

Conferência Parlamentar

A Base de Dados de Perfis de ADN Face ao Direito Penal e Processual Penal e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

24 de abril de 2015

Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e
Garantias

As Bases de Dados de Perfis de ADN à Luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Intervenção do Sr. Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Paulo Pinto de Albuquerque.

O Sr. **Professor Paulo Pinto de Albuquerque** (Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem): — Antes de mais, queria agradecer o convite que me foi dirigido pelo Sr. Dr. António Latas, meu caro colega e amigo.

É com muito gosto que estou aqui e que acedi ao convite. Faço-o, obviamente, a título pessoal e estas palavras que vou dirigir-vos não podem ser atribuídas ao Tribunal que represento e, portanto, só a mim me responsabilizam.

Feita esta nota prévia, gostaria de fazer uma breve apresentação do tema que me proponho colocar.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de facto, já abordou esta matéria e fê-lo num contexto europeu muito complexo. Um estudo breve do Direito Comparado Europeu sobre esta matéria revela uma situação, de facto, muito complexa, e o Tribunal, enquanto verdadeiro tribunal constitucional europeu, que é, tem a preocupação de estabelecer estalões com validade para toda a Europa e fá-lo, geralmente, utilizando uma metodologia, que é clássica, que é a de estabelecer um *standard* baseado no consenso europeu, naquilo que entende ser o consenso europeu.

A verdade é que os casos que têm chegado ao Tribunal não têm sido em número suficiente para formular este *standard* europeu baseado num

consenso. Os estudos de natureza comparada que tem feito sobre esta matéria, e que, geralmente, faz em matérias de especial complexidade, não permitiram ainda identificar a existência de um consenso.

É verdade que o número relativamente reduzido de casos que têm chegado ao Tribunal sobre esta matéria também dificulta uma visão mais geral dos problemas que as diferentes jurisdições nacionais enfrentam. São sobretudo os casos britânicos que têm ocupado o Tribunal, desde o clássico Caso Marper, que, depois, foi seguido por vários casos, todos eles sem decisão de mérito, em que o Tribunal acaba por concluir por uma decisão de *strike out* com base nos princípios Marper.

Essa posição de princípio do Tribunal, digamos assim, tem sido reiterada também em face de outras jurisdições.

Em suma, não há grande avanço desde Marper. Pequenos esclarecimentos que têm resultado de *obiter dicta*, de decisões de inadmissibilidade, poderão ser lidos como desenvolvimento da doutrina do Tribunal nesta área, mas afirmações de princípio, como aquelas que foram feitas no Caso Marper, não as encontramos em jurisprudência posterior. Portanto, é esta a grande síntese que posso trazer da evolução do Tribunal nesta matéria.

Mas permitam-me, então, que comece esta minha intervenção por dar uma visão, ainda que muito breve, do contexto em que o Tribunal tem trabalhado.

Se compararmos a situação dos Estados-membros do Conselho da Europa — bom, de uma maneira ideal, comparando a situação em todos eles, mas, de uma maneira mais realista, comparando o núcleo duro, digamos assim, dos Estados, de 5/20 Estados, pelo menos, estudo que foi feito, designadamente, na preparação do Acórdão Marper —, se compararmos esse núcleo duro dos Estados-membros do Conselho da

Europa, verificamos que dos 18/20 países estudados só dois é que não registam os perfis de ADN de suspeitos em bancos de dados.

Atenção que, quando aqui me refiro a suspeitos, refiro-me à palavra com o sentido técnico que ela tem na jurisprudência do Tribunal.

Na maioria dos Estados-membros, os perfis de ADN de suspeitos devem ser suprimidos logo após um julgamento de absolvição ou uma decisão de arquivamento. Todos os Estados-membros estudados dão à polícia, ao Ministério Público e aos juízes o direito de acesso aos bancos de dados ADN nacionais, mas com diferentes graus de acesso, ou seja, a acessibilidade não é a mesma para estas entidades.

Quarta conclusão: só uma minoria de países autoriza a utilização dos bancos de dados nacionais para outros fins que não aquele para o qual foi constituído, em regra o fim da perseguição criminal.

Quinta conclusão: um pequeno número de países — depois veremos quais — dispõe de mecanismos de controlo judicial das decisões de retenção e conservação dos perfis de ADN. Pelo contrário, o mecanismo de queixa perante órgãos, comissões de natureza administrativa, para proteção destes dados existe na maioria dos Estados-membros cujo direito foi comparado.

No fundo, o estudo comparativo destes países incidiu sobre cinco pontos fundamentais. Primeiro, os critérios de registo dos perfis de ADN; segundo, a duração da conservação dos perfis e das amostras; terceiro, o acesso aos bancos de dados; quarto, os fins para os quais os bancos de dados podem ser usados; e, quinto, os mecanismos de controlo e de queixa.

Primeira questão, os critérios de registo de perfis.

No conjunto dos 18 países estudados — no fundo, foram 20, mas dois deles não tinham, sequer, legislação sobre esta matéria e, portanto, não foram considerados como relevantes —, só a Bélgica e a Noruega não registavam os perfis de ADN dos suspeitos em bancos de dados.

O registo de perfis de ADN em função do tipo de crime de que eram suspeitos verifica-se na Alemanha, em Espanha, em França, na Hungria, na Noruega e na Suíça, enquanto noutros, como na Dinamarca, na Finlândia, no Luxemburgo, na Holanda e na Suécia, tem em conta a duração da pena que é infligida ao suspeito.

Quanto à duração da conservação da informação, a maioria dos Estados estudados prevê que os perfis de ADN dos suspeitos devam ser suprimidos logo após a absolvição ou o arquivamento do processo, mas poucos países exigem a efetiva destruição das amostras nestes dois casos — o Reino Unido era a única exceção, até ao Acórdão Marper.

É preciso notar que a legislação destes países sobre os quais o Tribunal trabalhou varia muito, é muito distinta. Em alguns deles, como, por exemplo, na Polónia, na Eslovénia, na Estónia, na Hungria ou no Luxemburgo, não há uma distinção clara de regime entre os perfis e as amostras e, portanto, o Tribunal confronta-se com a dificuldade de estabelecer, mesmo a este nível, muito elementar e muito básico, o critério para um consenso europeu.

Só a Bélgica e a Alemanha preveem a destruição imediata das amostras, desde que o perfil tenha sido obtido. A maior parte dos outros países autorizam a conservação das amostras dos suspeitos durante um prazo que depende da lei e da natureza do crime e os exemplos variam muito, variando entre seis meses e 25 anos os prazos máximos para a conservação.

Quanto à questão do acesso, também é muito difícil de conseguir definir um consenso europeu nesta matéria.

O estudo comparativo da legislação destes países autoriza, quanto muito, a dizer que a maior parte deles permite o acesso aos órgãos de polícia criminal, mas com um grau mais reduzido do que às autoridades judiciais, ao magistrado do Ministério Público e judicial.

Por exemplo, em França, há um comité de três membros encarregado de controlar todas as operações de acesso à base. Este comité é presidido por um magistrado e os agentes de polícia criminal têm um acesso limitado, que é controlado por este comité, a quem têm de pedir autorização para aceder à informação.

Depois, há outros regimes mais liberais, digamos assim, como, por exemplo, o da Alemanha, da Espanha, da Estónia, da Finlândia, da Hungria, da Holanda, em que os órgãos de polícia criminal têm um acesso mais generoso.

Na Dinamarca, na França, no Luxemburgo, na Suíça, até os institutos criminalísticos podem também ter acesso aos bancos de dados. O indivíduo visado, eventualmente, pode também ter acesso à informação que lhe diz respeito, o que acontece na Dinamarca, na Espanha, na Estónia, na Finlândia, na Hungria, na Holanda, na Noruega, na Eslovénia, na Suécia e na Suíça.

Portanto, as regras de acesso variam muito e é muito difícil também aqui estabelecer uma bitola, um estalão europeu.

Quanto aos fins para que são constituídas estas bases, a regra, se de regra podemos falar, porque há a exceção da Áustria, da Alemanha, da Noruega, da Finlândia e da Suíça, é de que estas bases não devem ser utilizadas senão para fins criminais ou no âmbito da ajuda internacional, portanto, no âmbito da cooperação judiciária internacional.

Quanto ao controlo, a regra, como disse, é a do controlo através de comissões administrativas, havendo em seis casos — Áustria, Dinamarca, França, Noruega, Luxemburgo e Irlanda — possibilidade de recurso jurisdicional com modalidades diferentes, nalguns casos com recurso geral à jurisdição, recurso de direito comum, noutros casos com mecanismos próprios definidos pela lei para este tipo de questões.

Nos casos em que há um mecanismo administrativo, o controlo faz-se através de uma comissão que é constituída pelo Governo e que tem alguma independência, digamos assim, em relação aos investigadores. São disso caso a Áustria, a Espanha, a Estónia, a Finlândia, a França, a Itália, o Luxemburgo, a Holanda, a Suécia e a Suíça.

Portanto, é este o quadro europeu e é neste quadro que o Tribunal tem de operar.

Como disse, a metodologia do Tribunal é sempre a de procurar um consenso europeu, avaliando os problemas concretos que são colocados à luz de uma solução, de uma bitola que o Tribunal procura isolar, procurando fazer uma abstração das diferentes legislações, com vista a formular esse estalão europeu.

Neste contexto, é extremamente difícil fazê-lo, devido à grande variação da legislação nos Estados-membros. Contudo, o Tribunal já deu indicações muito claras, muito precisas, sobretudo na jurisprudência Marper mas também na jurisprudência Saunders, daquilo que entende serem as garantias mínimas nesta matéria.

Poderia isolar seis, sete princípios fundamentais que o Tribunal entende que devem ser imperativamente respeitados pelas jurisdições nacionais. Estamos aqui a falar sempre de amostras e perfis relativos a suspeitos, no sentido do conceito que a jurisprudência europeia dá a esta palavra, ou de amostras relativas a condenados, portanto, não estamos a falar de outra coisa. O Tribunal ainda não foi chamado a apreciar a questão, por si ou em si, da compatibilidade e da utilização das amostras-problema com a Convenção. Estamos, portanto, restringidos à questão da compatibilidade das amostras-referência, quer sejam colhidas logo no início da abertura do processo, quer sejam depois da condenação.

Quais são, então, os princípios que podemos fazer abstrair da jurisprudência do Tribunal? Quais são aqueles princípios que o Tribunal já

identificou, até agora, como mandatórios, digamos assim, no âmbito desta matéria?

Primeiro princípio: a recolha da amostra não voluntária e a obtenção de perfil nunca são automáticas, supõem sempre uma decisão. A decisão tem de ser sempre fundamentada e ela supõe um grau de suspeita em relação ao visado. O Tribunal disse isso claramente, já o repetiu e, portanto, isso deve ser tido em conta, não só pelo legislador, mas também pelo prático, pelo magistrado do Ministério Público, neste caso, ou pelo agente do órgão de polícia criminal.

Neste âmbito da recolha da amostra, suscitou-se a questão da recolha forçada da amostra, ou seja, a recolha não é voluntária e pode, em alguns casos, ter mesmo de ser uma recolha forçada, com uso da força. O Tribunal não se opõe a essa recolha forçada, não exige, sequer, que essa recolha forçada tenha autoridade judicial como fundamento, mas exige, isso sim, que ela esteja prevista na lei. Portanto, o Tribunal entende que a garantia aqui é a da previsão legal da recolha forçada, mas não chega ao ponto de exigir que a recolha forçada tenha fundamento em despacho judicial.

Segundo princípio: a retenção da amostra e do perfil constitui uma decisão autónoma da decisão de recolha e, portanto, enquanto decisão autónoma, obedece a um regime distinto da recolha, exigindo, também, uma decisão distinta da decisão que determina a recolha. Esta retenção tem de obedecer a prazos fixados na lei, a prazos diferenciados em função da natureza do crime imputado ou da pena — o legislador tem aqui uma margem de discricionariedade —, mas a retenção tem de ser limitada no tempo, por prazos diferenciados, ou em função do crime ou em função da pena.

A retenção por período indefinido, seja da amostra, seja do perfil, levanta problemas de compatibilidade com a Convenção.

A retenção de pessoas que não tenham sido ainda condenadas ou a retenção de material de suspeitos menores levanta problemas acrescidos e o Tribunal tem muitas reticências relativamente a esta retenção. Admite-a, mas exige que o regime esteja muito detalhadamente previsto em lei. E aqui a lei, de novo, deve ser entendida no sentido em que o Tribunal vem formulando este conceito.

Terceiro princípio: a remoção. Tratámos da recolha, tratámos da retenção, vamos tratar agora da remoção.

A remoção da amostra ou do perfil pode ter lugar oficiosamente ou a pedido do visado, após o decurso do prazo em relação à decisão final do processo, sendo que já foi colocada a questão, mas não foi resolvida, de saber o que é que se pode ou deve fazer se for pedida pelo visado e for recusada essa remoção.

O Tribunal usa muitas vezes a técnica de, por meias palavras ou nas entrelinhas, querer dizer mais do que aquilo que diz explicitamente. Pode deduzir-se, designadamente de algumas afirmações no Caso Marper, e, também, de jurisprudência posterior, que, no fundo, confirma a jurisprudência Marper — estou a referir-me, por exemplo, ao Acórdão Goggins, que é o mais recente sobre esta matéria, de 2011, também um acórdão contra o Reino Unido e, neste caso, um acórdão de *strike out* —, que o Tribunal admite alguma flexibilidade na remoção destas amostras a pedido do visado.

Quarto princípio: a destruição. Quem pode destruir e quando pode ser destruída a amostra?

O Tribunal chega a admitir a destruição da amostra por órgão de polícia criminal e, por maioria de razão, por magistrado judicial ou do Ministério Público. Isto levanta alguns problemas, designadamente se compararmos esta jurisprudência com a que o Tribunal tem ao nível de escutas, que é muito restritiva, e, portanto, antevejo alguma evolução e

rapidamente, até porque, neste momento, segundo a investigação que fiz para efeitos desta Conferência, estão pendentes no Tribunal seis processos sobre matéria de ADN. Portanto, estamos a aguardar que, nos próximos meses, seis meses, talvez, algum destes processos leve a uma decisão de mérito. E nalguns desses processos é colocada também a questão da destruição, pelo que estamos a aguardar que o Tribunal esclareça ou introduza clareza na sua bitola, naquela afirmação que fez, muito genérica, algures no Acórdão Marper, que a destruição da amostra pode ter lugar até por órgão de polícia criminal.

Quinto princípio: há ou não uma obrigação de destruir as amostras de voluntários, quando as amostras são feitas por voluntários, a seu pedido?

O Tribunal também dá a entender que sim, que há uma obrigação de o fazer. Se essa recolha foi feita numa base voluntária, a pedido, deve ser destruída essa amostra, e isso deve ser feito obrigatoriamente.

Sexto princípio: o mecanismo independente de revisão.

O Tribunal não exige que haja um mecanismo judicial, até porque não tem base para o fazer, partindo daquela ideia de que o Tribunal procura o consenso europeu. Aqui, a balança pende mais para um sistema administrativo do que para um sistema judicial de controlo das bases e, portanto, o Tribunal tem sido muito liberal e tem entendido que o que interessa é que o mecanismo seja independente, que o investigador não possa ter influência na decisão, primeiro, de retenção da amostra e, depois, de acesso posterior à informação, não se exigindo, por isso, que esse mecanismo tenha natureza judicial.

Finalmente, princípio sétimo: regras probatórias.

O Tribunal ainda não esclareceu se aquela regra que tem da jurisprudência relativamente às testemunhas não identificadas — que, aliás, está refletida no nosso artigo 34.º, n.º 2, da lei nacional — também se aplica nesta matéria e, portanto, tem dado alguma flexibilidade. Não houve

qualquer conclusão que apontasse nesse sentido e, até agora, o Tribunal não deu a entender que a jurisprudência evolua nesse sentido. Por isso, existir ou não uma regra desta natureza na legislação nacional não é ainda considerado como um requisito mandatório pelo Tribunal.

Estes princípios levam-me, numa conclusão muito breve sobre o estado da jurisprudência europeia e o confronto desta com a legislação nacional, a que me coloque algumas questões.

Por exemplo, coloco-me a questão de saber se a lei portuguesa é suficientemente clara. Um dos requisitos da jurisprudência do Tribunal, quando se fala de lei, é o da acessibilidade mas também o da previsibilidade. A lei tem de ser previsível. A lei tem de ser suficientemente clara para que seja previsível. Isto vem desde a jurisprudência antiga, relativamente ao artigo 10.º, mas depois foi alargando-se ao artigo 5.º, ao artigo 6.º, a toda a Convenção, no fundo. O conceito hoje é universal e transversal a toda a Convenção.

Pois a coerência, a clareza, a qualidade, no fundo, da lei é um elemento fundamental que o Tribunal avalia e eu pergunto-me se a nossa lei é suficientemente clara, sobretudo se tivermos em conta aqueles problemas, que já foram hoje focados, de conjugação necessária com outros regimes, com o Código de Processo Penal, com regimes de leis extravagantes, várias, estas concatenações necessárias que o intérprete português tem de fazer, aos olhos de um tribunal internacional, podem não ser tão claras assim.

Portanto, pergunto-me se não será eventualmente prudente que o legislador português aproveite uma eventual reforma futura do Código do Processo Penal para introduzir clareza no quadro legislativo português, na sequência, aliás, de uma proposta que já foi feita aqui hoje, introduzindo esta matéria no âmbito do Código do Processo Penal, pelo menos naquela parte que diz respeito às questões dos meios de prova, não direi naquelas

partes que dizem respeito à organização burocrática, digamos assim, do sistema de recolha, mas àquilo que é eminentemente processual, processual penal. Portanto, vejo uma mais-valia, em termos de clareza e de coerência de lei e, no fundo, de compatibilidade com o critério do Tribunal, que é muito apertado.

Este critério de clareza e de coerência da lei, no fundo, da qualidade da lei, já levou a que vários regimes processuais penais, designadamente no âmbito das escutas, tenham fracassado diante do Tribunal, precisamente por causa da dificuldade das articulações e concatenações que o legislador nacional exige para que se tome uma decisão no âmbito de um determinado processo concreto.

A minha humilde sugestão é que o legislador pondere seriamente este assunto, no âmbito de uma reforma do processo penal. Mas, se calhar, não só no âmbito de reforma do processo penal. Estamos aqui, no fundo, a tratar de efeitos substantivos da sentença condenatória, também, ou da sentença de aplicação de uma medida de segurança e poderá colocar-se a questão de saber se estas matérias também não estão subordinadas ao artigo 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e ao artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa e, portanto, se não chamam também à colação matérias de natureza eminentemente penal, que devem estar no Código Penal e que a ele são chamadas, na medida em que a regulamentação dos efeitos substantivos de uma sentença condenatória ou de uma sentença de aplicação de medida de segurança tem sede, por natureza, no Código Penal.

Haverá aqui uma margem de apreciação? Seguramente que sim. O legislador tem essa margem? Seguramente que sim. O consenso europeu ainda está longe? Seguramente que sim, e quanto mais longe estiver o consenso europeu, maior a margem de liberdade do legislador nacional. Tudo isto é certo, tudo isto é verdade, mas o Tribunal, às vezes, surpreende

com decisões que, mesmo ao arrepio do consenso, acabam por introduzir limites na liberdade de apreciação e discricionariedade do legislador e, neste sentido — já não é a primeira vez e não será a última —, as decisões mais recentes que são tomadas à luz do artigo 8.º — Proteção da privacidade são um bom exemplo disso.

Portanto, se calhar, é bom que o legislador português esteja atento à jurisprudência de Estrasburgo e perceba que os ventos que sopram são, neste momento e claramente, no sentido do reforço da tutela da privacidade, no âmbito do artigo 8.º. Esses ventos podem ter implicações neste âmbito e, ainda que ao arrepio da situação fragmentária que descrevi no início, podem acabar por impor — o que também acontece, de vez em quando, não é sempre mas acontece — um consenso de Estrasburgo. É um consenso que é um bocadinho artificial, mas Estrasburgo entende que está chegada a hora de o impor, indo à frente do próprio consenso europeu, criando ele próprio o consenso, impondo esse consenso.

Não é a primeira vez e não será a última que tal acontece e é bom que as pessoas percebam, sobretudo quando leem as decisões da Grande Chambre em matéria de artigo 8.º, que essas decisões podem ter repercussões nesta área.

Com isto não nos devemos esquecer que — foi por aqui que comecei e é por aqui que gostaria de terminar — a Convenção Europeia dos Direitos do Homem é a Constituição europeia, é a Constituição dos direitos fundamentais de 800 milhões de pessoas e o Tribunal é o intérprete desta Convenção, é o tribunal constitucional europeu, é o tribunal de 800 milhões de cidadãos, europeus e não só, uma vez que todo o cidadão, em qualquer parte do mundo, pode dirigir-se-lhe para ver defendidos os direitos que estão tutelados pela Convenção.

Ainda recentemente tivemos casos de iraquianos a recorrer ao Tribunal para verem defendidos os seus direitos, designadamente o direito

à liberdade diante das ações das forças militares britânicas. Portanto, se os iraquianos podem pedir ao Tribunal para intervir perante as violações do artigo 5.º cometidas pelas forças militares britânicas, imaginam o poder desta instituição. Ele representa, de facto, o tribunal constitucional europeu, que quer uma bitola europeia, também nesta área da política penal, e tem, crescentemente, reduzido a margem de discricionariedade, embora a continue a admitir, mas tem crescentemente reduzido a margem de discricionariedade dos Estados, a margem da livre apreciação dos Estados no âmbito da política criminal.

É, portanto, prudente que, quando o legislador português legisla, tenha em atenção — em fase de estudos preparatórios, no processo legislativo, em comissões de trabalho, nos grupos parlamentares — esta jurisprudência, para que não se dê o caso de acabar por tomar decisões que estão, senão já viciadas de incompatibilidade com a jurisprudência firmada, pelo menos, a contravento.

Era esta a advertência final que gostaria de deixar, sendo certo que não deve com ela ser entendido qualquer juízo de censura. Não me propunha fazer — nem posso fazê-lo, por diversas razões, algumas delas relacionadas com processos pendentes que podem, amanhã, sabe-se lá, vir parar a Estrasburgo — qualquer juízo de valor sobre as soluções legislativas vigentes em Portugal, queria, sobretudo, trazer a este auditório a ideia daquelas que são as opções de política criminal fundamentais do Tribunal nesta área e o sentido para o qual evolui a jurisprudência. Repito, esse sentido é o do reforço da privacidade, à luz do artigo 8.º, é o de uma restrição da margem de manobra dos Estados e é, portanto, o de uma exigência acrescida na qualidade da lei que regula estas matérias.

Fica aqui o desafio ao legislador português para estar à altura desta bitola. Nós assumimos compromissos internacionais, vinculámo-nos à Convenção, temos de a implementar e temos de a respeitar.

Muito obrigado pela vossa atenção.