

O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha de amostra biológica para inserção na Base de Dados – perspectivas

Patrícia Naré Agostinho
Procuradora da República

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e investigação criminal da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro; 3. O cruzamento entre perfis de condenados e amostras; 4. Natureza jurídica da colheita de amostras biológicas em condenado; 5. O regime legal da recusa de arguido condenado – Perspectivas actuais; 6. O regime legal da recusa de arguido condenado – Direitos fundamentais afectados: *A. Autonomia pessoal*; *B. Integridade física*; 7. A dignidade da pessoa humana; 8. O regime legal da recusa de arguido condenado – O regime legal vigente; 9. Conclusão

1. INTRODUÇÃO^[1,2]

Antes de iniciar a análise do tema sobre o qual nos iremos debruçar – o regime legal da recusa de condenado à recolha de amostra biológica – são necessárias algumas advertências.

Em primeiro lugar não iremos percorrer qualquer análise de direito comparado, nem as eventuais questões de constitucionalidade que se poderiam suscitar a propósito do artigo 8º, n.º 2 da Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro.

[1] O presente texto corresponde, no essencial, à intervenção oral no Colóquio “A Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro, que aprovou a Criação da Base de Dados de Perfis de ADN, e a investigação criminal – Balanço e perspectivas”, que se realizou no dia 27 de Março de 2015 no Auditório do Novo Edifício da Assembleia da República e organizado pelo Conselho de Fiscalização da

Base de Dados de Perfis de ADN. Ao seu Presidente, o Exmo. Senhor Juiz Desembargador António João Casebre Latas, o nosso agradecimento pelo convite que nos endereçou.

[2] Na citação da jurisprudência optou-se quanto às decisões dos Tribunais da Relação por fazer referência à data da sua prolação, n.º de processo

e Relator, tratando-se de decisões acessíveis em www.dgsi.pt. Já quanto às decisões do Tribunal Constitucional menciona-se apenas o seu número, uma vez que todos os Acórdãos do Tribunal Constitucional podem ser consultados em www.tribunalconstitucional.pt, através dessa referência.

Parte assim esta análise do pressuposto que o artigo 8º, n.º 2 não padece de nenhuma inconstitucionalidade, por não violador do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

Por outro lado, serão somente problematizadas as questões que entendemos pertinentes para a resposta à questão que se subentende no título desta apresentação: **É possível recorrer à força física para colher amostras biológicas quando o condenado a ela se recuse?** Isto porque sendo a integridade física um bem jurídico livremente disponível (artigo 149º, n.º 1 do Código Penal), a realização de intrusões corporais a coberto do consentimento do visado está legitimada por esta via, sendo a conduta daquele que a leva a cabo penalmente justificada – não obstante a lesão que irá necessariamente verificar-se, a vontade do visado prevalece.

Antes, porém, irá empreender-se um breve excursão sobre o regime legal vigente da Lei que criou a base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e investigação criminal e intentaremos avançar com conclusões relativas à natureza jurídica da medida de recolha de amostras biológicas em condenado para posterior inserção naquela base, questão que tem merecido respostas divergentes no âmbito da doutrina nacional.

Uma advertência final: mais do que respostas acabadas aos problemas centrais que se colocam em sede de execução de recolha de amostras biológicas em condenado quando nisso ele não consinta, o presente trabalho pretende uma sumária compreensão da realidade em análise e dos problemas que a atravessam.

2. A BASE DE DADOS DE PERFIS DE ADN PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DA LEI N.º 5/2008, DE 12 DE FEVEREIRO

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

As finalidades de investigação criminal alcançam-se através da comparação de perfis de ADN, relativos a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes com os perfis de ADN das pessoas que, directa ou indirectamente, possam estar associadas ao crime com vista à identificação dos agentes e com os perfis de ADN existentes na base de dados, mais especificamente com os dados contidos no ficheiro de “amostras problema”, obtidas a partir de cadáver, em coisa ou local em que a identificação do cadáver é desconhecida (v. artigo 7º, n.º 1) [1]; no ficheiro de “amostras problema” colhidas a cadáver, em coisa ou em local de crime com fins de investigação criminal (artigo 8º, n.º 4) [2] e com o ficheiro dos profissionais que procedem à recolha e análise das amostras (para salvarguardar e aferir do risco de contaminação de amostras) [3] – artigos 4º, n.º 3 e 2º.

No que respeita aos sujeitos que podem ser alvo de recolha de amostras biológicas, o artigo 8º da Lei n.º 5/2008 dispõe que:

1. 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 172º do Código de Processo penal.
2. 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.

Assim, no artigo 8º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, prevê-se que no decurso de um processo crime já em curso a recolha de amostras é efectuada a partir da constituição de arguido ao abrigo do disposto no artigo 172º do Código de Processo Penal; por seu turno, o n.º 2 do artigo 8º refere-se à recolha de amostra em condenado e pressupõe que não se tenha procedido à recolha de amostra no decurso do processo e que tenha transitado em julgado decisão condenatória em pena de prisão igual ou superior a 3 anos de prisão, ainda que esta tenha sido substituída.