

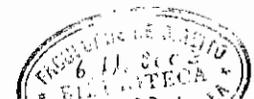
REVISTA PORTUGUESA
DE
CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 12 • N.º 2 • Abril-Junho 2002 • DIRECTOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS



Coimbra Editora

Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



OS PROBLEMAS JURÍDICO-PENAIIS DA CRIAÇÃO
DE UMA BASE DE DADOS GENÉTICOS
PARA FINS CRIMINAIS (*)

Helena Moniz

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

O problema

Numa altura em que a Inglaterra questiona a possibilidade de colheita de material que permita a análise do genoma a todos os detidos (1), coloca-se em Portugal o problema da existência e utilização de um base de dados genéticos (2), *maxime* para fins criminais, isto é, de investigação criminal (3).

Neste âmbito surgem dois problemas. Por um lado, a criação de uma base de dados com informação genética sobre um indivíduo e a sua

(*) Texto que serviu de base à comunicação apresentada no Congresso *Genética ao serviço da justiça: sobre a existência e utilização de uma base de dados genéticos em Portugal*, organizado pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto Nacional de Medicina Legal, no dia 19 de Junho de 2001.

(1) Cfr. HELENA KENNEDY. "We should be outraged by these DNA databases", *The Guardian*, 14-05-2001.

(2) Segundo a Recomendação do Conselho da Europa n.º R (97) 5, de 13 de Fevereiro de 1997, constituem dados genéticos todo o tipo de dados que digam respeito a características hereditárias do indivíduo ou que relacionados com aquelas características constituam património de um grupo de indivíduos (família).

(3) Eventualmente admite-se ainda a possibilidade da sua utilização para finalidades civis, nomeadamente no que respeita à investigação da paternidade.

admissibilidade perante a Lei de protecção de dados pessoais (LPDP) — Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro; por outro lado, a criação de uma “base de dados” de material genético, aquilo que costuma ser designado por “biobancos”, ou bancos biológicos.

Uma base de dados genéticos tem como objectivo a identificação da pessoa através de perfis genéticos. Trata-se de um conjunto complexo de dados aplicáveis a diversas investigações. Com apoio nestes dados pode-se chegar à conclusão que os vestígios deixados no local de um crime são idênticos aos perfis genéticos não identificados (porque se trata de perfis genéticos de pessoas desconhecidas) que estão armazenados na base, ou pode-se concluir que aqueles vestígios pertencem a pessoas já “catalogadas” na base... Ou seja, a base permite, de forma rápida e certa, analisar, comparar e eventualmente identificar os perfis genéticos obtidos através dos vestígios do crime e aqueles que já se encontram na base.

Podemos construir uma base de dados de ADN de acordo com critérios muito distintos. Assim podemos ter ⁽⁴⁾:

- uma base de perfis genéticos de pessoas identificadas
- uma base de perfis genéticos obtidos através de amostras de pessoas desconhecidas

No que respeita às bases de perfis genéticos de pessoas identificadas também surgem diversas possibilidades:

- a) *perfis genéticos obtidos aquando de uma investigação criminal*
 - aa) perfis genéticos independentemente do crime cometido, obtidos pelo serviço de investigação ⁽⁵⁾

⁽⁴⁾ Nesta tipologia seguimos de perto o relatório snício da comissão de peritos — *Creation d'une banque nationale de donnees de profils ADN. Rapport final de la commission d'experts*, Berne, 18 décembre 1998, in <http://www.admin.ch/bap/f/archiv/berichte/adn1298.pdf>.

⁽⁵⁾ É o que acontece em Inglaterra, no País de Gales e na Áustria o que lhes permite um grande número de elementos facilitando a identificação com os vestígios do crime, para além de considerarem que as pessoas que cometem crimes graves ou muito graves já estão registadas devido à prática anterior de crimes menos graves.

- ab) perfis genéticos obtidos pelo serviço de investigação no âmbito de um inquérito criminal (processo de selecção primária) ⁽⁶⁾
- ac) perfis genéticos obtidos pelo serviço de investigação no âmbito do inquérito criminal, mas apenas em relação a certos crimes definidos previamente (processo de selecção secundária)
- b) *perfis genéticos dos condenados a prisão* ⁽⁷⁾
- c) *perfis genéticos das vítimas*
- d) *perfis genéticos de pessoas que se suicidaram* ⁽⁸⁾
- e) *perfis genéticos de pessoas vítimas de catástrofes ou actos de guerra*
- f) *perfis genéticos de parentes de pessoas desaparecidas*

Como facilmente se percebe, cada um destes tipos de bases coloca problemas distintos.

Além disto, podemos construir uma base de dados com perfis genéticos mantendo as amostras de material biológico ou não. Isto é, podemos construir um biobanco, ou destruir aquelas amostras reservando somente a informação conseguida através delas.

Perante o nosso sistema jurídico, tal como se encontra na actualidade, podemos ou não construir uma base de dados de perfis genéticos? E quais são os concretos problemas que a criação do biobanco coloca e como resolvê-los?

1. A actual lei de protecção de dados pessoais

A LPDP considera como dado pessoal “qualquer informação, de qualquer natureza (...) relativa a uma pessoa singular identificada ou

⁽⁶⁾ É o que acontece na Alemanha. E aqui é necessário um mandato do juiz a pedir a recolha da amostra através de raspagem da mucosa bucal.

⁽⁷⁾ É o que se verifica nos EUA, onde mesmo nalguns estados não são todos os condenados, mas apenas os condenados por certos crimes graves onde a taxa de reincidência é muito elevada (como nos crimes sexuais).

⁽⁸⁾ Parece que o arquivo destes perfis permite dilucidar a autoria de alguns crimes graves.

identificável". O que significa que constitui igualmente um dado pessoal toda a informação de carácter genético sobre um indivíduo. É certo que a base de dados com perfis genéticos não terá a identificação imediata da pessoa. Mas terá um número de código que faz a ligação com a base que tem os dados de identificação da pessoa. Trata-se sempre, pois, de um dado pessoal dado que a identificação da pessoa é possível ⁽⁹⁾.

No entanto, isto não significa que esta lei permita o seu tratamento. Na verdade, nos termos do art. 7.º, n.º 1, "é proibido (...) o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos", é proibido o tratamento de dados sensíveis. Mas, não se trata de uma proibição absoluta dado que o n.º 2 do mesmo artigo admite que, mediante disposição legal, seja permitido o tratamento destes dados "quando por motivos de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável" ou desde que haja consentimento do titular dos dados, ou seja, "qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objecto de tratamento" — al. h) do art. 3.º Porém, mesmo com o consentimento do titular dos dados é necessário que exista uma disposição legal ou autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD).

Mas, a lei vai ainda mais longe. Nos termos do n.º 3 do art. 7.º determina-se: "o tratamento dos dados referidos no n.º 1 [onde se incluem os dados genéticos] é ainda permitido quando se verificar uma das seguintes condições: (...) d) ser necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efectuado exclusivamente com essa finalidade". O que significa que o arguido em processo penal sempre que considere que a prova de ADN é bastante para a prova da sua inocência pode solicitá-la. Uma vez que o direito à integridade física que se pretende proteger com as proibições de prova

⁽⁹⁾ "É considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social" — art. 3.º, al. a), 2.ª parte, da LPDP.

aqui é livremente disponível pelo próprio titular. Serão, no entanto, casos isolados que de forma alguma permitem constituir uma base de dados. Além disto, a norma restringe a sua utilização exclusivamente à finalidade que permitiu o seu tratamento, impedindo a utilização futura daquela informação. Consideramos, pois, que se trata de uma autorização para o tratamento isolado de alguns dados [uma vez que o tratamento pode consistir simplesmente na recolha de dados pessoais — al. b) do art. 3.º], sem a possibilidade de criação de uma base de dados ⁽¹⁰⁾.

Podemos, então, concluir que não há na lei nenhuma autorização para a construção de uma base de dados genéticos, quer se trate de uma base contendo informações de toda a população, quer se trate de uma base contendo informações apenas de um grupo restrito de pessoas.

2. A construção de uma base de dados genéticos com consentimento

Admitindo a possibilidade de construção de uma base de dados apenas com o consentimento do titular, vamos analisar uma hipóteses extremadas: a criação de uma base de dados genéticos de toda a população à semelhança do que ocorre com os dados inscritos no bilhete de identidade.

A Lei n.º 33/99, de 18 de Maio, regula a identificação civil e emissão do bilhete de identidade. De harmonia com o art. 1.º "a identificação civil tem por objecto a recolha e conservação dos dados pessoais individualizados de cada cidadão com o fim de estabelecer a sua identidade civil"; e, nos termos do art. 3.º, n.º 1, "o bilhete de identidade constitui documento bastante para provar a identidade civil do seu titular perante quaisquer autoridades". É na altura do pedido que se junta o verbete onomástico onde é aposta a impressão digital. Tudo leva a crer que a finalidade básica do bilhete de identidade é conseguida

⁽¹⁰⁾ Nos termos do art. 1.º do diploma relativo à protecção jurídica das bases de dados (Dec.-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho), "entende-se por «base de dados» a colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros" (n.º 2).

através de todos os outros elementos a não ser em casos de catástrofe, calamidade, desastre ou desaparecimento da pessoa. Nesta altura a impressão digital permite a identificação, sendo certo que a identificação genética revela-se ainda mais eficaz (e em certas circunstâncias será a única forma possível). No entanto, estes dados são igualmente utilizados para fins de investigação criminal. Nos termos, do art. 24.º, n.º 1, “os dados registados na base de dados podem ser comunicados às entidades policiais e judiciárias, para efeitos de investigação ou de instrução criminal”; a comunicação destes dados “depende de solicitação fundamentada do próprio magistrado ou de autoridade de polícia criminal, formulada em impresso próprio”.

Assim sendo, admitindo hipoteticamente um regime para a recolha de uma amostra de sangue (com consentimento) semelhante ao que ocorre em relação à impressão digital tal não bastaria para que todos os problemas ficassem resolvidos. É que a recolha e armazenamento de uma amostra de sangue coloca os problemas inerentes à criação de uma qualquer base de dados com perfis genéticos que a simples necessidade de identificação não pode justificar ⁽¹¹⁾.

Na verdade, o direito que está em causa com a construção de uma base de dados com perfis genéticos (mesmo que se trate de simples identificação) é o direito à autodeterminação informacional, consagrado no art. 35.º da CRP. Não nos estamos a referir ao direito à reserva da

⁽¹¹⁾ No art. 26.º, n.º 3, da CRP temos a consagração expressa ao nível constitucional do direito à identidade genética, isto é, a individualidade genética — cfr. JOÃO LOUREIRO, “O direito à identidade genética do ser humano”, *Portugal-Brasil, Ano 2000, Fac. Direito* (Studia Iuridica n.º 40), Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 263 ss.: o “direito à identidade genética aponta para que o genoma humano seja não só inviolável como também irreduzível, seja basicamente fruto do acaso e não da heterodeterminação” (290). Não é pois este direito que está em causa com a criação de uma qualquer base de dados com perfis genéticos.

No que diz respeito à Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina (Convenção de Oviedo de 1997; aprovada e ratificada pela Resolução da AR n.º 1/2001 e Decreto do PR n.º 1/2001, de 3 de Janeiro) também não parece abranger estas situações dado que o art. 10.º referente à vida privada apenas abrange as informações relacionadas com a saúde.

vida privada (previsto no art. 26.º), mas a um outro direito mais amplo que concede a todos os cidadãos o direito de acesso a todos os dados que lhe digam respeito (quer estes sejam tratados informática ou manualmente), podendo exigir a sua rectificação e actualização, bem como o direito a conhecer a finalidade com que é construída a base.

Mas, no que respeita ao direito à reserva da vida privada, que também está em causa com a criação de uma base de dados deste tipo, este direito não é um direito absoluto, podendo ser restringido, nomeadamente, através do consentimento ou mediante “autorização prevista por lei com garantias de não discriminação” (art. 35.º, n.º 3). Assim, através de um diploma legislativo poderíamos estender aquela lei de identificação civil, abrangendo não só a impressão digital como a impressão digital genética. No entanto, a colheita desta última coloca ainda problemas no que concerne ao direito à integridade física. Pelo que, qualquer colheita para a obtenção de um perfil genético deve sempre ser precedida do consentimento do titular.

E mesmo admitindo a constituição da base de dados genéticos para efeitos de segurança deve proceder-se a uma separação lógica entre a base com a informação genética e a base com a identificação da pessoa.

Ou seja, a protecção jurídico-constitucional em matéria de dados pessoais em particular o direito à autodeterminação informacional impede a construção de uma base sem consentimento do titular do dado. E este consentimento deverá abarcar não só a colheita da amostra (obtenção do material), mas também a utilização do material para um banco de dados, com conhecimento das finalidades do banco, os tipos de investigação a desenvolver, os riscos e benefícios potenciais, as condições e duração do armazenamento, as medidas tomadas para garantir a confidencialidade dos dados e a previsão quanto à possibilidade de comunicação ou não dos resultados obtidos com aquele material ⁽¹²⁾.

Após a construção da base deveria ser garantido ao titular um direito ao controlo dos dados, isto é, deveria ser-lhe permitido um acesso à base, o esclarecimento quanto às finalidades da base, um

⁽¹²⁾ Seguimos de perto o art. 21.º, n.º 5, do projecto de lei n.º 455/VIII (Bloco de Esquerda) sobre “Informação genética pessoal”.

direito de contestação e rectificação, bem como o direito de eliminação. Deveria ainda ser-lhe garantida a confidencialidade dos dados armazenados (direito à não difusão de dados), impedindo o acesso de terceiros a estes, bem como a não interconexão de ficheiros.

Mas, ainda assim não estariam todos os problemas resolvidos. Qualquer armazenamento de informação genética põe problemas mais complicados dado que não estamos perante um simples dado pessoal, mas perante um dado familiar. Nos dados genéticos o titular é toda a família e não apenas uma pessoa singular. O que coloca algumas dúvidas sobre a validade do consentimento, mesmo que se trate de um consentimento livre e esclarecido.

3. A construção de um biobanco

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⁽¹³⁾. Neste âmbito surgem, principalmente, problemas relativos à conservação e segurança das amostras de material genético. Pelo que a garantia das qualidades do banco deve ser assegurada mediante fiscalização a cargo de uma entidade pública, nomeadamente, o Ministério da Saúde. Seria aliás preferível apenas conceder o armazenamento e preservação das amostras a laboratórios oficial e publicamente credenciados. Para tanto seriam exigidas:

- condições adequadas de armazenamento,
- limitação temporal da conservação,
- indicação das finalidades do armazenamento, e
- indicação do responsável pelo biobanco.

A constituição do biobanco bem como as regras da sua organização deveria ser precedida de prévio parecer da CNPD.

⁽¹³⁾ Baseada na noção apresentada no art. 21.º, n.º 1, do projecto de lei *supra* referido.

No que respeita à identificação das amostras estas deveriam ser apenas codificadas e a identificação da pessoas apenas se encontraria numa base lógica e fisicamente separada do biobanco, a cargo de uma entidade independente. O acesso àquela informação apenas seria possível por despacho do juiz de instrução ou do juiz de julgamento⁽¹⁴⁾.

As amostras apenas poderiam ser utilizadas de acordo com as finalidades da recolha; somente em casos excepcionais, e mediante autorização da CNPD, e consentimento do titular, seria possível utilizá-las para finalidades distintas.

Todos os intervenientes no procedimento, desde a recolha até ao armazenamento estariam sujeitos a sigilo profissional, mesmo após a cessação dos respectivos contratos ou de outra forma de vinculação.

As amostras, desde que utilizadas sem possibilidade de identificação do seu titular, poderiam ser usadas para finalidades de investigação.

Seguindo estas normas, o direito à reserva da vida privada, o direito à autodeterminação informacional, bem como o respeito pela dignidade humana e garantia de não discriminação estariam assegurados.

4. Os problemas jurídico-criminais

Todo o sistema de política criminal subjacente às nossas normas de direito penal de forma alguma defende uma pura exigência de intimidação, retribuição ou compensação do mal do crime. Constituem finalidades básicas das nossas reacções criminais a finalidade de prevenção geral de integração e de prevenção especial de socialização.

"O direito penal de hoje ao afirmar-se como a ultima ratio da protecção dos bens jurídicos, ao colocar como finalidade primordial da pena a reafirmação da validade da norma violada apesar do crime e ao preocupar-se com a socialização dos delinquentes, tem consequentemente de interrogar-se sobre o seu out-put, o que, como nota Costa Andrade, não poderá deixar de ter consequências a nível pro-

⁽¹⁴⁾ À semelhança do que ocorre já no âmbito do art. 268.º do CPP.

cessual, imprimindo pelo menos um novo sentido e uma maior plasticidade à ideia da legalidade da perseguição” (15).

Além disto, quer o direito penal quer o direito processual penal tem de cumprir as exigências constitucionais em matéria de direitos liberdades e garantias (16), por isto mesmo são consagradas no capítulo relativo aos direitos, liberdades e garantias as garantias de processo criminal (art. 32.º) das quais se destaca: “São nulas todas as provas obtidas mediante ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada” (n.º 8). Isto, para além de expressamente se consagrar, na norma constitucional referente às funções das polícias (polícia administrativa, de segurança e judiciária — art. 272.º), que “a prevenção dos crimes (...) só pode fazer-se (...) com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”. Assim, sempre que não existam normas a conceder à polícia poderes especiais a sua função de vigilância tem de prosseguir sem violação dos direitos dos cidadãos — “medidas de prevenção de crimes serão apenas medidas de protecção de pessoas e bens, vigilância de indivíduos e locais suspeitos, mas não podem ser medidas de limitação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos” (17).

a) *Violação do direito à reserva da vida privada ou do direito à autodeterminação informacional?*

O direito à privacidade informativa ou o direito à autodeterminação informacional constitui um direito fundamental, previsto no art. 35.º

(15) FIGUEREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito, 1988-9, nm. 6; COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)”, *O novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1991, 339-340.

(16) Sobre as relações entre o direito processual penal e o direito constitucional, cfr., entre outros, FARIA COSTA, “Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal”. *A Justiça nos dois lados do Atlântico — Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, 187 ss.

(17) Neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 956 s.

da CRP e é simultaneamente um direito garantia do direito à reserva da vida privada e um direito fundamental que se traduz na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais (18). Assim, quando o médico que pretende realizar um teste da SIDA, recolhe uma amostra de sangue fazendo crer ao paciente que aquela é para outras finalidades, e mais tarde utiliza a amostra para realizar o teste que sempre pretendeu, neste caso estamos perante uma “ofensa atípica à privacidade/intimidade ou à autodeterminação informacional” (19). No entanto, este direito não é um direito de carácter ilimitado: por vezes a pessoa tem que suportar limitações a este direito em nome de interesses da própria comunidade (20). Sendo certo, porém, que esta limitação deverá ser imposta legalmente e deverá de forma explícita delimitar as situações e condições em que o direito poderá ser limitado. O que aliás já sucedeu entre nós com a LPDP que admite em casos excepcionais o tratamento de dados pessoais, onde se inclui os dados de saúde e os dados genéticos, desde que o tratamento seja realizado para finalidades determinadas, finalidades estas expressamente referidas no momento da recolha, impedindo o acesso aos dados por pessoas não autorizadas e limitando o tratamento temporalmente. Assim, sempre que o arguido seja induzido a permitir a recolha de sangue não lhe sendo comunicadas as finalidades para as quais realmente se pretende aquela amostra estaremos perante uma situação de clara ofensa, embora atípica, deste direito à autodeterminação informativa.

Além disto, nos termos do art. 192.º do CP, constitui devassa da vida privada aquele que revela factos relativos a doença grave de outra pessoa. É claro que este problema apenas se coloca quando ultrapassando as finalidades da recolha da amostra o perito verifique estas informa-

(18) Cfr. HELENA MONIZ, “Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática (o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 7 (1997), 231 ss., e bibliografia aí referida.

(19) COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal — Parte Especial*, tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, anotação ao art. 149.º, § 32 s.

(20) Cfr., entre outros, GÖSSEL, “As proibições de prova em direito processual penal”, *RPCC*, 1992, 432, e bibliografia aí referida.

ções e as revele. Porém, está fora da área de reserva abrangida pela protecção do tipo legal de crime de devassa da vida privada a simples divulgação de factos criminosos; sendo certo, todavia, que a divulgação destes factos deve sempre ter em conta o respeito pela presunção de inocência e o direito à ressocialização do condenado ⁽²¹⁾.

Ainda mais duvidoso seria integrar neste tipo legal de crime o simples armazenamento, mais ou menos organizado, de “impressões digitais genéticas”. O problema dos biobancos não se reconduz a um problema do âmbito do direito à autodeterminação informacional. Mas, se o problema não se põe nestes termos quanto aos biobancos, ele coloca-se em relação às bases de dados que arquivam a informação conseguida com a análise das “impressões digitais genéticas”.

Ou seja, a revelação das informações conseguidas através das “impressões digitais genéticas”, ou a utilização destas para finalidades distintas da recolha constitui uma ofensa atípica do direito à autodeterminação informativa. E apenas constituirá um crime de devassa da vida privada quando se trate da divulgação de factos relativos a doença grave, pois a simples divulgação de factos criminosos está fora da área de reserva abrangida pela protecção do tipo legal de crime.

b) *Um crime de devassa por meio da informática (art. 193.º do CP)?*

Enquanto não existir uma lei que preveja a possibilidade de tratamento informático de dados genéticos para fins distintos dos previstos na LPDP (fins médicos), a criação, a manutenção ou utilização de um ficheiro automatizado de dados genéticos (e porque se trata de dados referentes à vida privada) constitui um crime de devassa por meio da informática ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Assim, COSTA ANDRADE, *Comentário... cit.*, anotação ao art. 192.º, §§ 13, 32. O relato destes corresponde aos factos históricos do seu tempo, porém a sua revelação deve sempre respeitar o princípio da presunção da inocência e o direito de ressocialização.

⁽²²⁾ Trata-se de um crime de dano, e protector de um bem jurídico supra individual segundo DAMIÃO DA CUNHA (cfr. *Comentário... cit.*, anotação ao art. 193.º,

c) *A colheita de amostras: violação da integridade física?*

O direito à integridade física constitui um direito fundamental protegido na nossa Constituição no art. 25.º E constitui um direito com uma protecção tão alargada que mesmo nas situações de estado de sítio ou de emergência não pode ser restringido (art. 19.º, n.º 6, da CRP). Trata-se, pois, de um direito que impede mesmo no âmbito da investigação criminal qualquer prática atentatória da integridade física ou moral. Por isto, “problema típico é o de saber se o direito à integridade pessoal impede o estabelecimento de deveres públicos dos cidadãos que se traduzem em (ou impliquem) intervenções no corpo das pessoas (v. g. vacinação, colheita de sangue para testes alcoólicos, etc.). A resposta é seguramente negativa, desde que a obrigação não comporte a sua execução forçada (sem prejuízo das penas em caso de recusa)” ⁽²³⁾.

Para que a colheita de amostras (pensemos no caso específico da colheita de sangue ou na simples raspagem da mucosa bucal) constitua um crime de violação da integridade física é necessário que a facticidade típica seja preenchida. E por isso todos os comportamentos que se integrem no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas não constituem um crime de ofensas corporais ⁽²⁴⁾. Mas, constitui um crime de

§ 5); isto sem que não se verifique também uma pessoalização do bem jurídico — “do que se trata é de garantir um verdadeiro direito de autodeterminação à pessoa humana que, no que toca a este conjunto de dados, tem um direito de disposição sobre eles” (*idem*, § 6). DAMIÃO CUNHA considera, no entanto, que aqui apenas se trata de uma protecção da vida privada familiar ou sexual (com este conceito restrito pretende tirar do âmbito da reserva os factos criminosos), dado que as informações relativas a condenações em processo criminal ou suspeitas de actividades ilícitas por exemplo, estão protegidas no âmbito das sanções previstas na LPDP.

⁽²³⁾ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição... cit.*, 178.

⁽²⁴⁾ Assim, COSTA ANDRADE, *Comentário... cit.*, art. 149.º, § 5. Estamos a partir do pressuposto de que o delincente não consentiu na recolha da mostra. De outro modo, já não se porá um problema de violação da integridade física uma vez que existe consentimento (art. 149.º do CP); a não ser que a ofensa ao corpo ou à saúde contrarie os bons costumes, tendo em conta, por exemplo, os meios empregues, a amplitude previsível da ofensa (n.º 2). E mesmo aqui deverá sempre verificar-se se o consentimento não será nulo — o que acontecerá quando é obtido com coacção, isto é, quando as ameaças ou violências são susceptíveis de serem punidas como atenta-

violação da integridade física a recolha, à força, de uma qualquer amostra (25).

Cumpra a factualidade típica do crime de violação da integridade física “qualquer ofensa no corpo ou na saúde, independentemente da dor ou sofrimento causados (...). Não relevam para aqui os meios empregues pelo agressor, ou a duração da agressão. ... Integram o elemento típico aquelas actuações que envolvem uma diminuição da substância corporal, como a perda de órgãos, membros, ou pele” (26). No entanto, não pode deixar de se referir que não preenche o tipo legal de crime as lesões insignificantes ou diminutas quando estas se integram num critério de adequação social (27), como será o caso da pisadela na rua, do encontrão num transporte público... Apenas não constituem uma ofensa corporal as intervenções médicas com finalidades curativas (28), porém quando realizadas sem o consentimento do paciente podem constituir um ilícito violador da liberdade do paciente subsumindo-se no tipo legal de crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (art. 156.º).

De tudo isto podemos concluir, pois, que a recolha de amostras do corpo do delincente constitui um comportamento que integra o tipo legal de crime de violação da integridade física, a não ser que ocorra uma causa de exclusão da ilicitude como o consentimento,

dos autónomos contra a liberdade (*idem*, § 24). Além disto, o consentimento será ineficaz sempre que se verifique um erro sobre as circunstâncias relevantes para a motivação — por exemplo, quando garantiram ao delincente que a colheita seria realizada por pessoal médico (o que não veio a acontecer), para que não se verificassem riscos acrescidos, caso em que se concluiria pela invalidade do consentimento (*idem*, § 27).

(25) Tanto mais que a presente situação não se pode integrar no âmbito do art. 150.º do CP visto que não se trata sequer de uma intervenção médica, para prevenir, debelar ou minorar doença ou sofrimento.

(26) PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário... cit.*, anotação ao art. 143.º, §§ 8 e 9.

(27) PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário... cit.*, anotação ao art. 143.º, § 12.

(28) Considerando-se como ofensas corporais os tratamentos no âmbito da experiência médica, ou uma intervenção curativa sem o apoio da medicina académica tradicional — para mais desenvolvimentos cfr. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário... cit.*, anotação ao art. 143.º, § 16, e bibliografia aí referida.

devido para tanto ser cumpridos os seus requisitos (art. 38.º CP), maxime, um consentimento livre e esclarecido.

d) *As proibições de prova*

Se, por um lado, todo o processo penal é dominado pela descoberta da verdade material, por outro lado, o regime das proibições de prova constituem um limite a esta descoberta — “Essência e condição sine qua non do processo penal é a prova, prova essa obtida com limites que bebem a sua razão de ser na dignidade da pessoa humana” (29). Ou seja, sempre que com a actividade probatória se ponha em causa direitos fundamentais as exigências processuais cedem perante a protecção daqueles direitos fundamentais (30). “Por isso, quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa — em regra do arguido, mas também de outra pessoa —, nenhuma transacção é possível, havendo pois que dar prevalência à finalidade do processo penal que dê total cumprimento àquela garantia constitucional. (...) A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção de prova e as chamadas «proibições de prova» são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material” (31).

É, pois, consensual na doutrina a renúncia ao meio de prova sempre que este constitua um atentado contra os direitos humanos, ou que constitua uma violação dos direitos de personalidade, como o direito à imagem ou o direito à autodeterminação sobre a informação (32), direito

(29) FARIA COSTA, “Um olhar cruzado...” *cit.*, 196.

(30) “Não obstante a descoberta da verdade material ser uma finalidade do processo penal não pode ela ser admitida a todo o custo, antes havendo que exigir da decisão que ela tenha sido lograda de modo processual válido e admissível e, portanto, com o integral respeito dos direitos fundamentais das pessoas que no processo se vêem envolvidas” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal cit.*, nm. 32 ss. e 201 ss.).

(31) FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal cit.*, nm. 37 e 209.

(32) Para mais desenvolvimentos, cfr. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, 46 ss.; HELENA MONIZ, “Protecção de dados pessoais...”, *cit. supra*.

O art. 126.º do CPP não nos apresenta uma enumeração taxativa dos métodos proibidos de prova. Pelo que, serão assim considerados métodos proibidos todos aqueles que constituam, pela sua danosidade social, um atentado à dignidade humana, à liberdade de decisão, à liberdade de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas ⁽⁴⁰⁾.

Assim, de acordo com o art. 126.º, n.º 1, do CPP o resultado, a prova conseguida a partir de uma recolha de sangue do arguido é uma prova nula visto que foi obtida com violação da integridade física. Isto pressupondo que o arguido não consentiu na sua realização. Se o tiver feito, então, já não se trata de um método proibido de prova. Isto pressupondo que em caso de consentimento aquela recolha não se iutegra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 126.º, n.º 2 — desde que a prova não tenha sido obtida através de perturbação da liberdade de vontade ou de decisão, através de maus tratos, através de meios enganosos, mediante ameaça ou promessa de vantagem... Caso se verifique alguma destas situações aquele consentimento é irrelevante e por isso a prova nula. O que impede a sua valoração bem como a valoração de todas as provas consequenciais ⁽⁴¹⁾.

Concluimos, então, que a recolha de sangue com o consentimento do arguido é admitida em processo penal assim como a utilização como

parte do portador do bem jurídico concretamente atingido. O que vale tanto para a renúncia actualizada no momento da produção da prova como para a referida ao momento da respectiva valoração. (...) A irrelevância do consentimento é levada à conta do imperativo do respeito sem quebras da *dignidade humana*".

⁽⁴⁰⁾ Assim, COSTA ANDRADE, *Proibições de prova...* cit., 216. Coloca-se, no entanto, a pergunta de saber se em relação a métodos não expressamente previstos no art. 126.º, n.º 2, como o detector de mentiras, é possível a sua utilização com o consentimento do arguido; ou seja, pretende-se saber se em relação a outros métodos não referidos vale a eficácia do consentimento. Segundo Costa Andrade "não cremos subsistirem razões intransponíveis a ditar a proibição, sem exceções, do *detector de mentiras* no interesse da defesa. A sua utilização pode mesmo revelar-se aconselhável naqueles casos extremados em que apareça como a *ultima ratio* para afastar uma condenação. Isto acautelada, por um lado, a sua efectivação em condições de plena liberdade. E afastado, por outro lado, o perigo de sacrifícios desproporcionados dos direitos ou interesses de terceiros" (*idem*, 219).

⁽⁴¹⁾ Isto segundo a "teoria da árvore envenenada" — cfr. COSTA ANDRADE, *Proibições de prova...* cit., 170 ss., 312 ss.

meio de prova do resultado a que se chegue através da análise daquele sangue.

De duvidosa constitucionalidade é o art. 43.º, n.º 4, *ex vi* art. 52.º, n.º 3, do diploma relativo ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas — Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro ⁽⁴²⁾. Segundo este artigo é possível, para confirmar o estado de toxicodependência do arguido, sujeitar o arguido, sempre que isso se revele necessário, a análise de sangue ou de urina ou outra. Ainda que a nova lei (Lei n.º 30/2000) apenas puna como contra-ordenação o consumo, o resultado da análise constitui um meio para incriminar, punir o arguido.

Segundo Figueiredo Dias ⁽⁴³⁾ o arguido pode constituir meio de prova não só através das declarações prestadas sobre os factos, como também através de exames ao seu corpo ou ao seu estado corporal. Estes exames têm uma dupla natureza: são meios de prova sobre as qualidades e características de uma pessoa e são meios de coacção processual na medida em que "o objecto do exame seja uma pessoa, que assim se vê constringida a sofrer ou suportar uma actividade de investigação sobre si mesma" ⁽⁴⁴⁾. Como meio de coacção processual tem que se submeter ao princípio da necessidade, ao princípio da legalidade (ou tipicidade), ao princípio da subsidiaridade, segundo o qual "só poderá aplicar-se uma medida coactiva quando não possa ser substituída, sem inconvenientes graves para a prossecução do interesse processual que visa realizar, por outra medida menos gravosa para a liberdade do arguido" ⁽⁴⁵⁾. Costa Andrade também admite a possibilidade de o arguido ser sujeito a medida de coacção, onde se integra o exame admissível mesmo se coactivamente imposto ⁽⁴⁶⁾. Ponto é saber se a análise de sangue pode ser enquadrada no âmbito dos exames.

Sabendo que "a recolha ou fixação dos factos através de exame não poderá exigir do seu autor qualquer conhecimento especial de índole científica, técnica ou artística sob pena de haver lugar a perícia" ⁽⁴⁷⁾, então a recolha e análise de sangue não constitui um exame, mas sim uma perícia. E trata-se mesmo de um pro-

⁽⁴²⁾ A Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, que define o novo regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas não considerou revogadas estas disposições, nem nos parece que este regime seja incompatível com os novos dispositivos.

⁽⁴³⁾ *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, 437 ss.

⁽⁴⁴⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal...* cit. (1974), 439.

⁽⁴⁵⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal...* cit. (1974), 437.

⁽⁴⁶⁾ COSTA ANDRADE, *Proibições de prova...* cit., 127.

⁽⁴⁷⁾ MARQUES FERREIRA, "Meios de prova", *O Novo Código de Processo Penal — Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1991, 264.

em entendeu o por isso sentiu colha coactiva, ntanto, que não acção, mas um acção do direito o qual *nemo* onal de acordo

onsentimento) ; admissibili- álise de san- s? Já não se problema da 1.º 3, quando privada são uido tem que ara a utiliza- i para aquele tenha consti-

é possível a do resultado, Aquele con- o âmbito do os considerar e a possibili- ADN arma- ura processos :sma pessoa.

do tem que ter iciado, por falta

Não quando se tratar de um familiar — nesta altura a informação genética, que por acaso levou a que a autoridade de investigação percebe-se que não se tratava de um mesmo arguido, mas de um familiar, foi obtida com uma violação da reserva da vida privada; é que o consentimento prestado pelo arguido apenas releva para aquele arguido e não em relação a todos os seus familiares.

Por outro lado, através destas “impressões digitais genéticas” obtém-se informação não só daquele que eventualmente consinta na recolha e utilização presente e futura, como também de terceiros, familiares. É vulgar falar-se neste âmbito não em “dados pessoais”, mas em “dados familiares”. Havendo assim sacrifício da autodeterminação sobre a informação não só do próprio titular, mas também de terceiros. Pelo que a dimensão de danosidade social da conduta de análise das amostras não é prevenida de forma eficaz com a admissibilidade da recolha consentida. A análise do sangue ou a análise dos “perfis genéticos” constitui um atentado com uma danosidade social de afronta à dignidade humana de todas as pessoas abrangidas por aquele “dato familiar”. Talvez por isso já haja quem defenda uma proibição de valoração de provas obtidas com violação do direito à autodeterminação sobre a informação (50).

e) *A prescrição do procedimento criminal*

“O direito penal não se esgota no facto, mas abrange também a consequência jurídica. Ora é justamente com esta que se relaciona a prescrição do procedimento, na medida em que o período de tempo decorrido sobre a prática do facto o torna não carenciado de punição” (51). Trata-se de uma causa de afastamento da punição. São, pois, razões de natureza substantiva e processuais que justificam a prescrição do procedimento. Sob o ponto de vista substantivo temos três razões: por um lado, com o decurso do tempo a censura comunitária dilui-se e

(50) Assim, GÖSSEL, “As proibições de prova...” cit., *RPCC*, 1992, 433.

(51) FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1993, § 1129.

com isto o proprio juízo de culpa; por outro lado, esbatem-se igualmente as exigências de prevenção especial uma vez que as exigências de socialização vão desaparecendo; por fim, as exigências de prevenção geral como que desaparecem, uma vez que a necessidade de reafirmação da norma perante a comunidade se dilui⁽⁵²⁾. Se é certo que quanto a nós estas finalidades se mantêm, o mesmo não podemos dizer quanto aos fundamentos de carácter processual. Diz-se que “o decurso do tempo torna mais difícil e de resultados duvidosos a investigação (e a consequente prova) do facto e, em particular, da culpa do agente, elevando a cotas insuportáveis o perigo de erros judiciários”⁽⁵³⁾. Mas estas razões de ordem processual desapareceram. Perante os biobancos e as impressões digitais genéticas a investigação, mesmo após um longo decurso do tempo, ainda possui instrumentos capazes de provar os factos. Pensamos, no entanto, que isto não é o bastante para eliminarmos o instituto. Na verdade, ainda subsistem razões de ordem material a exigir a sua manutenção: o decurso do tempo dilui a censura comunitária em relação ao facto criminoso, pelo que as exigências de prevenção geral de integração e prevenção especial de socialização praticamente que desaparecem.

f) *O registo criminal*

Antes de mais devemos ter em atenção que todo o regime do registo criminal deve seguir as grandes opções de política criminal subjacentes a sistema jurídico-penal português, quais sejam, prevenção geral positiva ou de integração e prevenção especial positiva ou de ressocialização. São estas as finalidades básicas da execução da pena⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português cit.*, § 1125.

⁽⁵³⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português cit.*, § 1126.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. sobre as finalidades da execução de penas ANABELA RODRIGUES, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. Seu âmbito e fundamento*, Coimbra, 1982, e *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e Prisão*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

O objectivo básico do registo criminal parece ser o conhecimento dos antecedentes criminais (já neste sentido, o art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto — Lei de identificação criminal). No que respeita às impressões digitais consideram-se como “meio complementar de identificação” (n.º 2 do art. 1.º)⁽⁵⁵⁾. o registo criminal contém para além da identificação civil os extractos das decisões criminais (art. 4.º, n.º 2, e art. 5.º). No que se refere ao conteúdo do registo criminal (determinado expressamente por lei) subjaz ao seu regime uma ideia de limitação de forma a “restringir ao máximo a estigmatização social dos delinquentes, limitando o conteúdo de certificados àquilo que se considera necessário ou indispensável do ponto de vista da defesa social”⁽⁵⁶⁾. E com base nisto defende-se um registo sintético de forma a não transformar o registo criminal num “dossier pessoal ou de personalidade”.

As informações constantes do registo criminal são, após algum período de tempo, canceladas. A finalidade básica do cancelamento é uma finalidade de reabilitação do delinquente, isto é, permitir a recuperação da sua imagem social no âmbito de uma certa comunidade. Ora a reabilitação constitui “um verdadeiro direito do condenado que (...) se presume ressocializado⁽⁵⁷⁾, assim cumprindo uma das finalidades das penas — a prevenção especial ou ressocialização do delinquente”. Por isto, “não se verifica, relativamente a delinquentes reabilitados, qualquer necessidade de defesa social que justifique o interesse das entidades públicas ou privadas no conhecimento dos seus antecedentes”⁽⁵⁸⁾. Daqui decorre que o cancelamento do registo criminal tem

⁽⁵⁵⁾ “A identificação criminal deve processar-se no estrito respeito pelo princípio da legalidade e, bem assim, pelos princípios da autenticidade, veracidade, univocidade e segurança dos elementos identificativos” (art. 2.º).

⁽⁵⁶⁾ ALMEIDA COSTA, *O Registo Criminal. História. Direito Comparado. Análise político-criminal do instituto*. Coimbra, 1985, 165.

⁽⁵⁷⁾ ALMEIDA COSTA, *O Registo Criminal cit.*, 214, 218, nota 393: “o decurso de um longo espaço de tempo sem que o delinquente pratique novos crimes permite considerar (e os resultado da moderna investigação criminológica confirmam-no (...)) que ele se encontra efectivamente readaptado ao quadro de valores jurídico-penais que se pretende fazer prevalecer na comunidade em causa”.

⁽⁵⁸⁾ ALMEIDA COSTA, *O Registo Criminal cit.*, 309.

efeitos mesmo nas situações em que o conhecimento daquele registo tem finalidades judiciais — as informações que são objecto de cancelamento definitivo⁽⁵⁹⁾ não podem ser utilizadas em processo penal, pois considera-se que existe uma proibição de prova⁽⁶⁰⁾. O que se compreende dado que o registo criminal é na maior parte dos casos o único instrumento que nos permite conhecer os antecedentes criminais do delinquente, tratando-se pois de um mecanismo de estigmatização e um obstáculo à reintegração do delinquente.

Além disto, no que se refere à publicidade dos registos, todo o regime é estabelecido de harmonia com as exigências de ressocialização social dos delinquentes⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Nos termos do art. 15.º da lei de identificação criminal são canceladas automaticamente e de forma irrevogável “as decisões que tenham aplicado pena principal ou medida de segurança, decorridos 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena ou medida de segurança, se a sua duração tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos, ou superior a 8 anos, respectivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime” (al. a) do n.º 1). No caso de o condenado se encontrar readaptado e tenha cumprido a obrigação de indemnizar o ofendido (ou no caso de esta obrigação se ter extinguido ou quando o condenado prove a impossibilidade de a cumprir) pode haver lugar ao cancelamento provisório (total ou parcial) decorridos dois anos sobre a extinção da pena principal (art. 16.º). Excepcionalmente, o tribunal pode determinar a não transcrição da sentença para o registo criminal sempre que se trate de pena de prisão até 1 ano ou pena não privativa de liberdade (o que será revogado automaticamente se entretanto o interessado tiver tido nova condenação por crime doloso) — art. 17.º

⁽⁶⁰⁾ Neste sentido, ALMEIDA COSTA, *O Registo Criminal cit.*, 378.

⁽⁶¹⁾ É neste âmbito que ocorrem as principais opções de política criminal — “da maior ou menor extensão do denominado *acesso ao registo criminal* — tanto sob o prisma das entidades a que é permitido, como da latitude da informação fornecida — dependerá, no plano dos resultados, a prevalência da ideia da pura defesa da sociedade em face dos criminosos (intimidação geral ou individual e segregação) ou, inversamente, da ressocialização dos delinquentes, através da redução dos efeitos estigmatizantes que sempre terão de decorrer da simples existência do instituto enquanto tal” (ALMEIDA COSTA, *O Registo Criminal cit.*, 193). De acordo com a lei de identificação criminal podem ter acesso ao ficheiro o próprio titular (art. 6.º) ou terceiros — magistrados judiciais e do Ministério Público, entidades que tenham funções delegadas no âmbito do inquérito ou instrução, serviços de reinserção social e em geral entidades autorizadas pelo Ministro da Justiça (art. 7.º).

A partir de tudo isto consideramos que de harmonia com as finalidades básicas que presidem à criação e manutenção de um registo criminal somos forçados a considerar que a eventual construção de uma base de dados genéticos terá necessariamente que ter uma duração limitada. Isto é, aqueles registos devem ser destruídos, cancelados após um certo período de tempo. Um período de tempo que será distinto consoante o tipo legal de crime que o arguido tenha praticado e pelo qual tenha sido condenado. Aliás, à semelhança do que se passa actualmente com o registo criminal, em que as informações são canceladas automaticamente, de forma irrevogável, “decorridos 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena ou medida de segurança, se a sua duração tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos, ou superior a 8 anos, respectivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime” [art. 15.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto]. Só assim será possível evitar a estigmatização do delinquente, impedir a criação de um obstáculo à sua reintegração, e com isto prosseguir as finalidades básicas das penas.

g) *Argumentos contra a titularidade exclusiva pela polícia de uma base de dados genéticos*

“A polícia é não só a instância que processa o caudal mais volumoso de *deviance*, mas também a que o faz em condições de maior discricionariedade. Por princípio, a polícia interage apenas com «leigos» — os denunciadores ou os suspeitos —, em posição de domínio e à margem da vigilância dos demais intervenientes processuais que vão progressivamente povoando o cenário. Em segundo lugar, a polícia reduz drasticamente as alternativas ao dispor das instâncias de controlo situadas a juzante, condicionando mesmo o sentido das suas decisões”⁽⁶²⁾. Sabe-se, por outro lado, que a polícia tem um poder de

⁽⁶²⁾ Para mais desenvolvimentos cfr. COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, 80 ss., FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, 443 ss.

actuação diferente consoante as características do indivíduo — raça, locais que frequenta, apresentação exterior... Além disto, “as taxas de esclarecimento — isto é, «a percentagem dos crimes conhecidos pela polícia que a polícia julga ter solucionado” (Skolnick) — não atingem, por via de regra, níveis muito elevados” (63). E talvez por isto se justifique a criação das bases de dados genéticas. Sabendo que grande parte da orientação da investigação se baseia em estereótipos (64) ainda mais se justifica este instrumento. Mas, só podemos aceitar esta conclusão quando olhamos apenas para um dos lados. Na verdade, verificando que com a base de dados a polícia sabe de antemão quais aqueles que cometeram crimes sexuais, isto vai limitar a priori o campo de investigação. Mesmo sem a existência de “impressões digitais genéticas” sabe-se que a “polícia tende a deslocar-se para áreas habitadas por minorias desclassificadas e a abordar sobretudo as pessoas que (...) são a imagem exterior da desconformidade” (65). Por tudo isto consideramos que a construção de uma qualquer base de dados não poderá ficar na titularidade exclusiva de uma qualquer polícia; a ela devem poder aceder, em igualdade de circunstâncias, quer a defesa quer a acusação. Exigência aliás expressamente consagrada na Recomendação do Conselho da Europa n.º R (92) 1 sobre a utilização de ADN no âmbito do sistema de justiça criminal.

Conclusão

Dadas todas as dificuldades subjacentes à construção de uma base de dados de perfis genéticos com fins de investigação criminal tendo em conta a nossa legislação actual apenas uma via nos aparece facilitada: a possibilidade de construção de uma base de dados com perfis genéticos (de arguidos condenados ou apenas sujeitos a investigação criminal) com consentimento do arguido na recolha das amostras, na sua

(63) FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia cit.*, 450.

(64) “São os estereótipos que, em grande parte, determinam para onde a polícia se deve dirigir e que tipos de pessoas deve abordar” (FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia cit.*, 451).

(65) FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia cit.*, 451.

utilização no âmbito daquela investigação criminal ou em futuras (enquanto não ocorrerem as condições que permitem o cancelamento definitivo dos registos), bem como o consentimento para a integração do perfil genético numa base de dados nacional. E quando assim seja, isto é, quando o arguido prestar esta colaboração na prossecução da justiça teremos um comportamento processual do arguido que deverá ser tido em conta na determinação da medida da pena (66), nos termos gerais do art. 72.º do CP. O mesmo não podemos dizer em relação à não colaboração do arguido. O CPP é claro quanto à proibição de valorção contra o arguido quando este, por exemplo, opte pelo silêncio — o que também constitui um entrave sério à investigação do crime. Por isso é de recusar “em via de princípio uma valorção contra o arguido do seu comportamento processual, dada a situação de pressão física e (ou) espiritual a que ele, em regra, está submetido” (67).

No que respeita à recolha e construção do perfil genético após a condenação do arguido, a colaboração do arguido deveria ser tida em conta em sede de execução da pena, nomeadamente no âmbito da concessão da liberdade condicional (68).

No entanto, não podemos esquecer que a utilidade da criação de uma base de dados genéticos é maior nos crimes contra as pessoas (principalmente nos crimes sexuais) do que nos crimes patrimoniais, onde aliás a taxa de reincidência é maior. Mas, aquele tipo de criminalidade apresenta no nosso país taxas muito baixas. Segundo as estatísticas de 1999 a percentagem de processos saídos da Polícia Judiciária relativos a crimes contra as pessoas é de 5%. Quanto aos inquéritos

(66) “Já a favor do arguido o comportamento processual poderá ser amplamente valorado para a medida da pena. Circunstâncias como a de o agente ter contribuído de forma importante para a descoberta da verdade (...) devem, sem dúvida, ser levadas em consideração” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português — As consequências... cit.*, § 357).

(67) FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português — As consequências... cit.*, § 357.

(68) Aliás, não são estranhos à justiça penal movimentos de consensualismo e contratualização — cfr., para mais desenvolvimentos, ANABELA RODRIGUES, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária cit.*, 143 ss.; quanto à liberdade condicional como incidente de execução ver p. 137 e bib. aí citada.

e autos saídos da Polícia de Segurança Pública temos uma percentagem ainda menor, 2%. Apenas na Guarda Republicana a percentagem ascende até aos 6% — mas, não nos esqueçamos que na categoria dos crimes contra as pessoas também se incluem crimes como a violação da integridade física simples. Além disto, segundo os dados do Instituto Nacional de Medicina Legal de 2000 os exames de biologia forense foram 1976 comparados com os 14 286 de clínica médico-legal. Isto para além de verificarmos que a percentagem de crimes contra as pessoas praticamente não tem aumentado — rondando entre os 2% e os 4%, contra os 70% de crimes contra o património⁽⁶⁹⁾. O que nos leva a questionar a maior ou menor exactidão no que respeita ao gasto de dinheiros públicos com a construção da base, conservação do biobanco e realização dos testes de ADN, em vez da melhoria de meios de investigação, nomeadamente no que respeita à criminalidade informática — essa sim a criminalidade do futuro.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Dados fornecidos pelo Ministério da Justiça: <http://www.mj.gov.pt>.

PERIGOSIDADE, VIOLÊNCIA: DA REINserÇÃO À INCAPACITAÇÃO (*)

João Luís de Moraes Rocha
Juiz de Direito

Enquadramento

A presença da criminalidade na sociedade contemporânea — assim nos dizem as estatísticas criminais, o discurso da comunicação social e os inqueritos de opinião ao cidadão, não bastasse a nossa percepção directa — assume uma importância crescente na história recente da humanidade.

O crime é hoje um problema maior nas preocupações do cidadão, a sua segurança e tranquilidade são restringidas por múltiplos receios, está em causa a própria qualidade de vida.

Ao número de antigos temores ligados ao crime, a nossa sociedade aditou novos e redobrados medos.

Perante a crise causada pelo que se chama algo panfletariamente “vaga da criminalidade”, procura-se soluções para prevenir o crime e incapacitar o criminoso persistente (Dyer, 1999) de cometer novas infracções.

E, ao que parece, nos antípodas do medo do cidadão está o crime, sobretudo o cometido pelo criminoso denominado perigoso ou, o que pode não ser sinónimo, o criminoso violento.

O que se sabe sobre o criminoso violento?

(*) Texto da comunicação apresentada no 1.º Congresso Internacional de Psicologia Criminal e do Comportamento Desviante organizado pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, em Maio de 2001, na Torre do Tombo, em Lisboa.