

Il Tribunale costituzionale portoghese sul prelievo di campioni di DNA da persone condannate a pena detentiva

(Tribunal Constitucional, 2.^a Secção, acórdão 11 maggio 2023, n. 240)

Il Tribunale costituzionale non giudica incostituzionale l'interpretazione dell'art. 8, comma 2, della legge n. 5/2008, in base alla quale è possibile il prelievo di campioni di DNA da imputati condannati a una pena detentiva di tre anni o più, anche se sostituita. L'interesse pubblico perseguito dalla norma trova realizzazione attraverso la creazione di una banca dati dei profili del DNA, a fini di indagine penale.

In particolare, al Tribunale viene chiesto di verificare se la norma sia conforme al principio di proporzionalità. La misura risulta utile, necessaria e proporzionata alle finalità perseguite, considerato che si rimette al prudente apprezzamento del giudice la valutazione dei casi in cui essa si riveli non necessaria o eccessiva. La misura legislativa potrebbe non corrispondere alla soluzione che regola nel modo migliore i rapporti tra i beni in gioco, ma ciò non significa che essa sia inadeguata o non necessaria o che presenti un carattere eccessivo. Il legislatore ordinario potrà sempre tentare di perfezionare la disciplina.

Viene anche effettuato un controllo sulla conformità della norma rispetto all'art. 30, comma 4 della Costituzione, che stabilisce che nessuna condanna comporta come effetto necessario la perdita di diritti civili, professionali o politici. In particolare, tale previsione costituzionale vieta al legislatore di ricollegare in modo automatico la perdita dei diritti ad una condanna precedente, senza la mediazione di un giudice. La norma scrutinata non contrasta con il suddetto parametro costituzionale, in quanto attribuisce al giudice il potere di determinare la misura in questione, che non si configura come effetto necessario della condanna.

Fonte: www.tribunalconstitucional.pt. Il testo riportato non ha carattere ufficiale.

ACÓRDÃO N.º 240/2023

Processo n.º 175/2022

2.^a Secção

Relatora: Conselheira Mariana Canotilho

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

I. Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação do Porto, o recorrente A. interpôs recurso ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (Lei do Tribunal Constitucional, adiante designada «LTC»), da decisão proferida pela 1ª Secção Criminal daquele Tribunal, que decidiu pela manutenção da sentença que determinou *“a recolha de amostras biológicas ao arguido, para inserção na base de perfis de ADN, nos termos dos arts. 8.º, n.º 2 e 18.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2018, de 12.02., na redação dada pela Lei n.º 90/2017, de 22.08, a qual será efetuada após trânsito em julgado.”*

2. Na parte que releva para a apreciação do presente recurso, pode ler-se na fundamentação da decisão recorrida:

“2.2.3. Inconstitucionalidade dos arts 8º, 2 e 18º, 3 da Lei nº. 5/2008, de 12 de Fevereiro.

Alega o arguido que os artigos 8º, n.º 2 e 18º, n.º 3, da Lei 5/2008 são inconstitucionais, por violação do art. 18º, 2, da CRP - princípio da proporcionalidade. Com efeito, sustenta o arguido que a recolha de amostras de ADN, em condenados em pena de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída, *não respeita o princípio da proporcionalidade.*

Relativamente a este ponto, apenas se dirá que - como refere o Exº Procurador-geral Adjunto nesta Relação - a questão já foi apreciada pelo Tribunal Constitucional, no acórdão nº 333/2018, Processo n.º 195/2018 1.ª Secção, onde se decidiu *“Não julgar inconstitucional a norma que determina que 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, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respetiva, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado, quando a mesma não foi já realizada, interpretativamente retirada pela decisão do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, na redução dada pela Lei n.º 40/2013, de 25 de junho.”*

Para fundamentar esta conclusão, o Tribunal argumentou:

“(…)

23. A questão coloca-se, portanto, em saber se a regra da recolha de amostras de ADN a condenados em pena de prisão igual ou superior a 3 anos (ainda que substituída), respeita o princípio da proporcionalidade.

Partindo do interesse público prosseguido pela norma que consiste na criação de uma base de dados de perfis de ADN que sirva finalidades de investigação criminal (artigo 1.º, n.º 2, da LBDADN), importa começar

por sublinhar que as finalidades específicas do processo penal, designadamente na realização da justiça e prossecução da verdade material, são interesses constitucionalmente protegidos. O artigo 202.º, n.º 2, da Constituição estabelece que compete aos tribunais «assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e reprimir a violação da legalidade democrática» e, por sua vez, o artigo 219.º, n.º 2, da Lei Fundamental atribui competência ao Ministério Público para participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania e exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. E neste contexto que se insere a análise de ADN e a sua inserção na Base de Dados de Perfis de ADN. O fim da recolha de ADN é, efetivamente, facilitar a investigação de crimes com autor desconhecido que tenham sido cometidos no passado ou que venham a ser cometidos ainda num futuro relativamente próximo (necessariamente dentro do prazo de manutenção da amostra na base de dados), podendo identificar-se neste ponto também alguns objetivos de prevenção penal, face à identificação das taxas de recidiva relacionadas com a prática de determinados crimes. Visa, portanto, a redução do número de investigações criminais não resolvidas, permitindo não só identificar os culpados, como afastar os inocentes da mira dos atos de investigação criminal, bem como proteger os direitos e liberdades fundamentais das vítimas. Acautela-se simultaneamente alguma persuasão dissuasiva da prática de futuros crimes por parte de agentes que sabem ter o seu perfil de ADN constante de uma base de dados acessível para efeitos de investigação criminal.

De resto, a base de dados nacional não pode ser vista como uma fonte isolada de informação policial, antes se integrando numa rede internacional de intercâmbio de informações para combate à criminalidade transfronteiriça e cooperação de âmbito penal.

Neste contexto, e meramente a título de exemplo, será útil indicar que desde a Decisão n.º 2011/472/UE, do Conselho da União Europeia, relativa ao lançamento do intercâmbio automatizado de dados de ADN em Portugal, que o País é considerado habilitado a receber e transmitir dados pessoais. Em janeiro de 2015 iniciaram-se os trabalhos para ligação internacional da Base de Dados portuguesa.

E à luz destes interesses públicos que terá lugar a aplicação dos três subprincípios em que se desdobra o princípio da proporcionalidade; idoneidade (ou adequação), necessidade (ou indispensabilidade) e justa medida (ou proporcionalidade em sentido estrito).

24. Na linha da jurisprudência anteriormente produzida pelo Tribunal Constitucional sobre esta matéria, em especial os Acórdãos n.ºs 155/2007 e 227/2008, a que acima se aludiu, também no caso da norma ora em apreciação não é possível afirmar que as restrições aos direitos fundamentais nela implicadas violem qualquer dos subprincípios enunciados.

Com efeito, é manifesta a adequação da referida norma para a prossecução dos fins visados, servindo a recolha e conservação de dados de ADN numa base de dados as finalidades de investigação criminal. E inegável que a criação de uma base de dados de perfis de ADN amplia as possibilidades de identificação dos responsáveis pela prática de um crime, permitindo comparar os perfis constantes da base de dados (amostras-referência) com os perfis resultantes das amostras biológicas colhidas durante uma investigação criminal (amostras-problema).

De outro lado, não é possível ignorar que o grau de eficácia desta ferramenta que se baseia numa comparação de perfis, depende inevitável e diretamente do número de amostras recolhidas. Neste sentido, a recolha de

ADN a todos os condenados em penas iguais ou superiores a 3 anos de prisão, constitui um meio relevante para sustentar a base de dados de ADN com aquisição de amostras-referência de forma a possibilitar a utilização desta ferramenta na resolução de investigações por crimes que pendem contra autores desconhecidos.

O legislador vê na condenação em pena igual ou superior a 3 anos um critério que permite identificar os visados pela ordem de recolha de ADN como pessoas que já demonstraram capacidade para cometer uma infração de gravidade suficiente para o justificar. E certo que o legislador poderia ter optado por impor a regra da recolha apenas a condenados em penas iguais a superiores a cinco ou oito anos de prisão, restringindo, desta forma, o âmbito da sua incidência. Uma tal restrição permitira, naturalmente, uma maior otimização dos interesses dos visados, mas, em contrapartida, diminuiria a otimização do interesse público. Todavia, tendo em vista os fins pretendidos, não é possível ignorar que a recolha de perfis de condenados constitui a principal fonte de inserção de perfis para comparação. A criminalidade com elevado risco de recidiva em que a prova por análise de ADN se apresenta como especialmente eficaz - os crimes contra a autodeterminação sexual - integra o espaço ocupado pelas condenações em penas de 3 anos de prisão. Assim, a opção por um critério que recorresse a uma maior medida da pena poderia comprometer o nível de concretização do interesse público visado pelo legislador.

Poderia igualmente o legislador ter optado por basear o critério da determinação da recolha da amostra de ADN a condenados por referência ao tipo de crimes cometidos, em vez de eleger a medida da pena da condenação como critério. Uma tal opção tornaria mais evidente a consideração do impacto social do crime cometido, a sua gravidade para a sociedade. Todavia, a medida da pena - que deve ser fixada necessariamente dentro da moldura penal abstrata prevista para punir o crime - não deixa de representar também uma tradução, pelo legislador, dos sentimentos da sociedade perante a afeção de um determinado bem jurídico. Por outro lado, não é evidente o carácter menos lesivo dos direitos fundamentais em causa dessa opção, uma vez que ambas as soluções levam a níveis semelhantes de lesão. Assim, deve considerar-se que se desconhecem medidas menos lesivas que possam produzir o efeito pretendido, pelo que o meio em causa no presente processo se apresenta mesmo como necessário.

Finalmente, não é possível afirmar que a norma em causa ao definir como regra a recolha de ADN em condenados em penas de prisão iguais ou superiores a três anos, traduz uma opção excessiva ou desproporcionada para atingir os fins visados. Na ponderação a empreender, será relevante considerar, desde logo, o grau de intensidade da ingerência nos direitos fundamentais afetados (a recolha de amostras é feita de um modo geral através de zaragatoa bucal) sendo correspondente a densidade das razões exigíveis para justificar a ingerência tendo em vista a prossecução eficaz do interesse público visado. Ora, apesar de a simples zaragatoa bucal para aquisição de amostra de saliva implicar uma ingerência na integridade pessoal do visado, trata-se, ainda assim de uma ingerência de intensidade não muito acentuada.

Além da natureza relativamente pouco acentuada da ingerência nos direitos fundamentais afetados, será de considerar ainda o período temporal limitado de conservação dos dados, após o qual os dados são eliminados. Como já se referiu, neste caso os perfis são eliminados na mesma data em que se proceda ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal (artigo 26.º, n.º 1, alínea f), da LBDADN).

Finalmente, relevante é ainda a circunstância de o objetivo da recolha, estar necessariamente restringido à utilização dos marcadores de ADN não codificante, isto é, aos marcadores que, de acordo com os

conhecimentos científicos existentes, sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular, permitindo a identificação, mas não à obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas do arguido. Trata-se da fixação de um perfil genético meramente para comparação com vestígios colhidos no local do crime, ficando à partida delimitado o âmbito do exame e excluída a possibilidade de aceder a informação sensível que exceda a absolutamente indispensável ao fim visado, ou seja, à comparabilidade referida.

25. Não se ignora que a afirmação da proporcionalidade da concordância das restrições a direitos individuais implicada na intrusão corporal em causa pode não dispensar, por vezes, a verificação de certos elementos específicos, como a gravidade do crime investigado ou o grau de censura, ou concernentes às circunstâncias pessoais do arguido, como o seu estado de saúde, entre outros, implicando uma apreciação em concreto que só o juiz pode empreender. Mas o artigo 8.º, n.º 6, prevê essa possibilidade ao estabelecer que «Quando se trate de arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável».

Neste contexto, é desde logo possível perspetivar que a natureza de certos crimes torne difícil justificar a aptidão da recolha de ADN para a identificação dos seus autores. E o caso, designadamente, dos crimes informáticos. Mas nem por isso fica necessariamente afastada a pertinência na recolha, tendo em conta todo os circunstancialismos apurados no caso, e designadamente os aspetos referentes à personalidade e condições pessoais do agente. E precisamente para estes casos em que seja evidenciada a desnecessidade da recolha da amostra de ADN, pela natureza do crime praticado ou por qualquer outra razão atinente ao caso concreto, como seja por exemplo a ausência de verificação de qualquer perigo de continuação da atividade criminosa, que o legislador previu a exceção ao estabelecer a possibilidade de o juiz a dispensar.

Também os casos em que o juízo de prognose positiva empreendido pelo julgador conduz à condenação em pena de prisão suspensa na sua execução, permite colocar a questão sobre pertinência da recolha de ADN. Mas essa é uma questão que caberá ao julgador enfrentar, sendo com esse fim que o legislador reserva a competência para determinar a obrigatoriedade da recolha a um juiz, prevendo desde logo, como exceção, a possibilidade de ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável (n.º 6 do artigo 8.º).

Na verdade, a dispensa de fundamentação para determinar a recolha das amostras de ADN a condenados em pena de prisão igual ou superior a três anos, ainda que tenha sido substituída, resultante da norma objeto do recurso, não significa dispensa da análise do caso concreto pelo juiz.

26. Em suma, a instituição pelo legislador - no cumprimento do seu poder de densificação dos pressupostos materiais da medida restritiva de direitos fundamentais na norma que a habilita - da regra da recolha de ADN a condenados em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, ainda que substituída, apresenta-se como uma medida útil, necessária e proporcional aos fins prosseguidos, sendo os casos de eventual desnecessidade ou excesso deixados ao prudente critério jurisdicional a fundamentar com base nos elementos concretos do processo, em concretização da tutela dos direitos fundamentais dos visados, o que se insere plenamente nos fins da reserva judicial de reforço da tutela conferida pela posição institucional de neutralidade e de independência que caracterizam estatuto do juiz. O regime legal em que se insere a norma em apreciação responde à prescrição dos pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais que densificam

suficientemente a autorização legal para a medida e acautela o justo equilíbrio entre interesses públicos e privados concorrentes.

A opção legislativa concretizada na norma em análise pode não corresponder à melhor solução de regulação dos bens que põe em confronto, mas isso não demonstra a sua inadequação, desnecessidade ou excesso diante do que acima a se deixou exposto. A consideração de qual seja a melhor opção será sempre um problema que deve ocupar apenas o legislador ordinário, motivando-o, sendo caso disso, ao aperfeiçoamento da lei a qual - de resto - entretanto já foi alterada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. Certo é o regime assim instituído sempre oferece maior densidade da habilitação legislativa específica exigida pela Constituição do que o que resultaria da mera "densificação" judicial da norma de habilitação a produzir em cada caso concreto, sendo, por isso, preferível.

27. A associação entre a condenação e a recolha da amostra, estabelecida de forma abstrata, i.e., sem consideração das concretas circunstâncias que ditaram a condenação, como por exemplo o grau de culpa do agente, ou mesmo a natureza do crime verificado, pode também induzir a interrogação sobre a conformidade da norma com a proibição contida no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, segundo a qual «nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos». Esta proibição elevou à categoria de princípio jurídico-constitucional a não automaticidade dos efeitos das penas, o que expressa a rejeição dos seus efeitos infamantes ou estigmatizantes (cfr., entre outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º311/2012). Como se salientou recentemente no Acórdão n.º 132/2018, por referência também a jurisprudência anterior do Tribunal, designadamente o Acórdão n.º 284/89, «com tal preceito constitucional pretendeu-se proibir que, em resultado de quaisquer condenações penais, se produzissem automaticamente, pura e simplesmente ope legis, efeitos que envolvessem a perda de direitos civis, profissionais e políticos e pretendeu-se que assim fosse porque, em qualquer caso, essa produção de efeitos, meramente mecanicista, não atenderia afinal aos princípios da culpa, da necessidade e da jurisdicionalidade, princípios esses de todo inafastáveis de uma lei fundamental como a Constituição da República Portuguesa que tem por referente imediato a dignidade da pessoa humana».

Ora, a este respeito convém começar por salientar que a determinação da recolha de ADN ao condenado não surge imediatamente por "força da lei". Com efeito, não deve ser ignorado que esta medida restritiva de direitos exige a intermediação do juiz, devendo ser por este ordenada ou afastada, nos termos do artigo 8.º, n.º 6, quando esta «se mostre desnecessária ou inviável». A recolha de amostras não decorre, pois, de forma imediata do trânsito em julgado da condenação em pena determinada.

Ademais, dependendo embora da verificação de pressuposto da condenação (transitada em julgado) pela prática de crime, a medida em causa não tem carácter punitivo, como acima já se deixou assinalado, o fim da recolha de ADN é a investigação criminal e não, propriamente, punir o arguido como uma sanção adicional pelo crime por que já vai condenado. O legislador vê na condenação em pena igual ou superior a 3 anos um critério que permite identificar os visados pela ordem de recolha de ADN como pessoas que já demonstraram capacidade para cometer uma infração de uma certa gravidade, o que não traduz, nem equivale necessariamente, à imposição de uma pena adicional pela infração por qual vai condenado (neste sentido, afastando a conclusão de que uma medida semelhante pudesse ser considerada uma pena no sentido do artigo 7.º da Convenção, v. Ac. do TEDH Van der Velden v. Países Baixos).

Como o Tribunal Constitucional tem referido, «o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, (...) "[...] não proíbe a consagração de penas que se traduzam na perda de direitos civis, mas sim que da simples condenação anterior o legislador retire automaticamente esse efeito, sem mediação do julgador (Acórdão n.º 53/2011; v. ainda o Acórdão n.º 239/2008) "» (cfr. Acórdão n.º 0132/2018, ponto 2.2). A competência atribuída ao juiz para determinar a medida afasta a sua configuração como "efeito necessário " da pena e, portanto, a pertinência na convocação do parâmetro contido no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição no julgamento da norma.

28. E assim de concluir pela não inconstitucionalidade da norma que determina que 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, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respetiva, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado, quando a mesma não foi já realizada, interpretativamente retirada pela decisão do artigo 8.º, n.º 2, da LBDADN.

(...)"

Face ao exposto, tendo a questão da Constitucionalidade suscitada pelo arguido sido já apreciada pelo Tribunal Constitucional, considerando que as normas aplicadas no acórdão recorrido não sofriam de qualquer inconstitucionalidade, é manifesto que o recurso não merece provimento."

3. Admitido pelo tribunal *a quo* o recurso ora interposto, o recorrente foi notificado para apresentar alegações (cf. fls. 472-474 *v*), que fundamentou da seguinte forma:

"(...)

A sentença recorrida, e posteriormente confirmada pelo Acórdão da Relação, determina que "Considerando a natureza do crime cometido, determina-se a recolha de amostras biológicas ao arguido, para inserção na base de perfis de ADN, nos termos dos arts. 8º nº2 e 18º nº3 da Lei 5/2008, de 12.02 (...)".

O princípio da proporcionalidade ocupa lugar central na avaliação dos requisitos materiais exigidos nas restrições de direitos fundamentais — de acordo com o n.º 2, do artigo 18.º da Constituição, tais restrições devem «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

A questão coloca-se, portanto, em saber se a regra da recolha de amostras de ADN a condenados em pena de prisão igual ou superior a 3 anos (ainda que substituída), respeita o princípio da proporcionalidade.

Partindo do interesse público prosseguido pela norma que consiste na criação de uma base de dados de perfis de ADN que sirva finalidades de investigação criminal (artigo 1.º, n.º 2, da LBDADN), importa começar por sublinhar que as finalidades específicas do processo penal, designadamente na realização da justiça e prossecução da verdade material, são interesses constitucionalmente protegidos. O artigo 202.º, n.º 2, da Constituição estabelece que compete aos tribunais «assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e

reprimir a violação da legalidade democrática» e, por sua vez, o artigo 219.º, n.º 2, da Lei Fundamental atribui competência ao Ministério Público para participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania e exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. É neste contexto que se insere a análise de ADN e a sua inserção na Base de Dados de Perfis de ADN. O fim da recolha de ADN é, efetivamente, facilitar a investigação de crimes com autor desconhecido que tenham sido cometidos no passado ou que venham a ser cometidos ainda num futuro relativamente próximo (necessariamente dentro do prazo de manutenção da amostra na base de dados), podendo identificar-se neste ponto também alguns objetivos de prevenção penal, face à identificação das taxas de recidiva relacionadas com a prática de determinados crimes. Visa, portanto, a redução do número de investigações criminais não resolvidas, permitindo não só identificar os culpados, como afastar os inocentes da mira dos atos de investigação criminal, bem como proteger os direitos e liberdades fundamentais das vítimas. Acautela-se simultaneamente alguma persuasão dissuasiva da prática de futuros crimes por parte de agentes que sabem ter o seu perfil de ADN constante de uma base de dados acessível para efeitos de investigação criminal.

Posto isto,

É manifesta a desadequação da referida norma para a prossecução dos fins visados, servindo a recolha e conservação de dados de ADN numa base de dados as finalidades de investigação criminal. A criação de uma base de dados de perfis de ADN é absolutamente inútil, não tendo qualquer impacto positivo nas possibilidades de identificação dos responsáveis pela prática de um crime. Pelo contrário, a referida base de dados pode prejudicar a investigação criminal, ao determinar que a investigação criminal concentre as suas suspeitas em indivíduos ali registados, negligenciando outras linhas de investigação.

Por outro lado, é inegável o grau de intrusão extremo na integridade física e na privacidade do indivíduo originado pela realização do exame de ADN, agravado pelo facto de a base de dados de ADN aumentar exponencialmente a probabilidade de que contra o indivíduo venham a correr procedimentos criminais em situações relativamente às quais este é absolutamente alheio ou inocente.

É, portanto, inequívoca a inconstitucionalidade da norma que determina que 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, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respetiva, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado, constante do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, por violação do art. 18º nº2 da CRP.

CONCLUSÕES:

1. O presente recurso visa a apreciação da constitucionalidade do art. 8º nº2 da Lei nº5/2008.
2. A referida norma, no entender do recorrente, viola o princípio da proporcionalidade, previsto no art. 18º nº2 da Constituição da República Portuguesa.

3. A recolha de amostras biológicas dos arguidos, para inserção na base de perfis de ADN, visa facilitar a investigação de crimes com autor desconhecido que tenham sido cometidos no passado ou que venham a ser cometidos ainda num futuro relativamente próximo.
4. Todavia, é manifesta a desadequação da referida norma para a prossecução dos fins visados.
5. Pelo contrário, a referida base de dados pode prejudicar a investigação criminal, ao determinar que a investigação criminal concentre as suas suspeitas em indivíduos ali registados, negligenciando outras linhas de investigação.
6. Por outro lado, é inegável o grau de intrusão extremo na integridade física e na privacidade do individuo originado pela realização do exame de ADN, agravado pelo facto de a base de dados de ADN aumentar exponencialmente a probabilidade de que contra o individuo venham a correr procedimentos criminais em situações relativamente às quais este é absolutamente alheio ou inocente.

Termos em que deverá ser declarada a inconstitucionalidade da norma do art. 8º nº2 da Lei 5/2008.”

4. O Ministério Público, por sua vez, em sede de contra-alegações, apresentou as seguintes conclusões:

“(…)

1. A aceitação de um modelo de identificação genético-criminal de pessoas, pelas comunidades científica e forense a nível nacional e internacional, bem como a sua divulgação e generalização, não foi pacífica, apesar de parecer ter-se atingido um patamar de consenso quanto ao seu estatuto epistemológico e quando à fiabilidade dos seus resultados, garantidos que sejam certos pressupostos legais e procedimentais.
2. É hoje admitido entre nós, de forma praticamente unânime, que a importância e indispensabilidade da chamada impressão digital genética, constitui um precioso auxiliar cada vez mais insubstituível da investigação criminal.
3. Não há – julgamos poder dizê-lo, face aos dados científicos divulgados que vamos conhecendo – decisivas razões que se oponham hoje à validade, eficácia e importância dos métodos de identificação individual através de perfis de ADN.
4. O formidável potencial de resolução de casos que os métodos científicos relativos à identificação por recurso a bases de perfis de ADN permitiram no âmbito do processo penal, demonstrou a sua elevada importância; mas pode, efetivamente, colocar problemas sensíveis de compatibilização entre as condições de admissibilidade da sua obtenção e os direitos fundamentais e os princípios da própria dignidade da pessoa humana, da sua inviolabilidade e integridade e os princípios básicos de um processo penal equitativo.

5. De notar que a nossa lei infraconstitucional fixa noções de “bases de dados genéticos” no art. 7.º, n.º 1 da Lei n.º 12/2005 – no que respeita às finalidades de prestação de cuidados de saúde e para investigação científica – e no art. 2.º, al. 1) da Lei n.º 5/2008, no que concerne a “base de dados de perfis de ADN” para as finalidades de identificação civil e de investigação criminal.
6. O modelo de estruturação do sistema técnico de inserção e armazenamento de perfis e dados pessoais na nossa base de dados de ADN – que foi instituído com a aprovação da Lei n.º 5/2008, de 12.02 (com as significativas alterações mais recentemente introduzidas pela Lei n.º 90/2017, de 22-08) – adotou um desenho bastante cauteloso e garantístico.
7. A Lei n.º 5/2008 assume-se, pois, como um instrumento de inequívoca valia no contexto da maior eficiência no âmbito da investigação criminal, designadamente no que toca aos aspetos que contendem com a comparação de perfis genéticos com os constantes nos ficheiros da base, assim aumentando o potencial de identificação genético-criminal.
8. Os problemas motivados pela sujeição a recolha de bioamostras para determinação de perfil genético surgem, de forma mais sensível, no tocante à admissibilidade de à mesma serem sujeitos arguidos não condenados, agora expressamente em arguidos em processo criminal por crime a que seja aplicável pena igual ou superior a 3 anos de prisão (artigos 15.º, n.º 1, al. g), 18.º, n.º 4 e 19.º-A da Lei n.º 5/2008, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017).
9. Questões diferentes pode suscitar a ordem judicial imposta a arguidos condenados, hipótese que no recurso é colocada.
10. A obtenção do perfil de ADN relativamente a arguidos condenados destina-se a integrar o ficheiro de condenados, com vista a futuras comparações com perfis de amostras-problema - artigos 8.º, n.os 2 e 3, 15.º, n.º 1, al. e), e 19.º, n.º 6 da Lei n.º 5/2008. A ordem de recolha de amostras de condenados para determinação do respetivo perfil genético não tem, pois, como escopo – conforme já se antecipou e veremos adiante com maior detalhe – a produção de prova no processo em que é determinada, destinando-se a integrar ficheiro da base de perfis de ADN, para cruzamentos futuros com perfis de amostras-problema ou outras.
11. Nessa dimensão, assume também uma finalidade ou propósito probatório.
12. Não se destinando a servir de meio de prova no processo em que é ordenada a recolha da amostra, o perfil de ADN obtido integrará, apesar disso, um ficheiro da base (art. 15.º, n.º 1, al. e)), devendo reconhecer-se que a lei contempla essa possibilidade relativamente a uma categoria de indivíduos sobre os quais reconhece um especial interesse em registar a respetiva informação do perfil genético, de uma forma indireta, para fins de “investigação criminal”, dirigida ao futuro.
13. Partindo do pressuposto que a específica relação de tais indivíduos com a prática de certos tipos de ilícito encerra interesse criminalístico relevante, admite, assim, face a tal universo de pessoas, pela sua qualidade – arguido – e posição – condenados por decisão transitada em julgado, em pena concreta igual ou superior a três anos de prisão (mesmo que substituída) – processuais, que lhes seja imposta ou ordenada a recolha de amostras de material biológico para determinação de perfis de ADN.

14. Ao prever a ordem judicial de recolha de amostras (biológicas) em indivíduos condenados por crime, a lei parece exprimir uma ponderação abstrata e genérica sobre a existência de uma categoria de agentes criminosos relativamente aos quais se pode reconhecer o interesse na obtenção dos respetivos perfis de ADN, dependendo de um critério particularmente exigente, qual seja o da sua prévia condenação transitada em julgado e de acordo com certos limites.

15. A ordem para a recolha de bioamostra em arguido condenado, é condicionada ao trânsito em julgado da decisão condenatória por crime doloso, em pena concreta igual ou superior a três anos de prisão. Portanto, posterior a qualquer momento ou fase processual em que fosse aceitável a produção de prova, em termos comuns.

16. Procurando caracterizar a sua natureza jurídica substantiva, podemos enunciar os pressupostos objetivos da ordem de recolha, do seguinte modo:

i. Inexistência de procedimento prévio de recolha de amostra; torna-se evidente que a ordem de recolha de amostra, nos termos do art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008 pressupõe que não tenha sido precedida pela anterior recolha de amostra, no processo, nos termos do n.º 1, ou no âmbito do regime de «comparação direta»;

ii. A exigência de decisão condenatória por crime doloso, o que admite qualquer das modalidades do dolo;

iii. A medida concreta da pena aplicada ao crime tem de ser pelo menos de três anos de prisão, não podendo tratar-se de pena única resultante de um cúmulo jurídico;

iv. Admissibilidade da substituição da pena de prisão por outra reação penal de substituição (a nosso ver, admitindo a interpretação de se poder tratar de pena de suspensão de execução da pena de prisão);

v. O trânsito em julgado da decisão condenatória.

17. Com as alterações introduzidas aos n.os 2 e 3 da Lei n.º 5/2008 pela Lei n.º 90/2017, a ordem de recolha passa a ser um requisito da sentença. Estando em causa uma recolha de amostra em arguido que foi condenado em pena de prisão igual ou superior a 3 anos, tendo em vista a inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, aparentemente fará todo o sentido que tal normativo legal esteja integrado no diploma que regula a base de dados de ADN.

18. A doutrina nacional tem-se inclinado maioritariamente para a classificação da ordem de recolha de bioamostra para obtenção de perfil de ADN do arguido condenado (ou inimputável perigoso) e respetiva inserção na base, como efeito substantivo da decisão condenatória e/ou da sentença de aplicação de medida de segurança, pelo que se subordinam ao disposto no art. 29.º, n.º 3 da CRP, aplicando-se apenas aos factos cometidos após a entrada em vigor da Lei n.º 5/2008.

19. Associada de perto à questão da natureza da ordem de recolha e obtenção do perfil, está o problema da [não] automaticidade de tal ordem (contemplada no art. 8.º, n.os 2 e 3 da Lei n.º 5/2008). A questão foi mais intensamente discutida antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017 aos n.os 2 e 3 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008: no âmbito da sua versão originária, já

preconizávamos a ideia de que formulação legal era indutora da conclusão de se tratar de uma consequência automática da condenação por crime doloso punido com pena de prisão igual ou superior a três anos (ainda que tenha sido substituída): «Quando não se tenha procedido (...) é ordenada (...)».

20. No contexto anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017 à Lei n.º 5/2008, parecia emergir desta formulação uma relação de «previsão-estatuição», que não deixaria lugar à livre discricionariedade do julgador. O que havia, seria uma vinculação do tribunal relativamente a certos pressupostos legais. Uma diversa conceção do instituto, enquanto manifestação de um exercício de apreciação casuística no tocante à ordem de recolha de amostras seria inconveniente do ponto de vista da salvaguarda dos princípios da igualdade e da legalidade criminal, o que parecia concorrer para a solução da automaticidade.

21. Por certo que o despacho de determinação da ordem [de recolha de amostra] deveria ser sempre fundamentado, ao menos verificando os pressupostos negativos da ordem, pelo que não se deverá confundir a necessidade de fundamentação – por não revestir carácter de despacho de mero expediente (artigos 205.º, n.º 1 da CRP e 97.º, n.º 5 do CPP) – de uma tal decisão com a natureza automática (ou não) da mesma.

22. O problema era, então, o de saber em que termos se manifestará tal fundamentação. Caberia ao juiz indagar se no caso se verificavam os pressupostos que o legislador contemplara em termos gerais e abstratos para justificar a ordem de recolha ou se, ao invés, intercederia algum motivo que, excecionalmente, desaconselhasse ou tornasse desnecessária a ordem de recolha de amostra (v.g. ordem de recolha já ordenada noutra processo, possibilidade de transição do perfil do condenado a partir do ficheiro de “amostras-problema”, idade ou fase terminal de doença do condenado).

23. Vigoraria, assim, a regra da automaticidade, sem prejuízo de, excecionalmente, mediante requerimento do arguido e o juiz o entendesse, poder afastar-se a ordem de recolha de amostra.

24. Em conclusão, a natureza da ordem de obtenção de amostra aproxima-se, quanto a nós, de um regime de ordem judicial quase automática, enquanto efeito substantivo derivado de uma condenação penal, não dispensando a concreta exigência constitucional da verificação dos respetivos pressupostos.

25. Após as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017 aos n.os 2 e 3 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, «A recolha de amostra (...) é sempre ordenada na sentença». O sentido da alteração reforça a inequívoca natureza automática da ordem de recolha de amostra, no caso de condenação.

26. Com a redação atual do art. 8.º, n.ºs 2 e 3, existe uma clara aproximação ao princípio da automaticidade da ordem de recolha. Na verdade, tal ordem é sempre emitida em decisão condenatória, fazendo assim parte integrante da mesma sendo um dos seus requisitos quando o arguido for condenado em pena igual ou superior a 3 anos (ou em medida de segurança de internamento).

27. Com esta opção do legislador – após longa e penosa discussão doutrinal e jurisprudencial –, parecem não restar dúvidas sobre a natureza automática da ordem e sobre a desnecessidade de tal

ordem carecer de fundamentação. Com efeito, a opção da lei parece ter sido claramente a de privilegiar o princípio da igualdade perante a lei penal e de remeter os pressupostos da respetiva fundamentação para um prévio juízo de ponderação de interesses e direitos fundamentais e processuais – feito, a montante, pelo legislador e plasmado no texto da lei –, não deixando ao julgador a margem de ponderação casuística para concluir pela conveniência ou inconveniência, pela necessidade ou desnecessidade da ordem.

28. No tocante à questão do consentimento e da coercibilidade [na recolha da bioamostra], deixaremos algumas breves nótulas, com a consciência de que o problema suscita muitas outras implicações. Deve recordar-se que os problemas do consentimento e da coercibilidade se colocam em termos distintos, no que respeita à análise de ADN enquanto meio probatório de investigação criminal, e como efeito (substantivo) emergente de uma condenação criminal.

29. Afigura-se-nos que no contexto da recolha de amostra biológica, enquanto meio de prova em investigação criminal, se torna mais inequívoco o posicionamento no sentido de existir habilitação normativa bastante para a coercibilidade, admitindo um paradigma autorizante do recurso à força, emergente do complexo normativo dos artigos 61.º, n.º 3, al. d), 269.º, n.º 1, als. a) e b), 154.º, n.os 1 e 3, 172.º, n.os 1 e 2, do CPP, do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, e 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, entendimento que não encontra nenhum obstáculo decisivo à sua sustentação, quer de índole constitucional ou de ordem jurídica internacional.

30. A idêntica conclusão se pode chegar no âmbito da recolha de amostras biológicas relativamente a condenados, não exibindo, é certo, a mesma solidez no plano do direito positivo; todavia, o quadro legal vigente não nos parecia inviabilizar, de um ponto de vista da ponderação dos interesses e direitos fundamentais envolvidos, a sua admissibilidade. É certo que a configuração da ordem de recolha como efeito substantivo de uma decisão condenatória, deve ser rodeada de algumas cautelas procedimentais quanto à sua execução ou produção, atenta a necessidade de ingerência corporal, o que será conveniente que o legislador se apresse a esclarecer.

31. Devemos ainda esclarecer que, ao falar-se em recurso à força física, perante a recusa do condenado em colaborar (passivamente) na diligência a que se pretende submetê-lo, nos referimos à utilização de meios coercivos estritamente necessários e adequados à finalidade pretendida (recolha de bioamostra), com respeito pela dignidade pessoal e sem consequências irreversíveis, podendo configurar ofensa à integridade física mínima e justificada.

32. O recurso à força física terá de ser concebido como um expediente que há-de salvaguardar sempre a dignidade pessoal e o pudor do visado, o que nos parece compatível com o método de zaragatoa bucal (emprego de um “cotonete”, para recolha de células na mucosa bucal). Não será este procedimento que, em si mesmo considerado, constituirá o emprego da força, mas os meios coercivos necessários a realizá-lo, o que pode variar em função do grau de resistência ou oposição do visado.

33. Pode considerar-se que a concretização da ordem de recolha de amostra para obtenção de perfil de ADN de arguido-condenado pode envolver o emprego da força física, mas cremos que tal não contende de forma inconciliável com a prerrogativa da manutenção dos direitos fundamentais à

integridade física, à privacidade e à autodeterminação informacional, tratando-se de medidas inerentes à sua execução (art. 30.º, n.º 5 da CRP).

34. Por fim, a opção por um modelo que fizesse depender a efetividade da ordem de recolha do consentimento do condenado – ou, alternativamente, se o mesmo não se verificasse, de uma mera cominação sancionatória – defraudaria o que parece ter sido o propósito assumido pelo legislador de preencher a base de dados de perfis de ADN de forma “faseada e gradual” (art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008), abandonado que foi o propósito originário da intenção da criação de uma “base [de perfis] universal”.

35. Uma última nota se pode, quanto a nós, adscrever aos argumentos no sentido da admissibilidade de meios coercivos, judicialmente determinados, no sentido da efetividade da recolha da bioamostra em arguido com finalidade de obtenção de perfil de ADN de condenado, a qual contende com a sensivelmente idêntica fundamentação de tal admissibilidade no confronto com a recolha para obtenção de perfil genético em sede de investigação criminal. Se um arguido – ou suspeito, ou terceira pessoa, no quadro da comparação direta – pode ser coercivamente sujeito a recolha de amostra no âmbito de uma investigação criminal, com certos pressupostos, não faria sentido aumentar as garantias de proteção relativamente a um arguido condenado, após a comprovação judicial da sua culpabilidade inserta na sentença condenatória.

36. De acordo com a jurisprudência do TEDH, para uma interferência ocorrer «nos termos da lei» é necessário que a medida em causa tenha alguma base no direito interno, também estando relacionada com a qualidade da lei em questão, exigindo que seja acessível à pessoa em causa e previsível quanto aos seus efeitos [cfr. o Acórdão *Rotaru v. Roménia* (n.º 28341/95), de 4 de maio de 2000 (Tribunal Pleno), § 52].

37. No que se refere à prossecução de um objetivo legítimo pela medida, o Tribunal já considerou que a compilação e a retenção de um perfil de ADN estavam abrangidas pelos objetivos de prevenção do crime e proteção direitos e liberdades dos outros, nomeadamente nos referidos Acórdãos *Van der Velden*, pp. 5-6, *S. e Marper*, § 100, e também no Acórdão *W. v. Países Baixos* (n.º 20689/08), de 20 de janeiro de 2009, p. 8).

38. Nestas decisões, o TEDH reconheceu a contribuição substancial que os registos de ADN têm vindo a prestar às autoridades policiais para a aplicação da lei e a luta contra o crime e observou que os queixosos também podem colher um certo benefício da inclusão do seu perfil de ADN na base de dados, na medida em que tal permite a sua rápida eliminação como suspeito de um determinado crime. No entanto, também afirma a importância da proteção de dados pessoais para o gozo do direito ao respeito pela vida privada previsto no artigo 8.º da CEDH, o que implica que a retenção de dados pessoais seja proporcional em relação ao objetivo de recolha e que os períodos de retenção sejam limitados, bem como que a lei nacional ofereça garantias apropriadas para impedir qualquer uso de dados pessoais inconsistente com estas garantias.

39. No Acórdão *S. e Marper v. Reino Unido*, o TEDH considerou, em particular, que a utilização de técnicas científicas modernas no sistema de justiça penal não poderia ser permitida a qualquer custo e sem equilibrar cuidadosamente os benefícios potenciais do seu uso extensivo contra

interesses importantes da vida privada. É responsabilidade de um Estado, no desenvolvimento destas novas tecnologias, «atingir o equilíbrio certo». O TEDH concluiu que a «natureza geral e indiscriminada do poder de retenção» das impressões digitais, amostras celulares e perfis de ADN destas pessoas, como aplicado neste caso, não correspondia a um justo equilíbrio entre os interesses público e privados em presença (cfr. o Acórdão do TEDH *S. e Marper v. Reino Unido*, § 119, tradução nossa).

40. O teste do justo equilíbrio e a proibição da «natureza geral e indiscriminada do poder de retenção» dos perfis de ADN foram aplicados de forma consistente pelo TEDH. A esse respeito, o TEDH, ao decidir que uma determinada norma nacional não viola o artigo 8.º CEDH, tem dado relevância à circunstância de se estar perante a retenção de registos de ADN de pessoas condenadas por infrações penais graves (cfr. Acórdão *W. v. Países Baixos*), quando seja provável que sejam objeto de investigações criminais no futuro, tendo em conta um prognóstico do seu comportamento [Acórdão *Peruzzo e Martens v. Alemanha* (n.º 7841/08 e n.º 57900/12), de 4 de junho de 2013].

41. O TEDH não só nunca exautorou, de princípio, a admissibilidade de utilização das tecnologias e dos métodos de identificação genético-criminal de pessoas, como os admite, desde que se observem limites e pressupostos compatíveis com um modelo de processo penal equitativo e leal. Tem, ao invés, vindo a ponderar, caso a caso, se a legislação nacional do Estado em causa oferece garantias adequadas contra a extração e a retenção indiscriminada e genérica de amostras e perfis de ADN – nomeadamente por se tratar de pessoas condenadas por infrações que atingiram um certo grau de gravidade – e se assegura a proteção efetiva dos dados pessoais retidos contra uso indevido e abuso.

42. Afere, assim, se foi alcançado um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes, encontrando-se a regulação nacional dentro da margem de apreciação do Estado-parte demandado.

43. Importa, neste passo, lembrar igualmente o importante marco que constituíram na jurisprudência constitucional nacional os Acórdãos TC n.ºs 155/2007 e 228/2007, enquanto inspiradores e conformadores do regime normativo atual sobre a recolha de bioamostras para determinação de perfil de ADN em investigação criminal.

44. A situação vigente em Portugal anteriormente aos Acórdãos do TC n.os 155/2007, de 02-03-2007 (rel. Cons. Gil Galvão) e 228/2007, de 28-03-2007 (rel. Cons. Maria Fernanda Palma), no tocante ao enquadramento das questões do consentimento e da coercibilidade em sede de análises de ADN caracterizava-se por uma indefinição, desde logo no plano normativo – carência expressa de reserva de lei e de uma norma a atribuir a reserva judicial da determinação/autorização de ingerências e intervenções corporais probatórias sem o consentimento do afetado –, e, por outro lado, por uma certa flutuação jurisprudencial, que propendia marcadamente para a admissibilidade da realização coativa de recolha de amostras biológicas para determinação de perfil de ADN, ainda que mediante determinação do MP.

45. Estava-se – recordemo-lo – num cenário normativo anterior à Reforma Penal de 2007, que viria a esclarecer que as medidas probatórias de perícias que contendessem com características físicas ou psíquicas das pessoas a que o visado não desse o consentimento, passariam a estar na reserva do juiz: foi o regime criado com a alteração operada pelo art. 1.º da Lei n.º 48/2007, do n.º 2 do art. 172.º do CPP, ao remeter para o disposto no art. 154.º, 2 do CPP.

46. A intervenção do Tribunal Constitucional veio clarificar a exigência de intervenção judicial – imposta por razões de reserva de juiz – nos casos de conflito estabelecido entre interesses fundamentais do cidadão suspeito ou arguido e outros interesses, como o interesse na administração da justiça penal, da procura da verdade material e da responsabilização dos culpados. Em todo o caso, o nosso TC não se pronunciou – porque tal não constituía objeto dos recursos – sobre a competência para a determinação consentida (pelo arguido) para a recolha de amostras biológicas, tema que tem merecido distintas respostas nos ordenamentos espanhol e alemão, sendo ali admitida a recolha consentida, por ato policial, enquanto na Alemanha se impõe a intervenção, através de validação a posteriori, do juiz, sendo certo que a inclusão em registo de perfis de ADN depende sempre de determinação judicial.

47. A partir daqueles arestos do TC – e imediatamente antes da entrada em vigor daquela alteração legislativa de 2007, que instituiu um complexo normativo de intervenção judicial necessária, dada a insustentabilidade das dúvidas quanto à reserva de juiz no que concerne a essas diligências de prova, a levar a efeito contra a vontade do visado –, a jurisprudência dos tribunais superiores influiu no sentido da inadmissibilidade e invalidade da determinação pelo MP de uma ordem de recolha coerciva de amostras biológicas para determinação de perfil de ADN.

48. O Ac TC n.º 155/2007 delimitou da forma seguinte as três questões nucleares de (in)constitucionalidade submetidas à sua apreciação:

- (i) A primeira, a de saber se a Constituição autoriza a restrição dos direitos fundamentais que estão em causa - à integridade física, à liberdade geral de atuação, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional - designadamente para a prossecução das finalidades específicas do processo penal;

- (ii) A segunda, impõe que se averigüe se as normas contidas nos artigos 61.º, n.º 3, al. d) e 172.º, n.º 1, do CPP e [no art. 6.º, n.º 1] da Lei n.º 45/2004, de 19-08 (que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses) constituem habilitação legal suficiente para as restrições que aqui estão em causa ou se, pelo contrário, seria necessária uma outra lei específica que explicitamente autorizasse a recolha coativa de substâncias biológicas e a sua análise genética não consentida, ao mesmo tempo prescrevendo o respetivo regime (i.e., estabelecendo os seus pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais);

- (iii) A terceira, implicaria indagar se a conformidade constitucional da norma que autoriza tal restrição depende de haver prévia autorização judicial ou se pode, como foi o caso, ser determinada apenas pelo Ministério Público.

49. Como é sabido, o TC respondeu afirmativamente às duas primeiras questões, e negativamente à terceira.

50. O TC ensaiou uma interpretação – que nos parece de sufragar – de conformidade constitucional do complexo normativo dos artigos 61.º, n.º 3, al. d) e 172.º, n.º 1 do CPP e do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, admitindo que da leitura do art. 172.º, n.º 1 – que estatua apenas que “se alguém pretender eximir-se [...] a qualquer exame devido [...], pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente” –, só por si, não se concluiria que exames é que são devidos, i. e., a que tipo de exames é que o arguido teria o dever de se sujeitar; o art. 172.º, n.º 1, prescrevendo a possibilidade de realização coativa dos exames que sejam devidos (i.e., que a autoridade judiciária competente possa determinar e, conseqüentemente, que o arguido tenha o dever de suportar), pressupondo – mas não permitindo – fundamentar o dever de o arguido se sujeitar a um concreto tipo de exame, v.g. a recolha de amostra biológica com vista a análise de ADN. E o mesmo aconteceria com o art. 61.º, n.º 3, al. d), quando estatua recair especialmente sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei.

51. Em ambos os preceitos a questão é, justamente, a de saber se a diligência de prova em causa – o exame-pericial de identificação genética –, está ou não suficientemente especificada na lei (que teria de ser, obviamente, outra lei, que não o próprio art. 61.º do CPP). Esses preceitos do Código de Processo Penal pressupõem que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que neles não poderia, conseqüentemente, fundamentar-se de forma direta o dever ou a obrigação de sujeição a exame de ADN. E o TC identifica essa outra lei como sendo, justamente, o art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, expressando que «este preceito vai mais longe do que os anteriores, podendo funcionar como norma de autorização para a determinação de um exame “necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo” que aqueles preceitos do Código de Processo Penal pressupõem. Se o exame médico-legal for necessário ao inquérito ou instrução do processo ninguém pode eximir-se à sua realização, prescreve o artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, que o mesmo é dizer que o exame é, então, devido. E, sendo-o, poderá o arguido ser compelido à sua realização».

52. O TC fundamenta, enfim, a existência de suficiente grau de densidade normativa exigível à lei habilitante da restrição de direitos fundamentais que ocorra no âmbito do processo penal, concluindo pela sua verificação, considerando não se verificar uma «ausência de pré-fixação normativa de critérios de actuação restritiva de direitos fundamentais constitucionalmente censurável».

53. Na verdade, estando-se face a uma norma que permite a colheita coativa de material biológico – mais concretamente de saliva, através da utilização da técnica da zaragatoa bucal – realizada apenas para efeitos de determinação do perfil genético do arguido, com vista a possibilitar a sua comparação com o de outros vestígios biológicos encontrados no local do crime, tratar-se-ia da mera fixação de um perfil genético na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável para comparação com vestígios colhidos no local do crime – como se referia na decisão que determinara a dita recolha coativa –, fica à partida delimitado o âmbito do exame e excluída qualquer possibilidade legítima de tratamento do material recolhido em termos que permita aceder a informação sensível que exceda a absolutamente indispensável ao fim visado, ou seja, à comparabilidade referida.

54. Sendo este, e apenas este, o objetivo da recolha, o âmbito da análise está necessariamente restringido à utilização daqueles marcadores de ADN que sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular, isto é, aos que, segundo os conhecimentos científicos existentes, permitem a identificação mas não permitem a obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas do indivíduo; ou seja, a análise tem de se restringir ao chamado ADN não-codificante.

55. A potencialidade lesiva dos procedimentos em causa, que se verifica não tanto no momento da recolha do material biológico com base no qual será feito o exame, mas, fundamentalmente, na quantidade e qualidade de informação a que a análise poderia permitir aceder, fica significativamente reduzida. Diferente será também o patamar de densidade normativa que é constitucionalmente exigível à regulamentação que o autorize.

56. Apesar da inexistência, na data da prolação do Ac TC n.º 155/2007, sequer, de legislação tendente à autorização da criação da base de dados de perfis de ADN, tal circunstância – tida por “possível e desejável” – não foi apta a fazer o TC concluir por um juízo de desconformidade constitucional a respeito da (in)suficiência de densidade normativa dos preceitos que admitem a interpretação da possibilidade de obtenção coerciva das amostras biológicas para efeitos de análise de ADN com vista à determinação de perfil genético.

57. O [único] juízo de inconstitucionalidade que o TC proferiu foi o da não salvaguarda de reserva de juiz para a ponderação e determinação da diligência coativa de recolha de amostra, mostrando-se aí insuficiente a intervenção do MP.

58. No Ac TC n.º 228/2007, aderiu-se à fundamentação do Ac TC n.º 155/2007.

59. O entendimento jurisprudencial parece, hoje, estabilizado no sentido de que a determinação judicial de recolha coerciva de amostra biológica para determinação de perfil de ADN é bastante para acautelar que a medida de índole probatória não seja fulminada com qualquer vício de invalidade, desde que se observem os seguintes pressupostos:

- i) Haver autorização constitucional, maxime nos termos art. 18.º, n.º 2, I da CRP;
- ii) Haver suficiente habilitação legal em Lei da Assembleia da República ou em Decreto-Lei autorizado (artigos 18.º, n.º 2, I, e 165.º, n.º 1, al. b) da CRP);
- iii) Visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18.º, n.º 2, in fine da CRP);
- iv) Ser necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional (relativamente à integridade pessoal, à intimidade, autodeterminação informacional e à liberdade de ação do visado) a esse objetivo (artigo 18.º, n.º 2, II da CRP);
- v) Ter carácter geral e abstrato, e não ter efeito retroativo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais;
- vi) Não ofender a dignidade da pessoa e não colocar em perigo a saúde, sendo executada por pessoal médico habilitado.

60. Além dos dois leading cases já supra referidos, que versaram – embora em momento anterior à vigência da Lei n.º 5/2008 –, sobre a admissibilidade da recolha de bioamostras para finalidades de determinação de perfil genético, importa, ainda, salientar o mais recente Ac TC n.º 333/2018 (retificado pelo Ac. n.º 448/2018), que versou já sobre situação posterior à vigência de tal diploma, cuja fundamentação já consta amplamente do próprio acórdão recorrido e que nos dispensamos, aqui, de a reproduzir.

61. O arguido Charles Moura indica, no seu recurso, com especial destaque, o virtual atentado da norma do art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008 ao princípio da proporcionalidade.

62. Apreciemos a validade de tal argumentação.

63. Num paradigma normativo como o nosso, em que a limitação de direitos fundamentais depende da expressa previsão em lei formal, pode pretender-se que o juízo de proporcionalidade que decide sobre a prevalência de um direito fundamental sobre outro que é sacrificado, seja formulado ex ante, aquando da discussão da admissibilidade das soluções de compatibilidade e concordância de valores, no processo legiferante, depois vertido em lei.

64. Na medida em seja necessário o recurso à força física (ou à sua iminência) para constranger uma pessoa à sujeição a uma ingerência corporal probatória, tal pressupõe a definição prévia em lei geral e abstrata dos casos e pressupostos em que a coerção pode ser utilizada. A discussão mantém-se acesa, devendo o leque de opções considerar a possibilidade da justificação da violência – ou da sua iminência – enquanto direcionada à execução de uma ingerência corporal, avaliando-se antecipadamente se o fim justifica o meio, tarefa que primeiramente incumbe ao legislador.

65. Uma tal discussão impõe a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto referente para aferir quais os casos, pressupostos, limites e consequências nos quais legislador pode contemplar (expressamente) o recurso legítimo à *vis physica*. O valor de um tal referente sobrepõe-se à mesmo nos casos em que o visado no pleno exercício da sua autonomia pessoal consinta na lesão, o que abre a discussão sobre a temática das proibições (absolutas) de prova (artigos 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º, n.os 1 e 2 CPP).

66. O Tribunal Constitucional teve oportunidade de defender – primeiramente no Ac n.º 155/2007, reiterando-o no Ac n.º 228/2007 – o entendimento de que nessa matéria «não se verifica [...] uma ausência de pré-fixação normativa de critérios de actuação restritiva de direitos fundamentais constitucionalmente censurável». Fundamenta essa posição nas posições da doutrina constitucional nacional sobre a reserva de lei em matéria de direitos fundamentais. Conforme refere Vieira de Andrade, «(...) a lei restritiva, em função da reserva de lei formal, tem de apresentar uma densidade suficiente, isto é, um certo grau de determinação do seu conteúdo, pelo menos no essencial, não sendo legítimo que deixe à Administração espaços significativos de regulação ou de decisão [...]».

67. O contributo da jurisprudência constitucional nacional sobre o princípio da proporcionalidade foi sintetizado no Ac TC n.º 187/2001, decorrendo que o princípio da proporcionalidade, em sentido lato, se desdobra, como já antes afirmado no Ac TC n.º 634/93, em «três subprincípios: da

adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)».

68. Procurando aplicar esse entendimento jurisprudencial à teoria das ingerências corporais probatórias, pode dizer-se que há três exigências na relação entre as medidas a adotar e os fins prosseguidos. Como se concluiu no Ac TC n.º 1182/96, «num primeiro momento perguntar-se-á se a medida legislativa em causa [...] é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente» e, em seguida, «haverá que perguntar se essa opção, nos seus exactos termos, significou a “menor desvantagem possível” para a posição jusfundamental decorrente do direito [...]»; finalmente, há que «pensar em termos de “proporcionalidade em sentido restrito”, questionando-se “se o resultado obtido [...] é proporcional à carga coactiva” que comporta».

69. De tal jurisprudência evolui a conclusão de que, estando em causa atividade legislativa, é reconhecido ao legislador uma ampla margem de conformação, pelo que a avaliação pelos tribunais da inconstitucionalidade de uma norma, por virtual violação do princípio da proporcionalidade, está dependente de se poder apontar-lhe uma opção manifestamente errada do legislador, uma manifesta inadequação da medida, o seu carácter manifestamente excessivo ou inconvenientes manifestamente desproporcionados em relação às vantagens que apresenta.

70. O princípio da proporcionalidade vem assumindo crescente protagonismo na conformação dos paradigmas de intervenção penal, tanto no momento de criação, como nos momentos de aplicação da norma penal, aqui se incluindo as de dimensão adjetiva. A sua importância vem suscitando o debate sobre a sua validade como fundamento de legitimação da intervenção penal, em alternativa às teorias retributivas e preventivas clássicas, ou às combinações entre estas.

71. Dado que toda a intervenção penal – desde a tipificação de condutas com relevo criminal ao estabelecimento de restrições de direitos durante o processo (como medidas probatórias), até à imposição/condenação numa pena ou medida de segurança e à respetiva execução – implica a limitação de direitos pessoais e fundamentais, o princípio da proporcionalidade condicionará, dessa forma estrutural, a conformação da legitimidade de tal intervenção, de acordo com uma noção de gravidade.

72. De acordo com o modo como se encontra concebido o princípio da proporcionalidade, a doutrina e jurisprudência constitucionais costumam decompô-lo em três subprincípios: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

73. Os dois primeiros subprincípios acham-se em estreita ligação com os princípios da carência de tutela e de necessidade de pena para proteção de bens jurídicos – inexistência de outra forma de proteção adequada para a violação da ordem jurídica e, caso inexista, ser, todavia, justificada a punição criminal – da subsidiariedade, da fragmentariedade, da intervenção mínima e de ultima ratio.

74. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito afirma-se após a verificação dos primeiros, ou seja, após se demonstrar a capacidade de proteção (idoneidade) e a ausência de alternativas menos nocivas para atingir a finalidade de proteção pela norma penal (necessidade). Importa, pois, averiguar se o interesse que se pretende proteger não é desproporcionado à gravidade da intervenção penal – no fundo, ao sacrifício do bem ou valor jurídico desconsiderado, ainda que assuma a veste de direito fundamental –, para que esta não seja mais gravosa do que o mal que se procura evitar ou reparar.

75. Toda a intervenção penal que afete direitos fundamentais, deve responder a violações de direitos fundamentais ou, ao menos, de lesões para interesses fundamentais da sociedade com suficiente intensidade e relevância que justifique essa intervenção.

76. A vigência do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, podendo não decorrer expressamente do texto constitucional, é reafirmada pela própria necessidade de vigência dos direitos fundamentais, operando então, como critério de interpretação das limitações que a cada direito fundamental se podem impor para salvaguardar a afirmação de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos relevantes. Estes, podem entrar, e entram frequentemente, em confronto entre si.

77. O legislador constituinte teve de fazer uma opção prévia entre os interesses da prevenção e repressão da criminalidade, da descoberta da verdade material, da punição dos agentes de factos com dignidade penal e os interesses do direito à privacidade, a dignidade da pessoa humana, a prevenção dos abusos e potenciais riscos da admissibilidade de prova obtidas em tais circunstâncias.

78. O texto constitucional confere primazia aos últimos, impedindo qualquer restrição ou limitação concreta, por mais justificadas que fossem em razão da gravidade do crime em causa e das consequências da impunidade a que conduza uma tal interpretação. Essa opção pode afigurar-se discutível ou, até, inconveniente e errada, mas é inequivocamente a que o legislador constituinte formulou.

79. O legislador ordinário apenas está autorizado a concretizar, p. ex., os limites também previstos pelo texto constitucional, como as exceções à proibição de entrada durante a noite no domicílio, nos casos de «criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes [nos termos previstos na lei]» (art. 34.º, n.º 3 da CRP) ou a regulamentar as «ingerências das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação» (art. 34.º, n.º 4 da CRP).

80. Já a intercessão de um juízo de proporcionalidade será reclamada na hipótese de conflito entre princípios, cuja solução será casuística (e não de carácter geral), considerando o peso relativo de cada um dos princípios em concorrência, atendendo às circunstâncias concretas do caso.

81. Dissemos já que toda a intervenção estadual na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos deve ser orientada por um critério de proporcionalidade, como forma de prevenir conflitos hipotéticos (futuros) – quando o princípio fundamenta a própria lei – ou efetivos (atuais), quando, perante o caso concreto, colidam princípios com idêntica densidade e dignidade.

82. No plano processual, a necessidade dessa ponderação está necessariamente presente ao longo de todo o processo, nos planos da articulação dos interesses de proteção das vítimas e do não sacrifício excessivo dos direitos do imputado, na ponderação de exigências cautelares para aplicação de medidas de coação (maxime, as que restringem liberdades fundamentais), na determinação de diligências de produção de prova – em que, de forma particular, se fazem sentir as exigências de ponderação de interesses em conflito, seja no plano da salvaguarda da reserva da vida privada, da inviolabilidade (da integridade) pessoal, do domicílio, da imagem, da palavra, dos segredos profissionais –, até à escolha e fixação da medida concreta da pena.

83. Em todas essas dimensões estará presente, portanto, uma noção clara da necessidade de intercessão de um princípio da proporcionalidade, reclamado em homenagem a uma justa e equilibrada ponderação entre interesses da eficácia da investigação criminal e de segurança dos cidadãos e direitos fundamentais dos mesmos, ainda que de cidadãos suspeitos da prática de factos qualificados como crime.

84. Por seu turno, a jurisprudência do TEDH vem defendendo que a liberdade de disposição do corpo e a recusa de se submeter a uma ingerência corporal com vista a recolha de amostras, embora constituam fundamentos essenciais numa sociedade democrática, comportam exceções, a prever legal e limitadamente, nos casos em que se demonstre convincentemente a sua imperiosa necessidade. O critério enunciado pelo TEDH aponta igualmente para a necessidade de ponderar e determinar se uma ingerência corporal é proporcional aos fins prosseguidos e se as justificações apresentadas são suficientemente relevantes e fundadas, para o que se convocará os elementos respeitantes à gravidade do crime em questão, a imprescindibilidade do concreto meio de obtenção de prova, a ausência de outros meios disponíveis para a investigação, e menos invasivos ou gravosos para os visados.

85. A tutela efetiva dos direitos fundamentais do cidadão-imputado será pois, garantida mediante uma concreta conformação constitutiva do juiz, que pondera a necessidade da sua compressão, face aos comandos do art. 18.º da CRP.

86. Apesar de aí se poder prefigurar uma predominância do interesse público na proteção da integridade da investigação e da defesa dos bens jurídicos agredidos, perante os direitos fundamentais do cidadão imputado, se tal pressuposto não se verificar a medida de ingerência corporal probatória não seria admitida, nem na previsão legal (geral e abstrata) nem na conformação do caso concreto.

87. O que estará em causa na consideração da proporcionalidade, será a aferição do grau de sacrifício a impor a um imputado, no conteúdo do exercício dos seus direitos fundamentais, designadamente quando equacionados os seus direitos à liberdade geral de atuação (limitação do *ius ambulandi*, pela comparência em instituição pública para realização da medida probatória de ingerência), à integridade pessoal (coenvolvendo a limitação ao âmbito físico e moral da integridade do visado, com a sujeição a lesões, apesar de mínimas), à reserva da vida privada (considerando a atividade de potencial devassa de informação atinente ao seu estado de saúde, ao pudor), à autodeterminação informacional (acesso potencial a informação pessoal, atual e futura,

de características corporais), para além dos direitos fundamentais respeitantes a um processo justo e equitativo, do direito à não autoincriminação e à presunção de inocência.

88. A intercessão do princípio da proporcionalidade, em sede jurídico-probatória com ingerência corporal, impõe que quaisquer restrições processuais de direitos fundamentais – aqueles a que supra se aludiu, ou outros – se revelem adequadas, significando que se mostram idóneas a obter a finalidade pressuposta pela lei (conformidade com os fins), e necessárias, por não existirem outras menos gravosas para os direitos do visado.

89. Considerando, ainda, o princípio da justa medida, e porque a ingerência corporal comporta sempre uma carga coativa para direitos, liberdades e garantias, cumprirá avaliar se a determinação da medida representa uma carga efetivamente desmedida, desajustada, excessiva ou desproporcionada em relação aos fins propostos ou aos resultados obtidos (afecção da proibição do excesso).

90. Enfim, do excursus empreendido, parece-nos terem sido apresentados argumentos idóneos e adequados para sustentar a rejeição dos fundamentos do recurso do arguido, quer no tocante à dimensão da (des)necessidade – na determinação da ordem de recolha de bioamostra em arguido condenado, para inserção no ficheiro da base de dados correspondente –, quer no que respeita à (des)proporcionalidade da medida.

91. Embora o regime de funcionamento da base de dados genéticos para fins de investigação criminal não se determine por qualquer “catálogo de crimes” – em função da sua natureza ou moldura penal – não deve ignorar-se que os crimes pelos quais o arguido-recorrente foi condenado – abuso sexual de crianças e de importunação sexual – são crimes cuja natureza os marca criminologicamente com a possibilidade de reincidência ou de repetição de condutas, o que é, de resto, referido na ordem de recolha de bioamostra inserta na decisão condenatória de 1.ª instância, pelo que, para além do preenchimento de todos os requisitos objetivos legais da sujeição à ordem de recolha de bioamostra, tal circunstância reforça a legitimidade, necessidade e conveniência da sua concreta determinação.

92. Como se disse, conclusivamente, no Ac TC n.º 333/2018 «Em suma, a instituição pelo legislador – no cumprimento do seu poder de densificação dos pressupostos materiais da medida restritiva de direitos fundamentais na norma que a habilita – da regra da recolha de ADN a condenados em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, ainda que substituída, apresenta-se como uma medida útil, necessária e proporcional aos fins prosseguidos, sendo os casos de eventual desnecessidade ou excesso deixados ao prudente critério jurisdicional a fundamentar com base nos elementos concretos do processo, em concretização da tutela dos direitos fundamentais dos visados, o que se insere plenamente nos fins da reserva judicial de reforço da tutela conferida pela posição institucional de neutralidade e de independência que caracterizam estatuto do juiz. O regime legal em que se insere a norma em apreciação responde à prescrição dos pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais que densificam suficientemente a autorização legal para a medida e acautela o justo equilíbrio entre interesses públicos e privados concorrentes.

(...)

É assim de concluir pela não inconstitucionalidade da norma que determina que 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, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respetiva, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado, quando a mesma não foi já realizada, interpretativamente retirada pela decisão do artigo 8.º, n.º 2, da LBDADN».

93. Em conclusão, afigura-se ao Ministério Público que a norma do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12-02, na interpretação formulada pelo arguido-recorrente não vulnera qualquer norma, princípio ou parâmetro constitucional, pelo que o seu recurso deve ser julgado improcedente.”

Cumprido apreciar e decidir.

II. Fundamentação

A questão de constitucionalidade colocada nos presentes autos – relativa à conformidade com a Constituição da República Portuguesa da dimensão normativa extraída do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 40/2013, de 25 de junho, nos termos da qual é possível, mediante despacho do juiz, a recolha de amostras de ADN a arguido condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída – foi já apreciada e decidida pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 333/2018, não tendo sido julgada inconstitucional a dimensão normativa em referência.

Note-se que, de acordo com a decisão recorrida e com o teor das alegações de recurso, o específico recorte do objeto do presente processo é ligeiramente distinto do que o que estava em causa nos autos que originaram o Acórdão n.º 333/2018. Com efeito, o ora recorrente, e apesar da referência ao artigo 18.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2008 no requerimento de interposição de recurso, afirma claramente, nas conclusões das suas alegações, que visa apenas a *“apreciação da constitucionalidade do art. 8º nº2 da Lei nº5/2008”*, norma que, no seu entender, viola o princípio da proporcionalidade. Mais ainda, delimita e reduz a questão a apreciar, nos seguintes termos: *“a questão coloca-se, portanto, em saber se a regra da recolha de amostras de ADN a condenados em pena de prisão igual ou superior a 3 anos (ainda que substituída), respeita o princípio da proporcionalidade.”*

Não obstante, a fundamentação do Acórdão n.º 333/2018 permanece inteiramente transponível para o problema de inconstitucionalidade a dirimir nos presentes autos, por incidir, entre outros

aspectos, nas exigências decorrentes do princípio constitucional da proporcionalidade. Veja-se o teor de tal aresto, para o que aqui releva:

“b) Enquadramento normativo e jurisprudencial

i) O regime jurídico da constituição e funcionamento da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e de investigação criminal

9. A LBDADN (Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro) regula a constituição e funcionamento da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e de investigação criminal (artigos 1.º e 4.º), definindo os termos e condições da identificação genética de pessoas.

A criação de uma base de dados de perfis de ADN ampliou as possibilidades de identificação dos responsáveis pela prática de um crime, permitindo comparar os perfis constantes da base de dados com os perfis resultantes das amostras biológicas colhidas durante uma investigação criminal. Uma tal ferramenta pressupõe a recolha do maior número de amostras possível. Se não existirem amostras a base de dados não pode funcionar. Neste contexto, a recolha de perfis de ADN a condenados constitui uma importante fonte de inserção de perfis para comparação.

A referida lei foi alterada uma primeira vez pela Lei n.º 40/2013, de 25 de junho, e viria a ser de novo alterada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. A última alteração teve em vista reforçar a eficácia da Base de Dados de Perfis de ADN por se ter verificado que os resultados iniciais ficaram muito aquém das expectativas, provocando um subaproveitamento daquela base de dados (designadamente, ficando muito aquém da capacidade de auxiliar a investigação criminal alcançada em outros países), em face do reduzido número de perfis recolhidos tanto nos locais do crime (amostras problema) como relativos a pessoas condenadas (amostras referência), a que acresce números também muito baixos de ficheiros de perfis que visam fins de identificação civil. Os últimos dados disponíveis, relativos a 10 de abril de 2017 registam um total de apenas 8726 perfis na Base de dados (Cfr. parecer do Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, aquando do processo legislativo que conduziu à segunda alteração da Lei n.º 5/2008, disponível

in <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41221>)

No âmbito do presente processo, no entanto, releva a versão da LBDADN, na redação da Lei n.º 40/2013, de 25 de junho, pois foi essa a aplicada pelo tribunal *a quo*. Assim, a análise realizada no presente acórdão dirá apenas respeito a essa versão da Lei em causa.

10. De acordo com o regime constante da LBDADN, em processo crime a recolha de amostras em arguidos não condenados ou em arguidos condenados é realizada por despacho do juiz (artigo 8.º, n.ºs 1, 2 e 3 da LBDADN) sendo necessário um outro despacho judicial para a inserção do perfil de ADN na base de dados (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da LBDADN). Também o arguido não condenado pode solicitar a recolha de amostras (artigo 8.º, n.º 1).

Será conveniente lembrar que, nos termos do n.º 3 do artigo 1.º da LBDADN, «É expressamente proibida a utilização, análise e tratamento de qualquer tipo de informação obtida a partir da

análise das amostras para finalidades diferentes das previstas no artigo 4.º», ou seja, «(...) finalidades de identificação civil e de investigação criminal», com a possibilidade adicional de a «informação obtida a partir dos perfis de ADN pode[r] ser comunicada para fins de investigação científica ou de estatística, após anonimização irreversível» (artigo 23.º).

Antes da recolha da amostra, é assegurado o direito de informação, previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Proteção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, hoje em dia consagrado no artigo 13.º do Regulamento (UE) n.º 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), com as necessárias adaptações, e na análise é observado o princípio do contraditório (artigo 11.º da LBDADN). A recolha de amostras em pessoas é realizada ou através de método não invasivo, que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente, no estrito cumprimento dos princípios e regime do CPP (artigo 10.º da LBDADN).

Como referido no artigo 14.º, os perfis de ADN resultantes da análise das amostras, bem como os correspondentes dados pessoais, são introduzidos e conservados em ficheiros de dados de perfis de ADN e ficheiros de dados pessoais, havendo um ficheiro próprio para a informação relativa a amostras, obtidas nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º, de pessoas condenadas em processo crime, por decisão judicial transitada em julgado (artigo 15.º, n.º 1, alínea *e*), da LBDADN). Estes perfis e correspondentes dados pessoais são eliminados na mesma data em que se proceda ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal (artigo 26.º, n.º 1, alínea *f*), da LBDADN).

A comunicação dos dados é disciplinada no artigo 19.º, salientando-se a necessidade de requerimento e despacho fundamentado do juiz competente consoante o tipo ou fase do processo. A interconexão está prevista nos termos dos artigos 20.º e 21.º da LBDADN.

ii) A jurisprudência do Tribunal Constitucional neste âmbito

11. O Tribunal Constitucional já teve oportunidade de se pronunciar sobre a constitucionalidade de normas que previam a colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, designadamente nos Acórdãos n.ºs 155/2007, da 3.ª Secção, e 228/2007, da 2.ª Secção.

Em ambos os casos, o Tribunal julgou inconstitucionais *i*) a norma que possibilitava, sem autorização do juiz, a colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tivesse manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita, constante do artigo 172.º, n.º 1, do CPP então em vigor, e *ii*) a norma que considerava válida e, por conseguinte, suscetível de ulterior utilização e valoração a prova assim obtida, constante do artigo 126.º, n.ºs 1, 2, alíneas *a*) e *c*), e 3, do CPP então em vigor.

No primeiro aresto, o Tribunal apesar de reconhecer que o direito à não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) tem consagração constitucional – referindo-se à liberdade do arguido em não prestar declarações, proibindo condutas que, de forma coativa, ou fraudulenta, induzam aquele a declarar factos que o incriminam, contra a sua vontade ou, apenas proferidas por estar em erro –, o Tribunal considerou, contudo, que o direito ao silêncio não abrange elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo, das colheitas de sangue, de urina, assim como, de tecidos corporais com finalidade de análises de ADN, ou a colheita de saliva por zaragatoa bucal (cfr. Acórdão n.º 155/2007, ponto 12.1.5.).

Afastada a violação daquele direito, o Tribunal reconheceu, porém, que, nos casos em que não há consentimento do arguido, as intervenções corporais em que são extraídos elementos (externos ou internos) do corpo (análises de sangue, urina, pêlos, unhas, biopsias, etc., em que, regra geral, é afetado o direito à integridade física), implicam uma compressão do seu direito à integridade pessoal, bem como da sua liberdade de atuação, do direito à privacidade e do direito de autodeterminação informacional.

Efetivamente, o Tribunal, começando por identificar a questão sobre se «a recolha de saliva através da utilização da técnica da zaragatoa bucal, sem efetivo recurso à força física, mas realizada contra a vontade expressa do arguido e sob a ameaça de recurso à mesma, conflitua com o âmbito constitucionalmente protegido do seu direito à integridade pessoal?» (cfr. Acórdão n.º 155/2007, ponto 12.1.1.), deu resposta afirmativa, explicando:

«Na verdade, a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal (no caso, saliva), ainda que não lesiva ou atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma “intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos” (a expressão é de Costa Andrade, Direito Penal Médico, 2004, p. 70), uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25º da Constituição.

Questão diversa, que oportunamente trataremos, é a de saber se, considerando, designadamente, a sua intensidade e a finalidade a que se destina, ela não estará constitucionalmente legitimada».

De seguida, prosseguindo na identificação dos direitos afetados pela norma que prevê a possibilidade de determinação da realização coativa de um exame, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso à força física, o Tribunal concluiu que uma tal norma contende ainda com a própria *liberdade geral de atuação* (cfr. Acórdão n.º 155/2007, ponto 12.1.2.). Retomando a jurisprudência constante do Acórdão n.º 368/2002, pode ler-se no acórdão:

«há que ter presente que, após a revisão constitucional de 1997, o artigo 26.º n.º 1, da Constituição passou a consagrar expressamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ‘englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida’ (Acórdão n.º 288/98, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 40.º vol., pág. 61), o que implica o reconhecimento da liberdade geral de ação, sendo certo que,

nesta sua dimensão, o 'direito ao desenvolvimento da personalidade não protege, nomeadamente, apenas a liberdade de atuação, mas igualmente a liberdade de não atuar (não tutela, neste sentido, apenas a atividade, mas igualmente a passividade, com uma garantia não unidimensional de atuação, mas pluridimensional, de liberdade de comportamento, enquanto decorrente da ideia de desenvolvimento da personalidade' (Paulo Mota Pinto, 'O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade', Portugal – Brasil, ano 2000, Studia Juridica - Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 1999, págs. 149 e segs.)”.

Fica, porém, para já, mais uma vez em aberto a questão de saber se, atento, por um lado, o grau de intrusividade – que é 'mínimo', nas palavras de Gomes Canotilho (cfr. pág.. 14 do parecer junto aos autos) – e, por outro, a finalidade da restrição, não estará a mesma constitucionalmente justificada».

Ainda em sede de análise dos parâmetros invocados, o Tribunal concluiu que a norma que prevê a possibilidade de determinação da realização coativa de um exame, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso à força física conflitua igualmente com o direito à *reserva da vida privada*, constitucionalmente tutelado pelo artigo 26.º da Constituição, considerando que a realização coativa de um exame destinado à recolha de saliva para posterior análise genética, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso à força física, consubstanciaria uma «intromissão não autorizada na esfera privada do arguido» (cfr. Acórdão n.º 155/2007, ponto 12.1.3.).

Finalmente, anotando a íntima ligação com o direito à reserva da intimidade da vida privada, «do direito à autodeterminação informacional, que uma parte da doutrina faz decorrer dos artigos 26.º e 35.º da Constituição (...) e que, em síntese, tem sido definido como o direito de cada cidadão a “ser ele próprio a decidir quando e dentro de que limites os seus dados pessoais podem ser revelados” (Gössel, ob. cit., p. 432)», o Tribunal considerou que «o comportamento em causa contende, também nesta vertente, com direitos, liberdades e garantias» (cfr. Acórdão n.º 155/2007, ponto 12.1.4.).

Afirmando, assim, a restrição de determinados direitos, liberdades e garantias fundamentais pela norma cuja constitucionalidade vinha questionada, o Tribunal não concluiu, porém, pela incompatibilidade dessa restrição com a Constituição. Ao equacionar as condições de ingerência corporal em que se traduz a recolha de material biológico do corpo (cabelo, saliva, sangue) – com vista à determinação do perfil genético por análise molecular –, como modos de compressão (ainda que não muito significativos) dos direitos à integridade pessoal do arguido, à liberdade geral de atuação (enquanto expressão do livre desenvolvimento da personalidade) e à privacidade e autodeterminação informacional, o Tribunal empreendeu, de seguida, uma ponderação com base nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade de tal medida tendo em conta a sua concreta finalidade.

A este propósito pode ler-se no Acórdão n.º 155/2007, ponto 12.2. e 12.2.2:

«(...) não proibindo a Constituição, em absoluto, a possibilidade de restrição legal aos direitos, liberdades e garantias, submete-a, contudo, a múltiplos e apertados pressupostos (formais e

materiais) de validade. Da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria decorre, em síntese, que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for autorizada pela Constituição (artigo 18.º, n.º 2, 1.ª parte) (ii) estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (artigos 18.º, n.º 2, 1.ª parte, e 165.º, n.º 1, alínea b), (iii) visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18.º, n.º 2, in fine); (iv) for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte); (v) tiver carácter geral e abstrato, não tiver efeito retroativo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18.º, n.º 3, da Constituição).

(...)

Ora, o Tribunal não considera que as restrições aos direitos fundamentais necessariamente implicadas pelas normas que agora estão em causa violem qualquer dos subprincípios enunciados, uma vez que não se vislumbra que não constituam um meio adequado para a prossecução dos fins visados, que não sejam necessárias para alcançar esses fins, que se traduzam numa opção manifestamente errada do legislador ou que sejam manifestamente excessivas ou desproporcionadas».

Por referência a elementos fornecidos pela Comissão encarregada de elaborar a proposta de regime jurídico de constituição de uma base de dados de perfis de ADN para efeitos de identificação civil e criminal apresentada ao Governo em 18 de dezembro de 2006, refere-se ainda no acórdão, ponto 12.2.2, que:

«em todo o mundo foram já construídas bases de dados de perfis de A.D.N. em várias dezenas de países; na Europa, a maioria dos países produziu legislação relativa a bases de dados de perfis de A.D.N. com finalidades de investigação criminal e/ou de identificação civil, designadamente, em Inglaterra (desde 1995), na Irlanda do Norte e Escócia (desde 1996), nos Países Baixos e na Áustria (desde 1997), na Alemanha e Eslovénia (desde 1998), na Finlândia e Noruega (desde 1999), na Dinamarca, Suíça, Suécia, Croácia e Bulgária (desde 2000), em França e na República Checa (desde 2001), na Bélgica, Estónia, Lituânia e Eslováquia (desde 2002) e na Hungria e Letónia (desde 2003)”, bases que “têm amplamente evidenciado resultados positivos no que se refere à identificação de desaparecidos, identificação de delinquentes, exclusão de inocentes, interligação entre diferentes condutas criminosas, colaboração internacional em processos de identificação, contribuindo para dissuasão de novas infrações”. E, assim sendo, seguindo a já citada Recomendação do Conselho da Europa, a “Resolução 97/C 193/02 do Conselho, de 9 de junho de 1997 [e a] Resolução 2001/C 187/01 do Conselho, de 25 de junho de 2001”, propõe a criação das “normas básicas necessárias à criação e utilização de uma base de dados de perfis de A.D.N.»

12. Em suma, o Tribunal Constitucional entendeu que a Constituição autoriza a restrição dos direitos fundamentais para a prossecução das finalidades específicas do processo penal e identificou como interesses próprios constitucionalmente protegidos cuja salvaguarda é visada pela norma, designadamente, a realização da justiça e prossecução da verdade material – o que é central para a validade constitucional da restrição, ao abrigo do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. O Tribunal sublinhou também o carácter geral e abstrato desta restrição (e ausência de carácter

retroativo), concluindo que não representa uma ablação total de direitos, liberdades e garantias nem atinge o seu núcleo essencial. Assentes estas premissas, já em sede de apreciação da conformidade da norma com o princípio da proporcionalidade, decorrente do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, o Tribunal não considerou que as restrições aos direitos fundamentais necessariamente implicadas na norma violem o princípio da proporcionalidade (em qualquer das suas dimensões a saber, os subprincípios da adequação, da exigibilidade e da justa medida), não vislumbrando que não constitua um meio adequado para a prossecução dos fins visados ou que não seja necessária para alcançar esses fins ou que seja excessiva.

A fundamentação do acórdão parte da identificação da restrição de direitos fundamentais em causa, *i.e.* a colheita coativa de material biológico, mais concretamente de saliva (através da utilização da técnica da zaragatoa bucal), e do objetivo prosseguido, *i.e.* a determinação do perfil genético do arguido em termos de possibilitar a comparação com outros vestígios biológicos encontrados no local do crime. Acaba por concluir que não há razão para censura do ponto de vista jurídico-constitucional, por insuficiente densificação da habilitação legal para as restrições de direitos fundamentais implicadas na norma, *i.e.* a colheita coativa de material biológico, identificando as normas conjugadas dos artigos 172.º do CPP e da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto apesar de ser possível e desejável uma regulamentação genérica mais desenvolvida. Na verdade, pode ler-se ainda no acórdão, no ponto 12.2.3.2., que:

«tratando-se da mera fixação de um perfil genético na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável para comparação com vestígios colhidos no local do crime, como se refere explicitamente na decisão que determina a dita recolha coativa, fica à partida delimitado o âmbito do exame e excluída qualquer possibilidade legítima de tratamento do material recolhido em termos que permita aceder a informação sensível que exceda a absolutamente indispensável ao fim visado, ou seja, à comparabilidade referida. É que, sendo este, e apenas este, o objetivo da recolha, o âmbito da análise está necessariamente restringido à utilização daqueles marcadores de A.D.N. que sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular, isto é, aos que, segundo os conhecimentos científicos existentes, permitem a identificação mas não permitem a obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas do indivíduo; ou seja, a análise tem de se restringir ao chamado A.D.N. não codificante.»

Não obstante, entendeu-se a necessidade de intervenção do juiz nestes casos, já que o artigo 32.º, n.º 4, da Constituição o impõe em todos os atos em que haja de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Por consubstanciar uma intervenção significativa nos direitos fundamentais é imperativa a intervenção do juiz de instrução, o que determinou que no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, fosse julgada inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 25.º 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do CPP, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita.

O Acórdão n.º 228/2007 reiterou esta jurisprudência.

iii) A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos neste âmbito

13. A recolha de dados pessoais, em especial de amostras biológicas para a extração de perfis de ADN, pelas autoridades públicas foi também objeto de análise pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). O Tribunal constatou que tanto a obtenção de material celular por meio de uma zaragatoa bucal, a retenção desse material ou a determinação de um perfil de ADN com essa base constituem uma interferência no direito ao respeito pela vida privada [cfr. o Acórdão *Van der Velden v. Países Baixos* (n.º 29514/05), de 7 de dezembro de 2006]. Tal interferência colide com o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que garante o direito ao respeito pela vida privada e familiar, a menos que possa ser justificada, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito. Para tal é necessário que tal interferência esteja «de acordo com a lei» e seja necessária «numa sociedade democrática», para a prossecução de um ou mais dos objetivos legítimos nela enumerados («a segurança nacional, (...) a segurança pública, (...) o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros»).

Efetivamente, de acordo com o TEDH, «O mero armazenamento de dados relativos à vida privada de uma pessoa equivale a uma interferência na aceção do artigo 8.º (...) O uso subsequente das informações armazenadas não tem consequências para esta conclusão (...) No entanto, ao determinar se as informações pessoais retidas pelas autoridades envolvem qualquer (...) [aspeto] da vida privada, o Tribunal terá em devida consideração o contexto específico em que as informações em questão foram registadas e retidas, a natureza dos registos, a maneira em que esses registos são usados e processados e os resultados que podem ser obtidos» [cfr. o Acórdão do TEDH *S. e Marper v. Reino Unido* (30562/04 e 30566/04), de 4 de Dezembro de 2008 (Tribunal Pleno), § 67, tradução nossa]. É, assim, necessário, aferir o contexto normativo e factual da questão.

14. Nos termos da jurisprudência do TEDH, para uma interferência ocorrer «nos termos da lei» é necessário que a medida em causa tenha alguma base no direito interno, também estando relacionada com a *qualidade* da lei em questão, exigindo que seja acessível à pessoa em causa e previsível quanto aos seus efeitos [cfr. o Acórdão *Rotaru v. Roménia* (n.º 28341/95), de 4 de maio de 2000 (Tribunal Pleno), § 52].

No que se refere à prossecução de um objetivo legítimo pela medida, o Tribunal já considerou que a compilação e a retenção de um perfil de ADN estavam abrangidas pelos objetivos de prevenção do crime e proteção direitos e liberdades dos outros, nomeadamente nos referidos Acórdãos *Van der Velden*, pp. 5-6, *S. e Marper*, § 100, e também no Acórdão *W. v. Países Baixos* (n.º 20689/08), de 20 de janeiro de 2009, p. 8. Nestas decisões, o TEDH reconheceu a contribuição substancial que os registos de ADN têm vindo a prestar às autoridades policiais para a aplicação da lei e a luta contra o crime e observou que os queixosos também podem colher um certo benefício da inclusão do seu perfil de ADN na base de dados, na medida em que tal permite a sua rápida eliminação como suspeito de um determinado crime. No entanto, também afirma a importância da proteção de dados pessoais para o gozo do direito ao respeito pela vida privada previsto no artigo 8.º da CEDH, o que implica que a retenção de dados pessoais seja proporcional em relação ao objetivo de recolha e que os períodos de retenção sejam limitados, bem como que a lei nacional ofereça

garantias apropriadas para impedir qualquer uso de dados pessoais inconsistente com estas garantias.

No Acórdão *S. e Marper v. Reino Unido*, o Tribunal procedeu a este balanceamento a pedido de dois requerentes que tinham sido presos e acusados da prática de crimes, mas não condenados. Nesse contexto, a polícia tinha recolhido as suas impressões digitais e amostras de ADN, conforme previsto na lei nacional (*Police and Criminal Evidence Act*), mantido e armazenado essa informação num banco de dados sem limite de tempo legalmente previsto. Neste processo, o Tribunal considerou, em particular, que a utilização de técnicas científicas modernas no sistema de justiça penal não poderia ser permitida a qualquer custo e sem equilibrar cuidadosamente os benefícios potenciais do seu uso extensivo contra interesses importantes da vida privada. É responsabilidade de um Estado, no desenvolvimento destas novas tecnologias, «atingir o equilíbrio certo». Ora, o TEDH concluiu que a «natureza geral e indiscriminada do poder de retenção» das impressões digitais, amostras celulares e perfis de ADN destas pessoas, como aplicado neste caso, não correspondia a um justo equilíbrio entre os interesses público e privados em presença (cfr. o Acórdão do TEDH *S. e Marper v. Reino Unido*, § 119, tradução nossa).

O teste do justo equilíbrio e a proibição da «natureza geral e indiscriminada do poder de retenção» dos perfis de ADN foram aplicados de forma consistente pelo TEDH. A esse respeito, o TEDH, ao decidir que uma determinada norma nacional não viola o artigo 8.º CEDH, tem dado relevância à circunstância de se estar perante a retenção de registos de ADN de pessoas condenadas por infrações penais graves (cfr. Acórdão *W. v. Países Baixos*), quando seja provável que sejam objeto de investigações criminais no futuro, tendo em conta um prognóstico do seu comportamento [Acórdão *Peruzzo e Martens v. Alemanha* (n.º 7841/08 e n.º 57900/12), de 4 de junho de 2013].

Para além disso, é relevante que os registos só possam ser conservados por um período determinado de tempo – que depende, por exemplo, da duração da sentença máxima legal que pode ser imposta pela infração que foi cometida (no Acórdão *W. v. Países Baixos*). Nesse contexto, no Acórdão *Aycaguer v. França* (n.º 8806/12), de 22 de junho de 2017, o TEDH considerou existir uma violação do artigo 8.º CEDH por previsão de um prazo de retenção excessivo. Tratava-se de um caso em que a recusa do requerente em fornecer uma amostra biológica ordenada judicialmente resultou na sua condenação criminal. O Tribunal considerou que, embora a interferência tenha sido prescrita pela lei francesa e tenha perseguido um objetivo legítimo, de acordo com o preceito em causa do CPP francês, a duração do armazenamento de ADN não poderia exceder quarenta anos no caso de pessoas condenadas por delitos que o Governo considerou apresentar «um grau específico de gravidade». Apesar de o prazo de quarenta anos, em princípio, representar um período máximo a ser ajustado, por falta de regulação posterior ele é, na prática, tratado como regra geral e não como um limiar máximo. Efetivamente, o TEDH também referiu que em 16 de setembro de 2010 o Conselho Constitucional francês determinou a não inconstitucionalidade desta solução desde que, *inter alia*, fosse determinado «o período de armazenamento de tais dados pessoais» tendo em conta a finalidade do arquivo e a natureza e gravidade dos crimes cometidos. Apesar disso, nenhuma diferenciação foi introduzida, o que determinava a aplicação do prazo de retenção de quarenta anos a todos os casos, independentemente da disparidade de situações – no caso analisado, o requerente era um

dirigente sindical que tinha atingido um polícia com um guarda-chuva. O Tribunal também considerou que o regime aplicável ao armazenamento de perfis de ADN não conferia aos titulares dos dados uma proteção suficiente, devido à sua duração e ao facto de os dados não poderem ser apagados. Não se tratava, por isso, de um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes.

15. Assim, o TEDH tem vindo a ponderar, caso a caso, se a legislação nacional do Estado em causa oferece garantias adequadas contra a extração e a retenção indiscriminada e genérica de amostras e perfis de ADN – nomeadamente por se tratar de pessoas condenadas por infrações que atingiram um certo grau de gravidade – e se assegura a proteção efetiva dos dados pessoais retidos contra uso indevido e abuso. Afere, assim, se foi alcançado um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes, encontrando-se a regulação nacional dentro da margem de apreciação do Estado-parte demandado.

c) Do mérito

16. A proteção dos dados pessoais e da identidade genética do ser humano assume uma centralidade no mundo atual a que a ordem jus-constitucional da República Portuguesa não fica indiferente. A questão objeto do presente recurso prende-se com uma dimensão estrita dessa problemática: a determinação judicial da recolha de uma amostra do perfil genético do arguido na sequência de condenação por crime em pena igual ou superior a três anos de prisão, ainda que substituída, que se destina a integrar o banco de dados de ADN, o que serve fins de investigação criminal.

A extração de elementos do corpo do indivíduo como sejam a saliva, ou o sangue, evidencia potencial de danosidade dos direitos fundamentais do visado, constitucionalmente consagrados.

Eis-nos, pois, diante de um confronto entre o dever do Estado na realização da justiça e os direitos fundamentais do visado.

Torna-se, pois, imprescindível começar por identificar os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados que são postos em causa.

Neste contexto, o recorrente sustenta a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 8.º, n.º 2, da LBDADN, na «violação grave do direito à integridade física e reserva do património genético do arguido, pondo claramente em crise a dignidade humana do arguido» e na «violação do artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição» (cfr. n.º 24 e 27 do recurso de constitucionalidade, fls. 39 do apenso).

17. As normas julgadas inconstitucionais pelos Acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2007 do Tribunal Constitucional acima referidos são distintas da sob escrutínio no presente processo pelo que não é possível a simples remissão para essas decisões neste contexto.

No tocante ao enquadramento das questões do consentimento e da coercibilidade em sede de análises de ADN, a situação ao tempo da prolação daqueles acórdãos caracterizava-se por uma

indefinição no plano normativo onde sobressaía a carência de uma norma a atribuir a reserva judicial da determinação ou autorização de ingerências e intervenções corporais probatórias sem o consentimento do afetado. O Tribunal Constitucional, nos citados arestos expressou o entendimento de que a Constituição exigia a intervenção de um juiz (*i.e.*, que estava sob reserva de juiz) para ordenar a recolha coativa de bioamostra para determinação de perfil genético.

Ora, esta questão da exigência de intervenção do juiz de instrução em recolhas de ADN sem consentimento viria a ser resolvida pela Reforma Penal de 2007, através da alteração ao n.º 2 do artigo 172.º do CPP (pelo artigo 1.º da Lei n.º 48/2007, de 4 de setembro), ao determinar expressamente a aplicação neste caso do disposto no artigo 154.º, n.º 2, do CPP. A partir desta alteração, em conjunto com a operada sobre as e alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 269.º do CPP, ficou esclarecido que as perícias e exames que contendessem com características físicas ou psíquicas das pessoas, a que o visado não desse o consentimento, eram da competência exclusiva ao juiz de instrução criminal, respeitando assim a reserva do juiz constitucionalmente estabelecida no artigo 32.º, n.º 4 da Constituição. Com estas alterações ao CPP ficou, portanto, assegurada a intervenção do juiz na determinação da recolha de ADN enquanto medida de instrução criminal.

A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro (em conjugação com a Lei 45/2004, de 19 de agosto, que estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses) veio completar aquele regime, ao regular a matéria relacionada com a criação da base de dados de perfis de ADN, os critérios de inserção de perfis, os pressupostos exigidos para que se possam armazenar esses dados, bem como a permissão da interconexão e cruzamento de perfis e dados com os constantes dos ficheiros da base (a forma como poderiam ser cruzados esses dados entre si e, além disso, de que forma um perfil de ADN obtido de uma amostra referência de um determinado processo criminal poderia ser comparado com os já existentes na base de dados).

De acordo com o disposto no artigo 8.º, n.º 2, daquela Lei – a norma objeto de análise no presente recurso –, 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, é ordenada por despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado da condenação.

De acordo com a jurisprudência aludida do Tribunal, não existe desconformidade com a Constituição na restrição de direitos, liberdades e garantias configurada pela recolha de material biológico para análise de ADN sustentada em lei de carácter geral e abstrato emanada da Assembleia da República (sem efeito retroativo), uma vez que visa a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, sendo necessária e adequada ao objetivo prosseguido (os fins próprios do processo penal) e não diminui a extensão e alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais afetados. Ademais, e apesar de não se reportar a uma medida de instrução criminal, a norma atribui a um juiz a decisão de recolha de ADN sem consentimento do condenado em pena de prisão igual ou superior a 3 anos. Desta forma, acautela uma tutela reforçada aos direitos atingidos pela via da intervenção judicial e da habilitação legal específica, cumprindo, pois, as exigências constitucionais identificadas na jurisprudência do Tribunal.

A questão colocada no presente processo é, por isso, distinta pelo que a fundamentação dos referidos arestos, embora sirva de enquadramento ao problema de constitucionalidade, não é aplicável aqui sem mais.

18. Tendo presente a jurisprudência do TEDH, é de referir que a legislação portuguesa respeita a proibição da «natureza geral e indiscriminada do poder de retenção» decorrente do Acórdão *S. e Marper v. Reino Unido*, pois estabelece a obrigatoriedade da recolha de uma amostra do perfil genético do arguido apenas na sequência de condenação por crime em pena igual ou superior a três anos de prisão, ordenada por despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado da condenação.

Por outro lado, a retenção dos perfis em Portugal apenas está prevista até à data em que se proceda ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal – o que significa o prazo de 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, respetivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime, nos termos da Lei da Identificação Criminal (cfr. o artigo 15.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 57/98, de 18 de agosto, entretanto revogada, e o artigo 11.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio, hoje em vigor). Assim, o período de armazenamento tem em conta a natureza e gravidade dos crimes cometidos, nos termos referidos no Acórdão *Aycaguer v. França*.

O regime nacional não desconsidera assim, *prima facie*, a jurisprudência do TEDH estabelecida nos Acórdãos *S. e Marper v. Reino Unido*, *W. v. Países Baixos*, *Peruzzo e Martens v. Alemanha*, ou *Aycaguer v. França*. No entanto, é preciso uma análise mais aprofundada da questão para perceber se o justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes a que essa jurisprudência se refere é respeitado.

19. A norma em análise no presente processo coloca uma questão particular. Ao prever 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), a ordenar por despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado da condenação, o legislador instituiu como regra a referida determinação, prescindindo, na interpretação do tribunal *a quo*, de uma análise casuística da pertinência em sujeitar o arguido a recolha ADN e subsequente inserção na respetiva Base de Dados.

Tratando-se de uma norma que prevê a colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, não existem dúvidas sobre o seu carácter restritivo de direitos fundamentais, nomeadamente o direito à proteção da reserva da intimidade, dos dados pessoais e da dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano.

20. A competência do juiz exigida na norma para ordenar a recolha da amostra de ADN, contra a vontade do visado, encontra, portanto, justificação na circunstância de se tratar de um ato restritivo de direitos fundamentais, não se alicerçando embora diretamente nas garantias do processo criminal, designadamente no parâmetro constante do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição (que refere que toda a instrução é da competência de um juiz). Este facto constitui mais uma diferença relativamente às normas que estavam em causa nos Acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2007. A

recolha de análise de ADN em causa na norma ora em juízo não se destina – pelo menos de modo imediato –, a produzir prova no processo, mas sim a ser inserida na Base de Dados de Perfis de ADN tendo em vista a facilitação da investigação de outros crimes em que não foi identificado o autor (artigo 18.º, n.º 3, da LBDADN). Trata-se, por conseguinte, de uma norma que estabelece uma reserva de intervenção judicial que se traduz na atribuição de competência ao juiz para a realização de ato não processual, distinguindo-se, neste aspecto, das normas que estabelecem uma reserva de juiz no inquérito (ou na instrução) para a realização de atos processuais.

Sendo aceite, em nome do interesse público, que no âmbito de um processo penal podem ter lugar *medidas coercitivas* que restringem a esfera jurídica individual, é possível distinguir, de entre elas, as medidas que têm uma finalidade processual, traduzindo-se «na garantia do fim do processo, isto é, da execução da decisão final, ou na segurança dos meios processuais, isto é, das provas necessárias para a prossecução do processo» de outras medidas com objetivo diverso (cfr. Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 1981, reimpressão da Universidade Católica autorizada pelo autor, p. 360). Uma tal diferenciação evidencia a relação de dependência existente entre a fundamentação que justifica a determinação no âmbito de um processo penal de uma medida restritiva de direitos e o objetivo a que se destina a sua implementação.

Esta distinção entre *medidas exclusivamente processuais* e medidas processuais penais com outras funções («medidas de dupla função», na designação de Dá Mesquita, «Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal», in *I Congresso de Processo Penal, Memórias*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 81-82) foi especialmente desenvolvida na doutrina alemã por AMELUNG. Assentando na identificação do verdadeiro objetivo de cada ato a realizar no inquérito, «permite-nos apreender como a fundamentação que há-de imperar na decretação de uma medida restritiva de direitos fundamentais depende do objetivo a que sua implementação se destina. (...) Assim, a apreensão provisória de uma carta de condução e a determinação de prisão preventiva com fundamento em perigo de fuga hão-de assentar, necessariamente, em ordens de razões substancialmente diferentes, apenas na última sendo possível identificar finalidades de ordem processual a considerar e, nessa medida, a enunciar em função dos elementos oferecidos pelos autos» (cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, Almedina, 2011, pp. 82-83). Entre as medidas não genuinamente (*unechte*) processuais de ingerência em direitos fundamentais assim caracterizadas pelo professor alemão por visarem um fim de natureza essencialmente policial é possível distinguir três grupos. Um primeiro grupo, integrado por medidas provisórias que prosseguem finalidades que por regra são acauteladas pelo Direito Administrativo, antecipando resultados que só a final são decididos de forma definitiva. É o caso da apreensão da licença de condução, o internamento em unidade hospitalar por anomalia psíquica ou a suspensão do exercício de profissão, constituindo medidas que, estando necessariamente relacionadas com o fim do processo, em vez de promoverem o seu fim, antecipam-no. Um segundo grupo de medidas que também não visam propriamente permitir o prosseguimento do processo, antes prevenir perigos que não se confundem com o objeto daquele procedimento criminal, onde se integra, por exemplo, a prisão preventiva com fundamento em perigo de continuação da atividade criminosa. Finalmente, um terceiro grupo de medidas processuais não genuínas que traduzem ingerências em direitos fundamentais é constituído pela identificação de pessoas para efeitos de serviço de

informações da polícia criminal (*ibidem*, nota 194; por referência a Knut Amelung, “Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe”).

A medida contemplada na norma em análise insere-se neste último grupo, o que tem implicações na fundamentação exigida ao juiz para a sua determinação como se explica de seguida.

21. Sobre a recolha de amostras em processo-crime – medida genuinamente processual que traduz, pois, uma dimensão normativa diferente da que constitui o objeto do presente recurso – rege o n.º 1 do artigo 8.º, dispondo que 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 CPP (artigo 8.º, n.º 1, da LBDADN). Ponderados os interesses em presença em cada processo, designadamente a relevância para a descoberta da verdade e o grau de ingerência nos direitos fundamentais do arguido que a recolha da amostra de ADN representa – e considerando todos os aspetos pertinentes a uma tal ponderação, como seja, por exemplo a situação de saúde do visado ou a sua idade – o juiz decide, necessariamente por despacho fundamentado, sobre a respetiva necessidade e adequação, garantindo a justa medida em cada caso concreto, sem estar limitado por um pressuposto formal alusivo ao tipo de crime em investigação, ou moldura penal prevista para a sua punição.

Diferentemente, para cumprir a previsão da medida não genuinamente processual contida na norma em análise o juiz limita-se a verificar se estão reunidos os pressupostos formais indicados pelo legislador e que consistem na ausência de recolha anterior no mesmo processo, na condenação por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, e no trânsito em julgado daquela condenação.

Desta forma, e diferentemente do que se passa na medida genuinamente processual prevista no n.º 1 do artigo 8.º, na norma em análise existe uma dimensão que se traduz na atribuição ao juiz de uma mera operação de associação de efeitos definidos pelo legislador à condenação criminal em determinada pena de prisão.

22. Assegurada que está, pelo legislador, a competência judicial para ordenar a recolha das amostras de ADN aos condenados bem como para determinar a subsequente inserção na base de dados de perfis de ADN, e definidos os pressupostos legais da sua determinação, a questão que a norma em causa pode colocar é a de saber se a reserva de juiz ali prevista constitui suficiente garantia dos direitos fundamentais afetados. E isto porque o juiz deve, por via de regra, determinar a referida recolha de amostra de ADN do arguido, verificados os pressupostos formais indicados na norma – que, no essencial se reconduzem à sua condenação criminal em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, transitada em julgado, em processo em que não tenha sido anteriormente determinada a recolha de amostra de ADN. Só excepcionalmente poderá dispensá-la, conforme previsto no n.º 6 do artigo 8.º da LBDADN. Como salienta o juiz *a quo* «a possibilidade de dispensa é que terá que ser determinada por despacho fundamentado, não a recolha».

Isto é, estando preenchidos os pressupostos legais objetivamente definidos, o juiz não precisa de indicar fundamentação adicional para proferir a ordem de recolha de amostra ADN ao arguido. Só

a dispensa exige fundamentação adicional, designadamente para demonstrar a desnecessidade ou a inviabilidade da recolha.

É, portanto, a conformidade constitucional desta delimitação entre regra e exceção estabelecida pelo legislador que importa agora verificar. Desde logo à luz da configuração das reservas de juiz como concretizações dos direitos fundamentais, sendo inquestionável que à luz da Constituição tais reservas visam assegurar uma proteção adicional ou reforçada dos direitos fundamentais.

Na verdade, sendo incontroverso que o princípio da proporcionalidade ocupa lugar central na avaliação dos requisitos materiais exigidos nas restrições de direitos fundamentais – de acordo com o n.º 2, do artigo 18.º da Constituição, tais restrições devem «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos» –, também a previsão normativa do decretamento de medidas restritivas de direitos fundamentais pelo juiz deve obedecer aos testes em que se desdobra aquele princípio. Quando está em causa a moldura normativa de atos judiciais restritivos de direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade oferece um campo de aplicação privilegiado, estabelecendo as fronteiras do poder de controlo confiado ao juiz dentro do padrão decisório de autorização necessariamente contido na lei.

Constitui entendimento estabilizado na doutrina, que a razão de ser da transferência legal das decisões mais graves para a competência do juiz reside no facto de a lei esperar deste último uma atuação segundo o *modo de pensar específico de um juiz* («spezifisch richterlicher Denkweise», na designação do Tribunal Constitucional alemão), mesmo quando estão em causa atos que não revistam natureza estritamente jurisdicional. Apesar de não ser possível precisar concretamente o que deva entender-se por *modo de pensar específico do juiz*, é incontroverso que, na sua apreciação, este nunca deverá perder de vista o princípio da adequação entre meios e fins bem como a proibição do excesso.

E sendo assim, o que interessa verificar é se a substituição – por via de regra - da ponderação do juiz pelo critério do legislador acautela devidamente os direitos fundamentais do visado.

23. A questão coloca-se, portanto, em saber se a regra da recolha de amostras de ADN a condenados em pena de prisão igual ou superior a 3 anos (ainda que substituída), respeita o princípio da proporcionalidade.

Partindo do interesse público prosseguido pela norma que consiste na criação de uma base de dados de perfis de ADN que sirva finalidades de investigação criminal (artigo 1.º, n.º 2, da LBDADN), importa começar por sublinhar que as finalidades específicas do processo penal, designadamente na realização da justiça e prossecução da verdade material, são interesses constitucionalmente protegidos. O artigo 202.º, n.º 2, da Constituição estabelece que compete aos tribunais «assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e reprimir a violação da legalidade democrática» e, por sua vez, o artigo 219.º, n.º 2, da Lei Fundamental atribui competência ao Ministério Público para participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania e exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. É neste contexto que se insere a análise de ADN e a sua inserção na Base de Dados de Perfis de ADN. O fim da recolha de ADN é, efetivamente,

facilitar a investigação de crimes com autor desconhecido que tenham sido cometidos no passado ou que venham a ser cometidos ainda num futuro relativamente próximo (necessariamente dentro do prazo de manutenção da amostra na base de dados), podendo identificar-se neste ponto também alguns objetivos de prevenção penal, face à identificação das taxas de recidiva relacionadas com a prática de determinados crimes. Visa, portanto, a redução do número de investigações criminais não revolvidas, permitindo não só identificar os culpados, como afastar os inocentes da mira dos atos de investigação criminal, bem como proteger os direitos e liberdades fundamentais das vítimas. Acautela-se simultaneamente alguma persuasão dissuasiva da prática de futuros crimes por parte de agentes que sabem ter o seu perfil de ADN constante de uma base de dados acessível para efeitos de investigação criminal.

De resto, a base de dados nacional não pode ser vista como uma fonte isolada de informação policial, antes se integrando numa rede internacional de intercâmbio de informações para combate à criminalidade transfronteiriça e cooperação de âmbito penal. Neste contexto, e meramente a título de exemplo, será útil indicar que desde a Decisão n.º 2011/472/UE, do Conselho da União Europeia, relativa ao lançamento do intercâmbio automatizado de dados de ADN em Portugal, que o País é considerado habilitado a receber e transmitir dados pessoais. Em janeiro de 2015 iniciaram-se os trabalhos para ligação internacional da Base de Dados portuguesa.

É à luz destes interesses públicos que terá lugar a aplicação dos três subprincípios em que se desdobra o princípio da proporcionalidade: idoneidade (ou adequação), necessidade (ou indispensabilidade) e justa medida (ou proporcionalidade em sentido estrito).

24. Na linha da jurisprudência anteriormente produzida pelo Tribunal Constitucional sobre esta matéria, em especial os Acórdãos n.ºs 155/2007 e 227/2008, a que acima se aludiu, também no caso da norma ora em apreciação não é possível afirmar que as restrições aos direitos fundamentais nela implicadas violem qualquer dos subprincípios enunciados.

Com efeito, é manifesta a adequação da referida norma para a prossecução dos fins visados, servindo a recolha e conservação de dados de ADN numa base de dados as finalidades de investigação criminal. É inegável que a criação de uma base de dados de perfis de ADN amplia as possibilidades de identificação dos responsáveis pela prática de um crime, permitindo comparar os perfis constantes da base de dados (amostras-referência) com os perfis resultantes das amostras biológicas colhidas durante uma investigação criminal (amostras-problema).

De outro lado, não é possível ignorar que o grau de eficácia desta ferramenta que se baseia numa comparação de perfis, depende inevitável e diretamente do número de amostras recolhidas. Neste sentido, a recolha de ADN a todos os condenados em penas iguais ou superiores a 3 anos de prisão, constitui um meio relevante para sustentar a base de dados de ADN com aquisição de amostras-referência de forma a possibilitar a utilização desta ferramenta na resolução de investigações por crimes que pendem contra autores desconhecidos.

O legislador vê na condenação em pena igual ou superior a 3 anos um critério que permite identificar os visados pela ordem de recolha de ADN como pessoas que já demonstraram capacidade para cometer uma infração de gravidade suficiente para o justificar. É certo que o

legislador poderia ter optado por impor a regra da recolha apenas a condenados em penas iguais a superiores a cinco ou oito anos de prisão, restringindo, desta forma, o âmbito da sua incidência. Uma tal restrição permitira, naturalmente, uma maior otimização dos interesses dos visados, mas, em contrapartida, diminuiria a otimização do interesse público. Todavia, tendo em vista os fins pretendidos, não é possível ignorar que a recolha de perfis de condenados constitui a principal fonte de inserção de perfis para comparação. A criminalidade com elevado risco de recidiva em que a prova por análise de ADN se apresenta como especialmente eficaz – os crimes contra a autodeterminação sexual – integra o espaço ocupado pelas condenações em penas de 3 anos de prisão. Assim, a opção por um critério que recorresse a uma maior medida da pena poderia comprometer o nível de concretização do interesse público visado pelo legislador.

Poderia igualmente o legislador ter optado por basear o critério da determinação da recolha da amostra de ADN a condenados por referência ao tipo de crimes cometidos, em vez de eleger a medida da pena da condenação como critério. Uma tal opção tornaria mais evidente a consideração do impacto social do crime cometido, a sua gravidade para a sociedade. Todavia, a medida da pena – que deve ser fixada necessariamente dentro da moldura penal abstrata prevista para punir o crime –, não deixa de representar também uma tradução, pelo legislador, dos sentimentos da sociedade perante a afeção de um determinado bem jurídico. Por outro lado, não é evidente o carácter menos lesivo dos direitos fundamentais em causa dessa opção, uma vez que ambas as soluções levam a níveis semelhantes de lesão. Assim, deve considerar-se que se desconhecem medidas menos lesivas que possam produzir o efeito pretendido, pelo que o meio em causa no presente processo se apresenta mesmo como necessário.

Finalmente, não é possível afirmar que a norma em causa ao definir como regra a recolha de ADN em condenados em penas de prisão iguais ou superiores a três anos, traduz uma opção excessiva ou desproporcionada para atingir os fins visados. Na ponderação a empreender, será relevante considerar, desde logo, o grau de intensidade da ingerência nos direitos fundamentais afetados (a recolha de amostras é feita de um modo geral através de zaragatoa bucal) sendo correspondente a densidade das razões exigíveis para justificar a ingerência tendo em vista a prossecução eficaz do interesse público visado. Ora, apesar de a simples zaragatoa bucal para aquisição de amostra de saliva implicar uma ingerência na integridade pessoal do visado, trata-se, ainda assim de uma ingerência de intensidade não muito acentuada.

Além da natureza relativamente pouco acentuada da ingerência nos direitos fundamentais afetados, será de considerar ainda o período temporal limitado de conservação dos dados, após o qual os dados são eliminados. Como já se referiu, neste caso os perfis são eliminados na mesma data em que se proceda ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal (artigo 26.º, n.º 1, alínea *f*), da LBDADN).

Finalmente, relevante é ainda a circunstância de o objetivo da recolha, estar necessariamente restringido à utilização dos marcadores de ADN não codificante isto é, aos marcadores que, de acordo com os conhecimentos científicos existentes, sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular, permitindo a identificação mas não à obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas do arguido. Trata-se da fixação de um perfil genético

meramente para comparação com vestígios colhidos no local do crime, ficando à partida delimitado o âmbito do exame e excluída a possibilidade de aceder a informação sensível que exceda a absolutamente indispensável ao fim visado, ou seja, à comparabilidade referida.

25. Não se ignora que a afirmação da proporcionalidade da concordância das restrições a direitos individuais implicada na intrusão corporal em causa pode não dispensar, por vezes, a verificação de certos elementos específicos, como a gravidade do crime investigado ou o grau de censura, ou concernentes às circunstâncias pessoais do arguido, como o seu estado de saúde, entre outros, implicando uma apreciação em concreto que só o juiz pode empreender. Mas o artigo 8.º, n.º 6, prevê essa possibilidade ao estabelecer que «Quando se trate de arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável».

Neste contexto, é desde logo possível perspetivar que a natureza de certos crimes torne difícil justificar a aptidão da recolha de ADN para a identificação dos seus autores. É o caso, designadamente, dos crimes informáticos. Mas nem por isso fica necessariamente afastada a pertinência na recolha, tendo em conta todos os circunstancialismos apurados no caso, e designadamente os aspetos referentes à personalidade e condições pessoais do agente. É precisamente para estes casos em que seja evidenciada a desnecessidade da recolha da amostra de ADN, pela natureza do crime praticado ou por qualquer outra razão atinente ao caso concreto, como seja por exemplo a ausência de verificação de qualquer perigo de continuação da atividade criminosa, que o legislador previu a exceção ao estabelecer a possibilidade de o juiz a dispensar.

Também os casos em que o juízo de prognose positiva empreendido pelo julgador conduz à condenação em pena de prisão suspensa na sua execução, permite colocar a questão sobre pertinência da recolha de ADN. Mas essa é uma questão que caberá ao julgador enfrentar, sendo com esse fim que o legislador reserva a competência para determinar a obrigatoriedade da recolha a um juiz, prevendo desde logo, como exceção, a possibilidade de ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável (n.º 6 do artigo 8.º).

Na verdade, a dispensa de fundamentação para determinar a recolha das amostras de ADN a condenados em pena de prisão igual ou superior a três anos, ainda que tenha sido substituída, resultante da norma objeto do recurso, não significa dispensa da análise do caso concreto pelo juiz.

26. Em suma, a instituição pelo legislador - no cumprimento do seu poder de densificação dos pressupostos materiais da medida restritiva de direitos fundamentais na norma que a habilita - da regra da recolha de ADN a condenados em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, ainda que substituída, apresenta-se como uma medida útil, necessária e proporcional aos fins prosseguidos, sendo os casos de eventual desnecessidade ou excesso deixados ao prudente critério jurisdicional a fundamentar com base nos elementos concretos do processo, em concretização da tutela dos direitos fundamentais dos visados, o que se insere plenamente nos fins da reserva judicial de reforço da tutela conferida pela posição institucional de neutralidade e de independência que caracterizam estatuto do juiz. O regime legal em que se insere a norma em apreciação responde à

prescrição dos pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais que densificam suficientemente a autorização legal para a medida e acautela o justo equilíbrio entre interesses públicos e privados concorrentes.

A opção legislativa concretizada na norma em análise pode não corresponder à melhor solução de regulação dos bens que põe em confronto, mas isso não demonstra a sua inadequação, desnecessidade ou excesso diante do que acima a se deixou exposto. A consideração de qual seja a melhor opção será sempre um problema que deve ocupar apenas o legislador ordinário, motivando-o, sendo caso disso, ao aperfeiçoamento da lei a qual - de resto - entretanto já foi alterada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. Certo é o regime assim instituído sempre oferece maior densidade da habilitação legislativa específica exigida pela Constituição do que o que resultaria da mera “densificação” judicial da norma de habilitação a produzir em cada caso concreto, sendo, por isso, preferível.

27. A associação entre a condenação e a recolha da amostra, estabelecida de forma abstrata, *i.e.*, sem consideração das concretas circunstâncias que ditaram a condenação, como por exemplo o grau de culpa do agente, ou mesmo a natureza do crime verificado, pode também induzir a interrogação sobre a conformidade da norma com a proibição contida no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, segundo a qual «nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos». Esta proibição elevou à categoria de princípio jurídico-constitucional a não automaticidade dos efeitos das penas, o que expressa a rejeição dos seus efeitos infamantes ou estigmatizantes (cfr., entre outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/2012). Como se salientou recentemente no Acórdão n.º 132/2018, por referência também a jurisprudência anterior do Tribunal, designadamente o Acórdão n.º 284/89, «com tal preceito constitucional pretendeu-se proibir que, em resultado de quaisquer condenações penais, se produzissem automaticamente, pura e simplesmente *ope legis*, efeitos que envolvessem a perda de direitos civis, profissionais e políticos e pretendeu-se que assim fosse porque, em qualquer caso, essa produção de efeitos, meramente mecanicista, não atenderia afinal aos princípios da culpa, da necessidade e da jurisdicionalidade, princípios esses de todo inafastáveis de uma lei fundamental como a Constituição da República Portuguesa que tem por referente imediato a dignidade da pessoa humana».

Ora, a este respeito convém começar por salientar que a determinação da recolha de ADN ao condenado não surge imediatamente por “*força da lei*”. Com efeito, não deve ser ignorado que esta medida restritiva de direitos exige a intermediação do juiz, devendo ser por este ordenada ou afastada, nos termos do artigo 8.º, n.º 6, quando esta «se mostre desnecessária ou inviável». A recolha de amostras não decorre, pois, de forma imediata do trânsito em julgado da condenação em pena determinada.

Ademais, dependendo embora da verificação de pressuposto da condenação (transitada em julgado) pela prática de crime, a medida em causa não tem carácter punitivo, como acima já se deixou assinalado, o fim da recolha de ADN é a investigação criminal e não, propriamente, punir o arguido como uma sanção adicional pelo crime por que já vai condenado. O legislador vê na condenação em pena igual ou superior a 3 anos um critério que permite identificar os visados pela

ordem de recolha de ADN como pessoas que já demonstraram capacidade para cometer uma infração de uma certa gravidade, o que não traduz, nem equivale necessariamente, à imposição de uma pena adicional pela infração por qual vai condenado (neste sentido, afastando a conclusão de que uma medida semelhante pudesse ser considerada uma pena no sentido do artigo 7.º da Convenção, v. Ac. do TEDH *Van der Velden v. Países Baixos*).

Como o Tribunal Constitucional tem referido, «o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, (...) “[...] não proíbe a consagração de penas que se traduzam na perda de direitos civis, mas sim que da simples condenação anterior o legislador retire automaticamente esse efeito, sem mediação do julgador (Acórdão n.º 53/2011; v. ainda o Acórdão n.º 239/2008)”» (cfr. Acórdão n.º 132/2018, ponto 2.2). A competência atribuída ao juiz para determinar a medida afasta a sua configuração como “efeito necessário” da pena e, portanto, a pertinência na convocação do parâmetro contido no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição no julgamento da norma.

28. É assim de concluir pela não inconstitucionalidade da norma que determina que 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, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respetiva, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado, quando a mesma não foi já realizada, interpretativamente retirada pela decisão do artigo 8.º, n.º 2, da LBDADN.”

5. Nestes termos, mantendo-se válida esta orientação jurisprudencial – com a qual se concorda –, os seus fundamentos, que respondem de forma cabal ao argumento da violação do princípio da proporcionalidade, avançado pelo recorrente, são inteiramente transponíveis para a questão objeto dos presentes autos. Resta, pois, por remissão para a fundamentação do Acórdão n.º 333/2018, acima transcrita, concluir que a interpretação normativa do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, nos termos da qual é possível a recolha de amostras de ADN a arguidos condenados em pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída, não ofende a Constituição da República Portuguesa.

III. Decisão

Pelo exposto, decide-se:

- a) Não julgar inconstitucional a interpretação normativa do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, nos termos da qual é possível a recolha de amostras de ADN a arguidos condenados em pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída.
- b) Em consequência, negar provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 25 (vinte e cinco) UC, ponderados os critérios estabelecidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (cfr. o artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Lisboa, 11 de maio de 2023 - *Mariana Canotilho - António José da Ascensão Ramos - Assunção Raimundo - José Eduardo Figueiredo Dias - Gonçalo Almeida Ribeiro*

