

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

Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal

Intervenção da Sr.^a Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça Helena Moniz.

Começo por agradecer o convite que me foi dirigido pelo Sr. Desembargador António Latas. É sempre um prazer, por um lado, aceitar o seu convite e, por outro, vir falar destas coisas do ADN, às quais me tenho dedicado há já bastante tempo e que são sempre um desafio para mim.

O tema que me foi proposto hoje é um tema bastante restrito. Como veem pelo título, Natureza Jurídico-Penal da Inserção de Perfis de Condenados na Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal, é um tema bastante restrito e vou tentar manter-me nele, embora, se me sobrar algum tempo, depois, ainda vá acrescentar uma ou outra coisa sobre temas laterais.

Neste dia, quis iniciar esta apresentação com uma imagem que representa dois Prémios Nobel, como todos sabemos, de 1962, Watson e Crick, os quais, com alguma brincadeira, estão a beber cerveja, e ali ao lado está um senhora a trabalhar num microscópio. Essa senhora chama-se Rosalind Elsie Franklin, que nasceu em Londres, foi doutorada em Química, trabalhou no King's College, e desde 1951 que desenvolvia técnicas de difractivia dos raios-X, tendo conseguido, pela primeira vez, na chamada fotografia n.º 51, obter, mediante a exposição de uma fibra a mais de 100 horas de raios-X, aquilo que Watson e Crick andavam à procura sob o ponto de vista teórico.

Curioso é que os que receberam o Prémio Nobel vieram a publicar um artigo, se não me engano, faz amanhã 62 anos, na revista *Nature*, a 25 de abril, no qual fazem apenas uma pequena referência às experiências desta senhora, que está referida como Dr.^a R. E. Franklin, sem nunca a terem nomeado.

Portanto, este é o primeiro caso ou, pelo menos, um dos primeiros casos da história da Ciência em que, ostensivamente, a mulher foi colocada atrás dos famosos, digamos assim. E, como mulher, não quis deixar de trazer esta pequena curiosidade.

O meu tema vai incidir essencialmente sobre o artigo 8.º, n.º 2, da Lei que construiu a base de perfis de ADN. É sobre ele que vamos ter de estudar todas estas situações, isto é, todo este artigo 8.º, n.º 2. Depois há também a possibilidade de recolha de ADN ao abrigo do artigo 8.º, n.º 3, embora, para mim, ele não ofereça tantas complicações como o n.º 2, em que temos a possibilidade de recolha de material biológico para obtenção de perfil de ADN — o que é um primeiro tema, o da recolha —, a qual só poderá ser realizada no caso de condenação por crime doloso em pena concreta de prisão superior ou igual a 3 anos, ainda que substituída, depois do trânsito em julgado e mediante despacho do juiz.

É necessário analisar tudo isto para chegarmos a alguma conclusão no sentido de saber se isto, tal como está, está bem ou se pode ser aprimorado.

Quanto a mim, posso desde já dizer que devia ser aprimorado. Penso que esta é uma lei muito marcada pelo tempo em que foi construída, não só o tempo em termos europeus como o tempo que vivíamos na altura. Por isso, é que ela é muito restritiva. Todos o dizem e eu concordo, porque estive também na comissão que fez o projeto que deu origem à Lei e, portanto, posso ter alguma responsabilidade no facto de ela ser restritiva.

Admito que sim, mas penso que, na altura, era o melhor que conseguíamos. Aliás, estive para trazer as notícias que então iam sendo publicadas pelos órgãos de comunicação sempre que se falava na construção da base de dados de ADN, mas depois achei que iria usar demasiado tempo com isso. Mas as notícias eram muito negativas e penso que a Lei foi um pouco no sentido de estabelecer alguma cautela com o propósito de, pelo menos, pôr em marcha a base de dados para depois, mais tarde, a podermos alterar e atualizar.

Neste momento, a Lei precisa de atualização, não só porque é restritiva mas também porque há a necessidade de a aproximar de tratados que Portugal entretanto assinou e de colaborações a nível internacional e de cooperação judiciária em matéria penal que aceitou. Portanto, é preciso dar-lhes azo e tornar a Lei um pouco mais flexível.

Como sabemos, esta Lei visa a criação de uma base de dados de ADN com a finalidade de identificação e investigação criminal. Logo no artigo 1.º há uma distinção, que também se deve ao facto de por detrás da Lei estar uma ideia muito inicial de construir uma base de dados para toda a população e, portanto, não apenas em relação a certas «categorias» de pessoas — digo isto com muitas cautelas.

Também devo dizer que continuo a achar que, sob o ponto de vista jurídico, uma base de toda a população era o melhor, era o mais fácil, era o que dava menos problemas, e aí, sim, podíamos fazer aquilo que muitas vezes os cientistas, os não juristas, dizem, ou seja, que isto do ADN é a impressão digital dos tempos modernos. E é, têm razão, é a impressão digital dos tempos modernos.

Se tivéssemos uma base de ADN para fins de identificação da mesma maneira que temos uma base de impressões digitais, então, segundo penso, os problemas seriam muito menores.

Portanto, sob o ponto de vista jurídico, a minha ideia continua a ser a de que uma base de toda a população seria mais fácil no sentido da articulação dos diversos direitos que aqui estão em causa.

Nesta base são, então, integrados os perfis de ADN de condenados que, depois, são cruzados — já sabemos isso — com os perfis dos voluntários, das amostras-problema, das amostras em local de crime, das amostras dos profissionais, e as amostras podem ser recolhidas ao abrigo do disposto no artigo 10.º

Já vão ver que, aqui, dou talvez uma maior importância ao artigo 10.º do que a que normalmente lhe tem sido dada. Isto até por causa da forma como está redigido o artigo 8.º, n.º 1, de que hoje não vou falar. Às vezes, esquecemo-nos um pouco do artigo 10.º, que tem como epígrafe «Modo de recolha», sendo para toda a Lei, e diz expressamente que «a recolha de amostras em pessoas é realizada 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 outra equivalente, no estrito cumprimento dos princípios e regime do Código de Processo Penal.»

Portanto, apesar de não fazer nenhuma remissão expressa para um qualquer artigo do Código de Processo Penal, a Lei remete para os princípios e o regime deste Código. Penso que este vai ser um ponto importante.

O âmbito de análise a que vamos proceder quando temos o perfil de ADN é apenas a colheita do chamado ADN não codificante, o que, com todo o carácter grosseiro desta designação, pois talvez já não seja a mais correta, ainda vou manter porque é a designação que está na Lei, e a integração dos perfis faz-se mediante despacho do juiz.

Parece que há aqui uma duplicação de despachos e se calhar há; se calhar, devíamos restringir, porque há um despacho para a recolha, ao

abrigo do artigo 8.º, n.º 2, e há um despacho na inserção, ao abrigo do artigo 18.º, n.º 3, e talvez sejam despachos a mais, talvez possamos reduzi-los apenas a um despacho. No entanto, não vamos conseguir prescindir pelo menos de um e já vamos ver porquê.

Por outro lado, sempre que há um perfil e alguém queira conhecer esse perfil, a comunicação é feita pelo juiz competente, ao abrigo do artigo 19.º, n.º 1. Porquê um juiz, quando muitas vezes esta comunicação é no âmbito de um inquérito e parecia que a comunicação podia ser atribuída ao Ministério Público? Porque a ideia-base que está sempre por detrás disto é que estamos perante direitos, liberdades e garantias, ou, melhor, perante uma restrição de direitos, liberdades e garantias, e, como todos sabemos, o garante das liberdades, assim designado, no âmbito processo penal, quando estamos na fase de inquérito, é o juiz de instrução.

E, a certa altura, é isso que se quer, quando, no artigo 19.º, se diz expressamente «os dados são comunicados pelo INML ao juiz competente, consoante o tipo da fase de processo.» Isto é exatamente para demonstrar que se estivermos na fase de julgamento será o juiz de julgamento, se estivermos na fase de inquérito será o juiz de instrução competente na altura.

Os dados são eliminados aquando do cancelamento definitivo do registo criminal, uma coisa de que vamos falar mais à frente, mas ficamos com uma ideia geral, e, uma vez obtido o perfil, a amostra é destruída, o que é talvez o mais importante.

Vamos, então, começar a referir-nos à recolha.

Temos um critério geral, que é o do artigo 10.º. Isto é, quando a Lei expressamente nos diz qual é o método de recolha, no artigo 10.º, referindo que tem de ser um método não invasivo, que respeite a dignidade humana, segundo os princípios e regime do Código de Processo Penal, penso que é o bastante para que saibamos o que devemos utilizar, embora isto traga

muitas dúvidas. E é aqui que vou começar a colocar as dúvidas. Até aqui eram as certezas que tenho, mas a partir daqui já só tenho dúvidas.

Porquê? Porque, a partir do momento em que a lei nos remete para o Código de Processo Penal, temos de saber qual é o regime de recolha de uma amostra para depois obter o perfil. E aí a doutrina tem andado pela classificação disto ora como sendo um exame, ora como sendo uma perícia.

Aqueles que estão mais habituados a estas coisas sabem que eu costumo dizer que isto é um exame e uma perícia ao mesmo tempo. Isto é, tento distinguir, por um lado, o momento da colheita — para ter o perfil de ADN preciso de ter material biológico e, para ter material biológico, tenho de ir buscá-lo. E não estou a falar em amostras de sangue, estou a pensar na chamada zaragatoa bucal, que é muito simples, e, portanto, os direitos à integridade física estão salvaguardados e as lesões à integridade física, para mim, são relativamente pequenas e justificadas à luz daquilo que se pretende.

O que é certo é que, para mim, isto é um exame. Preciso de obter este material biológico porque, enquanto não o obtiver, não tenho prova nenhuma. Se calhar, faço uma distinção demasiado teórica, é certo, mas o Código de Processo Penal distingue entre meios de obtenção de prova e meios de prova. A perícia é um meio de prova, mas colher o material biológico não meio de prova nenhum.

Posso colher material e ficar com a zaragatoa, posso levá-la para casa, e isto não prova nada! Se não tiver um cientista com um aparelho que, a partir daquele material biológico, consiga o ADN, aquilo não serve para nada, nem para os tribunais nem para mim. Portanto, preciso daquele cientista.

Isto para dizer que é por isso que muitas vezes se recorre ao artigo 172.º. É que o colher o material biológico é um exame, mas coisa diferente, depois, é, a partir do material biológico, obter um meio de prova. Quando

obtenho o perfil de ADN é que isso me vai servir de meio de prova, no âmbito do processo penal. Até lá, ele não me serve.

Isto é importante porquê? É importante por causa de todo o regime do artigo 172.º do Código do Processo Penal e é importante porque todo o regime do exame, no âmbito do Processo Penal, tem em vista, por um lado, fazer aquilo que, no âmbito do Direito Constitucional, se costuma chamar uma concordância prática entre os interesses, os interesse que são lesados com a simples colheita e os interesses que pretendemos prosseguir com essa colheita, nomeadamente a investigação, a verdade material do processo, uma justiça melhor no caso, etc. E aí dizemos que, para fazer essa concordância prática, temos de cumprir alguns requisitos.

No momento da colheita têm de ser cumpridos alguns requisitos.

Ontem à noite, estava a pensar na palestra de hoje e fiquei um pouco pensativa. Porquê? Porque, olhando para as palestras que decorreram no dia 27 de março, a que assisti, a certa altura, uma das palestrantes, minha doutoranda até, dizia, falando do arguido, que: «eu sei que quando o arguido não aceita a colheita, exerce-se alguma força física, nomeadamente, algemas, aperta-se o nariz, ele abre a boca e faz-se a zaragatoa bucal.»

Tenho andado aceitar isto, embora não o dizendo em público, mas, ontem à noite, pensei: isto é coação. Porque ele, ou ela, tanto faz, abre a boca porque não consegue respirar, porque ficou com o nariz tapado. Isto é coação. Isto é admitido no Código de Processo Penal? Tenho dúvidas.

Por isso, costumo dar outro exemplo, um bocadinho mais prosaico, que é: se calhar, basta esticar o lábio e fazer a colheita do material biológico. Talvez, aí, a coação não seja tão grande.

Isto já demonstra que precisamos de uma lei que expressamente nos diga qual a forma de recolha do ADN, uma lei que, expressamente, permita a quem está na prática, todos os dias, ter alguma liberdade de saber como

deve fazer esta colheita. Ou seja, mesmo considerando que a colheita é simplesmente um exame, penso que as normas do processo penal não chegam. É uma ideia que tenho relativamente à necessidade de alterar ou completar a Lei.

Este é um ato preparatório de um meio de obtenção de prova, que depois vai ser a análise pericial, e aí não vejo qualquer problema. Depois de passado o momento de recolha e da colheita, temos um perfil de ADN. Coisa diferente é, a seguir, saber quando se insere ou quando se vai ter acesso a esse perfil que está inserido numa base de dados. Isso é outra coisa, mas até aqui penso que o problema ficaria resolvido.

É certo que, a partir do momento em que inserimos o perfil do condenado numa base, vamos ter um problema no âmbito do processo penal.

Há um princípio no âmbito do processo penal que é falado para tudo, o princípio da não autoincriminação — gosto de dizer em português, não gosto nada de aproveitar o latim, que é muito típico dos académicos mas de que não gosto.

O princípio da não autoincriminação serve para tudo. Quando se trata de crimes tributários falamos nele por causa da entrega dos documentos e quando se trata de outro tipos de crimes estamos sempre a falar nele.

Ora, aqui vamos ter o mesmo problema. A partir do momento em que o inserimos na base, ele está aí inserido para depois, mais tarde, quando tivermos outro perfil de vestígios biológicos encontrados num local de crime ou numa vítima, por exemplo, conseguirmos cruzar os dados e saber se aquela pessoa foi ou não o autor daquele crime, pelo menos o autor material, uma vez que pode haver um autor moral, mas o ADN não serve para isso. Só se forem, daqui a alguns anos, as neurociências.

Mas vamos precisar de saber o autor material, e é aí que aparece neste diploma uma norma, às vezes um pouco estranha, o artigo 34.º, que,

por sinal, está repetida no artigo 3.º, n.º 4, que é a não possibilidade de tomar uma decisão única e exclusivamente com base no perfil.

Porque é que aparece esta norma? Se é que posso dizer porque é que ela apareceu, tenho um pouco a ideia de saber porquê. Ela aparece à imagem e semelhança de uma norma da lei de proteção de dados pessoais, que, por sua vez, não sendo inovadora, corresponde a uma norma da Diretiva de 95, da Convenção do Conselho da Europa. E se formos ver ao regulamento europeu, que ainda não está aprovado, em matéria de dados pessoais, ela também aparece. Isto é, nunca pode haver uma decisão tomada única e exclusivamente com base numa informação armazenada numa qualquer base.

Este é um elemento importante e aparece aqui não por ser o ADN ou a lei do ADN, aparece porque ela já está na nossa legislação. Mesmo que não estivesse aqui, íamos lá buscá-la por outra forma, que era aplicando a lei de proteção de dados pessoais, onde expressamente se diz que não pode haver uma decisão tomada exclusivamente com base numa informação armazenada numa base de dados. É por isso que ela aparece, também para que não haja a tentação de, a partir de uma correspondência entre um perfil de ADN obtido numa amostra de um crime e um perfil de ADN que está armazenado na base, se poder concluir que foi aquela pessoa que praticou o crime.

É que se daqui a pouco, quando sair, a Polícia Judiciária vier aqui apanhar bocadinhos de material biológico, se calhar, vai notar que há restos de materiais biológico meus espalhados por aqui e vai recolher o material biológico, vai encontrar o perfil de ADN, vai cruzá-lo na base — se o meu perfil estivesse na base, que não está, pois, realmente, sou cética e nunca o coloquei lá, nem como voluntária, devo confessá-lo — e vai dizer: «esteve aqui, é criminosa». Isto não pode ser e penso que todos nós o compreendemos. Portanto, no processo, tem de haver outras provas que nos

permitam concluir, ou seja, não se pode dizer, porque há um *match*, que logo ali chegamos a essa conclusão.

A partir daqui, então, devemos concluir, por um lado, a necessidade de criação de uma norma clara sobre o modo de recolha da amostra — é talvez a primeira conclusão que retiro a partir daqui —, e, por outro lado, com uma indicação clara sobre se há ou não possibilidade de colheita de tecido.

Vamos agora ver as outras situações de inserção, ou seja, os critérios que estão por detrás da inserção. Neste caso, temos o condenado por crime doloso em pena de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída.

Esta limitação de ser um crime doloso com uma pena de prisão igual ou superior a 3 anos parece, a partida, quando olhamos para ela, que é demais. Voltando a usar outra vez os critérios de concordância prática entre os direitos em conflito, talvez colocar na base um condenado com uma pena de prisão de 3 anos seja uma restrição demasiado elevada para aquilo que se pretende.

Aliás, se não me engano, tem sido um pouco essa a crítica do Sr. Juiz Conselheiro Paulo Pinto de Albuquerque, no sentido de que isto não cumpre a ideia e o princípio geral da proporcionalidade subjacente ao artigo 18.º, n.º 2, da Constituição nas três vertentes da restrição dos direitos fundamentais — necessidade, proporcionalidade e adequação.

Talvez deva começar por dizer quando é que, na altura em que foi feita a proposta de lei — e aqui, nesta parte, na proposta para a lei definitiva manteve-se a mesma coisa, embora tenha havido outras coisas que foram alteradas —, fazendo um paralelismo com uma pena de substituição, se podia suspender a execução da pena de prisão.

Antes da reforma de 2007 do Código Penal havia possibilidade de suspensão da pena de prisão no caso de pena de prisão de 3 anos ou menor. No fundo, pode dizer-se que o legislador pode ter ido buscar este critério,

isto é, se a partir dos 3 anos já não pode haver suspensão da execução da pena de prisão, então, talvez já estejamos perante uma criminalidade suficientemente grave que permita a inserção na base. Este pode ter sido um dos critérios.

Outro critério que, às vezes, a doutrina tem utilizado, no sentido de dizer — e agora contra este limite dos 3 anos e em defesa de um limite de 5 anos — que o limite de possibilidade de inserção do perfil de condenado quando se tratasse da punição por crime doloso com pena de prisão igual ou superior a 5 anos, é o do artigo 1.º do Código de Processo Penal, na alínea *j*), se não me engano, onde se tem uma definição do que seja criminalidade violenta e onde se diz que é criminalidade violenta as condutas que dolosamente se dirigem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão máxima igual ou superior a 5 anos.

O que quero dizer com isto é que remeter para este critério de criminalidade violenta talvez não chegue, porque o critério de criminalidade violenta não se baseia apenas na pena abstrata. O Código diz «forem puníveis», e não pena concreta, e aqui estamos perante uma situação de pena concreta, a pena efetivamente atribuída ao arguido no fim do processo.

O conceito de criminalidade violenta no âmbito da alínea *j*) é a pena que está prevista no tipo legal de crime no Código Penal e o que ele diz é «crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos», mas não é o único critério para considerar isto como criminalidade violenta.

O Código de Processo Penal, para considerar como criminalidade violenta, junta dois critérios: por um lado, um limite máximo da moldura abstrata e, por outro, a caracterização do crime. Lá diz-se «e» e não «ou».

Ou seja, tem de ser um crime contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual, a autoridade pública, o que significa que ainda é mais restritivo, porque esta limitação da pena de prisão igual ou superior a três anos é uma limitação muito pouco limitada, devo dizer.

É que 3 anos tanto são 3 anos da pena concreta como são 3 anos de pena única. Ora, 3 anos da pena única pode resultar de uma situação de um concurso de crimes de penas relativamente curtas. Basta que sejam muitas e, no instante a seguir, temos 3 anos. Ou, então, também pode ser um qualquer crime económico.

Portanto, isto que aparentemente é uma grande limitação, é talvez, comparando com os outros regimes europeus, muito mais aberto. E porquê? Porque nos outros regimes — França, Espanha, Itália, e não trouxe isso para não vos maçãr — é em função do tipo legal de crime, com o que concordo mais, sem dúvida nenhuma.

Preferia em função do tipo legal de crime e já vou dizer porquê. No entanto, somos muito mais abertos neste ponto e admitimos dentro da base crimes que, de outra forma, não estariam lá, no fundo, crimes que não poderiam estar na base.

Por outro lado, talvez tenha havido aqui uma preocupação de abranger alguns crimes que estão no âmbito dos crimes contra a integridade física e contra a liberdade e autodeterminação sexual que se existisse um limite de pena de prisão igual ou superior a 5 anos não eram abrangidos. Houve talvez a ideia de integrar neste critério crimes que a população em geral entende como mais justificativos de inserção de um perfil numa base do que outros.

Se fossemos perguntar a toda a população, ela entenderia mais facilmente que o perfil de ADN de um condenado por crime de homicídio ou contra a liberdade e autodeterminação sexual fosse integrado na base do

que o perfil de ADN de alguém que cometeu um crime de furto ou mesmo 10 crimes de furto. Ora, com 10 crimes de furto facilmente temos uma pena única conjunta igual ou superior a 3 anos e, portanto, facilmente conseguimos integrá-lo na base.

Uma das primeiras razões que me permite dizer que preferia uma ideia de inserção na base a partir do tipo legal de crime é, desde logo, o facto de o perfil dentro da base servir como um método oculto de investigação.

Normalmente, não estamos habituados a entender o perfil de ADN como um método oculto de investigação. Para tornar mais compreensível a minha ideia, diria que vulgarmente é assim entendido o caso das escutas telefónicas. As escutas telefónicas são chamadas um método oculto de investigação, isto é, neste momento posso estar a ser escutada e não saber que estou a sê-lo; a partir desse momento, estão a investigar-me sem eu saber e por isso se diz que é um método oculto de investigação.

Ora, a partir do momento em que entra na base, o perfil de ADN também o é; enquanto não entra, não é, mas no dia em que entra, é. Se hoje o meu perfil entrar na base, amanhã pode aparecer um vestígio biológico num local de crime, a polícia recolhe esse material biológico, obtém um perfil, cruza com o que está na base e está a investigar ocultamente, sem aqueles que estão na base saberem que se está a investigar aquele crime. Portanto, acaba por constituir um método oculto de investigação e, nesse sentido, preferia um regime como o das escutas telefónicas, isto é, com uma tipificação dos crimes em que o perfil pode ser inserido e usado, tal como temos nas escutas telefónicas, em que temos uma caracterização.

Na verdade, isso tem um perigo e não vou deixar de o dizer: tem o perigo de, com o andar do tempo, se calhar, irmos sucessivamente aumentando. Digo isto porque foi o que aconteceu em França e na Alemanha, que começaram por ter meia dúzia de tipos legais de crimes e

depois estenderam-nos, porque verificaram que a base não tinha eficácia suficiente. No entanto, penso que seria o melhor.

Outro ponto que tem sido bastante debatido, e agora vou passar para o aspeto de saber se a inserção deve ser automática ou não, é exatamente o de saber como se caracteriza isto, ou seja, o que temos aqui quando o artigo 8.º, n.º 2, permite a colheita, a obtenção de perfil para depois inserir na base? Temos uma decisão automática ou não automática, ou quase automática? Se não me engano, quem utilizou esta expressão pela primeira vez foi o Sr. Procurador Reis Bravo, num artigo da revista portuguesa *Ciência Criminal*, dizendo que se tratava de uma inserção quase automática.

O problema que temos aqui é que, uma vez inserido o perfil na base, estamos perante um meio de prova para o futuro ou prospetivo, para os outros crimes que venham a ocorrer. E temos também outra situação, que é a do artigo 30.º, n.º 4, se não me engano, da Constituição da República Portuguesa, onde expressamente se diz que nenhuma pena deve envolver como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais e políticos. A ordem não é esta mas são estes os direitos que lá estão consagrados.

Portanto, à partida, sabemos que não pode haver um efeito automático. No fundo, o que se quis proibir foi a consequência de as penas, automaticamente, sem mais nada, só porque alguém é condenado, terem um efeito de intimidação geral.

Segundo a História do Direito Penal, isso está ligado à Idade Média, em que cortavam a língua a uma pessoa quando difamava. Independentemente de ter difamado muito ou pouco, independentemente de a pena decorrente da difamação ser mais pequena ou maior, havia uma consequência automática, que era o cortar a língua. Ora, isso desapareceu com o Iluminismo e foi consagrado expressamente na nossa Constituição. Quisemos tirar os efeitos automáticos e deixámos de ter efeitos das penas

ou passámos a ter simplesmente penas acessórias, como se costuma dizer, ou ainda temos alguns efeitos decorrentes das penas?

A doutrina fala muitas vezes de penas acessórias. Sabemos que as penas acessórias que estão no nosso Código Penal são um pouco diferentes antes de 1995 e depois desta data. A partir de 1995, grande parte dos efeitos não automáticos que estavam previstos no Código passaram a ser verdadeiramente penas acessórias. Onde está a diferença?

Os efeitos não automáticos são efeitos que estão estabelecidos a partir de uma condenação em função de duas exigências: exigências de prevenção geral positiva ou de integração e, em consequência, exigências de prevenção especial positiva ou de socialização.

As penas acessórias são também atribuídas em função dessas exigências mas tendo como outro elemento característico das penas — e por isso elas se chamam penas — a culpa. Isto é, só se atribui uma pena acessória em função de uma certa culpa, e em função dessa culpa é que o período da pena acessória é maior ou menor.

Estou a pensar na pena acessória que tradicionalmente damos como exemplo, a inibição de poder paternal após a prática de um crime sexual. Estabelecemos essa inibição por um determinado período, o qual depende da culpa que foi averiguada no processo do agente. Portanto, é uma pena estabelecida em função da culpa e das exigências de prevenção geral e especial.

Os efeitos não automáticos são estabelecidos em função das exigências de prevenção geral e especial e, eventualmente, da perigosidade do delinquente.

Tenho aqui um texto, talvez um pouco grande demais, do Dr. Figueiredo Dias, retirado do livro *As Consequência Jurídicas do Crime – Direito Penal II*, que a certa altura diz que expressamente: «concorda-se hoje, de forma generalizada, que importa retirar dos instrumentos

sancionatórios jurídico-penais qualquer efeito infamante ou estigmatizante e inevitavelmente dessocializador. Mas nem por isso as penas e efeitos acessórios têm desaparecido. Tudo o que se tem conseguido é evitar, como entre nós no artigo 65.º, que aqueles efeitos acessórios decorram por necessidade de aplicação de penas de certa natureza. No restante, porém, continua a considerar-se que certos efeitos jurídicos da condenação desempenham uma função preventiva adjuvante da pena principal, de que o sistema penal não pode ou não quer prescindir e, na verdade, de uma função preventiva que se não esgota na intimidação da generalidade mas se dirige também, ao menos em alguma medida, à perigosidade do delinquente.»

Era aqui que eu queria chegar e por isso trouxe este texto.

Penso que a inserção de perfis na base tem um objetivo básico de tentar descobrir quem foi o autor de um crime futuro, baseado na ideia de que aquele condenado praticou aquele crime e que, tendo em conta a forma, o modo como praticou e o que praticou, vai quase de certeza praticar outro crime. Ou seja, penso que a razão básica que está por detrás, e é o que se vê nos outros sistemas jurídicos, da necessidade de armazenamento de um perfil de um certo condenado, independentemente do critério que se escolha, é a ideia de perigosidade.

Já vi até alguns autores porem o problema de saber se isto, afinal de contas, era um efeito não automático, ou não, e era uma medida de segurança. Já vi isto mas agora não vou entrar por aí.

Este é um efeito não automático que é usado, no fundo, para facilitar a investigação de um delinquente que é, num certo momento, declarado perigoso, em função daquilo que praticou, do modo como praticou e daquilo que está no processo.

Ora, sendo assim, não consigo ver nunca a inserção do perfil na base como sendo um puro automatismo, isto é, «cometeste um crime contra a vida, vais para a base».

Tem algum interesse ir para a base um homem de 66 anos que praticou um homicídio e que agora vai estar, por exemplo, 17 anos na prisão? Aos 83 anos ele sai da prisão. Tem algum interesse o seu perfil ter sido inserido na base? Mas, se calhar, já não vamos pensar da mesma maneira de um homem de 20 anos que hoje cometeu um crime de homicídio e que tem a mesma pena de 17 anos, porque é completamente diferente.

Se fizermos um critério puramente automático, dizendo, por exemplo, que todos aqueles que cometem crimes contra a vida terão o seu perfil inserido na base, então, tanto tem o perfil inserido na base o homem de 66 anos como o que cometeu o crime com 20 anos. Para facilitar o raciocínio, vamos imaginar que é um mesmo crime, nas mesmas circunstâncias.

Talvez isto não deva ser assim, ou seja, o perfil deve ser integrado em função de um certo crime e em função da perigosidade do delinquente. Continuo a achar que não devemos ter um critério de inserção automática mas avaliar em função da perigosidade e, portanto, penso que, nesta matéria, as normas deverão ter em conta várias coisas.

Por um lado, o perfil de ADN, uma vez inserido na base, é sempre um método oculto de investigação a utilizar em processos futuros. Estou só a pensar no condenado.

Por outro lado, se calhar, devíamos estabelecer critérios mais apertados. Acho que o nosso critério até está bastante lato, mas, quer venhamos a estabelecer outros critérios, quer mantenhamos o que já está estabelecido, uma coisa é certa: é um método oculto de investigação que está nas regras do Código do Processo Penal.

Uma coisa é a lei que vai construir todas as regras para manter e alimentar a base e outra coisa é toda a forma de obtenção daquele perfil em condenado ou em arguido. Penso que isso devia estar no âmbito do Código de Processo Penal, o que, aliás, não é nenhuma inovação nem nenhuma ideia brilhante, pois foi o que aconteceu, por exemplo, em França, que alterou o Código de Processo Penal para inserir isto, bem como na Alemanha e em Espanha. Portanto, não é nada que tenha saído agora da minha cabeça.

Por outro lado, quanto a estabelecer-se novos critérios, estes deviam ser estabelecidos com base na moldura abstrata do crime e/ou a pensar no tipo legal de crime que tenha de se construído.

Para fazermos uma comparação, vou referir aquilo que acontece num país para o qual olhamos sempre quando falamos em Direito Penal, a Alemanha.

A Alemanha tem um critério de inserção, tem uma lei, lateralmente, que tem algumas regras relativamente à base, mas não é isso que agora me preocupa. O que agora me preocupa é saber quais as situações em que o ADN pode ser colhido e inserido na base.

Costuma falar-se muito, e vê-se muitas vezes em determinados escritos portugueses, principalmente em autores que fazem uma investigação muito ligada ao sistema anglo-saxónico, uma preocupação de dizer que nos outros sistemas jurídicos entra o suspeito, ou seja, o suspeito fica logo na base.

Tive a preocupação de ir ver exatamente, e penso que aqui o Dr. Paulo Pinto de Albuquerque pode ajudar-me, o que era o tal *Beschuldigten*, que é o que está no parágrafo 81 do Código de Processo Penal alemão. Fui ver aos manuais e ele é considerado um autêntico sujeito processual, com direitos e deveres. Ora, sabemos que um sujeito processual não é um

suspeito, no sistema jurídico português; há um sujeito processual a partir do momento em que há um arguido, um suspeito não é um sujeito processual.

Portanto, também na Alemanha só é inserido na base um arguido, sendo certo que, logo a partir do momento em que é colhido o ADN de um arguido, ele é inserido na base.

Vou extravasar um pouco o tema que me deram, mas há aqui uma abertura maior do que a nossa, sem dúvida alguma, e talvez tenhamos de fazer uma abertura. Isto é, colhemos o ADN em arguido mas não o inserimos na base, cruzamo-lo mas não o inserimos. Será que não o devíamos inserir? Penso que sim, mas não pensemos que isto é isento de problemas, porque não é.

Uma coisa é, com alguma facilidade, como temos no artigo 8.º, n.º 1, colhemos o perfil do arguido, porque não o inserimos, ele fica a cargo do processo, com todas as regras que já existiam. Quando colhíamos prova física, da integridade física do arguido, já existiam todas essas regras no âmbito do Código de Processo Penal e, portanto, fica tudo à ordem do processo, o que é relativamente fácil, mas coisa diferente é quando começamos a inserir na base.

O facto de inserir na base e só inserir certas categorias de pessoas e não todos nós, já vai gerar problemas. Então, vamos ter de saber se, quando se colhe em arguido, todos os arguidos são inseridos na base. Um sujeito que cometeu um crime de branqueamento de capitais e é arguido vai para a base? E aquele que fez uma violação da integridade física pequena, que deu dois murros e três pontapés? O indivíduo que se exaltou porque o jogo com o Futebol Clube do Porto não correu bem e deu dois murros e quatro pontapés já vai para a base, do mesmo modo que aquele que cometeu o crime de homicídio, que matou e, ainda por cima, ateou fogo ao cadáver? É a mesma coisa?

A partir do momento em que começamos a considerar que o perfil do arguido deve ir para a base temos de estabelecer critérios, quais os critérios e qual a razão de irem todos ou só alguns. Por isso é que disse que uma base com todos nós era muito mais fácil.

Como é que fazem na Alemanha? Quais são os critérios? Um dos critérios é a inserção do arguido ou do condenado mas com restrições. Não é qualquer crime, tem de ser um crime grave, um crime contra a liberdade sexual ou crimes cometidos frequentemente; depois há critérios e também há um despacho do juiz nesse sentido, desde que haja fundada suspeita de cometimento, no futuro, de crimes graves. É preciso que este requisito esteja preenchido.

E a lei diz ainda mais, havendo subcritérios para podermos considerar que, realmente, há uma suspeita fundada de vir a praticar crimes graves.

Quais são esses critérios? São em função da natureza do crime praticado, do modo de execução, da personalidade do arguido/condenado, uma vez que estes critérios são para os dois, e outras informações relevantes que levaram o tribunal a admitir que, no futuro, virá a cometer crimes. São estes elementos que o juiz terá de trazer para o processo e para o despacho quando determina a colheita e a inserção do perfil.

Por fim, uma vez que tinha 45 minutos para a exposição e só me faltam dois minutos para terminar o tempo, queria abordar um último elemento, que é o de saber durante quanto tempo é que o perfil está na base.

O perfil está na base de acordo com os critérios do registo criminal. Dado que só nos interessam os condenados punidos com pena de prisão maior que 3 anos, pois é esse atualmente o critério de colheita, ao abrigo do artigo 8.º, n.º 2, o registo criminal dos condenados com pena de prisão entre 3 e 5 anos é limpo ao fim de 5 anos após a extinção da pena.

Portanto, a crítica que se costuma fazer, dizendo que ele tem uma pena de 3 anos, depois sai e o perfil não está na base quase tempo nenhum, porque esteve 3 anos na prisão, não é assim. Ele esteve 3 anos na prisão, mas esses 3 anos não contam para limpar o registo criminal, pois começam a contar só quando ele sai. Isto significa que, no caso de uma pena superior a 8 anos, o registo criminal está na base 10 anos; se alguém for condenado a uma pena de 17/18 anos, o perfil está esses anos mais 10, depois de ele ter saído.

No caso dos crimes sexuais, tendo em conta uma alteração que houve à lei do registo criminal, o registo criminal é limpo 23 anos após a extinção da pena, o que significa que se tivermos um crime sexual cujo arguido tenha sido condenado a uma pena de prisão de 7, 8 ou 9 anos, o perfil está lá durante grande parte da sua vida adulta. Isto é uma tentativa de resposta àquela crítica de que o perfil está nas bases tempo nenhum, porque quando ele sai da prisão, ao fim e ao cabo, já passou o tempo em que era permitido que o perfil lá estivesse.

Não é tanto assim, pois os anos para o perfil ser retirado começam a contar a partir do momento em que a pena se extingue e não a partir do momento em que sai da prisão; se ele sair da prisão em liberdade condicional ainda tem esse período, pois liberdade condicional ainda é execução da pena, na noção mais tradicional, não, para determinados efeitos, na noção utilizada pela jurisprudência. Mas a liberdade condicional ainda é execução de pena e, portanto, só no fim da liberdade condicional é que começa a contar o tempo para o cancelamento do registo criminal.

Por fim, extravasando um pouco o meu tema, olhando para os dados que estão no *site* do Conselho de Fiscalização da Base de dados de Perfis de ADN — e aproveito para felicitar os Sr. Desembargador porque considero o *site* fantástico, muito bem conseguido, com muita informação e muito útil para toda a comunidade que queira saber alguma coisa sobre o

que é a base de dados —, penso que há muito poucos perfis de amostras-problema, talvez porque, nesta Lei, a forma de inserção das amostras-problema tenha sido muito cautelosa e cheia de despachos e autorizações.

Penso que talvez fosse altura de eliminar algumas destas autorizações, porque uma coisa é obter e inserir o perfil na base sem identificação — a mostra-problema é isso mesmo, não se sabe de quem é — e outra coisa, depois, é consultar. Penso que a inserção devia ser muito mais facilitada.

Estas são as ideias principais. Se tiverem alguma pergunta, depois, tentarei responder. Obrigada.

Aplausos.