

Que condenações judiciais podem conduzir à inscrição do perfil genético do(s) autor(es) do(s) crime(s) na base de dados nacional?

Marlene Cristina do Rosário Neves

Dissertação do Mestrado em Medicina Legal e Ciências Forenses (2010/2012), sob a orientação do Senhor Professor Doutor Francisco Corte-Real (Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra) e do Senhor Professor Doutor José de Faria Costa (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

Que condenações judiciais podem conduzir à inscrição do perfil genético do(s) autor(es) do(s) crime(s) na base de dados nacional?

“Mais vale prevenir os delitos que puni-los. Este é o principal objectivo de qualquer boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, para falar segundo os cálculos dos bens e dos males da vida. Mas os meios usados até agora são na sua maioria falsos e opostos ao fim proposto. Não é possível reduzir a turbulenta actividade dos homens a uma ordem geométrica sem irregularidade e confusão. Assim como as constantes e as mais simples leis da natureza não impedem que os planetas rodopiem nos seus movimentos, assim também nas infinitas e tão opostas atracções do prazer e da dor, não podem ser impedidas pelas leis humanas as agitações e as desordens.”

CESARE BECCARIA [*Dos delitos e das penas* (trad. de José de Faria Costa), 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, p. 154]

Palavras prévias

Tendo em consideração o objecto do nosso trabalho e o âmbito no qual se insere, parece-nos necessário tecer algumas palavras preliminares que justifiquem um conteúdo diferente daquele que é expectável numa dissertação de Mestrado em Medicina Legal e Ciências Forenses.

Diversamente do que é habitual nesta área técnico-científica, o presente ensaio académico não se irá fundamentar em estudos empírico-estatísticos nem socorrer-se de testes laboratoriais, uma vez que aquele ambiciona uma abordagem estritamente jurídica ao tema referido.

A metodologia que iremos empregar consiste, pela natureza deste trabalho, no estudo das disposições jurídicas pertinentes, textos doutrinários sobre o tema e consulta de jurisprudência. É, destarte, um trabalho eminentemente teórico, reconhecemo-lo. Não obstante, temos o propósito de, ao longo do mesmo, e quando tal se justifique, apresentar situações hipotéticas de verosímil verificação prática (isto é, o recurso a exemplos criados com as possibilidades que o quadro normativo vigente permite), de forma a ilustrar as nossas preocupações, problematizar soluções encontradas e equacionar alterações nos requisitos de inscrição do perfil de ADN de condenados na base de dados com fins de investigação criminal.

Introdução

A evolução técnico-científica tem proporcionado às autoridades judiciárias uma multiplicidade de conhecimentos e instrumentos que são, hoje, (quase) indispensáveis à descoberta da veracidade dos factos e à realização da Justiça. Um dos ramos do saber que para tal tem contribuído é a Genética, *maxime* a Genética Forense, que se tem dedicado ao estudo dos polimorfismos de ADN (ácido desoxirribonucleico) e à diferenciação entre seres que aqueles permitem. A diversidade na composição do ADN de cada um de nós é tão ampla que, teoricamente (e com excepção de gémeos monozigóticos), não existem duas pessoas com o mesmo perfil genético, situação similar ao que sucede com as figuras formadas pelas cristas dermopapilares que temos nas pontas dos dedos, usualmente designadas por impressões digitais. Quando se tomou consciência de que o nosso ADN poderia corresponder à nossa “impressão digital genética”, não se olvidaram esforços no sentido de criar bases de perfis genéticos que possibilitassem a identificação de pessoas desaparecidas (ou com identidade desconhecida) e cadáveres (ou restos cadavéricos) e que fossem um auxiliar à investigação criminal, nomeadamente na recognição do ser humano que deixou determinado vestígio biológico na cena do crime.

A Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, consubstancia o alicerce normativo da criação da nossa base de dados de perfis de ADN para fins de investigação criminal e de identificação civil. Uma base de dados que, pelo seu objecto e fim, tem colocado vários problemas ético-jurídicos, como aquele que desenvolveremos doravante e que se prende com os casos em que realmente se justifica a inscrição do perfil de um “condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída” (art. 8.º, n.º 2), expressão que se nos antolha mais complexa do que parece.

CAPÍTULO I

A Genética Forense

§1. Da descoberta da importância das impressões digitais à era da Genética Forense

Homem ou mulher, novo ou velho, baixo ou alto, cabelo negro ou castanho,... Desde tempos imemoriais que temos consciência de que cada um de nós é uno. E essa singular unidade concentra-se no reconhecimento de traços que nos individualizam. Características que podem ser visíveis para todos, como aquelas que exemplificativamente enumerámos, ou que podem permanecer, pelo seu tamanho, resguardadas de olhares mais curiosos, como sucede com as impressões digitais e o nosso genoma. Em comum, têm a faculdade de, com maior ou menor rigor, contribuírem para a nossa identificação¹, processo extraordinariamente relevante para o Direito, para a sociedade e para cada um nós².

Muito antes da descoberta do ADN, o ser humano já se tinha apercebido de que possuía uma característica assaz diferenciadora dos seus pares: a imagem formada pelos sulcos e cristas existentes nas pontas dos dedos das mãos.

Embora existam Autores que lhes atribuam um uso significativamente remoto³, tende-se a considerar que o estudo das impressões digitais, enquanto elementos identificadores, ocorreu na primeira metade do século XIX, quando JUAN EVANGELISTA PURKINJE editou *De examine physiologico organi visus et systematis cutanei*, uma obra

¹ Por identificação entendemos, com M. FÁTIMA PINHEIRO, “o processo de se estabelecer a identidade de um indivíduo, sendo esta um conjunto de caracteres que o individualizam” (“Identificação Individual – Dactiloscopia e Genética Forense”, *MJ-RD*, 6 (2008), p. 66).

² Como se pode ler nas palavras de JOSE ANTONIO LORENTE ACOSTA, “en los Estados de Derecho, la identificación humana surge básicamente como una necesidad civil y penal (...). Pêro además de una necesidad legal, la identificación humana (...) es una necesidad social” (“Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN”, in ROMEO CASABONA (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Editorial Comares, Bilbao, Granada, 2002, p. 1). O que bem se compreende se atendermos à multiplicidade de resultados (sociais, jurídicos,...) que a identificação de uma pessoa produz.

³ Pensa-se que, e com base nos achados arqueológicos disponíveis, a China, na época da dinastia T'ang, recorria às impressões digitais para proceder à selagem de determinados documentos. Cfr. CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, “Lofoscopia – uma breve introdução”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, p. 144.

que cataloga os desenhos das falanges dos nossos membros superiores em nove categorias, as quais são, posteriormente, reduzidas para quatro com JOSÉ ENGEL. Anos mais tarde, RUDOLFO KOLLIKER e FRANCIS GALTON vêm advogar que as impressões digitais formam-se quando ainda somos pequenos fetos⁴ e permanecem após a nossa defunção. Está, assim, descoberta uma das principais características dos desenhos dermopapilares: a sua perenidade. Não obstante, a perpetuidade das impressões digitais não é suficiente para que estas sejam consideradas elementos distintivos, capazes de efectuar uma identificação fidedigna. Este objectivo é conseguido porque, além de existirem antes e subsistirem depois de nós, as marcas dos nossos dedos são intensamente heterogéneas – não se repetindo, nem mesmo entre gémeos monozigóticos⁵ – e, como resultam de camadas mais profundas da nossa pele que a epiderme reproduz, são (praticamente⁶) inalteráveis^{7/8}.

Apercebendo-se das particularidades dos desenhos dermopapilares das mãos, HENRY FAULS vem sugerir, em 1880, a sua aplicação forense, a qual se logra com o recurso a sistemas de classificação e arquivo de impressões digitais, como aqueles que foram apresentados por FRANCIS GALTON, JUAN VUCETICH, EDWARD R. HENRY e F. OLORIZ⁹, sendo o sistema deste último que, em sede criminalística não biológica – *rectius*, em sede de classificação dos desenhos dermopapilares¹⁰ –, é presentemente utilizado no nosso país, acompanhado do registo de outras características (como cicatrizes e tatuagens) e fotografias.

⁴ Importa ressaltar que havia uma diminuta diferença entre os Autores mencionados quanto ao momento do aparecimento das impressões digitais no feto: para KOLLIKER, tal sucedia aos quatro meses; GALTON alvitava o sexto mês de vida intra-uterina como o início da sua formação.

⁵ E mais: “as impressões digitais (...) variam não só de pessoa para pessoa, mas de dedo para dedo na mesma pessoa” (CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, “Lofoscopia – uma breve introdução”, *cit.*, p. 148).

⁶ Ressalvamos a possibilidade de, em casos raros, ter ocorrido um determinado tipo de lesão que, pela sua profundidade, possa ter atingido as camadas mais interiores do nosso maior órgão e, conseqüentemente, ter alterado a impressão digital, passando esta a ostentar uma cicatriz que também é sinal identificativo. Cfr. CALABUIG, Gisbert, *Medicina Legal y Toxicologia*, 6.ª ed., Masson, Barcelona, 2004, p. 1292.

⁷ Devemos os princípios da diversidade e da imutabilidade das impressões digitais aos estudos de WILLIAM HERSHELL.

⁸ Acrescente-se que o sucesso que a identificação de impressões digitais tem alcançado deve-se, em parte, à obrigatoriedade da sua recolha para fins de identificação civil (que, em sistemas administrativos como o nosso, impõe a recolha das impressões digitais quando se requerer o documento de identificação individual), não se olvidando o trabalho dos peritos que, em sede de investigações criminais, têm de possuir os conhecimentos necessários para permitir, quando possível, uma recolha legível dos diversos suportes onde podem ser encontradas.

⁹ Para alguns esclarecimentos sobre o assunto *vide* CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, “Lofoscopia – uma breve introdução”, *cit.*, pp. 145-151.

¹⁰ Como se conhece, a criminalística não biológica não se esgota no estudo analítico-comparativo das impressões digitais e outros suportes lofoscópicos, incluindo, também, outras áreas do saber como a balística ou a análise de documentos e seus elementos de segurança.

A disposição das minúsculas convexidades dermopapilares (cristas) pode manifestar uma forma triangular, vulgarmente designada por delta, que consubstancia o elemento orientador de um dactilograma. De uma forma muito concisa, e tendo em consideração a posição do delta, podemos estar perante um tipo dactiloscópico monodéltico (dextrodelta ou sinistrodelta, consoante o local onde o delta figure) ou polidéltico (ou vertículo). Se o delta não existir, temos um arco. Para proceder a uma identificação dactiloscópica, sinaliza-se um determinado número de pontos característicos (que, de modo pouco rigoroso mas ilustrativo, podemos definir como “acidentes” nas cristas e de que é paradigmático uma abrupta, isto é, uma crista que termina repentinamente) e considera-se uma identificação positiva quando há doze ou mais pontos característicos coincidentes.¹¹

Apesar da pele, ainda hoje, ser uma fonte de informação muito utilizada¹², há já algum tempo que se tem procurado distinguir as pessoas com suporte em componentes internos ao nosso organismo. Referimo-nos aos marcadores serológicos clássicos (v.g., grupos sanguíneos, antigénios dos leucócitos humanos e algumas proteínas). Foi, porém, com os desenvolvimentos que a Biologia Molecular conheceu no último quartel do século passado¹³ que se encetou a caminhada para a identificação genética

¹¹ Como critérios auxiliares, os peritos podem socorrer-se, igualmente, do número de poros que existem nas cristas e da distância entre estas. Contudo, convém sublinhar que estes métodos analítico-comparativos possuem os seus inconvenientes. Os poros dilatam com o calor e contraem com o frio, o que pode originar uma percepção errada da quantidade de poros existentes. A distância entre as cristas, por sua vez, é variável de acordo com a pressão exercida, o que, como facilmente se compreende, pode conduzir a conclusões enganadoras.

¹² Nas linhas antecedentes debruçámo-nos – ainda que sumariamente – sobre a Dactiloscopia. Não esqueçamos, porém, que esta, tal como a Quiroscopia e a Palmatocopia, fazem parte da Lofoscopia. E, a par destas ciências, outras existem que se assumem como recurso de investigação/identificação. Exemplo do que aludimos é a Queiloscopia. Para uma breve explicação sobre esta matéria veja-se LAGOA, Arlindo Marques, “Queiloscopia”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 185-194.

¹³ Sem menosprezar que, foi em 1865, que GREGOR MENDEL principiou os estudos no âmbito da Genética. Todavia, somente cem anos depois (aproximadamente), é que a Genética se centrou nas proficuidades que as suas análises poderiam (e podem) ter na investigação criminal e outras áreas forenses. Cfr. COSTA, Susana, *A Justiça em Laboratório (A Identificação por Perfis Genéticos de ADN – Entre a Harmonização Transnacional e a Apropriação Local)*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 25-26.

individual¹⁴, com o precioso contributo de ALEC JEFFREYS sobre a hipervariabilidade de determinadas secções do genoma¹⁵.

O ADN é uma substância que permite a reprodução celular e a produção enzimática. Se ele se encontrar no núcleo de uma célula¹⁶ designa-se por ADN nuclear. Se, diversamente, a sua localização for o citoplasma, a denominação a atribuir ao ADN é de mitocondrial (que deve tal denominação às mitocôndrias, onde se localiza).

A constituição do ADN nuclear assenta em duas cadeias de nucleótidos, uma formada por açúcar desoxirribose e outra por grupo fosfato, tendo como elemento de ligação entre ambas uma nucleobase (ou base azotada), que terá uma purina (adenina ou guanina) e uma pirimidina (citosina ou timina).¹⁷ A sequência destas bases corresponde ao nosso código genético, o qual é tão polimórfico que, com excepção de gémeos monozigóticos, se considera improvável que duas pessoas possam partilhar o mesmo perfil genético.

Para efeitos de identificação genética individual, o ADN mais relevante é aquele que, do ADN não codificante¹⁸, se repete em *tandem*. Isto é, “sequências de DNA que se repetem sucessivamente, cuja diferenciação entre indivíduos da mesma espécie reside no número de repetições que cada indivíduo apresenta para um determinado *locus* de um par de cromossomas homólogos”¹⁹. Actualmente, os polimorfismos de ADN mais utilizados são os STR’s (“short tandem repeats”), unidades de repetição que, além de

¹⁴ Como nos informa MARIA RAQUEL CARVALHO, “a identificação genética individual é o modo de se estabelecer a identidade de um indivíduo a partir de uma qualquer amostra biológica (sangue, sêmen, osso, dentes, tecido muscular e saliva, entre outras” (“*Single Nucleotide Polymorphisms (SNPs) com aplicação forense*”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, p. 188). Advertimos, todavia, que, e como veremos infra, a simples existência de uma amostra de material biológico pode não ser suficiente para se proceder a uma identificação positiva.

¹⁵ O nosso genoma (ou, para simplificar, o nosso material genético) é composto por vinte e três pares de cromossomas, estrutura filamentosa que alberga a nossa informação genética. Daqueles, vinte e dois pares são cromossomas autossómicos e dois cromossomas restantes são sexuais, apresentando-se como XY no sexo masculino e XX no sexo feminino.

¹⁶ Relembremos que uma célula é formada por um fluído de aspecto gelatinoso (o citoplasma, que agrega água, iões e várias partículas e compostos orgânicos), circunscrito por uma fina membrana e, no seu interior, reside o núcleo.

¹⁷ Como nos explicam TERESA MARTINS e RAQUEL CARVALHO, “as duas cadeias de DNA, devido aos fenómenos de emparelhamento, vão-se enrolar uma sobre a outra, dando origem a uma dupla hélice e, uma vez que as regras obrigam a que se ligue uma purina (dois anéis) a uma pirimidina (um anel), esta dupla hélice de DNA mantém o seu diâmetro constante” (“Conceitos básicos de genética com aplicação à investigação criminal”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, p. 86).

¹⁸ Ou seja, ADN que, embora não seja responsável pela informação atinente à produção proteica, (diferentemente do que sucede com o ADN codificante, o mais relevante para fins medicinais), é muito mutável e, sequentemente, muito informativo e discriminativo, qualidades que o tornam atractivo para a área forense. Cfr. FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *RPCC*, 16 (2006), pp. 116-119.

¹⁹ PINHEIRO, M. Fátima, “Identificação genética: passado, presente e futuro”, *RMP*, 30 (2009), p. 161.

serem relativamente copiosos, possuem um comprimento inferior aos minissatélites (ou VNTR's, "variable number of tandem repeats"), permitindo, entre outras vantagens²⁰, a análise simultânea de vários marcadores, como sucede com os kits comerciais que são comumente usados²¹. Na maioria das perícias (e quando a amostra o permite), estudam-se estes polimorfismos de tamanho, STR's autossómicos, aos quais se junta a amelogenina que nos dá informação sobre o sexo do(a) proprietário(a) da amostra. Podem ainda estudar-se, eventualmente como complemento daqueles, STR's de cromossomas sexuais, os quais apresentam algumas limitações. Os marcadores genéticos do cromossoma Y constituem uma herança haplóide uniparental paterna, ou seja, são transmitidos, sem alterações, de pais para filhos ao longo de toda uma linhagem. Dão, por isso, informação da família a que pertencem mas não discriminam, porém, um irmão do outro, um pai do filho. Têm, no entanto, alguma utilidade em caso de mistura de amostras, situação corrente em criminalística (*maxime*, em suspeitas da prática de crimes de natureza sexual), e nalguns casos de identificação de corpos (ou restos cadavéricos).²² No que diz respeito ao cromossoma X, a análise dos seus marcadores é mais recorrente (porque proficiente) em casos de investigação de laços familiares em que não seja possível ter o genótipo do pretense pai, recorrendo-se, assim, a familiares deste, e quando o indivíduo que é supostamente seu descendente seja do sexo feminino.²³

Se o caso o justificar, nomeadamente pela deterioração da amostra, é possível que, em vez do estudo dos supra aludidos STR's, os investigadores possam focalizar a sua atenção na interpretação dos dados fornecidos pelo ADN mitocondrial ou por SNP's ("Single Nucleotide Polymorphisms").²⁴ Quanto ao primeiro, o ADN mitocondrial afigura-se como uma molécula circular, muito resistente e abundante, o que o torna vantajoso na análise de amostras muito degradadas e/ou antigas. Por ser transmitido

²⁰ Para uma leitura (abreviada) de outras vantagens na utilização dos STR's *vide* PINHEIRO, M. Fátima, "A perícia em genética e biologia forense – criminalística biológica", in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 15-16.

²¹ Algumas referências de kits comerciais colher-se-ão em PINHEIRO, M. Fátima, "Algumas perspectivas da identificação genética", in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, p. 33.

²² Cfr. PINHEIRO, M. Fátima, "Identificação genética no âmbito de crimes sexuais", *RSICCCF*, 2 (2011), pp. 73 e ss..

²³ Para mais informações sobre a análise dos marcadores de cromossomas sexuais na identificação genética *vide* GUSMÃO, Leonor / ALVES, Cíntia, "Marcadores dos cromossomas sexuais. Relevância na identificação genética", in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 103-131.

²⁴ Ou, ainda, noutros tipos de polimorfismos, como os miniSTR's, úteis, por exemplo, nalguns casos de degradação do material biológico ou quando o suporte de recolha da amostra é a impressão digital.

exclusivamente pela mãe, o seu poder informativo concentra-se na ascendência materna, não sendo vantajoso nas investigações biológicas de paternidade.²⁵ No que diz respeito aos SNP's, estes polimorfismos de sequência, complementares aos STR's (pelo seu fraco poder discriminatório), consistem em mutações pontuais que podem surgir no ADN, fazendo com que, num específico local de uma sequência de ADN, um indivíduo tenha uma determinada base e outro apresente outra.²⁶

Proceder à identificação de uma pessoa, independentemente da sua finalidade civil (*lato sensu*) ou criminal, é, hodiernamente, um processo que pode ser realizado com o estudo comparativo das suas impressões digitais e/ou a determinação (e posterior comparação) do seu perfil de ADN²⁷. Ambos os métodos identificativos garantem, em muitos casos, um resultado fidedigno. Por isso, impõe-se a pergunta: por qual deles se deve optar? A resposta depende de vários factores como, por exemplo, o tipo de amostras/vestigios que estão disponíveis, o suporte onde se encontram e seu estado de conservação, além de factores de ordem económica (que, como sabemos, “pesam” mais numa perícia genética do que no estudo analítico-comparativo dos desenhos dermopapilares).

Às vantagens/características das impressões digitais que sinteticamente enumerámos (e que, recordamos, se prendem com a sua perenidade, diversidade e imutabilidade), importa acrescentar que a sua forma de colheita não é considerada invasiva (bastando, para o efeito, um pouco de tinta e um pedaço de papel) e, via de regra, aquelas são burocraticamente arquivadas, o que permite aos Estados dispor de um ficheiro nacional susceptível de uma célere consulta, a qual não fornece (porque as características das próprias impressões não o permitem) informações que não se restrinjam à identidade do respectivo titular. Em contrapartida, se não existir um meio de comparação – isto é, uma impressão digital legível que tenha sido recolhida em

²⁵ Aconselha-se, pelo seu tratamento mais detalhado, a consulta de GEADA, Helena de Seabra, “DNA mitocondrial. Aplicação ao estudo de DNA humano”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 139-159.

²⁶ Para uma leitura mais esclarecedora sobre este tema cfr. CARVALHO, Maria Raquel, “*Single Nucleotide Polymorphisms* (SNPs) com aplicação forense”, *cit.*, pp. 187-195.

²⁷ Registe-se, desde já, que a Genética Forense, ao basear a interpretação dos seus resultados no cálculo de probabilidades (que tem como meio comparativo a população em que se insere e que foi anteriormente estudada e tipada), é a área técnico-científica que produz provas forenses com quantificação do seu resultado. Deste modo, quanto mais raro for um perfil, maior a probabilidade da amostra corresponder a determinado indivíduo e, diversamente, quanto mais comum aquele for, menor probabilidade da amostra lhe pertencer. Cfr. ABRANTES, David, “Valorização probabilística da prova e respectiva interpretação em genética forense”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 257-323.

momento anterior ao que exige a identificação, ainda que não oficialmente (v.g., presente num livro que a pessoa andava a ler) –, a sinalética dactiloscópica não será proficiente. E o mesmo acontecerá se a impressão digital a analisar não possuir o mínimo de perceptibilidade, seja pela superfície onde aquela figura, por condições atinentes ao próprio sujeito ou, mesmo, pelo circunstancialismo meteorológico²⁸.

Por sua vez, o estudo do ADN, amplamente vantajoso na identificação de material biológico (corpos ou restos cadavéricos) em avançado estado de decomposição ou, que pela violência da morte, estão consideravelmente fragmentados, proporciona outros benefícios que escapam às impressões digitais. Aludimos ao facto de uma perícia genética se bastar, se necessário for, com exíguas quantidades de material biológico (o qual pode ser replicado laboratorialmente, com o recurso a técnicas de “Polymerase Chain Reaction” (PCR)²⁹, por exemplo, material esse que, e diversamente do que sucede com as impressões digitais (que somente podem ser colhidas nos dedos), pode provir de diferentes amostras, como sejam sangue e pêlos, o que, teoricamente, aumenta a probabilidade de se alcançar uma identificação.³⁰ Além disso, o material analisado em Genética Forense pode ser oriundo de várias pessoas (como pode acontecer em contextos de crime) e pode facultar esclarecimentos, não só sobre o(s) seu(s) proprietário(s), como dos seus parentes, informações extremamente úteis se outras (entenda-se, do próprio) não existirem. Importa, todavia, notar, desde logo, que a existência de uma mistura de amostras (em que tenhamos, pelo menos, três alelos³¹ para o mesmo *locus*) deve ser, também, perspectivada como uma desvantagem, na medida

²⁸ Sobre este tema recomenda-se a leitura de CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, “Lofoscopia – uma breve introdução”, *cit.*, pp. 153-154.

²⁹ Descoberta por KARY MULLIS, a PCR é uma técnica que, actualmente, se usa para amplificar segmentos de ADN e que, no contexto controlado do laboratório, se realiza em três ciclos: i) desnaturação do ADN; ii) annealing dos primers e, iii), extensão dos primers. Para mais esclarecimentos sobre esta técnica de replicação de ADN *vide* MONTEIRO, Inês Viana de Paula, *Vestígios Hemáticos no Local de Crime: Sua Importância Médico-Legal*, (Dissertação de Mestrado em Medicina Legal no Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto), in *www.up.pt* (consultado em 19 de Abril de 2012), pp. 83-84 e, numa forma mais ilustrativa, PINHEIRO, M. Fátima, “Algumas perspectivas da identificação genética”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 24-26.

³⁰ Ideia que espelha o princípio das trocas (ou transferências) enunciado por LOCARD, segundo o qual “whenever two objects come into contact with one other, there is exchange of materials between them” (*apud* PINHEIRO, M. Fátima, “Identificação Individual – Dactiloscopia e Genética Forense”, *cit.*, p. 69). Um princípio que, por advogar que “o criminoso, por mais hábil que seja, deixa sempre no local do crime indícios da sua presença” (PINHEIRO, M. Fátima, “Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais”, *RMP*, 19 (1998), p. 145), acalenta a esperança de, um dia, ser possível identificar todas as pessoas que cometeram crimes.

³¹ Por alelo entenda-se “uma de duas ou mais formas diferentes de um gene que podem ocorrer num determinado *locus* (sítio particular de um cromossoma onde se encontra um dado marcador genético) de um par de cromossomas homólogos” (MARTINS, Teresa / CARVALHO, Raquel, “Conceitos básicos de genética com aplicação à investigação criminal”, *cit.*, p. 91).

em que diminui o grau de certeza³² com que se afirma que a amostra pertence a um concreto indivíduo, pois aumenta o número de possibilidades que se têm que atender no momento de interpretar os resultados.³³ E não se pense que os cuidados interpretativos se ficam por situações de mistura; outros “perigos” existem que podem eivar as amostras e, conseqüentemente, os resultados delas obtidos, conduzindo, por exemplo, a falsas exclusões.³⁴ Falamos, principalmente, de situações de transferência, mutações e artefactos originados no processo de replicação de ADN. Quanto às primeiras, mais relevantes em casos criminais, é necessário ter em conta que o vestígio biológico³⁵ encontrado no local do crime (ou noutra que, por diversos motivos, a ele possa estar relacionado) pode ter o contributo de um terceiro, estranho ao delito, que tivesse contacto com o local (ou parte deste) antes, durante ou após a sua execução. A transferência transversal de ADN pode ocorrer por manipulação de objectos (transferência adventícia ou primária)³⁶, derivar de contactos casuais como um simples cumprimento de mãos (transferência secundária) ou, até, surgir por “deposição de DNA

³² Frise, desde já, que a perícia de que falamos não terá, em caso algum, um resultado de 100% de certeza, uma vez que aquela baseia-se em probabilidades e a certeza só se conseguiria se se tivesse tipado o perfil de todas as pessoas.

³³ A título meramente exemplificativo, e perante uma situação de mistura, não se pode afirmar que, naquela, estão compreendidos, desde que compatíveis, os perfis de A, B e C, podendo apenas dizer-se que A, B e C não se podem excluir

³⁴ “Perigos” que se tentam minimizar com a estrita observação da cadeia de custódia, ou seja, a “observância dos procedimentos correctos na recolha, armazenamento e transporte dos materiais desde a cena do crime até ao laboratório” (MACHADO, Helena / SILVA, Susana, “Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética” in *www.uminho.pt* (consultado em 19 de Fevereiro de 2012), p. 166), permitindo, assim, saber quem teve acesso aos mesmos e em que circunstâncias.

³⁵ Os vestígios biológicos (assim entendidos como sinónimo de amostra e não como algo de diminuta quantidade) que possuem maior interesse forense são o sangue (em particular, os leucócitos), o sémén (*maxime*, os espermatozóides), as células epiteliais que se encontram na saliva e na urina, os pêlos e, ainda, o corpo que jaz inanimado, algumas vezes apresentando-se como restos cadavéricos ou, até, como matéria fetal. Cfr. PINHEIRO, M. Fátima, “A perícia em genética e biologia forense – criminalística biológica”, *cit.*, p. 31-35. Sobre estas e outras amostras que possam conter material genético, como o vómito e raspados subungueais, e respectivas técnicas de pesquisa, colheita e empacotamento, *vide* VIEGAS, Fernando, “Pesquisa, identificação, recolha e gestão de amostras biológicas no local do crime”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 211-234.

³⁶ A este propósito, permitam-nos a transcrição das seguintes palavras de ARLINDO MARQUES LAGOA e M. FÁTIMA PINHEIRO: “Apesar da experiência ter demonstrado que os objectos manuseados apresentam o perfil do manuseador mais recente, num objecto que é manipulado frequentemente e que está implicado num crime [como um balcão de uma agência bancária], é sempre possível obter um perfil de um indivíduo que não está relacionado com o caso em questão, que contactou esse objecto de modo lícito algum tempo antes. Este fenómeno, conhecido como transferência adventícia, também pode conduzir ao aparecimento de alelos extra, levando também a um aumento na dificuldade de interpretação dos resultados. É por isso boa prática, recolher zaragatoas de várias zonas do local do crime, para tentar identificar os alelos correspondentes a manipulações anteriores ao crime.” (“Impressões digitais como evidência para identificação genética”, *PeJ*, 7 (2006), p. 263)

nas amostras, depois do crime ocorrer”³⁷ (contaminação). No que toca às mutações, estas traduzem alterações pontuais, espontâneas ou não, na sequência de pares de bases de ADN que “afectam, por substituição, um único par de bases (...) [e] podem ser de dois tipos: transições (substituição de uma purina por outra purina, ou de uma pirimidina por outra pirimidina) ou transversões (substituição de uma purina por uma pirimidina, ou vice-versa)”³⁸. Por último, e no que respeita aos artefactos, estes podem ser criados no processo de multiplicação de ADN, conseqüências da amplificação da sensibilidade da PCR, dos quais são ilustrativos o “*locus dropout*” (quando, para um determinado *locus*, nenhum alelo é encontrado), o “*allele dropout*” (desaparecimento, num *locus*, de um alelo) e o “*allele dropin*” (aparição de um alelo extra).³⁹ Para tentar contornar estes óbices, além da formação (contínua) dos peritos e de um laboratório bem apetrechado, a análise ao ADN é, se possível (e não será se a amostra for particularmente diminuta), realizada em duplicado e com o recurso a dois kits comerciais. A todas aquelas situações, acrescenta-se, ainda, a existência de algumas limitações, impostas por determinadas condições clínicas, que exigem, ao intérprete (leia-se perito), prudência na leitura dos resultados de análise genética. Reportamo-nos, por exemplo, à alteração do ADN de uma pessoa, em virtude de se ter tornado receptora de um transplante completo de medula óssea. Neste caso, de rara verificação prática (admitimo-lo), e se se efectuar um exame sanguíneo, é factível o perito deparar-se com um perfil de ADN diferente daquele que aquele indivíduo apresentava antes do transplante. O que pode, como facilmente se compreende, provocar uma incorrecta exclusão se o parâmetro de comparação for, como já se disse, anterior à transplantação.⁴⁰

³⁷ LAGOA, Arlindo Marques / PINHEIRO, M. Fátima, “Amostras low copy number”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, p. 74. Estes Autores elucidam-nos, ainda, que a contaminação pode “ocorrer em várias fases do processo: (1) na análise do local do crime, pelos próprios investigadores; (2) pelo pessoal do laboratório; (3) contaminação cruzada entre amostras e outras já processadas; (4) contaminação ambiental, tanto no laboratório como no local do crime; e (5) contaminação inerente ao material usado no processamento do local do crime e na análise laboratorial” (*idem, ibidem*).

³⁸ MARTINS, Teresa / CARVALHO, Raquel, “Conceitos básicos de genética com aplicação à investigação criminal”, *cit.*, p. 89.

³⁹ Cfr. SOUTO, Luís, “Interesse dos microssatélites na identificação genética”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 87-91 e LAGOA, Arlindo Marques / PINHEIRO, M. Fátima, “Impressões digitais como evidência para identificação genética”, *cit.*, pp.259-260.

⁴⁰ Estes casos que acabámos de referir como vicissitudes da prova por ADN não desmentem a afirmação de que “os testes genéticos produzem a prova de identificação mais segura que se conhece” (OLIVEIRA, Guilherme, “Implicações jurídicas do conhecimento do Genoma”, in OLIVEIRA, Guilherme, *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 118). Porém, não se pode ignorar que, como nos informam FERNANDA HENRIQUES e JORGE SEQUEIROS, “demasiada confiança no poder

Vistas, de uma forma resumida, as vantagens e desvantagens dos principais métodos identificativos usados presentemente, retomamos a interrogação que, precedentemente, fizemos: por qual optar? Pela impressões digitais ou pelo ADN? A resposta depende, como pensamos ter deixado minimamente claro, do caso em apreço. E, a este propósito, julgamos oportuno relembrar as palavras de LUIZ CARLOS GARCEZ NOVAES: “Tanto a identificação papiloscópica quanto a por DNA respondem perfeitamente às duas questões [de identificação em sede de investigação criminal]; quem é a pessoa e se a pessoa está relacionada com aquele crime. (...) O mais importante é que a metodologia implantada, seja qual for, seja correctamente aplicada. Não é o tipo de sistema de identificação que é a chave para o sucesso e sim a chave é a maneira com que toda potencialidade do método é explorada.”⁴¹

§2. A Genética Forense e a sua aplicação na Justiça

A Genética Forense⁴², a par da Medicina Legal e outras ciências forenses (como a Toxicologia), tem, nos últimos tempos, adensado a sua cooperação com o sistema jurídico e seus intervenientes, sobretudo no domínio da actividade pericial⁴³, a qual tem convergido os seus esforços para três áreas principais: a investigação criminal, a

identificador do ADN pode impedir que se encontre realmente a pessoa implicada” (“Relatório – Regime jurídico da base de dados de perfis de ADN” (Junho de 2007), in *www.cnev.pt* (consultado em 27 de Abril de 2011), p. 28).

⁴¹ “A identificação humana por DNA pode substituir a identificação humana por impressão digital?”, *RBCC*, 12 (2004), pp. 251.

⁴² Segundo SÓNIA FIDALGO, “a genética forense consiste na aplicação da análise genética da diversidade humana para a resolução de certos problemas jurídicos que lhe são apresentados” (“Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *cit.*, p. 117). Cientes de que a trivialidade se acha representada na definição avançada, não podemos omitir que “há casos em que é solicitada a sua intervenção na análise de amostras de DNA não-humano, a maior parte das vezes em situações relacionadas com actos criminosos” (PINHEIRO, M. Fátima / CAINÉ, Laura, “Estudo de DNA não-humano”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, p. 163). Nestes casos, o material genético que irá ser analisado provém não de pessoas mas sim de animais, plantas ou, até, de microrganismos (*idem, ibidem*, pp. 164-167).

⁴³ Como nos ensina ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “o cenário de confronto entre vantagens de uma justiça melhor organizada e mais eficiente e defesa de valores fundamentais do processo não justifica, todavia, uma recusa apriorística das inovações tecnológicas” (“A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no «admirável mundo novo»”, *RPCC*, 12 (2002), p. 561). E, por esse facto, não nos cremos nefasta a imiscuição da ciência na área jurídica, antes pelo contrário, uma vez que tal ingerência, além de muitas vezes ser solicitada pelos operadores jurídicos, não tem o objectivo de “substituir os julgamentos por avaliações ou constatações de peritos, mas simplesmente [contribuir] para que os peritos esclareçam os juízes, reduzindo ao mínimo a quota-parte de imprecisão, de incerteza, de subjectividade e de sentimentalidade” (CECCALDI, Pierre Fernand, *A Criminalística* (trad. de Pilar Delvaux), Europa-América, Mem Martins, 1988, p. 16).

identificação (genética) individual de desconhecidos e a investigação de laços de parentesco. Cumpre-nos, ainda que de um modo abreviado (por não ser o objectivo primordial do nosso trabalho), algumas referências a esta matéria, com particular incidência nos problemas ético-jurídicos que convocam, alguns comuns, outros com maior especificidade de uma ou outra área.

Numa óptica mais ampla, os exames de ADN – sobretudo a recolha do material necessário para o efeito e as informações que o mesmo permite obter – podem colidir com alguns direitos constitucionalmente consagrados, como sejam o direito à integridade pessoal, o direito à identidade pessoal (intimamente concatenado ao direito à identidade genética) e o direito à reserva da intimidade da vida privada (ou, como preferimos, o direito à privacidade).

Começando pelo direito à integridade pessoal, este encontra-se consagrado no art. 25.º da CRP e, conforme nos conta VERA LÚCIA RAPOSO, consiste no “direito a não ser agredido nem ofendido – seja no corpo, seja no espírito – por meios físicos ou morais”⁴⁴. Este é um direito que, além da protecção (acrescida⁴⁵) dada pela CRP, encontra também guarida no Direito Penal, em especial nos art.ºs 143.º e ss. do CP⁴⁶. Todavia, a incriminação de comportamentos lesivos da nossa integridade psico-física (e o amparo por ela conferido) admite – e bem, acrescente-se – a verificação de condutas que, apesar de afectarem aquele bem jurídico⁴⁷, não consubstanciam a prática de uma infracção criminosa.⁴⁸ É o que sucede, por exemplo, quando alguém actua ao abrigo do

⁴⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, *BFD – Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, 2010, p. 935.

⁴⁵ Esta protecção majorada provém do facto de que, além de se tratar de um direito fundamental, o direito à integridade pessoal é também considerado como um “direito, liberdade e garantia”, o que faz com que, em conjunto com o regime dos direitos fundamentais, se aplique, for força do art. 17.º da CRP, um regime especial para aqueles. Mais esclarecimentos sobre este assunto ler-se-ão em CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 415 e ss..

⁴⁶ Cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, “Anotação ao artigo 143.º do Código Penal (Ofensa à integridade física simples)”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 203.

⁴⁷ Por bem jurídico entenda-se, com esteio nas palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA, “um pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal” (*Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 174). Para mais informações sobre outras propostas de noção de bem jurídico vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 114-123.

⁴⁸ Referimo-nos às causas de exclusão da ilicitude (art. 31.º do CP) e às causas de exclusão da culpa, circunstâncias que, uma vez verificadas, fazem com que o comportamento humano não seja tido como criminoso porque não se considera, naquelas específicas situações, ilícito ou culposos.

consentimento⁴⁹ do titular do bem que se contunde. Ora, tendo em consideração que a colheita de uma amostra de material biológico implica sempre uma ofensa – ainda que mínima – à nossa integridade psico-física, urge saber se, para aquela colheita, é necessário o consentimento do indivíduo. E, como cremos que facilmente se compreende, o perito que tem a incumbência de tirar uma amostra (seja ela uma amostra de referência ou amostra-problema⁵⁰ em pessoas vivas⁵¹) deve obter o consentimento da pessoa, o qual deve sobrevir ao préstimo de um leque de informações que, em linguagem acessível àquela, esclareça, entre outras coisas, o que se vai recolher, como e com que fundamento. Ou seja, ao consentimento deve previamente existir uma elucidação que o torne um verdadeiro consentimento. Sucede, porém, que há situações em que as pessoas não querem prestar o seu consentimento, conquanto se afigure conveniente a realização da determinação do seu perfil de ADN e ulterior exercício comparativo. Pense-se, *ad exemplum*, num arguido que não tem qualquer interesse em conceder o seu material biológico (porque sabe que o poderia incriminar) ou num pretense pai que não quer submeter-se, no decurso de uma acção de investigação de paternidade⁵², a um exame de ADN. Neste caso, e à luz do enquadramento legislativo em vigor⁵³, o dissentimento do suposto ascendente impede a realização da perícia⁵⁴.

⁴⁹ Como nos ensina EDUARDO CORREIA, “o consentimento que exclui a ilicitude há-de ter natureza jurídica: trata-se de uma vontade que se dirige à renúncia ou ao abandono da protecção jurídico-criminal” (*Direito Criminal*, vol II, Almedina, Coimbra, 2008 (reimp.), p. 25).

⁵⁰ O material biológico que é colhido directamente de pessoas (vivas ou mortas) ou retirado de locais de crime ou de objectos com aquele conexos para ser, posteriormente, analisado, designa-se por amostra. Se a amostra provier de cenas onde ocorreu um delito ou, por qualquer outro motivo, se desconhecer a identidade do seu dador diz-se amostra-problema. Se, diversamente, se conhecer o titular da amostra, diz-se que ela é amostra de referência.

⁵¹ A questão do consentimento para a recolha de material biológico não convoca especiais problemas quando a amostra se encontra num cadáver (ou em restos cadavéricos), seja ele um mero desaparecido (ou, melhor, de identidade desconhecida) e/ou vítima de um crime. Como se perceberá, neste caso, aquele que podia ser considerado ofendido na sua integridade psico-física não está, por força das circunstâncias, apto a prestar o seu consentimento, pelo que este não é exigido. Note-se, porém, que, e até para obviar à eventual prática de crimes de profanação de cadáver, os peritos reclamam, em momento prévio à sua actividade, autorização da competente autoridade judiciária para a realização de autópsia, no seio da qual se colherá o que, tendo como referência o caso concreto, se entender necessário.

⁵² A acção de investigação de paternidade – consequência da procedência de uma acção de impugnação de paternidade – traduz um meio processual de se chegar ao reconhecimento judicial da paternidade. Mais esclarecimentos em COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família*, vol. II, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 203 e ss..

⁵³ Em especial o art. 1801.º do CC.

⁵⁴ Tal recusa não deve, sublinhe-se, ser interpretada como afirmação de uma paternidade que não se quer assumir. Em vez de tal ilação, as regras inerentes à lide processual invertem-se e caberá, desta feita, ao pretense pai provar que não possui o vínculo biológico invocado. Ideia já sufragada pela nossa jurisprudência, de que é exemplo o ac. do STJ de 23 de Fevereiro de 2012, proc. n.º 994/06.2TBVFR.P1.S1, no qual se lê, a certa altura que, “aquele que, culposamente, se recusa a submeter a testes de ADN em acção de investigação de paternidade em que é réu, fica onerado com o encargo de provar que não é o pai, nos termos do art. 344.º n.º 2 do C. Civil”.

Diversamente, e no que toca ao arguido (legitimamente) não colaborante, este pode, como se lê no n.º 1 do art. 172.º do CPP, “ser compelido [a sujeitar-se a exame] por decisão da autoridade judiciária competente”. Isto é, perante a recusa do arguido, a colheita coerciva de ADN, por meio de zaragatoa bucal (que é menos invasiva que a colheita de sangue ou pêlos), pode ser lícitamente efectuada se arrimada numa decisão de um juiz que, “ponderando a necessidade da sua [do exame] concretização e tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”⁵⁵, a autorize.

Por sua vez, o direito à identidade pessoal, plasmado no art. 26.º da CRP, fundamenta-se na garantia “[d]aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível, (...) abrange[ndo] seguramente, além do direito ao nome, um direito à «historicidade pessoal»”⁵⁶, ou seja, o conhecimento da ascendência familiar. E, neste ponto, o direito à identidade pessoal desperta, fatalmente, o direito à identidade genética⁵⁷, o qual pode ser ameaçado pelo conteúdo informativo que uma análise ao perfil de ADN de alguém faculta sobre si e seus parentes. Mais. Como uma inadequada leitura do ADN permite o (indevido) conhecimento de dados sobre a saúde (quer da pessoa que foi submetida a análise, quer dos seus familiares), em causa pode estar igualmente uma violação do direito à reserva da intimidade da vida privada^{58/59}, também ele ancorado no último preceito constitucional mencionado. Não vislumbramos, no

⁵⁵ Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 440.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 462.

⁵⁷ A concretização do direito à identidade genética é fruto da evolução dos tempos e dos saberes, hoje capazes de feitos extraordinários. Como escreveu JOSÉ DE FARIA COSTA, “o inimaginável, o que era do domínio da mais pura ficção, ainda que científica, o que parecia ser só possível aos deuses sofreu a quietude infernal de descer ao patamar das coisas humanas” (“O direito penal e a ciência: as metáforas possíveis no seio de relações «perigosas»”, *AFDUAM*, n.º extraordinário (*Derecho Y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI*), Madrid, 2006, p112). Feitos como a clonagem reprodutiva e a criação de seres híbridos que, porém, são proibidos no nosso ordenamento jurídico. Neste sentido *vide*, entre vários, OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999, *passim*.

⁵⁸ Como nos ensinam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (...) analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *ob. cit.*, p. 467).

⁵⁹ O conceito de vida privada abarca, nas palavras de MARIE THERESE MEULDERS-KLEIN, “tout ce qui est strictement propre à chaque individu : le corps, l’image, le domicile, les allées et venues, les choix existentiels, les relations affectives, sexuelles, familiales, associatives ou professionnelles, les options politiques, philosophiques ou religieuses, le secret des lettres et des communications, le statut familial, l’identité, le nom, l’honneur, la pudeur, l’intégrité physique, les droits moraux, intellectuels et artistiques, ou même économiques et sociaux...” (“L’irrésistible ascension au sein des droits de l’homme”, in SUDRE, Frédéric (dir.) *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme : Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l’Institut de droit européen des droits de l’homme*, Droit et Justice, 63, 2005, pp. 307-308).

entanto, que, no presente contexto forense, se possa operar uma violação destes direitos, visto que, e em geral, há uma malha da nossa normatividade (legislativa mas também, reconhecemo-lo, regulamentar) de cariz securitário, que define os parâmetros de actuação dos profissionais envolvidos e, entre muitos outros aspectos, determina que os marcadores genéticos a utilizar, além de serem preferencialmente oriundos do ADN não codificante, não podem, à luz dos conhecimentos actuais, dar qualquer informação sobre características do dador da amostra biológica, ressalvado o género, o qual é discriminado pela amelogenina.

Perscrutada uma abreviada visão jurídico-constitucional dos direitos que comumente afectam as várias áreas de intervenção da Genética Forense, centremo-nos, agora, em dois ou três aspectos que, não obstante a sua especificidade, não deixam de ser problemáticos no âmbito em que se inserem.

O processo penal inaugura os seus trâmites processuais com a denúncia do cometimento de uma infracção criminosa⁶⁰, a qual será objecto de investigação pelas entidades competentes⁶¹. Aberto o inquérito, são encetadas as diligências necessárias para averiguar se foi praticado ou não algum crime e, em caso afirmativo, quem foi responsável pelo mesmo. Ou, dito de outra forma, são carreadas, para o processo, os meios de prova que vão permitir ao Ministério Público (no fim do inquérito) e/ou ao magistrado judicial (no desfecho da – eventual – instrução⁶², do julgamento⁶³ e, havendo, do recurso⁶⁴) deliberar fundamentadamente o rumo daquele. No rol das provas permitidas – ou seja, aquelas que, nos termos do n.º 1 do art. 125.º do CPP, não forem “obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa a integridade física ou moral

⁶⁰ Cfr. art. 262.º do CPP.

⁶¹ Cfr. art.ºs 263.º e ss. do CPP.

⁶² A instrução é uma fase processual facultativa (art. 286.º, n.º 2, do CPP) que “visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento” (art. 286.º, n.º 1, do CPP). Realiza-se, por isso, somente quando é pedida, enquanto forma de recorrer judicialmente do despacho que o Ministério Público profere no encerramento do inquérito, pelo arguido (nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 287.º do CPP) ou pelo assistente (de acordo com o disposto na al. b) do n.º 1 do art. 287.º do CPP).

⁶³ É, acreditamos, e a par do inquérito, um dos trâmites processuais mais relevantes no Direito Penal adjectivo. No julgamento, fase comum às várias formas que o processo penal assume no nosso ordenamento jurídico (processo comum e processos especiais: sumário, abreviado e sumaríssimo), procede-se à produção de prova dos factos que foram imputados ao arguidos na acusação e/ou despacho de pronúncia, a qual tem lugar numa audiência, em regra, pública e que culmina com uma decisão de apreciação da matéria factual em apreço, responsabilidade do(s) arguido(s) e, se for condenatória, na concretização da sanção(/ões) jurídica(s) a aplicar.

⁶⁴ O recurso, fase eventual, corresponde à impugnação das decisões tomadas no decurso de um processo penal, as quais serão reapreciadas por um tribunal diferente daquele que as emanou.

das pessoas” – encontramos o exame e, sequente, perícia⁶⁵ de ADN ao arguido⁶⁶. E pensamos que, para efeitos de recolha coerciva de material genético em arguido – hoje licitamente admitida, desde que autorizada por entidade judiciária competente, conforme vimos anteriormente –, o busílis que se pode apontar consiste numa indesejada violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o qual visa “garantir que o indivíduo não será reduzido a mero objecto da actividade estadual”⁶⁷, amparando, entre outros, o direito ao silêncio do arguido (e o impedimento de se tirar conclusões do compreensível emudecimento do sujeito processual que curamos). Decorrente da presunção de inocência, cristalizada no n.º 1 do art. 32.º da CRP, o direito do arguido em não se auto-incriminar e, concludentemente, recusar colaborar com as autoridades, pode sofrer uma velicação com a autorização do juiz para a recolha de ADN sem a aquiescência do respectivo proprietário. Para averiguar se o referido princípio é, nesta situação, beliscado por uma simples zaragatoa bucal, a dogmática jurídico-penal tem centrado a sua discussão, não no reconhecimento daquele princípio (consensualmente aceite), mas sim no seu alcance. Isto é, para os penalistas, a questão que ora nos ocupa tem de partir da “distinção entre uma actividade ou acção positiva e o mero tolerar passivo de uma actividade de terceiro – só no primeiro caso estaria a violar-se o princípio *nemo tenetur*”⁶⁸. E, depois, é imperioso perceber se a legitimamente imposta realização da zaragatoa bucal é uma acção do arguido ou, ao invés, um mero tolerar o comportamento de outrem. Questão ilusoriamente simples, mas os seus contornos são turvos: a destrinça não é, na prática, tão incompleta porque o arguido, além de ser

⁶⁵ A perícia corresponde a uma prova que “tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos” (art. 151.º do CPP). E, por isto, diferencia-se do exame que consiste, em bom rigor, num meio de obtenção de prova através do qual se “inspeccionam (...) os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido” (art. 171.º, n.º 1, do CPP). No que aos perfis de ADN diz respeito, “a avaliação de vestígios humanos para identificação do ADN é um exame, mas a sua comparação com o ADN de outras pessoas é uma perícia. No primeiro caso (identificação do ADN nos vestígios humanos), há apenas uma detecção de vestígios que exige especiais conhecimentos científicos. No segundo caso (comparação dos vestígios humanos com o ADN de outras pessoas), há uma avaliação de vestígios que exige especiais conhecimentos científicos.” (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 434).

⁶⁶ Como dispõe o art. 57.º, n.º 1, do CPP, “assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução”. E, acrescentamos, toda a pessoa que, nos termos dos art.ºs seguintes, for constituída como tal. Mais informações observar-se-ão em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, *ob. cit.*, pp. 171 e ss..

⁶⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, “A vida num código de barras”, *cit.*, p. 958.

⁶⁸ FIDALGO, Sónia, (“Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *cit.*, p. 141.

sujeito processual, também é (*rectius*, pode ser) objecto de prova e, por isso, pode ser obrigado a tolerar determinadas acções de terceiros.⁶⁹ E, por isso, a dúvida persiste: pode-se afirmar que uma pessoa, que fecha deliberadamente a boca para evitar a colheita de ADN, apenas tolera o comportamento de terceiros quando estes, com auxílio da força, realizam uma zaragatoa bucal? Ou, diferentemente, o arguido tem, nesta situação, uma acção positiva, ainda que antagónica ao que se lhe pede? Longe de uma resolução linear, pensamos que assiste razão aos Autores que, como SÓNIA FIDALGO⁷⁰ e VERA LÚCIA RAPOSO⁷¹, consideram que a obtenção compulsiva de ADN não melindra o princípio *nemo tenetur se ipsum accusar*.⁷² Isto porque o deixar colher (coercivamente⁷³) a amostra não significa o reconhecimento da prática de qualquer delito. Tal como a recusa em fornecer uma amostra do seu material genético não deve ser automaticamente entendida como uma declaração de culpa, uma tácita confissão da autoria do crime em investigação. E, além disso, o resultado final pode, pela incerteza da própria perícia, sustentar uma condenação ou uma absolvição.

Por sua vez, a identificação genética individual de desconhecidos⁷⁴ pode também oferecer algumas questões problemáticas. Além do consentimento e de alguns direitos que estão umbilicalmente implicados com a nossa identidade (como o direito à

⁶⁹ Como nos elucida JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “o arguido pode constituir (...) meio de prova e, na verdade, em um duplo sentido: a) em sentido material, através das declarações prestadas sobre os factos (...); b) em sentido formal, na medida em que o seu corpo e o seu estado corporal podem ser objecto de exames” (*Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004 (reimp.), pp. 437-438).

⁷⁰ “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *cit.*, p. 142.

⁷¹ “A vida num código de barras”, *cit.*, pp. 959-960.

⁷² Com similar entendimento cfr. CUESTA PASTOR, Pablo José, “Los mecanismos de identificación y su uso en el proceso penal: Interrogantes a propósito de la «huella de ADN»”, in ROMEO CASABONA (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Editorial Comares, Bilbao, Granada, 2002, p. 84.

⁷³ Conquanto se espera que sejam raríssimos os casos em que tal se revele necessário, pensamos que o recurso à força para colheita de uma amostra biológica, por meio não invasivo como a zaragatoa bucal, é, à luz do presente quadro normativo, lícito, “justificando-se, plenamente, essa restrição da autonomia pessoal, quando comparada com o dever de o Estado realizar a justiça material e assegurar a segurança das pessoas, uma finalidade constitucionalmente legítima” (SILVA, Inês Torgal Mendes Pedrosa da, “A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal”, *LM*, 8 (2011), p. 162).

⁷⁴ As principais áreas de aplicação da identificação genética são a identificação genética de cadáveres (mesmo que após a sua inumação) ou restos cadavéricos (nos quais se podem incluir material fetal) e a identificação de amostras. A este respeito, importa esclarecer que podemos estar perante uma simples identificação civil (v.g., um cadáver de uma pessoa com uma idade avançada que surge num determinado local, sem sinais de ter sido objecto de violência de terceiros, e que, por falta de documentos identificativos e outros elementos que permitam indicar de quem se trata, exige uma confirmação genética, o que pressupõe a existência, como é bom de ver, de amostras de referência) e/ou um cenário de crime (não forçosamente de homicídio); tudo depende do factualismo de cada situação. Para ilustrar uma situação de identificação de amostra que não se enquadra numa investigação criminal lembre-se o compreensível desejo que uma pessoa terá em saber se a parte do seu corpo que foi objecto de uma biópsia (e cujo resultado lhe trouxe notícias menos agradáveis) lhe pertence mesmo ou se houve um engano no seu procedimento analítico-interpretativo.

integridade pessoal e o direito à reserva da nossa vida privada, já anteriormente considerados), outros há que podem ser feridos com uma identificação civil ancorada numa análise genética. Suponha-se, a título meramente exemplificativo, que uma pessoa (designemo-la por A), conhecida como um paradigma comportamental, se ausentou do seu círculo familiar e de amigos para se dedicar a actividades socialmente (mas só socialmente!) reprováveis, como estar intimamente com outrem que não o seu cônjuge. Durante o seu reduto, e durante um passeio pelo campo, A tem um acidente vascular cerebral e morre. Dias mais tarde, o corpo é encontrado e o seu estado de putrefacção vai solicitar uma confirmação genética da sua identidade, a qual A tentou, pelo seu estatuto e pelas circunstâncias em que se encontrava momentos antes da sua defunção, esconder. Se A não tivesse falecido e se – acrescente-se – não fosse necessário proceder a uma identificação genética do cadáver, o seu paradeiro (ou, pelo menos, a sua companhia) continuaria legitimamente desconhecido, abrigando-se tal ignorância no direito à privacidade, um direito que assiste a qualquer um de nós pelo simples facto de sermos seres humanos. No âmago deste direito, vozes se têm feito ouvir sobre um possível (sub)direito a não se saber onde a pessoa se encontra (ou encontrou), direito este que, *in casu*, poderia tornar-se um obstáculo à identificação genética, visto que, ao ter-se (quase) a certeza de que o corpo encontrado correspondia a A, outras informações seriam divulgadas e, ainda que o fossem num círculo restrito de pessoas próximas do defunto, a sua reputação não permaneceria indemne. Temos para nós, porém, que o direito a não saber⁷⁵, aqui tido como o direito a não se saber onde a pessoa está (ou esteve), não tem autonomia suficiente para se destacar do direito à privacidade. O local onde estamos, o sítio para onde vamos e as pessoas que nos acompanham são situações que cabem perfeitamente no direito à privacidade. Aceitar a independência daquele direito conduziria a uma indesejada e desnecessária desfragmentação do direito à privacidade e, em vez deste, passaríamos a ter – por razões de equidade entre os vários aspectos que ele abrange – vários “subdireitos” ou direitos menores, como seriam, o direito a não se saber qual o estado de saúde de uma pessoa, o direito a que os outros não conheçam os nossos dados financeiros, o direito a que não se saiba o que fazemos nos tempos livres... Note-se que, apesar de não reconhecermos autonomia àquele direito, não abjuramos que A (e qualquer pessoa) tem o direito a que o seu paradeiro

⁷⁵ Que este direito de que falamos não se confunda com o direito que o doente tem a não saber de que patologia padece e questões a ela atinentes, um direito que, na actual perspectiva da relação médico-doente, é corolário da liberdade deste.

permanença sigiloso; mas, cogitamos, o que ampara o secretismo do sítio onde A se encontrava é o direito à privacidade. Recuperando a hipótese bosquejada anteriormente, não negamos que A tenha o direito a manter só para si (ou para um número de pessoas que delimite) o local onde está e o que faz. Todavia, o seu óbito, uma circunstância não planeada – conquanto de verificação certa –, impõe, na nossa singela opinião, uma preterição do direito à privacidade em nome do direito à identidade. Isto porque o falecimento de A, melhor, a descoberta de um cadáver reclama o estabelecimento da sua identidade, o que não corresponde apenas, sublinhe-se, à mera atribuição do nome a alguém que já não está entre nós. Identificar um corpo é informar uma família que perdeu um elemento; é a dissolução de um matrimónio (se existir); é abrir um processo sucessório e proceder à transferência da propriedade (ou outros direitos que o falecido tivesse) de bens; é a aquisição de novos direitos por parte de herdeiros... Posto isto, e ainda que a imagem de A fique abalada, é importante cedermos no seu direito à privacidade e logarmos uma identificação positiva, com todas as consequências (normais) que isso acarreta.

A investigação de laços biológicos de parentesco⁷⁶ é, como já se mencionou, uma das áreas que solicita⁷⁷, amiúde, perícias genéticas. E engana-se quem pensar que estas se circunscrevem aos casos de investigação de paternidade (sequentes da ausência da menção do progenitor no acto do registo do nascimento ou posteriores a uma acção de impugnação de paternidade que fez vencimento); as análises requeridas aos laboratórios de Genética Forense (do INML, I.P. ou de entidades privadas devidamente credenciadas para o efeito) podem reportar-se a investigações de maternidade (em condições similares às da investigação de paternidade, às quais se adicionam casos de possíveis infanticídios), de irmãos (não apenas de irmãos consanguíneos ou uterinos, mas também de irmãos germanos que possam, por exemplo, ter sido separados à nascença) ou estudos das linhas paternas e/ou maternas. Ora, como perícia genética que é, pode ser-lhe apontado algum dos problemas que anteriormente discutimos, nomeadamente sobre o consentimento do dador da amostra. Mas, as perícias genéticas

⁷⁶ Permitam-nos, em jeito de nota parentética, uma explicação pela nossa preferência terminológica “parentesco” (ou “parente”), no presente contexto. O conceito de família é, no nosso ordenamento jurídico, composto pelos parentes e pelos afins. Neste caso, o vínculo que os aproxima é o matrimónio (cfr. art. 1584.º do CC) e, por isso, os afins não partilharam laços sanguíneos. No outro caso, o “parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum” (art. 1578.º do CC) e, assim sendo, os parentes compartilharam algumas semelhanças genéticas, as quais aumentam com a proximidade geracional e, inversamente, diminuem com o seu afastamento.

⁷⁷ Uma solicitação que pode ser feita pelos tribunais mas também por particulares.

de investigação de laços de parentesco convocam, igualmente, complicações próprias. Reflecta-se, a título meramente exemplificativo, nos constrangimentos que podem surgir se, no decurso daquela, se descobrir vínculos biológicos desconhecidos. O passado mostra-se com o que se tentou ocultar e pode fazer sérios estragos no presente. Além de quebrar ligações familiares que se tinham como verdadeiras (biologicamente falando), o conhecimento do pretérito pode pôr a nu situações de abuso sexual, com tudo o que tal notícia implica (v.g., vergonha da vítima por se saber o que ela sofreu, destruturação familiar e, eventualmente, nascimento ou acréscimo de dificuldades económicas com a aplicação de medidas processuais ao agressor). Mas mais: estas revelações que a Genética possibilita sobre o conhecimento de ligações familiares ignoradas podem, igualmente, ter implicações sucessórias⁷⁸, nos direitos e deveres atinentes ao exercício das responsabilidades parentais (e, portanto, não só quanto a alimentos, mas também quanto a decisões sobre a educação, saúde e outros assuntos que os pais têm de decidir pelo e em função do menor)⁷⁹ e nos impedimentos matrimoniais⁸⁰, entre outros⁸¹. E, a par destes, não nos esqueçamos dos problemas que podem surgir se a perícia genética revelar uma adopção ignota. Se uma pessoa tiver adoptado plenamente outra, esta adquire, por força do regime legal vigente, “a situação de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais”⁸². O adoptado é, portanto, tratado como se fosse descendente biológico e este tratamento pode fazer com que os pais adoptivos não lhe comuniquem a inexistência de laços de sangue entre eles. Se, mais tarde, for necessário realizar, por exemplo, um estudo de uma linha parental, a informação que Genética terá para comunicar é, infalivelmente, enviesada por um desconhecimento dos reais vínculos biológicos. Uma dificuldade que, além de dar a conhecer o pretérito de alguém – e, previsivelmente, causando-lhe algum (compreensível) tumulto emocional –, pode impossibilitar uma identificação.

⁷⁸ Sobretudo – mas não exclusivamente – no que diz respeito à sucessão legitimária, isto é, “[à]quela que é deferida por lei, que não pode ser afastada pela vontade do *de cuius* e que respeita à porção de bens de que o autor da sucessão não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários” (SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 44-45). Cfr. art.ºs 2156.º e ss. do CC.

⁷⁹ Cfr. art.ºs 1874.º e ss. do CC.

⁸⁰ Cfr. art. 1602.º do CC.

⁸¹ Sobre os efeitos do parentesco *vide* – numa leitura que, não obstante a desactualização terminológica, se revela sumariamente informativa – COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família*, vol I, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 43-46.

⁸² COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família*, vol I, *ob. cit.*, p. 83. Cfr. art.ºs 1973.º e ss. do CC (mormente o art. 1986.º desta compilação jurídica, norma dedicada aos efeitos da adopção plena).

Expliquemo-nos melhor: se, por mera hipótese académica (que, embora improvável, não é impossível), for necessário realizar uma identificação genética a um cadáver – que surja num estado tal que a reclame –, e não se tiver amostras de referência do próprio (entenda-se, de quem se presume ser), pode-se recorrer a amostras de parentes. Como certamente já se adivinhou, se o familiar que disponibilizar para servir de comparação para o estudo genético (aqui familiar e, concomitantemente, identificativo) tiver sido adoptado, o resultado será uma exclusão (do laço de parentesco que possa estar em causa que não é forçoso ser, como já vimos, de paternidade) e, simultaneamente, o não estabelecimento da identidade do falecido, apesar dele ser quem se presume que seja. Claro que, como é salutar notar, esta situação não é exclusiva da adopção; ela pode surgir igualmente nos laços de parentescos desconhecidos (v.g., quando alguém pensa que é filho de determinada pessoa e esta não é, afinal, o seu pai). Todavia, neste caso, existirá, em princípio, partilha do património genético com um dos seus progenitores (que o é de facto) e, deste modo, sempre se obterá mais informações sobre as relações familiares existentes. Sublinhe-se, ainda, que a realidade é muito mais fértil que os exemplos avançados a este propósito e, por isso, cada caso deve ser tratado como ele é: único; exigindo dos peritos, e de outras pessoas que tenham acesso aos dados da análise genética, cuidados interpretativos que, de resto, não são singulares na peculiaridade mas sim triviais na prática corrente.

CAPÍTULO II

Bases de dados de perfis de ADN com interesse forense

§1. Bases de dados genéticos: (brevíssimas) considerações gerais

A descoberta do ADN e das suas potencialidades alimentou, no ser humano, o desejo de proceder ao arquivamento de amostras biológicas e/ou de perfis genéticos previamente determinados, aos quais se juntariam, imperiosamente, algumas informações pessoais do titular do ADN (v.g., nome, sexo e idade), imprescindíveis para efeitos de identificação. Situação que, como é bom de ver, não é em si uma novidade, uma vez que as bases de dados há algum tempo que vêm sendo utilizadas, muito em parte estimuladas pelos contínuos e crescentes desenvolvimentos técnico-tecnológicos, *maxime* no âmbito da informática.

A função primordial de uma base de dados consiste no arquivo de determinadas informações, cujo conteúdo varia consoante o objectivo da própria base, o qual é, na realidade, grandemente diversificado. Pense-se, por exemplo, no repositório que uma entidade, prestadora de determinados serviços (v.g., comunicações, entretenimento, água, luz ou gás), terá sobre os seus clientes, serviços por eles solicitados e os que estão (ou não) solvidos. Considere-se, também, o acervo informativo que as instituições bancárias possuem sobre os seus depositantes, devedores e credores. As hipóteses, não sendo infundáveis, são esgotantemente fartas.

Mas, e para não nos perdermos na teia relacional que a informática permite urdir, foquemo-nos, doravante, nas bases de dados genéticos e biobancos de materiais da mesma índole, os quais, sublinhe-se desde já, não esgotam as suas finalidades no contexto forense. Como escreveu JEAN E. MCEWEN, “DNA data banks and DNA banks can be used for a variety of purposes and are emerging in a range of settings”⁸³. E, bem vistas as coisas, o estabelecimento da identidade de uma pessoa com intuídos civis e/ou criminais não constitui a primitiva finalidade destes depósitos de dados e produtos biológicos. Estes foram criados, inicialmente, com propósitos clínicos e de investigação

⁸³ “DNA Data Banks”, in ROTHSTEIN, Mark A. (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, Yale University Press, Yale, 1997, p. 231.

médico-científica, como o estudo de determinadas patologias, a crioconservação de células estaminais do cordão umbilical e a averiguação de (in)compatibilidade entre dadores e receptores (para efeitos de transplante de órgãos, tecidos ou células), entre outros. Todavia, e após se tomar consciência do potencial identificativo do ADN⁸⁴, já então usado em perícias isoladas, se começou a enveredar esforços para que as bases de dados e biobancos pudessem ser úteis na administração da Justiça, nomeadamente permitindo identificar quem se desconhecia ser e correlacionado crimes e seus autores, como veremos, com alguma pormenorização, no § seguinte.

Não se pense, porém, que a plural existência de bases de dados genéticos é aceite de forma pacífica, antes colhendo fortes críticas.⁸⁵ Uma das críticas mais recorrentes prende-se com o possível acesso de terceiros ao ADN que consta nas bases de dados e, conseqüentemente, às informações (sobre o seu titular e familiares) que aquele pode facultar.⁸⁶ Mas, como certamente já se adivinhou, este óbice é resultado de um confusão conceptual entre base de dados genéticos e biobanco.

Se uma base de dados corresponde, grosso modo, a uma compilação organizada de determinadas informações, uma base de dados genéticos⁸⁷ consistirá, concludentemente, num metódico arquivo de inculcas atinentes ao nosso genoma (ou,

⁸⁴ Característica que faz com que o perfil de ADN seja denominado como “impressão digital genética” ou, como preferimos nas palavras de LUÍS ARCHER, “uma impressão digital, não de superficialidade dérmica mas de profundidade genómica” (*Da Genética à Bioética*, Associação Portuguesa de Bioética, Serviço de Bioética e Ética (FMUP), Coimbra, 2006, p. 171).

⁸⁵ Nem todas específicas deste tema, antes dizendo respeito, de um modo geral, às análises e perícias de ADN. Recuperamos, por isso, *mutatis mutandis*, o que dissemos no capítulo precedente, mormente nas eventuais colisões com direitos fundamentais. E, no que toca aos problemas mais exclusivos de bases de dados com determinadas finalidades (em particular, finalidades conexas à Justiça e sua administração), remetemos para o § que se segue.

⁸⁶ Ou seja, existe o receio, por parte de algumas pessoas, que se opere “la difusión de datos genéticos a terceros, especialmente a entidades tales como compañías de seguros, empresas, organismos oficiales, etc, supone un grave atentado contra la intimidad y pone en peligro numerosas expectativas de los interesados” (FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio, “La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delinquentes: aspectos procesales”, in ROMEO CASABONA (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Editorial Comares, Bilbao, Granada, 2002, p. 182).

⁸⁷ Impõe-se-nos uma clarificação quanto à terminologia empregue no presente trabalho. Reconhecemos que, em bom rigor, “perfil genético” e “perfil de ADN” são conceitos que comportam significados diferenciados, sendo o primeiro, e se bem os compreendemos, mais extenso do que o segundo. Os dados genéticos são “all data, of whatever type, concerning the hereditary characteristics of an individual or concerning the pattern of inheritance of such characteristics within a related group of individuals” (noção que se pode ler na Recomendação do Conselho da Europa n.º R (97) 5, de 13 de Fevereiro de 1997), enquanto que o perfil de ADN, ao ser composto por marcadores genéticos derivados da análise de ADN não codificante, não disponibiliza, segundo os conhecimentos actuais, qualquer tipo de informação sobre caracteres que se transmitam hereditariamente ou possíveis doenças de que o dador da amostra seja (ou venha a ser) portador. E, por esta razão, há Autores que, como FRANCISCO CORTE-REAL, dão primazia à segunda opção terminológica (cfr. “Bases de dados genéticos com fins forenses”, *DJ*, vol. especial (2004), p. 142). Contudo, e não obnubilando o relevo desta distinção, optamos, no decurso deste pequeno trabalho, por um uso (quase) indiscriminado daquelas expressões.

melhor dizendo, a particulares características deste, dependendo da finalidade da base).⁸⁸ O biobanco, por sua vez, é composto por amostras de material biológico e produtos delas provenientes. Neste caso, mais do que informações, partes de nós (literalmente) – sejam sangue, pêlos ou bocados de órgãos, por exemplo – são guardadas em locais devidamente autorizados para o efeito e de acordo com as finalidades a que se propõem.⁸⁹

Recuperando a questão que anteriormente havíamos deixado sem resposta, cremos que é perceptível que a crítica formulada à base de dados genéticos, a ter razão de ser, tê-la-á não quanto a esta mas sim, e em casos que certamente serão excepcionais, quanto aos biobancos e ao armazenamento de amostras de material biológico em geral.⁹⁰ Dito de outra forma, o acesso indevido – que muitos receiam ser possível – às amostras biológicas, querido por alguns, é um obstáculo que deve ser enquadrado e resolvido em qualquer caso em que se armazene aquelas amostras, o que não sucede na base de dados de perfis de ADN.⁹¹ Esta, ainda que congregue informações genéticas (*rectius*, o perfil de ADN), não possui mais esclarecimentos do que umas letras e números numa combinação que, em princípio, apenas corresponde a uma pessoa. Não releva dados de saúde ou outras características hereditárias. E, como o material biológico de onde se extraiu o perfil já foi destruído, dificilmente se obterá algum tipo

⁸⁸ Como o nosso estudo se debruça, em primeira linha, sobre a base de dados de perfis de ADN com fins forenses, parece-nos oportuno relembrar a definição que a lei nos oferece. Assim, por base de dados de perfis de ADN, o legislador entendeu ser “o conjunto estruturado constituído por ficheiros de ADN e ficheiros de dados pessoais com finalidades exclusivas de identificação” (al. 1) do art. 2.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro).

⁸⁹ Ou, como nos diz HELENA MONIZ, “entende-se por biobanco ou banco de produtos biológicos qualquer repositório de amostras biológicas ou seus derivados, com ou sem tempo delimitado de armazenamento e que inclua amostras identificadas ou identificáveis” (“Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *RPCC*, 12 (2002), p. 244). Uma definição que preferimos em detrimento daquela que é apresentada na al. m) do art. 2.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, a qual é, na nossa perspectiva, censurável porque inclui, escusadamente, na definição as finalidades do biobanco.

⁹⁰ Como escreveu ALICE ANDREOLI, “le coeur du débat porte sur l’utilisation potentielle de cês informations génétiques: non pas tant des profils, qui ne sont utiles que pour identifier une personne, mais des échantillons ADN eux-mêmes, qui pourraient fournir des informations portant atteinte à la vie privée, comme l’état de santé, les liens de famille.” (*L’histoire controversée du TEST ADN (Entre crimes, mystères et batailles légales)*) (trad. de Sophie Lem), Belin, Paris, 2010, p. 178)

⁹¹ E, neste sentido, razão tem FRANCISCO CORTE-REAL quando afirma que “the problem is not specific to the DNA databases but to the forensic DNA analysis in general” (“Forensic DNA Databases”, *FSI*, 146S (2004), p. S144), pois, bem vistas as coisas, qualquer amostra biológica que seja guardada para análise está sujeita, em termos hipotéticos, a ser indevidamente acedida e, eventualmente, alterada. Cfr. ainda MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel, “Creación de bases de datos de ADN de individuos con fines de identificación criminal”, in MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 293-301.

de informações sobre específicos caracteres individuais, pelo que consideramos seguro a utilização das bases de dados de perfis de ADN.⁹²

§2. Bases de dados de perfis de ADN com relevo para a administração da Justiça

Como resulta do § anterior, as bases de dados genéticos com interesse forense são aquelas que se destinam, com intento exclusivo ou de finalidades combinadas, a auxiliar a investigação criminal e a identificação civil.⁹³ Estes propósitos não são, porém, bem aceites por todos; contudo, cremos não andar longe da verdade ao afirmarmos que, entre nós, a finalidade de investigação civil é mais difícil de aceitar do que a de investigação criminal.

Uma base de dados que tenha como fito, exclusivo ou não, a identificação civil pretende, como facilmente se depreende, proceder ao estabelecimento da identidade de pessoas que se desconhecem ser. E, por este facto, tende-se a invocar situações de grandes catástrofes e desastres naturais, os quais provocam, em regra, um grande número de desaparecidos.⁹⁴ Como se sabe, e felizmente que assim é, estes eventos são de excepcional ocorrência, pelo que muitos não encontram justificação para que se tenha um arquivo pronto a funcionar para casos que raramente acontecem. Acontece, contudo, que não são apenas estes casos que podem fundamentar a criação e manutenção de uma base de dados com fins de identificação civil; outros há que, não

⁹² Como veremos infra, a Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, criou uma base de dados de perfis de ADN e, concomitantemente, um biobanco para amostras-problema e amostras de referência para efeitos de identificação civil com vista à “realização de análises e contra-análises necessárias às finalidades de identificação civil e de investigação criminal” (art. 32.º do referido diploma legal). Nestes casos poder-se-ia equacionar se existe ou não o perigo de alguém, inadvertidamente, aceder ao material biológico armazenado. Todavia, como pensamos já ter deixado claro, este risco é inerente à guarda de qualquer amostra e, por esse facto, respeitante apenas a biobancos e não a bases de dados. E, tendo em consideração as garantias que aquele diploma apresenta quanto à conservação das amostras (em particular nos seus art.ºs 31.º e 33.º), o medo de alguém lhes aceder sem que tenha, para isso, competência e autorização é, acreditamos, real mas diminuto.

⁹³ Para uma breve leitura sobre os tipos de bases de dados de perfis de ADN *vide* LORENTE ACOSTA, José Antonio, “Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN”, in ROMEO CASABONA (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Editorial Comares, Bilbao, Granada, 2002, p. 6.

⁹⁴ A par destas ocorrências, outras existem, como os conflitos bélicos, que podem provocar um elevado número de óbitos cuja identidade se desconhece. Todavia, reconhecemos que o nosso país não viveu, num pretérito mais próximo, “períodos de conflitos sociais agudizados, nem guerras civis, nem regimes ditatoriais, nem fenómenos episódicos de eliminação dos direitos fundamentais” (parecer CNDP n.º 18/2007, de 13 de Abril de 2007) e, por isso, partimos do princípio de que seria mais fácil existir um acidente ou desastre natural de grandes proporções do que um conflito armado.

fora a existência de uma base de dados de perfis de ADN constituída com tal propósito, dificilmente seriam objecto de identificação. Referimo-nos, por exemplo, a cadáveres não identificados que, com mais frequência do que se possa pensar, são inumados sem um nome, uma família, uma morada. Mas será a base de dados de perfis de ADN efectivamente vantajosa neste ponto?

Como se sabe, o estabelecimento da identidade de uma pessoa pode assentar, desde logo, nas características físicas, como traços fisionómicos, sexo, estatura, cicatrizes e tatuagens, entre outros, mas também pode ser alcançado pelo espólio que detém (roupa, calçado, adornos...). Este é o ponto de partida. Todavia, o estado dos cadáveres (ou restos cadavéricos)⁹⁵ nem sempre permite que se possa ajuizar sobre estes aspectos e, quando assim é, é imperativo recorrer-se à Medicina Dentária, à Dactiloscopia e, com último recurso (porque mais dispendioso e moroso), à Genética Forense.⁹⁶ A análise genética é, assim, mais um método identificativo que, com graus de probabilidade elevada, pode informar quem é a pessoa que se investiga ser.⁹⁷ Sucede, porém, que, e como vimos no capítulo anterior, este método também tem as suas imperfeições. Recorde-se, por exemplo, que a qualidade da amostra é determinante para se conseguir ou não um resultado. E que este pode, por variadas razões (v.g., transferências e contaminações), não ser fidedigno.⁹⁸ Vicissitudes acrescidas se a

⁹⁵ É bom notar que a utilização de uma base de dados genéticos com intuito meramente identificativo não se circunscreve à necroidentificação. E, por isso, não nos repugna que este arquivo de inculcas possa revelar-se útil no desaparecimento de uma pessoa que, embora estando viva não é capaz de, pela sua idade (por exemplo, uma criança que ainda não fale) ou pelas suas diminutas (ou, até, inexistentes) capacidades de locução e/ou entendimento, fornecer informações sobre quem possa ser. Claro que, como bem se compreenderá, o recurso a uma base de dados será, ainda assim, e para esta situação em particular, mais uma hipótese teórica que uma ferramenta prática, na medida em que outros meios identificativos (v.g., impressões digitais) serão, em princípio, suficientes. E, mesmo que aqueles não se mostrem profícuos, a análise de ADN irá, em princípio, ser tratada como um caso isolado, por comparação directa com as amostras de referência (do próprio ou de familiares) de quem se presume ser. Todavia, na raríssima possibilidade de existirem várias pessoas desaparecidas com idênticas características, que não tenham sido objecto de recolha das suas impressões digitais e cujos registos dentários sejam inexistentes (ou insuficientes), parece-nos de admitir a utilização da base de dados de perfis de ADN.

⁹⁶ Como nos elucida MARIA CRISTINA DE MENDONÇA, “a necroidentificação, em cadáveres não esqueletizados, baseia-se em dois grandes grupos de técnicas: 1. As chamadas técnicas NÃO CIENTÍFICAS” ou de presunção, entre as quais se incluem os exames gerais [como o sexo, idade aparente, peso e estatura] e os exames radiológicos; 2. As técnicas CIENTÍFICAS, a saber os exames de medicina dentária forense, a dactiloscopia e a genética forense.” (“A investigação forense em catástrofes”, in PEREIRA, M. Fátima Pinheiro (org.), *CSI Catástrofes*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2009, p. 49) Mais desenvolvimentos ler-se-ão, por exemplo, em SAUKKO, Pekka / KNIGHT, Bernard, *Knight's Forensic Pathology*, 3.^a ed., Arnold, Londres, 2004, pp. 99 e ss.).

⁹⁷ “DNA is just another piece in the puzzle to help to determine the identity of remains that had never been identified using non-genetic approaches” (AAVV, “Social benefits of non-criminal genetic databases: missing persons and human remains identification”, *IJLM*, 116 (2002), p. 190).

⁹⁸ Sobre este ponto aconselha-se uma adaptada mas, cremos, esclarecedora leitura de PINHEIRO, M. Fátima, “Identificação de vítimas de catástrofes. Análise de DNA”, in PEREIRA, M. Fátima Pinheiro (org.), *CSI Catástrofes*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2009, pp. 68-73 e CAINÉ, Laura /

amostra que se pensa ser de referência de um parente não o é efectivamente e, em vez de ajudar, só complica a identificação. Face ao exposto, será que se pode encontrar alguma bondade na criação e manutenção de uma base de dados com esta finalidade de identificação? Autores como JOSÉ DE FARIA COSTA⁹⁹ revelam alguma resistência a este propósito, não tanto na finalidade da base de dados de perfis de ADN, mas mais quanto aos possíveis usos e abusos que aquela, coberta com o argumento de que a sociedade clama por certeza e segurança no momento de enterrar os seus mortos¹⁰⁰, possa, no futuro, vir a ser alvo.¹⁰¹ Os legítimos defensores deste fim identificativo de um acervo informativo desta natureza podem, em contrapartida, argumentar que tais medos são infundados, pois aquele apenas guarda e compara um conjunto de letras e números e não conserva produtos biológicos. Pelo que não há perigo de aceder a dados que se querem sigilosos.¹⁰² E esta protecção estende-se também à utilização exclusiva de

PINHEIRO, M. Fátima, “Vicissitudes da análise de DNA na identificação de vítimas de catástrofes”, in PEREIRA, M. Fátima Pinheiro (org.), *CSI Catástrofes*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2009, pp. 113-114.

⁹⁹ Cfr. “O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*)”, in COSTA, José de Faria, *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 39-40. Uma posição que melhor se compreende se tivermos em conta que o aludido Autor entende que “o direito penal deverá continuar a ser dogmaticamente fundado no horizonte de um Estado de direito democrático de matriz liberal” (COSTA, José de Faria, “Poder e Direito Penal (Atribuições em torna da liberdade e da segurança)”, *RLJ*, 136 (2007), p. 156) e que “funcionalizar o direito penal à segurança (...) é perder a liberdade de ser em segurança ou alienar a segurança de ser em liberdade” (*idem, ibidem*).

¹⁰⁰ Um desígnio que, na totalidade, é apenas uma quimera. Não se pense, sob pena de se equivocar, que a utilização da ciência permitirá sempre identificar os corpos que jazem inominados numa câmara frigorífica ou que foram enterrados apenas com um n.º.

¹⁰¹ Uma preocupação que, pensamos, assenta, entre outros motivos, na excepção permitida no n.º 5 do art. 20.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, e que nos faz perguntar, temerosamente, que casos é que são, neste contexto, permitidos? Uma pergunta à qual não queremos ter como resposta que a ressalva prevista pode possibilitar o cruzamento de um perfil de uma amostra de referência para a identificação civil com um perfil de uma amostra-problema para fins de investigação criminal.

¹⁰² Como aludimos anteriormente, a par da nossa base de dados de perfis de ADN existe um biobanco que, entre outras, armazena amostras de referência para efeitos de identificação civil, como resulta da leitura conjunta do art. 34.º, n.º 3, da referida Lei n.º 5/2008 e demais dispositivos normativos naquele enumerados. De modo que, e em bom rigor, existe o perigo de acesso indevido ao material genético no período durante o qual o mesmo se conserve no biobanco. Mas esta é, além de remota, uma hipótese que, como já referimos, existe em qualquer caso em que se proceda à conservação de amostras biológicas; não é, portanto, uma vicissitude da compilação informacional que é uma base de dados de perfis de ADN. Ainda assim, consideramos que o legislador poderia ter adoptado um único regime para as amostras de referência, independentemente da finalidade que presida à sua recolha (com ressalva, porém, de amostras de referência próprias de pessoas desaparecidas). E, desta forma, não nos repugnaria aceitar que, uma vez determinado o respectivo perfil de ADN (o qual vai ser inserido na base de dados), se destruíssem as amostras de referência e seus derivados. Esta é, de resto, a solução que, por força do disposto no n.º 1 do art. 34.º do citado diploma legislativo, já vigora para os voluntários e para os condenados e que se arrima no facto de que, se necessário for (para confirmações, por exemplo), o titular do perfil genético pode ser novamente solicitado a fornecer o seu ADN. Este argumento, que preside à imediata eliminação das amostras de referência nestes casos, pode ser igualmente válido para os casos de amostras de referência de familiares de indivíduos cujo paradeiro se desconhece.

marcadores de ADN não codificante e que, conseqüentemente, não transmitem, segundo os conhecimentos da época, qualquer informação hereditária.

Pela nossa parte, não contestamos a bondade desta finalidade da base de dados de perfis de ADN¹⁰³, desde que não se esqueça os perigos que a ela podem estar associados e cuja rotina pode fazer cair no esquecimento. E desde que, não será de menos recordar, se tenham anteriormente esgotados os outros métodos de estabelecimento da identidade, bem como não se ignore, em momento algum, que a inserção de um perfil na base de dados não é uma identificação garantida, ficando sempre casos por solucionar.

Como referimos inicialmente, a par da finalidade de identificação civil, as bases de dados de perfis de ADN podem assumir-se como um meio adjuvante da investigação criminal, permitindo, pelo cruzamento dos seus ficheiros, a ligação entre o autor do delito e o local onde o mesmo foi praticado, a conexão entre vários locais de crimes e/ou entre diversas vítimas. Ou seja, e nos dizeres de MIRIAM BAETA e BEGOÑA MARTÍNEZ-JARRETA, o arquivo de inculcas genéticas usado com propósitos forenses, em sede de um processo penal, visa “facilitar la resolución de delitos, tanto en la determinación de la autoría, como en la exculpación de inocentes injustamente implicados en los mismos”¹⁰⁴. E, além deste relevante auxílio, o arquivo de perfis genéticos pretende ter um efeito dissuasor da prática de infracções criminais, mormente para com os agentes cujas informações já constem da base de dados – porque sabem que, se cometerem um novo crime, há uma forte probabilidade de, uma vez comparados os (eventuais) vestígios biológicos com o seu perfil de ADN, descobrir quem é o responsável pelo delito em investigação.

A constituição de uma base de dados de perfis de ADN com propósitos que ora curamos depende de opções político-legislativas tomadas pelos Estados que entretanto

¹⁰³ Uma finalidade que, quiçá, no futuro se revele de maior importância. Pensamos, por exemplo, nos cidadãos que, cada mais vez mais, vivem sozinhos, sem familiares vivos e grandes amigos por perto que notem a sua ausência. Se, um dia, vierem a ser encontrados como cadáveres irreconhecíveis (ou ainda vivos mas perdidos e privados das suas faculdades mentais) e, por esse facto, reclamarem uma comparação genética para estabelecimento da sua identidade, esta pode ser possibilitada pela informação que aqueles, em vida (e na posse plena das suas capacidades de entendimento) tivessem, de modo voluntário, fornecido uma amostra do seu material biológico. Esta é uma situação que nos ilustra uma vantagem na manutenção de uma base de dados de perfis de ADN com fins de identificação civil mas que, note-se, não pode, sob pena de se cair no injustificado exagero, de servir de fundamento à instituição de uma base de dados de perfis de ADN de cariz universal.

¹⁰⁴ “Situación actual de las bases de datos de ADN en el ámbito forense: Nuevos avances, nuevas necesidades jurídicas”, *RDGH*, 31 (2009), p. 167.

já criaram os seus repositórios informativos.¹⁰⁵ Escolhas que, note-se, nem sempre se revelam pacíficas: se é relativamente consensual a criação de um ficheiro de amostras-problema (recolhidas em vítimas, locais de crime e objectos a este relacionados), a adopção de um ficheiro de suspeitos e/ou arguidos e os critérios que devem nortear a introdução dos perfis de condenados constituem aspectos que, conforme veremos infra, são, ainda hoje, muito polémicos.

Apesar deste fito da base de dados genéticos colher o beneplácito de grande parte das pessoas que meditam sobre esta temática, Autores existem que ainda lhe resistem, alegando, para o efeito, que aquele depósito de perfis de ADN colide com vários direitos fundamentais, como sejam o direito à integridade física, o direito à privacidade, o direito à identidade pessoal e o direito à não-incriminação. Todavia, e bem vistas as coisas, os possíveis problemas que, quanto a estes direitos, podem existir prendem-se com a recolha de amostras de ADN e sua análise em geral, não sendo, por isso exclusivas da base de dados de perfis de ADN com fins forenses.¹⁰⁶

§3. O caso português

Os finais do século passado foram frutuoso no estabelecimento de alicerces jurídico-normativos para a criação, na Europa, de bases de dados de perfis de ADN. Recorde-se, por exemplo, as Resoluções do Conselho da União Europeia de 9 de Junho de 1997 e de 25 de Junho de 2001.¹⁰⁷ A primeira convida os Estados-Membros a criarem uma base de dados de perfis de ADN com aqueles propósitos, o que se pretende que seja feito em moldes padronizados, por forma a permitir o intercâmbio de dados (entenda-se, das combinações de letras e números que constituem os perfis de ADN) entre os diversos países. A segunda, por sua vez, relembra que os marcadores genéticos a utilizar não devem conter qualquer informação hereditária (como, por exemplo, que o proprietário do ADN sofre de determinada patologia) e acrescenta ainda que, se um dia,

¹⁰⁵ Para uma leitura da situação europeia na viragem do milénio *vide* SCHNEIDER, Peter M / MARTIN, Peter D., “Criminal DNA databases: the European situation”, *FSI*, 119 (2001), pp. 232-238.

¹⁰⁶ Remetemos as nossas explicações e posições sobre este ponto para o que dissemos no segundo § do primeiro capítulo do presente estudo. Cfr também, entre muitos, GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita / PESTONI, Carmela / CARRACEDO, Ángel, “Bases de datos de ADN com fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales”, *RDGH*, 8 (1998), pp. 142 e ss..

¹⁰⁷ Sobre a utilização do ADN no processo penal veja-se também as Recomendações do Conselho de Ministros da Europa n.ºs R (92) 1, de 10 de Fevereiro de 1992, e R (97) 5, de 13 de Fevereiro de 1997.

algum daqueles marcadores, pelo desenvolvimento do saber e da técnica, revelar tais características, deve deixar de ser utilizado.

Portugal, alguns anos mais tarde, responde afirmativamente a estes estímulos e, em 2005, começa a preparar o trilho que o conduzirá à sua base de dados de perfis de ADN quando, no Programa do XVII Governo Constitucional, se passa a contemplar, como um dos seus objectivos, a formação de “uma base geral de dados genéticos para fins de identificação civil, que servirá igualmente fins de investigação criminal”¹⁰⁸. Um móbil que, ao ser geral, criou, na altura, alguma contestação, visto que o país não possui (nem possuía, na altura) recursos para um projecto tão ambicioso. Além disso, quis-se para Portugal mais do que aquilo que era já prática corrente noutros Estados e, por isso, abandonou-se a ideia de se desenvolver uma base que abrangesse toda a população. Mas, felizmente, não se pôs de parte a intenção de termos um arquivo de dados genéticos com fins forenses e, no início de 2006, o Ministério da Justiça publica um despacho¹⁰⁹ que institui uma comissão, organizada por elementos representativos de diversas instituições relevantes para a Justiça, que tem como missão elaborar um instrumento legislativo que, ainda em esboço, dê as pinceladas iniciais para a concretização de uma base de dados de perfis de ADN com fins de investigação criminal e de identificação civil.

Em momento ulterior, e conseqüência do esforço daquele grupo de trabalho e da consulta de várias entidades, surge a Proposta de Lei n.º 144/X, aprovada em Conselho de Ministros a 24 de Maio de 2007, e que, no essencial, corresponde à Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, o diploma jurídico que é o sustentáculo criador da nossa base de dados de perfis de ADN com finalidade de identificação em contextos forenses. Uma base que, note-se, não começou a funcionar assim que a referida Lei entrou em vigor¹¹⁰; foi necessário esperar pela sua regulamentação¹¹¹, pela eleição dos membros do conselho de fiscalização¹¹² e pela determinação dos marcadores genéticos a utilizar¹¹³, entre outras medidas.

¹⁰⁸ Presidência do Conselho de Ministros, Programa do XVII Governo Constitucional (2005-2009), in *www.dgpj.mj.pt* (consultado em 27 de Janeiro de 2012), p. 142.

¹⁰⁹ Despacho do Ministério da Justiça n.º 2584/2006, de 2 de Fevereiro.

¹¹⁰ Como nos comunica DUARTE NUNO VIEIRA, num entrevista, “a base de dados só entrou em funcionamento no dia 12 de Fevereiro de 2010” (CABO, Ana Isabel, “Bases de dados – Portugal com poucos registos d ADN”, *BOA*, 75 (2011), p. 24).

¹¹¹ Cfr. Deliberação do INML, I.P., n.º 3191/2008, de 3 de Dezembro.

¹¹² Cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 14/2009, de 13 de Março.

¹¹³ Cfr. Portaria n.º 270/2009, de 17 de Março.

A base de dados de perfis de ADN tem, entre nós, duas finalidades: auxílio à investigação criminal e identificação civil.¹¹⁴ Ao lermos os n.ºs 1 e 2 do primeiro art. da referida Lei n.º 5/2008 podemos ser induzidos a considerar esta finalidade como o fim primordial deste depósito informacional, relegando, para segundo plano, a investigação criminal. Todavia, uma leitura mais extensa daquele diploma permite, cremos, concluir que ambas as finalidades são, nas suas imperiosas diferenças, objecto de idêntico tratamento. E, repare-se, falamos de duas finalidades e não de duas bases de dados porque, contrariamente ao que muitos afirmam, não nos parece que existam, verdadeiramente, duas bases de dados.¹¹⁵ Há um arquivo nacional cuja composição e funcionamento se norteia por dois fins distintos. Um arquivo que, frise-se desde já, não corresponde apenas a uma base de dados informatizados, sendo também um biobanco para amostras(-problema) que ainda não foram identificadas.¹¹⁶

O nosso repositório de perfis de ADN é constituído por diversos ficheiros. Além dos que são enumerados no n.º 1 do art. 15.º daquela Lei (voluntários, amostra-problema para identificação civil, amostra de referência para identificação civil, amostras-problema para investigação criminal, condenados e profissionais), existem ficheiros de dados pessoais¹¹⁷ que são armazenados em locais distintos e restritamente controlados por pessoas, também, distintas.¹¹⁸ Ou seja, existem seis ficheiros de perfis de ADN, quatro ficheiros de dados pessoais e dois ficheiros com informações atinentes às amostras-problema. E, recordamos, o biobanco de amostras-problema.

A plural existência de vários tipos de ficheiros e dados exige, como bem se compreende, um conjunto de garantias que dirima alguns dos inconvenientes que são

¹¹⁴ Embora percebamos que, a dada altura, a Lei citada refira apenas “fins de identificação” (art. 15.º, n.º 1), não nos parece que seja acertado considerar que a identificação é a finalidade da base, a qual se desdobra noutras duas, consoante o contexto que reclama a utilização daquela. A base de dados serve aquela finalidade de identificação se, em sede de uma investigação criminal, indica quem possa ser o autor do delito, mas já não procederá, verdadeiramente, a uma identificação se o seu contributo para a investigação for a correlação entre locais de crime e/ou vítimas diferentes. Neste caso, a base fornece informações que, embora relevantes, não permitem estabelecer a identidade do infractor.

¹¹⁵ E, assim sendo, pensamos ser exagerado asseverar, como o faz INÊS TORRAL MENDES PEDROSO DA SILVA, que “em bom rigor, existem “seis” bases de dados tendo em conta os seis ficheiros existentes” (*A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal (Dissertação do 2.º ciclo em Ciências Jurídico-Criminais, Direito Penal, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, s.n., Coimbra, 2010, p. 101, n. 194). A existência de vários ficheiros (mais que seis, a nossos olhos, se contabilizarmos também os que contêm apenas dados pessoais que identificam as amostras-de-referência) não é sinónimo de várias bases. Afinal – e se nos permitem a comparação –, não é pelo facto de um móvel ter várias gavetas que se diz que existem vários móveis; continua a haver um, só que com mais do que uma gaveta.

¹¹⁶ Cfr. art.ºs 31.º e ss. da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro.

¹¹⁷ Cfr. art. 14.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro.

¹¹⁸ Cfr. n.º 2 do art. 15.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro.

apontados à perícia genética e à generalidade das bases de dados de perfis de ADN. Pela natureza do presente trabalho, eximir-nos-emos de tecer grandes considerações sobre os problemas que, a este propósito, se podem colocar, remetendo para algumas das reflexões acima realizadas de forma mais ampliadas, as quais solicitam, obviamente, uma leitura adaptada à presente temática. Ainda assim, sentimo-nos tentados a dedicar algumas linhas a um ponto ou outro que se mostre, a nossos olhos, mais controverso.

Um dos assuntos que tem merecido grande discussão na doutrina consiste na existência de um ficheiro de perfis de arguidos¹¹⁹, ficheiro esse que, embora não sendo verdadeiramente inserido na base de dados, pode, nos termos do n.º 1 do art. 20.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, ser cruzado com os ficheiros de amostras-problema para a identificação civil, amostra-problema de investigação criminal e profissionais. Uma interconexão informativa que tem o óbvio pretexto de ligar eventuais crimes em investigação a arguidos de outros processos. Dito de outra forma, o cruzamento de dados que se realiza com os perfis dos arguidos tem como objectivo descobrir se aqueles são responsáveis por outros delitos em investigação e que, pela natureza dos vestígios deixados, tenham, como amostra-problema, um perfil já inscrito na base. É o cumprimento de uma das finalidades da base de dados: estabelecer, quando possível, a interconexão entre crimes entre si e entre crimes e seus autores. Um fim que, de resto, e diferentemente do que alguns afirmam, não colide com o disposto no art. 34.º, n.º 2, do diploma legislativo atinente à base de dados de perfis de ADN, uma vez que esta norma determina a destruição da amostra mas não a impossibilidade de se utilizar o perfil obtido.¹²⁰

Um outro aspecto problemático que encontramos na Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, prende-se com o teor do seu art. 38.º, o qual nos diz que “em caso algum é permitida uma decisão que produza efeitos na esfera jurídica de uma pessoa ou que afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base no tratamento de dados pessoais ou de perfis de ADN”. Se, em sede de um processo penal, não choca que esta tenha sido a solução que vingou, dúvidas nos causa quando olhamos para a finalidade de identificação civil. Afinal, se este repositório de informações pretende estabelecer a

¹¹⁹ Sublinhe-se, desde já, que em Portugal, e diversamente no que sucede no Reino Unido, não se admite (pelo menos por enquanto) a criação de um ficheiro de suspeitos, o que se percebe se não ignorarmos princípios estruturantes do nosso ordenamento jurídico, como sejam a presunção de inocência e a fundamentada exigência de uma restrição proporcional dos direitos dos cidadãos.

¹²⁰ Cfr. MONIZ, Helena, “A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a coordenação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN”, *RMP*, 30 (2009), pp. 148 e ss.

identidade de quem não se consegue, com os métodos tradicionais, identificar e a atribuição da identificação corresponde, forçosamente, à produção de efeitos na esfera jurídica da pessoa identificada (efeitos estes que, como é bom notar, vão muito para além da indicação de um nome ou de uma morada), temos de considerar que aquele preceito normativo não colheu a redacção mais esclarecedora.

A prestação do consentimento de pessoas consideradas juridicamente incapazes é um outro exemplo onde pensamos que o legislador teria alcançado maior êxito se tivesse tratado de forma diferenciada casos que reclamam, se bem vislumbramos as coisas, um regime distinto. Dito de outro modo, o art. 7.º, no seu n.º 3, declara que “quando se trate de menores ou incapazes, a recolha de amostras referida no número anterior [amostras de referência para identificação civil] depende de autorização judicial”. Compreendemos a cautela do legislador ao exigir uma decisão de uma autoridade judicial para suprimir a ausência de consentimento por parte de quem não está em condições de o dar. Todavia, parece-nos que o cuidado foi excessivo e descuro que o menor, a partir de determinada idade, pode já possuir capacidade de entendimento para prestar um consentimento válido (“menor maduro”¹²¹) e não tem em conta que a incapacidade jurídica não é sempre igual: umas vezes é total (interdição¹²²) e outras parcial (inabilitação¹²³). E mesmo quando estamos perante um interdito, não nos choca admitir que aquele possa ter capacidade para compreender o que lhe é pedido e decidir conscientemente, caso que pode ocorrer quando o motivo da interdição assenta não na anomalia psíquica mas noutra causa como, por exemplo a surdez-mudez. Será que este tipo de limitações prejudica a capacidade do interdito de entender o alcance da sua anuência a uma recolha de ADN para inserção num ficheiro que (não será demais frisar) tem um cruzamento muito limitado com os restantes? Não cremos e, por isso, pensamos que, também neste caso, o legislador pode reformular os termos em que estas pessoas, podendo, prestam o seu consentimento.

Por fim, queremos ainda dedicar algumas palavras à técnica legislativa utilizada na sobejamente aludida Lei n.º 5/2008 no que às incriminações diz respeito. Ao lermos

¹²¹ Conceito oriundo do Direito Médico e que aqui recuperamos para, numa leitura adaptada, defendermos que, mesmo com idade inferior a 18 anos, o menor pode ter capacidade para compreender a necessidade de inclusão do seu perfil de ADN na base de dados e consequências que podem advir do cruzamento do seu perfil com outros atinentes a amostras-problemas de identificação civil. “Onde exista capacidade de entendimento e de ponderação, deverá igualmente existir uma vontade atendível.” (RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 204)

¹²² Cfr. art.ºs 138.º e ss. do CC.

¹²³ Cfr. art.ºs 152.º e ss. do CC.

este diploma legislativo deparamo-nos, quase no seu termo, com duas disposições sancionatórias: o art. 35.º, atinente à violação de segredo¹²⁴, e o art. 36.º, referente à violação de normas relativos a dados pessoais¹²⁵, dois artigos que partilham a indefinição da determinação de uma moldura abstracta da consequência jurídica que cabe a quem praticar as condutas que nelas são previstas. Mas há, contudo, diferenças (e problemas) a assinalar. No primeiro caso, o desrespeito pelo dever de sigilo que impende sobre os funcionários é, segundo aquela norma, punido pelo Código Penal e, concomitantemente, pela LPDP, o que, na prática, resulta em tipos legais de crimes com molduras penais distintas: o art. 383.º do CP pune “o funcionário que, sem estar devidamente autorizado, revelar segredo de que tenha tomado conhecimento ou que lhe tenha sido confiado no exercício das suas funções, ou cujo conhecimento lhe tenha sido facilitado pelo cargo que exerce”¹²⁶ com pena de prisão com o limite máximo de três anos (acrescido de mais dois anos se, como se lê no n.º 2 do mesmo art., for criado “perigo para a vida ou para a integridade física de outrem”) ou, em alternativa, com pena de multa¹²⁷; o art. 47.º da LPDP, no seu n.º 1, diz-nos que à violação do dever de segredo pode corresponder uma pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, o que pode, com esteio no n.º 2 do mesmo art., ser elevado para metade da moldura abstracta. Ora, como se pode ver, uma mesma conduta, que viole uma obrigação de manter reserva sobre determinadas informações, preenche, por força desta técnica de reenvios entre diplomas legislativos, dois tipos legais de crimes que, embora possuam denominação similar, sancionam condutas idênticas com penas diferentes. O que tem repercussões não só no quantitativo da consequência jurídica aplicada como também em institutos a este relacionados, como sejam a possibilidade de se aplicar determinadas penas de substituição (um rol que varia, reduzindo-se, com o aumento do tempo da sanção aplicada) e na concessão da liberdade condicional ao agente. Quanto ao segundo caso, o art. 36.º é exemplo (não exclusivo) de uma certa bipolaridade do nosso sistema jurídico que tende a considerar, em simultâneo, uma mesma conduta como crime (art.ºs 43.º e ss. da LPDP) e contra-ordenação (art.ºs 35.º e ss. da LPDP), realidades dogmáticas que, embora pertencentes ao direito sancionatório, são diferentes e têm,

¹²⁴ Pelo seu singular interesse, reproduzimos aqui o seu conteúdo: “Quem, obrigado a dever de segredo, nos termos do artigo 28.º, revelar ou divulgar, no todo ou em parte, informação constante da base de dados de perfis de ADN é punido nos termos gerais previstos no Código Penal e na Lei da Protecção de Dados Pessoais [Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro].”

¹²⁵ O qual dispõe que “A violação de normas relativas à protecção de dados pessoais é punida nos termos dos artigos 35.º e seguintes e 43.º e seguintes da Lei da Protecção de Dados Pessoais.”

¹²⁶ Redacção do referido preceito normativo.

¹²⁷ Com os limites fixados no art. 47.º do CP.

forçosamente, consequências práticas muito distintas.¹²⁸ Posto isto, não podemos deixar de notar que este recente modo de legislar é, na nossa singela opinião, pernicioso, uma vez que “este contínuo e assumido reenvio, quer interno, quer externo, gera incerteza, gera perplexidades interpretativas que vão para lá daquilo que um direito penal garantístico deve assumir como razoável”¹²⁹.

¹²⁸ Sobre a distinção entre contra-ordenações e crimes cfr. COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, ob. cit., pp. 35-49.

¹²⁹ COSTA, José de Faria, “Bioética e Direito Penal (Reflexões possíveis em tempos de incerteza)”, *BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, 2009, p. 121.

CAPÍTULO III

Perfis de ADN de condenados: análise (jurídica) dos seus critérios de inserção na base de dados nacional

§1. Necessidade de condenação judicial e despacho do juiz

O n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, disposição jurídico-normativa atinente aos requisitos de inscrição do perfil genético de condenados imputáveis¹³⁰ na base de dados nacional, patenteia uma superficial perspicuidade textual, possível fonte de flutuações interpretativas (ou, pelo menos, inquietantes sugestões) que, pelo teor sensível da matéria em apreço, devemos premunir. Referimo-nos ao seguinte segmento da norma aludida: “Quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior¹³¹, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado”.

A primeira questão que se poderia equacionar prende-se com a (des)necessidade de se proceder à colheita de uma amostra de material biológico de uma pessoa que foi criminalmente condenada sem, todavia, lhe ter sido exigido, no curso do processo que findou, a recolha de tal amostra. Dito de outra forma, que interesse podemos encontrar na tardia recolha e determinação do perfil genético de um cidadão que já foi julgado e sentenciado pelos seus actos? Numa concepção adversa à existência da base de dados de perfis genéticos (ainda que confinada a finalidades de investigação criminal), poder-se-ia argumentar que se a amostra de ADN do agente do crime foi prescindível no decurso

¹³⁰ Cumpre-nos, desde já, e a este propósito, um (simplificado) esclarecimento. A norma que citamos prende-se somente com os arguidos que, em sede de um processo penal, foram considerados imputáveis. Em relação às pessoas que praticam factos ilícitos-típicos mas que não têm consciência dos seus actos (ou, pelo menos, das suas consequências), os requisitos de recolha e inserção do seu perfil genético encontra-se regulado no n.º 3 do mesmo art. 8.º. Pensamos, porém, que algumas das considerações que iremos tecer no seio deste capítulo podem ser, *mutatis mutandis*, aplicadas aos inimputáveis, nomeadamente o que afirmamos quanto à tentativa e ao concurso (não de crimes – porque não há culpa – mas sim de ilícitos-típicos).

¹³¹ Recordemos o n.º 1 do mesmo artigo: “A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal.” Sublinhe-se que o campo de aplicação deste preceito legal se circunscreve a arguidos e não a condenados.

do processo que culminou com a sua condenação, também se entrefigura como dispensável a colheita daquela amostra. O autor do delito foi condenado sem qualquer intrusão na sua identidade genética e, por isso, a imposição de, após o desfecho do processo que o responsabilizou qualitativa (por que crimes) e quantitativamente (em que sanções concretas), ter de fornecer uma amostra do seu ADN revela-se claramente imódica. Até porque, como se sabe, a constituição dos elementos probatórios não se restringe à prova pericial, ainda que se esteja perante crimes passíveis de deixarem vestígios biológicos como os de índole sexual. Não obstante, e embora não se refute que a prova em Genética Forense é apenas uma das formas de prova ao alcance dos sujeitos processuais, não se pode ignorar que a recolha do perfil genético do condenado – verificadas outras circunstâncias, como veremos infra – e sua posterior inclusão no arquivo nacional não ofende, verdadeiramente, a identidade genética e outros direitos que possam ser evocados para defender uma não inclusão. Repugnar, sem mais, a inserção do perfil de ADN de condenados é, se bem vemos as coisas, frustrar o funcionamento da base de dados de perfis de ADN, *maxime* na sua vertente de auxílio à investigação criminal. E, tendo em consideração as garantias que estão associadas ao funcionamento da base de dados, bem como a primazia que se confere a métodos não invasivos de recolha do material biológico, não nos choca que se possa exigir, em casos determinados e fundamentados, a colheita do ADN de condenado para aquele fim. Só assim a base de dados pode ser vista como uma forma de dissuadir a prática de crimes por parte daqueles que teimosamente os cometem. Claro que a possibilidade de se apurar se algumas das amostras-problemas, contidas na base, se relacionam com o mesmo sujeito é outro aspecto importante a ponderar, uma vez que a inscrição dos perfis de ADN de condenados presume que aqueles não foram, como resulta da norma jurídica supra citada, determinados antes da sua condenação e, por isso, podem permitir o conhecimento de crimes já cometidos mas de autor desconhecido. O que, consoante os factos em concreto, pode originar uma situação de conhecimento superveniente do concurso ou uma nova condenação. Frise-se, porém, e desde já, que nos parece exagerada a colheita de material biológico a uma pessoa só porque ela foi condenada numa pena específica ou por um determinado tipo de crime. Admitir esta recolta sem outros juízos é – como desenvolveremos ao longo do presente capítulo – manifestamente desproporcional e conduziria, a ser feita naqueles termos, a um aumento exponencial do número de perfis reunidos na base, o que não é salutar, pois “à

medida que (...) aumenta [o número de perfis genéticos armazenados na base], aumenta também a probabilidade de ocorrer uma coincidência/falsa correspondência”¹³².

A recolha e ulterior inserção (na base de dados) do perfil genético de uma pessoa que, em sede da jurisdição penal, foi considerada responsável pela prática de determinado(s) crime(s) depende, como vimos, da sua própria condenação, ou seja, da existência de uma decisão condenatória que responsabilize e sancione o comportamento tipicamente ilícito do arguido.¹³³ Contudo, não se revela suficiente a simples existência de uma decisão judicial desfavorável ao arguido; necessário é que ela transite em julgado, isto é, que não seja passível de recurso, seja por extemporaneidade¹³⁴ ou por esgotamento dos meios processuais possíveis¹³⁵. É, assim, necessário que a sentença (ou acórdão) faça caso julgado, um instituto que “é considerado como subprincípio inerente

¹³² GONÇALVES, Marta Costa, *Base de dados de perfis de ADN em genética forense*, Trabalho final do 6.º ano médico com vista à atribuição do grau de mestre no âmbito do ciclo de estudos de mestrado integrado em medicina da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 22.

¹³³ O nosso ordenamento jurídico possibilita que, em determinados casos, a resolução de um processo penal se opere logo que findo o inquérito, quando, em alternativa à acusação, o Ministério Público, com a concordância de outros sujeitos processuais, opte por uma “solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal” (COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudicialização) e mediação: Que rumos?”, *BFD*, 61 (1985), p. 93). Referimo-nos ao arquivamento do processo em caso de dispensa da pena (art. 280.º do CPP) e à suspensão provisória do processo (art.ºs 281.º e 282.º do CPP). E se o primeiro meio de divertimento não deve ser, para efeitos do presente estudo, chamado à colação, quanto ao segundo dúvidas podem existir, principalmente se tivermos em consideração que o mesmo se pode aplicar, verificados os seus pressupostos, em casos de violência doméstica (n.º 6 do art. 281.º do CPP) e em crimes de natureza sexual (n.º 7 do art. 281.º do CPP), tipos legais de crime cuja prática, além de poder apresentar alguma tendência repetitiva, tende a deixar vestígios biológicos. Sucede, porém, que, e apesar de aceitarmos que “quando o arguido dá sua anuência, numa atitude colaborante, implicitamente assume a imputação do crime, a autoria e a sua culpa” (GUIMARÃES, Ana Paula, “Da impunidade à impunidade: o crime de maus tratos entre cônjuges e a suspensão provisória do processo”, in ANDRADE, Manuel da Costa / COSTA, José de Faria / RODRIGUES, Anabela Miranda / ANTUNES, Maria João (org.), *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 868), não há, em bom rigor, uma condenação que aprecie os factos e sancione o arguido. Ou, dito de outra forma, não se comprovou a prática do crime, pelo que, e embora se compreenda que alguns dos delitos que admitem este instituto possam ser investigados com recurso a provas genéticas, não há suporte jurídico bastante que esteie uma colheita de ADN para posterior inclusão na base de dados de perfis de ADN. Além disso, se tal fosse possível, não se poderia integrar o perfil obtido no ficheiro dos condenados (porque o agente que viu o seu processo suspenso provisoriamente não foi objecto de uma decisão de mérito sobre os factos imputados e que poderiam corresponder à prática de um crime) e, como se sabe, em Portugal, o arquivo de perfis genéticos com fins forenses não possui um ficheiro de arguidos. Acresce ainda que a aplicação da suspensão provisória do processo – manifestação de “um poder institucionalizado virado para a vertente humana, mais preocupado em chamar a atenção para os valores minimamente necessários à convivência em sociedade do que, propriamente, em castigar ou punir” (TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto, *A Relevância Político-Criminal da Suspensão Provisória do Processo*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 139) – pressupõe que o delincente não voltará, futuramente, a cometer crimes, o que é antagónico ao intuito dissuasor da introdução do perfil de ADN na base de dados.

¹³⁴ Como se pode ler no n.º 1 do art. 411.º do CPP, “o prazo para interposição do recurso é de 20 dias”, findo o qual os sujeitos processuais perdem esta faculdade.

¹³⁵ Ao abrigo da exigência constitucional postulada no art. 32.º, n.º 1, da CRP, uma das garantias de defesa que o processo penal português contempla é o direito ao recurso, o qual deve ser tido como regra, conforme estabelece o art. 399.º do CPP. Porém, há algumas situações que não admitem recurso, seja porque a própria decisão é irrecurável (v.g., art.ºs 310.º, n.º 2, e 400.º, ambos do CP), seja porque os meios para o efeito já foram esgotados.

ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor da certeza jurídica”¹³⁶. O que bem se percebe se não ignorarmos que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado” (art. 32.º, n.º 2, da CPR).¹³⁷ Posto isto, a exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória, expressa no preceito legal que curamos, é ainda uma decorrência da presunção de inocência do arguido e não se compreenderia, à luz dos princípios e regras que enformam o nosso Direito Penal adjectivo, que a solução fosse outra, sob pena de, em vez de se criar um verdadeiro ficheiro de perfis de ADN de condenados, se construísse um (outro) ficheiro de perfis genéticos de arguidos. Dito de outro modo, uma decisão em primeira instância não deve ser perspectivada como uma condenação – ainda que aquela encerre uma conclusão jurídico-criminal desfavorável ao arguido –, uma vez que é passível de recurso e o tribunal *ad quem* pode alterar, no todo ou em parte, a decisão recorrida. E, portanto, não podemos considerar um aresto de um primeiro tribunal como o desfecho do processo correspondente e, concludentemente, a pessoa que contra si tem tal decisão ainda mantém, por força do disposto no n.º 2 do art. 57.º do CPP¹³⁸, a qualidade de arguido. Ora, se o processo penal ainda não findou e nele figura um arguido e não um condenado, razões não se afiguram para que se solicite, em momento anterior ao trânsito em julgado, a recolha e subsequente inscrição do perfil de ADN na base de dados. Acreditamos, portanto, que bem andou o legislador ao afirmar que a inscrição do perfil de ADN do condenado somente deveria ocorrer após a decisão que condena se tornar definitiva.

A segunda questão que se nos antolha como discutível cifra-se na faculdade ou obrigação do juiz ordenar tal recolha, uma dúvida que, em bom rigor, e se olharmos para a redacção da norma jurídica que nos preocupa, não existe, na medida em que aquela é clara: mediante a verificação de específicas circunstâncias, como a existência de uma condenação em determinados moldes, o magistrado judicial¹³⁹ “é ordenada”. Como nos elucida INÊS FERREIRA LEITE, “a recolha em condenado a pena de prisão

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, p. 265.

¹³⁷ Note-se a presunção de inocência, característica de Estados-de-Direito democráticos como o nosso, encontra, a par da consagração constitucional, referências em relevantes instrumentos jurídico-normativos internacional como a DUDH (art. 11.º), o PIDCP (art. 14.º, n.º 2) e a CEDH (art. 6.º, n.º 2).

¹³⁸ Que, recordemos, nos diz que “a qualidade de arguido conserva-se durante todo o decurso do processo”.

¹³⁹ Embora o art. 7.º do Regulamento da base de dados de perfis de ADN com fins forenses aluda somente a “despacho do magistrado”, não podemos esquecer que uma leitura do regime regulamentado (ou seja, da própria Lei n.º 5/2008) esclarece que tal magistrado apenas pode ser um juiz.

igual ou superiora 3 anos é obrigatória”¹⁴⁰ e, por isso, “os juízes de julgamento têm, assim, o dever legal, de emitirem despacho no sentido de que seja realizada a recolha do material biológico”¹⁴¹. Todavia, e como veremos infra, pensamos que a recolha do ADN para efeitos de inclusão do perfil no arquivo nacional tem de se postar numa apreciação casuística que, conforme a factualidade provada e as características do seu particular agente, irão permitir ao julgador ajuizar se aquele justifica ou não, pela (in)existência de tendência para recair, aquela colheita de material biológico. Concebendo assim as coisas, a decisão que o juiz tem de tomar quanto àquela imposição de colheita de ADN é sempre obrigatória, mas, como cremos perceptível, o despacho só o é se se considerar proveitoso, de acordo com as finalidades da base de dados, que aquele particular agente, pelas suas características (entenda-se, pela sua inclinação para a prática de crimes), seja submetido a esta imposição. E, como não se pode considerar um condenado como um voluntário, para efeitos de prestação do seu consentimento na recolha do material genético, aquele despacho sustenta a legitimação ao abrigo da qual se vai proceder à recolha do seu ADN.

O conteúdo do despacho do juiz é o próximo ponto problemático da norma que analisamos. Um aspecto que seria desnecessário equacionar não fosse a redacção do referido n.º 2 do art. 8.º indicar que o juiz ordena a recolha¹⁴². E, perguntamos, a inserção do perfil do ADN na base de dados não tem de se arrimar numa decisão de uma autoridade judiciária? Duas são, como se pode adivinhar, as respostas possíveis. Uma delas considera somente necessário que o despacho do juiz estabeleça a colheita do material genético ao condenado, estando pressuposto o fim a que tal recolha se destina. A outra perspectiva, inversamente, entende não ser suficiente que se ordene a recolha do ADN e, a par desta imposição, o despacho deve referir que aquela se destina a, depois de encontrado o respectivo perfil, ser incluída na base de dados nacional¹⁴³. Como se tratam de actos diversos, com repercussões distintas, pensamos que esta última teoria é a mais acertada, uma vez que se se aceitasse que bastava apenas a ordem de recolha, o condenado teria de fornecer a sua amostra (ainda que contra sua vontade) mas já se poderia opor à inclusão do perfil de ADN na base, a qual não teria qualquer apoio

¹⁴⁰ “A nova base de dados de perfis de A.D.N. (Texto da Conferência do Mestrado de Biologia Humana e Ambiente, na Faculdade de Ciências de Lisboa)”, *BIIDPCCFDUL*, ano I, 5.ª ed. (Outubro-Novembro de 2009), pp. 1-10 (consultado a 9 de Maio de 2011 in www.fd.ul.pt), n. 16.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*.

¹⁴² Cfr. art. 7.º da Deliberação do INML, I.P. n.º 3191/2008, de 3 de Dezembro.

¹⁴³ Entenda-se que a referência, no despacho do juiz, à inscrição do perfil de ADN na base de dados pressupõe, também, a inclusão, naquele arquivo mas em ficheiro separado, de informações pessoais do condenado, sob pena de a amostra de referência se tornar inidentificável.

que a legitimasse. E mais: se bem vemos as coisas, a necessidade do despacho é superior para a inserção dos dados no arquivo nacional, pois se uma zaragatoa bucal não acarreta, por norma, grande incómodo, o cruzamento de perfis (*maxime* entre condenados e amostras-problemas de investigação criminal) pode conduzir a resultados desfavoráveis ao condenado, como sejam o conhecimento de outras práticas delituosas daquele. Claro que se pode objectar que esta é uma das finalidades da própria base de dados de perfis de ADN e, por isso, não nos devíamos surpreender se tal acontecesse. Mas o problema não é que nós nos espantemos; o busílis que importa não ignorar é que, havendo uma correspondência positiva na intersecção daqueles ficheiros, e não tendo o despacho que ordenou a recolha de ADN determinado a sua posterior inscrição no arquivo nacional, o condenado auto-incrimina-se, o que, à luz de princípios processuais estruturantes do nosso Direito Penal (como o já aludido princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*), não pode suceder, a não ser, é claro, que o mesmo confesse (o que, não é demais recordar, subentende uma acção voluntária por parte dele). Julgamos, por tudo isto, que razão assiste a HELENA MONIZ quando nos diz, a este propósito, que “uma coisa [a inclusão do perfil de ADN na base de dados] não se faz sem a outra [colheita do material genético do condenado], porém, porque em cada um dos casos estão a ser lesados distintos direitos fundamentais, o legislador quis demonstrar que em ambos os casos é necessário uma autorização de um magistrado judicial”¹⁴⁴.

Questão diversa, mas não menos susceptível de discussão, prende-se com a (des)necessidade de fundamentação do despacho do juiz que autorize a recolha e ulterior inscrição do perfil de ADN na base de dados. Um exercício interpretativo que se centre no n.º 2 do art. 8.º da citada Lei n.º 5/2008 permite, com toda a justeza, concluir que o despacho não reclama qualquer fundamentação, na medida em que o principal é controlar se estão ou não verificadas as circunstâncias que, segundo aquele preceito, devem motivar a ordem de recolha do ADN e inserção do perfil obtido. Neste sentido, informa-nos o Desembargador ANTÓNIO JOÃO LATAS que “a recolha de amostra biológica (...) previstas [no n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro], para inserção na base de dados de perfis de ADN, depende apenas dos requisitos de natureza formal mencionados naquele n.º 2”¹⁴⁵, pelo que “o tribunal (...) não tinha que fundamentar materialmente a sua decisão na parte em que ordenou a recolha de amostra

¹⁴⁴ “A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a coordenação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN”, *cit.*, p. 149, n. 9.

¹⁴⁵ Ac. do TRE de 15 de Maio de 2012, proc. n.º 6/11.4TAPTG.E1.

biológica e subsequente inserção na base de dados de perfis de ADN”¹⁴⁶. Ora, se bem compreendemos as coisas, o despacho do juiz, nesta acepção, reconduz-se a uma mero expediente que se destina a legitimar a intervenção dos peritos forenses. Não pode ser este, na nossa modesta opinião, o entendimento a sufragar. O despacho que determina a colheita de ADN de uma pessoa definitivamente condenada e a ulterior inscrição do perfil obtido na base de dados presume que o caso sobre o qual ele versa reclama, de acordo com as finalidades do nosso repositório de perfis de ADN, aquela inserção, nomeadamente porque a considera dissuasora da prática de outros crimes por parte do condenado. Ou seja, a inclusão do perfil de ADN na base de dados reivindica um juízo prévio do juiz (de julgamento) que consubstancie aquela inclusão. E como se trata de uma imposição não neutra de consequências na esfera jurídica do condenado, sustentada num juízo de prognose que lhe é desfavorável, pensamos que o juiz tem de justificar a sua decisão. Uma obrigação de fundamentação que resulta do facto da imposição prevista no n.º 2 do art. 8.º da mencionada Lei n.º 5/2008 não ser um efeito automático da condenação, antes carecendo de circunstanciada ponderação.¹⁴⁷ Um dever de fundamentação que, acrescente-se, decorre, desde logo, do n.º 1 do art. 205.º da CRP e do n.º 5 do art. 97.º do CPP. Concebendo, destarte, o despacho do juiz que autorize a recolha do ADN e inclusão do perfil obtido na base de dados como uma deliberação que deve, pelos motivos expostos, ser fundamentada, não nos repugna aceitar que aquele seja passível de recurso¹⁴⁸, solução que colhe perfeito cabimento na sua disciplina jurídica (art. 399.º do CPP).

§2. A expressão legal “condenado”: uma leitura problemática

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ No mesmo sentido, vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, ob. cit., p. 482, BRAVO, Jorge dos Reis, “Perfis de ADN de arguidos-condenados (O art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *RPCC*, 20 (2010), p. 117 e, ainda, o Parecer da CNPD n.º 18/2007, de 13 de Abril de 2007. Saliente-se, igualmente, que este entendimento já fez vencimento na nossa jurisprudência, nomeadamente no ac. do TRL de 11 de Outubro de 2011, proc. n.º 721/10.OPHSNT.L1-5, no sumário do qual se pode ler o seguinte: “Iº A recolha de amostras de ADN, a que se refere o art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/08, de 12-2, não é automática face a uma condenação transitada em julgado, pressupondo a existência de grave perigo de continuação criminosa ou outros receios relevantes que possuam ou permitam inferir a necessidade daquela recolha e subsequente conservação; IIº Determinando aquela recolha, a sentença deve fundamentar em concreto aquele perigo, de modo a convencer da sua necessidade e proporcionalidade.”

¹⁴⁸ Com entendimento similar vejam, e sobre este ponto, as referências bibliográficas mencionadas na n. anterior.

O crime é fruto de uma conduta humana, não de eventos (ditos) naturais. É na concepção da infracção criminosa como produto de um (censurável) comportamento do ser humano que assenta a possibilidade de aquela ser sancionada. Dito de outra forma, o cometimento de um crime exige que alguma pessoa o pratique, pois, só deste modo, é que existe alguém que pode ser considerado responsável pelas suas consequências e ser, congruentemente, sancionado. A pessoa (singular ou colectiva) que preencha, com a sua conduta, um tipo legal de crime designa-se por autor, um conceito superficialmente simples que, no entanto, não colhe unanimidade dogmática na sua enunciação. Das várias doutrinas possíveis¹⁴⁹, sufragamos, com EDUARDO CORREIA¹⁵⁰ e JOSÉ DE FARIA COSTA¹⁵¹, a concepção segundo a qual “é autor quem executa o facto”¹⁵². Uma tese que, na singeleza da sua formulação, permite contornar, entre outros, alguns dos obstáculos que os crimes negligentes e os crimes cometidos por omissão colocam à (maioritária) teoria do “domínio do facto”¹⁵³.

Tal como acontece nas actividades mais corriqueiras do nosso quotidiano, também nos actos ilícitos os seres humanos podem sentir necessidade de se agruparem. Por isso, não raras vezes, em vez de a responsabilidade de um delito recair sobre uma pessoa, aquela pode incidir sobre várias. Quando assim seja, a prática do crime é empreendida por uma “pluralidade de agentes”¹⁵⁴, como sucede, *ad exemplum*, com a co-autoria, isto é, uma decisão tomada conjuntamente¹⁵⁵ pelos autores do crime que

¹⁴⁹ A este propósito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS indica-nos quatro teses: (i) a concepção formal-objectiva, segundo a qual “autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)” (*Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, *ob. cit.*, p. 759); (ii) a teoria material-objectiva assente na “causalidade”, a qual se firma no concebimento de autor como “aquele que de uma qualquer forma executa o facto na acepção de que oferece uma contribuição causal para a realização típica, seja qual for a sua importância ou o seu significado” (*ibidem*, p. 760); (iii) compreensões subjectivas, que colocam o acento tónico no *animus auctoris* do agente, que faz com que “o autor quer o facto como próprio” (*ibidem*, p. 764); e (iv) a doutrina do “domínio do facto”, seguida pelo Autor supra referido, e que considera como autor “quem domina o facto, (...) quem toma a execução “nas suas próprias mãos” de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica” [itálico do Autor] (*ibidem*, p. 765). Para mais esclarecimentos sobre estes modelos teórico-explicativos da concepção de autor (de um crime) cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 759-772.

¹⁵⁰ *Direito Criminal*, vol. II, *ob. cit.*, pp. 246-249.

¹⁵¹ “Formas do Crime”, in *Jornadas de Direito Criminal – O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, I, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, p. 169.

¹⁵² *Idem, ibidem*.

¹⁵³ Sobre este assunto cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 770-772.

¹⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, *ob. cit.*, p. 757.

¹⁵⁵ A agregada contribuição dos vários co-autores na tomada de decisão faz com que a figura da co-autoria não se confunda com situações de autoria paralela, na qual está verdadeiramente em causa, não uma decisão conjunta, mas sim um “concurso de acções de dois ou mais agentes para o mesmo fim, sem que eles conheçam os contributos uns dos outros” (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do*

demonstra “a existência da consciência e vontade de colaboração de várias pessoas na realização de um tipo legal de crime («juntamente com outro ou outros» [art. 26.º do CP])”¹⁵⁶. É o que sucede, por exemplo, quando A e B decidem, em conjunto, raptar C para a coagirem a manter com eles relações sexuais, contactos que por ela (C) não são queridos. Este simplificado retrato da realidade traduzir-se-á, no desfecho do correspondente processo penal, à condenação de A e B como co-autores dos delitos praticados – que, em causa, assentará numa relação concursal entre o crime de rapto (art. 161.º do CP) e o crime de violação (art. 164.º do CP). Contudo, não podemos olvidar que, às vezes, apenas solicitamos o apoio de outrem para realizar uma tarefa já anteriormente por nós delineada; neste caso, a decisão foi tomada totalmente por nós e o outro será um simples (mas necessário) ajudante.

Quando alguém auxilia, material e/ou moralmente, outrem a praticar um crime denomina-se de cúmplice. Note-se que este, o cúmplice, não toma posição na decisão de cometer o crime e, conseqüentemente, não deve ser considerado como o seu autor; o cúmplice somente presta ajuda – seja proporcionando meios ou instrumentos, seja consolidando a decisão já assumida pelo autor – aos perniciosos desígnios do agente do crime.¹⁵⁷ Todavia, esta assistência em que redundam a cumplicidade é, ainda assim, punível, o que bem se compreende se tivermos em conta que o cúmplice também actua de forma dolosa – *rectius*, de forma duplamente dolosa: dolo quanto à colaboração prestada e dolo quanto ao preciso acontecimento (leia-se, concretização criminosa) que o autor ambiciona. Isto é, o cúmplice, apesar de não realizar, por si, o crime (e não sendo, assim, o seu autor), vai ser criminalmente responsabilizado por ter ajudado alguém a fazer algo que aquele sabia contrário às normas jurídico-penais. Ou, como preceitua o n.º 1 do art. 27.º do CP, “é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”. E, como o seu comportamento, apesar de censurável, não o é como se ele fosse o autor, a pena que lhe cabe deve ser suavizada, conforme resulta do n.º 2 do último art. citado.

Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ob. cit., p. 124).

¹⁵⁶ COSTA, José de Faria, “Formas do crime”, *cit.*, p. 170.

¹⁵⁷ Ou, como se lê no ac. do TRC de 1 de Julho de 2009, proc. n.º 48/07-4GAAFE.C1, “o cúmplice limita-se a facilitar o facto principal, através de auxílio físico (material) ou psíquico (moral), situando-se esta prestação de auxílio em toda a contribuição que tenha possibilitado ou facilitado o facto principal ou fortalecido a lesão do bem jurídico cometida pelo autor”.

Face ao exposto, calculamos não ser insultuoso afirmar que o conceito de autor – quer na teoria (entenda-se, na doutrina), quer na prática (entenda-se, na apreciação de casos concretos da vida) – é de recorte delicado e não ausente de consequências (pois, como já vimos, um cúmplice não é punido nos mesmos termos que um autor). Por isso, julgamos pertinente, doravante, descortinar o sentido que a expressão “condenado”, patente no n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, assume.

“Condenado” é, deveras, uma opção terminológica assaz concisa mas artificialmente exacta. Ou, pelo menos, realisticamente precisa. Se, numa leitura apressada e despreocupada, “condenado” pode ser entendido como aquele que tem contra si uma decisão judicial em matéria penal; numa observação mais minuciosa, aquela locução ganha contornos mais indefinidos, mormente se nos interpelarmos sobre a sua aplicação a jovens adultos e cúmplices. Isto, lembre-se, tendo como bússola reflexiva o diploma legislativo em que se insere e o fim a que o mesmo se propõe.

Como sabemos, os adolescentes com idade inferior a dezasseis anos estão afastados do âmbito de aplicação das normas do Direito Penal, visto que são, à luz do art. 19.º do CP, inimputáveis.¹⁵⁸ A partir daquela idade, e uma vez arguidos, são tratados como adultos, no que aos seus direitos e deveres diz respeito. Todavia, o nosso ordenamento jurídico-penal, sem descurar o carácter sancionador que comporta, apresenta também um escopo reeducativo, o qual ganhou consistência com o DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, um instrumento normativo que incentiva, quando possível, à substituição da pena de prisão por medidas de correcção¹⁵⁹ e, justificando o caso uma pena de reclusão, a atenuação da sua medida¹⁶⁰. Ora, considerando o especial tratamento que o legislador impõe¹⁶¹ para os arguidos efébo, irrompe-nos uma pergunta: será que a expressão “condenado” do art. 8.º, no seu n.º 2, da Lei que criou a base de dados de perfis de ADN com fins forenses afasta jovens condenados ou, pesando as suas finalidades preventivo-dissuasoras, também os inclui? Com arrimo no resguardo normativo que o aludido diploma confere aos menores no seu art. 7.º, n.º 3, poder-se-ia argumentar que protecção dada aos jovens com idade inferior aos dezoito anos, para recolha de amostras com fins de identificação civil, é estendível aos casos em que

¹⁵⁸ O que não impede que, tendo comportamentos repreensíveis, pela violência que manifestam, sejam passíveis da aplicação de medidas tutelares educativas.

¹⁵⁹ Cfr. art. 6.º do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro.

¹⁶⁰ Cfr. art. 4.º do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro.

¹⁶¹ Discute-se se a aplicação do regime em causa é obrigatória ou fica à discricção do juiz. No que toca à atenuação especial da pena prevista no art. 4.º do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, pensamos que, como resulta da própria redacção, o julgador “deve” aplicá-la. Solução que, cremos, encontra amparo no facto desta particular regulamentação atender a um critério meramente formal: a idade do jovem.

aqueles são chamados a dar um pouco do seu ADN no contexto de processos penais já findos. Este raciocínio não colhe, porém, o nosso aplauso. A exposição argumentativa que sustenta aquela tese estriba-se numa incorrecta fusão de preceitos normativos a aplicar, numa “promiscuidade interpretativa”¹⁶² que faz com que o intérprete se socorra de uma norma juscivilista para solucionar um problema jurídico-penal, o que, pelas diferenças das disciplinas em causa, se revela desajustado. A ser assim, seria lícito pensar, por inferência decorrente, que a idade do condenado não deve ser tida em conta no art. 8.º, n.º 2, da já referida Lei n.º 5/2008. E, concludentemente, qualquer pessoa com mais de dezasseis anos, uma vez penalmente condenada, devia ser impelida a fornecer uma amostra do seu ADN para que o perfil obtido passasse a constar do arquivo nacional. Não cuidamos, porém, que a solução seja assim tão linear e advogamos, alternativamente, uma opção que combine a idade do condenado, o regime de favor de jovens adultos, a finalidade da inscrição do perfil de ADN na base de dados e a estigmatização associada à recolha. Como? Da seguinte forma: a idade do condenado (desde que entre dezasseis e vinte e um anos) deve ser um dos factores que o julgador deve apreciar quando decide se ordena ou não uma colheita do ADN daquele. Um factor que, ao abrigo de um sentido reeducador do Estado (patente no regime do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro), propende para a não recolha, o que evitaria também eventuais efeitos estigmatizantes para o jovem (ainda que estes se circunscrevessem à coercibilidade da colheita do material biológico, quando o dador manifestamente discordasse da sua dádiva). Contudo, não podemos esquecer que há efebos que, amiúde, “visitam” as salas dos tribunais e que vêem no crime uma rápida resolução para as vicissitudes das suas vidas. Há jovens que apresentam, mesmo em idade pueril, uma certa inclinação para a prática de delitos. Nestes casos, não nos repugna que o juiz, mediante as informações que tem sobre o jovem, e sempre numa perspectiva dissuasora e nunca sancionadora, ordene a colheita de ADN do jovem condenado. É, portanto, e a nossos olhos, uma opção que carece de ponderação casuística, sempre fundamentada (como, de resto, já o defendemos), e com uma visão prospectiva. Não pode um juiz, como é bom de ver, ordenar tal colheita só porque o jovem condenado que está à sua frente já praticou muitos crimes. O passado já foi julgado; há que acautelar o futuro. Posto isto, se cogitarmos uma hipótese em que um jovem de vinte anos é condenado, numa pena de prisão, pela prática em concurso de vários crimes patrimoniais e, sabendo

¹⁶² COSTA, José de Faria, “Reflexões simples em torno do direito e da advocacia (Caderno de exercícios: primeiro exercício)”, *RLJ*, 139 (2010), p. 351.

o juiz que ele, por falta de apoios, irá reincidir (e, quiçá, cometer crimes de natureza diversa), não nos choca que seja emitida uma ordem judicial para recolha do seu material genético e inserção do perfil obtido na base de dados.

Quanto às pessoas que são condenadas como cúmplices, a nossa inclinação é no sentido de as excluir do conteúdo do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro. Isto porque, embora sobre elas exista uma condenação penal, a sua conduta não encerra em si o juízo de censura que comporta o comportamento do autor do delito. O cúmplice não decidiu cometer um crime; ajudou, em meios e/ou palavras, à sua verificação.¹⁶³ E, conquanto ele soubesse que estava a ajudar alguém a fazer algo errado, ele não quis o facto criminoso por si e para si. Compreendemos que este entendimento gere alguma controvérsia, pois, apesar de ser um colaborante na execução do facto, o cúmplice contribui para a infracção criminosa e a sanção que lhe caberá será determinada com base na pena a aplicar ao autor. Mas não se ignore que estes considerandos não são axiomáticos e, apesar de não lhe tirarmos a razão, não descuramos que têm de ser aperfeiçoados. E assim, se é verdade que o cúmplice coopera na realização do crime, também é verdade que a sua acção é auxiliar e nada nos garante que o mesmo não teria sido praticado sem aquela ajuda. A colaboração do cúmplice não pode ser vista como *conditio sine qua non* do crime praticado; caso contrário, o auxílio do cúmplice não é cumplicidade, mas sim instigação ou autoria mediada, consoante o “contributo” daquele seja moral ou material, respectivamente. E se claro não ficou, reforce-se a ideia de que, no caso do apoio moral, este não pode ser perspectivado como incitamento mas somente como um “fortalecimento de uma decisão já tomada pelo autor do cometimento do facto”¹⁶⁴. No que toca à determinação da sanção a aplicar ao cúmplice, frise-se que aquela é, como nos diz o n.º 2 do art. 27.º do CP, “especialmente atenuada”. Ou seja, mesmo na concretização da pena a atribuir, o legislador foi sensível à contribuição – não decisiva – do cúmplice para o facto. E, se o legislador favoreceu, deste modo, o cúmplice, porquê exigir ao julgador que ordene uma recolha de material biológico para inserção do perfil obtido na base de dados? Se o cúmplice, objectivamente, não executou o facto, como justificar que sobre ele recaiam finalidades dissuasoras de crimes que não decidiu cometer? Ajudou, sim; mas não os ambicionou.

¹⁶³ Ou, nas palavras de HENRIQUES EIRAS e GUILHERMINA FORTES, “é um auxílio: a participação do cúmplice não é determinante para gerar a resolução criminosa” (*Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*, 3.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2010, p. 227).

¹⁶⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *ob. cit.*, p. 127.

Percebemos, porém, que a alternativa interpretativa por nós proposta não seja de pacífico acolhimento, mormente se a pessoa condenada como cúmplice de uma infracção criminal reincidir. Neste caso, uma nova condenação penal pode suscitar legítimas dúvidas sobre a bondade da inclusão do perfil genético do cúmplice no nosso arquivo forense e o (possível) efeito dissuasor que teria. Não seria, assim, de admitir que, havendo reincidência, o condenado, ainda que cúmplice, fosse compelido a fornecer o seu ADN para introdução na base de dados de perfis de ADN? Quanto a nós, temos algumas reservas na verificação de um cenário em que, de forma reiterada, alguém é sentenciado criminalmente como cúmplice: uma vez, ainda que em concurso, compreendemos; mais do que uma, hesitamos em saber se a sua actuação é, de facto, de mera cumplicidade ou se, mais que um auxílio ao agente, há uma forma de autoria ou, até, prática de coacção sobre aquele que se supõe ser um cúmplice. E, adoptando o condenado uma das formas de autoria, ele é autor nos crimes cometidos ulteriormente, sendo passível, por esse facto, das regras normais sobre a inclusão dos perfis de ADN de condenados. Se, de modo diverso, se provar que, afinal, o indivíduo não actuou como cúmplice mas foi constringido a adoptar uma determinada conduta, ele será não o responsável pelo cometimento de um delito mas sim vítima de um (o crime de coacção, previsto e punido no art. 154.º do CP¹⁶⁵). Mais uma vez, a apreciação concreta do caso pelo juiz, na posse da sua factualidade, é, a nossos olhos, decisiva para perceber o real enquadramento do comportamento do sujeito, parecendo-nos (recorde-se) pouco verosímil que, havendo mais que um processo, a mesma pessoa seja sempre cúmplice.

§3. Explanação do conceito de crime (para efeitos interpretativos do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro)

3.1. A necessidade de dolo do agente

O conceito de crime, ainda hoje controverso na dogmática jurídico-penal, tem vindo a ser, ao longo dos últimos tempos, objecto de diversos entendimentos¹⁶⁶. Esta

¹⁶⁵ Algumas informações sobre este tipo legal de crime podem ler-se em CARVALHO, Américo Taipa de, “Anotação ao artigo 154.º do Código Penal (Coacção)”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 352-369.

¹⁶⁶ Para uma breve sinopse dos modelos conceptuais existentes sobre o conceito de crime *vide* COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, *ob. cit.*, pp. 196-205.

heterogeneidade conceptual não impossibilita, porém, que, mais recentemente, se tenha defendido, na esteira de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, uma compreensão teleológico-funcional e racional do conceito de facto punível¹⁶⁷, a qual estrutura a infracção penal num comportamento que é ilícito e típico – *rectius*, que é ilícito-típico – e culposo. Apesar da sua íntima conexão, o ilícito e o tipo não se confundem, apresentando o primeiro – ideia de antijuridicidade – como o substrato material do segundo, que determina as condutas (e circunstâncias) que preenchem um tipo legal de crime e qual a consequência jurídico-penal que lhe equivale.¹⁶⁸ A culpa, por sua vez, traduz um juízo de censura sobre o agente do crime que podia (e devia) ter adoptado um comportamento diferente daquele que teve.¹⁶⁹ Este juízo de censura pode assumir um de dois modos: ou dolo ou negligência.¹⁷⁰ Neste caso, imputa-se a autoria de um crime a uma pessoa que não respeitou um dever objectivo de cuidado que lhe competia e que, uma vez observado, teria evitado o resultado desvalioso e cuja produção a norma incriminadora visa obstar.¹⁷¹ A negligência jurídico-penal é, assim, a forma de punição encontrada pelo legislador que permite responsabilizar aqueles que não respondem adequadamente às solicitações que o viver em comunidade implica e que, por isso, violam deveres basilares de cuidado, cuja desatenção pode acarretar catastróficas consequências. Diversamente, a prática dolosa de uma infracção penal, paradigma do comportamento criminoso, assenta numa atitude do agente que revela inimizade (ou, pelo menos, alguma insensibilidade) para com o dever-ser jurídico-penal. A repreensão que se lhe dirige firma-se no facto daquele ter deliberadamente violado comandos jurídico-normativos que o coíbiam (ou deviam ter impedido) de actuar como actuou.

O dolo é, como vimos, uma forma de imputação subjectiva de um facto (que preenche um tipo legal de crime) ao agente e a sua composição corresponde à soma dois elementos: o elemento intelectual (representação do preenchimento, ainda que somente como consequência necessária ou possível da sua conduta de um tipo legal de crime) e o

¹⁶⁷ Para uma leitura explicativa desta construção doutrinal veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 204-255.

¹⁶⁸ Uma esclarecedora explicação deste assunto lê-se em COSTA, José de Faria, *O perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000 (reimp.), pp. 427 e ss..

¹⁶⁹ Parece-nos relevante salientar que, ainda de modo parentético, a culpa não é um conceito que colha unanimidade na doutrina. Sobre as várias teses elaboradas a este respeito veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa e Direito Penal*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 55 e ss..

¹⁷⁰ Cfr. art. 13.º do CP.

¹⁷¹ Cfr. art. 15.º do CP.

elemento volitivo (vontade na prática do crime).¹⁷² E, como se pode ler no art. 14.º do CP¹⁷³, o dolo pode manifestar as seguintes formas: i) dolo directo, se o agente representa as circunstâncias que integram um tipo legal de crime e, desejando a sua realização, actua em conformidade com aquelas; ii) dolo necessário, no qual o autor do delito configura o crime como um acontecimento forçosamente conseqüente do seu comportamento; e, iii) dolo eventual, uma modalidade de dolo no qual o agente representa o resultado como uma consequência possível da sua conduta e, apesar disso, se conforma com a mesma.

Retomando o nosso propósito, o n.º 2 do art. 8.º do diploma que criou a nossa base de dados genéticos com fins forenses preceitua que, para efeitos de recolha e inserção do perfil de ADN de condenados, o crime tenha sido praticado com dolo. Excluem-se, assim – e a, nosso ver, bem –, os crimes cometidos negligentemente. O legislador considerou, portanto, que a imposição de colheita de material genético a uma pessoa que foi, em sede própria, devidamente julgada pelos seus actos, se circunscreve apenas a quem actuou com total aversão às normas jurídico-penais, protectoras de bens essenciais ao ser humano. Quem, diversamente, originou, com a sua imprudente conduta, nefastas consequências à sociedade não terá, porque verdadeiramente não quis praticar o crime, de fornecer uma amostra do seu ADN para o arquivo nacional. Percebemos que, a despeito da violação do dever objectivo de cuidado existente, se pudesse equacionar a imposição de que tratamos a pessoas condenadas por crimes negligentes. Todavia, não podemos esquecer que, ainda que grosseira, a negligência não constitui, em si, um comportamento desejado; este surge porque normas existiam que não foram precavidamente respeitadas. E, se tivermos em conta que a inscrição do perfil genético do condenado tem, entres outros, o propósito de desincentivar a prática de

¹⁷² Este entendimento é partilhado apenas parte da nossa doutrina jurídico-penal, na qual se inserem EDUARDO CORREIA (*Direito Criminal*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008 (reimp.), p. 367) e JOSÉ DE FARIA COSTA (“Dolo eventual negligência consciente”, *CJ-ASTJ*, 5 (1997), p. 15). Há, contudo, Autores, como JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, que, além destes dois elementos, entendem que o dolo comporta também um elemento jurídico-normativo, o qual se traduz na consciência da ilicitude. Mais esclarecimentos sobre esta concepção ler-se-ão em DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 155-159. Temos para nós, porém, e no seguimento da primeira tese, que a consciência da ilicitude já se encontra patente no elemento intelectual do dolo, uma vez que quando o agente representa o comportamento criminoso já o representa como tal, ou seja, como crime.

¹⁷³ O art. 14.º do CP consagra que: “1. Age com dolo que, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. 2. Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3. Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”

crimes, não nos parece coerente pugnar pela inscrição de condenados por crimes negligentes quando estes não foram, pelos seus agentes, idealizados e queridos.

A favor da compreensão que transparece na norma jurídica que curamos, não podemos, também, olvidar que há delitos que, pela natureza (biológica) dos vestígios que podem deixar, não admitem, porque inexecutável, a sua prática negligente.¹⁷⁴ Referimo-nos, *ad exemplum*, ao crime de violação, previsto e punido no art. 164.º do CP. Como indirectamente dimana do seu articulado e das regras normais da vida, não é imaginável que uma pessoa, de forma negligente, obrigue outra a suportar uma cópula não querida. Ninguém introduz objectos nos órgãos sexuais de outrem porque não foi devidamente respeitada uma determinada regra básica de cuidado; se alguém insere coisas nas partes tidas como mais privadas do nosso corpo fá-lo, em termos simplistas, porque quer.¹⁷⁵ E este querer, demonstrativo de uma hostilidade para com as nossas normas incriminadoras, que além de ser punido, em sede de um processo penal, é dissuadido (ou assim se espera que seja) com a inserção do ADN dos seus responsáveis.

3.2. O crime consumado e o crime tentado

Como resulta – ainda que implicitamente – do § anterior, a realização de um crime doloso inicia-se com a vontade do agente em o querer cometer. A tomada de decisão é, portanto, o estágio primitivo da prática de uma infracção penal, seguindo-se-lhe a execução de actos preparatórios que, como deriva da sua designação, são aqueles

¹⁷⁴ Bem vistas as coisas, todos os crimes, uma vez consumados, admitem a negligência. E admitem-na não porque houve uma violação de uma específica regra de cuidado, mas sim porque não se respeitou o dever geral de não cometer infracções. Não é a este, contudo, que aludimos mas sim a deveres específicos.

¹⁷⁵ O crime de violação exige o dolo, independentemente da sua modalidade. Neste sentido cfr. PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Juris, Lisboa, 2008, p. 448 (e, por remissão, p. 445). Sobre este ponto permitam-nos a transcrição das acertadas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE a propósito de um outro crime sexual (o crime de coacção sexual, tipificado no art. 163.º do CP): “O agente deve representar a oposição da vontade da vítima. Para tal, é suficiente que ele não esteja seguro do consentimento da vítima. (...) [E] a oposição da vítima não tem de se exprimir por uma resistência física, podendo sê-lo também por palavras ou gestos.” (*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *ob. cit.*, p. 445) Com diferente entendimento sobre este ponto veja-se o ac. do TRP de 13 de Abril de 2011, sobre o proc. n.º 476/09.OPBBGC.P1 –e suas referências –, no qual, acerta altura, se lê que “a violência exigida pelo art. 164.º tem de traduzir-se na prática de actos de utilização de força física (como vis absoluta ou como vis compulsiva) contra a pessoa da vítima de modo a constrangê-la a não adoptar qualquer atitude de resistência às intenções do agente ou a vencer a resistência já oferecida”. Uma decisão que, a nosso ver, é excessiva: pede mais à vítima para se “defender” do que aquilo que é solicitado ao agressor para cometer o crime. E, perguntamos, não bastará uma prolixa resistência para fazer face a uma violência verbal?

que antecedem a produção do delito, o qual se considera consumado quando o agente, com o seu comportamento, preenche os elementos tipificados na norma jurídico-penal violada. Dito de outra forma (algo assingelada, até), o *iter criminis* nasce com uma resolução de se cometer um crime (*nuda cogitatio*), o qual é seguidamente preparado para ser, por fim, executado. Este é o percurso que, não escassas vezes, lemos em arestos proferidos pelos nossos tribunais. Todavia, nem só de crimes consumados se faz a nossa jurisprudência; casos há em que, mesmo não havendo consumação, os autores dos crimes são penalmente responsabilizados. E são-no pela sua tentativa.

O n.º 1 do art. 22.º do CP diz-nos que “há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumar-se”. Da punição do crime tentado excluiu-se, portanto, a *nuda cogitatio*¹⁷⁶ e, via de regra¹⁷⁷, os actos preparatórios¹⁷⁸. É, destarte, de particular interesse perceber quando estamos perante um acto preparatório e quando nos deparamos já com um acto de execução¹⁷⁹. Execução essa que não é, note-se, sinónimo de consumação. Esta pode não ocorrer porque o agente desistiu, situação que, a par do arrependimento daquele, que cabe no âmbito de aplicação do art. 24.º do CP. Importam, para nós, os restantes casos.

Como resulta do art. 23.º do CP, nem todos os crimes tentados são punidos. A responsabilidade penal dos crimes tentados, justificada pelo “abalo na confiança da comunidade na força vinculativa da norma jurídica”¹⁸⁰, assoma-se quando a moldura penal abstracta, do correspondente crime consumado¹⁸¹, for superior a três anos de prisão ou se a lei consagrar expressamente a sua punição (n.º 1 do art. recentemente referido). O que permite concluir, desde já, e com JOSÉ DE FARIA COSTA, que “de

¹⁷⁶ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 681-682.

¹⁷⁷ Via de regra, porque os actos que antecedem a execução do crime podem ser punidos desde que configurem um crime autónomo (como sucede com o crime de contrafacção de moeda, previsto e punido no art. 262.º do CP) ou desde que a lei os considere como tal, como sucede no art. 271.º do CP.

¹⁷⁸ Cfr. art. 21.º do CP (“Os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário.”). Por norma, os actos preparatórios não podem conduzir a uma responsabilização jurídico-penal, o que se bem se compreende se tivermos em consideração que aqueles raramente são referidos nas normas incriminadoras. E, como nos elucida JOSÉ DE FARIA COSTA, os actos preparatórios são uma “categoria (...) demasiado vasta porquanto uma coisa é um acto preparatório de um homicídio outra muito diversa é um acto preparatório de uma ofensa corporal ou de um crime contra a autodeterminação sexual” (“A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa)”, *RLJ*, 140 (2010), p. 296, n. 31).

¹⁷⁹ Sobre o que sejam actos de execução *vide* o n.º 2 do art. 22.º do CP e, numa óptica mais pormenorizada, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 695 e ss..

¹⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *ob. cit.*, p. 113.

¹⁸¹ Como nota EDUARDO CORREIA, “para que a tentativa seja punível é naturalmente, antes de mais, necessário um preceito que determine a sua punição e outro que preveja o respectivo tipo legal de crime consumado («nullum crimen sine lege»): o primeiro terá assim um sentido extensivo ou alargador da punição do segundo” (*Direito Criminal*, vol II, *ob. cit.*, p. 237).

maneira transparente, se podem detectar na ordem jurídica bens jurídico-penais que usufruam de uma protecção penal quando violados nas formas de consumação e tentativa, ao passo que outros só merecem a tutela do direito penal se as condutas que os ofenderem se tiverem consumado”¹⁸².

A punição da tentativa, conquanto estribada na pena abstracta do crime consumado, é determinada, por força do n.º 2 do art. 23.º do CP (conjugado com os art.ºs 72.º e 73.º do mesmo Código), no seio de uma “moldura penal abstracta aplicável à tentativa”¹⁸³. Isto é, ao crime tentado corresponde a pena do crime consumado especialmente atenuada. Porém, esta aparente simplicidade pode ser uma solução complexa, pois “o julgador pode defrontar-se com casos em que não se verifica nenhuma das circunstâncias do art. 73.º [leia-se, hoje, 72.º], n.º 2 e, contrariamente, se perfilam índices que apontam para a especial perigosidade do delincente”¹⁸⁴.

Ora, e retomando a questão que nos preocupa presentemente, podemos chegar a duas inferências antinómicas; a primeira traduz uma ideia de vanidade na inscrição, na base de dados, do perfil genético de condenados por crimes tentados, uma vez que, por serem tentados, não carregam consigo a censura que a consumação encerra e que faz com, nalguns casos, não se puna a tentativa; a segunda, diversamente, reflecte o infesto comportamento do agente do crime tentado que, apesar de não ter logrado os seus intentos, agiu de forma contrário ao Direito e, por isso, merecedor de um juízo de censura, motivos suficientes para fundamentar a colheita do seu ADN para futura inserção na base. Temos para nós – e, atrevemo-nos, para o legislador que nada indica em sentido contrário – que a conclusão mais certa é esta última. Até porque aquela que foi primeiramente apresentada centraliza-se num pressuposto que, bem vistas as coisas, não passa de um engano. Expliquemo-nos: a escolha em se punir determinados crimes tentados, deixando-se outros impunes, não parte de uma maior ou menor censurabilidade ao comportamento do agente. O que não impede que, na concretização da pena a aplicar ao autor do delito, se tenha em consideração que a não produção do resultado que a norma incriminadora sanciona (e, assim, tenta impedir a sua verificação), na tentativa, seja uma circunstância atenuante na determinação da pena. Neste sentido, a diferenciação que o legislador faz sobre quais as infracções criminosas

¹⁸² “Tentativa e dolo eventual”, *BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol I, 1984, p. 690.

¹⁸³ COSTA, José de Faria, “A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa)”, *RLJ*, 140 (2010), p. 299.

¹⁸⁴ COSTA, José de Faria, “Formas do crime”, *cit.*, p. 163.

que justificam a punição do seu modo inacabado centra-se na relevância que os bens jurídico-penais manifestam. A par disto não se esqueça a pena da tentativa é estabelecida por referência à do crime consumado e o dolo do agente tem que existir. Estes são, a nossos olhos, aspectos suficientes para considerar que crime tentado pode motivar a recolha de ADN para inserção do respectivo perfil na base de dados.

3.3. A problemática do concurso (efectivo) de infracções criminosas

O estudo do crime pressupõe uma abordagem poliédrica a uma realidade que apresenta múltiplas concretizações, tal como constatámos, precedentemente, com a possibilidade de haver mais do que um autor do delito e de este, por motivos alheios à vontade daquele, não se cumprir integralmente. Outro exemplo do que afirmámos prende-se com o concurso de infracções criminosas, uma situação em que, e não escassas vezes, o agente preenche, com o seu comportamento, vários tipos legais de crime ou, ainda, quando ele comete o mesmo crime várias vezes. Reportando-nos ao objecto do presente trabalho, importa perceber se uma condenação por um concurso de crimes pode ou não, à luz do actual quadro normativo, ancorar uma obtenção coerciva de amostra de ADN do condenado para efeitos de arquivamento na base de dados nacional. Pensamos, todavia, que não se revelará de estéril conveniência – até para se compreender a tese que futuramente exporemos – uma breve alusão ao regime do concurso.

O nosso ordenamento jurídico-penal, no n.º 1 do art. 30.º do CP, determina que a pluralidade da actuação delituosa nortear-se-á “pelo número de tipos de crimes efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente” (teor do referido preceito normativo). Afastado fica, deste modo, o concurso de normas (usualmente denominado, também, por concurso aparente ou legal de crimes), o qual se entende corresponder à “subsunção formal dos factos a uma pluralidade de tipos criminais, sendo a aplicação de um desses tipos incriminadores suficiente para punir o facto”^{185, 186}. Para o dispositivo legal acima

¹⁸⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *ob. cit.*, p. 133.

¹⁸⁶ Para ilustrar e, assim, tornar mais compreensível o que seja o concurso de normas pense-se, por exemplo, num caso de homicídio qualificado. O comportamento de uma pessoa que tira a vida a outrem preenche, via de regra, o crime de homicídio, tipificado no art. 131.º do CP. Todavia, se a sua defunção

enunciado importa, assim, o concurso efectivo de crimes, o qual tem lugar, como já referimos, quando o agente comete vários tipos de crime (tutelares de diferentes bens jurídicos) ou quando pratica o mesmo crime (e, portanto, viola um só bem jurídico) em diversas ocasiões. Para ilustrar o que dissemos suponha-se, a título meramente exemplificativo (e, permitam-nos o desabafo, numa situação aquém da fertilidade da própria realidade), que A efectua um (discreto) assalto a uma viatura que estava estacionada, apoderando-se de um caríssimo telemóvel que estava no seu interior, e, uma vez surpreendido por um transeunte (B), retira uma arma de fogo do bolso e dispara, tirando, desta forma, a vida a B. Esta hipótese concretiza uma situação de concurso entre o crime de furto (art. 204.º do CP) e o crime de homicídio (art. 131.º do CP). E, eventualmente, com o crime de detenção de arma proibida (art. 86.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, e suas alterações), se a mesma não estivesse devidamente legalizada. Um concurso que, atentos os factos apresentados, além de efectivo, é considerado real¹⁸⁷, pois a conduta penalmente censurável do agente corresponde ao adimplemento de mais do que uma norma incriminadora. Mas não basta – para efeitos da construção dogmática que curamos – que a actividade delituosa seja plural; é igualmente necessário que o agente tenha praticado as infracções criminosas antes de ter sido definitivamente julgado por eles.¹⁸⁸ Isto é, o trânsito em julgado de uma decisão judicial é o marco jurídico-temporal que demarca os casos de concurso de crimes da reincidência, exigindo esta, diversamente daqueles, uma sentença (ou acórdão) irrecorrível pelos expedientes normais.¹⁸⁹ O mesmo é dizer, em termos descomplicados,

ocorrer em “circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade” (art. 132.º, n.º 1, do CP), a norma incriminadora correspondente ao crime de homicídio qualificado concorre com a atinente ao crime de homicídio (simples). Mas é, na verdade, uma concorrência meramente aparente, uma vez que o agente, com as especificidades da sua conduta, preencheu somente um dos tipos incriminadores enunciados, na medida em que há, entre eles, elementos factuais extra que, uma vez verificados, determinam a prevalência de uma norma sobre a outra. Para mais desenvolvimentos sobre o assunto (em particular, sobre as relações de concurso possíveis) *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 992 e ss..

¹⁸⁷ Por contraposição ao concurso real, a doutrina distingue o concurso ideal, presente quando uma acção viola os mesmos bens jurídicos. Importa salientar, porém, que o art. 30.º não os destrinça e, por esse facto, aqueles são equiparados, partilhando, desta forma o mesmo regime de determinação da medida concreta da pena a aplicar. Para mais informações sobre o concurso de crimes cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 977 e ss..

¹⁸⁸ Pressuposto que o legislador cristalizou na primeira parte do n.º 1 do art. 77.º do CP (“Quando alguém tiver praticado vários crimes *antes* de transitar em julgado a condenação por qualquer deles” [itálico nosso])

¹⁸⁹ Como é bom de ver, os pressupostos da reincidência não se esgotam na existência de uma condenação que fez caso julgado e na prática, anterior e posterior àquela, de mais do que uma infracção criminosa. Conforme resulta do art. 75.º do CP, o instituto da reincidência exige um requisito material que se funda num acréscimo da culpa do agente, consubstanciada numa atitude pessoal de desconsideração pela solene advertência contida na condenação anterior. A este pressuposto somam-se outros ditos formais,

que, no caso da reincidência, o agente comete um segundo crime depois de haver uma condenação com trânsito em julgado por uma infracção anterior; diversamente, no concurso, o agente pratica vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer um deles. Contudo, e quanto a este último, é necessário ter em consideração a particularidade prevista no art. 78.º do CP e que se prende com o conhecimento superveniente do concurso, o qual se verifica quando o agente é definitivamente julgado por um crime mas, antes da sua condenação, havia cometido outros delitos, até então desconhecidos pelo tribunal.¹⁹⁰ Interessa também destacar que “a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente” (n.º 2 do art. 30.º do CP) não se rege pelas regras da punição do concurso de crimes. O crime continuado, assim designado, consiste numa criação jurídica, principalmente conexionada aos crimes contra o património¹⁹¹, que, pela identidade do bem atingido e pela continuidade das acções ilícitas (traduzida numa homogeneidade espaço-temporal), considera sensivelmente diminuída a culpa do agente e, desta forma, estabelece um regime de punição diferenciado que, como se lê no n.º 1 do art. 79.º, circunscreve à “pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação”.¹⁹²

concatenados aos crimes cometidos, em particular com a exigência de dolo, um *quantum* mínimo de pena concreta (seis meses de prisão) e um hiato temporal não superior a cinco anos, não se computando, para o efeito, o tempo de cumprimento de medidas processuais ou consequências jurídico-penais. Como circunstância agravante que é, a reincidência vai operar um agravamento na moldura legal aplicável (por majoração dos respectivos limites, efectuada de acordo com o disposto no art. 76.º, n.º 1 do CP) e, sequentemente, na concretização da pena a aplicar ao autor dos delitos. De forma mais esclarecedor em ANTUNES, Maria João, *Consequências jurídicas do crime (Lições para os alunos da disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, fasc., Coimbra, 2007-2008, pp. 29 e ss..

¹⁹⁰ Com o intuito de suprimir algumas das imperfeições no sistema de administração da justiça penal, o legislador permite que, mesmo havendo uma decisão que fez caso julgado, se aplique as regras atinentes à punição do concurso aos crimes que foram, pelo mesmo agente, praticados antes da condenação em primeira instância mas cujo conhecimento só foi possível após o seu trânsito em julgado. Regime distinto é aquele que se deve aplicar aos crimes perpetrados entre a condenação em primeira instância e o seu trânsito em julgado; neste caso não se pode falar de concurso mas sim de execução sucessiva de várias penas (que, no toca à liberdade condicional, segue a disciplina prevista no art. 63.º do CP).

¹⁹¹ Cfr. n.º 3.º do art. 30.º do CP. Note-se, ainda, que bem andou, a nossos olhos, o legislador quando, em 2010 (com a publicação e, subsequente, entrada em vigor da Lei n.º 40/2010, de 3 de Setembro), alterou o n.º 3 do art. 30.º do CP, *in fine*, acabando com a incompreensível ressalva que considerava como crime continuado aquele que violasse bens jurídicos altamente pessoais se o ofendido fosse o mesmo. Estando em causa ofensas a bens eminentemente pessoais, não se concebe que o autor, pelo facto de lesar sempre a mesma pessoa, fosse, por isso, objecto de um juízo de censura minorado.

¹⁹² Sobre este assunto, permitam-nos, por nos parecerem elucidativas, a menção às seguintes palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA: “As condutas aglutinadas e tratadas como uma continuação criminosa perdem a sua autonomia individual, porquanto, (...) assentam numa diminuição da culpa do agente originada pela existência de circunstâncias, exógenas àquele, condicionadoras da sua actuação. O crime continuado, na verdade, trata como uma unidade criminosa diferentes condutas que, não fora o condicionalismo exterior

Expostas as dissemelhanças entre o concurso de crimes e os institutos que com ele podem ser confundidos, centralizemos, doravante, a nossa atenção nas regras da sua punição. Ao abrigo do disposto no art. 77.º do CP, o concurso de infracções deve ser sancionado com uma pena única, pena essa que resulta de uma moldura legal que tem “como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, não podendo ultrapassar 25 anos tratando-se de pena de prisão e 900 dias tratando-se de pena de multa; e como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes” (n.º 2 do referido art.). Ou seja, acolhemos, como sistema de determinação da pena do concurso¹⁹³, a pena única conjunta, a qual é determinada segundo o método do cúmulo jurídico, nos termos já descritos. Saliente-se que a pena concretamente aplicada ao agente, tendo como referência a apreciação global dos factos e não cada um isoladamente, não pode corresponder – sob pena de profanar o princípio da culpa – à simples adição de penas parcelares; como escreveu EDUARDO CORREIA, “a soma jurídica das penas dos diversos factos tem de funcionar sempre, apenas, como moldura dentro da qual esses factos e a personalidade do respectivo agente devem ser avaliados como um todo”¹⁹⁴.

Retomando o tema que nos propusemos analisar, importa compreender se as expressões “crime” e “pena concreta de prisão”, patentes no n.º 2 do art. 8.º da já referida Lei n.º 5/2008, admitem ou não o concurso de crimes e a respectiva punição

da sua realização, sempre poderiam ser valoradas separadamente.” (“O uno, o múltiplo e os crimes negligentes (Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2011)”, *RLJ*, 141 (2011), p. 67)

¹⁹³ Sobre os diversos modos de determinação da pena do concurso de crimes *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. II, 2.ª reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 279 e ss..

¹⁹⁴ *Direito Criminal*, vol II, *ob. cit.*, p. 215. No mesmo sentido *vide*, ainda, e a título meramente exemplificativo, os ac.ºs do STJ de 11 de Janeiro de 2012, proc. n.º 131/09.1JBLSB.L1-A.S1, e de 15 de Fevereiro de 2012, proc. n.º 79/10.7TDLSB.L1.S1. É por esta razão que não acompanhamos NUNO BRANDÃO quando defende o “cúmulo jurídico facultativo sempre que em caso de conhecimento superveniente do concurso se verifique que alguma ou algumas das penas parcelares aplicadas aos crimes em concurso por decisões transitadas em julgado foram objecto de substituição” (“Conhecimento superveniente do concurso e revogação de penas de substituição (Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 2003)”, *RPCC*, 15 (2005), p. 153). Expliquemo-nos: se o concurso de infracções se pune com uma pena única conjunta, alcançada com o cúmulo jurídico das várias penas parcelares, não vislumbramos argumentos que justifiquem um tratamento distinto para alguns (e, repare-se, não todos!) casos de conhecimento superveniente da concorrência de delitos. Como se sabe, neste caso particular, o trânsito em julgado somente assegura a quantificação das penas parcelares. E não podemos ignorar que o juízo inerente à determinação de cada uma delas desconhecia a prática de outras infracções, facto que, se fosse do conhecimento do julgador, poderia ter impossibilitado a substituição da pena parcelar. Acresce ainda que, se optássemos por um cúmulo jurídico facultativo, estaríamos a tratar de forma diferenciada situações que, em termos dogmáticos, merecem um tratamento equivalente, fazendo com que a alguns concursos se aplicasse uma pena única conjunta e a outros, porque de conhecimento tardio, uma sanção diversa, composta por penas parcelares, de substituição ou, eventualmente, de substituição e principais. E, neste caso, jamais se faria, verdadeiramente, uma apreciação dos factos concorrentes.

com pena única conjunta. Numa interpretação mais literal do aludido preceito normativo pode defender-se, como o faz JORGE DOS REIS BRAVO¹⁹⁵, que a concretização da consequência jurídica que aquele menciona não acolhe a pena única conjunta e, por esse facto, uma condenação por um concurso de delitos não pode sustentar uma obtenção coerciva do ADN do condenado para ulterior arquivo. E, a ser assim, somente as decisões condenatórias que responsabilizem a actividade delituosa praticada de forma singular é que podem, verificados os demais requisitos, fundamentar a recolha e inserção do perfil de ADN do agente que foi, em sede própria, considerado definitivamente culpado pelo crime.

Não obstante, a interpretação jurídica não se cinge, actualmente, ao elemento literal, antes se amparando noutros factores interpretativos. Como nos ensina FERNANDO JOSÉ BRONZE, “deixou de pôr-se a tónica nas palavras que plástico-semanticamente conformam a norma em causa”¹⁹⁶ e passou a ter-se também em conta os elementos histórico, sistemático e teleológico, os quais “se reconduzem, nuclear e sucessivamente, à referência da norma aos respectivos trabalhos preparatórios, à sua inserção no dogmático-conceitualmente estruturado *corpus iuris* de que faz parte, e à sua articulação com o fim que pragmático-eficientemente visa”¹⁹⁷. Ora, se olharmos para o art. 8.º, no seu n.º 2, do diploma legislativo que aprovou a criação da base de dados de perfis de ADN e não ignorarmos os elementos interpretativos elencados, a conclusão a que chegaremos (sobre a condenação por concurso de crimes) tem de ser, imperiosamente, oposta àquela que JORGE DOS REIS BRAVO advoga. Isto porque, como se pode ler nos trabalhos precedentes à Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro (e referimo-nos, recorde-se, à Proposta de Lei n.º 144/X¹⁹⁸, aos pareceres da CNPD¹⁹⁹ e da CNECV²⁰⁰ e ao discurso

¹⁹⁵ “Perfis de ADN de arguidos-condenados (O art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *cit.*, p. 112.

¹⁹⁶ *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 855.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 845.

¹⁹⁸ Cujas exposições de motivos, a dada altura, comunica que a base de dados, ao realizar a “identificação de delinquentes, exclusão de inocentes ou a interligação entre diferentes condutas criminosas (...) permite a dissuasão da prática de novas infracções”.

¹⁹⁹ Rememore-se, por exemplo, o seguinte excerto do parecer n.º 18/2007 da CNPD: “a investigação criminal constitui uma importante parte, senão a maior parte, da finalidade visada pela criação da base de dados genéticos”.

²⁰⁰ No seu quinquagésimo segundo parecer lê-se que “a constituição e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN pode constituir um instrumento auxiliar importante em investigação criminal”, o que, como se observa algumas linhas depois, intensifica “os poderes e a eficácia do Estado em matéria de segurança”.

do então Ministro da Justiça Alberto Costa²⁰¹), a finalidade primordial do nosso arquivo de perfis genéticos reside no auxílio à investigação criminal, uma cooperação que, sendo maioritariamente *ex post* (com a análise de vestígios biológicos e a conexão entre locais de crime e/ou seus autores), tem relevo na despersuasão no cometimento de crimes. Como – acreditamos – bem se compreende, a finalidade adjuvante que a base de dados de perfis genéticos tem para a investigação criminal só se realiza integralmente se não se impedir que os condenados por plúrimos crimes, em situação de concorrência, possam ser compelidos a fornecer a sua amostra de ADN para o arquivo nacional. Dito de outra forma, se um dos principais desígnios da base de dados de perfis de ADN consiste em demover os delinquentes de práticas consideradas criminosas, não se percebe que aqueles que foram julgados pela prática de várias infracções sejam, para efeitos de inscrição do seu perfil genético, afastados por uma interpretação literal que não sufragamos. Se não se aceitar que o concurso (e a sua pena única) tem cabimento no n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, entra-se em clara colisão com a finalidade de inserção do perfil de ADN de condenados na base de dados. E não confiamos que o legislador tenha querido excluir as situações que, não o sendo em exclusivo (pois outras existem que o revelam, como a reincidência), são as que ilustram uma certa tendência delituosa que, obviamente, se quer fazer cessar. Logo, a compreensão da expressão legal “crime” abarca o acto criminoso isolado, mas também o concurso (efectivo) de crimes. Note-se, a este propósito, que a opinião que propugnamos, além de ser partilhada por vários Autores, é entendimento dominante na nossa jurisprudência, como resulta da leitura do ac. do TRL de 11 de Outubro de 2011 e do aresto proferido pelo TRE em 15 de Maio de 2012 (ambos já referenciados supra), os quais são contraditórios nalguns aspectos (como vimos, em particular, no que à fundamentação do despacho do juiz diz respeito), mas que comungam da nossa convicção quanto ao concurso de infracções.

Concluindo positivamente pelo acolhimento de concurso de crimes, é terminante investigar se o n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, se circunscreve aos concursos que são compostos somente por crimes dolosos ou, diversamente, aceita que a concorrência de infracções seja constituída por crimes dolosos e crimes negligentes.²⁰²

²⁰¹ Que, no dia 1 de Junho de 2007, se mostrava convicto de que “o estabelecimento desta base de dados em Portugal constituirá um dos mais importantes passos na prevenção, detecção e dissuasão das actividades criminosas”.

²⁰² Como deixámos expresso anteriormente, no segundo § deste capítulo, apenas os crimes dolosos, quando cometidos de forma isolada, podem alicerçar a recolta de ADN a um condenado. Excluídas ficam, assim, as infracções praticadas de forma negligente, as quais são jurídico-penalmente reprováveis porque determinadas regras objectivas de cuidados não foram respeitadas. E se o n.º 2 do art. 8.º exclui,

Embora o aludido preceito legal seja inequívoco ao mencionar “crime doloso”, não nos repugna aceitar que o mesmo atende ao concurso e que os crimes concorrentes podem ter sido cometidos de forma dolosa ou de forma dolosa e negligente. O mesmo é dizer que a norma citada, depois de interpretada, prevê que as infracções praticadas e que são valoradas na determinação de uma pena única conjunta podem ser objecto da censura que o dolo contém mas, a par deste, nada obsta que a imprudência não possa estar também presente. Para ilustrar as nossas palavras, socorremo-nos de um pequeno mas – cremos – esclarecedor exemplo: conjecture-se que A, um conhecido ratoneiro, decidiu assaltar uma agência bancária. Num dia por si escolhido, A dirige-se ao banco e, perante a ameaça do uso de uma arma, exige ao gerente uma generosa quantia em dinheiro, a qual lhe é facultada. Seguidamente, sai da instituição financeira e, no percurso que delineou para a sua fuga, atropela inadvertidamente uma pessoa, tirando-lhe instantaneamente a vida. Deste singelo circunstancialismo, resulta um processo penal que condena A, em concurso, pelo crime de roubo (art. 210.º do CP) e pelo crime de homicídio negligente (art. 137.º do CP). Sabendo-se que A tem uma certa propensão para não respeitar os comandos jurídico-penais (evidenciada pelo seu comportamento anterior – recorde-se que os seus hábitos de apropriação indevida já eram do conhecimento de algumas pessoas – e que, presumivelmente, será similar à sua atitude no futuro) e que os crimes contra o património, apesar de não serem o exemplo-padrão da conduta criminosa que deixe (mais) vestígios biológicos na cena de crime, permitem que o desleixo do seu agente forneça algum ADN com propriedades analíticas suficientes para tipificação do seu perfil²⁰³, não será de assentir que a presente decisão condenatória, conjugada com outros factores de ponderação casuística, é suficiente para ocasionar uma colheita do ADN de A e ulterior inscrição do perfil obtido na base de dados? Não se nos antolham argumentos para que, em casos como o que concebemos precedentemente, se impossibilite o julgador de, se assim o achar, ordenar a recolha do ADN do autor dos delitos, ainda que esta seja contrária ao seu desejo, para arquivar no ficheiro dos perfis de ADN de condenados. Havendo, no concurso, pelo menos um crime doloso que convença o juiz de que o seu agente tem um certo pendor para a

expressamente, a comissão de um crime na forma de negligência – porque não houve da parte do seu agente uma vontade contrária ao dever-ser jurídico-penal –, excluído está também o concurso de crimes que seja unicamente constituído por crimes negligentes. Raciocinar de modo diverso apresenta-se, na nossa perspectiva, como um raciocínio incoerente para com os fins da base de dados de perfis de ADN e divergente do intuito do legislador.

²⁰³ Pense-se, por exemplo, num perdigoto que muito diz se o souberem abordar ou de um desenho dermopilar que possui, igualmente, elementos de uma “impressão digital genética”.

prática de ilícitos criminais, não existe, para nós, fundamento para patrocinar a tese de, naquelas situações, não está respeitado o teor da expressão “crime doloso” do sobejamente citado art. 8.º, n.º 2. E, no nosso entender, seria inepto advogar uma solução contrária: afastaria da norma casos que ela quer abranger, desprezando, deste modo, as finalidades preventivas que, na vertente de investigação criminal, guiam o funcionamento da nossa base de dados de ADN, e premiaria os criminosos mais activos, excluindo-os injustificadamente.

§4. A pena (concreta) de prisão e a natureza do(s) crime(s) praticado(s)

A colheita do ADN de um condenado e posterior inserção do perfil obtido na base de dados não pode, como é bom de ver, ser simplesmente ordenada com o fundamento único de que houve uma condenação. A existência de uma decisão condenatória, por si só, não pode motivar a colheita de material biológico de alguém que foi criminalmente sentenciado. Necessário é, portanto, que aquela encerre em si suporte bastante para que o juiz considere que tal imposição é perfeitamente justificada e cumpre as finalidades do arquivo de perfis de ADN. Dito de outra forma, o nosso ordenamento jurídico reclama, tal como sucede noutros Estados com bases de dados similares, um critério de inclusão dos perfis de ADN de condenados que guie o julgador. Um critério que, por opção do legislador, se centrou numa pena concreta que seja igual ou superior a três anos de prisão²⁰⁴ e que, na nossa opinião, não se afigura como a escolha mais acertada.

Como já referimos anteriormente, a inclusão do perfil de ADN de condenados pode orientar-se segundo um dos seguintes critérios: a) todos os crimes podem motivar a recolha de ADN para determinação do respectivo perfil; b) os delitos com maior predisposição para a reincidência, tentando-se, deste modo, que a base de dados funcionasse como meio dissuasor da sua prática; c) a natureza do tipo legal de crime cometido, primando-se, neste caso, pela inserção de autores de delitos que apresentam maior probabilidade de deixar vestígios biológicos, como os crimes sexuais; d) a pena abstracta aplicável ao crime cometido, a qual é definida pelo legislador, cabendo, assim,

²⁰⁴ O art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, n.º seu n.º 2, admite a sua substituição, uma escolha que, a nossos olhos, não é inconcussa. Por isso, remetemos as nossas preocupações sobre este assunto para o próximo §.

ao juiz a (correcta) qualificação jurídica dos factos considerados provados; e, e), a pena concretamente aplicada ao agente, cuja determinação cabe ao juiz. Várias possibilidades que tornam o critério de inserção de perfis genéticos de condenados um dos pontos que se afigura nimiamente discutido por quem se interessa por esta temática.

A escolha que vingou na Lei que criou a nossa base de dados de perfis de ADN prende-se, como já referimos, com a pena aplicada ao agente do crime que foi, por ele, definitivamente julgado.²⁰⁵ Uma preferência que assenta em estudos estatísticos, segundo os quais os infractores começam, em regra, por crimes menos graves antes de se aventurarem no cometimento de delitos com maior envergadura.²⁰⁶ Uma legítima opção que, no entanto, não colhe o nosso aplauso, na medida em que, com esta solução, o nosso ordenamento jurídico exclui da base de dados perfis de pessoas condenadas por crimes que, além de poderem ser repetitivos, são propensos a deixar vestígios biológicos e, inversamente, inclui, de modo dispensável, agentes de crimes económico-financeiros, de crimes informáticos ou de outro tipo cuja prova não se arrima em material genético encontrado no local do crime.²⁰⁷

Posto isto, cumpre-nos interrogar qual a solução que o nosso ordenamento jurídico oferece para o caso de, por exemplo, estarmos perante um autor de um crime sexual condenado em pena de prisão com medida concreta inferior a 3 anos e que justifique, por haver uma grande probabilidade de reincidir, o registo do seu perfil de ADN na base de dados? Uma resposta possível seria a de afirmar que aquela tendência repetitiva, *in casu*, não se verifica, pois, se tal acontecesse, a medida concreta da sanção jurídica aplicada teria sido mais gravosa. Note-se, porém, que este raciocínio está viciado no que à determinação da pena concreta diz respeito, na medida em que aquela tem sempre como limite a culpa do agente²⁰⁸. Ora, pode dar-se o caso de os factos provados em julgamento não revelarem uma culpa elevada e, conseqüentemente, a pena

²⁰⁵ Opção eleita por outros ordenamentos jurídicos, como o sueco.

²⁰⁶ Cfr. CORTE-REAL, Francisco, “Bases de dados genéticos com fins forenses”, *cit.*, p. 144.

²⁰⁷ Cfr. PEREIRA, Artur, “Bases de dados genéticos”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, p. 128. Sublinhe-se que, e em sentido contrário ao deste Autor, pensamos proveitoso que a base de dados de perfis de ADN contenha informações de pessoas condenadas por crimes patrimoniais que, a nosso ver, são delitos que podem deixar vestígios biológicos e apresentam alguma propensão para a repetição.

²⁰⁸ Saber se a culpa se apresenta como limite da pena ou, também, como seu fundamento é uma questão que diverge a doutrina, nacional e estrangeira. Pela nossa parte, acompanhamos Autores como JOSÉ DE FARIA COSTA que nos esclarece que “nada há que impeça o Estado de assumir, como valor seu, o princípio da culpa, enquanto fundamento da pena e não só como seu (limite)” (“Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito português”, *BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro* (Separata), 1981, p. 14, n. 9), tese que também teve acolhimento na nossa jurisprudência, como se pode constatar no ac. do STJ de 15 de Fevereiro de 2012, proc. n.º 85/09.4PBPST.L1.S1.

a aplicar não pode ser alta, adequando-se, forçosamente, ao juízo de censura que o agente, pela sua conduta, é alvo. Uma pena mais branda, estribada numa culpa reduzida, não significa, porém, que aquele agente não vai cometer mais delitos e, por isso, pensamos que, se aquele agressor manifestar uma inclinação para se dedicar à actividade criminosa, nada obsta a que o seu perfil de ADN seja inserido no ficheiro de condenados, apesar da pena de prisão que lhe foi atribuída – como consequência dos seus actos – não se aproximar do limite máximo possível por lei.²⁰⁹

Mas, sendo assim, parece que o critério a seguir, no que toca à inclusão de perfis de ADN de condenados, assenta no tipo de crime praticado²¹⁰, tendo como referente a natureza do bem jurídico que a norma incriminadora visa tutelar e que, com o comportamento do criminoso, foi violada. Esta é, de resto, uma opção que, como vimos anteriormente, foi tomada noutros países, os quais possuem, para este fito, um catálogo de infracções criminosas que, em regra contemplam, crimes sexuais e contra outros bens jurídicos pessoais, como a vida e a integridade física²¹¹, delitos que, pela sua índole, são susceptíveis de deixar, no local do crime e/ou na vítima, material biológico do agressor. Sucede, porém, que este critério também apresenta algumas limitações, na medida em que exclui condenações por delitos distintos daqueles que constam do rol e que, ainda assim, justificavam a inserção do perfil de ADN do agente condenado. Referimo-nos, *ad exemplum*, a um autor de crimes de furto que retira deles o seu sustento mas que, por ser muito descuidado, deixa frequentemente parte de si nos locais de onde indevidamente se apropria de objectos de outros. Claro que se pode argumentar que, se a realidade o exigir, aquela lista de crimes pode ser alargada. Todavia, não nos parece que a melhor solução resida num critério orientador da inscrição de perfis de ADN de

²⁰⁹ E, acreditamos, pensar de modo diverso pode ser pernicioso, uma vez que o potencial proveito a retirar da inclusão do perfil de ADN de alguém condenado naquelas circunstâncias pode, indirectamente, influir na concretização da pena. Deste modo, corromper-se-iam as regras basilares de determinação da sanção a aplicar ao agente, nomeadamente no que ao limite da culpa respeita. Ninguém pode ser condenado numa pena superior à culpa. Tal como ninguém pode ser condenado, com uma majoração da sanção, por factos que, apesar de plausíveis, ainda não praticou e que até pode não vir a praticar. O mesmo é dizer que não se pode, em caso algum, atribuir três anos de prisão efectiva só para se conseguir o requisito incluso no n.º 2 do art. 8.º da aludida Lei n.º 5/2008, ainda que se considere que aquele específico agente vai, no futuro, reincidir.

²¹⁰ Critério seguido por países como a França e a Noruega e defendido por Autores como JUAN MIGUEL MORA SÁNCHEZ (“Delitos contra la libertad sexual y análisis de ADN”, in *www.binasss.sa.cr* (consultado em 17 de Fevereiro de 2012), p. 11).

²¹¹ Como escreveu HELENA MONIZ, “o critério de inserção de perfis na base tem tido por referência a espécie de crimes praticados. Assim, crimes sexuais, crimes contra a vida ou contra a integridade física são os que, logo numa primeira etapa, são indicados. Segue-se depois terrorismo, crimes contra a humanidade, criminalidade organizada, extorsão, fraude, crimes contra a propriedade.” (“A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a coordenação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN”, *cit.*, p. 153)

condenados que se mostre empiricamente oscilante. O Direito e, em especial, o Direito Penal (*lato sensu*) reclama constância na definição do seu horizonte aplicativo, uma consistência que, em parte, é garantida com uma manutenção normativa. Além disso, a composição do elenco de infracções criminosas que, uma vez praticadas e julgadas, podem promover a inserção, na base de dados, dos perfis de ADN dos seus autores deve atender às especificidades da comunidade em causa. Isto porque, não esqueçamos, a informação que é vantajosa, neste âmbito, para um país pode não o ser para outro. E se, por exemplo, os Estados Unidos da América podem conseguir bons resultados, na prevenção e investigação de crimes, em manter bases com dados de homicidas (sobretudo de “serial killers”), em Portugal parece-nos que, e na ausência de outros factores que conduzam a uma conclusão diversa, não será útil ordenar a colheita de ADN a todos os autores de homicídios (dolosos) para posterior tipificação dos respectivos perfis e sua inserção na base de dados.²¹²

A ser assim, cumpre-nos, seguidamente, questionar se a inclusão, no arquivo nacional, dos perfis de ADN de condenados se deve orientar pela moldura legal do crime cometido, uma proposta que, à primeira vista, satisfaz positivamente algumas das desvantagens apresentadas aos outros critérios. Expliquemo-nos melhor: se o legislador tivesse optado, para o efeito que curamos, pela pena legal correspondente ao delito cometido reduziria, razoavelmente, o número de casos que, à luz dos outros critérios, ficariam excluídos, visto que não haveria um catálogo que taxativamente afastasse alguns tipos de crimes, nem existiria um mínimo de pena concreta que arredasse da base de dados agentes responsáveis por crimes de verificação reiterada e com forte probabilidade de serem provados por meio de perícias genéticas, entre – obrigatoriamente²¹³ – outras provas. Vistas assim as coisas, parece que este critério não padece de qualquer inconveniente e deveria ser, concludentemente, o preferido. Não obstante, não cremos que a simples determinação do *quantum* de pena abstracta (no seu limite máximo) seja suficiente para, sem mais ponderações, amparar a introdução de

²¹² No seguimento das nossas palavras pensamos profícuo recordar o seguinte trecho da autoria de HELENA PEREIRA DE MELO: “(...) no caso dos crimes contra a vida, exceptuada a situação raríssima no nosso país dos assassinos em série, em regra o homicida mata apenas uma vez na vida. Este facto torna-se particularmente nítido se atendermos a crimes que pressupõem laços estáveis entre o criminoso e a vítima, como sejam o homicídio qualificado, em que releva a especial censurabilidade do agente que este seja “descendente ou ascendente, adoptado ou adoptante, da vítima” [al. a) do n.º 2 do art. 132.º do CP]” (“A constituição de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal em Portugal”, in CORDEIRO, António Menezes / LEITÃO, Luís Menezes / GOMES, Januário da Costa (org.), *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 505-506).

²¹³ Recorde-se que a perícia de ADN não é suficiente, por si só, para amparar uma condenação.

perfis de ADN de condenados na base de dados. O juiz decide casos concretos, relacionados com pessoas concretas, e, por isso, pensamos que a decisão de submeter alguém a uma recolha de ADN para inserção do perfil obtido na base de dados tem também de ser realizada em concreto. É evidente que, para evitar arbitrariedades, sempre se exigirá uma orientação mais generalista, a qual pode ser dada pela pena abstracta que cabe ao caso *sub júdice*. Mas, saliente-se, aquela será sempre, para nós, um guia, não uma imposição.

Somos, portanto, daquelas pessoas que teimosamente advogam a angularidade da apreciação casuística. E fazê-lo mesmo neste caso. A redacção actual do n.º 2 do art. 8.º do diploma que analisamos – ao estabelecer que, aplicada determinada medida concreta de pena, se deve ordenar a recolha e inserção do ADN do condenado – comporta uma infausta automaticidade que afasta qualquer ponderação concreta. A realização do Direito é um exercício metodológico-interpretativo que tem sempre em vista uma situação concretamente contextualizada; não é uma elementar equação matemática (como $2+2=4$) nem um processo mecânico que, partindo de um cenário abstracto, se chegue a uma precisa conclusão. E, por isso, acreditamos que o ponto de partida para se aquilatar a utilidade de incluir (ou não) o perfil de ADN daquele singular agente é o ponto de chegada: o caso concreto, que, na sua singularidade, conglutina (e somente ele o consegue!) os elementos necessários para se apreciar tal imposição. Compreendemos que esta tese não está isenta de vicissitudes e percebemos que a ataquem com a bandeira do princípio da igualdade, sob o pretexto de que uma apreciação casuística pode tratar de modo distinto situações que reclamam, pela sua semelhança, procedimentos igualitários. Por outras palavras, a contestação à concepção por nós sufragada firma-se na real (admitimo-la!) possibilidade de, ficando aquela decisão a cargo do julgador, agentes condenados em circunstâncias similares serem tratados de forma desigual, solicitando-se a uns o seu ADN e a outros não. Estamos cientes deste aspecto. Mas este não é já um risco que se corre hoje com, por exemplo, a determinação da sanção a aplicar? Quantas vezes, no quotidiano dos nossos tribunais, arguidos em iguais condições são cuidados de forma distinta? A (in)experiência do magistrado judicial, o seu historial de vida, o seu presente estado emocional, os seus conhecimentos... Muitos factores se poderiam enumerar para explicar que qualquer decisão de um juiz, como ser humano que é, está imbuída numa subjectividade que, apesar de se tentar minimizar com pressupostos objectivos, sempre influi naquela. Ora, aceitando-se que qualquer decisão judicial comporta, irremediavelmente, uma dose de

subjectividade, tem de se aceitar, igualmente, que há uma área de discricionariedade que cumpre ao juiz suprimir atento o caso *sub júdice*. Socorramo-nos de um exemplo: suponha-se que A e B são arguidos em processos diferentes, de tribunais distintos. É-lhes imputada, a cada um, a morte de uma pessoa que ocorreu em idênticas circunstâncias. Só que, no primeiro, o crime é tipificado como sendo de homicídio e, no segundo, o julgador considera que a factualidade preenche o tipo qualificado de homicídio. Nesta hipótese, logo na qualificação jurídica a atribuir aos factos há um tratamento diferenciado de dois arguidos. Mas, presumamos agora que a qualificação jurídica é a mesma (consideremos ambos os casos como homicídios simples) e, portanto subsumível à mesma moldura legal. Contudo, os magistrados judiciais decidem condenar A a uma pena de prisão de 9 anos e B a período de reclusão de 12 anos. Decisões diferentes que acarretam, impreterivelmente, consequências diversas.²¹⁴ E não é, por este facto, que se recusa a existência de uma margem de manobra que permite ao juiz, em face da matéria provada, adequar a pena ao agente, margem esta que, imperiosamente, conduz a decisões diferentes. Não se contestando, deste modo, a ductilidade decisória dos nossos juízes na concretização da pena, por que é que se reprova que aquele tenha semelhante espaço de liberdade para decidir sobre a ordem de recolha do ADN e inserção do perfil na base de dados? Porquê recusar tal faculdade a quem, melhor do que ninguém, tem conhecimento dos factos praticados pelo agente e é o detentor das informações existentes sobre o eventual pendor repetitivo daquele? Não vislumbramos razões para impedir que o juiz, munido de todos os elementos sobre o agente, não decida sobre aquela imposição. Claro que sempre se exigirá um critério normalizador e, de certa forma limitador, sob pena de abrimos a base de dados a bagatelas penais. Por isso, julgamos razoável que a condenação sobre a qual se discute a inserção do perfil do ADN do réprobo assente no cometimento de crimes considerados violentos, os quais, segundo a al. j) do art. 1.º do CPP, consubstanciam “as condutas que dolosamente se dirigem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e a autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos”²¹⁵. É, digamos, uma espécie de combinação entre o critério da natureza do crime cometido com aquele que se centra na moldura penal. Mas, objectará o arguto leitor que, com recurso a este critério, limitamos o tipo de crimes cujo perfil de ADN pode ser inserido na base. É verdade. Excluimos,

²¹⁴ Como, por exemplo, no cômputo do tempo para a liberdade condicional.

²¹⁵ Este parece ser o entendimento da CNECV, expresso no ponto 2 do seu parecer n.º 52/CNECV/07.

desta forma, e a título meramente exemplificativo, delitos patrimoniais. Delitos cujos autores outrora advogámos deverem constar no repositório de perfis de ADN. Uma contradição? Se mais nada se dissesse, sim, haveria uma incontornável contradição. Mas temos algo a acrescentar; duas coisas, em bom rigor. A primeira prende-se com um pequeno retoque na definição legal citada, substituindo, para o contexto em que desenvolvemos o presente exercício interpretativo (e somente para este), “e” por “ou”, passando a ler-se, então, que criminalidade violenta são “as condutas que dolosamente se dirigem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e a autodeterminação sexual ou a autoridade pública *ou* forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos”. Deste modo, cremos ultrapassado o óbice que a enumeração de tais tipos de crime acarretava, com a sequentemente exclusão de muitos outros. O segundo aspecto que queremos, a este propósito, clarificar atende, por curioso que possa parecer, com o princípio da igualdade. Consideramos ter já explicado que não nos parece que este princípio seja beliscado com uma ponderação casuística dos condenados que devem ver o seu perfil de ADN inscrito na base de dados. Mas vamos mais longe e ousamos afirmar que, não só não é ofendido, como também ele reivindica tal apreciação caso a caso (ou, melhor, agente a agente). Pois não ignoremos que, se é verdade que o princípio da igualdade exige um trato semelhante para situações idênticas, não menos exacto é dizer que ele impõe um tratamento diferenciado para situações distintas. Ou, dito de forma mais abreviada, tratar por igual o que é igual e tratar de modo diferente o que é diferente. Porém, perguntam-nos vozes lididamente insaciadas, o tratamento diferenciado não surge com a previsão legal de quais os casos que devem ser incluídos na base, previsão essa que pode assentar num *quantum* de pena ou numa específica natureza do crime cometido? Não está o legislador, ao optar por um ou por outro critério, a observar já o princípio da igualdade nesta vertente que agora se analisa? Em parte, respondemos. Mas somente em parte, porque a heterogeneidade de agentes que é condenado num mesma pena ou por um mesmo tipo de crime impetra um tratamento diferenciado entre eles. Se não, cogite-se: será que, por exemplo, uma pessoa condenada a cinco anos de prisão pela prática de um crime de explosão (art. 272.º do CP) deve ser tratada da mesma forma que uma outra que, apesar de também condenada numa pena de cinco de prisão, cometeu um crime de violação (art. 164.º do CP)? Será recto equiparar abusadores sexuais preferenciais e abusadores sexuais situacionais²¹⁶,

²¹⁶ Para uma definição destes conceitos *vide* PAULINO, Mauro, “Caracterização dos Abusadores Sexuais de Crianças”, in ALMEIDA, Fátima / PAULINO, Mauro (coord.), *Profiling, Vitimologia e Ciências*

quando se sabe que os primeiros manifestam maior propensão para a prática delituosa²¹⁷? Pensamos que não. Mas mais: a nossa negação só se pode ancorar numa avaliação concreta, uma apreciação que é feita por quem é detentor de conhecimentos técnico-jurídicos e de informações privilegiadas sobre o agente, os quais são necessários para, num juízo de prognose, avaliar se aquele apresenta (ou não) “Wiederholungsgefahr”²¹⁸.

§5. Substituição da pena de prisão: (in)coerência teleológico-normativa?

O art. 8.º da Lei n.º 5/2008, no seu n.º 2, *in fine*, prevê a possibilidade de se obrigar um condenado em pena suspensa a fornecer o seu ADN para que, depois de determinado, se inscreva o seu perfil na base de dados. E, de todos os requisitos que motivam a inserção do perfil genético de condenados no arquivo nacional, este é, sem dúvida, aquele que nos causa maior obstupefacção. Isto porque a aplicação de uma pena de suspensão de execução da pena de prisão (única pena de substituição²¹⁹ da pena de prisão que, pelo regime legal actual, pode estar implicada), ao pressupor que aquela realiza “de forma adequada e suficiente as finalidades da punição[²²⁰]” (art. 50.º, n.º 1, do CP), não é, a nossos olhos, compatível com a inscrição de um perfil de ADN que visa desincentivar a prática de factos criminosos. Expliquemo-nos melhor.

A pena de suspensão da execução da pena de prisão, prevista nos art.ºs 50.º e ss. do CP, é uma pena de substituição²²¹ de penas (concretas) de prisão até cinco anos e

Forenses (Perspectivas Atuais), Pactor, Lisboa, 2012, pp. 362-370.

²¹⁷ Como nos comunica MAURO PAULINO, “o abusador primário (...) apresenta uma compulsão crónica e repetitiva” (*ibidem*, p. 364), enquanto que “os agressores sexuais situacionais, geralmente, (...) não têm uma preferência sexual por crianças, sendo menos propícios a repetir o ato abusivo” (*ibidem*, p. 368).

²¹⁸ Ou, como traduz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “perigo de continuação criminosa” (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem, ob. cit.*, p. 481), requisito que o TC alemão, no seu aresto de 14 de Dezembro de 2000, considera indispensável para justificar a colheita do ADN e ulterior inserção do perfil na base.

²¹⁹ As penas de substituição são, nas palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, penas aplicadas na sentença condenatória, substituindo a execução das penas de prisão e multa, enquanto penas principais, concretamente determinadas” (“Critérios de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, *BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, 1984, p. 33, n. 29).

²²⁰ As quais são, nos termos do n.º 1 do art. 40.º do CP, “a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Sobre as finalidades preventivas na concretização da sanção jurídico-penal cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena”, *RPCC*, 12 (2002), pp. 147-182 e, para uma visão mais ampla das várias propostas dogmáticas, *vide*, entre muitos, MARTINS, A. Lourenço, *Medida da Pena – Finalidades – Escolha (Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 63 e ss..

²²¹ A suspensão da execução da pena de prisão é, em bom rigor, e a par da pena de multa de substituição (art. 43.º, n.º 1, do CP) e da pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou

pode assumir uma de três modalidades: i) suspensão da pena de prisão simples (art. 50.º do CP), ii) suspensão da execução da pena de prisão com imposição de deveres ou regras de conduta (art.ºs 51.º e 52.º do CP) e, iii), suspensão da execução da pena de prisão com regime de prova (art.ºs 53.º e 54.º do CP). No primeiro caso, o tribunal apenas determina a suspensão do cumprimento da pena de prisão, observando, então, um lapso temporal durante o qual o agente não pode cometer nenhum delito sob pena de ter de cumprir efectivamente o tempo de prisão que lhe foi decretado como pena principal. Na segunda modalidade, a suspensão da execução da pena de prisão pode ser acompanhada pela imposição, ao criminoso, de deveres – “destinados a reparar o mal do crime”²²² – ou de regras de conduta – “susceptíveis de fiscalização e destinadas a promover a sua [do condenado] reintegração na sociedade”²²³. Quanto à terceira forma de pena de prisão suspensa na sua execução, esta pode incluir um plano de readaptação social que o condenado deve seguir de modo a se ressocializar.

Independentemente da modalidade que adopte, a suspensão da execução da pena de prisão encerra, na sua aplicação, a ideia de que “existe da parte dele [do condenado] uma firme vontade de reparar o mal causado e de se reinserir de forma plena na sociedade”²²⁴. Isto é, o juiz somente substitui a pena de reclusão pela suspensão da sua execução se, face às concretas circunstâncias do caso, considerar que, com esta pena de substituição, ficam asseguradas as finalidades da punição. Partindo deste pressuposto – que é, frise-se, o pressuposto que preside à aplicação desta (e de outras) pena(s) de substituição –, surpreende-nos que o legislador, no aludido n.º 2 do art. 8.º, considere que os condenados nesta sanção jurídica devam fornecer uma amostra do seu material genético para determinação do respectivo perfil e posterior inserção na base de dados. Não compreendemos esta ambígua solução: por um lado, aplica-se uma pena que subentende o afastamento do agente da prática de infracções criminosas²²⁵ e, por outro lado, exige-se-lhe uma amostra do ADN para se incluir numa base de dados que tem como fito dissuadir o cometimento de crimes.

privadas (art. 43.º, n.º 3, do CP), uma pena de substituição em sentido próprio, na medida em que substituem a pena de prisão e, concomitantemente, são sanções não privativas da liberdade.

²²² N.º 1 do art. 51.º do CP.

²²³ N.º 1 do art. 52.º do CP.

²²⁴ Ac. do TRG de 11 de Abril de 2012, proc. n.º 297/08.8GACBC.G1.

²²⁵ Sobre este ponto, cremos pertinente reproduzir as palavras do Desembargador FERNANDO MONTERROSO: “A primeira finalidade político-criminal que a lei visa com o instituto da suspensão é o afastamento do delinquentes, no futuro, da prática de novos crimes.” (ac. do TRG de 9 de Julho de 2009, proc. n.º 129/07.4GBGMR.G1)

Em sentido oposto, Autores como INÊS TORRAL MENDES PEDROSO DA SILVA defendem a bondade do referido segmento do preceito legislativo em análise, argumentando, para o efeito, que a determinação de uma pena de substituição “não obnubila o facto de o agente ter cometido um crime que em concreto pode revestir determinadas características – grau de culpa manifesto no facto ilícito típico, tendência reincidente, entre outras que justifiquem a inserção na base de dados de perfis genéticos”²²⁶. Parece-nos, porém, que esta forma de raciocinar parte de uma confusão entre os critérios de determinação de uma pena concreta, os pressupostos de substituição de uma sanção e os requisitos de inserção do perfil de ADN de condenados.

Em primeiro lugar, “o facto de o agente ter cometido um crime que em concreto pode revestir determinadas características”²²⁷ pouco adianta para o efeito; a prática de um delito pressupõe, por parte de uma pessoa, específicas circunstâncias. Mas isso é comum a todos os crimes e, não é por esta razão, que se alvitra que todos os tipos legais de crime podem motivar a inscrição do perfil de ADN do seu agente. A própria noção de crime supõe um comportamento de um ser humano, o qual, na pluralidade de condutas possíveis, apresenta traços próprios. Permitam-nos o recurso a uma comparação: suponhamos que a base de dados é uma galeria de arte e é necessário estabelecer os critérios que os quadros a expor devem possuir, como sejam os materiais utilizados ou o tipo de manifestação artística. Ora, se, por hipótese, a dita galeria quiser expor pinturas impressionistas não aceitará, para aquela exposição, retratos realistas. Mas esta especificação não se consegue dizendo apenas que as telas devem ter sido pinceladas, porque isto é comum a todos os quadros e, assim, não afasta nenhum ou, dito em sentido oposto, não se caracteriza os que são pretendidos. E o que a Autora, naquele segmento, refere é algo que é comum a qualquer crime: ter sido praticado por alguém num determinado circunstancialismo.

Continuando a análise pelo fragmento textual acima transcrito, constatamos que o grau de culpa do agente é sugerido como uma das razões que justificariam a inserção do perfil de ADN na base, argumento que não nos atrai. É inegável que o grau de culpa do agente é imprescindível para a determinação da pena concreta. Mas também é inegável que este grau de culpa está presente em situações em que se aplica o mínimo dos mínimos (um mês de prisão, segundo o n.º 1 do art. 41.º do CP) e não cremos que,

²²⁶ A *(i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal (Dissertação do 2.º ciclo em Ciências Jurídico-Criminais, Direito Penal, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, *ob. cit.*, p. 98, n. 188.

²²⁷ *Idem, ibidem.*

nestes casos, se aprove a inclusão do perfil de ADN, visto estarmos perante bagatelas penais que não reclamam uma censura elevada. Mas mais: o grau de culpa do agente está igualmente presente em casos em que, não obstante se declarar o arguido culpado dos factos que lhe são imputados, se determina uma dispensa de pena, ao abrigo do art. 74.º do CP. Será que, também nestas situações, se devem encontrar razões para que o condenado veja o seu perfil de ADN na base de dados? Cremos que não, pois, como já se viu, a sua culpa é diminuta e, se o é, também a sociedade não reclamará grandes exigências preventivas. Além disso, se nos baseássemos apenas na culpa do agente, teríamos forçosamente de considerar esta imposição de inclusão do perfil de ADN na base de dados como uma pena, o que, como veremos infra, não nos parece ser a perspectiva mais correcta.

Seguidamente, lemos que a reincidência também pode fundamentar a inserção do perfil de ADN na base. Se apenas se dissesse isto, tais palavras colheriam plenamente a nossa aprovação. Pensamos, de facto, que a reincidência jurídico-penal pode, ao indiciar que aquele particular agente costuma repetir os seus erros, ser um elemento a ponderar positivamente para a inclusão do perfil. Todavia, diz-se mais do que isto e parte-se do erróneo pressuposto de que a reincidência também se verifica nos casos em que aplica uma pena de substituição. Uma leitura do art. 75.º do CP, no seu n.º 1²²⁸, arrasa qualquer dúvida que pudesse existir e que, por via interpretativa, incluísse as penas de substituição neste instituto.

E mais espanto nos causa quando a citada Autora arrima todo este entendimento no facto de que a pena substituída não pode impedir a inserção o perfil de ADN, sob pena de se criar situações de desigualdade entre condenados. Além das considerações anteriormente tecidas sobre o tratamento igualitário, impõe-se uma questão: uma pessoa condenada em pena principal não está, forçosamente, numa situação diferente daquela em que se encontra um cidadão condenado numa pena de substituição? Os pressupostos de aplicação de uma e de outra não são, necessária e compreensivelmente, diferentes? A resposta é, para ambas, positiva, tal como positiva é a diferença que se deve fazer, para estabelecimento dos perfis de ADN a incluir no nosso arquivo, entre pessoas condenadas em penas de prisão principal e pessoas condenadas em penas de

²²⁸ O qual dispõe que “é punido como reincidente quem (...) cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão *efectiva* superior a seis meses, depois de ter sido condenado por sentença transitado em julgado em pena de prisão *efectiva* superior a seis meses por outro crime doloso” [itálicos nossos].

substituição, ponderando-se, caso a caso, a inserção das primeiras e repelindo sempre as segundas.

O afastamento das penas de substituição para o intento que nos preocupa ganha particular relevo para quem, como nós, defende que a inscrição do perfil do ADN do condenado deva ser ponderada casuisticamente e estribada numa propensão delituosa que o agente manifeste. Pois, como é bom de ver, não é coerente declarar que determinada pessoa irá, com elevado grau de probabilidade, cometer novos crimes no futuro – justificando, assim, a inclusão do seu perfil genético – e, simultaneamente, aplicar-lhe uma pena de substituição, a qual subentende que aquele não voltará a praticar outras infracções criminais. A imposição de incluir o perfil de ADN na base de dados supõe que o condenado é perigoso (leia-se, numa concepção jurídica do termo, passível de um juízo de prognose desfavorável quanto à sua conduta), considerando precisamente inverso ao que se faz na substituição de uma sanção penal.²²⁹

§6. A nossa proposta (síntese conclusiva dos pontos anteriores)

Realizado um modesto escalpelo aos critérios orientadores que, no desfecho de um processo penal, podem motivar a recolha do ADN de um condenado e ulterior inserção do perfil conseguido no arquivo nacional, parece-nos conveniente fazer uma breve síntese das ideias que esboçámos nos § anteriores. Um compêndio que, além de relembrar e – possivelmente – clarificar alguns pontos mais confusos, se presta a lançar a discussão que promoveremos no próximo § sobre a natureza jurídica desta imposição.

Partindo do teor do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, aplaudimos, sem reservas, a exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória. Uma proposta diversa seria uma titânica violação dos princípios jurídico-processuais que nos orientam e corresponderia à criação de um ficheiro que, em bom rigor, não seria de condenados mas sim de arguidos. Mas o facto de uma decisão se tornar definitiva não basta para o efeito e, apesar de a letra da lei nada referir a esse respeito, pensamos

²²⁹ Solução que é partilhada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o qual, a propósito da já referida decisão do TC germânico, nos diz que “é necessário que em relação a esse arguido se tenham dado como provadas na sentença circunstâncias que justifiquem a recolha da amostra e a sua inserção no ficheiro, o que não sucede, por exemplo, se em relação a esse arguido foi aplicada pena de prisão suspensa na sua execução, pois esta supõe a inexistência de uma perigosidade do arguido” (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem, ob. cit.*, p. 481).

que tal imposição deve ser fundamentada. Afinal, uma recolha de ADN e sequente inserção do respectivo perfil na base corresponde, numa vista desnuda de artifícios lógico-argumentativos, a uma ofensa a direitos que uma pessoa possui pelo facto de ser humano. Contudo, aceita-se que, pela finalidade de colaboração na investigação criminal que a base de dados de perfis de ADN assume, em conjunto com as várias garantias que aquela oferece (v.g., o tipo de recolha do material biológico que se quer não invasivo e o acesso restrito às informações nela contidas), tais direitos sejam restringidos por uma decisão judicial que se quer devidamente fundamentada, o que faz com que rejeitemos o carácter automático que a norma em análise parece comportar. Isto é, quando um juiz decide que o ADN de um condenado deve passar a constar da base de dados, deve assentar a sua resolução em razões que, perante o comportamento do agente sentenciado e as finalidades da base, evidenciem uma propensão para a continuação da prática de delitos. Este juízo de prognose, desfavorável ao condenado, é, para nós, a pedra angular de qualquer decisão que determine a recolha do seu ADN e ulterior inserção na base de dados. Não obstante esta necessária apreciação casuística, não ignoramos que é necessário estabelecer mais alguns critérios orientadores e que, de certa forma, tornem minimamente objectiva a resolução que, a este propósito, o julgador tomar.

Assim sendo, e tendo como pano de fundo os princípios estruturantes do nosso Direito Penal, pensamos que a condenação numa pena de substituição não pode, pela discrepância das suas finalidades com o efeito dissuasor da base de dados, motivar uma recolha e posterior inserção de um perfil de ADN. A aplicação de uma consequência jurídica desta índole pressupõe um juízo de prognose que é favorável ao condenado, à forma como ele se vai comportar no futuro e que se presume que não consubstancie a prática de novos crimes. Deste modo, somente uma pena principal, mais precisamente uma pena de prisão, pode ancorar uma decisão do juiz de introduzir o perfil genético da pessoa que considerou responsável pela prática do delito. Uma pena de prisão que, note-se, pode ter sido aplicada pela prática de um crime isolado ou pelo cometimento, em situação de concurso, de várias infracções criminais. Isto desde que, e não será demais recordar, pelo menos, uma delas tenha sido cometida com dolo, numa atitude de total hostilidade para com os comandos jurídico-penais. E, acrescente-se, independentemente de o crime ter sido consumado ou tentado, uma vez que o que releva, nesta sede, é o censurável resultado que o agente ambicionou e não o facto de aquele se ter realmente verificado ou não. Até porque não se esqueça que a prática de um crime tentado não

chegou ao fim não por vontade do agente mas sim por eventos exteriores àquele. Um agente que, via de regra, deve ser o seu autor do delito e não apenas um simples cúmplice que, embora tenha ajudado, não é, em bom rigor, o responsável pela infracção cometida.

Urge, seguidamente, perguntar se é indiferente o tipo de crime praticado ou, diversamente, se a sua natureza pode, de alguma maneira, discriminar os casos em que mais proveitoso será (na perspectiva da sociedade e do próprio condenado) a inserção dos dados de ADN no arquivo nacional. E, se a par do tipo legal de crime praticado, ou em sua alternativa, ajuizar se a medida concreta de pena pode influenciar a decisão de inclusão dos perfis de ADN de condenados. Como vimos, a opção que o legislador tomou centrou-se num quantitativo de pena de prisão mínimo de três anos, sem qualquer alusão à natureza ou tipo do crime praticado. Uma solução que aspira a um tratamento igualitário das pessoas penalmente sentenciadas mas que, a nossos olhos, não se revela a opção mais justa. Uma pena de prisão de três anos por um crime sexual não é o mesmo que uma pena de igual duração determinada para uma situação de concurso de crimes contra a honra ou para pequenos crimes patrimoniais. Um indivíduo que abusa de uma criança reclama, forçosamente, um tratamento distinto de um outro que furtou produtos num supermercado. Uma dissemelhança de trato que, como se vê, também deve ser ponderada no que à introdução dos respectivos perfis genéticos na base diz respeito. Uma ponderação que, sublinhe-se, não pode olvidar quais os delitos que, com maior probabilidade, podem ser investigados com recursos a provas genéticas e que, portanto, podem beneficiar da despersuasão que o arquivo de perfis de ADN ambiciona.

Posto isto, retomamos a ideia central do presente estudo: a decisão de inserção do perfil de ADN de condenados na nossa base de dados deve ser tomada com arrimo numa apreciação concreta do caso, em particular, do comportamento do agente revelado no facto e na possibilidade de ele vir (ou não) a reincidir. Neste sentido, e tendo em consideração que a inclusão do perfil de ADN na base acarreta a ofensa a direitos do indivíduo que, apesar da condenação que sobre si impende, não os perde, cumpre-nos, seguidamente, perscrutar qual a natureza desta imposição. Será que ao se fundar na propensão delitiva do agente é uma medida de segurança? Ou, e uma vez que presume uma condenação de, pelo menos, um crime, se deve considerar como uma pena, ainda que acessória? Este é o problema que, no decurso do próximo §, iremos abordar.

§7. Natureza jurídica da imposição de inserção do perfil genético do condenado na base de dados nacional

Depois de se ponderar alguns dos critérios que devem orientar o julgador a determinar que condenados devem ser impelidos a fornecer o seu ADN, pensamos ter deixado suficiente claro que esta imposição tem de partir, acima de tudo, do caso em apreço e de um agente que demonstre uma inclinação para comportamentos repetitivos. Um entendimento que, em parte, colide com o preceituado no n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, nomeadamente quando à (des)necessidade de um *quantum* de pena e à substituição da pena de prisão. Em qualquer um dos casos, porém, existe uma imposição: o magistrado judicial, se assim o entender, delibera que o agente definitivamente condenado tem de fornecer uma amostra do seu material genético para que se defina o seu perfil e, sequentemente, o inclua na base de dados nacional. Urge, então, perguntar que natureza jurídica assume esta imposição. Será que é uma pena acessória? Ou um efeito automático da pena principal? Ou, ainda, uma medida de segurança não privativa da liberdade? A resposta difere consoante a interpretação que se faça.

Uma leitura mais arraigada à letra da lei terá de considerar que o n.º 2 do art. 8.º da supra mencionada Lei n.º 5/2008, ao afirmar que (recordemos) “quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída”, sugere que esta imposição é, bem vistas as coisas, um efeito automático de penas de clausura que se quantifiquem acima dos três anos e de penas de substituição acima daquele limite. Por outras palavras, melhor, nas palavras de JORGE DOS REIS BRAVO, “a formulação legal é indutora da conclusão de se tratar de uma consequência automática de condenação por crime doloso punido com pena de prisão igual ou superior a três anos, ainda que tenha sido substituída”²³⁰. Uma solução, apesar de estribada na normatividade vigente, que não nos parece consentânea

²³⁰ “Perfis de ADN de arguidos-condenados (O art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *cít.*, p. 114.

com a proibição constitucionalmente consagrada²³¹ de se associar efeitos automáticos às penas aplicadas a pessoas que são jurídico-criminalmente responsabilizadas.²³² Como se sabe, no nosso ordenamento jurídico, a pena de prisão, além da unicidade da sua forma, é uma sanção simples, na medida em que “à condenação em pena de prisão não se liga[m], por força da sua natureza, efeitos jurídicos necessários ou automáticos que vão para além da sua execução”²³³. Ora, assim sendo, mesmo que a redacção da norma em apreço seja indicadora que a sua natureza é equiparável a um efeito automático da condenação, não podemos considerar que a imposição de inclusão do perfil de ADN de condenados na base de dados seja uma consequência autónoma que se associe à aplicação de uma pena. Até porque, como defendemos em momento próprio, pensamos que esta imposição tem de sobrevir a um juízo concreto sobre a propensão delituosa do agente em causa.

Mas, se se alvitra uma ponderação casuística, estar-se-á também a sugerir que aquela imposição corresponde a uma pena acessória? Antes de respondermos, revela-se-nos conveniente compreender o que são as penas acessórias no nosso sistema jurídico.

Uma pena acessória é uma sanção jurídica que pressupõe a fixação, na decisão condenatória, de uma pena principal ou de uma pena de substituição e, portanto, aquela será sempre aplicada com uma destas. Exemplos destas reacções criminais são a pena de proibição do exercício de função (art. 66.º do CP), a pena de suspensão do exercício de função (art. 67.º do CP), a pena de conduzir veículos com motor (art. 69.º do CP), a pena de proibição de contacto com a vítima (art. 152.º, n.º 4, do CP), a pena de inibição do poder paternal e a pena de proibição do exercício do poder paternal (ambas previstas no art. 179.º do CP). Como qualquer pena, a pena acessória devia ser determinada de acordo com a culpa que o agente demonstrou na prática do crime. Sucede, porém, que a imposição de recolha e ulterior inserção do perfil de ADN na base de dados não se arrima no grau de culpa evidenciado pelo agente; diferentemente, aquela imposição centra-se, quanto a nós, numa ponderação das concretas circunstâncias, em especial da particular tendência para a reiteração do cometimento de delitos. É, dito de outro modo, a perigosidade do agente²³⁴ que norteia a decisão do juiz em ordenar ou não a inclusão

²³¹ Cfr. n.º 4 do art. 30.º da CRP, o qual dispõe que “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”.

²³² Cfr. art. 65.º, n.º 1, do CP.

²³³ ANTUNES, Maria João, *Consequências jurídicas do crime (Lições para os alunos da disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, cit., p. 10.

²³⁴ Como nos informa PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “a perigosidade é, do ponto de vista objectivo, uma probabilidade, isto é, «um grau muito relevante de possibilidade», que assenta numa «qualidade

do perfil genético do condenado no arquivo nacional. Além disto, não podemos ignorar que, ao abrigo do n.º 3 do mesmo art. 8.º, a imposição que analisamos pode ser aplicada a inimputáveis e, como se sabe, estes, ao não serem passíveis de um juízo de censura, não podem ter contra si a aplicação de pena que, ainda acessória, é uma sanção jurídica que exige a culpa do agente.

Como a imposição de fornecer uma amostra de ADN para posterior inclusão do perfil obtido na base de dados carece de um juízo positivo quanto à perigosidade do agente, cumpre-nos indagar se aquela pode ser considerada como uma medida de segurança não privativa da liberdade. É do comum conhecimento que a perigosidade do agente é o pressuposto de aplicação de uma medida de segurança²³⁵, sendo que esta anda normalmente associada ao internamento de inimputáveis. Sucede, contudo, que o nosso ordenamento jurídico admite, em casos específicos, que a um mesmo agente possa ser aplicada uma pena e, simultaneamente, uma medida de segurança não detentiva, baseando esta na perigosidade daquele e aquela na sua culpa.²³⁶ Será esta imposição exemplo de uma medida de segurança que se aplique concomitantemente a uma pena? Aquela imposição está prevista na lei, é determinada quando é tida como proporcional ao caso e depende de uma decisão do juiz. Argumentos que poderiam induzir-nos a considerar que o art. 8.º, no seu n.º2, contem uma medida de segurança. Não cremos, porém, que esta seja a sua natureza jurídica. Senão vejamos. Embora se admita que esta imposição se alicerce num juízo de forte probabilidade do agente recair na prática delituosa, não podemos esquecer que o conceito de perigosidade subjacente à aplicação de uma medida de segurança parte do princípio de que os crimes reiterados são do mesmo tipo e, diversamente, a perigosidade que referimos para efeitos de inclusão do perfil de ADN do condenado no arquivo nacional admite, tal como outros institutos (v.g., a reincidência), que os crimes repetidamente cometidos sejam de natureza diversa. Além disto, e de outros princípios conformadores da disciplina jurídica das sanções criminais, não se admite, em Portugal, a existência de penas ou medidas de segurança fixas; estas têm sempre de comportar uma moldura dentro da qual, atentos determinados requisitos, o julgador vai encontrar o *quantum* certo para a situação concreta. Ora, como resulta da leitura do regime jurídico da base de dados de

persistente da personalidade»” (*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem, ob. cit., p. 282*).

²³⁵ Cfr. FERREIRA, Manuel de Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2010 (reimp.), pp. 59 e ss..

²³⁶ Cfr. art.ºs 100.º e ss. do CP.

perfis de ADN, mormente quanto ao tempo de conservação dos ficheiros²³⁷, o tempo de manutenção do perfil do condenado está, antes da imposição da sua inserção na base, bem determinado e, também por esta razão, não podemos perspectivar esta imposição como uma medida de segurança não privativa da liberdade. A este entendimento somam-se outros argumentos que evidenciam a discrepância de regimes entre uma medida de segurança (não detentiva) e a inclusão do perfil de ADN do condenado na base de dados, como sejam a possibilidade de se promover à suspensão da medida de segurança e, verificados os pressupostos para tal, ao seu reexame, situações que não estão previstas para os ficheiros de perfis de ADN que se encontrem registados no arquivo nacional

Posto isto, e se concluimos já que esta imposição de recolha e inserção do ADN do condenado não é nem uma pena nem uma medida de segurança, estamos em condições de poder afirmar que aquela imposição não é, por força do princípio da taxatividade das consequências jurídicas do crime, uma sanção jurídico-criminal entendida como a resposta (primordial) do nosso ordenamento jurídico à prática de delitos. Mas sabendo o que não é não nos basta. Precisamos de compreender qual a natureza jurídica da ordem de recolha e inclusão do perfil. JORGE DOS REIS BRAVO sugere-nos que “o recorte da ordem de obtenção de amostra aproxima-se (...) de um regime de ordem ou injunção judicial de natureza especial *quase* automática, não dispensando a concreta exigência constitucional da respectiva fundamentação (art. 205.º da CRPort)”²³⁸. Uma solução que, com ressalva da “quase automaticidade” (pelos fundamentos que expusemos anteriormente), parece adequar-se à sua determinação e não contende com os fins da base de dados. Ou seja, partilhamos o entendimento de que a recolha de material biológico do condenado para tipificação e inserção do respectivo perfil de ADN no nosso acervo informativo, ordenada por um despacho de um juiz, pode ser considerada uma injunção, conceito que lida bem com as finalidades preventivo-dissuasoras da base de dados e que, embora se fundamente no concreto agente e no crime praticado, não se confunde, nos seus pressupostos, com as legalmente estabelecidas reacções criminais.

²³⁷ Cfr. al. f) do n.º 1 do art. 26.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro.

²³⁸ “Perfis de ADN de arguidos-condenados (O art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *cit.*, p. 117.

Conclusão

Volvidos mais de quatro anos sob a publicação da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, a existência e o funcionamento da nossa base de dados de perfis de ADN ainda suscitam, para muitos, alguma escrupulosidade e resistência. Insipiência de uns, desconfiança de outros, exígua discussão pública sobre o assunto, escassez de recursos económicos... Várias razões podem ser apontadas para que, presentemente, o número de perfis inscritos (e correspondências efectuadas) naquele arquivo nacional seja consideravelmente inferior ao que fora previsto aquando a sua criação. Propusemo-nos, então, a olhar, com inquieta curiosidade, para uma das normas do referido diploma legislativo: o n.º 2 do art. 8.º, o qual estabelece os critérios de inserção dos perfis genéticos de condenados (imputáveis) na base de dados nacional.

A sua redacção parece, numa primeira leitura, límpida no seu conteúdo: estando o juiz perante um determinado circunstancialismo (pessoa definitivamente condenada – com ressalva da possibilidade de haver recurso de revisão –, em sede de um processo penal, a quem foi aplicada uma pena de prisão de três anos, ainda que substituída), era seu dever proceder à emissão de um despacho que autorizasse a recolha do perfil genético do réprobo e conseqüente introdução na base de dados. Todavia, uma análise mais atenta revela que a inaugural diafanidade do citado preceito normativo é falaz, reclamando, ao leitor, um exercício interpretativo que permita compreender quais as situações que estão em causa e quais os critérios que devem orientar aquele despacho do julgador. Ou, dito de uma forma interrogativa, que condenações judiciais podem conduzir à inscrição do perfil genético do(s) autor(es) do(s) crime(s) na base de dados nacional?

Cientes de que, mais que uma resposta, existem múltiplas sugestões, atrevemo-nos, ao longo das páginas antecedentes, a apresentar o nosso entendimento sobre o n.º 2 do art. 8.º da supramencionada Lei n.º 5/2008, o qual se concentra, sumariamente, nas seguintes ideias: i) por “condenado” não se pode entender “cúmplice”; ii) a expressão “crime” não afasta o concurso de infracções criminosas (embora se exija sempre que, pelo menos, uma delas seja cometida de forma dolosa); iii) mais que a medida concreta da pena ou natureza do delito cometido, o juiz deve ponderar se o concreto agente, pela

sua forte probabilidade de prossecução de actividades criminosas, deve ser coagido a fornecer uma amostra de ADN para inserção do respectivo perfil na base de dados nacional; iv) a substituição da pena concretamente aplicada é, pelas finalidades que a punição deve cumprir, incompatível com aquela inscrição. Mais que requisitos, pensamos, em suma, que a decisão do julgador de recolher e inserir o ADN do condenado na base de dados deve ter como farol o autor do delito e a sua propensão para a manutenção de uma conduta juridico-penalmente censurável. Afinal, o Direito quer-se justo e a Justiça não se faz em abstracto.

Resumo / Abstract

Resumo

Este trabalho é uma pequena reflexão sobre as circunstâncias que podem motivar a inscrição do perfil de ADN de condenados a penas de prisão iguais ou superiores a três anos na base de dados portuguesa. Tipo de crime, concurso de crimes e substituição da pena de prisão são alguns dos problemas que iremos abordar.

Abstract

This paper is a brief reflection about some circumstances that might motivate the inclusion of the DNA profile of convicted to imprisonment of not less than three years in the Portuguese database. Type of crime, contest crimes and substitution of imprisonment are some of the issues that we will discuss.

Siglas e abreviaturas

- ac. - acórdão
- ADN - ácido desoxirribonucleico
- AFDUAM* - *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*
- al. - alínea
- art. - artigo
- AS* - *Análise Social*
- BFD* - *Boletim da Faculdade de Direito (da Universidade de Coimbra)*
- BIIDPCCFDUL* - *Boletim Informativo do Instituto de Direito Penal e Ciência Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*
- BOA* - *Boletim da Ordem dos Advogados*
- CC - Código Civil
- CEDHLF - Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
- cfr. - confira
- cit. - citado
- CJ-ASTJ* - *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*
- CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
- CNPD - Comissão Nacional de Protecção de Dados
- coord. - coordenação
- CP - Código Penal
- CPP - Código de Processo Penal
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- dir. - direcção
- DJ* - *Direito e Justiça*
- DL - Decreto-Lei
- DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

- ed. - edição
- fasc. - fascículos
- FSI* - *Forensic Science International*
- IJLM* - *International Journal of Legal Medicine*
- INML, I.P. - Instituto Nacional de Medicina Legal, I. P. (Instituto Público)
- LC - Lei Constitucional
- LM* - *Lex Medicinæ*
- LPDP - Lei da Protecção de Dados Pessoais
- MJ-RD* - *Maia Jurídica – Revista de Direito*
- n. - nota
- n.º - número
- ob. cit.* - obra citada
- org. - organização
- p(p). - página(s)
- PeJ* - *Polícia e Justiça*
- PIDCP - Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
- proc. - processo
- reimp. - reimpressão
- RBCC* - *Revista Brasileira de Ciências Criminais*
- RDGH* - *Revista de Derecho y Genoma Humano*
- RLJ* - *Revista de Legislação e Jurisprudência*
- RMP* - *Revista do Ministério Público*
- RPCC* - *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*
- RSICCCF* - *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*
- ss. - seguintes
- STJ - Supremo Tribunal de Justiça
- trad. - tradução
- TC - Tribunal Constitucional
- TRC - Tribunal da Relação de Coimbra
- TRE - Tribunal da Relação de Évora
- TRG - Tribunal da Relação de Guimarães
- TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

v.g. - *verbi gratia* (por exemplo)

vol. - volume

Bibliografia

CrITÉRIOS seguidos: a) a citação dos autores é feita pelo último apelido e de acordo com os critérios comumente estabelecidos, com excepção dos autores espanhóis que são citados pelos dois últimos apelidos; b) quanto aos autores em que se consultou várias obras, a indicação das mesmas segue um critério cronológico atinente à data de publicação (ou à data de consulta, se os artigos estiverem disponíveis em suporte electrónico); c) os títulos de monografias são dados em itálico; d) os títulos de revistas são dados através de siglas em itálico; e) os títulos de artigos de revistas ou de partes de monografias são referenciados entre comas e com indicação das respectivas páginas; f) quanto às obras consultadas em suporte informático, indica-se o seu título entre comas, seguido do sítio da internet em itálico e a data da sua consulta entre parêntesis.

AAVV, “Social benefits of non-criminal genetic databases: missing persons and human remains identification”, *IJLM*, 116 (2002), pp. 187-190.

ABRANTES, David, “Valorização probabilística da prova e respectiva interpretação em genética forense”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 257-326.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

_ *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

ANDREOLI, Alice, *L'histoire controversée du TEST ADN (Entre crimes, mystères et batailles légales)* (trad. de Sophie Lem), Belin, Paris, 2010.

ANTUNES, Maria João, *Consequências jurídicas do crime (Lições para os alunos da disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, fasc., Coimbra, 2007-2008.

ARCHER, Luís, *Da Genética à Bioética*, Associação Portuguesa de Bioética, Serviço de Bioética e Ética (FMUP), Coimbra, 2006.

BAETA, Miriam / MARTÍNEZ-JARRETA, Begoña, “Situación actual de las bases de datos de ADN en el ámbito forense: Nuevos avances, nuevas necesidades jurídicas”, *RDGH*, 31 (2009), pp. 161-183.

BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas* (trad. de José de Faria Costa), 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

BRANDÃO, Nuno, “Conhecimento superveniente do concurso e revogação de penas de substituição (Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 2003)”, *RPCC*, 15 (2005), pp. 117-153.

BRAVO, Jorge dos Reis, “Perfis de ADN de arguidos-condenados (O art. 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *RPCC*, 20 (2010), pp. 97-126.

BRONZE, Fernando José, *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

CABO, Ana Isabel, “Bases de dados – Portugal com poucos registos d ADN”, *BOA*, 75 (2011), pp. 24-27.

CAINÉ, Laura / PINHEIRO, M. Fátima, “Vicissitudes da análise de DNA na identificação de vítimas de catástrofes”, in PEREIRA, M. Fátima Pinheiro (org.), *CSI Catástrofes*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2009, pp. 111-119.

CALABUIG, Gisbert, *Medicina Legal y Toxicologia*, 6.^a ed., Masson, Barcelona, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CARVALHO, Américo Taipa de, “Anotação ao artigo 154.º do Código Penal (Coacção)”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 352-369

CARVALHO, Maria Raquel, “*Single Nucleotide Polymorphisms (SNPs)* com aplicação forense”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 187-197.

CECCALDI, Pierre Fernand, *A Criminalística* (trad. de Pilar Delvaux), Europa-América, Mem Martins, 1988.

CNECV, Parecer n.º 52/CNECV/07, de 12 de Junho de 2007 (Parecer sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de A.D.N.), in www.cnecv.pt (consultado em 16 de Novembro de 2011).

CNPD, Parecer n.º 18/2007, de 13 de Abril de 2007, in www.cnpd.pt (consultado em 16 de Novembro de 2011).

_ Parecer n.º 41/2007, de 16 de Julho de 2007, in www.cnpd.pt (consultado em 16 de Novembro de 2011).

COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito da Família*, vol I, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

_ *Curso de Direito da Família*, vol. II, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008 (reimp.).

_ *Direito Criminal*, vol II, Almedina, Coimbra, 2008 (reimp.).

CORREIA, Pedro Nuno de Oliveira, “Lofoscopia – uma breve introdução”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 143-156.

CORTE-REAL, Francisco, “Forensic DNA Databases”, *FSI*, 146S (2004), pp. S143-S144.

_ “Bases de dados genéticos com fins forenses”, *DJ*, vol. especial (2004), pp. 141-146.

COSTA, José de Faria, “Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito português”, *BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro* (Separata), 1981.

_ “Formas do crime”, in *Jornadas de Direito Criminal – O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, I, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, pp. 153-184.

_ “Tentativa e dolo eventual”, *BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol I, 1984, pp. 673-781.

_ “Diversão (desjudiciarização) e mediação: Que rumos?”, *BFD*, 61 (1985), pp. 91-158.

_ “Dolo eventual negligência consciente”, *CJ-ASTJ*, 5 (1997), pp. 13-23.

_ *O perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000 (reimp.).

_ “O direito penal e a ciência: as metáforas possíveis no seio de relações «perigosas»”, *AFDUAM*, n.º extraordinário (*Derecho Y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI*), Madrid, 2006, pp. 107-119.

_ “Poder e Direito Penal (Atribuições em torna da liberdade e da segurança)”, *RLJ*, 136 (2007), pp. 151-158.

_ *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

_ “Bioética e Direito Penal (Reflexões possíveis em tempos de incerteza)”, *BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, 2009, pp. 109-125.

_ “O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (*Babel ou esperanto universal?*)”, in COSTA, José de Faria, *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 21-40.

_ “A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa)”, *RLJ*, 140 (2010), pp. 289-299.

_ “Reflexões simples em torno do direito e da advocacia (Caderno de exercícios: primeiro exercício)”, *RLJ*, 139 (2010), pp. 345-356.

_ “O uno, o múltiplo e os crimes negligentes (Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2011)”, *RLJ*, 141 (2011), pp. 18-68.

COSTA, Susana, *A Justiça em Laboratório (A Identificação por Perfis Genéticos de ADN – Entre a Harmonização Transnacional e a Apropriação Local)*, Almedina, Coimbra, 2003.

CUESTA PASTOR, Pablo José, “Los mecanismos de identificación y su uso en el proceso penal: Interrogantes a propósito de la «huella de ADN»”, in ROMEO CASABONA (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Editorial Comares, Bilbao, Granada, 2002, pp.75-124.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

_ *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004 (reimp.).

_ *Direito Penal – Parte Geral*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_ *Direito Penal – Parte Geral*, vol. II, 2.^a reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

_ *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 6.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

EIRAS, Henriques / FORTES, Guilhermina, *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*, 3.^a ed., Quid Juris, Lisboa, 2010.

FARIA, Paula Ribeiro de, “Anotação ao artigo 143.º do Código Penal (Ofensa à integridade física simples)”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio, “La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delinquentes: aspectos procesales”, in ROMEO CASABONA (ed.), *Bases de datos*

de perfis de ADN y criminalidad, Editorial Comares, Bilbao, Granada, 2002, pp. 125-237.

FERREIRA, Manuel de Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2010 (reimp.).

FIDALGO, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *RPCC*, 16 (2006), pp. 115-148.

GEADA, Helena de Seabra, “DNA mitocondrial. Aplicação ao estudo de DNA humano”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 139-161.

GONÇALVES, Marta Costa, *Base de dados de perfis de ADN em genética forense*, Trabalho final do 6.º ano médico com vista à atribuição do grau de mestre no âmbito do ciclo de estudos de mestrado integrado em medicina da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita / PESTONI, Carmela / CARRACEDO, Ángel, “Bases de datos de ADN com fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales”, *RDGH*, 8 (1998), pp. 137-158.

GUIMARÃES, Ana Paula, “Da impunidade à impunidade: o crime de maus tratos entre cônjuges e a suspensão provisória do processo”, in ANDRADE, Manuel da Costa / COSTA, José de Faria / RODRIGUES, Anabela Miranda / ANTUNES, Maria João (org.), *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 855-868.

GUSMÃO, Leonor / ALVES, Cíntia, “Marcadores dos cromossomas sexuais. Relevância na identificação genética”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 103-137.

HENRIQUES, Fernanda / SEQUEIROS, Jorge, “Relatório – Regime jurídico da base de dados de perfis de ADN” (Junho de 2007), in *www.cnev.pt* (consultado em 27 de Abril de 2011).

LAGOA, Arlindo Marques, “Queilosopia”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 185-194.

LAGOA, Arlindo Marques / PINHEIRO, M. Fátima, “Impressões digitais como evidência para identificação genética”, *PeJ*, 7 (2006), pp. 253-271.

_ “Amostras low copy number”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 59-81.

LEITE, Inês Ferreira, “A nova base de dados de perfis de A.D.N. (Texto da Conferência do Mestrado de Biologia Humana e Ambiente, na Faculdade de Ciências de Lisboa)”, *BIIDPCCFDUL*, ano I, 5.^a ed. (Outubro-Novembro de 2009), pp. 1-10 (consultado a 9 de Maio de 2011 in *www.fd.ul.pt*)

LORENTE ACOSTA, José Antonio, “Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN”, in ROMEO CASABONA (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Editorial Comares, Bilbao, Granada, 2002, pp. 1-25.

_ *Un detective llamado ADN (Tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos)*, Temas de Hoy, Madrid, 2004.

MACHADO, Helena / SILVA, Susana, “Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética” in *www.uminho.pt* (consultado em 19 de Fevereiro de 2012).

Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

MARTINS, A. Lourenço, *Medida da Pena – Finalidades – Escolha (Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MARTINS, Teresa / CARVALHO, Raquel, “Conceitos básicos de genética com aplicação à investigação criminal”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 83-94.

McEWEN, Jean E., “DNA Data Banks”, in ROTHSTEIN, Mark A. (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, Yale University Press, Yale, 1997, pp. 231-251.

MELO, Helena Pereira de, “A constituição de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal em Portugal”, in CORDEIRO, António Menezes / LEITÃO, Luís Menezes / GOMES, Januário da Costa (org.), *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 483-515.

MENDONÇA, Maria Cristina, “A investigação forense em catástrofes”, in PEREIRA, M. Fátima Pinheiro (org.), *CSI Catástrofes*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2009, pp. 47-62.

MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse, “L’irrésistible ascension au sein des droits de l’homme”, in SUDRE, Frédéric (dir.) *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme : Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l’Institut de droit européen des droits de l’homme*, Droit et Justice, 63, 2005.

MONIZ, Helena, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *RPCC*, 12 (2002), pp. 237-264.

_ “A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a coordenação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN”, *RMP*, 30 (2009), pp. 145-156.

MONTEIRO, Inês Viana de Paula, *Vestígios Hemáticos no Local de Crime: Sua Importância Médico-Legal*, (Dissertação de Mestrado em Medicina Legal no Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto), in www.up.pt (consultado em 19 de Abril de 2012)

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel, “Creación de bases de datos de ADN de individuos con fines de identificación criminal”, in MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Bilbao-Granada, 2001, pp. 267-340.

_ “Delitos contra la libertad sexual y análisis de ADN”, in www.binasss.sa.cr (consultado em 17 de Fevereiro de 2012).

NOVAES, Luiz Carlos Garcez, “A identificação humana por DNA pode substituir a identificação humana por impressão digital?”, *RBCC*, 12 (2004), pp. 237-251.

OLIVEIRA, Guilherme, “Implicações jurídicas do conhecimento do Genoma”, in OLIVEIRA, Guilherme, *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 115-177.

OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999.

PAULINO, Mauro, “Caracterização dos Abusadores Sexuais de Crianças”, in ALMEIDA, Fátima / PAULINO, Mauro (coord.), *Profiling, Vitimologia e Ciências Forenses (Perspectivas Atuais)*, Pactor, Lisboa, 2012, pp. 361-376.

PEREIRA, Artur, “Bases de dados genéticos”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 95-130.

PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Juris, Lisboa, 2008.

PINHEIRO, M. Fátima, “Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais”, *RMP*, 19 (1998), pp. 145-153.

_ “Identificação Individual – Dactiloscopia e Genética Forense”, *MJ-RD*, 6 (2008), 65-79.

_ “A perícia em genética e biologia forense – criminalística biológica”, in PINHEIRO, M. Fátima (org.), *CSI Criminal*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 11-40.

_ “Identificação genética: passado, presente e futuro”, *RMP*, 30 (2009), pp. 157-196.

_ “Identificação de vítimas de catástrofes. Análise de DNA”, in PEREIRA, M. Fátima Pinheiro (org.), *CSI Catástrofes*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2009, pp. 63-109.

_ “Algumas perspectivas da identificação genética”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 17-78.

_ “Identificação genética no âmbito de crimes sexuais”, *RSICCCF*, 2 (2011), pp. 56-83.

PINHEIRO, M. Fátima / CAINÉ, Laura, “Estudo de DNA não-humano”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 163-186.

Presidência do Conselho de Ministros, Programa do XVII Governo Constitucional (2005-2009), in www.dgpj.mj.pt (consultado em 27 de Janeiro de 2012).

RAPOSO, Vera Lúcia, “CSI – Quando a ficção se torna realidade”, *LM*, 5 (2008), pp. 83-105.

_ “A vida num código de barras”, *BFD – Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, 2010, pp. 935-968.

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Critérios de escolha das penas de substituição no Código Penal Português”, *BFD – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, 1984, pp. 21-53.

_ “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena”, *RPCC*, 12 (2002), pp. 147-182.

_ “A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no «admirável mundo novo»”, *RPCC*, 12 (2002), pp. 549-571.

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

SAUKKO, Pekka / KNIGHT, Bernard, *Knight's Forensic Pathology*, 3.^a ed., Arnold, Londres, 2004.

SCHNEIDER, Peter M / MARTIN, Peter D., “Criminal DNA databases: the European situation”, *FSI*, 119 (2001), pp. 232-238.

SILVA, Inês Torgal Mendes Pedroso da, *A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal (Dissertação do 2.º ciclo em Ciências Jurídico-Criminais, Direito Penal, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, s.n., Coimbra, 2010.
_ “A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal”, *LM*, 8 (2011), pp. 159-188.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

SOUTO, Luís, “Interesse dos microssatélites na identificação genética”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 79-102.

TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto, *A Relevância Político-Criminal da Suspensão Provisória do Processo*, Almedina, Coimbra, 2000.

VIEGAS, Fernando, “Pesquisa, identificação, recolha e gestão de amostras biológicas no local do crime”, in PINHEIRO, M. Fátima (coord.), *Genética Forense (Perspectivas da identificação genética)*, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010, pp. 199-241.

Índice legislativo

A enumeração dos diplomas jurídico-normativos obedece a um critério estritamente cronológico e tem, por referência, a redacção em vigor em Julho de 2012.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada a 10 de Dezembro de 1948 e reproduzida no *Diário da República* de 3 de Março de 1978 (série I).

Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950 e aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 21/97, de 3 de Maio.

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966, aprovada, para ratificação, pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.

Código Civil, aprovado pelo DL n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, com a redacção da sua mais recente alteração (Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho)

Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976, com a redacção conferida pela última revisão operada pela LC n.º 1/2005, de 12 de Agosto

Código Penal, aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, com a redacção da sua mais recente alteração (Lei n.º 59/2011, de 15 de Novembro)

DL n.º 401/82, de 23 de Setembro (Regime penal especial para jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos)

Código de Processo Penal, aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, com a redacção da sua mais recente alteração (Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto)

Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto (Identificação criminal), na redacção conferida pela sua última alteração, a Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro

Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da protecção de dados pessoais), com a redacção da Rectificação n.º 22/98, de 28 de Novembro

Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro (Informação genética pessoal e informação de saúde)

Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime jurídico das armas e suas munições), na redacção conferida pela sua mais recente alteração, a Lei n.º 12/2011, de 27 de Abril

Proposta de Lei n.º 144/X, de 24 de Maio de 2007

Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro (Aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal)

Deliberação do INML, I.P., n.º 3191/2008, de 3 de Dezembro (Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de ADN)

Resolução da Assembleia da República n.º 14/2009, de 13 de Março (Eleição dos membros do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN)

Portaria n.º 270/2009, de 17 de Março (Marcadores de ADN a integrar no ficheiro de perfis de ADN da base de dados nacional)

Resenha jurisprudencial

As decisões judiciais são referenciadas de acordo com a ordem alfabética dos tribunais que as emanam e, no seio de uma mesma instância judicial, respeitam o critério cronológico.

Ac. do STJ de 11 de Janeiro de 2012, proc. n.º 131/09.1JBLSB.L1-A.S1, relatado pelo Conselheiro Raul Borges (disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do STJ de 15 de Fevereiro de 2012, proc. n.º 79/10.7TDLSB.L1.S1, relatado pelo Conselheiro Maia Costa (disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do STJ de 15 de Fevereiro de 2012, proc. n.º 85/09.4PBPST.L1.S1, relatado pelo Conselheiro Santos Cabral (disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do STJ de 23 de Fevereiro de 2012, proc. n.º 994/06.2TBVFR.P1.S1, relatado pelo Conselheiro Bettencourt Faria (disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do TRC de 1 de Julho de 2009, proc. n.º 48/07-4GAAFE.C1, relatado pela Desembargadora Isabel Valongo (disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do TRE de 15 de Maio de 2012, proc. n.º 6/11.4TAPTGE1, relatado pelo Desembargador António João Latas (disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do TRG de 9 de Julho de 2009, proc. n.º 129/07.4GBGMR.G1, relatado pelo Desembargador Fernando Monterroso (disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do TRG de 11 de Abril de 2012, proc. n.º 297/08.8GACBC.G1, relatado pelo Desembargador António Condesso (disponível em www.dgsi.pt)

Ac. do TRP de 13 de Abril de 2011, sobre o proc. n.º 476/09.OPBBGC.P1, relatado pela Desembargadora Eduarda Lobo (disponível em *www.dgsi.pt*)

Ac. do TRL de 11 de Outubro de 2011, proc. n.º 721/10.OPHSNT.L1-5, relatado pelo Desembargador Agostinho Torres (disponível em *www.dgsi.pt*)

Índice

Palavras prévias	4
Introdução	5
Capítulo I – A Genética Forense	6
§1. Da descoberta da importância das impressões digitais à era da Genética Forense	6
§2. A Genética Forense e a sua aplicação na Justiça	15
Capítulo II – Bases de dados de perfis de ADN com interesse forense	26
§1. Bases de dados genéticos: (brevíssimas) considerações gerais	26
§2. Bases de dados de perfis de ADN com relevo para a administração da Justiça	29
§3. O caso português	33
Capítulo III – Perfis de ADN de condenados: análise (jurídica) dos seus critérios de inserção na base de dados nacional	40
§1. Necessidade de condenação judicial e despacho do juiz	40
§2. A expressão legal “condenado”: uma leitura problemática	46
§3. Explicação do conceito de crime (para efeitos interpretativos do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro)	52
3.1. A necessidade de dolo do agente	52
3.2. O crime consumado e o crime tentado	55
3.3. A problemática do concurso (efectivo) de infracções criminosas ...	58
§4. A pena (concreta) de prisão e a natureza do(s) crime(s) praticado(s)	65
§5. Substituição da pena de prisão: (in)coerência teleológico-normativa?	72
§6. A nossa proposta (síntese conclusiva dos pontos anteriores)	76
§7. Natureza jurídica da imposição de inserção do perfil genético do	

condenado na base de dados nacional	79
Conclusão	83
Resumo / Abstract	85
Siglas e abreviaturas	86
Bibliografia	89
Índice legislativo	100
Resenha jurisprudencial	102
Índice	104