa esta que, sendo maior de 16 anos, ainda se pode constituir assistente e, se entender, prestar declarações de assistente, ou pode intervir apenas como testemunha no processo e deter função probatória através da prova testemunhal. Pode ainda ser parte lesada, apensado um pedido de indemnização civil ao processo. Acresce a todas estas possibilidades, a hipótese de esta intervir no processo como vítima, pelo artigo 67.º-A do CPP.

Conforme podemos observar, o atrás enunciado revela-se extremamente problemático, dando origem a uma confusão profunda de direitos e deveres que uma mesma pessoa pode deter ao longo do processo, em função da opção que esta tomar sobre o tipo de intervenção que pretende ter no processo. A contradição que se pode gerar entre os direitos

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre os sujeitos processuais ..., *op. cit.*, pág. 15;

atribuídos é notória na interação das figuras da vítima e do assistente, a título de exemplo, um ofendido no processo poderia apenas fornecer provas e requerer diligências se se constituísse assistente, pelo 69.º/2/a) do CPP mas, desde 2015 e pelo art. 67.º-A/5) do CPP, sendo vítima, pode fazê-lo sem ser necessário a sua constituição como assistente¹⁰³¹⁰⁴, pois a vítima detém uma “participação ativa no processo” e o direito a colaborar com as autoridades policiais e judiciárias, de prestar informações e fornecer provas que sejam necessárias à descoberta da verdade e boa decisão da causa.

É realmente alarmante e preocupante que o processo penal, pelos vários papéis que o sujeito passivo diretamente afetado pelo crime pode adotar, lhe possa atribuir direitos e deveres em que, dada a sua menor ou maior abrangência, se arrisquem a entrar em conflitos uns com os outros, e consideramos importante sublinhar que, no nosso entendimento, a nova categoria de “vítima” no CPP não é uma alteração merecedora de aplausos, por ser geradora da perda da capacidade distintiva entre os intervenientes processuais, sendo difícil enquadrar o que “vítima” realmente representa para o processo penal. Contudo, é preciso reforçar que, com isto não queremos afirmar que a vítima não deva ser devidamente protegida, e que não deva existir um ato legislativo que preveja um Estatuto da Vítima, como a Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, bem como todas as formas possíveis de apoio e proteção de vítimas, pois a vítima é, de facto, um interveniente extremamente sensível no processo; no entanto, não podemos deixar de concluir que as inovações legislativas nesta matéria, principalmente o título IV do CPP, artigo 67.º-A, foram, no mínimo, de índole confusa, dando aso não só uma interligação de categorias mas, até, a uma sobreposição ou contradição entre estas. Não iremos, contudo, prolongar esta temática pois não configura o cerne da questão da nossa dissertação.

Importa ressaltar que o peso que o termo “vítima” acarreta, hoje em dia, no processo penal, não tem como consequência jurídica, contudo, a sua caracterização como autêntico sujeito processual. Portanto, concordamos com a autora CLÁUDIA SANTOS¹⁰⁵ quando esta afirma que não estamos perante a criação de um novo sujeito processual, sendo a vítima um “participante processual enquanto tal, na aceção geral do conceito”¹⁰⁶. Ainda,

¹⁰³ Obviamente excluindo desta linha de pensamento os crimes de natureza privada, em que a constituição de assistente é obrigatória para a apresentação da acusação particular.

¹⁰⁴ TAVARES, Sandra, “A consagração formal ...”, *op. cit.*, pág. 230;

¹⁰⁵ SANTOS, Cláudia, *Apud in* ANTUNES, Maria João, *Direito Processual ...op. cit.*, Pág. 55;

¹⁰⁶ *Ibidem*, Pág. 55;

MARIA DO CARMO S. M. DA SILVA¹⁰⁷ sublinha que “A vítima, definida nos termos do artigo 67.º-A, do CPP, *em sentido formal* (até olhando para a sistematização do CPP) será um “sujeito do processo”, com determinados direitos que lhe são reconhecidos (...) No entanto, em sentido material, não lhe são conferidos quaisquer poderes processuais autónomos, ou “direitos autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, tendo em vista a sua decisão final”, o que significa que, deste ponto de vista, só constituindo-se assistente é que assume a qualidade de “sujeito processual” (...) não se pode(ndo) confundir a noção de “sujeito do processo” (...), com a categoria de “sujeito processual””.

2.1.2. Essencialidade da recolha de amostras-referência na vítima

Não será difícil imaginar um cenário em que seja essencial a extração de amostras biológicas da vítima, para análise e determinação do seu perfil genético, com a finalidade de servir como referência na comparação com perfis genéticos obtidos da análise de amostras-problema, para podermos concluir por uma coincidência de perfis – que aquele vestígio encontrado corresponde a material biológico da vítima – ou por uma exclusão de coincidência de perfis – que aquele vestígio encontrado não proveio da vítima – ou, pelo menos, dada uma baixa probabilidade de coincidência, não conseguimos afirmar que dela proveio, como exemplo podemos referir os casos em que é possível interpor um recurso extraordinário de revisão¹⁰⁸ de sentença condenatória, já transitada em julgado, quando se descubram novos factos ou meios de prova que, de *per si* ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas na justiça da condenação, pelo art. 449.º/1/d) do CPP. Portanto, este fundamento para a admissibilidade de revisão de sentença condenatória tem de gerar “graves dúvidas” (não simples dúvidas) sobre a justiça da condenação (...) Com o recurso de revisão, abre-se espaço para uma decisão nova, com novos factos e um novo julgamento, ainda que sem fugir ao primitivo objeto do

¹⁰⁷ DIAS, Maria do Carmo S. M. da Silva, “Ofendida, lesada, ...”, *op. cit.*, págs. 25;

¹⁰⁸ Este recurso é admissível mesmo que o procedimento criminal se encontre extinto ou a pena prescrita ou cumprida, mas, sendo um recurso extraordinário, apenas é possível nos casos taxativamente previstos no artigo. Importante notar que não existe limite temporal para interpor este recurso e pode mesmo acontecer depois de o condenado ter falecido, segundo o artigo 450.º/2 CPP, sendo que se estiver vivo, o juízo de revisão absolutório anula a decisão de condenação revista e são logo ordenadas as diligências ilibatórias da culpabilidade do arguido, sendo o arguido colocado na situação jurídica anterior à condenação.

juízo¹⁰⁹. Assim, na maioria destes casos, os testes genéticos podem configurar a diligência-chave para a descoberta da verdade material, do que realmente aconteceu, e a realização da justiça, exculpando os condenados injustamente e, potencialmente, abrindo as portas à possibilidade de determinar e condenar os verdadeiros autores dos referidos crimes, configurando casos em que a justiça penal já interveio, mas em que é necessário reabrir os processos em nome da verdade e da eliminação das graves dúvidas na justiça da condenação. Em suma, esta hipótese é uma demonstração da compressão de uma das finalidades do processo penal, nomeadamente, da restauração da paz jurídica comunitária, em nome da restauração da paz jurídica do condenado, descoberta da verdade material e, como mencionámos, da realização da justiça. Sendo que, caso a vítima se recuse a colaborar com a realização da diligência, a sua efetivação levará também a pôr em causa a finalidade da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente, da vítima.

Para exemplificar os casos a que nos referimos, imaginemos que no carro ou propriedade do suspeito (agora condenado) teriam sido encontrados, ao tempo da investigação criminal, cabelos ou sangue que se assumiu pertencerem à vítima (sendo que até poderia ter o mesmo tipo de grupo sanguíneo) e, em conjunto com o resto das provas incriminatórias, se decidiu pela sua condenação, sendo que, mais tarde, se vem a descobrir que aqueles ossos encontrados ou o sangue não pertenciam, efetivamente, à vítima, pelo que se desconstrói toda a teoria formulada em torno de como terá ocorrido aquele crime e se conclui pela existência de um “erro judiciário”.

No já referido *Steven Avery's case*, como observámos, o que determinou a sua inocência, em 2003, graças à ação do *The Innocence Project*, foi a exclusão de correspondência do seu ADN com as amostra-problema encontradas, à altura da investigação, no corpo da vítima. No entanto, *Steven Avery* continua a ser de interesse para a nossa tese pois, atualmente, este encontra-se preso por outro crime, agora de homicídio, e continuam a existir sérias dúvidas na justiça da condenação e da sua responsabilidade penal pelo crime em questão¹¹⁰, sendo que, de momento, o caso foi reaberto e terá direito a *new trial*, com base em novos elementos de prova, nomeadamente, a análise ao ADN dos

¹⁰⁹ LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo Penal anotado*, Coimbra: Edições Almedina, 2015, pág. 890;

¹¹⁰ Para uma maior compreensão do caso: BBC NEWS, *Making a Murderer: Steven Avery wins right to appeal*, Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-47380658>; and FORBES, *'Making A Murderer' Update: What Steven Avery's Appellate Win Means*;

supostos ossos da vítima encontrados num determinado local ao tempo da investigação (dos quais nunca se testou o ADN antes de serem entregues aos familiares, o que vai contra a lei federal e estatal), sendo que se não se concluir pela coincidência dos perfis genéticos, estaremos perante uma prova relevante para desconstruir a teoria da acusação¹¹¹. Este é um caso que, para além de extremamente mediático e atual, revela a elevada importância da obtenção do perfil genético da vítima, para comparação com vestígios de origem desconhecida, com capacidade de modelar o trajeto de um dado processo penal. Claro que este exemplo não é, na sua totalidade, correspondente à problemática da nossa tese, dado que aqui a vítima foi assassinada, pelo que não está em causa a situação de recolha de amostra e falta de voluntariedade da vítima, mas serve a finalidade de demonstração da essencialidade da determinação do seu perfil genético, e, mesmo assim, podemos facilmente imaginar um caso semelhante, em que a diferença resida apenas no crime sofrido pela vítima, por exemplo, uma violação, e que esta se recuse a colaborar, mesmo sendo essencial a obtenção do seu perfil genético para a resolução do caso.

CAPÍTULO III

OS TESTES GENÉTICOS E A VÍTIMA

3. Utilização de testes genéticos com finalidade de identificação da vítima

Pelo que já pudemos observar, a prova, em processo penal, resultante da comparação de perfis de ADN tem a finalidade de convencer o juiz de que determinado crime aconteceu de certa maneira, executado por certo sujeito suspeito, através da identificação deste – quando o resultado dessa diligência processual é a coincidência, com elevada probabilidade de este ser o titular da amostra sob investigação (*match*) – ou de que não foi praticado por certo sujeito suspeito, através da não identificação deste – quando o resultado dá exclusão da possibilidade de coincidência, por baixa probabilidade da amostra sob investigação provir do mesmo. A nossa tese tem por desígnio saber se é possível, tendo a mesma finalidade em mente – finalidade de convencer o juiz de que determinado crime aconteceu, de certa maneira, executado ou não por certo sujeito suspeito – utilizar as técnicas

¹¹¹ Relembro que nos EUA a acusação é representada pelo MP, sendo este uma parte no processo – algo corrente nos OJ de influência anglo-saxónica, mas distinto dos OJ continentais, como é o caso do OJ português.

de análise genética para identificação de pessoa distinta do arguido, nomeadamente da vítima, sendo um elemento probatório incriminatório para o suspeito quando o resultado dessa diligência processual dá coincidência com elevada probabilidade de a vítima ser a titular da amostra sob investigação, ou da não identificação desta, sendo um elemento probatório de exculpação para o suspeito quando o resultado dá exclusão da possibilidade de coincidência, por baixa probabilidade de a amostra sob investigação provir da vítima.

Assim, a nossa tese divide-se em duas grandes questões: a primeira, já referida, se o ordenamento jurídico português admite a identificação da vítima, de um sujeito contra o qual não há indícios de criminalidade e contra o qual não decorre um processo criminal¹¹², com objetivo de esclarecer um ato criminoso, através da diligência de teste ao ADN; e a segunda, se esta identificação da vítima pode ser através de um exame forçado – questão que engloba a necessidade de delimitação do conceito “compelir” utilizado na lei, como veremos *infra*.

3.1. Consentimento, recusa e recolha coativa do material biológico

Facilmente chegamos à conclusão de que a resposta à primeira questão – se o OJ português permite a identificação da vítima, com objetivo de esclarecer um ato criminoso, através da diligência de teste ao ADN – é afirmativa quando a vítima consente no emprego desta técnica ou, até, se voluntaria a doar material biológico seu para análise, mesmo sendo alguém contra quem não hajam indícios de criminalidade. Nestes termos, a questão revela-se não problemática.

Portanto, o seu consentimento para a recolha e análise do material genético, dentro dos limites dos bons costumes, representa uma causa de exclusão da ilicitude do facto, pois a medida afetaria direitos que são livremente disponíveis pela pessoa visada – como a integridade física, entre outros – segundo o artigo 38.º/1 do CP. No entanto, pelo n.º 2 do mesmo artigo, só o é se o consentimento seja um ato dotado de seriedade, voluntariedade, livre e informado/esclarecido.

O facto de a decisão de consentimento da vítima ter de ser informada é extremamente relevante. Esta informação, transmitida à vítima aquando da ordem de recolha de amostra biológica, para efeitos de testes genéticos, tem de referir, em específico, todos os

¹¹² BERISTAIN, Arantza Libano, “La práctica del análisis ...”, *op. cit.*, Pág. 208;

procedimentos que se vão realizar, que tipo de material vão analisar, que tipo de informação vão adquirir com a análise, o que acontece, posteriormente ao exame, à amostra e aos resultados obtidos, se poderão utilizar ou não o seu material genético noutras situações fora do processo, entre outras informações relevantes a transmitir, portanto, terá de ser uma informação global e detalhada acerca do âmbito, extensão, limites e finalidades da medida probatória a realizar, no fundo, a vítima terá de ser esclarecida de todas as especificidades relacionadas com cada passo da diligência: a recolha, a análise e a conservação da amostra (em relação à vítima, referir que não se conserva). Caso seja violado este direito à informação que a vítima detém – ou por a informação ser incompleta e deficitária ou por a informação transmitida estar errada – estaremos perante um caso de erro no consentimento, pois a decisão de consentir foi formada em alicerces frágeis (parco ou falacioso conhecimento da diligência), que resultará na ineficácia do consentimento e, conseqüentemente, na proibição de valoração de prova. Tais conseqüências – de ineficácia do consentimento e de proibição de valoração de prova – terão perfeita justificação no facto de a vítima deter um direito à autodeterminação informacional, assim como um direito à integridade pessoal moral, ambos constitucionalmente tutelados. Aprofundaremos cada um dos direitos *infra*.

É ainda de referir que, nos casos em que a recolha e análise não é ordenada no âmbito de um processo-crime, mas realizada anteriormente a este, num gabinete do INML ou no hospital, no seio de exames físicos e perícias médico-legais e forenses – muito frequente nos casos de crimes contra a autodeterminação sexual – em que são recolhidos vestígios biológicos do agressor no corpo da vítima, assim como amostras biológicas dela própria para identificação dos perfis de ADN, também é necessário pedir o consentimento da vítima. Este consentimento na perícia pós-crime e pré- (eventual) processo penal, terá na mesma de ser informado, esclarecido, sério, voluntário e livre. Ademais, nestes casos, a informação transmitida terá de englobar o esclarecimento, por parte dos profissionais, da possibilidade dos resultados obtidos nestes exames poderem ser utilizados posteriormente, como elemento probatório, num eventual processo penal que se inicie.

Em suma, quando estamos perante um consentimento plenamente eficaz, a recolha de amostras biológicas na vítima não representa um conflito de direitos/finalidades processuais a ponderar, mas sim uma ingerência na sua esfera pessoal justificada, consentida e, portanto, lícita.

O que se nos revela como problemático é quando, partindo das mesmas premissas,

a vítima não consente com a extração do seu material biológico. Portanto, quando o MP ou os OPC decidem que é uma prova de necessária realização para a eficácia da investigação e a ordenam – o JIC ou o juiz de julgamento, em sede de instrução ou em sede de julgamento, respetivamente, por força do princípio de investigação¹¹³ que enforma o processo penal – mas a vítima não se voluntaria nem aceita ser submetida à recolha da amostra corporal, para posterior determinação do seu perfil de ADN, nestes casos, em que há uma recusa da parte da vítima, questionamos se esta deterá o verdadeiro direito de recusar ser submetida à diligência ou, caso não o detenha, estaremos, por conseguinte, perante um exame forçado.

Os eventuais motivos de recusa de colaboração com a justiça e impedimento à recolha de amostra corporal podem ser vários, a título de exemplo, medo e temor do arguido; evitar o fenómeno de vitimização secundária – já que o dador da amostra “torna-se objeto de prova e, portanto, instrumento de investigação”¹¹⁴ –; o facto de poder haver ligação de parentesco com o arguido¹¹⁵; não querer que os seus dados genéticos sejam posteriormente utilizados ou armazenados, mesmo que a informação que lhe seja transmitida negue tal utilização; ou por não confiar na administração da justiça e sentir que o Estado a está a “enganar”; ou, como referem os autores REIS BRAVO e CELSO LEAL¹¹⁶ “(...), devido ao parco entendimento público sobre a ciência e a tecnologia envolvidas nesta questão, muitas pessoas são levadas a acreditar que o perfil genético tem muito mais informação do que ele realmente tem” e que se analisa maior quantidade de informação do que realmente é permitida por lei.

Assim, partimos para a segunda questão da nossa dissertação – quando o MP ou os OPC decidirem que os testes genéticos são uma prova importantíssima no processo-crime a decorrer, a recolha da amostra da vítima, que recusou submeter-se à extração, pode ser uma recolha forçada? E o que é que se entende por recolha forçada?

¹¹³ Princípio geral de prossecução processual, que também serve como princípio geral de prova, dado que o juiz investiga independentemente do contributo da acusação ou da defesa, construindo autonomamente as bases da sua decisão, previsto no artigo 340.º CPP, e refere que “o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”, no fundo, o juiz pode ordenar a efetivação dos testes de ADN caso esteja convencido que seja essencial para a resolução da causa e estes ainda não tenham sido realizados, ou pode ordenar a sua repetição, sendo assim um princípio de natureza secundária e subsidiária.

¹¹⁴ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, *op. cit.*, pág. 37;

¹¹⁵ Foi abordado pela doutrina alemã a possibilidade de atribuir a estas pessoas o poder de recusar a recolha da amostra corporal, pelo preenchimento dos mesmos requisitos que a lei alemã já prevê para a faculdade de recusa de prestação de declarações, com o fundamento da relação de parentesco com o arguido.

¹¹⁶ BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.*, pág. 48;

Quando nos referimos à possibilidade ou não do Estado obrigar a vítima a submeter-se a uma diligência, estamos a referir-nos ao poder de coercibilidade do Estado sobre os indivíduos e a sua maior ou menor extensão, indagando se esta situação em que a vítima se pretende recusar a submissão à diligência é ou não uma situação abrangida por esse poder do Estado, pelo seu *Ius imperium*. Segundo os artigos 172.º/1 do CPP – “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser *compelido* (...)” – e 6.º/1 da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, – “Ninguém pode eximir-se a ser submetido (...)” – podemos concluir que o poder de coercibilidade do Estado abrange esta situação, pelo que não existe, na verdade, um direito de recusa pela parte do visado (a vítima), podendo ser “compelido”. No entanto, a lei não determina, expressa e explicitamente, o que significa o conceito de “compelir”, surgindo a dúvida acerca do sentido que o legislador quis atribuir ao termo, quando o positivou. A doutrina nacional não se encontra pacífica, sendo que certos autores, como PATRÍCIA NARÉ AGOSTINHO¹¹⁷, defendem que as expressões usadas pelo legislador são insuficientes, vagas e imprecisas para se poder fazer uso da força pois este nada diz quanto aos seus pressupostos e limites, carecendo de densidade normativa suficiente para configurar um dos “casos e limites permitidos pela lei”, nos termos do 126.º/1/c) do CPP; outra parte da doutrina, como SÓNIA FIDALGO¹¹⁸ (previamente à reforma penal de 2007, pela Lei n.º 48/2007), AUGUSTO SANTOS SILVA e VÂNIA COSTA RAMOS¹¹⁹ (concordando com a autora Sónia Fidalgo) defendem que o termo “compelir” significa que o visado incorre em sanção condenatória, como consequência da sua recusa, na condenação por crime consumado de desobediência, artigo 348.º do CP (importante referir que estes autores fazem uma ressalva importantíssima nos seus escritos: de que essa obrigação de submissão a exame recai sobre qualquer pessoa, não precisando de ser suspeito ou arguido). No entanto, não concordamos com nenhuma das posições doutrinárias, pois redundaria na inutilidade da previsão da medida, uma vez que a recolha, que poderá ser determinante na resolução do caso, deixaria de poder ocorrer se houvesse uma recusa da parte do visado; como afirma PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, é uma “medida de última instância, mas indispensável, pois de outro

¹¹⁷ AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág. 128;

¹¹⁸ FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético ...”, *op. cit.*, Pág. 135;

¹¹⁹ DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 30;

modo seria fácil ao examinado impedir a recolha de prova em casos graves, se isso só custasse a punição, menos grave, a título de desobediência”¹²⁰. Assim, uma outra parte da doutrina defende que o termo engloba a ideia de que o Estado pode, efetivamente, recorrer ao uso da *vis* física, para forçar o visado a realizar a diligência. São exemplos desta corrente, o já referido autor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, INÊS PEDROSO DA SILVA¹²¹ – a autora ainda refere os artigos 173.º do CPP, em que os OPC podem obrigar as pessoas a não se afastarem do local do exame, e 27.º/a/g) da CRP, em que se permite a limitação da liberdade das pessoas para finalidades de investigação, como exemplos da utilização da força física do Estado – MORA SÁNCHEZ¹²², no ordenamento espanhol, e REIS BRAVO¹²³. No entanto, é preciso frisar que a recolha coativa representa, segundo esta última corrente, uma diligência excecional – solução *in extremis* – e de impossível aplicação analógica, em que os meios coercivos terão de ser os meios estritamente necessários e adequados à finalidade pretendida, tendo sempre em atenção o limite inultrapassável da dignidade da pessoa humana, e sem nunca gerar consequências negativas na saúde do visado, portanto, se “se recorrer à *vis* física, será em grau mínimo, justificada pela necessidade de prossecução de investigação criminal”¹²⁴, sendo sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade (18.º/2 da CRP). Concordamos com esta visão, admitindo *in extremis* o recurso à força física, porém, limitando esta aos meios estritamente necessários e indispensáveis para se obter os resultados pretendidos, pautada por um carácter excecional, sem nunca ultrapassar o limite da dignidade humana. Por fim, autora ANA PAULA GUIMARÃES¹²⁵ parece defender ambas posições, isto é, que o termo “compelir” possa, num primeiro momento, corresponder a uma consequência sancionatória, ao crime de desobediência, pelo artigo 348.º/1 do CP, sendo que esta cominação é já considerada uma coação, por via indireta, da parte do Estado, que serve para, de certa forma, incentivar o visado a submeter-se ao exame e, caso este não

¹²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pág. 478- 479;

¹²¹ SILVA, Inês 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*, Ano 8, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 164;

¹²² SÁNCHEZ, Mora, *Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN: Identificación Criminal a través de la Huella Genética*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Comares Edición, Bilbao, Granada, 2001, pag. 202;

¹²³ BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.*, pág. 223;

¹²⁴ SILVA, Inês Pedroso da, “A (i)legitimidade da colheita coerciva ...”, *op. cit.*, pág. 163;

¹²⁵ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como ...*, *op. cit.*, pág. 160;

se submeta ao exame, mesmo com a possibilidade de incorrer em ato criminoso, o Estado poderá recorrer-se, numa segunda fase, à força física, inclusive, deter o visado pelo tempo indispensável à sua realização, segundo o artigo 254.º do CPP.

Na visão jurisprudencial, apenas teremos oportunidade de referir algumas decisões, mas servem de exemplo: a decisão do Tribunal de Instrução criminal (TIC) de Vila Real¹²⁶, em 2004, em que o juiz ordenou a recolha coativa e a utilização da força necessária para abrir a boca ao arguido, de modo a que pudesse ser recolhida amostra de saliva, por haver essa legitimidade na lei (mesmo antes da reforma da lei penal de 2007); o Ac. do Tribunal da Relação (TR) do Porto¹²⁷, de 10/12/2008, em que se decidiu que “Não é inconstitucional a norma do art. 172º, nº 1, do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de que é legítimo o uso da força física para obter, através de zaragatoa bucal vestígios biológicos de um arguido para fins de comparação com os encontrados nas cuecas (...)”; ainda, o Ac. do TR do Porto, de 10/07/2013¹²⁸, em que se defendeu 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”. Claro que os exemplos jurisprudenciais referidos são apenas em relação à recolha compulsiva no arguido pois, como já constatámos, o tema que a nossa tese retrata revela-se muito pouco discutido, no que toca à discussão doutrinal nacional, e nula, no que toca à discussão ao nível jurisprudencial.

3.2. Tipos legais de crimes em que o teste ganha relevância

Depois do estabelecimento da inegável importância que pode ter a recolha de material biológico para identificação da vítima, num dado processo penal, é essencial ter em mente que não se pondera a utilização deste meio probatório em qualquer tipo legal de crime e pode mesmo nem fazer sentido a ele recorrer, como veremos *infra*.

Historicamente, estes começaram por ganhar relevo no combate à criminalidade dos crimes contra a liberdade sexual¹²⁹, como violações, abusos sexuais ou violência doméstica, isto porque, por um lado, eram cenários de crime em que outro tipo de elementos probatórios não eram facilmente encontrados e, por outro lado, eram (e são) crimes em que

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 161;

¹²⁷ ACÓRDÃO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 10 de dezembro de 2008;

¹²⁸ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 10 de junho de 2013;

¹²⁹ ANTUNES, Maria João, *Direito Processual ...*, *op. cit.*, Pág. 16;

os vestígios biológicos no local, no corpo ou vestuário dos envolvidos eram (e são) abundantes, devido à natureza do próprio crime. Através do método de identificação pela análise genética, esses vestígios biológicos ganham, a maioria das vezes e com grande fiabilidade, titularidade, gerando um elevado potencial probatório e celeridade na resolução destes crimes.

Mais recentemente, e depois de todo o sucesso gerado à volta deste meio probatório, conjugado com as contínuas evoluções na ciência genética, recorre-se a esta diligência em investigações criminais relacionadas com muitos outros tipos legais de crime, como no combate ao terrorismo.

Na verdade, nos dias de hoje, pode-se afirmar que a análise genética é uma diligência probatória com relevo no seio de qualquer investigação criminal, por qualquer tipo legal de crime, desde que existam manchas ou vestígios biológicos para investigar, de origem desconhecida, ou seja, onde houver amostras-problema (amostras sob investigação), pois já não fará sentido a recolha de amostras-referência quando não existam amostras-problema¹³⁰.

Por fim, é importante ter em mente que, mesmo que estejamos perante um tipo legal de crime em que estes testes genéticos seriam importantes meios probatórios para a descoberta da verdade e sucesso de uma investigação criminal, pode acontecer que o MP e os OPC nada possam fazer em relação ao assunto, por não existir sequer a possibilidade do MP promover o inquérito, portanto, impossibilidade de existir a tal investigação criminal; isto acontece nos casos em que o crime tem natureza privada em sentido *lato*¹³¹ e o ofendido

¹³⁰ Em mera referência, não sendo um tema retratado na nossa tese nem de interesse para a nossa análise focada na vítima, há a possibilidade de efetuar esta diligência processual mesmo quando não se encontrou nenhuma amostra-problema, nos casos previstos no artigo 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, relativa à base de dados portuguesa de perfis de ADN, em que é sempre ordenada na sentença a recolha de ADN de arguido condenado a pena de prisão igual ou superior a 3 anos. Assim, podemos ver que a medida é utilizada, mesmo fora da investigação criminal (inquérito) e mesmo que não hajam sido recolhidos vestígios-problema ao longo desta, pois tendo o legislador em mente a possibilidade de reincidência, a finalidade desta previsão é a de que em futuros processos penais em que hajam, efetivamente, vestígios biológicos de origem desconhecida, se possam comparar com perfis genéticos conservados na base de dados – identificação por arquivo – em que o perfil genético informatizado funcionará como amostra-referência, agilizando assim as investigações criminais futuras.

¹³¹ As finalidades que o direito penal apresenta para atribuir a certos tipos legais de crime a natureza de crime particular são várias: pelo facto de não se fazer sentir de igual modo, em todos os casos, a necessidade comunitária de perseguição por certas infrações, quando o ofendido não o pretender; por poder ser efetivamente do interesse da vítima não haver essa perseguição penal do autor do crime, quando esta decide pela não promoção do processo-crime (por exemplo nos casos de crimes contra a honra, em que contende com a intimidade da vida privada e familiar da vítima, pelo artigo 156.º CP); por poder gerar o fenómeno de vitimização secundária; entre outros.

optou por não apresentar queixa particular.

Numa breve referência à natureza que os tipos legais de crime podem adotar, temos crimes de natureza pública, crimes de natureza semipública e, ainda, crimes de natureza privada – sendo que estas últimas duas categorias pertencem ambas à categoria de crimes natureza privada em sentido *lato* – e, como veremos, o tipo de natureza que caracteriza um determinado crime dita quem pode promover ou não a investigação criminal e, conseqüentemente, se se chega a analisar a importância da prova genética para a investigação. Nos casos em que o crime cometido é de natureza pública, mal haja conhecimento do crime pelo MP, este tem o poder-dever de iniciar a investigação e, portanto, será sempre uma possibilidade recorrer a este meio probatório, desde que hajam vestígios-problema, encontrando-se, portanto, em total vigência o princípio da oficialidade¹³² (48.º CPP) – a ação penal pertence a uma entidade pública, neste caso, o MP, sendo função do Estado perseguir e punir os crimes que põem em causa a confiança da comunidade na segurança e validade das normas; portanto, ao obter a notícia (oficiosamente, por participação dos OPC, mediante denúncia ou queixa particular), é o MP que tem a dupla função de promover o inquérito e de, findo o inquérito e recolhidas ou não provas suficientes, decidir pela acusação ou arquivamento do processo, respetivamente, pautando-se sempre por critérios de estrita objetividade (53.º CPP). Já se o crime for ou de natureza semipública ou privada, o MP apenas poderá promover a abertura do inquérito se existir uma queixa do particular (dependendo da vontade do titular do direito de queixa); caso não exista, não haverá processo ou investigação criminal e, conseqüentemente, não serão recolhidas amostras biológicas para análise. Em específico, os crimes de natureza semipública (art. 49.º CPP) configuram apenas uma limitação ao princípio da oficialidade, pois é ao ofendido, ou quem detenha legitimidade para apresentar a queixa, que cabe a promoção da ação penal, mas é o MP quem decide, finda a investigação, se dá seguimento ao processo, acusando ou arquivando; quanto aos crimes de natureza privada (art. 50.º CPP), estes configuram uma autêntica exceção ao princípio, pois cabe a quem tenha titularidade do direito de queixa exercer ambas as funções de promoção e prossecução processual, ou seja, é ao particular que cabe apresentar a queixa para a investigação ter início e, depois de constituído assistente, e

¹³² “Trata-se aqui a questão de saber a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de a submeter ou não a julgamento”, in DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual ...*, *op. cit.*, pág. 115;

finda a investigação, é também a este que cabe decidir pela acusação particular ou arquivamento do processo. No entanto, existe a hipótese de o MP poder, ainda assim, promover o inquérito, segundo o art. 113.º/5 do CP, se, no prazo de seis meses a contar da data que deteve conhecimento do facto e dos seus autores, o MP achar que o interesse do ofendido assim o aconselha, se este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e significado do direito de queixa, ou se o direito de queixa não puder ser exercido porque a titularidade deste pertence ao agente do crime. Ainda existe, e agora em específico para os crimes de coação sexual (artigo 163.º do CP) e de violação (artigo 164.º do CP), segundo o artigo 178.º/2 do CP, mais uma válvula de escape que permite ao MP promover a investigação, no prazo de seis meses a contar data em que teve o conhecimento do facto e dos autores, ao observar que a inexistência de queixa não corresponde aos motivos pelos quais a natureza semipública foi atribuída ao crime, e por ser no real interesse da vítima. Em suma, nestes dois cenários dos artigos 113.º/5 do CP e 178.º/2 do CP, será outra vez relevante analisar a questão da utilidade do recurso aos testes genéticos, mesmo que o particular não tenha apresentado queixa, quando o MP se decida pela promoção da investigação. É preciso sublinhar que a opção pela natureza pública ou não de certos crimes não é estanque e tem sofrido alterações ao longo do tempo, devendo-se ao facto de o legislador ter a noção que o não exercício do direito de queixa do particular nem sempre corresponde à proteção dos direitos da vítima.

3.3. Existência de lei habilitante para ordenar uma recolha coativa na vítima

É fundamental fazer aqui uma breve nota introdutória de como é estruturado o nosso processo penal. A partir da elaboração da Constituição da República Portuguesa de 1976 e do nosso Código Processo Penal de 1987¹³³, o nosso processo penal passou a ser um processo com uma estrutura de base acusatória, isto é, em que o MP¹³⁴ será o órgão jurisdicional que investiga e acusa, e o juiz será o órgão que julga, para que haja uma separação de poderes e, inclusive, de magistraturas, assim promovendo imparcialidade no julgamento dos casos, mas

¹³³ MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: Estudos sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011, pág. 156 e ss;

¹³⁴ O MP não é parte interessada na condenação, tendo de se guiar por princípios estritos de legalidade e objetividade, quando atua no processo, apenas se interessando pela descoberta da verdade material e pela realização da justiça.

integrado por um princípio subsidiário e supletivo de investigação¹³⁵, que implica que o juiz, quando julgar necessário, quer em sede de instrução quer em sede de julgamento, possa mandar produzir qualquer diligência que achar necessária para a descoberta da verdade. Importa sublinhar que não se procura, atualmente, uma verdade material a todo o custo, como nos tempos em que a estrutura do processo penal era predominantemente inquisitória¹³⁶, no entanto, também não interessa ao direito processual penal a procura de uma verdade puramente formal, como no processo civil se faz, portanto, procura-se sim uma verdade material¹³⁷, mas processualmente válida. Esta verdade material, mas processualmente válida, leva-nos a concluir que todos os procedimentos e métodos de investigação utilizados ao longo do processo preencheram, com sucesso, os requisitos fundamentais processuais de legitimidade, admissibilidade, legalidade e validade. No fundo, procuramos atingir um equilíbrio que nos permita habitar num estado de “segurança em liberdade.

Em acrescento, o processo penal, assim como o Estado de Direito, está construído

¹³⁵ “Modelo *européu continental*, enquanto que o modelo que rege os países sob influência do direito anglo-saxónico, é de “*estrutura puramente acusatória*”, in: DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Processo Penal ...*, op. cit., pág. 807;

¹³⁶ Para mais desenvolvimentos sobre as diferenças entre uma estrutura de processo penal inquisitória e acusatória, vide, JACINTO, Francisco Teodósio, *O modelo de processo penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito*, Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf; Acedido pela última vez em: 04/05/2019;

¹³⁷ É preciso ter noção que, como menciona o autor FERNANDO CONDE CORREIA, mesmo que se aspire a uma descoberta da verdade material, a verdade atingida pelo processo penal, por variados motivos, pode ser diferente da verdade material efetiva, isto é, diferente do que realmente aconteceu. Motivos como o próprio método de investigação – o método indiciário – e da utilização da regra da experiência comum que, naturalmente, podem produzir erros no plano da conformação com a realidade (criam espaços de indeterminação) e podem, simultaneamente, dar aso à introdução de crenças pessoais. Assim como, sendo uma atividade complexa, pode também haver erros da própria investigação, basta haver falta de meios, dúvida na fiabilidade de meios probatórios, entre outros. Por fim, menciona um argumento fácil de compreender na prática, a própria desigualdade entre intervenientes do processo, quer ao nível da situação socioeconómica, que se traduz na capacidade de eles conseguirem um melhor ou pior defensor consoante o que podem pagar, quer ainda em termos de imagem social. Por fim, ainda refere as considerações de carácter axiológico que vão provocar uma redução do apuramento da verdade. Em suma, o autor defende que “o ideal de verdade ao nível da ciência jurídico-penal é isso mesmo, um ideal, impossível de se cumprir na prática. Tal deriva, como deixámos referido, das condições contextuais que acompanham e estruturam o desenvolvimento concretizador do direito penal (...) a verdade do direito penal é uma verdade contextualizada, que pode ou não coincidir (...) mesmo com a ideia de verdade presente no seu escopo.”. Concordamos em parte com o referido, no entanto, consideramos que, em muitos casos e, graças à cada vez maior interligação entre a tecnologia, a ciência e o direito, esta verdade processualmente obtida corresponde, de forma mais célere e fiável, à verdade material da realidade do crime. Para mais desenvolvimentos, vide MONTEIRO, Fernando Conde, *O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas)*, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;

sobre o pilar fundamental e inultrapassável da dignidade da pessoa humana e integridade pessoal, sendo esta fundamento e limite para qualquer atuação do Estado, assim como fundamento dos diversos direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. É este princípio que faz o contrabalanço na “polaridade dialética entre, por um lado a eficácia na descoberta da verdade e na perseguição dos criminosos, a segurança e a reafirmação da validade das normas e, por outro lado, a liberdade e as garantias de defesa”¹³⁸, privilegiando claramente este último. É como consequência a este princípio que se explica o facto de os arguidos terem passado a deter um estatuto no processo penal, com direitos e garantias – assim como deveres – deixando de ser meros objetos do processo penal¹³⁹. Já em relação à pessoa da vítima, sabemos, de antemão, que o papel que esta detém no processo penal tem sofrido grandes alterações (por vezes confusas) ao longo das últimas décadas sendo que, atualmente, esta detém o seu próprio capítulo (e título – título IV do CPP) no CPP, assim como um estatuto próprio previsto na Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro. No entanto, sabemos também que, pelo menos para já, a vítima não é considerada como um sujeito processual; pode, porém, passar a sê-lo, se se constituir em assistente num dado processo.

Antes de analisarmos a questão-chave da nossa tese – se a normatividade portuguesa permite que a diligência dos testes genéticos se realize de forma coativa na vítima – é necessário qualificar o tipo de medida que temos em análise. Assim, começamos por um enquadramento da medida na categoria de meio processual. Os meios processuais, a que recorreremos no processo penal, são vários, desde os meios de obtenção da prova – muito utilizados, principalmente, na fase de inquérito para, posteriormente, poderem produzir prova na audiência; meios de prova – os elementos utilizados na audiência para convencer o juiz do crime cometido, de que forma e por quem; medidas cautelares e de polícia; medidas de coação; e, por fim, medidas de garantia patrimonial. O recurso a qualquer um dos meios processuais mencionados cria rivalidades entre as finalidades de realização da justiça e descoberta da verdade material – pois são utilizados com vista ao sucesso da investigação e resolução do caso concreto – e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos – pois

¹³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *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 do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 526;

¹³⁹ Ideia Kantiana de o Homem como um fim em si mesmo, in OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a regulação jurídica da bioética”, Ano 8, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 30 e 31;

muitas das medidas obrigam a uma restrição da amplitude dos direitos dos cidadãos a elas submetidos, invocando a necessidade de vigência dos princípios de reserva de juiz (juiz garante ou juiz das liberdades) e de reserva de competência à autoridade judiciária (MP, JIC, juiz de julgamento), os quais analisaremos de forma mais profunda, posteriormente. De qualquer forma, estamos perante um meio processual, no entanto, é necessário precisar a que meio processual em concreto nos referimos. Esta questão gera controvérsia entre a doutrina, pelo que os autores tanto defendem que esta medida possa corresponder a um meio de obtenção de prova – nomeadamente, a um exame – como a um meio de prova – nomeadamente, a uma perícia; veremos, de forma mais detalhada, em que consiste cada uma das hipóteses¹⁴⁰, para podermos retirar as nossas próprias conclusões. Quanto aos meios de obtenção de prova, segundo PAULO PINTO ALBUQUERQUE¹⁴¹, estes “visam a detecção de indícios da prática do crime, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova “pré-existente” e, em regra, contemporânea ou preparatória do crime.”, e estão previstos nos artigos 171.º e ss do CPP, são meios correntemente utilizados pelo MP e OPC, no inquérito, para obter os elementos necessários para fazer prova, posteriormente, em sede de julgamento, sendo instrumentos de investigação. Existe uma variedade de meios de obtenção de prova como exames, revistas, buscas, entre outros, sendo que, no caso em específico dos testes genéticos, a medida apenas se consegue enquadrar no método de obtenção de prova do exame, regido pelos artigos 171.º e ss do CPP, mais concretamente, na vertente de um exame à pessoa e ao seu corpo. Quanto aos meios de prova, também segundo PAULO PINTO ALBUQUERQUE¹⁴², estes “formam-se no momento da sua própria produção no processo, visando a “reprodução” (“avaliação”) do facto e, nessa medida, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova “posterior” à prática do crime”; estão previstos nos artigos 128.º e ss CPP, configurando a fonte de convencimento das autoridades judiciárias: tanto convencer o MP, em sede de inquérito, para decidir por uma acusação ou arquivamento, como para convencer o JIC, em sede de instrução, para decidir por uma pronúncia ou não pronúncia, como, por fim, para o juiz de

¹⁴⁰ FERNANDO LOBO considera que as perícias são também exames, mas de ordem científica e que, por isto mesmo, a cisão entre estes meios processuais em capítulos diferentes no CPP (ao contrário do que acontecia no CPP de 1929) não deveria existir, devendo corresponder a um regime unitário, pois gera problemas de compatibilização, *in* LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo ...*, *op. cit.*, pág. 284. No entanto, não concordamos com esta posição.

¹⁴¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal...*, *op. cit.*, pág. 331;

¹⁴² *Ibidem*, pág. 331;

juízo, em sede de julgamento, decidir por uma sentença de condenação ou absolvição, segundo o princípio-regra da livre apreciação de prova (que admite exceções, nomeadamente, como veremos, nos casos de prova pericial). As provas obtidas durante o inquérito e apresentadas ao juiz, em sede de julgamento, podem ser de variada natureza, a título de exemplo, prova por reconhecimento, por reconstituição dos factos, testemunhal, por declarações de arguido, assistente e partes civis, prova pericial, entre outras. A prova genética enquadrar-se-á na prova pericial, dos artigos 151.º e ss do CPP, pois estamos perante um caso de percepção e apreciação de factos por alguém com especiais conhecimentos técnicos e científicos. De referir que a lei portuguesa se revê na perícia oficial – o perito é nomeado pelo tribunal, ou por estabelecimentos oficiais reconhecidos por lei, excluindo, em regra, perícias adversariais¹⁴³; no que toca especificamente à perícia médico-legal e forense, segundo o artigo 2.º da Lei n.º 45 /2004, de 19 agosto, essa característica, marcadamente pública, é reforçada ao estabelecer-se que as perícias médico-legais são realizadas, obrigatoriamente, nas delegações e gabinetes médico-legais do INML e, segundo o artigo 3.º/1 da mesma lei, o art. 154.º e o art. 155.º do CPP não se aplicam, pelo que se inviabiliza a participação de consultores técnicos nas perícias médico-legais. A ordenação da perícia é da legitimidade de uma autoridade judiciária e, caso o visado não consinta com a realização da diligência, a ordem coativa de realização da perícia é da competência reservada do juiz, pelo artigo 154.º/1 e 3 CPP e pela Lei n.º 45/2004, de 19 agosto. Portanto, sabemos que os testes genéticos correspondem a meios processuais, no entanto, pela análise do CPP e das leis processuais penais extravagantes, não conseguimos concluir pela sua caracterização de meio de obtenção de prova por exame ou meio de prova pericial, não se encontrando claro e expresso em parte alguma¹⁴⁴, mesmo depois da reforma ao CPP em 2007. E este silêncio legislativo permite que a doutrina se alargue em possibilidades de qualificação da medida¹⁴⁵, isto porque, sendo esta medida bastante complexa – indo desde a recolha da amostra, ao

¹⁴³ Os regimes anglo-saxónicos seguem o sistema adversarial das perícias, com a possibilidade de apresentação de perícia contraditória pelas “partes”, no entanto, estão tendencialmente a ir de encontro ao sistema continental de perícia oficial, com o objetivo de aproximação ao sistema continental, através da exigência de peritos “neutros”. Para mais desenvolvimentos, *vide* SOUSA, João Henriques Gomes de, “A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial”, *Revista Julgar*, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 28 e ss;

¹⁴⁴ Inclusive, na referida Lei n.º 45/2004 que enforma o regime jurídico das perícias médico-legais forenses, são utilizados ambos os vocábulos, chegando ao cúmulo de, no seu artigo 6.º, n.ºs 3 e 4, fazer uso do termo “exame pericial”.

¹⁴⁵ AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões ...*, *op. cit.*, pág. 23;

acondicionamento, análise do perfil genético, comparação entre perfis problema e referência, interpretação de resultados através de cálculos probabilísticos e, finalmente, à elaboração do relatório que elucide os resultados identificativos obtidos – não é de fácil enquadramento e, normalmente, as opiniões dos autores divergem consoante a modalidade de recolha da amostra que se adote. Uma primeira teoria defendida por autores como PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁴⁶, situando-se num dos extremos do espectro, é de que corresponde a um mero meio de obtenção de prova por exame a pessoas, pelo artigo 171.º e ss do CPP; outros autores defendem uma posição intermédia – e cremos defender também – dividindo o ato complexo em dois grandes momentos, para que o primeiro momento, da recolha, corresponda a um exame, e o segundo momento, da análise, corresponda a um meio de prova pericial, pois aí já são necessários especiais conhecimentos técnicos e científicos, teoria defendida pelos autores MARIA JOÃO ANTUNES, SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES¹⁴⁷, ANA PAULA GUIMARÃES¹⁴⁸, e também pelos artigos da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, relativa à base de dados de perfis de ADN. Embora esta não se nos revele importante para a questão da recolha de amostras-referência à vítima, não deixa de se referir a uma recolha semelhante no arguido ou condenado, pelo que a medida, qualquer que seja a qualificação final a adotar em relação a esta, é da mesma estirpe – ditando que a extração do material genético, pelo artigo 8.º/4 e 5, se faz pelos ditames dos artigos 171.º e 172.º do CPP que, como sabemos, correspondem ao regime previsto para os exames (sofrendo certas alterações, próprias da sensibilidade relacionada com o exame em causa), enquanto a análise ao ADN e a interpretação dos resultados da comparação, pelo artigo 13.º/4 da mesma Lei, se fazem pelos ditames dos artigos do CPP relativos à perícia, definindo também, no artigo 5.º da Lei, que devem ser realizadas em LPC e INML, ou seja, só pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos e científicos procedem à análise em si. Outra parte da doutrina considera que a recolha de vestígio, por si só, é um ato preliminar e preparatório de uma perícia a que se irá proceder. No outro extremo do espectro, a autora SÓNIA FIDALGO¹⁴⁹ adotou uma posição de impossibilidade de cisão entre os momentos,

¹⁴⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal ...*, op. cit., pág. 422, 464;

¹⁴⁷ SIMAS SANTOS / LEAL-HENRIQUES, *Apud in* FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético ...”, op. cit., Pág. 139;

¹⁴⁸ Defendendo que os exames de ADN da fase da recolha/extração são pressuposto procedimental para fundamentar e existir a prova pericial que neles assenta *in* GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, op. cit., pág. 132 e 156;

¹⁴⁹ FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético ...”, op. cit., Pág. 120;

defendendo antes que a recolha já envolve conhecimentos especiais, técnicos e científicos e, portanto, é realizada por um perito, configurando uma perícia; os argumentos utilizados por esta corrente, depois da reforma de 2007, baseiam-se no facto de o nosso legislador ter decidido, pela adição do n.º 2 do artigo 172.º do CPP, que pertence ao capítulo dos exames, por uma remissão para o regime das perícias do artigo 154.º do CPP, assumindo que esta diligência é, no seu conjunto complexo de atos (recolha e análise) uma perícia; a posição da autora HELENA MONIZ variou com a evolução da própria ciência, isto é, referindo-se, num escrito de 2002¹⁵⁰, apenas à modalidade de colheita de sangue, defendeu a não separação dos momentos de recolha e análise, já que a recolha envolve já especiais conhecimentos científicos e técnicos, pelo que faz parte do meio probatório pericial, dizendo que se deve tratar da questão no âmbito da perícia médico-legal, no entanto, em 2014¹⁵¹, afirma que toma uma posição distinta pois já existe recolha de ADN por outras diversas modalidades, como por exemplo, a zaragatoa bocal – o que nos parece uma linha de pensamento bastante acertado; os autores REIS BRAVO e CELSO LEAL¹⁵² denominam a diligência de “perícia tecnológica de genética criminalística-forense”. Pela jurisprudência, era comum designar-se a concreta modalidade de extração do ADN por zaragatoa bocal como um exame, a título de exemplo, os Acórdãos do TR do Porto de 3 de maio de 2006¹⁵³ e do TC n.º 155/2007¹⁵⁴. A posição que nós adotamos é que, de facto, como HELENA MONIZ referiu, atualmente as novas, variadas e pouco intrusivas modalidades de extração de material biológico do corpo de alguém já não exigem especiais conhecimentos técnicos e científicos de quem as realiza, como a extração de um cabelo, pelo, uma raspa na pele ou no interior da boca, urina, suor ou lágrimas, no entanto, se já for necessária a recolha de sangue ou fluídos intracorporais, cremos que já se poderá repensar a qualificação do momento da recolha como um exame; consideramos também que a análise das amostras biológicas em si e a elaboração dos resultados corresponderão sempre a uma perícia pois exigem os especiais conhecimentos técnicos e científicos de quem os realiza.

Depois de a enquadrarmos como uma medida processual, por assim dizer, mista,

¹⁵⁰ MONIZ, Helena, “Problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa Ciência Criminal*, Ano 12, Abril/junho, 2002, pág. 255;

¹⁵¹ MONIZ, Helena, *Parte I. Regulação e Direito “Parâmetros adjetivos, constitucionais ...*, op. cit., pág. 48;

¹⁵² REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, op. cit., pág. 173 e ss;

¹⁵³ ACÓRDÃO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 3 de maio de 2006, proc. 0546541;

¹⁵⁴ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 155/2007, de 2 de março de 2007;

em que a recolha configura um exame ao corpo da pessoa, pelo artigo 171.º e ss do CPP, e em que o complexo de análises que posteriormente se realiza corresponde a uma perícia, pelos artigos 154.º e ss do CPP, é necessário dissecar a normatividade vigente no nosso ordenamento jurídico, mais propriamente, na nossa legislação processual penal, para podermos concluir (ou não) por uma admissibilidade do recurso a esta diligência mista, de forma coativa, em relação à vítima. Portanto, observamos aqui duas questões distintas, cada uma delas com a relevância devida, mas que trataremos em separado: a primeira interroga se o nosso OJ prevê o recurso a testes genéticos coativos *per si*; a segunda discute se, sendo afirmativa a resposta à primeira questão, o nosso OJ continua a permitir o recurso a testes genéticos coativos, quando o visado seja a vítima do crime, alguém contra quem não há indícios de criminalidade e já sofreu com a agressão provocada pelo crime.

A primeira questão é relativa à previsão, pelo nosso OJ, de permissão para a aplicação da diligência de forma coativa ou se, por outro lado, é necessária elaboração de legislação. Esta dúvida foi surgindo, ao longo das últimas décadas, em imensos processos-crime que decorriam nos nossos tribunais judiciais (principalmente relacionados com crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual), em que era ordenada uma recolha de amostra-referência ao arguido, para comparação com amostra-problema recolhida, e este se negava a colaborar com a justiça, pelo que já se encontra, por assim dizer, respondida. As respostas da doutrina foram variando entre a impossibilidade de recolha sem o seu consentimento e a possibilidade de recolha forçada. Ao nível da jurisprudência a resposta foi sendo dada, em primeiro lugar, pelo TC, mas ainda na linha da recolha coativa no arguido, em 2007, pelo Ac. n.º 155/2007¹⁵⁵, em que a habilitação legal, ou seja, a “norma que autorize a realização

¹⁵⁵ Este acórdão foi proferido num caso em que um indivíduo, suspeito da prática de dois crimes de homicídio, constituído arguido, foi obrigado pelo MP a realizar uma colheita de saliva através de zaragatoa bucal, contra a sua vontade. Este recorreu ao JIC, alegando que era uma medida que carecia de suporte legal e intrusiva e ofensiva dos seus direitos fundamentais, mas o pedido de nulidade do ato e proibição de valoração de prova foram consideradas improcedentes. Posteriormente recorreu ao TR do Porto (Ac. de 3 maio de 2006), porém também este julgou improcedente e considerou justificada a medida pela necessidade da procura da verdade material e exigências de ordem pública e bem-estar geral. Entretanto, o caso foi analisado pelo TC. O TC concluiu que feria efetivamente uma série de direitos fundamentais mas não de forma desproporcional, tendo em conta a natureza dos interesses públicos prosseguidos, não sendo a ordem de grandeza do que se restringe superior à ordem de grandeza do que se tutela com a restrição (estando verificado o princípio da proporcionalidade). Ainda, afirmou a densidade legal suficiente da lei portuguesa. Por fim, afirmou que a inconstitucionalidade do artigo 172.º advinha da interpretação do MP, do JIC e do TR do Porto sobre o ato poder ser exercido sem prévia autorização judicial – mesmo sendo anterior à reforma processual penal que aditou o princípio de reserva judicial à medida. Cfr. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 155/2007, de 2 de março de 2007;

coativa do exame – essa existe e decorre da conjugação dos preceitos constantes dos artigos 6.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, e 172.º do Código de Processo Penal”, onde se menciona a possibilidade de “compelir” que, como já concluímos *supra*, acreditamos que possa envolver o uso da força física, partindo da verificação de uma série de premissas. Não podemos afirmar que a doutrina, ao tempo do Acórdão, concordou unanimemente com a decisão e fundamentação fornecidas, havendo autores que reiteravam que não se podia olvidar que o código de 1987 não era contemporâneo ao uso da tecnologia genética, pelo que o legislador ao redigir o artigo 172.º não terá pensado em abranger tal medida; ainda assim, uma grande parte da doutrina concordou com o TC por o artigo 172.º do CPP configurar uma norma “aberta”, isto é, permeável à atualização e modernização das medidas e, portanto, integradora desse exame coativo. Posteriormente, em 2 de maio de 2007, o TR do Porto¹⁵⁶, decidiu que seria inválida a prova obtida através de exame com recurso à zaragatoa bocal, estando na mesma em causa um suposto autor do crime, contra a sua vontade, se ordenado pelo MP e sem prévia autorização do juiz de instrução (parecendo antever as adições que a reforma processual penal de 2007 trouxe ao artigo 172.º do CPP), em sede de inquérito. Alguns meses após produção desse acórdão, deu-se a reforma do código do processo penal, pela entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, que acrescentou a alínea n.º2 ao artigo 172.º do CPP, remetendo para o artigo 154.º/3.º CPP, as perícias sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o consentimento, adotando a regra de que, para haver coação, é preciso ordem de um juiz – algo que o TC também já tinha referido, pelo que esta alteração foi uma concretização da jurisprudência do TC: “julgar inconstitucional, (...) 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 coativa de vestígios biológicos (...) tenha manifestado a sua expressa recusa”. Portanto, existe, atualmente, um princípio de reserva de juiz, nesta matéria, que pondera os interesses em jogo, no entanto, no geral, podemos concluir pela resposta afirmativa à questão, existindo, efetivamente, lei que habilite o recurso aos testes genéticos coativos, desde que o juiz o ordene, havendo já, então, os alicerces necessários para que o procedimento se utilize nos tribunais legal e validamente. Segundo o autor FERNANDO LOBO, na sua anotação ao artigo 172.º/2 do CPP, “É obrigação legal de qualquer pessoa,

¹⁵⁶ ACÓRDÃO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 2 de maio de 2007, proc. 0546541;

colaborar voluntariamente com a lei, sujeitando-se ela própria a exame (...) conforme for fundamentado (...) (o arguido) pode ser um meio de prova. (...) quando se verificarem resistências ativas ou passivas, (...) quando estiverem em causa direitos fundamentais, compete exclusivamente ao Juiz ordenar os atos necessários ao cumprimento da lei (v. n.º 2). A coação pode ir até à detenção, para exame compulsivo, quando o objeto do exame for a própria pessoa (v. arts. 154.º-2 e 156-6-7). As específicas perícias médico-legais e forenses (...) são de sujeição obrigatória, por força do art. 6 do DL. 45/2004 de 19/08 (...). Entre os exames mais correntes, conta-se os de natureza biológica (recolha de ADN (...)) (...) Em todo o caso, a recusa infundamentada de sujeição a exames legais, ordenados por autoridade competente, pode consubstanciar um crime de desobediência”¹⁵⁷.

A segunda questão, relativa à existência de permissão ou não do nosso OJ, para que esses testes genéticos coativos sejam realizados na vítima, considerando-os uma medida admissível, legal e válida, ou, se por outro lado, é necessário um quadro normativo mais elaborado e específico – já que é uma prova que contrapõe interesses do Estado na perseguição dos autores dos crimes, sucesso da investigação, descoberta da verdade material e interesse da Sociedade na segurança e confiança da administração da justiça penal, por contraposição com os interesses do visado de proteção de direitos fundamentais como integridade pessoal, reserva da vida privada, autodeterminação, informação, proibição de provas coercivas e proibidas, liberdade, desenvolvimento da personalidade, entre outras – é o que iremos analisar agora, de forma profunda, para podermos responder àquela que é, afinal de contas, a questão fundamental e basilar da nossa dissertação. Aqui, as posições na doutrina variam entre a admissibilidade e a proibição de aplicação da medida coativa à pessoa da vítima: surge, inevitável e conseqüentemente, a questão se se pode usar a mesma fundamentação ou, pelo menos, as mesmas *guidelines* que o TC usou na sua fundamentação, aquando da declaração da existência de lei habilitante para recolha coativa no arguido, mas observamos que a justificação se alicerça no facto de contra ele correr um processo penal; já em relação a colheitas coativas de material biológico para determinação do perfil genético de vítimas, não podemos usufruir da mesma justificação para tal restrição aos direitos fundamentais, já que não há nenhum indício de criminalidade, pelo que será necessário encontrar outros critérios que possam justificar uma intrusão de tal ordem nos direitos

¹⁵⁷ LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo ...*, *op. cit.*, págs. 284 – 286;

fundamentais de pessoas distintas do arguido. Porventura, a posição que defende a admissibilidade da medida encontra um argumento favorável num artigo do Código da Estrada sobre a obrigação de sujeição ao exame de alcoolémia¹⁵⁸, em que alguém contra quem não decorre um processo penal, não é arguido nem suspeito, portanto um cidadão comum, tem o dever de se sujeitar ao teste de condução sob o efeito do álcool, podendo este ser através do sopro ao balão, mas também pode ser por exame ao sangue ou até exame médico, ou seja, pode ser realizado através de uma intervenção ainda mais gravosa no corpo do indivíduo do que para o efeito dos testes genéticos, estando esta lei assim formulada pois o legislador realizou uma ponderação de interesses, pondo os vários bens jurídicos em perspectiva, admitindo a restrição a direitos fundamentais como a privacidade e a integridade pessoal, para conseguir ressaltar outros direitos fundamentais como a segurança rodoviária e proteção da integridade física, e da vida até, os quais podem ser postos em causa face a uma condução sob efeito de álcool. No que toca aos testes genéticos, podia-se justificar a ingerência nos bens jurídicos da integridade pessoal e privacidade com esperança que se protegessem, com vista no futuro, outros bens jurídicos valiosos como a integridade pessoal e, em casos mais graves, a vida, da própria vítima ou outros cidadãos – se o agente criminoso não fosse perseguido criminalmente e se tornasse reincidente. Já a posição desfavorável à admissibilidade considera que a recolha coativa na vítima não é passível de ser justificada, sendo sempre desproporcional, já que, se tal fosse possível, não tutelaria de forma adequada os direitos individuais, na sua esfera mais íntima¹⁵⁹, por mínima ingerência que seja será uma ingerência em demasia quando contra a sua vontade (apesar de tudo, no caso de ingerência na integridade corporal aquando da remoção de um cabelo, não é um ato tão intruso como uma recolha sanguínea). O autor espanhol PÉREZ MARÍN¹⁶⁰ exige assim, para tal efeito, o consentimento da pessoa sujeita ao exame ou, pelo menos, do seu representante pois, além da não voluntariedade, não há o mesmo argumento justificativo que existe aquando da sua aplicação ao arguido – indícios de criminalidade contra si.

Antes de formularmos as nossas conclusões, analisando a lei atual, começamos por referir que é no âmbito criminal que o Estado exerce o seu *Ius puniendi* da forma mais

¹⁵⁸ Mas, é importante sublinhar que, mesmo assim, caso haja uma recusa por parte da pessoa que se iria submeter ao teste, esta pessoa não é obrigada a realizá-lo por força física, não há uma execução forçada, incorrendo num crime de desobediência, diferente dos casos dos testes genéticos.

¹⁵⁹ BERISTAIN, Arantza Libano, La práctica del análisis ...”, *op. cit.*, Pág. 215;

¹⁶⁰ MARIN, Pérez, *Apud Ibidem*, Pág. 215;

compulsiva e unilateral visível (pois é neste âmbito que o Estado pode, por exemplo, aplicar medidas de coação, ou aplicar e executar sanções condenatórias, inclusive aplicar as sanções mais restritivas de direitos fundamentais dos cidadãos, como as enformadas por privação da liberdade, como aplicar medidas de obtenção de prova com recurso a meios coercivos), restringindo direitos fundamentais dos cidadãos, mas sempre conformado pelos princípios basilares de legalidade, tipicidade, proporcionalidade e subsidiariedade¹⁶¹ (18.º/2 e 3 CRP), até porque, como refere o artigo 18.º/1 da CRP: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas (o Estado) e privadas”. Ou seja, todo o ato coercivo, coativo ou compulsivo e unilateral do Estado tem de se pautar por uma legitimidade quer formal quer material, caso contrário passam a ser atos estaduais ilegais, em que o recurso à força não está justificado ou previsto e que, e mais precisamente ao nível de aquisição de prova (que nos é mais relevante), podem gerar nulidade e proibição de valoração desta, pelo artigo 126.º do CPP referente ao regime de métodos proibitivos de prova (sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a bússola axiológica deste regime¹⁶²).

A nossa Lei fundamental¹⁶³, apesar de logo no seu artigo 2.º consagrar “Ao Estado incumbe não apenas “respeitar” os direitos e liberdades fundamentais, mas também “garantir a sua efectivação”¹⁶⁴, permite então, na conjugação dos artigos 3.º/3 e 18.º/2 e 3 da CRP, que existam restrições a interesses e direitos fundamentais, e que estas ainda sejam conformes à constituição. “Não obstante a vigência alargada [destes] direitos, tal não significa, porém, que eles tenham um carácter absoluto, antes podem, em determinadas condições, ser legalmente *restringidos*. (...) dado o fundamento constitucional [destes] direitos e para que não restem dúvidas sobre a constitucionalidade destas restrições, parece seguro que elas devam obedecer a dois pressupostos: devem estar previstas em lei prévia e expressa, de

¹⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente...”, *op. cit.*, pág. 22 e 23;

¹⁶² AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais ...*, *op. cit.* pág.121;

¹⁶³ A célebre frase “o direito processual penal é verdadeiro *direito constitucional aplicado*”, sofre bifurcação em duas ideias principais: “os fundamentos do direito processual penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado; a concreta regulamentação de singulares problemas processuais deve ser conformada jurídico-constitucionalmente”; e é esta segunda bifurcação que se encontra em discussão na nossa dissertação. Para mais desenvolvimentos sobre o tema do Direito Processual Penal ser verdadeiro “*Direito Constitucional aplicado*”: ANTUNES, Maria João, “*Direito Processual Penal – “Direito Constitucional Aplicado*”, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;

¹⁶⁴ CANOTINHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 208;

forma a respeitar a exigência de *legalidade*; e devem também obedecer ao princípio da *proporcionalidade* e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP (...), sendo que o segundo exige uma apreciação em concreto da natureza dos conflitos em causa (...)"¹⁶⁵. Portanto, para a validade da restrição, esta tem de obedecer aos critérios do artigo 18.º da CRP – no seu n.º 1, especifica-se a força normativa das previsões de direitos, liberdades e garantias e, nos n.ºs 2 e 3, o “*estatuto global das leis restritivas*, individualizando-se os princípios constitucionais heteronomamente vinculativos das intervenções do legislador na esfera dos direitos, liberdades e garantias”¹⁶⁶, isto é, têm de se verificar uma série de requisitos que enfermem de legitimidade a própria restrição, não sendo esta irrestrita e arbitrária; portanto, a restrição tem de ser legítima, quer ao nível formal quer material. Daí que se refira que existe, no nosso ordenamento jurídico, um “caráter restritivo das restrições”¹⁶⁷ – como já referia FIGUEIREDO DIAS “Sendo os exames, na parte referida, um meio de coação processual, as normas que os permitem não poderão deixar de ser entendidas e aplicadas *nos termos mais estritos*, (...) quaisquer limitações que a [tais direitos] sejam feitas pela lei ordinária relativa a exames em processo penal terão de obedecer à máxima *strictissime sunt interpretanda*”¹⁶⁸.

O primeiro requisito a ser referido, logo na parte inicial do n.º 2 do artigo 18.º da CRP – “A lei só pode restringir...” – mas também pela parte inicial do n.º 3 do mesmo artigo – “As *leis restritivas* de direitos, liberdades e garantias (...)” – é o requisito de legitimidade formal de reserva de lei; este corresponde à exigência de que, para poder haver uma restrição de direitos fundamentais, essa restrição tenha de estar prevista em lei ou, pelo menos, decreto-lei autorizado, pelos artigos 161.º/c) e d) da CRP (sendo que há matérias em que não há possibilidade de delegação, pelo art. 164.º), mas também se revista de legitimidade material, pois não se pode restringir direitos por regulamentos da Administração, não podendo a lei delegar em regulamento ou diferir para ele qualquer aspeto desse regime. COSTA ANDRADE¹⁶⁹ relembra-nos, nos seus escritos, da extrema importância da

¹⁶⁵ Neste escrito FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE referem-se a outros direitos fundamentais, mais relacionados com as garantias de defesa do arguido, mas em que os pressupostos de legitimidade das medidas restritivas são equivalentes e, portanto, bastante atuais e aplicáveis ao nosso caso. In: DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Supervisão, Direito ao silêncio e Legalidade de prova*, Coimbra: Almedina, fev 2009, págs. 44 e 45;

¹⁶⁶ CANOTINHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP – Constituição ...*, op. cit., pág. 381;

¹⁶⁷ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, op. cit., pág. 369;

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual ...*, op. cit., pág. 439;

¹⁶⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Métodos ocultos ...*, op. cit., pág. 532 e 540 e ss;

necessidade – e também dos perigos – da novação legislativa, tendo em conta a exigência do princípio de reserva de lei, descrevendo o autor que a constante criação de métodos novos de investigação, sendo medidas que provocam um sacrifício para os direitos fundamentais dos visados, criam a necessidade de modificações no CPP ou, como mais correntemente se procede, de criação de leis criminais extravagantes sobre essas novas medidas, ensinamento este da doutrina e jurisprudência constitucional federal alemã, que nos relembra que a lei deve prever, expressa e explicitamente, a medida da restrição – o seu âmbito, alcance, limites e finalidades, sendo o recurso à analogia, nos casos de silêncio da lei ou lacunas, uma proibição, como também é errada a aplicação, nos tribunais, de medidas que não se encontram ainda previstas ou positivadas, apenas com fundamentação na letra da Constituição ou, de certa forma ainda mais gravoso, apenas na utilidade e eficácia para a investigação que essas provas trarão, sendo sempre necessária a intervenção do legislador ordinário para legitimar novas medidas que comprimam direitos fundamentais. O autor acrescenta ainda que a lei restritiva tem de responder a um conjunto de *topoi*/variáveis, como o autor BERNSMANN¹⁷⁰ refere – por exemplo, em que tipo de crimes a medida se aplica, se esta é subsidiária, se depende de autorização ou ordem de autoridade competente e quem é essa autoridade, entre outras. No caso que retratamos – de comparação direta com amostra-referência da vítima – concluímos que a previsão se encontra na mesma Lei que se considerou habilitante para a recolha coativa no arguido (pondo sempre de parte a já mencionada lei reguladora dos casos de comparação indireta), primeiro porque a medida é a mesma, alterando-se só o sujeito dador da amostra, e segundo porque as normas não diferem o dador a que se referem. Portanto a medida está prevista, tanto numa norma do CPP, artigo 172.º, como no artigo 6.º da Lei n.º 45/2004, como supramencionado, sendo ambas aprovadas pela AR, pelo que estamos perante um caso da alínea c) do artigo 161.º da CRP.

Um outro requisito que podemos retirar do artigo 18.º da CRP, do seu n.º 3, sendo agora um requisito de legitimidade material, é que a Lei que prevê a restrição tem de possuir carácter geral (aplicável a uma generalidade de pessoas, e não a uma pessoa ou conjunto de pessoas em concreto) e abstrato (aplicável a uma generalidade de casos) e não ser retroativa. Como vimos, ambas as normas se referem a situações de modo geral e hipotético, podendo englobar várias situações e pessoas, não distinguindo, portanto, um dador/examinado em

¹⁷⁰ BERNSMANN, *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Métodos ocultos ...*, *op. cit.*, pág. 545;

específico: no caso da norma 172.º do CPP podemos perceber este caráter geral e abstrato quando utiliza termos como, no n.º1, “Se *alguém* (...)”, e no artigo 154.º/3, por remissão do n.º2 do artigo 172.º, termos como “características físicas ou psíquicas de *pessoa* (...)” e, por fim, no artigo 6.º da Lei n.º45/2004, no seu n.º1, “*Ninguém* pode (...)”, no seu n.º2 “*Qualquer pessoa* (...)” e no seu n.º 3 “*O examinado* (...)”. Assim, podemos concluir que a Lei não restringe a abrangência do artigo apenas a pessoas contra quem haja indícios de criminalidade, não conseguindo nós decifrar qualquer dificuldade em enquadrar a pessoa da vítima na previsão destas normas e nos conceitos por elas utilizados, já que as normas não individualizam a pessoa sujeita à medida, como refere PATRÍCIA NARÉ AGOSTINHO¹⁷¹ “no que ao universo dos *sujeitos passivos* respeita, os artigos 154.º, 172.º e 174.º do CPP não impõem qualquer restrição quanto ao universo de sujeitos contra quem é possível executar uma intrusão corporal. Na medida em que se fala em “pessoa” encontram-se abrangidos, desde logo, o arguido, o suspeito, o ofendido ou uma terceira pessoa”.

Um outro requisito de legitimidade material é que a lei só pode prever uma restrição a um direito fundamental se for com a finalidade de proteção de outro direito constitucionalmente protegido, o que podemos concluir como preenchido, pois é no sentido de proteção dos interesses públicos já referidos – tanto da parte do Estado, pela eficácia da investigação e descoberta da verdade material, a perseguição e culpabilização dos autores dos crimes e realização da justiça, como da parte da própria Sociedade, pela necessidade de ganhar novamente confiança na norma violada pelo crime, pela necessidade de sentir a segurança que a resolução correta do caso lhe traz, e para poder confiar na boa e eficaz administração da justiça pela parte do Estado – que é justificado restringir os direitos fundamentais do visado – como a integridade pessoal, reserva da vida privada, autodeterminação informacional, entre outros.

Um outro requisito importantíssimo para dar legitimidade material à restrição é a verificação do princípio da proporcionalidade (também denominado de princípio da proibição do excesso¹⁷²). O princípio da proporcionalidade é, segundo a autora ANA PAULA GUIMARÃES¹⁷³, o “princípio da mínima restrição dos direitos fundamentais, também conhecido por princípio da necessidade ou da adequação, (...) intervém como limite

¹⁷¹ AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais ...*, *op. cit.*, pag.25;

¹⁷² CANOTINHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP – Constituição ...*, *op. cit.*, pág. 392;

¹⁷³ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, *op. cit.*, pág. 69;

material constitucional de toda a intervenção político-criminal que afete direitos fundamentais (...) Contudo, a limitação dos direitos fundamentais só é possível *se e na medida* do estritamente necessário para a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, não bastando, para tanto, a cobertura legal”; também já em 1992, KARL-HEINZ GÖSSEL¹⁷⁴ referia que o “princípio da proporcionalidade, (...) apenas permite a “limitação das posições correspondentes aos direitos fundamentais na medida do que seja absolutamente indispensável para a salvaguarda de bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente”. Podemos observar que o princípio é bastante vasto e abrangente pelo que, correntemente, a doutrina o subdivide em três requisitos: necessidade, adequação e proporcionalidade *scritu sensu* da restrição. Assim, o requisito da necessidade da restrição, segundo o n.º 2 do artigo 18.º da CRP “(...) devendo as restrições limitar-se ao necessário (...)”, avalia-se pela presença das características da necessidade, indispensabilidade e exigibilidade da restrição, não havendo maneira menos lesiva, para obter equivalente eficácia, isto é, a medida restritiva prevista na legislação a analisar tornou-se necessária e exigível, atendendo a todas as circunstâncias, pois para atingir o fim visado pela lei não seria possível adotar uma medida menos danosa/onerosa aos direitos fundamentais em causa, que, no fundo, gerasse o mesmo efeito pretendido – podemos confirmar que este se encontra preenchido pelas referências no artigo 154.º/3, por remissão do 172.º/2 do CPP, “(...) despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que *pondera a necessidade* da sua realização (...)”, e no artigo 6.º/1 da Lei n.º 45/2004, “(...) quando este se mostrar *necessário* ao inquérito ou à instrução (...)”. O requisito da adequação da restrição avalia-se tentando perceber se a restrição legalmente prevista é idónea, indicada e apropriada a viabilizar os fins visados pela lei (a proteção de outros interesses tutelados pela CRP, como a eficácia da investigação criminal, entre outras), se é o meio mais adequado, sendo que este requisito também é ponderado pelo juiz, no caso concreto, e provavelmente, se for um cenário criminoso abundante em vestígios biológicos, será mais do que indicado e idóneo, e adequado a viabilizar a investigação. Ainda assim, no artigo 172.º/1, “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a *qualquer exame devido* (...)”, ao referir-se a um exame que se deva realizar, é porque é idóneo e adequado para obter a prova relevante que se pretende. Quanto ao requisito da proporcionalidade *strictu sensu*, segundo a parte final do n.º 3 do artigo 18.º

¹⁷⁴ GÖSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova no direito processual penal”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pág. 414;

“(…) nem diminuir a extensão e o alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais”, avalia-se pelo facto de a restrição aos direitos fundamentais que a medida legalmente prevista provoca não poder chegar a afetar o núcleo essencial dos direitos restringidos, lesando-os de forma desproporcionada e excessiva, em relação aos fins visados pela mesma lei, tendo sempre de ser ressalvada a dignidade da pessoa humana – a dignidade humana funciona como proibição absoluta em matéria de restrição de direitos fundamentais – sendo tal requisito também avaliado em concreto, pela ponderação dos interesses em jogo e a análise da lesão que a medida efetivamente provoca em cada um dos direitos fundamentais que a constituição tutela, sendo o juiz o apreciador desta proporcionalidade em relação ao caso que tem em mãos. A título de exemplo, para não lesar em demasia a integridade física, existem diversos métodos de obtenção da amostra não invasivos, assim como, para não afetar o núcleo essencial da autodeterminação informacional e o valor da transparência, a vítima tem de ser informada sobre o como, o quando e o porquê e os limites da aplicação da medida; além de que, todos os direitos fundamentais que estão aqui em causa são, em certa medida, passíveis de compressão, desde que não sejam lesados de forma desproporcionada, pelo que o juiz terá aqui um papel fundamental – assim, pelo artigo 172.º/1 do CPP vemos que a medida não é, sem mais, aplicada, pelo que “(…) *pode ser* compelido por *decisão* da autoridade judiciária competente”; por remissão do artigo 172.º/2 do CPP ao artigo 154.º/3, temos referência à ponderação do juiz considerando os direitos fundamentais a tutelar “(…) o despacho (...) do juiz, que pondera (...) tendo em conta o *direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado*”, e pelo artigo 156.º/6 do CPP “(…) não podem criar *perigo para a saúde* do visado”.

Por fim, um outro requisito a verificar, que dá legitimidade formal à restrição e que, estando muito conexas com a avaliação do princípio da proporcionalidade, já foi bastante referido, é a reserva de juiz. O princípio de reserva de juiz dita que os atos jurisdicionais sujeitos a este princípio, ao longo do processo, não podem ser praticados por qualquer outra autoridade que não seja o juiz: segundo o artigo 8.º CPP, cabe aos tribunais judiciais a administração da justiça penal, decidindo as causas penais e aplicando as penas e medidas de segurança criminais; e, pelo artigo 17.º CPP cabe, em específico, ao JIC proceder à instrução e decidi-la; assim como, pelo mesmo artigo, e com extremo relevo para o recurso aos meios processuais, cabe exercer todas as funções jurisdicionais durante o inquérito, particularmente nos casos dos atos processuais que contendam com direitos fundamentais

como os que analisamos, aparecendo este como juiz das liberdades ou juiz garante, com legitimidade exclusiva para a prática de alguns atos, pelo artigo 268.º CPP, e legitimidade exclusiva para ordenar ou autorizar outros, pelo artigo 269.º CPP. Portanto, pelo artigo 18.º/2 e 3 da CRP, é necessário que a restrição se limite ao indispensável para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos e que não diminua a extensão e o alcance do conteúdo essencial destes; nos artigos que analisamos, essas premissas estão ressalvadas pela avaliação ponderada e fundamentada do órgão judicial competente, o juiz – quer o JIC, como juiz das liberdades, durante o inquérito; quer o JIC, durante a instrução; quer o juiz de julgamento, em sede da audiência. Vemos o cumprimento do requisito de legitimidade formal no texto do artigo 154.º/3 do CPP “ (...) características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o *despacho previsto no número anterior é da competência do juiz*, que pondera (...)” e, pelo artigo 6.º/1, parte final, da Lei n.º 45/2004, “(...) e desde que *ordenado pela autoridade judiciária competente*, nos termos da lei”. Portanto, o juiz é que decide, numa decisão fundamentada, e depois de uma ponderação dos interesses em causa, se a aplicação da medida coativa à vítima se justifica – esta decisão tem de possuir elevado grau de fundamentação de facto e de direito, especificando em que moldes a diligência deve ocorrer. No entanto, COSTA ANDRADE¹⁷⁵, em 2009, fez uma ressalva que a nós cativou a atenção, relacionada com o papel do juiz, que o juiz seria a figura capaz de quebrar os exageros do Estado e do exercício desproporcional do seu *Ius punendi*, e que poderia garantir a não desproteção excessiva dos direitos fundamentais dos visados com as medidas dependentes de autorização, mas que, porém, atualmente, essa idealização da intervenção do juiz não se verifica como esperado, estando perante um fenómeno de “capitulação dos tribunais”, isto é, a maioria dos pedidos do MP são deferidos e, mesmo com a fundamentação exigida, esta é feita com leviandade e muito baseada nos argumentos do MP, de eficácia e descoberta da verdade. No fundo, não se revê o papel que o “juiz de hoje em dia” detém no processo penal como o papel de “juiz das liberdades”, inclusive refere a expressão do autor alemão ASBROCK (que acredita aplicar-se em Portugal) sobre o “mito” do controlo judicial; no entanto, não desmoraliza por completo e reforça a ideia de que, se a decisão do juiz for, de facto, bem fundamentada, objetiva, autónoma, e materialmente capaz de demonstrar que assegura, dentro do possível, as

¹⁷⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Métodos ocultos de investigação ...*, op. cit., pág. 541;

garantias dos cidadãos contra o Estado, isto é, que a intromissão nos seus direitos é proporcional, necessária, indispensável e subsidiária, então estamos perante um verdadeiro controlo judicial. O despacho judicial que obriga à realização de exame deve ser devidamente fundamentado, segundo o artigo 97.º/5 do CPP, e é recorrível, recurso que subirá com o que vier a ser interposto da decisão final que ponha termo à causa (arts. 399.º, 406.º/1 e 407.º/3 do CPP).

Em suma, concluímos que existe lei habilitante conformada de legitimidade formal e material, e de validade, que permite ao juiz ordenar a sujeição contrariada da vítima à diligência, quando assim o entender e fundamentar. Resta referir que a doutrina não se alongou muito sobre esta problemática, no entanto, pudemos observar, através do uso de expressões numa série de artigos de autores nacionais: a título de exemplo REIS BRAVO e CELSO LEAL¹⁷⁶ referem e bem “se um arguido – ou suspeito, ou *terceira pessoa*, no quadro da comparação direta – *pode ser coercivamente sujeito* a recolha de amostra no âmbito de uma investigação criminal”; ANA PAULA GUIMARÃES¹⁷⁷ constata que, pelo CPP vigente, “*qualquer pessoa pode ser compelida*, por decisão da autoridade judiciária competente, a realizar exame por força do disposto no art. 172.º, n.º1 (...)”; segundo M. FÁTIMA PINHEIRO¹⁷⁸, “A análise dos resultados incide sobre a comparação do perfil genético das amostras biológicas relacionadas com o delito (amostras problema) com os perfis genéticos *da vítima* e do suspeito (amostras de referência)”; também para HELENA MACHADO E BÁRBARA PRAINSACK¹⁷⁹, “A análise forense de DNA normalmente implica comparações entre perfis genéticos extraídos de amostras biológicas recolhidas de um local, objeto ou pessoa que se pensa estar associado a um crime, para determinar a probabilidade de esses vestígios provirem de determinada pessoa (por exemplo, de um suspeito *ou de uma vítima*)”; SUSANA SILVA e ANTÓNIO AMORIM¹⁸⁰ aceitam que “Hoje, a análise do DNA para finalidades de identificação de indivíduos é essencialmente usada para a identificação de suspeitos, *vítimas de crimes* (...)”. E não é só no ordenamento

¹⁷⁶ REIS BRAVO, Joge dos / LEAL, Celso *Prova genética...*, *op. cit.*, pág. 223;

¹⁷⁷ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, *op. cit.*, pág. 158;

¹⁷⁸ PINHEIRO, M. Fátima, *Criminalística Biológica*, in *Princípios de genética forense*, coordenadores Francisco Corte-Real / Duarte Nuno Vieira, 1ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, pág. 43;

¹⁷⁹ PRAINSACK, Barbara / MACHADO, Helena, *Tecnologias que incriminam...*, *op. cit.*, pág. 34;

¹⁸⁰ MACHADO, Helena / SILVA, Susana / AMORIM, António, “Políticas de identidade: ...”, *op. cit.*, pág. 541;

português que a doutrina escasseia sobre este tema, como vemos pelo autor ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER¹⁸¹, há um vazio ou lacuna legal constante, já que apesar das sucessivas reformas legislativas penais, não passa a existir referência alguma à vítima. Portanto, nos dias de hoje e no ordenamento português, a recolha coativa de amostras biológicas referência em vítimas, num processo penal, é uma diligência que não é utilizada, mas, no entanto, não deixam de surgir motivos para que se passe a utilizar, já que é passível de trazer inúmeras vantagens em processos que rareiam de material probatório.

Iremos realizar, no próximo capítulo, a análise dos direitos fundamentais que são legitimamente e validamente restringidos por esta medida restritiva.

3.3.2. Finalidades do processo penal em conflito

As finalidades do processo penal são fundamentalmente três: a realização da justiça e a descoberta da verdade material (que são autónomas entre si); a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos face ao poder do Estado; e, por fim, a restabelecimento da paz jurídica da comunidade, posta em causa com a prática do crime.

Estas finalidades do processo penal, tendo um “caráter irremediavelmente antinómico e antitético”¹⁸², podem, em muitas situações ao longo do processo – quer seja na aplicação de medidas ou institutos – entrar em conflito, já que representam interesses distintos, não sendo harmonizáveis na sua totalidade. Daí que seja fundamental, ainda segundo o autor FIGUEIREDO DIAS, a tentativa de “operar a concordância prática das finalidades em conflito; de modo a que de cada uma se salve, em cada situação o máximo de conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais”, com o limite máximo da dignidade da pessoa humana. Na realidade, este pensamento, nos tempos em que o processo penal era enfermeado por uma tendência inquisitória, não se formulava, procurando-se a verdade material a todo o custo, pondo sempre de parte a ideia de pessoa como sujeito, sendo encarada como pessoa-objeto. Mas com a nova construção do direito processual penal, numa estrutura de base acusatória, e integrado por um princípio de investigação, o modelo do nosso CPP de 1987 postula, além de separação de poderes (quem investiga e acusa, e quem julga, são pessoas distintas), que

¹⁸¹ NEYRA KAPPLER, Álvarez de, *Apud* BERISTAIN, Arantza Libano, “La práctica del análisis ...”, *op. cit.*, Pág. 214;

¹⁸² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Apud in:* ANTUNES, Maria João, *Direito Processual ...*, *op. cit.*, Pág. 14;

a procura da verdade material – o que realmente aconteceu – não será possível a todo o custo, já que agora a pessoa já não é configurada como mero objeto das pretensões e interesses estatais, mas sim é configurada, no processo penal e de acordo com o que postula a Constituição, como detentora de direitos fundamentais a serem tutelados contra a atuação sem limites do Estado, e na base deste entendimento, está o valor da dignidade humana¹⁸³. Portanto, um Estado de Direito contemporâneo, ao basear-se no princípio basilar e primário da dignidade da pessoa humana – que se proclama logo no artigo 1.º da CRP, “Portugal é uma República soberana, baseada na *dignidade da pessoa humana* (...)” – que permite a construção e evolução de todos os direitos fundamentais e constitucionalmente consagrados presentes no nosso OJ, nunca poderá atuar de forma a não os respeitar – existe como que um “dever” de respeito por este valor maior e nuclear. Já referiam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁸⁴, “Ao basear a República na dignidade da pessoa humana, a Constituição explicita 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 objeto, 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 a respetiva compreensão da organização do poder político. (...) ergue-se como linha decisiva de fronteira (“valor-limite”) contra totalitarismos”. Já o TC, no Ac. n.º 105/90¹⁸⁵, se refere à dignidade da pessoa humana como “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 respetivas normas”. Portanto, conseguimos concluir que esta “nova” forma de olhar para o processo penal e todos os atos que o encerram, como um processo que deva ser equitativo, provém da necessidade de não descurar o valor intrínseco a cada ser humano – a dignidade da pessoa humana – apenas para obter a verdade material acerca do caso concreto. No entanto, é fundamental apreender que, não optando por uma verdade material a todo o custo, também não podemos impedir a evolução da investigação criminal e do processo penal com o argumento de afetação da dignidade da pessoa humana sem mais. A dignidade da pessoa

¹⁸³ AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais ...*, *op. cit.*, pág. 120;

¹⁸⁴CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP – Constituição ...op. cit.*, pág. 198;

¹⁸⁵ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, N.º 105/1990, de 29 de março de 1990;

humana é, de facto, um poder fundacional que se refrata em vários direitos fundamentais que serão tutelados pelo direito e essenciais na ponderação da tensão entre os interesses em jogo; contudo, estes direitos fundamentais não são absolutos nem possuem tutela ilimitada pela CRP¹⁸⁶, admitindo restrição ao seu âmbito de aplicação, como já observámos, caso contrário levaria ao “colapso de qualquer tentativa de afirmação legitimada de um sistema credível de investigação criminal, que desemboca em anomia social”¹⁸⁷. No fundo, encontramos-nos perante um *jogo* de interesses que se conflituam ao longo do processo, e que é necessário coordenar de modo a haver *dois vencedores* ou, pelo menos, *dois não perdedores*, sendo o referente da dignidade da pessoa humana o que impedirá qualquer lei ou interpretação legislativa que ponha esse valor último do ser humano em causa, como refere o autor FIGUEIREDO DIAS¹⁸⁸: “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 (...) têm inevitavelmente de entrar em conjugação, transação ou concordância com os direitos de proteção e de realização da vida comunitária; suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art. 18º, permaneça respeitado o conteúdo essencial do direito fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos de necessidade e da proporcionalidade”. No entanto, não podemos esquecer que, apesar da CRP admitir a restrição aos direitos fundamentais, existe a regra da restrição às restrições aos direitos, pela verificação de uma série de requisitos enformadores de legitimidade formal e material à restrição, e sempre com o limite inultrapassável da dignidade da pessoa humana.

Assim, como já antes concluímos que existe lei habilitante para que a restrição aconteça, resta-nos mencionar que finalidades do processo penal especificamente estão aqui em conflito, assim como que direitos fundamentais a adoção da medida restringe – matéria que o juiz, sempre que for necessária a aplicação coativa da medida, num dado processo penal, terá de analisar para decidir, em concreto, se o núcleo essencial de cada um deles não ficará afetado.

Em relação às finalidades do processo penal, neste caso que temos em mão, da aplicação coativa de testes genéticos em vítimas, para fins criminais, encontram-se

¹⁸⁶ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, op. cit., pág. 69;

¹⁸⁷ REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, op. cit., pág. 120;

¹⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *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, pág. 27;

claramente em conflito as finalidades de descoberta da verdade material e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente da vítima. É o conflito entre estas finalidades e a tentativa de concordância prática entre elas que leva à já mencionada procura pela verdade material processualmente válida, isto é, que a procura pela verdade material seja o vetor a seguir, através da admissão destes testes de identificação, mas com limites no modo como se chega a essa verdade. Assim, estes testes genéticos não serão admitidos sem mais, mas sempre implicando uma séria ponderação dos interesses em causa, procurando “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”¹⁸⁹.

Resta-nos, portanto, analisar quais os direitos fundamentais que se encontram, em especial, aqui em causa ou a sofrer restrição pela aplicação da medida. Segundo o TC, pelo Ac. que já tanto referimos n.º 155/2007¹⁹⁰, “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 atuação, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informacional”.

Podemos começar por referir o direito, constitucionalmente consagrado, à integridade pessoal, que se encontra previsto no artigo 25.º da CRP, dentro da categoria dos direitos, liberdades e garantias que a Constituição assegura aos cidadãos, e corresponde ao direito a não ser agredido no corpo ou no espírito, por outrem (pessoa física ou coletiva). Este artigo refere que a integridade pessoal é inviolável e que esta é composta pela integridade moral e pela integridade física, como corolário assente do princípio geral constitucional da dignidade da pessoa humana, declarado no primeiro artigo da CRP. “A sua inviabilidade pode ser oposta a qualquer outro indivíduo, bem como ao Estado, e não está sujeita ao regime de suspensão de exercícios de direitos fundamentais determinado por providências de exceção, de acordo com o preceituado no art. 19.º, n.º6 da Constituição, em caso de declaração de estado de sítio ou de estado de emergência”¹⁹¹. No entanto, esta tem-

¹⁸⁹ REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética...*, *op. cit.*, págs. 120 e 121;

¹⁹⁰ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 155/2007, de 2 de março de 2007;

¹⁹¹ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, *op. cit.*, pág. 152;

se revelado compatível com a existência de “deveres públicos dos cidadãos” que impliquem intervenções no corpo humano¹⁹². No que toca à proteção do bem jurídico da integridade física (com o limite máximo do bem jurídico vida, que concretiza outro tipo legal de crime), este encontra-se consagrado, expressamente, no CP, no título sobre os “crimes contra as pessoas” e, por sua vez, no capítulo terceiro dos “crimes contra a integridade física”, portanto artigos 143.º e ss. Corresponde ao dever de respeito pelo corpo de alguém, quer contra terceiros ou contra o Estado, desde que não haja alguma causa de justificação para esse “ataque” que, conseqüentemente, exclua a ilicitude do ato – engloba, portanto, deveres de omissão de prática de um ato que vá contra este bem, mas também se verifica uma tutela positiva deste bem jurídico, no sentido de criar deveres de auxílio, atos positivos por parte de terceiros, como é o caso do artigo 200.º CPP (mas que não é de relevo para a nossa dissertação). Portanto, pelo Código Penal na previsão do crime de ofensa à integridade física simples, artigo 143.º, sabemos que uma ação afeta o direito à integridade pessoal física quando há ofensa do corpo ou da saúde de outrem. Claro que é preciso ter a noção que nem todas as ações que contendam com a integridade física de alguém irão ser consideradas um ato ilícito e punível pelo código penal, por exemplo, se eu beliscar o braço de outrem eu não estou a preencher nenhum tipo legal de crime, sendo considerada, para o efeito, uma “ação insignificante”, isto porque o desvalor social da ação – juízo de valor que a comunidade exerce sobre o meu comportamento – pode considerar-se nulo ou ínfimo. O autor FIGUEIREDO DIAS¹⁹³ referia-se a esta situação como “ a insignificância da lesão do (ou do perigo para o) bem jurídico-penal ou o ínfimo desvalor social da ação lesiva estarão conaturalmente ligados a uma ausência de negação do sentido social contido no tipo de ilícito, sendo este, por conseguinte, mais um caso – concretizador ou não da cláusula de adequação social – em que a valoração social da conduta se refletirá retrospectivamente no sentido da negação da tipicidade por ausência de ilícito material”. Portanto, só lesões a que podemos denominar de “significantes”, dando seguimento ao excerto do autor FIGUEIREDO DIAS, é que poderão ser ponderadas como violadoras destas normas jurídico-penais. Este bem jurídico, através da conjugação do artigo 38.º e 149.º do CP, é um bem jurídico livremente disponível, isto é, o sujeito seu titular tem o poder de autodeterminar

¹⁹² *Ibidem*, pág. 162;

¹⁹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Apud in*: FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético ...”, *op. cit.*, Pág. 121;

que um ato considerado ilícito por afetar, de forma significativa (quer ligeira quer grave), essa incolumidade corporal e violar este bem jurídico, seja considerado lícito, através do seu consentimento, isto é, o ato ilícito pode usufruir de uma exclusão de ilicitude através da causa de justificação do consentimento – desde que este seja esclarecido, livre e dentro dos limites dos bons costumes – demonstrando que não é um direito de tutela ilimitada. Porém, se olharmos para o caso em análise, da diligência dos testes genéticos, estes não são atos de lesão insignificante, portanto, não são considerados, logo à partida, como lícitos independentemente do consentimento; consideramos que sejam atos de ofensa significativa, porém, uma ofensa apenas ligeira à integridade física, principalmente no que toca à recolha de pelos, cabelos ou saliva pelo que, através do consentimento do titular desse material biológico, a recolha seria perfeitamente lícita e dentro do âmbito dos bons costumes. O problema gera-se com a coatividade da medida, desta se aplicar mesmo que a vítima não consinta a extração da amostra, ou seja, quando não der o seu consentimento excludente de ilicitude da diligência. Assim, considera-se como primeiro direito fundamental mencionado afetado pela medida, o direito à integridade física. No entanto, já sabíamos que a diligência seria restritiva de direitos fundamentais, portanto, a questão a que interessa dar uma resposta é a questão a que o juiz quererá responder aquando da sua decisão ponderada de aplicação coativa da medida, isto é, se afeta ou não o núcleo essencial deste direito, e, conseqüentemente, a decisão fundamentada do juiz que ordene que a medida tornará a ofensa ligeira não consentida, lícita. Em suma, a primeira opção de tornar lícita a medida é pelo consentimento do visado e, se tal não foi possível, a segunda opção para que a medida ganhe caráter lícito é pela decisão do juiz. No entanto, consideramos relevante apontar que qualquer tipo de amostra corporal permite a obtenção de ADN, pelo que a extração de pelos, cabelos, ou saliva, mesmo que não consentida e anterior à decisão do juiz, parece-nos ser um ato de ofensa à integridade física demasiado ligeiro para configurar um tipo legal de crime de ofensa à integridade física, mesmo que na forma simples do 143.º, pela parte do Estado. Em referência doutrinal podemos referir a posição de PAULA RIBEIRO DE FARIA¹⁹⁴ que defende que a lesão pode ser justificada excecionalmente, em nome de “uma dimensão social dos direitos fundamentais”, ideia já a florada por VIEIRA DE ANDRADE¹⁹⁵. Já HELENA

¹⁹⁴ DE FARIA, Paula Ribeiro, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 213;

¹⁹⁵ DE ANDRADE, Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª Edição,

MONIZ¹⁹⁶, como observámos anteriormente, considera que a diligência dos testes genéticos, com a evolução da ciência, passou a realizar-se através de modalidades que configuram uma lesão insignificante e irrelevante da integridade física, deixando de existir o problema de afetação desta, e, indo mais longe, o Ac. do TR do Porto, de 3 de maio de 2006¹⁹⁷, sublinha que “a colheita de cabelos ou sangue, caso não consentidas, consubstanciam (...) ofensas insignificantes (mínimas) do direito à integridade corporal e do direito à autodeterminação corporal, posto que afectam, transitória e momentaneamente, de forma muito reduzida, o corpo físico e o sistema volitivo” do interveniente, e ainda “quanto à recolha de saliva ou de urina afigura-se-nos que nem sequer se pode considerar susceptível de ofensa o direito à integridade corporal do recorrente, mas tão só o direito à autodeterminação corporal, e em grau ou medida desprezível, isto é, irrelevante”. Agora no que toca à integridade moral, este bem jurídico imaterial é definido pela autora SÓNIA FIDALGO¹⁹⁸, no âmbito específico da prova em processo penal, como “Liberdade de vontade ou de decisão e da capacidade de memória ou de avaliação (...) integridade da faculdade de autodeterminação em relação a estímulos exteriores”, pelo que, de acordo com este pensamento, se a vítima der o seu consentimento, sem vícios, portanto, esclarecido, voluntário, sério e livre, não estaremos a pôr em causa o bem jurídico da integridade moral e, por sua vez, o bem jurídico da integridade pessoal; já se este for coagido a dar o seu consentimento, o der em erro ou não o der, estaremos perante um atentado a este bem jurídico. No entanto, uma vez mais, será fundamental aqui a reserva de juiz para analisar se põe em causa o núcleo essencial deste direito à integridade moral. Por fim, é importante referir que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA defendem que o direito à integridade pessoal não impede o estabelecimento de “deveres públicos dos cidadãos que se traduzam em (ou impliquem) *intervenções no corpo das pessoas*”¹⁹⁹.

Outro interesse a ser tutelado é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade que é um direito subjetivo fundamental “(...) *um direito à formação livre da personalidade*

Coimbra, Livraria Almedina, 2006, pág. 313 e ss;

¹⁹⁶ MONIZ, Helena, Parte I. Comunicações ..., op. cit., pág. 32;

¹⁹⁷ ACÓRDÃO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 3 de maio de 2006, proc. 0546541. No entanto é preciso ressaltar que não concordamos com a decisão final do acórdão quando admite que esta colheita coativa possa ser ordenada pelo MP, sendo sempre necessária a reserva de juiz, pois estamos perante uma diligência que afeta ainda outros direitos fundamentais de necessária ponderação.

¹⁹⁸ FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético ...”, op. cit., Pág. 125;

¹⁹⁹ CANOTINHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, CRP – Constituição ..., op. cit., pág. 456;

ou *liberdade de ação* como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória”²⁰⁰ e, segundo o TC, pelo Ac. n.º 288/98²⁰¹, engloba a autonomia individual e a autodeterminação e assegura a cada um a liberdade de traçar o seu próprio caminho, o seu próprio plano de vida, no fundo, está em causa uma liberdade geral de ação, tanto no sentido de poder atuar como de poder não atuar. Na tutela geral da personalidade no CC, artigo 70.º, fala-se sobre a ameaça física ou moral, englobando estes casos; no entanto, não se considera que haja um bem jurídico de livre desenvolvimento da personalidade, protegido por um tipo legal de crime, sendo que certas áreas que este direito engloba, como a autonomia pessoal, já é tutelada pelo tipo legal de crime de coação, previsto no 154.º do CPP, e mais generalista, a tutela no capítulo IV dos crimes contra a liberdade pessoal, de decisão e ação. Assim, abstratamente, a recolha coativa de material biológico na vítima poderia configurar o tipo legal de crime, por exemplo, do artigo 154.º do CP, no entanto, uma vez mais, existe a possibilidade de restringir direitos fundamentais, pelo preenchimento dos requisitos do artigo 18.º da CRP, e que se consideram preenchidos.

Outro bem jurídico aqui em causa é a privacidade, como questiona FERNANDA PALMA²⁰² “Os valores do Processo Penal admitem o sacrifício da reserva da vida privada de terceiros, não arguidos e não suspeitos?”, é esta a questão que pretendemos analisar. Este direito está previsto constitucionalmente como o direito fundamental de “reserva da intimidade da vida privada e familiar”, no artigo 26.º da CRP de epígrafe “outros direitos pessoais”, o que HELENA MONIZ²⁰³ diz parecer uma restrição no seu conteúdo de proteção pois existem mais informações da vida privada que não são íntimas, no entanto, chega à conclusão que a expressão utilizada apenas exclui de proteção os factos que o próprio não resguarda dos outros, e inclui todos os que pertençam ao “domínio mais particular [que] (...) se exclui de todo o conhecimento alheio”²⁰⁴. Ainda está prevista no artigo 32.º/8 da CRP: “São nulas todas as provas obtidas mediante (...) abusiva intromissão na vida privada (...)”. No CP está positivado no título “crimes contra as pessoas”, no seu capítulo sétimo dos

²⁰⁰ *Ibidem*, pág. 463;

²⁰¹ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, N.º 288/98, de 18 de abril;

²⁰² PALMA, Maria Fernanda, “Tutela da Vida Privada e Processo Penal – Realidades e perspectivas Constitucionais”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 10, Coimbra: Coimbra Editora, abr-jun 2006, pág. 12;

²⁰³ MONIZ, Helena, “Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática (o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde)”, Separata da *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 2.º, Coimbra, abr-jun 1997, pág. 237;

²⁰⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Apud Ibidem* pág. 237;

“crimes contra a reserva da vida privada”. A privacidade é um bem jurídico que prevê o direito que uma pessoa detém de manter certas informações suas longe do olho do público, como FARIA COSTA²⁰⁵ referiu: “Na verdade, o “eu” vive em constante relação com o “outro” (...) que o “eu”, para se desenvolver harmoniosamente, crie espaços onde o “outro” só pode penetrar quando aquele, o “eu” (...) o permita. A esse escrutínio do nosso modo-de-ser individual é costume dar-se o nome de intimidade”. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA definiram o direito constitucional de reserva da intimidade da vida privada e familiar como uma esfera própria inviolável, onde ninguém pode penetrar sem autorização do seu titular, incluindo 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”²⁰⁶. Em termos de jurisprudência constitucional²⁰⁷, o primeiro acórdão que abordou a questão foi o Ac. n.º 128/92, de 24 de julho, contudo é preciso salientar que este acórdão tratou matérias de direito civil, referindo que o direito à privacidade/intimidade corresponde ao direito a uma esfera própria, aproximando com o conceito de *privacy* do direito anglo-saxónico, compreendendo dentro deste, o direito a ser o próprio a regular uma esfera inviolável, onde ninguém deve penetrar sem autorização do respetivo titular – autonomia – e o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado; no Ac. n.º 263/97, de 1 de julho, considerou que a interpretação normativa permitindo a junção de fotografias de romance extraconjugal, em processo de divórcio, configurava uma ingerência na proteção da vida privada do outro cônjuge, mas justificada para provar a violação do dever de fidelidade e que, portanto, concluindo que a extensão da proteção varia consoante a natureza do caso; no Ac. n.º 155/2007²⁰⁸, agora em processo relacionado com a diligência em causa na dissertação, e em pleno processo penal, referiu que “a realização coativa de um exame destinado à recolha de saliva para posterior análise genética, contra a vontade do arguido (aqui diríamos vítima) e sob ameaça do recurso à força física, consubstanciaria uma intromissão não autorizada na esfera privada”, no sentido em que seria

²⁰⁵ FARIA COSTA, José de, O direito penal, a informática e a reserva da vida privada, in Direito penal da comunicação: alguns escritos, Coimbra Ed., Coimbra, 1998, pág. 70;

²⁰⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Apud in*: MONIZ, Helena, “Notas sobre a proteção ...”, *op. cit.*, págs. 233 e 234;

²⁰⁷ PINTO, Paulo Mota, “A proteção da Vida Privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 10, Coimbra: Coimbra Editora, abr-jun 2006, pág. 24;

²⁰⁸ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 155/2007, de 2 de março de 2007;

ordenada pelo MP sem ponderação do juiz – algo que a reforma do processo penal aditou ao código pelo n.º 2 do 172.º do CPP, como já mencionámos. Assim, pela lei vigente, havendo consentimento, tendo este de ser específico²⁰⁹, isto é, para determinado facto e limitado temporalmente, inexistente o conflito de interesses. Havendo recusa, o juiz pondera, olhando ao caso concreto. De qualquer modo, como o ADN não codificante não fornece, em regra, nenhuma característica com informação fenotípica, mas apenas informação genética identificadora, não lesa de forma grave. Em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG), esta desenvolveu a teoria das três esferas da privacidade (*Dreisphärentheorie*)²¹⁰: a esfera privada íntima – a qual nenhuma causa justifica a intromissão, é secreta e inviolável; a esfera privada normal – a esfera em que o “eu” pode escolher dispor dessa informação privada ou não, é a “esfera de confiança”, já havendo motivos que possam justificar uma intromissão nessa esfera, desde que proporcional às finalidades visadas e aos valores superiores que se querem atingir; e a esfera mais abrangente da vida normal de relação com o outro – em que já não existe uma especial tutela. Porém, posteriormente, defendeu que esta teoria não seria suficiente para proteção integral do direito à privacidade, face à ingerência do Estado na esfera de autonomia dos cidadãos, pelo que criaram o direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)²¹¹ – “o direito à autodeterminação informacional” flanqueia e alarga a tutela dos direitos fundamentais da liberdade de comportamento e da privacidade”, nas palavras do Tribunal Constitucional alemão²¹². Apesar desta teoria das esferas já ser considerada ultrapassada²¹³ por muitos autores alemães e de não a adotarmos no ordenamento português – tanto que o TC não tem explicitado esta teoria das três esferas nos seus acórdãos quando a questão da privacidade se coloca, entendendo apenas o direito constitucional como direito ao controlo da informação sobre a vida privada, não separando a privacidade da privacidade íntima²¹⁴ – é certo que temos consagrado, constitucionalmente, o direito à autodeterminação informacional, no artigo 35.º da CRP. Por conseguinte, o direito

²⁰⁹ MONIZ, Helena, “Notas sobre a proteção de dados ...”, *op. cit.*, pág. 238;

²¹⁰ GÖSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova ...”, *op. cit.*, pág. 424;

²¹¹ Sentença do Tribunal Constitucional Alemão, de 15 de dezembro de 1983 in GÖSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova ...”, *op. cit.*, pág. 423;

²¹² ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 16 de outubro de 2014;

²¹³ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 94;

²¹⁴ PINTO, Paulo Mota, “A proteção da Vida Privada ...”, *op. cit.*, pág. 17;

à autodeterminação informacional, consagrado na CRP no artigo 35.º, traduz-se então no facto de um indivíduo possuir a faculdade de ele próprio decidir e controlar que dados pessoais, a quem e quando são transmitidos a terceiros, “O direito à autodeterminação informacional dá “a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em “simples objeto de informação””²¹⁵. No entanto, a doutrina maioritária parece concordar que este direito fundamental não corresponde, até aos dias de hoje, a um bem jurídico específico a ser tutelado no direito penal (a contrário do que existe, por exemplo, para o direito à vida, em que existe o tipo legal de crime de homicídio a tutelar o bem). Em relação aos testes genéticos, a questão é complexa e pode observar-se de diversos prismas. Importante aqui será delinear, em primeiro lugar, e independentemente se o consentimento foi dado ou não para colheita do material genético, que informações o ADN analisado fornece. A parte do ADN, como vimos, utilizado para fins de identificação criminal, é apenas o ADN não codificante, pelo que não fornece, em regra, nenhuma característica com expressão fenotípica, limitando-se a identificar a pessoa de quem provêm, portanto, à partida, uma recolha deste material biológico não irá interferir, pelo menos, de forma grave, com ambos os direitos, à privacidade e à autodeterminação informacional. Porém, relembramos que a nossa sociedade, nos dias de hoje, pede por uma transparência cada vez maior, isto é, cada vez mais o público precisa de saber o que se passa com os processos e quais foram as conclusões obtidas nestes, para se sentir seguro – uma decorrência do princípio da transparência é o princípio da publicidade dos processos²¹⁶ (206.º CRP e 86.º CPP) – e esta transparência pode-se traduzir na trilogia do direito a informar, a se informar e de ser informado, representado pelo artigo 37.º/1 da CRP, e, paradoxalmente, também denota o movimento inverso, isto é, a necessidade de aumento da

²¹⁵ ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 16 de outubro de 2014, Disponível em::

²¹⁶ Com preocupação acerca do modo como os processos-crime, dado o princípio da publicidade (não negando a sua essencialidade como regra no processo penal português, que, no entanto, pode ser limitada), podem ser abordados em “praça pública”, pelos jornais, rádio ou programas televisivos, para além do sensacionalismo associado, “ E se é certo que os meios de comunicação prestam um serviço indispensável na realização da justiça penal, na medida em que é através deles que o público em geral acompanha tal realização – e dessa forma também contribui para ela – o certo é que não raras vezes esse serviço acaba por ter efeitos perversos porque, ao invés de informar, escamoteia. E desta feita, o público, ou porque desconhece os dados exatos do caso, ou porque ignora o sentido do direito aplicável, formula juízos erróneos acerca da justiça. O que, afinal, põe em causa uma das finalidades do processo penal que é o restabelecimento da paz jurídica.” in: MONTE, Mário Ferreira, *Um olhar sobre o futuro do Direito Processual Penal – Razões para uma reflexão*, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 404 e 405;

privacidade e proteção deste direito subjetivo, daí que seja difícil coadunar a utilização desta técnica de análise ao ADN que, à partida, representa uma invasão à privacidade e uma conceção à transparência, mas que também representa uma restrição à transparência e uma conceção à privacidade por só se poderem avaliar certos marcadores pré-determinados por lei, nomeadamente, marcadores de ADN não codificante, para proteção da pessoa que concede a sua informação genética e que detém o direito à sua privacidade. Como tal, vemos que a maior ou menor ingerência nestes direitos fundamentais dependerá sempre da maior ou menor informação que se consegue obter com os testes genéticos²¹⁷ que, como referimos, é apenas informação de identificação.

Também podemos referir o direito à proteção da saúde do artigo 64.º da CRP, no entanto, há uma variedade imensa de tipos de amostras a recolher – como cabelos, pelos, entre outros – pelo que, apenas em caso de impossibilidade de recolha de amostras mais superficiais, é que fará mais sentido fazer a menção à tutela deste direito fundamental, a título de exemplo, no caso de provocar uma reação alérgica ou reativa a algum material usado na extração da amostra; ou, no caso de extração da amostra por punção lombar para extrair líquido cefalorraquidiano; ainda no caso de provocar risco para a saúde, por o perito que realiza a extração, não ser qualificado o suficiente e o faça de forma errada ou negligente; entre outras. Daí que exista a exigência legal de que, quem realize a extração, seja sempre um profissional com suficientes conhecimentos técnicos e científicos, e o faça segundo as *legis artis*²¹⁸, pelo que, a maioria dos ordenamentos jurídicos consagra, especificamente, a qualificação que estes profissionais têm de deter para exercer a medida, os procedimentos que devem adotar, os instrumentos a utilizar, entre outros, facilmente observável nos artigos 2.º a 5.º e 21.º e 23.º da nossa Lei das perícias médico-legais e forenses n.º 45/2004.

Por último, podemos referir o direito à identidade genética, protegido constitucionalmente no n.º 3 do artigo 26.º da CRP. Este preceito positiva a bioconstituição "uma raiz constitucionalmente incontornável: a existência de uma “constituição genética individual” ou do *genoma de cada ser humano*”²¹⁹. De facto, cada molécula de ADN contém a informação genética do indivíduo seu titular, pertencendo as informações que este pode revelar à esfera íntima do indivíduo, aos dados pessoais sensíveis deste. Portanto, o que

²¹⁷ FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético ...”, *op. cit.*, Pág. 128;

²¹⁸ GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, *op. cit.*, pág. 175;

²¹⁹ CANOTINHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP – Constituição ...*, *op. cit.*, pág. 473;

determinará a maior ou menor ingerência neste direito fundamental terá a ver com a quantidade de informação que a legislação permite ao Estado obter através das análises ao ADN de um indivíduo²²⁰. Assim, somos da opinião que a própria identidade genética, como constituição genética individual da vítima, não será afetada pela colheita coativa de uma ínfima parte do seu material biológico e pela análise apenas do ADN não codificante, que não fornece nenhuma característica de expressão fenotípica, nem ficará armazenado em biobancos.

Por último, achamos fundamental referir, voltando à questão das finalidades conflituantes que possam estar em causa, que podemos estar perante um caso de conflitos intrafinalidade processual penal²²¹, isto é, um caso em que, no seio da própria finalidade de proteção de direitos fundamentais do cidadão, possam existir conflitos entre os próprios direitos fundamentais, de cidadãos diferentes, que precisam igualmente de proteção. Assim, somos da opinião que, no caso da diligência coativa de testes genéticos na vítima, existem conflitos entre os direitos fundamentais do suspeito/arguido/condenado e os direitos fundamentais da vítima. O exemplo já referido anteriormente do recurso extraordinário de revisão de sentença condenatória, com sérias dúvidas no que toca à responsabilidade criminal do condenado e a prova genética se revela prova determinante para o inocentar, demonstra facilmente a contradição entre, por um lado, os direitos de defesa do condenado e, por outro, os vários direitos fundamentais da vítima que acabámos de mencionar – uma vez mais cabe aqui uma ponderação crítica do juiz e decisão fundamentada pela ordenação (ou não) da concretização da medida, de forma coativa.

Em suma, os conflitos gerados não são pequenos, no entanto, defendemos a opção de permitir estes exames coativos na vítima, desde que a ordem legítima de realização provenha do juiz – quer juiz das liberdades no inquérito quer o JIC na instrução quer o juiz de julgamento no julgamento – e que este fundamente a relevância do teste, para o caso em concreto, ponderando os interesses em causa, e considerando, no caso, dar preferência aos interesses da investigação e descoberta da verdade material. Além do mais, este deve proceder à ordenação de imediata destruição dos resultados e das amostras colhidas²²², logo

²²⁰ BOTELHO, Marta M. M. Madalena, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico...*, *op. cit.*, págs. 204- 207;

²²¹ ANTUNES, Maria João, *Direito Processual ...*, *op. cit.*, Pág. 16;

²²² GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto ...*, *op. cit.*, pág.160;

que os considere desnecessários ao processo – no entanto, esse momento de consideração da desnecessidade pela parte do juiz não está pré-definido na lei nem se sabe ao certo quando será, pois há processos que nem chegam a julgamento, outros que sim, pelo que depende, mais uma vez, do caso concreto e do siso feito pelo juiz.

CAPÍTULO IV

DIREITO COMPARADO

4. Soluções no direito comparado

4.1. Ordenamento jurídico espanhol

O autor LÓPEZ-FRAGOSO²²³ refere que “*el análisis del ADN ha entrado en las Salas de justicia por la puerta de atrás y con las luces apagadas*”. Porém, ETXEBERRIA GURIDI mencionou, em 2007, que a diligência dos testes genéticos tem tido um caráter marcadamente expansivo no que toca à sua regulamentação em Espanha, isto é, “(...) mediante sucesivas reformas, aquellos presupuestos y requisitos de admisibilidad, un tanto rigurosos en un principio, se han flexibilizado de tal manera que se vislumbra en el horizonte una pretensión generalizadora de una diligencia de investigación y de prueba que incide o puede incidir en no pocos derechos fundamentales del individuo”²²⁴, no entanto, neste seu escrito apenas se refere à colheita de amostra-referência no suposto autor do delito – “... hay que proceder a elaborar igualmente el perfil de ADN (...) de una persona conocida, a saber el presunto autor de los hechos”²²⁵.

A legislação espanhola que regulamenta os testes genéticos, como já supramencionado, são a *Ley Orgánica 15/2003*, de 25 de novembro, que previu a introdução da utilização da medida nos artigos 326 e 363 da *Ley Enjuiciamiento Criminal*, e a *Ley Orgánica 10/2007*, que introduziu a base de dados de perfis de ADN espanhola e que introduziu ideais de compromissos internacionais como, por exemplo, do Tratado de Prüm, de 25 de maio de 2005, relativo à cooperação transfronteiriça na luta contra o terrorismo, grave delinquência e migração ilegal, do qual Espanha foi um membro signatário.

A doutrina maioritária considera que a legislação vigente no país sobre recolhas

²²³ LÓPEZ-FRAGOSO, *Apud* BERISTAIN, Arantza Libano, “La práctica del análisis ...”, *op. cit.*, Pág. 209;

²²⁴ GURIDI, José Francisco Etxeberria, “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas com el empleo del ADN en la investigación penal (Parte I), *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N.º 27, 2007, pág. 40;

²²⁵ GURIDI, José Francisco Etxeberria, “Reserva judicial ...”, *op. cit.*, pág. 44;

coativas de amostras biológicas para identificação não abrange os casos em que o examinado seja a vítima, ou seja, não abrange os casos em que não haja indícios de criminalidade contra o suposto examinado e que, portanto, não há lei habilitante. Como refere MONTSEERRAT DE HOYOS SANCHO²²⁶ “La práctica pericial conocida como «prueba del ADN» consiste en la comparación entre una muestra dubitada, que normalmente se habrá obtenido de la víctima o del lugar de los hechos, con una muestra indubitada, que deberá proceder y pertenecer incuestionablemente al presunto autor de los hechos delictivos que se investigan o enjuician”. Ainda assim, ARANTZA BERISTAIN²²⁷ defende que, mesmo não havendo o preenchimento do princípio que, para Portugal, é fundamental e indispensável para se poder restringir direitos fundamentais, o princípio da reserva de lei, existe a possibilidade de, no direito espanhol vigente, ser admissível a prática desta recolha coativa, desde que se encontrem critérios que permitam justificá-la – no caso da recolha coativa no arguido seria o indício de criminalidade ou correr contra este um dado processo criminal, no caso da vítima teria de ser um critério distinto. Por conseguinte, foram apontados diversos possíveis critérios justificativos como, por exemplo, a gravidade do crime ou proporcionalidade da medida e essencialidade desta.

Um dos argumentos utilizados para favorecer a posição de admissibilidade da medida é o facto de, no OJ espanhol, já se praticarem outros atos que restringem os direitos fundamentais de pessoas contra quem não há indícios de criminalidade ou processos penais a decorrer contra si, mesmo contra a sua vontade, portanto, sob a forma coativa. Um exemplo concreto desses atos é o facto de a testemunha (que também cabe na categoria, como vimos, de pessoas distintas do arguido), se obstar a responder ao primeiro chamamento judicial, sem estar impedida, ou resistir a declarar o que suspeita acerca do que sobre os crimes for questionada, ter de pagar uma multa e, se persistir na recusa, poder incorrer num crime de obstrução da justiça e desobediência da autoridade, pelos artigos 118.º da Constituição espanhola e 420.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. O problema deste argumento é exatamente o facto de existir lei habilitante para este ato forçado do Estado contra pessoa distinta do arguido, mais precisamente, contra a pessoa da testemunha, mas não existir lei habilitante nos casos que retratamos. Porém, os autores defensores da aplicação da medida

²²⁶ SANCHO, Montserrat de Hoyos, “Otención y archivo de identificadores extraídos ...”, *op. cit.*, págs. 93 e 94;

²²⁷ BERISTAIN, Arantza Libano, “La práctica del análisis ...”, *op. cit.*, Pág. 218 e ss

tentam superar este problema, referindo que a medida pode não estar prevista, expressa e explicitamente numa lei penal, mas que se pode sempre recorrer, nestes casos, à Lei fundamental, à Constituição espanhola (de 1978), para servir de habilitação legal para a admissibilidade e legitimidade da aplicação da medida – uma vez mais, segundo a doutrina portuguesa, inclusive, o autor COSTA ANDRADE²²⁸, este recurso à lei fundamental para justificar a medida, é uma atitude errada e insuficiente para lhe dar legitimidade. Da Constituição espanhola, os autores invocam então o direito de tutela jurisdicional efetiva para dar legitimidade à medida, no entanto, não será com vista à tutela jurisdicional efetiva do arguido, se for elemento probatório no sentido da sua condenação, nem da parte da vítima se é contra a sua vontade, pelo que será uma tutela jurisdicional efetiva do Estado, do MP (*la Fiscalía*), que defende a legalidade e tem interesse em intervir na maioria dos processos penais; porém, pode ser na tutela jurisdicional efetiva do arguido e, inclusive, um direito deste de prova, se for elemento probatório no sentido da sua absolvição ou exculpação (*una prueba de descargo*), principalmente nos casos de revisão de sentença condenatória, como já supramencionado noutro contexto.

Outro argumento a favor da admissibilidade da medida é baseado no posicionamento do pensamento inverso, isto é, imaginar que se optassem por defender a não admissibilidade da medida, que consequências negativas se observariam no decorrer do processo. Logo à partida, podem estar a favorecer o murchar da investigação e a prejudicar o desenvolvimento do próprio processo penal. Assim como, podem estar a incentivar a “*toma de muestras espontâneas*”, isto é, a recolha de amostras da vítima que forneçam, de igual forma, o seu material genético, mas sem provir de uma recolha direta do corpo desta – esta medida já está prevista no OJ espanhol, mas apenas em relação ao arguido, justificada pela existência do critério de indício de criminalidade contra o mesmo. No entanto, já sabemos que esse critério não é válido para os casos em que o examinado é a vítima, pelo que não justificaria uma “prova emprestada” em que não há uma ponderação dos seus direitos à autodeterminação informacional, de liberdade de ação, entre outros, e, consequentemente, nem intervenção do juiz para decidir a legitimidade da aplicação da medida. É certo que poderíamos dizer que a “prova emprestada” diminui a ingerência corporal e na intimidade da vítima, mas aumenta, de forma perigosa e excessiva, os poderes

²²⁸ “Os silêncios da lei nem sequer podem ser ultrapassados por apelo directo à Constituição e ao seu horizonte de autorização”, in ANDRADE, Manuel da Costa, *Métodos ocultos de investigação ...*, op. cit., pág. 541;

dos OPC já que, pelo menos na regulação normativa vigente espanhola para este procedimento no “*imputado*”, se prevê como não necessária a autorização do juiz, segundo a *Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007*. Pelo que estes autores concluem que a melhor opção será a admissão da medida, com intervenção judicial para a ponderação da mesma, para uma maior transparência nos meios de investigação utilizados.

No entanto, importa referir que, mesmo os autores que aceitam a admissibilidade da medida, admitem-na com limitações, restringindo o seu âmbito de aplicação, como refere ARANTZA BERISTAIN²²⁹, “*no cabe ni negar categóricamente (...) ni tampoco se puede admitir, sin matices, la adecuación de dicha actuación en todo o caso*”: apenas se, do caso concreto, do princípio da subsidiariedade (apenas em casos excecionais) e do princípio da proporcionalidade, se visualizar a medida como necessária, adequada e proporcional. Deste princípio da proporcionalidade, a autora elabora mais dois critérios, considerando-os na mesma englobados pelo princípio da proporcionalidade, que permitem ponderar os interesses distintos e concorrentes, desvendando se é ou não uma diligência a tomar num determinado processo penal: a categoria da natureza dos crimes (“*la perseguibilidad*”) e o papel que a pessoa sujeita aos exames teve na promoção do processo, ou seja, se foi a vítima que denunciou ou apresentou queixa particular (no caso dos crimes privados em sentido lato) para se iniciar o processo-crime que está a decorrer. De acordo com a autora, todos estes vetores permitiriam ponderar a aplicação da diligência, no caso concreto.

4.2. Ordenamento jurídico alemão

Analisaremos as soluções no direito alemão²³⁰ pela clara influência que este deteve, e ainda detém, no direito processual penal português.

No direito alemão existe uma categoria autónoma de meio de obtenção de prova denominado de “intrusões corporais”, pelo artigo §81 da *Strafprozessordnung*. Anterior a 1997, a doutrina questionava-se se o artigo §81 consistia numa habilitação legal suficiente para a utilização de testes genéticos no processo penal ou se apenas englobavam as diligências correntemente usadas pelos tribunais alemães ao tempo mas, com a aprovação da *Strafverfahrensänderungsgesetz dna-analyse (genetischer Fingerabdruck)*, de 17 de

²²⁹ BERISTAIN, Arantza Libano, “La práctica del análisis ...”, *op. cit.*, Pág. 219;

²³⁰ Para mais desenvolvimentos: AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais ...*, *op. cit.*, págs.37 a 45;

março, que permitiu o acrescento dos §81e §81f ao artigo, a questão ficou pacificada, permitindo concluir pela habilitação legal suficiente para o recurso aos testes genéticos com fins de identificação criminal.

Portanto, em primeiro lugar, cabe referir que não existe no ordenamento jurídico alemão a discussão se os testes genéticos, na complexidade do conjunto de atos que englobam, configuram um exame para obtenção de prova ou um meio pericial de prova (discussão que verificámos no caso português), sendo englobados numa categoria autónoma dentro dos meios de obtenção de prova no código processual penal alemão. É preciso salientar que, nesta categoria, para além dos testes genéticos, estão incluídos mais métodos de aquisição de prova que envolvem intrusões corporais na sua aplicação, como por exemplo, a realização de meras investigações corporais, raios X, eletrocardiogramas, recolhas de sangue, punções lombares, entre outros. E que a diligência de análise do ADN não é subsidiária em relação a outros métodos de investigação analíticos, sendo admissível a aplicação do método mesmo quando não estejam esgotados todos os outros métodos²³¹.

Dentro desta categoria de “intrusões corporais”, englobam-se tanto os métodos *Körperliche Untersuchung* – meras investigações corporais, inofensivas para a saúde – e *Körperlicher Eingriffe* – intervenções corporais que já podem representar risco para a integridade física e que têm de ser realizadas por um profissional de saúde e num estabelecimento adequado.

Em mera referência, a habilitação legal para a recolha coativa de material genético para identificação de suspeito/arguido provém da conjugação dos artigos §§ 81a, 81e e 81f StPO. A alínea a) do §81 é relativa às “intrusões corporais” no arguido, com a finalidade de constatação de factos significativos ao processo, que dispensa o consentimento do arguido, mesmo no caso das intervenções corporais, desde que não provoque perigo para a saúde deste – artigo este que, ainda hoje, merece ataques na sua constitucionalidade pela doutrina alemã²³². Esta execução forçada tem de ser, pela mesma alínea, ordenada pelo juiz, no entanto, o MP pode ordenar nos casos urgentes, sem controlo judicial posterior. Pelo §81e é permitido que, com o material obtido pela alínea a), se realizem análises genéticas, caso

²³¹ ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, DILP, *Utilização de ADN em Investigação Criminal – Legislação*, Lisboa, Coleção TEMAS: n.º 54, 2014, Disponível em: <http://app.parlamento.pt/upload/Comunicar/Anexos/2015/N2/ADN.pdf>, pág. 15;

²³² WOLFSLAST *Apud in*: AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais ...*, *op. cit.*, pág. 38;

haja vestígios materiais a identificar (provenientes do suposto criminoso não identificado, do corpo ou vestuário da vítima ou encontrados ou apreendidos) e, pelo §81f, que apenas o juiz pode legitimamente ordenar essa análise genética para comparação de perfis genéticos com fins de identificação.

Agora com mais relevo, a habilitação legal para a recolha coativa de material genético para identificação da vítima provém da conjugação dos artigos §§ 81c, 81e e 81f. A alínea c) do §81 é relativo às “intrusões corporais” em pessoas distintas do arguido, no entanto, limitam subjetivamente o âmbito de aplicação das medidas permitidas, isto é, a pessoa distinta do arguido que pode ser submetida a estes meios de aquisição de prova tem de preencher dois critérios: *Zeugengrundsatz* – a pessoa tem de ser testemunha no processo – e *Spurengrundstaz* – tem de ser portadora de vestígios ou consequências do crime, algo que contribua para a investigação do crime. Também há uma restrição no que toca ao âmbito de medidas admitidas, não permitindo todos os métodos que para o arguido se admitiam, isto é, são permitidas todas as medidas *Körperliche Untersuchung* – só examinados na superfície corporal e orifícios naturais – e, das intervenções corporais, apenas os exames necessários para investigação da filiação ou colheitas de sangue. Ainda pela mesma alínea, se houver uma recusa persistente da vítima, o juiz pode ordenar a aplicação da medida com recurso à força física, mas apenas relativamente à colheita de amostras de sangue (o que configura uma amostra biológica da própria). Pelo §81e, novamente, é permitido que, com o material obtido agora pela alínea c), se realizem análises genéticas, caso haja vestígios materiais a identificar (provenientes do suposto criminoso não identificado, do corpo ou vestuário da vítima ou encontrados ou apreendidos) e, pelo §81f, que apenas o juiz pode legitimamente ordenar essa análise genética para comparação de perfis genéticos com fins de identificação. Portanto, podemos concluir que, a recolha da amostra biológica da própria, pode apenas ser forçada nos casos de colheita de sangue e se o juiz o ordenar.

Desde 2005, são permitidas as recolhas “em massa” de amostras biológicas para a determinação dos perfis genéticos de comunidades inteiras, para se descobrir os agentes de crimes violentos, como último recurso de investigação²³³, quando não tenha sido possível identificar o agente, mas em que se suspeita que possa provir de uma determinada região. A participação nestas recolhas em massa é, aparentemente, voluntária. No entanto, a recusa de

²³³ ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, DILP, *Utilização de ...*, op. cit., pág. 15;

participação funciona como suspeita e fundamenta a recolha coativa, pelo artigo §81g da StPO. Portanto, conseguimos concluir que “são cada vez mais implicadas pessoas que nem são suspeitas, nem são relacionadas com os factos”²³⁴, indo para lá da recolha coativa na vítima, que não é um suspeito mas, pelo menos, está imensamente relacionada com os factos.

4.3. Ordenamento jurídico italiano

No ordenamento jurídico italiano²³⁵, as grandes alterações no que toca à utilização legítima nos tribunais dos testes genéticos coativos, deram-se graças à Lei n.º 85/2009, de 30 de junho de 2009, que ratificou o Tratado de Prüm, que permitiu acrescentar uma série de novos regimes/artigos, nomeadamente os artigos 224.º-*bis* e 359.º-*bis*, ao *Codice di Procedura Penale*. Ao mesmo tempo, introduziu a Base de dados de perfis de ADN italiana e criou o Laboratório central para a Base de Dados Nacional de ADN²³⁶.

Assim sendo, anterior a 2009, não existia na lei a previsão expressa da possibilidade de recurso aos testes genéticos coativos e, perante a questão da constitucionalidade da sua utilização em processos-crime ao tempo, pelo artigo 224.º (que afirma que o juiz adota todas as medidas necessárias para a execução da perícia), o TC italiano (*Corte Costituzionale*), pelo Acórdão n.º 238/1996, de 9 de julho, declarou como inconstitucional o artigo na parte em que facultava ao juiz o poder ordenar coativamente a submissão a uma perícia, idónea a incidir sobre a liberdade pessoal do visado²³⁷ (arguido ou terceiro), quando esta não se encontra positivada, existindo um silêncio da lei.

Portanto, só em 2009 é que se regulou a recolha coativa de material biológico para análises ao ADN, com o acrescento ao código processual penal italiano, dos *artigos 224.º-bis e 359.º-bis*. É curioso que no código processual italiano não se encontra o regime legal que permita a realização de testes genéticos consentidos, isto é, o legislador italiano entendeu

²³⁴ ROXIN, Claus, *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 do Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág.392 e 393;

²³⁵ Para mais desenvolvimentos: AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais ...*, *op. cit.*, págs. 46 a 53;

²³⁶ PROVOLO, Debora, *L'identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione*, Padova University Press, 2018, pág. 84, Disponível em: <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Provolo-Lidentit%C3%A0-genetica-nella-tutela-penale-della-privacy-e-contro-le-discriminazioni.pdf>;

e ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, DILP, *Utilização de ADN ...*, *op. cit.*, pág. 48;

²³⁷ Na Itália procede-se à distinção entre medidas que incidem sobre a liberdade pessoal (física ou moral) – também denominadas de intracorporais – e as que não incidem – respeitantes ao aspeto exterior da pessoa. As medidas incidentes, podem ainda dividir-se entre invasivas e as não invasivas.

que, quando existe consentimento dado pelo visado, não é preciso muitas formalidades nem requisitos a terem de ser verificados (como por exemplo, em que tipos legais de crime é permitido, se é necessário verificar-se o princípio da subsidiariedade ou indispensabilidade da medida, entre outros), nem mesmo prevê o caso de o consentimento poder não ter sido voluntário, esclarecido ou livre – algo que a doutrina não concorda – apenas tendo como limite inultrapassável a dignidade da pessoa e o risco de diminuição permanente da integridade pessoal.

Assim, pela combinação dos artigos, é do nosso conhecimento que o ordenamento jurídico italiano permite que, na fase de inquérito, o juiz possa ordenar a recolha coativa, mas apenas a requerimento de uma das partes, e que na fase de julgamento, o juiz possa ordenar a requerimento ou oficiosamente. No entanto, nos casos urgentes, de perigo pela demora, permite que seja o MP a ordenar, tendo quarenta e oito horas para comunicar ao juiz para validação do ato²³⁸.

A diligência coativa não pode nunca provocar perigo para a saúde, integridade física ou vida da pessoa ou nascituro, nem sofrimento de elevado grau, respeitando a dignidade de quem a elas se submeter, utilizando sempre a técnica menos invasiva. Também ficamos a saber, pelo n.º1 do artigo 224.º- *bis*, que os atos idóneos a incidir sobre a liberdade pessoal são a recolha de cabelos, pelos ou zaragatoa bucal sobre pessoas vivas e que se pode a estes recorrer quando em causa esteja um crime doloso, consumado ou tentado, punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos e noutros casos expressamente previstos na lei, quando a sua execução seja indispensável para a prova dos factos²³⁹.

²³⁸ Pelo artigo 359.º-bis “Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 dell'articolo 224-bis, provvedendo a disporre l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre un legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona comparsa rifiuta di sottoporvisi. Entro le quarantotto ore successive il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari la convalida del decreto e dell'eventuale provvedimento di accompagnamento coattivo. Il giudice provvede con ordinanza al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone avviso immediatamente al pubblico ministero e al difensore”.

²³⁹ Pelo artigo 224.º- *bis* “Quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, per i delitti di cui agli articoli 589-bis e 590-bis del codice penale e negli altri casi espressamente previsti dalla legge, se per l'esecuzione della perizia è necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice, anche d'ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l'esecuzione coattiva, se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti”.

No que toca à sua definição como meio de obtenção ou meio de prova, também anterior a 2009, a jurisprudência e a doutrina italianas não encontravam um consenso na qualificação da medida. A jurisprudência enquadrava a medida como sendo um meio de obtenção de prova, mais precisamente, como uma revista, estendendo o conceito de revista ao corpo de pessoa, que normalmente é uma revista corporal externa, abrangendo no conceito uma revista interna ao corpo da pessoa, de modo a legitimar na mesma a sua prática nos tribunais. Por sua vez, a doutrina discordava por completo dessa interpretação extensiva do conceito de revista que se realizava nos tribunais, e conduzia a diligência de recolha de material biológico ao regime dos meios de prova, mais precisamente, da prova pericial.

4.4. Ordenamento Jurídico austríaco

O ordenamento jurídico austríaco²⁴⁰ criou, em 1997, a sua Base de dados genéticos para fins de investigação criminal e é uma das maiores bases do mundo, atualmente.

Pela Lei Austríaca da Polícia de Segurança – *Sicherheitspolizeigesetz (SPG)* – a recolha de material biológico pode ser feita tanto no suspeito, como a outras pessoas distintas do suspeito.

No suspeito, a recolha pode ser feita de forma coativa, normalmente por raspanço na testa ou pescoço – quando a recolha é feita contra a sua vontade, são raras as vezes em que se faz uma colheita de sangue, por exemplo. Este pode ser inserido na base de dados genéticos.

A recolha de material biológico a pessoas distintas do arguido, isto é, pessoas não suspeitas, acontece quando estas possam ter deixado manchas/ vestígios biológicos no local do crime, portanto, servindo a finalidade de descarga da hipótese de certo suspeito corresponder ao autor do crime. A estas, o ordenamento jurídico austríaco dá o nome de *Gelegenheitspersonen* (pessoa/presença circunstancial), e dentro desta categoria fazem parte os companheiros, familiares, colegas de casa, vizinhos, pessoal de limpeza – aqui cabe referir que estas pessoas podem, contudo, passar a suspeitos do crime, portanto, a finalidade não é sempre, e em todos os casos, de descarga – mas também vítimas. À vítima ou a outra pessoa da categoria supramencionada, a recolha pode também ser realizada de forma coativa, pela

²⁴⁰ Para mais desenvolvimentos, *vide* PRAINSACK, Barbara / MACHADO, Helena, *Tecnologias que incriminam...*, *op. cit.*, págs. 63 e ss.

lei austríaca, no entanto, tal raramente acontece na prática.

Em mera referência, também é permitido, neste ordenamento, a recolha de ADN em massa, mas apenas quando se estiver perante um crime punível com cinco ou mais anos de prisão, em último reduto – princípio da subsidiariedade – e é necessária autorização do tribunal.

Conclusão

Este ensaio permite-nos concluir pela essencialidade do uso desta diligência processual no âmbito dos Tribunais nacionais, sendo que é admitida pela normatividade vigente, podendo ser determinante na resolução de processos-crimes e na descoberta da verdade material.

O sentido crítico e fundamentado do juiz é a chave para a vigência das finalidades do processo penal, tanto para avaliar a necessidade do emprego da medida numa dada investigação criminal, como para ponderar se a sua aplicação não é excessivamente lesante dos direitos fundamentais da vítima, no caso concreto.

Também pretendemos sublinhar as alterações qualitativas que a figura da vítima tem suportado ao longo das últimas décadas, sendo agora detentora de um papel ativo no processo e de um estatuto próprio, com direitos e deveres consagrados.

Por último, resta-nos sublinhar a importância que a evolução da tecnologia e da ciência projeta no processo penal, permitindo uma administração da justiça penal mais célere, eficaz e, a cada passo, mais perto de uma verdade material absoluta. Assim sendo, torna-se imperioso apostar na constante formação dos magistrados, em áreas que não apenas o direito pois, hoje em dia, são notórios os contributos de outras áreas do saber para modernização do exercício do direito.

Referências

Bibliografia

- AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- , *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011;
- AMORIM, António, *Produção e interpretação da prova genética*, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012;
- , *Genética Forense*, Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, 2015
- ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no verão passado*”, *A reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- , *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 do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal – “Direito Constitucional Aplicado”*, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- , *Direito Processual Penal*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018;
- ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, DILP, *Utilização de ADN em Investigação Criminal – Legislação*, Lisboa, Coleção TEMAS: n.º 54, 2014, Disponível em: <http://app.parlamento.pt/upload/Comunicar/Anexos/2015/N2/ADN.pdf>, Acedido pela última vez em: 04/05/2019;

- BAJO, María José Cabezudo, *Parte I. Regulação e Direito “La prueba de ADN: Valoración preliminar de la regulación española y de la Union Europea”*, in *Bases de Datos Genéticos Forenses – Tecnologias de controlo e de ordem social*, organização Helena Moniz / Helena Machado, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- BERISTAIN, Arantza Libano, “La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el processo penal”, *Justicia*, N.º 3-4, 2010;
- BOTELHO, Marta M. M. 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*, Coimbra: Edições Almedina, 2013;
- CAMP, Nathan Van / DIERICKX, Kris, “National Forensic Databases: Social-ethical Challenges & Current Practices in the EU”, *European Ethical - Legal Papers*, N.º 9, Leuven, 2007, Disponível em: https://www.academia.edu/782994/National_Forensic_DNA_Databases._Socio-Ethical_Challenges_and_Current_Practices_In_the_EU, Acedido pela última vez em: 04/05/2019;
- CANOTINHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007;
- COLE, Simon, *Suspect identities: a History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Harvard, Harvard University Press, 2002;
- CORREIRA, João Conde, prefácio in AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- CORTE-REAL, Francisco, *Base de dados de perfis de ADN*, in *Princípios de genética forense*, coordenadores Francisco Corte-Real / Duarte Nuno Vieira, 1ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015;
- COSTA, Susana, *Saberes e práticas dos órgãos de polícia criminal na gestão da cena do crime*, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012;
- COSTA, Susana / MAHCADO, 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*, organização Maria Eduarda Gonçalves, Publicações Dom Quixote, 2002;

- COSTA, Susana / MACHADO, Helena, *Introdução in: A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012;
- CRUZ, Carla, “Genética forense – uma ciência com passado, presente e futuro”, *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, N.º 04, Lisboa: ASFICPJ, 2012;
- DIAS, Augusto Silva, “A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coordenação Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004;
- DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1981;
- , “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo código de processo penal*, Organização Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1989;
- , *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 do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Supervisão, Direito ao silêncio e Legalidade de prova*, Coimbra: Almedina, fev 2009;
- DIAS, Maria do Carmo S. M. da Silva, “Ofendida, lesada, assistente, vítima – definição e intervenção processual”, *Revista Julgar online*, fevereiro 2019, Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/02/20190211-ARTIGO-JULGAR-Ofendida-lesada-assistente-v%C3%ADtima-%E2%80%93M-Carmo-S-Dias.pdf> Acedido pela última vez em: 04/05/2019;
- ESPINHEIRA, Rosa Maria, *Identificação genética de desconhecidos*, in *Princípios de genética forense*, coordenadores Francisco Corte-Real / Duarte Nuno Vieira, 1ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015;
- FARINHA, Carlos, *Parte I. Comunicações do debate “A Ciência do crime: Da recolha de*

- prova à base de dados de perfis de DNA*”, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012;
- FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, Separata da *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 16, N.º 1, 2006;
- GÖSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova no direito processual penal”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1992;
- GUIMARÃES, Ana Paula, *A pessoa como objeto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN – Reflexões à luz da Dignidade Humana*, Nova Causa – Edições Jurídicas, Lisboa, 2016;
- GURIDI, José Francisco Etxeberria, “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, 2007;
- JACINTO, Francisco Teodósio, *O modelo de processo penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito*, Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf, Acedido pela última vez em: 04/05/2019;
- LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo Penal anotado*, Coimbra: Edições Almedina, 2015;
- LÚCIO, A. Laborinho, “Sujeitos do processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo código de processo penal*, Organização Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1989;
- MACHADO, Helena / SILVA, Susana / AMORIM, António, “Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal”, *Revista Análise Social*, vol. XIV, N.º 196, 2010;
- MACIEL, Daniel / MACHADO, Helena, *Parte II. Governabilidade e mediações “Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação”*, in *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de controlo e de ordem social*, organização Helena Moniz / Helena Machado, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- MARÍN, Ángeles Pérez, “El ADN como Método de Identificación en el Proceso Penal”,

- Revista do Ministério Público*, 132, out-dez 2012;
- MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: Estudos sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;
- MONIZ, Helena, “Notas sobre a proteção de dados pessoais perante a informática (o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde)”, Separata da *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 2.º, Coimbra, abr-jun 1997;
- , “Problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa Ciência Criminal*, Ano 12, Abril/junho, 2002;
- , *Parte I. Comunicações do debate “A Ciência do crime: Da recolha de prova à base de dados de perfis de DNA”*, in *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012;
- , *Parte I. Regulação e Direito “Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º5/2008, de 12 de fevereiro”*, in *Bases de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de controlo e de ordem social*, organização Helena Moniz / Helena Machado, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- MONTE, Mário Ferreira, *Um olhar sobre o futuro do Direito Processual Penal – Razões para uma reflexão*, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- MONTEIRO, Fernando Conde, *O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas)*, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- NETO, João Becon de Almeida, *Banco de dados genéticos para fins criminais – Aspectos jurídicos*, Monografia, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1257992/parlamentar-sga>, Acedido pela última vez em: 01/06/2019;
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a

- regulação jurídica da bioética”, Ano 8, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;
- PALMA, Maria Fernanda, “Tutela da Vida Privada e Processo Penal – Realidades e perspectivas Constitucionais”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 10, Coimbra: Coimbra Editora, abr-jun 2006;
- PINHEIRO, M. Fátima, *Criminalística Biológica*, in *Princípios de genética forense*, coordenadores Francisco Corte-Real / Duarte Nuno Vieira, 1ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015;
- PINTO, Frederico de L. da Costa, *O Estatuto do Lesado no processo penal*, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- PINTO, Paulo Mota, “A proteção da Vida Privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 10, Coimbra: Coimbra Editora, abr-jun 2006;
- PRAINSACK, Barbara / MACHADO, Helena, *Tecnologias que incriminam. Olhares de reclusos na era do CSI*, Coimbra: Edições Almedina, 2014;
- PROVOLO, Debora, *L'identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione*, Padova University Press, 2018, Disponível em: <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Provolo-Lidentit%C3%A0-genetica-nella-tutela-penale-della-privacy-e-contro-le-discriminazioni.pdf>, Acedido pela última vez: 01/06/2019;
- REIS BRAVO, Jorge dos / LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018;
- ROXIN, Claus, *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 do Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009;
- SANCHO, Montserrat de Hoyos, “Otención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: Analisis de la regulación española a la luz de la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derehos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 35, Madrid, enero/abril 2010;
- SANTOS, Cláudia, *A “redescoberta” da Vítima e o Direito Processual Penal Português*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Organização Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa,

- Coimbra: Coimbra Editora, 2010;
- SANTOS, Filipe, “As funções do ADN na investigação criminal – estudo de cinco casos em Portugal”, in *Base de Dados Genéticos Forenses – Tecnologias de Controlo e Ordem Social*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
- SANTOS, Rui, *Parte I. Comunicações do debate “A Ciência do crime: Da recolha de prova à base de dados de perfis de DNA”*, in: *A Ciência na luta contra o Crime: potencialidades e limites*, organização Susana Costa / Helena Machado, 1ª edição, Famalicão: Húmus Editora, 2012;
- SILVA, Germano Marques da, prefácio in: BRAVO, Jorge dos Reis / LEAL, Celso, *Prova genética: implicações em processo penal*, Lisboa-Universidade Católica Editora, 2018;
- SILVA, Inês 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*, Ano 8, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;
- SOUSA, João Henriques Gomes de, “A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial”, *Revista Julgar*, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011;
- TAVARES, Sandra, “A consagração formal da Vítima no processo penal português”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, N.º 9, Nova Série, 2017;
- VIEIRA, Pedro Miguel, “A Vítima enquanto sujeito processual e à luz das recentes alterações legislativas”, *Revista Julgar*, N.º 28, Coimbra: Coimbra Editora, 2018;

Legislação

- COUNCIL OF EUROPE, Committee of ministers, *Recommendation No. R (92) 1 on the use of analysis of desoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system*, Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804e54f7;
- DL N.º 400/82, de 23 de setembro, Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/319744/details/maximized>;
- DIRETIVA 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32012L0029>;
- LEI N.º 45/2004, de 29 de agosto, *Regime jurídico das perícias médico-legais e forenses*,

- Disponível em:
[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=403&tabela=leis&nv_ersao=;](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=403&tabela=leis&nv_ersao=)
- LEI N.º 48/2007, de 29 de agosto, *relativa à 15.ª alteração ao CPP*, Disponível em:
<https://dre.pt/pesquisa/-/search/641082/details/maximized>;
- LEI N.º 130/2015, de 4 de setembro, *relativa ao Estatuto da vítima*, Disponível em:
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2394&pagina=1&ficha=1, Acedido pela última vez em: 22/06/2019;
- PORTARIA N.º 161/2018, de 6 de junho, Disponível em:
http://www.iasaude.pt/attachments/article/4559/portaria_161_2018_marcadores_adn.pdf;
- UNIÃO EUROPEIA, Conselho, *Resolução relativa ao Intercâmbio de resultados de análises de ADN (97/C 193/02)*, de 9 de junho de 1997, Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31997Y0624\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31997Y0624(02));
- , *Resolução relativa ao Intercâmbio de resultados de análises de ADN (2009/C 296/01)*, de 30 de novembro de 2009, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:296:0001:0003:PT:PDF>
- , *Decisão 2008/615/JAI relativa ao aprofundamento da cooperação transfronteiras, em particular no domínio da luta contra o terrorismo e a criminalidade transfronteiras*, de 23 de junho de 2008, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008D0615>;
- , *Decisão-quadro 2001/220/JAI, de 15 de março de 2001*, Disponível em:
https://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=199967111.5;

Jurisprudência

- ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 16 de outubro de 2014,
Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c3ca422fd42da4ba80257de0003469cf?OpenDocument>;
- ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, N.º 105/1990, de 29 de março,

Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>;
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, N.º 288/98, de 18 de abril, Disponível
em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/666482/details/maximized>;
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, N.º 155/2007, de 2 de março,
Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>;
ACÓRDÃO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 3 de maio de 2006, proc.
0546541, Disponível em:
[http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c4d2a9d88f8d235780257172003d20f2?OpenDocument&Highlight=0,6541%2F05-4](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c4d2a9d88f8d235780257172003d20f2?OpenDocument&Highlight=0,6541%2F05-4;);
ACÓRDÃO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 2 de maio de 2007, proc.
0546541, Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/58d5f086e211a737802572d10052919b?OpenDocument&Highlight=0,0546541>;
ACÓRDÃO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 10 de dezembro de 2008,
Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/673fcb5dc0168da6802575220056a553?OpenDocument>;
ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 10 de junho de 2013,
Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>;

Outros

BBC NEWS, *'DNA' child killer Colin Pitchfork parole appeal heard*, Disponível em:
<https://www.bbc.com/news/uk-england-leicestershire-36109271>;
BBC NEWS, *Nicky Verstappen: Suspect held over Dutch boy's 1998 death*, Disponível em:
<https://www.bbc.com/news/world-europe-45317883>;
CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO DA BASE DE DADOS DE PERFIS DE ADN, *ADN e
Direitos Fundamentais*, Disponível em:
https://www.cfbdadosadn.pt/pt/conexoes/adndireitos/Paginas/ADN_DireitosFundamentais.aspx;
DIÁRIO DE NOTÍCIAS, *ADN ajuda polícia a identificar suspeito de morte de criança há*

20 anos, Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/interior/policia-identifica-suspeito-do-homicidio-de-uma-crianca-ha-20-anos-9757161.html>;

EXPRESSO, *A história impossível do homem que ninguém sabe se é inocente*, Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2016-01-29-A-historia-impossivel-do-homem-que-ninguem-sabe-se-e-inocente>;

POLICE ONE, *How a magazine ad helped convict a rapist*, Disponível em: <https://www.policeone.com/police-products/investigation/DNA-forensics/articles/479722006-Police-history-How-a-magazine-ad-helped-convict-a-rapist/>;

THE INNOCENCE PROJECT, Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/about/>;

THE NEW YORK TIMES, *Rapist Convicted on DNA Match*, Disponível em: <https://www.nytimes.com/1988/02/06/us/rapist-convicted-on-dna-match.html>;