

Mestrado Forense

Justiça Geneticamente Alterável - Análise da Base de Perfis de ADN

*Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa
para obtenção de grau de Mestre por Catarina Sofia Navalho Alves da
Silva, sob orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva.*



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Lisboa, Março de 2014

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Resumo

A utilização de uma técnica tão avançada e cuja fiabilidade é muito superior a outros meios de prova, fazem do exame de ADN um método que deve ser potencializado no sistema jurídico português. Tendo em conta interesses de celeridade processual, verdade material, proporcionalidade e necessidade, este deve ser o caminho a percorrer para a resolução de casos que se mostrem duvidosos na justiça.

A sua aplicação em Direito Civil é bastante importante mas mais ainda no Direito Processual Penal. Um instrumento que seja tão rico em benefícios como este deve ser encarado como uma prioridade, mas que comporta alguns problemas. Problemas esses, na sua maioria, relacionados com ética ou confronto com direitos fundamentais. Tem, deste modo, de ser compreendido o âmbito de aplicação desta base de perfis genéticos, tentando minimizar ao máximo os riscos decorrentes de um estudo tão intrusivo como este.

Noções básicas de conceitos acerca de um tema tão complexo , potencialidades a nível clínico e jurídico e ainda os benefícios e contras desta utilização vão ser explorados ao longo desta dissertação.

O papel do ADN numa sociedade desenvolvida como a nossa não pode deixar de ser opção, principalmente ao nível jurídico, para uma eficaz resposta da justiça em casos cujos outros meios de prova se mostrem insuficientes. Não podemos deixar nunca de lado toda a controvérsia gerada em torno dos direitos fundamentais aqui em causa, tentando estabelecer um equilíbrio sustentável entre a verdade material e a autodeterminação em relação a informações de cada indivíduo.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Summary

The existence of an advanced technique such as DNA analysis, which viability is far superior compared to any other means of proof, appeals for the standardisation of these methods-based examinations in the Portuguese legal system. Prioritising the interest of process celerity, material truth, proportionality and need, this is the road to follow in order to resolve cases that appear to show significant doubt on the eyes of justice.

The application of such methods are of extreme relevance on Civil Law, but of paramount importance on criminal procedural law. This is a tool that brings clear benefits to the system, and as such, its promotion should be faced as a priority. Its isn't however flawless, bringing to light some other problems, especially regarding ethical or basic rights opposition. All of this data-base range of applications should be understood and restricted, if such assumptions of privacy invasion and rights violations are to be addressed.

Basic concepts regarding such complex issue, both medically and legally, and also the advantages and disadvantages will be explored throughout this dissertation.

The role of DNA analysis in a developed society can only be an option, specially when it makes such a difference legally in complicated cases whose other evidences are insufficient. On other hand, we can never put aside or forget the claims regarding the fundamental rights disrespect, the goal being to establish a sustainable balance between material fact and self-determination in relation to information of each individual

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Siglas e Abreviaturas

ADN	Ácido desoxirribonucleico
ARN	Ácido Ribonucleico
CC	Código Civil
Codis	Combined DNA Index System
CJPA	Criminal Justice and Police Act
CJPOA	Criminal justice and public Order Act
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPD	Comissão Nacional de Protecção de Dados
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DR	Diário da República
DIDGH	Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos
DUBDH	Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
DUGH	Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem
EDNAP	European DNA Profiling Group
ENFSI	European Network of Forensic Science Institutes
EUA	Estados Unidos da América
INML	Instituto Nacional de Medicina Legal
ISFG	International Society for Forensic Genetics
NDIS	National DNA Index System

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

NDNAD	National DNA Database
p./pp.	página/páginas
p.ex.	por exemplo
PACE	Police and Criminal Evidence Act
ss	Seguintes
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
v.	Ver

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Introdução

Trataremos neste trabalho da análise do processo de identificação de perfis de ADN no âmbito jurídico, com mais pormenor no processo penal e nas investigações levadas a cabo em sede de mortes violentas. Esta matéria é algo que começou a ser abordado recentemente¹ e que vários países² têm vindo a integrar no seu sistema jurídico. Todos eles seguem um caminho semelhante e, no qual, a genética, que primariamente era utilizada de forma esporádica, passou a ser explorada em alguma das suas potencialidades e encarada como solução fiável para casos cuja dificuldade em termos de prova condicionava todo o processo judicial.

Mas esta eficácia e aproveitamento da técnica pode, em alguns casos, colidir com direitos fundamentais, o que nos deve suscitar sempre preocupações acrescidas quando tratamos deste tema.

A constituição de uma base de dados contendo perfis de ADN poderá ser, também, uma mais valia em termos de identificação civil³, para além dos largos benefícios em termos de investigação criminal.

Mas como já foi referido, os problemas que podem ser colocados quanto à utilização imprópria desta base de dados, faz com que a delimitação dos critérios de recolha e análise do material genético sejam muito importantes. Outros temas relacionados foram abordados, de modo a integrar várias disciplinas para uma compreensão mais facilitada do tema em análise. A bioética, biologia, medicina legal e, principalmente, o direito, foram áreas que se foram tocando e nas quais conseguimos encontrar uma relação de proximidade.

O núcleo duro desta investigação foi sobretudo a utilização das técnicas de análise de perfis de ADN em investigações criminais e a seu auxílio na resolução de casos judiciais.

Assim, no ponto 1 foi feito um enquadramento legal das perícias médico-legais, onde inserimos a matéria no contexto legal onde ela se ajusta.

¹ Como veremos mais à frente, o Reino Unido foi o primeiro país onde foi admitida a identificação de perfis de ADN como meio de prova, no século XX, na década de 80.

² Também veremos mais adiante quais os países que têm vindo a seguir o caminho traçado pelo Reino Unido.

³ Em casos dos quais falaremos, como identificação de cadáveres ou pessoas desaparecidas.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

No ponto 2 falamos das perícias médico-legais em concreto e da trajectória seguida pelos médicos legistas. A autópsia realizada, o modo como devem ser pedidos exames complementares em casos duvidosos, leva ao cerne da questão acerca do ADN.

No ponto 3 abordamos o tema da genética e as suas características, que a fazem ser introduzida no âmbito judicial. Aqui fazemos referência a duas bases de dados de perfis de ADN, a do Reino Unido e a dos Estados Unidos da América, muito importantes no desenvolvimento das mais recentes e ainda de instituições criadas para tratar este tema.

No ponto 4 fazemos a leitura de como o ADN é visto no sistema jurídico português, como é aceite como meio de prova em sede de processo penal, abordamos temas fracturantes como a violação de direitos fundamentais e ainda as diversas finalidades que podem ser dadas a esta base de perfis genéticos. Casos mediáticos e a posição que adoptamos em relação ao tema completam a investigação que fizemos sobre esta matéria e que como verão é, certamente, de grande interesse. A problemática em volta do uso de ADN para fins que não os legislados tem levantado questões que são essenciais e às quais devemos chegar a uma resposta justa e necessária.

Ao longo desta dissertação, pretendemos focar pontos positivos e negativos, imparcialmente e no fim, propor uma linha orientadora que entendemos ser a mais correcta a adoptar no âmbito do direito processual penal.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

1) Enquadramento legal

Sendo um tema de direito processual penal, um dos diplomas em estudo neste trabalho é o Código de Processo Penal. Os meios de prova constantes do Código de Processo Penal (CPP) encontram-se na Parte I, Livro III no Título II nos artigos 128º e seguintes, mas mais concretamente quanto à prova pericial no artigo 151º e seguintes. Também o Título III quanto aos meios de obtenção da prova, no seu artigo 171º, faz referência aos exames que aqui vamos estudar. Diz-nos o referido artigo, no seu nº1, os fins dos exames ao prever que *"Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido"*.

As autoridades competentes devem, logo que houver notícia do crime, providenciar meios para que estes vestígios *"não se apaguem ou alterem antes de serem examinados, proibindo-se, se necessário, a entrada ou o trânsito de pessoas estranhas no local do crime ou quaisquer outros actos que possam prejudicar a descoberta da verdade"*. - nº2 do artigo 171º do Código de Processo Penal. Farei, mais adiante, referência às principais perícias médico legais levadas a cabo para determinar os factores importantes na investigação criminal.

Os peritos médico-legais estão amplamente condicionados no trabalho que realizam, quer pela origem das matérias com que trabalham quer pelo facto desta actividade estar sempre em interligação com solicitações por parte das autoridades judiciais⁴. No que se refere ao tema aqui abordado, a ideia fundamental a reter é a de que para que a perícia cumpra as suas finalidades, a sua realização deve cumprir os pressupostos de conservação para que nada seja adulterado. O maior problema que se levantam nas investigações criminais é o de que nem sempre os materiais são recolhidos e conservados de maneira adequada para a sua posterior análise ser realizada de modo eficaz. Mesmo quando a recolha destes cumpra as regras estabelecidas, a quando da recolha dos materiais, os materiais poderão já ter estado em contacto com agentes exteriores e condições adversas à sua boa conservação, o que faz com que tenham já não

⁴ COSTA, Susana, MACHADO, Helena e NUNES, João Arriscado - «O ADN e a Justiça: a Biologia Forense e o Direito como mediadores entre a Ciência e os cidadãos». In GONÇALVES, Maria Eduarda (organizadora) - *Os Portugueses e a Ciência*. Dom Quixote: Lisboa, 2002.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

estejam nas condições ideais para serem analisados. Para além desta dificuldade premente de conservação, há ainda a preocupação de, a partir dos objectos recolhidos, criar prova que possa ser admitida em tribunal.

Em primeiro lugar, devemos ter em conta a distinção entre a perícia e o exame realizado no local do crime. Os exames encontram-se previstos no Código Processo Penal nos artigos 171º e seguintes que os define como meios de obtenção da prova e que têm como objecto “*pessoas, lugares e coisas*” e devem ter como finalidade a a inspecção dos “*vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido*”⁵. Já a perícia não deixa de ser um exame realizado por peritos especializados mas que se refere à apreciação dos elementos recolhidos sempre apoiados em conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. Devemos concluir então, que a recolha de um vestígio de sangue se trata de um exame mas que a perícia serve para saber a quem pertence esse sangue.

De modo a minimizar as possibilidades de erro, as investigações criminais encontram nos exames médico-legais um modo de fundamentar com mais segurança as suas decisões, cuja legitimação cabe aos magistrados e advogados. A utilização desta ciência através de peritos nas investigações criminais e diversas fases do processo, vai corresponder a uma maneira legítima de obtenção da verdade dos factos e consequente aplicação adequada da justiça. É através deste modo, que existe uma interligação entre a ciência forense e o direito e que vemos como pertinente que, no âmbito de uma investigação criminal, devam ser usados todos os mecanismos científicos ao nosso dispor. A fiabilidade destes exames e perícias é muito superior aquela que encontramos noutros meios de prova previstos no Código de Processo Penal português, como é o caso da prova testemunhal ou a prova documental.

Neste âmbito, iremos falar sobre um ramo específico da ciência forense, a biologia forense, e dentro deste ramo acerca de um procedimento que deveria ser encarado como algo da maior importância, a identificação por ADN.

⁵ Artigo 171º nº1 do Código de Processo Penal

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Este procedimento tem sido muito usado em casos de averiguação da paternidade mas aquilo que pretendo com este trabalho é fazer ver o quão importante também deveria ser em investigações criminais e no interesse público que deveria existir neste tema.

2) Perícias Médico-Legais e Forenses

2.1) Análise do Diploma legal

O diploma que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses é Lei n° 45/2004 de 19 de Agosto. A realização das perícias está a cargo das delegações e gabinetes médico-legais do Instituto de Medicina Legal⁶ e devem ser requeridas pelas autoridades judiciárias ou judiciais⁷. Contudo, poderão ser realizadas as perícias por entidades publicas ou privadas que não o Instituto de Medicina Legal, sempre que se mostrar a impossibilidade dos serviços deste, para bem da celeridade processual e a manutenção das provas. Mais desenvolve o n°2,3,4 e 5 do artigo 2° da Lei.

O artigo 6° vem prever, no seu n°1, a obrigatoriedade da sujeição a exames dizendo que ninguém pode recusar ser submetido a nenhum exame médico-legal quando este se *“mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei.”* Este dever de comparecer a exames marcados pelas autoridades, coopera com o direito desta em fazer-se acompanhar por pessoa da sua confiança, nos termos do artigo 155° do Código de Processo Penal⁸.

O capítulo II do diploma em análise refere as perícias médico-legais urgentes como aquelas em se imponha assegurar *“com brevidade a observação de vítimas de violência, tendo designadamente em vista a colheita de vestígios ou amostras susceptíveis de se perderem ou alterarem rapidamente, bem como o exame do local em situações de vítimas mortais de crime doloso ou em que exista suspeita de tal”*⁹.

Os exames a explorar são aqueles que examinam vestígios corporais deixados no local do crime ou na vítima, e que, através dos quais se consiga realizar a identificação do possível suspeito. Sendo que iremos focar-nos em crimes violentos como o homicídio, a área médico-legal que mais interessa estudar será a tanatologia ou, mais

⁶ N°1 do artigo 2° da Lei n°45/2004, de 19 de Agosto

⁷ N°1 do artigo 3° da Lei n°45/2004, de 19 de Agosto

⁸ N°2 do artigo 6° da Lei n°45/2004, de 19 de Agosto

⁹ N°1 do artigo 13° da Lei n°45/2004, de 19 de Agosto

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

vulgarmente chamada, ciência da morte. Sobre esta matéria, da qual iremos falar com pormenor mais à frente, a Lei nº 45/2004 reserva uma secção¹⁰.

Acerca de exames e perícias realizados no âmbito da genética, que a nós também nos diz respeito relativamente á base de dados de ADN, a lei também faz referência no artigo 23º. Quanto a este tema existe já outro diploma legal que regula a matéria, do qual iremos falar em tempo oportuno.

2.2) Tanatologia Forense

A tanatologia forense é o ramo das ciências forenses, no qual se examina o local do crime, estabelecendo informações acerca das circunstâncias da morte e onde, através da necropsia¹¹, se procura estabelecer:

- 1) Identificação do cadáver¹²
- 2) O mecanismo da morte/Fenómenos cadavéricos¹³
- 3) A causa da morte
- 4) O diagnóstico diferencial médico-legal¹⁴

À tanatologia forense interessa, desde logo, a realização de uma perinecropsia, ou seja, o exame ao cadáver no espaço onde foi encontrado e de tudo o que o rodeia. Interessa também uma informação clínica detalhada com referência ao resultado de exames complementares que sejam necessários para o exame minucioso do cadáver no decurso da autópsia.

2.2.1) Provas de morte

Existem 3 tipos de provas de morte: as circulatórias¹⁵, as químicas¹⁶ e as respiratórias¹⁷.

¹⁰ Secção II “*Exames e Perícias no âmbito da tanatologia forense*”, artigos 14º e seguintes.

¹¹ Exame também conhecido como autópsia, procedimento médico que consiste em analisar o cadáver para determinação da causa e modo de morte.

¹² O perito deve, com toda o detalhe, descrever as características do cadáver: sexo, cor, comprimentos, idade aparente, cabelo, dentição, defeitos e sinais particulares. A identificação passa a ser tão importante quanto a determinação da *causa mortis* e do tempo da morte, nos casos em que o indivíduo foi encontrado morto. Nesse caso, fotografias devem ser tiradas e impressões digitais colhidas.

¹³ A tanatognose ou o *diagnóstico da morte* é baseado nos fenómenos cadavéricos imediatos, consecutivos, transformadores e conservadores, onde existem as provas da morte e as técnicas determinadoras do tempo da morte

¹⁴ Acidente, suicídio, homicídio ou morte de causa natural

2.2.2) A autópsia médico-legal/autópsia anatomo-clínica

A autópsia médico-legal tem lugar sempre que haja uma morte violenta, ou seja, quando exista um acidente, suicídio, homicídio ou sempre que haja uma morte de causa indeterminada e que pelas circunstâncias em que aconteceu possam levantar suspeitas ou encontrados indícios de que esta foi provocada por um agente externo. Esta autópsia é realizada como já vimos, através da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto, pelas delegações do Instituto Nacional de Medicina Legal.

Já a autópsia anatomo-clínica tem objectivos diferentes da autópsia médico-legal. Neste casos, os cadáveres tiveram uma morte natural e é feito um diagnóstico clínico provável ou certo acerca da morte. Este tipo de autópsia nunca pode ser realizada em casos de morte violenta e deve ser autorizada pela família ou representante legal. São realizadas nos serviços de anatomia patológica dos hospitais.

2.2.3) Determinação do momento da morte

A *cronotanatognose* serve-se de vários mecanismos e métodos para determinar a ocasião (ano, mês, dia e hora) da morte. A sua importância vai muito além do simples preenchimento do atestado de óbito. Tem também interesse civil e penal. A nível civil no direito das sucessões que, como sabemos, em caso de morte ao mesmo tempo tem implicações na ordem de sucessão. A nível penal para descoberta da verdade quanto ao crime cometido e potenciais suspeitos implicados. São diversificadas as técnicas levadas a cabo pelos peritos que servem para a determinação do tempo da morte.

2.2.4) Meios complementares de diagnóstico

No decorrer da autópsia e dependendo do caso em análise o médico pode solicitar exames complementares como:

¹⁵ A nível circulatório, o exame de Bouchut no qual se faz a verificação pela escuta, da paragem cardíaca e ainda fundoscopia ocular no qual se verifica o esvaziamento da artéria central da retina .

¹⁶ A nível químico, o exame de Laborde, no qual uma agulha de aço, bem polida, sai limpa depois de permanecer por meia hora no tecido. Se houvesse vida sairia manchada ou, ainda, o exame de Brissemoret e Ambard com o qual um papel de tornassol verifica-se a acidez do parênquima hepático retirado com um trocarte.

¹⁷ A nível respiratório, a ausência de murmúrio pulmonar ou o sinal de Icard, no qual se coloca sobre os orifícios nasais um papel com traços de acetato neutro de chumbo;

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

- Exames toxicológicos (alcoolemia, drogas de abuso, medicamentos, insecticidas, monóxido de carbono, drogas minerais, etc)
- Exame bioquímico (humor vítreo¹⁸)
- Exame bacteriológico (sangue, urina, LCR¹⁹, etc)
- ADN
- Pesquisa de esperma (cavidade oral, vaginal, anal, outra)
- Pesquisa de resíduos de disparo de arma de fogo
- Exame de projécteis
- Exame de armas e/ou instrumentos
- Exames de peças de vestuário

Chegamos então ao exame complementar que nos interessa analisar com pormenor, a pesquisa de perfis pela recolha de ADN.

¹⁸ Substância gelatinosa e viscosa, formada por uma substância amorfa semilíquida, fibras e células, que se encontra no segmento posterior, entre o cristalino e a retina, sob pressão, de modo a manter a forma esférica do olho.

¹⁹ Líquido Cefalorraquidiano é o fluído corporal estéril, incolor, encontrado no espaço subaracnóideo no cérebro e medula espinhal

3) Genética

Cabe-nos neste ponto abordar sumariamente a questão da genética e de como os estudos do ADN foram evoluindo ao longo da história. A explicação científica, ainda que superficial, tem como objectivo fazer um resumo do que acho ser essencial ter conhecimento para se compreender o tema que estamos a tratar.

3.1) A sua origem

A comunicação feita por Gregor Mendel à Sociedade de História Natural de Brno, a 8 de Fevereiro e 8 de Março de 1866 mudariam para sempre a biologia forense.

O primeiro estudo quantitativo da hereditariedade foi levado a cabo por Gregor Mendel, um monge austríaco radicado na cidade de Brno, que iniciou as suas experiências com a hibridação das plantas e das quais retirou conclusões que iriam mudar a nossa visão de hereditariedade, estabelecendo as bases científicas que explicam a transmissão dos caracteres hereditários. A ervilha foi a planta escolhida por Mendel para estas experiências nas quais optou por debruçar-se sobre sete caracteres simples e bem distintos uns dos outros: a forma da semente, cor da semente, cor da flor, forma da vagem, cor da vagem, posição da flor e altura do pé.

Mendel analisou que, havendo diferença nos caracteres parentais (por exemplo, na cor, em que uma das sementes era amarela e a outra seria verde) no seu cruzamento, todas as sementes eram amarelas e a cor verde teria desaparecido. Esta era a chamada primeira geração filial. Na segunda geração, os caracteres parentais da cor verde reapareceram, ainda que numa proporção menor que a cor amarela (cerca de $\frac{1}{4}$ de ervilhas verdes para $\frac{3}{4}$ de ervilhas amarelas)²⁰. A conclusão a que Mendel chegou foi que a hereditariedade tinha conexão com o cálculo matemático.

²⁰ Isto aconteceu com todos os tipos de caracteres que Mendel escolheu, ou seja, no cruzamento de vagens lisas com rugosas, cotilédones amarelos com verdes, vagens verdes e amarelas, flores axiais com flores terminais, de plantas de caule alto e caule baixo, sementes lisas e rugosas. Em suma, «em cada caso, os híbridos resultantes eram parecidos apenas com um dos progenitores. A essência do outro progenitor parecia ter desaparecido. Mas não tinha: Mendel permitiu que os híbridos se autofertilizassem e a essência do avô desaparecido reapareceu intacta em aproximadamente um quarto dos casos.» (v. RIDLEY, Matt - *Genoma. Autobiografia de uma espécie em 23 capítulos* (trad. CarlaRego). Lisboa: Gradiva, 2001, p.51)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Estas conclusões levaram à criação das chamadas Leis de Mendel. A primeira lei de Mendel, designada de «Lei da Segregação» ou «Lei da pureza dos gâmetas²¹», que tal como o nome indica, na formação dos gâmetas, os pares de factores segregam-se, ou seja, na formação dos gâmetas os dois factores parentais separam-se sendo que apenas um destes é transmitido à geração seguinte.

A segunda lei de Mendel é também conhecida por «Lei da segregação independente dos genes» e foi conseguida depois de Mendel experimentar cruzar plantas com duas ou mais características localizadas em cromossomas²² diferentes e verificar que elas não eram herdadas juntas, separando-se de forma independente e formando gâmetas com a mesma proporção de genes. Em suma, os factores dominantes não têm maior probabilidade de serem transmitidos às gerações seguintes do que os factores recessivos²³.

3.2) Descoberta do ADN²⁴

Friedrich Miescher, bioquímico suíço iniciou investigações tendo como objectivo identificar os componentes químicos do núcleo da célula²⁵. Em 1869, Miescher isolou o núcleo de leucócitos²⁶ e descobriu nesse núcleo uma substância cuja composição era rica em átomos de fósforo e de nitrogénio, o qual denominou «nucleína». Em 1874, Miescher separou a substância em proteínas e componentes ácido, adoptou a designação

²¹ Gâmetas são as células dos seres vivos que, na reprodução sexuada, se fundem no momento da fecundação ou fertilização para formar um ovo ou zigoto, que dará origem ao embrião. São, em suma, as células sexuais: espermatozóide, nos machos e óvulo, na fêmea.

²² São «unidades hereditárias de todos os seres vivos, já que neles estão contidos os genes, responsáveis pela codificação da informação genética constituídos por ácido desoxirribonucleico (ADN)» (v. *cromossoma*. In Infopédia Porto: Porto Editora, 2003-2013. Disponível em <http://www.infopedia.pt/>)[Consult. 2013-11-22]

²³ FRANÇOIS GROS explica que «Mendel tinha observado que na segunda geração os caracteres parentais reapareciam segundo proporções estatisticamente previsíveis. Tudo se passava, em suma, como se cada carácter observável de um indivíduo estivesse determinado por dois «elementos» hereditários, um fornecido pela «mãe», o outro pelo «pai». Estes elementos não se misturavam na planta resultante da fecundação e eram portanto susceptíveis de ser transmitidos novamente, de forma independente, à descendência dessa planta. Compreendeu-se, a partir de então, que um carácter podia ser tratado como uma probabilidade de distribuição e que, ao mesmo tempo, a hereditariedade se submetia à previsão numérica» (v. GROS, François - *Os segredos do gene* (trad. Ana Sampaio). Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991, pp. 22-23)

²⁴ V. *Friedrich Miescher* (1844-1895) in DNA from the beginning. Disponível em <http://www.dnafb.org> (Consult. 2013-11-22)

²⁵ «Unidade funcional básica de todo tecido, capaz de se duplicar (porém algumas células muito especializadas, como os neurónios, não conseguem se duplicar), trocar substâncias com o meio externo à célula, etc. Possui subestruturas (organelas) distintas como núcleo, parede celular, membrana celular, mitocôndrias, etc. que são as responsáveis pela sobrevivência da mesma.» (v. *célula* in Dicionário Médico. Disponível em <http://www.dicionariomedico.com>) (Consultado em 2013-11-22).

²⁶ Também conhecidos por glóbulos brancos, fazem parte do sistema imunitário do organismo. Produzidos na medula óssea e encontrados no sangue.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

«ácido nucleico», aquele que tem duas variantes: ADN (ácido desoxirribonucleico) e o ARN (ácido ribonucleico).

3.3) A identificação por perfis de ADN

A identificação por ADN está ligada a um processo criminológico e forense que remonta à obra de Lombroso²⁷, conheceu diversas manifestações, todas elas convergindo na ideia de que as singularidades biológicas dos seres humanos seriam a base mais fiável a uma correta identificação.

Existem duas coisas a ter em conta. Em primeiro lugar, aquela que alia a biologia molecular e a biotecnologia e, que através de recombinações do ADN, fazem com que seja possível a criação de instrumentos que permitam a determinação de características genéticas de organismos e modos de os alterar. Por outro lado, o tema controverso das contrapartidas de recombinações de ADN e das suas implicações a nível comercial e ético com consequências práticas no uso dos arquivos de dados genéticos para fins de controlo social ou de eliminação de certos grupos sociais. Como vemos, a identificação pelo ADN está longe de ser pacífica porque muito embora este modo de identificação seja cada vez mais utilizado pelas civilizações ocidentais o debate sobre os direitos e a ética associada ao tema continuam a fazer abrandar o ritmo da aplicabilidade desta base de dados.

Fazendo um enquadramento sobre a matéria que estamos a falar o ADN²⁸(Ácido Desoxirribonucleico) é um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e que, têm como uma das finalidades transmitir as características hereditárias destes. Os segmentos de ADN que incluem a informação genética são denominados genes. O restante da sequência de ADN tem importância estrutural ou está envolvido na regulação do uso da informação genética. Cada indivíduo distingue-se dos outros pelo seu genoma, ou seja, a informação genética da qual é portador desde a sua concepção.

²⁷ Médico Italiano autor da obra “L’Uomo delinquente”, na qual dizia que pela análise de determinadas características somáticas seria possível antever que certos indivíduos se voltariam para o crime.

²⁸ V. DNA in Dictionary of Medical Terms. Reprinted 2008. p.114

3.4) Projectos levados a cabo na Europa

3.4.1) International Society for Forensic Genetics (ISFG)

A) DNA Commission²⁹

Foi criada em 1987 pelo facto de o estudo acerca do ADN estar em rápido crescimento e publicou a sua primeira recomendação em 1989 (Forensic Sci. Int. 43, 109-111). Esta recomendação previa os objectivos de discussão e elaboração de mais recomendações no seio desta matéria. Publicou, desde então, inúmeros documentos que fazem a standartização do parâmetros científicos, com particular incidência nos marcadores genéticos. A ultima recomendação publicada dizia respeito à recolha de ADN em catástrofes naturais, para identificação de vítimas.

B) European DNA Profiling Group³⁰

Criado em Outubro de 1988, em Londres, este grupo de cientistas forenses de vários países da Europa juntaram-se para descobrir uma maneira de harmonizar a tecnologia utilizada nos perfis de ADN na investigação criminal. O grupo iniciou a sua actividade no seio da ISFG, em 1992.

3.4.2) Standartization of DNA Profiling Techniques in the European Union (STADNAP)³¹

Este foi um projecto criado pela União Europeia com o objectivo de definir as técnicas pelas quais se passaria a realizar a marcação genética com recurso À técnica de Polymerase Chain Reaction (PCR) nos laboratórios europeus, modificação e comparação de métodos de harmonização plasmados em protocolos e interligação dos resultados dos exames forenses realizados.

²⁹ V. «DNA COMMISSION» in <http://www.isfg.org/Working%20Groups/DNA%20Commission> (consultado em 28-12-2013)

³⁰ V. «EDNAP - THE EUROPEAN DNA PROFILING GROUP» in <http://www.isfg.org/EDNAP> (consultado em 28-12-2013)

³¹ V. «STANDARDIZATION OF DNA PROFILING TECHNIQUES IN THE EUROPEAN UNION» in <http://www.isfg.org/STADNAP> (consultado em 30-12-2013)

3.4.3) European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI) - DNA Working Group³²

Criado em 1995, o ENFSI integra como membros 54 laboratórios forenses nacionais de 32 países europeus, onde está incluído o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Científica da Polícia Judiciária portuguesa.

Tem como objectivos definir a qualidade e segurança dos métodos de análise de ADN, coopera com outra organização nacional ou internacional no desenvolvimento de padrões para os exames forenses de ADN, estabelecer os marcadores de ADN que vão servir como padrão nas bases de dados de perfis de ADN e na comparação de técnicas aplicadas e dos protocolos seguidos.

³² V. «*European Network of Forensic Science Institutes*» in <http://www.enfsi.eu/about-enfsi/structure/working-groups/dna> (Consultado em 30-12-2013)

4) O Direito e o ADN

Devemos debruçar-nos agora sobre o que acho que nesta altura é essencial fazer perceber. As mais valias que podemos retirar desta base de dados de perfis de ADN são muitas, a diversos níveis. Bem sabemos que aqui cabe falar sobre a parte legal do problema e no quão importante a nível processual esta base de dados pode ser. A celeridade processual, a verdade processual, a segurança no sistema judiciário aumentada, a realização da justiça em casos que não seja possível qualquer outro método de obtenção da prova.

Actualmente a competência para análise das amostras recolhidas para perfis de ADN são do Laboratório da Polícia Científica da Polícia Judiciária e do Instituto Nacional de Medicina Legal e esta recolha é apenas para finalidades de identificação civil e investigação criminal.

A recolha de ADN é algo que deve ser encarado como pertinente e necessário. Numa sociedade de competências tão elevadas, recursos sem fim não se percebe o porque desta base de dados estar tão desaproveitada e ter tão pouca aplicação prática por parte das autoridades. Serão só os impedimentos legais os obstáculos à implementação de algo tão importante como esta base de dados?

A integridade pessoal, a reserva da vida privada e a autodeterminação informativa devem sobrepor-se à realização da justiça, retirar todos os benefícios médicos que podem ser retirados de uma base de dados genética?

Mas como deve ser o exame de ADN encarado como prova em Tribunal?

4.1) A biografia da prova forense³³

Os materiais biológicos obtidos através dos procedimentos que já referi anteriormente, juntamente com os que são recolhidos nos locais do crime, farão parte dos objectos que serão transformados através de uma sucessão de manipulações laboratoriais, em provas que sejam simultaneamente admissíveis em tribunal e suficientemente fiáveis a nível científico.

³³ Esta secção baseia-se no estudo etnográfico do laboratório de biologia forense do Instituto de Medicina Legal de Coimbra. (v. COSTA, Susana - *A Justiça em Laboratório. A identificação por perfis genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a apropriação local*. Coimbra: Almedina, 2003.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Para que este tipo de provas seja admissível em tribunal é necessário provar a sua *cadeia de custódia*, ou seja, que possa estar documentado a trajectória da prova desde o local da sua recolha até à sua apresentação em tribunal, com a identificação detalhada de todos os momentos cronológicos e biológicos, incluindo a identificação dos responsáveis por essa trajectória.

Existem três tipos de espaços, aos quais devemos chamar de espaço local, espaço científico-técnico e o espaço judicial. O primeiro espaço corresponde ao lugar onde o crime é cometido, designado local do crime. Os objectos de interesse encontrados no local e que indiciem a prática de um crime são o factor essencial a ter em conta neste local. Cabe às autoridades competentes zelar pela preservação de todos os indícios que sejam encontrados, por via de fotografias, diagramas, fragmentos de tecidos humanos, peças de roupa, instrumentos, testemunhas, etc.

Depois disto, os indícios recolhidos são transportados para um segundo local, o espaço científico-técnico do laboratório forense, onde os peritos médico legais realizam a transformação dos indícios em vestígios ou amostras, isto é, em objectos que podem ser submetidos a perícias científicas. Estes vestígios podem ser recolhidos também através da vítima ou do suspeito do crime quando são recolhidas amostras de materiais biológicos de sangue, de saliva, cabelos ou unhas, com a finalidade de ser extraído o ADN.

Devemos ter em conta que o perigo de degeneração dos materiais e a sua preservação pode ser influenciada pelos mais variados factores, que podem ocorrer no local do crime ou já no laboratório forense. Admitindo que seja possível obter materiais passíveis de análise, estes são submetidos a um conjunto de manipulações que permitem isolar o objecto e extrair o seu ADN, amplificar a amostra de ADN através do recurso à técnica designadas PCR (*polymerase chain reaction*) ou reacção em cadeia da polimerase³⁴ e proceder à sua investigação através do método conhecidos por *blotting* e que permite obter uma imagem do perfil genético em análise e da sequenciação. Todo este processo no laboratório é documentado num relatório médico que garante a passagem para o terceiro espaço, o espaço judicial onde serão apreciados como prova

³⁴ É o método de amplificação de ADN sem o uso de um organismo vivo. É uma das técnicas mais comuns nos laboratórios para sequenciamento de genes, identificação do fingerprint genético que sera utilizado para fins civis e penais.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

por parte do Ministério Público que irá proferir a acusação, do juiz de direito, dos advogados e do próprio arguido.

4.2) O ADN nos tribunais

Em casos mediáticos que atraem a opinião pública, investigados em países como os Estados Unidos da América ou Reino Unido, mostra a outra face das provas levadas a tribunal. A desconstrução pública de provas periciais como os perfis genéticos, através de intervenções das partes é incrível. A acusação e a defesa levam a tribunal os «seus» peritos e procuram, através do depoimento destes, defender aquilo que mais lhe convém, umas vezes provando a debilidade das provas, as incertezas das técnicas utilizadas, a quebra da «cadeia de custódia» e outras vezes fazendo desta prova a mais fiável e conclusiva³⁵. Tudo isto depende da capacidade financeira do arguido, da qualidade dos advogados, do sensacionalismo dado ao caso e da capacidade de convencer o júri das suas pretensões.

Mas a verdade é que a identificação através de perfis de ADN tem servido para corrigir erros judiciais, muitas vezes em condenações por homicídio mas nem as potencialidades deste método faz com que a desconsideração pública nos EUA seja ampliada a cada caso mediático. Veremos, mais à frente, exemplos de erros judiciários³⁶.

Já nos países Europeus, como Portugal, a visibilidade pública desta técnica é muito mais limitada e passa sobretudo pelo testemunho de peritos e pela maneira como os envolvidos no processo judicial apreciam as provas. Na análise jurídica da prova científica em tribunal, o perito surge como auxiliar dos magistrados do ministério público e dos juízes de direito. A este, cabe trazer ao processo uma vertente específica de conhecimento científico que servirá como prova para o processo em curso.

É importante ter em conta o modo como é apreciada e apresentada a prova pericial em tribunal, quer pelos magistrados do ministério público que têm como função reunir todos os indícios de prática de um crime para a posterior acusação, quer pelo juiz de

³⁵ Vejamos o caso de O. J. Simpson, um famoso jogador de futebol americano que foi absolvido da acusação de homicídio da ex-mulher Nicole Brown mesmo tendo sido encontrado ADN seu na arma do crime e na vítima, através da desconstrução publicada técnica de identificação através de perfis de ADN, conseguindo convencer o júri de que as amostras recolhidas estariam contaminadas e que teria havido a «quebra de custódia».

³⁶ V. ponto 4.10

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

direito que tem a liberdade de apreciação da prova e que deve julgar o caso conforme as provas apresentadas e a sua convicção sobre as mesmas. Os testes de ADN para efeitos de identificação devem ser incluídos na categoria de provas periciais, obtidas através do metido do exame, já falado anteriormente.

Quanto ao regime de apreciação da prova, existem diferenças a ter em conta nos processos cíveis e penais. Nos primeiros, aplica-se o principio da liberdade de julgamento dos juízes no que se refere á admissibilidade dos meios de prova propostos pelas partes e no que respeita à determinação do seu valor probatório, o qual é fixado livremente pelo tribunal. Nos processos penais, a livre apreciação da prova é limitada por varias excepções definidas no art. 163º do Código de Processo Penal³⁷.

4.3) Recolha compulsiva de amostras de ADN (Análise Jurisprudencial)

Neste ponto, iremos ocupar-nos da análise de acórdãos, nos quais foram levantadas questões relativas ao tema que temos vindo a desenvolver.

O primeiro acórdão do qual falaremos é o acórdão do Tribunal Constitucional nº 155/2007, de 2 de Março³⁸, cujo relator foi o Juiz Conselheiro Gil Galvão.

Em causa estariam dois crimes de homicídio qualificado e onde teriam sido recolhidos no local do crime «vestígios biológicos, alguns deles referentes aos autores dos crimes». Como nos é referido no acórdão em apreço, viriam a ser convidados os arguidos a prestar consentimento para a recolha de “zaragatoas bucais com vista à identificação do seu perfil genético (...) e a comparação com o dos vestígios biológicos acima referidos». Tendo os arguidos recusado tal procedimento e considerando que seria essencial para a descoberta da verdade, foi proferido pelo Ministério Público, em 12 de Maio de 2005, despacho determinando nomeadamente que o arguido a comparecer nas instalações do Instituto Nacional de Medicina Legal do Porto, para que aí fosse sujeito à realização de exame médico-legal com vista à obtenção de vestígios

³⁷ Art.igo163º do Código de Processo Penal «1. *O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador: 2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência».*

³⁸ V. Diário da República, II série, nº70, de 10 de Abril de 2007 (Processo n.º 695/06, 3ª Secção)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

biológicos. O arguido aí se dirigiu e realizou os exames dirigidos por despacho, sempre afirmando que se opunha a que tal fosse feito.

O Tribunal Constitucional julgou inconstitucional por violação do disposto nos artigos n.º 25º, 26º e 32º n.º 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP), a norma constante do artigo 172º, n. 1, do Código de Processo Penal, quando possibilita que sem a autorização do juiz que se realize a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para a determinação do seu perfil genético.

Consequentemente, julgou inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32º, n. 4, da Constituição, a norma constante do artigo 126º, números 1,2 alíneas a) e c) e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos.

Como já foi falado anteriormente, a lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto estabelece no artigo 6º a obrigatoriedade da sujeição a exames quando estes sejam pedidos por despacho judicial, o que aqui ocorreu. O problema que aqui se levanta é o de que o arguido se recusou á realização desses exames pelo que tiveram de ser extraídos os elementos biológicos de modo coactivo.

Estabelece o artigo 126º do Código de Processo Penal que, qualquer prova recolhida com recurso à coacção física é considerada proibida e não deve ser considerada em tribunal como meio de prova. Temos então aqui um confronto entre dois preceitos legais, dos quais retiramos duas conclusões, depois de analisado o acórdão do Tribunal Constitucional. A primeira dela é a de que embora exista a obrigatoriedade de submissão a exames estabelecida em diploma legal, este deve ser proferido pelo juiz de direito e não pelo Magistrado do Ministério Público. A segunda conclusão é a de que, muito embora estejamos aqui perante um caso de duplo homicídio, a verdade processual foi suprimida pelo direito individual de um dos suspeitos do crime, isto salvaguardando sempre a ideia de que tal recusa é livremente apreciada pelo juiz³⁹.

O Tribunal da Relação do Porto, num acórdão de 10 de Dezembro de 2008, cuja relatora foi a Juiz Desembargadora Maria Elisa da Silva Marques Matos Silva, vem

³⁹ No mesmo sentido vai o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 228/2007, de 28 de Março (Processo n.º 980/2006) (consultado em 18-10-2013)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

declarar não ser «inconstitucional a norma do artigo 172º, nº1, do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de que é legítimo o uso da força física para obter, através de zaragatoa bucal vestígios biológicos de um arguido para fins de comparação com os encontrados nas cuecas da ofendida, se esta em causa a investigação de um crime de violação, não havendo outras provas para além das declarações daquela, que sofre de considerável atraso mental.»⁴⁰

Noutro acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de Maio de 2007, cujo relator foi o Juiz Desembargador Luís Eduardo Branco de Almeida Gominho e onde é proferido que «é inválida a prova obtida através de exame à saliva, pelo método da zaragatoa bucal, do suspeito de um crime de homicídio, contra a sua vontade, se o exame, ordenado durante o inquérito pelo ministério Público, não foi previamente autorizado pelo juiz de Instrução»⁴¹. Este foi o acórdão que deu origem à decisão do Tribunal Constitucional no acórdão nº 155/2007 de 2 de Março.

Seguindo ainda na análise de acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, a 13 de Setembro de 2006, foi proferido acórdão cujo relator foi o Juiz Desembargador Luís Eduardo Branco de Almeida Gominho e retiramos do sumário do mesmo que «Não constitui prova proibida o resultado da análise da saliva colhida através de zaragatoa bucal efectuada ao arguido, no inquérito, por decisão do Ministério Público».⁴²

Por último do Tribunal da Relação do Porto, acórdão de 3 de Maio de 2006 cuja relatora é a Juiz Desembargadora Alice Fernanda Nascimento dos Santos, é redigido o seguinte «É válida a prova obtida no inquérito através de exame á saliva do arguido, colhido contra a vontade deste, por determinação do Ministério Público»⁴³. Este acórdão foi reformado pelo acórdão já citado acima de 2 de Maio de 2007 e que deu depois origem ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 155 /2007.

Depois de analisados os acórdão acima citados, devemos concluir que a opinião seria divergente, considerado por alguns válido o exame pedido pelo Ministério Público

⁴⁰ Redacção retirada da Base de Dados Jurídica do ITIJ, sob o nº convencional JTRP00041933 (consultado em 18-10-2013)

⁴¹ Redacção retirada da Base de Dados Jurídica do ITIJ, sob o nº convencional JTRP00040280 (consultado em 20-10-2013)

⁴² Redacção retirada da Base de Dados Jurídica do ITIJ, sob o nº convencional JTRP00039434 (consultado em 20-10-2013)

⁴³ Redacção retirada da Base de Dados Jurídica do ITIJ, sob o nº convencional JTRP00039122 (consultado em 20-10-2013)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

em sede de inquérito, sem prévia autorização do Juiz de Instrução. Mais tarde, o acórdão do Tribunal Constitucional veio estabelecer como inconstitucional tal exame sem a autorização do Juiz de Instrução e sem que seja o único meio de obtenção de prova disponível para apurar a verdade processual. Outras considerações foram sendo tomadas ao longo do tempo pela jurisprudência portuguesa quanto a estas questões.

Vejamos então o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, cujo relator é o Juiz Desembargador José Manuel Vieira Lamim e que passamos a citar: «I - Opondo-se o arguido à realização de zaragatoa bucal para recolha de saliva, destinada à definição do seu perfil genético e subsequente comparação com vestígios hemáticos encontrados no local do crime, pode o JIC compeli-lo a submeter-se a tal exame, pois entre os interesses em confronto, deve prevalecer o da realização da justiça, já que para a concretização forçada de tal exame a autodeterminação corporal é violada de forma pouco significativa. II- O ar. 30º, do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses (Lei nº 45/04, de 19/08), ao dispor que o acesso à informação genética ou biológica bem como o tratamento dos respectivos dados, são regulados em legislação específica, apenas se refere a dois dos aspectos que se relacionam com os exames médico-legais e perícias no âmbito da genética: o do “acesso à informação genética” e o do “tratamento de dados”, não tendo o legislador querido excluir os exames genéticos para efeitos probatórios do âmbito de aplicação daquele diploma, como decorre do facto de prever naquele diploma uma Secção - a IV - dedicada aos “exames e perícias no âmbito da genética, biologia e toxicologia forense».⁴⁴

Poderíamos ainda levantar a questão quanto a outros exames realizados com fins que não a de construir um perfil genético, como é o caso das amostras de sangue recolhidas para apurar o teor de álcool. Quanto a este tema o Tribunal da Relação de Coimbra já se pronunciou num acórdão de 21 de Novembro de 2007 cujo relator é o Juiz Desembargador Gabriel Catarino e que passo a citar: «1- A recolha de sangue para determinação do grau de alcoolémia não ofende nem viola o direito á integridade e à autodeterminação corporal. A extensão do conteúdo da análise, comprovação da existência de álcool no sangue, o fim a que se destina, a fixação do resultado em quaisquer bases de dados, o fim preventivo que se pretende alcançar são alguns dos argumentos que poderiam ser aduzidos a favor desta tese. 2- A prova de colheira de

⁴⁴ Redacção retirada da Base de Dados Jurídico-Documentais (www.dgsi.pt) - Processo nº 6553/2007 - 5 (consultado em 18-10-2013)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

sangue realizada nos termos e sob alçada da lei estatal, ainda que sem consentimento do arguido, não viola nenhum preceito constitucional.»⁴⁵.

Devo concluir este ponto falando do mais recente acórdão acerca da polémica em torno da recolha compulsiva de ADN. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de Julho de 2013 decidiu que «as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime. II- Mostrando-se aceitáveis e legitimadas se estiverem legalmente previstas (i), perseguirem uma finalidade legítima (ii), mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoa, intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos (iii), revelando-se idóneas (a), necessárias (b) e na justa medida (c). III - Para o efeito essas intervenções devem ser judicialmente determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v), não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi), optando-se, nestes casos e em sua substituição, por qualquer outra amostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhida para a determinação do ADN (vii).»⁴⁶. Quanto a estes requisitos, falarei dos mesmo mais a frente .

4.4) Base de Dados em Portugal

A questão da base de dados de ADN é regulada pela Lei nº5/2008, de 12 de Fevereiro e por um conjunto de diplomas avulsos. Falarei deles em pormenor.

Cronologicamente é importante fazer um resumo da “história” acerca desta base de dados. O primeiro diploma no qual se começou a abordar o tema foi o Decreto-Lei nº 395/99, de 13 de Outubro e que estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos dos Institutos de Medicina Legal de Lisboa, Porto e Coimbra⁴⁷. Já anteriormente falei acerca da lei nº 45/2004, de 19 de Agosto que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses e que prevê na Secção IV os exames e perícias no âmbito da genética, biologia e toxicologia forenses. Estes dois diplomas estão inseridos no

⁴⁵ Redacção retirada da Base de Dados Jurídico-Documentais (www.dgsi.pt) - Processo nº 6/05.3PTVIS.CI (consultado em 18-10-2013)

⁴⁶ Redacção retirada da Base de Dados Jurídico-Documentais (www.dgsi.pt) - Processo nº 1728/12.8JAPRT.PI, cujo relator foi o Juiz Desembargador Joaquim Gomes. (consultado em 20-10-2013)

⁴⁷ Publicado no *Diário da República*, I Série-A, nº 239, de 13/10/1999

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

contexto das Perícias médico-legais e forenses e incluem no seu objecto também os perfis de ADN como método de identificação civil e judicial.

Quanto ao tema em questão, em 2008 foi legislada a lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro e que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.

No seu artigo 1º, nº3 vem previsto a proibição «da utilização, análise e tratamento de qualquer tipo de informação obtida a partir da análise das amostras para finalidades diferentes das previstas no artigo 4º» . São elas a identificação civil e investigação criminal, exclusivamente. «As finalidades de identificação civil são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN relativos a amostras de material biológico colhido em pessoa, (...)». Já as finalidade de investigação criminal «são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN, relativos a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes com os das pessoas associadas, com vista à identificação dos respectivos agente, e com os perfis já existentes na base de dados de ADN, com as limitações previstas no artigo 20º»⁴⁸.

Os princípios orientadores desta base de dados encontram-se redigidos no artigo 3º e focam a sua atenção no princípio da legalidade, «da autenticidade, veracidade, univocidade e segurança dos elementos identificativos»⁴⁹ sempre respeitando a vida privada e a preservação dos dados pessoas das pessoas envolvidas.

Cabe ao Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e ao Instituto Nacional de Medicina Legal (INML) a realização das análises das amostras para a construção do perfil de ADN⁵⁰. Pode, com autorização do Ministério da Justiça e sob proposta das entidades referidas, ser delegada a análise dos perfis de ADN a outros laboratórios.

O Capítulo II da lei faz referencia à Recolha de amostras e expõe 3 casos de recolha: em primeiro lugar em voluntários que prestam o seu consentimento livre, informado e escrito quanto à recolha de amostras⁵¹; seguidamente fala sobre a recolha de amostras

⁴⁸ Artigo 4º nº 2 e 3 da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro

⁴⁹ Artigo 3º nº 3 da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro

⁵⁰ Artigo 5º nº 1 da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro

⁵¹ Artigo 6º da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

com finalidade de identificação civil e por ultimo com finalidades de investigação de criminal, que é aquilo que aqui nos interessa.

Depois de constituído arguido e por despacho do juiz, ao abrigo do artigo 172º do Código de Processo Penal, o arguido «goza do direito de informação, previsto no nº1 do artigo 10º da Lei de Protecção de Dados Pessoais (...)»⁵². O diploma salvaguarda a recolha não invasiva e que garanta a dignidade humana e a integridade física e moral individual.⁵³ O princípio do contraditório está também presente neste processo, sendo sempre possível uma contra-análise do exame efectuado. O artigo 22º prevê a proibição de acesso a terceiros dos dados constantes da base de dados de perfis de ADN, com excepções previstas nos números 2 e 3 do mesmo artigo.

A entidade responsável pela base de dados é o Instituto Nacional de Medicina Legal que tem competência para verificar todas as operações que lhe sejam aplicadas. O Instituto Nacional Medicina Legal deve consultar a Comissão Nacional Protecção de Dados sempre que necessite de quaisquer esclarecimentos. Há o dever de segredo que quando violado é punido «nos termos gerais previstos no Código Penal e na Lei da Protecção de Dados Pessoais» nos artigos 35º e seguintes e 43º e seguintes.⁵⁴

Em Dezembro de 2008, foi aprovado o Regulamento de Funcionamento da base de dados de perfis de ADN pela Deliberação nº 3191/2008, de 3 de Dezembro pelo Conselho Médico-Legal, em cumprimento do artigo 39º da Lei nº 5 /2008 , de 12 de Fevereiro.

Muito importante neste regulamento é o artigo 12º que nos fala da garantia da cadeia de custódia, tema já abordado anteriormente e que se mostra essencial para que a prova seja valorada em sede de julgamento.

A portaria nº 270/2009, de 17 de Março veio fixar os marcadores de ADN a integrar no ficheiro de perfis de ADN constante da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, criada pela Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro.

⁵² Artigo 9º da Lei nº5/2008, de 12 de Fevereiro

⁵³ Artigo 10º da Lei nº 5/2008, de 12 de Setembro

⁵⁴ Artigo 35º e 36º da Lei nº5/2008, de 12 de Fevereiro

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Mais recentemente, a Lei nº 40/2013, de 25 de Junho aprovou a lei de organização e funcionamento do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN e procede à primeira alteração à Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro.⁵⁵

Cabe a esta entidade a fiscalização da base de dados e tem as suas competências especificadas no nº3 do artigo 2º da Lei em análise. Esta lei veio por fim aos entraves que surgiram quando o mandato do conselho de fiscalização terminou em Março de 2013 e não podia ser prolongado por não existir nenhuma lei orgânica que regulasse este órgão.

4.5) ADN no âmbito internacional

O grande impulsionador nesta matéria foram os Estados Unidos da América, que em 1990 lançaram o Projecto do Genoma Humano (PGH) que tinha por objectivo o mapeamento e sequenciação do genoma humano e cuja competência pertencia ao Departamento de Energia e Institutos de Saúde dos Estados Unidos da América⁵⁶.

Desde o início dos anos 90, também as instituições europeias têm vindo a aconselhar a utilização das análises de ADN no sistema judicial e a possibilidade da criação de uma base de dados internacionalmente acessíveis que integrasse todas os resultados daquelas análises. Esta é a conclusão que retiramos da Recomendação R(92) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 10 de Fevereiro de 1992.

Desde essa altura, o trabalho desenvolvido ao nível da União Europeia, no âmbito do Conselho da Europa, em cooperação com grupos científicos, como o ENFSI - European Network of Forensic Science Institutes, do EDNAP - European DNA Profiling Group, do GEP-ISFG - Grupo Espanhol e Português da Sociedade Internacional de Genética Forense, ou a STADNAP - Standardization of DNA Profiling Techniques in the European Union e com forças policiais como a Interpol ou a Europol, têm revelado as diversas mais valias da criação de uma base de dados internacional e que levou a soluções adoptadas em sede de Direito Comparado.

A maioria dos países já legislou sobre a criação da base de dados de perfis de ADN

⁵⁵ Artigo 1º da Lei nº 40/2013

⁵⁶ Projecto que falaremos mais adiante no nosso trabalho (Ponto 4.7)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

com finalidades de investigação criminal ou identificação civil. No Reino Unido existe desde 1995 a NDNAD - United Kingdom National DNA Database, que em 2005 já albergava mais de 3.1 milhões de perfis. Neste sistema judicial a lei foi sendo alterada consoante as necessidades. Inicialmente apenas se procedia ao registo de amostras de criminosos julgados ou de suspeitos que aguardavam julgamento. Em 2001, o *Criminal Justice⁵⁷ and Police Act* alterou estes requisitos, permitindo a recolha de ADN de todos os suspeitos acusados de um crime, mesmo que depois fossem considerados inocentes no final do processo. Mais tarde, em 2003, o *Criminal Justice Act* veio permitir que as amostras de ADN fossem recolhidas no momento da detenção por oposição ao momento em que o suspeito era acusado. Desde Abril de 2001 e Dezembro de 2013 o número total de cenas de crime que correspondem a um ou mais suspeitos/arguidos é de 452 270. Só no ano passado houve 132 correspondências em homicídios, 368 em crimes de violação e 18 195 em outros crimes. O número total de indivíduos que constam da NDNAD era de cerca de 4 869 251 em Dezembro de 2013 segundo o relatório estatístico da National DNA Database em comparação com a base de dados de perfis de ADN dos Estados Unidos da América denominada por NDIS - National DNA Index, contém cerca de 10,728,589 perfis em Janeiro de 2014. A mais ampla base de dados do mundo teve também problemas com a justiça pois muito embora tenha mais valias inimagináveis, os desafios legais que se colocam são, também, inúmeros.

O caso de S. e Michael Marper é o mais conhecido. S. tinha 11 anos quando foi detido e acusado de tentativa de roubo em Janeiro de 2001, foi mais tarde considerado inocente. Michael Marper foi acusada de assédio pelo seu companheiro em 2001, no entanto, não foram apresentadas queixas e o caso não passou da audiência preliminar. Em ambos os casos, foram recolhidas pelas autoridades do Reino Unido as impressões digitais amostras celulares e de ADN, posteriormente armazenadas, com base numa legislação de 1984, autorizando a sua retenção sem limite de tempo (S64 (1^a) *The Police and Criminal Evidence Act 1984*)⁵⁸. S. e Marper solicitaram a destruição da recolha realizada pelas autoridades, sem sucesso. Apresentaram queixa contra a retenção desses elementos após o arquivamento dos processos com fundamento no Art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) - interferência com a vida

⁵⁷ *Criminal Justice Act* é uma abreviatura usada para denominar a legislação no Reino Unido, na República da Irlanda e no Canadá, relativamente ao Direito Penal.

⁵⁸ Com emenda feita em 2001.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

privadas não justificada pelas exceções do nº2 do Artigo 8º⁵⁹. O Tribunal de 1ª instância recorrido deu razão às autoridades, resultado idêntico aos recursos levados ao Court of Appeals⁶⁰ e a House of Lords⁶¹. O Governo britânico e a Câmara dos Lordes entenderam não existir violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pois a informação retida seria neutra envolvendo pouca ou nenhuma interferência na vida privada e o perigo de mau uso dessa informação seria irrelevante e estaria limitada pelo sistema judicial. A Juiz do *Supreme Court* Baronesa Hale discordou dizendo que os dados genéticos seriam uma « *intimate part of a person's private life* ». O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que as amostras celulares contêm informação sensível sobre o indivíduo, características únicas e de grande relevância. Sendo assim, a sua retenção deve ser considerada como uma interferência no direito ao respeito da vida privada dos indivíduos em causa, pelo facto de haver uma natureza indiscriminada do poder de retenção, independente da natureza e gravidade da ofensa e da idade do suspeito, não haver uma fixação de limite temporal na retenção. O Tribunal observou ainda que o risco de estigmatização resultante do facto de pessoas não condenadas por qualquer crime, com o direito à presunção de inocência, serem tratadas da mesma forma que pessoas condenadas. Por último, nas circunstâncias ali referenciadas, qualquer retenção de elementos de informação constitui uma interferência desproporcionada no direito dos demandantes ao respeito da sua vida privada e não poderia ser considerada como necessária numa sociedade democrática. O Tribunal conclui pela violação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Noutros países da Europa foi legislado a matéria sobre a base de dados dos perfis de ADN. É o caso da 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

⁵⁹ Art. 8º da CEDH - **Direito ao respeito pela vida privada e familiar**

- 1. *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*
- 2. *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.*

⁶⁰ Segundo mais importante tribunal do sistema judicial inglês.

⁶¹ Câmara dos Lordes que faz parte do parlamento do Reino Unido

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

e na República Checa (desde 2001), na Bélgica, Estónia, Lituânia e Eslováquia (desde 2002) e na Hungria e Letónia (desde 2003).

Remonta ao ano de 1997, a Resolução do Conselho da União Europeia, que aborda pela primeira vez o tema das bases de dados de perfis de ADN. Esta resolução é relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN⁶² como método eficaz que contribuiria significativamente para a investigação criminal. Adoptava, este diploma, a criação de bases de dados nacionais de ADN, sempre tendo em conta a instalação de sistemas informáticos de tratamento dos resultados da análise do ADN.

O Conselho da União Europeia veio recomendar através da resolução de 25 de Junho de 2001⁶³ relativamente ao intercâmbio de resultados de análise de ADN. Já nesta resolução era explicada, nas suas notas introdutórias, a importância do ADN, em sede de investigação criminal e como o intercâmbio de análises de ADN sob os mesmos marcadores seria essencial para o combate eficaz à criminalidade.

Mais tarde, em 2009 foi aprovada uma resolução que substituíra a referida anteriormente, relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN. Nesta resolução os Estados-Membros são incentivados a aplicarem tão rapidamente quanto possível a nova Série Normalizada Europeia de Loci (ESS), tendo em conta que o intercâmbio de dados de ADN entre os Estados-Membros se encontrava rapidamente a progredir e que as bases de dados nacionais de ADN estavam a aumentar em dimensão e em número⁶⁴.

4.6) Direitos Fundamentais

4.6.1) Violação do Direito à Reserva da Vida Privada

Aqui em causa estaria a violação do artigo n° 26, n°1 *in fine* e n° 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP). Devemos juntar na mesma interpretação também o direito à privacidade (previsto nos artigos 26, n°1 e 2, 34° e 34° da CRP) que, juntamente com o direito à reserva da vida privada, aparecem aqui violados pela inserção de perfis genéticos numa base de dados.

⁶² Resolução do Conselho de 9 de Junho de 1997 (97/C 193/02), publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*: N.º C 193, de 24/06/1997, pp. 0002-0003

⁶³ Publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*: N.º C 187, 03/07/2001, pp. 0001-0004

⁶⁴ Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 2009 (2009/C296/01)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Segundo a jurisprudência constitucional está aqui em causa «o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular».⁶⁵ Esta esfera é, segundo Vera Lúcia Raposo⁶⁶, «uma zona tripartida que dá lugar a três esferas concêntricas - a vida íntima, a vida privada e a vida pública - numa progressão da mais restrita à mais ampla.(...) A intimidade da vida privada, de que fala o nosso texto constitucional, representa uma esfera mais restrita do que a privacidade (ou vida privada), que seria um círculo mais dilatado. »

Segundo, Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶⁷, o direito à reserva da vida privada inclui dois direitos menores: em primeiro lugar o direito a impedir o acesso de estranhos sobre a vida privada e familiar e em segundo lugar, o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Este direito coincide com um direito de personalidade e pode, por isso, sofrer restrições, por exemplo através do consentimento do seu titular ou com «autorização prevista por lei com garantias de não discriminação». O consentimento aqui referido deve fazer-se de modo livre e esclarecido.

A reserva da vida privada tem um papel muito importante em dois outros direitos que se mostram essenciais no domínio dos exames de ADN e dos quais falaremos de seguida.

O primeiro deles é a autodeterminação informacional. Este direito está consagrado no artigo 35º da Constituição da República Portuguesa⁶⁸, permite ao indivíduo que negue informação pessoal, se oponha à sua recolha, disseminação ou qualquer outro modo de tratamento⁶⁹. Este direito é mais amplo do que o direito à reserva da vida privada, pois confere ao seu titular o direito ao acesso a todos os dados que lhe digam respeito. Helena Moniz afirma que quanto a isto que «a protecção jurídico-constitucional em matéria de dados pessoais, em particular o direito à

⁶⁵ Acórdão nº 128/92, de 1 de Abril; Acórdão nº 319/95 de 20 de Junho e o Acórdão nº 355/97, de 7 de Maio.

⁶⁶ «A vida num Código de Barras» in Boletim da Faculdade de Direito: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra:2010.

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - «Constituição da República Portuguesa Anotada Volume I» 4ª Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.467.

⁶⁸ Este artigo inovador referia-se, na versão inicial, ao uso de dados mecanográficos e só na Revisão de 1982 substituiu esse termo por “registos informáticos”. Na versão actual refere-se a “dados informatizados” e “tratamento automatizado”.

⁶⁹ ANDRADE, Manuel da Costa - «Direito Penal Médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo» Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.22

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

autodeterminação informacional, impede a construção de uma base sem consentimento do titular»⁷⁰. O consentimento e o conhecimento das finalidades a que se destina a base de dados é muito importante para aferir se houve ou não violação deste direito. Mesmo depois de inserida a informação, deve ser conferido ao seu titular a possibilidade de controlar os seus dados⁷¹.

No âmbito criminal, o artigo 8º nº 1, 2 e 3 da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro prevê que a análise da amostra se restrinja apenas aos marcadores de ADN necessários para identificar do titular.

O segundo direito ligado à reserva da vida privada, é o direito à intimidade genética. Como já anteriormente referimos, o ADN reúne em si todas as características diferenciadoras de um indivíduo e transmite informações acerca de doenças genéticas ou a simplesmente explica a passagem de caracteres de pais para filhos, características essas que são pessoais e intransmissíveis.

Vera Lúcia Raposo⁷², quanto a esta questão, expõe dizendo que embora creia que a colheita e processamento de material genético representam um atentado ao direito à vida privada, «no que respeita à divulgação das informações recolhidas mediante testes genéticos, entende a doutrina que somente existirá crime de devassa da vida privada quando tais informações digam respeito a dados relativos a doença grave».

A autora faz uma analogia importante ao afirmar que «a obtenção de material biológico não é tarefa tao difícil assim, e que qualquer um de nos o pode fazer. Basta que guarde consigo a chávena que alguém utilizou para beber café ou que lhe tire um cabelo pendurado no casaco, e de seguida proceda à análise desse material». Deste modo, percebemos que não será a base de dados de ADN para fins criminais que causará danos, pois todos nos temos acesso a células passíveis de exame genético sem que a pessoa visada pode nunca saber.

⁷⁰ MONIZ, Helena «*Os problemas jurídico-criminais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais*» In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 12, nº2 (2002), p. 243

⁷¹ Direito de informação garantido nos artigos 9º, 24º e 25º da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro .

⁷² «*A vida num Código de Barras*» in Boletim da Faculdade de Direito: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra:2010 pp. 949.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

O Tribunal Constitucional⁷³ considerou que, ainda que estes exames genéticos configurassem restrições ao direito à intimidade, as mesmas revelar-se-iam legítimas neste contexto especial.

4.6.2) Violação do Direito à liberdade e do Direito à Integridade física

Obrigatoriedade de submissão a exames e consequências

Cabe, em primeiro lugar, explicar que este tema tem consequências diferentes em processos penais ou em acções cíveis.

Nas acções cíveis (de investigação ou impugnação da maternidade ou da paternidade), o recurso a provas periciais não é obrigatório, obedecendo esse recurso à decisão do juiz de solicitar essas provas⁷⁴.

Nos processos penais, o recurso à perícia é obrigatório, sempre que sejam exigidos «especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos»⁷⁵ para o apuramento e apreciação dos factos em julgamento.

Como já anteriormente referimos, ninguém pode recusar-se a realizar exames sendo que é desta forma que se consiga estabelecer a verdade material⁷⁶.

Mas a verdade é que esta obrigatoriedade já foi julgada inconstitucional pelo facto de não serem admitidas em tribunal provas proibidas recolhidas sob coacção física⁷⁷. O CPP condiciona o exercício do poder de livre apreciação da prova através das proibições de provas, consagradas no artigo 126º deste diploma legal⁷⁸. O artigo 126º no

⁷³ V. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 319/95, de 20 de Junho de 1995, que já referimos anteriormente quanto aos exames de alcoolemia realizados através de recolha de sangue.

⁷⁴ Em Portugal, o recurso a exames científicos como meio de prova nas acções de investigação de paternidade foi estabelecida pelo Decreto Lei nº 496/77, de 25 de Novembro, e posteriormente inserida no artigo 1801º do Código Civil: « Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros meios cientificamente comprovados»

⁷⁵ Artigo 151º do Código de Processo Penal

⁷⁶ O Decreto Lei nº11/98, de 24 de Janeiro, no seu artigo 43º regula a «obrigatoriedade de sujeição a exames» e estabelece que «ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este for necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei de processo». Seria depois redigido semelhante artigo na Lei nº 45/2004 de 19 de Agosto, artigo 6º sobre a «Obrigatoriedade dos exames».

⁷⁷ Artigo 126º do Código de Processo Penal

⁷⁸ Para além das previstas no artigo 126º, outras proibições de prova existem ao longo do CPP: depoimento indirecto (129º nº 1 e 3), vozes publicas e convicções pessoais (artigo 13, nº1 e 2), declaração anónima (artigo 164º), documentos autênticos e autenticados cuja autenticidade ou veracidade do seu conteúdo hajam sido fundamentamente postas em causa (artigo169º).

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

seu número dois que provas obtidas mesmo que com consentimento, através da força são consideradas ofensivas da integridade física ou moral.

A Constituição da República Portuguesa também prevê no seu artigo 32º, nº8 a nulidade para as provas que sejam obtidas através de tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Torna-se, deste modo, extremamente limitada a possibilidade de se obrigar o arguido a submeter-se a exames de ADN. Só em crimes muito graves e quando não houver mais nenhuma prova possível para determinar se foi ou não o arguido o agente do crime, haverá nestes casos uma ponderação do princípio da proporcionalidade e por fim, a autorização que tem de ser dada apenas pelo juiz. Um facto curioso é o de que por cada hora de submissão imposta ao arguido para exame, corresponde a um dia de desconto de prisão, uma vez que o arguido suportou uma privação da liberdade durante este processo de exame médico⁷⁹.

Nos processos cíveis, também não existe consenso quanto a esta questão. Nos termos do artigo 341º do Código Civil «as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos». A demonstração da realidade dos factos terá um cariz subjectivo inerente onde se verifica a finalidade de convencer o tribunal dos argumentos apresentados por cada parte no processo, dando bases convictas ao tribunal para julgar acerca do facto em discussão⁸⁰.

Nas acções de investigação da paternidade, o ónus cabe ao autor da acção, ao filho⁸¹. Mas o que acontece se o réu se recusa a submeter aos exames de ADN?

O princípio da cooperação, presente nos artigos 266º e 519º do Código de Processo Civil, diz-nos que todas as pessoas, quer sejam partes ou terceiros, estão obrigados a prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade. Mas, se no processo penal que defende a protecção de bens jurídicos e cuja aplicação de medida penal é

⁷⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE - «Comentário do Código de Processo penal», 2009, p.468

⁸⁰ Sobre a teoria da prova em processo civil veja-se RUI RANGEL «O Ónus da Prova no Processo Civil» 2000, pp.19-34

⁸¹ Sobre o tema ónus da prova, diz-nos ANTUNES VARELA que este deve ser entendido como a «necessidade de observância de um certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de obtenção ou de manutenção de uma vantagem para o próprio onerado» in «Das Obrigações em Geral», Vol. I, 2005, p.58.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

realizada como *ultima ratio*, como poderíamos admitir que se pudesse submeter coercivamente um réu a exames de ADN, sabendo para além disso da forte influência do Princípio do Dispositivo no processo civil.

O n.º 2 do artigo 519.º do Código de Processo Civil, refere a possibilidade de admissão de meios coercivos. Mas esta leitura deve ser baseada na apreensão de documentos. É possível admitir que o tribunal ordene a comparência do pretense pai no local onde se efectuam os testes de ADN, mas não quanto à submissão aos exames.

Visto que os exames de ADN são os únicos meios de prova idóneos e credíveis para a demonstração do vínculo de paternidade, a lei é clara no artigo 344.º n.º 2 do Código de Processo Civil ao prever a inversão do ónus da prova.

Tanto nos processos cíveis como nos processos penais, a recusa de submissão a exame é livremente apreciada pelo juiz⁸².

No direito alemão tal situação não se colocaria visto que no artigo 81.º do Código de Processo Penal alemão é dito o seguinte «Pode ser ordenado o exame corporal do acusado com vista a constatar factos com relevância para o processo. Para este fim, é admitida, sem o consentimento do acusado, a colheita de amostras sanguíneas e outras intervenções corporais, efectuadas por um medico, de acordo com as *leges artis*, com finalidades de investigação, se não for de prever qualquer lesão á saúde do acusado».⁸³

Mais recentemente, num acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de Julho de 2013, foram estabelecidos um conjunto de requisitos a ter em conta para que possa ser executada a recolha de amostras de ADN sem consentimento do arguido. A lista de requisitos é a seguinte:

- 1- As recolhas devem estar legalmente previstas
- 2- Perseguirem uma finalidade legítima
- 3- Mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos;
- 4- Devem ser idóneas, necessárias e na justa medida;

⁸² Nos termos dos art.519.º n.º 2 segunda parte e 357.º n.º 2 do CPC

⁸³ V. *Section 81th (Serial Molecular and Genetic Examination)* in http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html (Consultado em 20-01-2014)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

- 5- Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicial mente determinadas e estar motivadas;
- 6- Não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes;
- 7- Deve optar-se nestes casos por qualquer outra amostra de fluido corporal que possa ser devidamente recolhida a amostra para a determinação do ADN.

Em suma, os requisitos apresentados pelo acórdão acima referido suprem as preocupações que referimos anteriormente. O confronto entre a realização da justiça e a integridade pessoal, intimidade ou autodeterminação informativa como valores constitucionalmente previstos devem ser ponderados de modo cuidadoso. Se por um lado é importante que os valores constitucionais se mantenham intocáveis, é também importante manter o caminho voltado para a celeridade do processo e a verdade e realização da justiça. Se por meio destes requisitos, nenhuma situação desumana degradante é proporcionada ao arguido, a vítima e os bens jurídicos em causa devem ser salvaguardados.

4.7) Posição adoptada

Na nossa posição, a verdade processual e interesse público aqui em causa deve sobrepor-se a ideais de privacidade e devassa da vida privada, como alguns assim o entendem. Deve, contudo, ter-se especial cuidado com averiguação destas situações. A proporcionalidade entre os fins prosseguidos e uma restrição dos direitos fundamentais dos arguidos, devem ser sempre ponderada.

Os benefícios a retirar deste projecto são muito superiores às polémicas associadas e devem ser encarados como importantes para o desenvolvimento humano. Estas duas finalidades (investigação criminal e identificação civil) parecem-me corretas e devem ser prosseguidas mas para além destas devemos ter também em conta a finalidade médica que pode advir deste estudo. As múltiplas amostras de ADN recolhido para fins médicos, para estudo de doenças, mutações genéticas e as suas implicações familiares e por conseguinte implicações nas populações.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Incluimos aqui a possibilidade de estudos médicos numa perspectiva de futuro e não de uma interpretação que possa ser feita á luz da lei actual. Para que tal acontecesse, seria necessário uma mudança de paradigma, tanto a nível jurisprudencial como o nível de mentalidade populacional. Um sistema judicial que conte com uma base de dados de perfis de ADN completa e eficaz, utilizável e que possa servir para desenvolvimento de estudos médicos que a longo prazo aperfeiçoarão trarão resultados a vários níveis, já referidos, só tem a ganhar. É verdade que as experiências genéticas que temos acesso através dos meios de comunicação social levam-nos a criar uma ideia de que tudo se resume à clonagem ou utilização indevida desses materiais genéticos para fins ilícitos. Mas a verdade é que esta identificação dos indivíduos por perfis de ADN e do mapeamento e sequenciação dos genes teria uma aplicação para além da investigação criminal, prevenção e dissuasão do crime. Seria também uma excelente fonte da aplicação genómica na medicina e nos cuidados de saúde.

A boa aplicação desta base genética seria um passo dado no caminho da evolução, tanto a nível científico mas também a nível do Direito.

Como já referimos, em 1990 foi lançado, pelo Departamento de Energia e Institutos de Saúde dos EUA, o Projecto do Genoma Humano (PGH) que tinha por objectivo o mapeamento e sequenciação do genoma humano. Este projecto seria o impulsionador da criação de base de dados a nível mundial e o primeiro passo numa era em que a investigação criminal se iria interlaçar com a biologia forense. Este projecto teve outras implicações, ao nível do estudo da biologia e da medicina e, que visava sobretudo a descoberta e desenvolvimento de novos fármacos. A ter em conta aqui que o PGH já completou a descoberta de mais de 1800 genes de doença, o que facilita por consequência, a identificação de outros genes associados a doenças. Os responsáveis do projecto acreditavam que a descoberta da posição de cada gene, além da sua composição, seria valiosa para o diagnostico e a cura de muitas doenças, como o cancro, obesidade, diabetes ou doenças auto-imunes.

Não devemos esquecer, porém, que todo o ser humano tem um identidade genética própria e, segundo a Declaração da UNESCO⁸⁴, que veio adoptar, a 11 de Novembro de 1997 o acto jurídico mais importante nesta área: a Declaração Universal

⁸⁴ Esta declaração é proferida depois da possibilidade de patenteamento de genes estar em discussão.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (DUGH)⁸⁵ e que declarou o genoma humano como património da Humanidade. Esta declaração vem afirmar que o genoma humano é propriedade inalienável de toda a pessoa e por sua vez um componente fundamental de toda a humanidade. Deve então ser respeitado e protegido como característica individual e não utilizar estes dados genéticos para fins comerciais ou de interesses das farmacêuticas como muitos críticos apontam. Este documento reconhece que o Projecto Genoma Humano e as investigações genéticas são demonstrações da liberdade de pesquisa, mas só admite esta razão de ser quando estas se destinem à promoção de interesses colectivos.

Tendo em conta o avanço da ciência, em particular da Genética e da Biologia, em 16 de Novembro de 1999 a 30ª Conferência Geral da UNESCO adoptou as Directrizes para a Implementação da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem⁸⁶, com o objectivo central de reforço do acordo moral assumido pelos Estados que adoptaram a DUGH e para estimular a reflexão sobre as questões éticas.

Mais tarde, a 16 de Outubro de 2003, a UNESCO adoptou a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (DIDGH) que previa os exames genéticos como procedimento determinado para a detecção da presença, ausência ou modificação de um gene ou cromossoma em particular. A DIDGH, prevê no seu artigo 6º que os Estados devem desenvolver esforços para promover a participação da sociedade no processo de tomada de decisão sobre as políticas gerais de recolha, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos, fazendo deste modo a distinção entre estas quatro fases.

4.8) Finalidades da Base de Dados Genéticos

A finalidade de uma base de dados desta natureza tem de ser o contributo para o aumento da qualidade de vida, através do melhoramento de técnicas de diagnóstico de doenças e do seu tratamento, para além das finalidades que a Lei nº 5/2008 prevê.

⁸⁵ V. UNESCO (United Nations Educational, Scientific and cultural Organizations). Conferência Geral (29ª) - Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem: 11/11/1997. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf> (Consultado em 2014-01-20)

⁸⁶ V. UNESCO (United Nations Educational, Scientific and cultural Organizations). Conferência Geral (29ª) - Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem: 11/11/1997. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf> (Consultado em 2014-01-20)

4.8.1) Finalidades clínicas

A aplicação do ADN está ligado com dois aspectos importantes: com o conhecimento da informação relativa à saúde dos sujeitos, ou seja, a propensão para certa doença e por outro lado, como a modificação da constituição genética⁸⁷.

Em relação a este tema, a medicina preditiva⁸⁸ aparece como figura essencial na análise clínica que pretendo realizar. A avaliação genética que é realizada visa prever quando e como se verificará a possível eclosão de uma enfermidade. Esta avaliação é feita através de testes cuja finalidade é averiguar se um ou mais genes estão presentes num determinado genoma e identificar o risco que cada pessoa tem de desenvolver uma doença ou o risco de transmissão de doenças aos descendentes, como é o caso dos cancros hereditários ou as doenças neurogenéticas⁸⁹ que são descobertos através de testes moleculares de ADN.

Os Testes de Heterozigotia, pré-sintomáticos, preditivos e pré-natais são exemplo disto. A Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro⁹⁰ sobre a informação genética pessoal e informação de saúde prevê os conceitos destes testes no seu artigo 10.º.

Os testes de rastreio assentam em três tipos de testes: o diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas, o diagnóstico de predisposições e o diagnóstico de predição de riscos para futuras gerações e desempenham uma mais valia na qualidade de vida de todos nós.

4.8.2) Identificação Civil

A utilização do ADN resume-se estritamente à realização de análises em sede de Direito Processual Penal e no Direito Civil, que como já referimos anteriormente, se

⁸⁷ A este fenómeno dá-se o nome de mutação genética, isto é, «mudança brusca e permanente de um ou mais caracteres hereditários que ocorre espontaneamente ou provocada por diversos agentes. O mecanismo pode ser cromossómico: modificação do número, da distribuição ou da estrutura dos cromossomas» («Mutações». In MANUILA, L. *et al. Dicionário Médico* (adaptação e revisão da ed. Portuguesa João Alves Falcato). 3ª Edição. Lisboa: Climepsi Editores, 2003, p.412)

⁸⁸ A medicina preditiva é a capacidade de fazer prognósticos quanto à possibilidade de um indivíduo vir a desenvolver alguma doença de base genética, no futuro.

⁸⁹ Como por exemplo, a doença de Huntington, um distúrbio neurológico hereditário caracterizado por causar movimentos corporais anormais e falta de coordenação.

⁹⁰ V. <http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei12-2005.pdf> (consultada em 12-01-2014)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

mostra muito eficaz em Direito da família, mais especificamente em casos de estabelecimento da filiação⁹¹.

O material genético encontra-se em todas as células do nosso organismo, mostrando-se uma ferramenta eficaz em situações de desaparecimentos, atentados terroristas, acidentes e catástrofes naturais⁹².

4.8.3) Investigação Criminal

No Direito Penal, o ADN cumpre a função de identificação de possíveis suspeitos através de vestígios biológicos, deixados na vítima ou no local do crime. A fiabilidade dos exames de ADN e a capacidade com que se consegue realizar esses exames, mesmo que a partir de mínimos vestígios, fazem com que os perfis de ADN sejam o melhor aliado da justiça. Contudo, a salvaguarda dos Direitos Fundamentais que entram em confronto com esta técnica, tem sido a principal barreira à implementação na sua plenitude da base de perfis de ADN.

4.9) Análise Crítica

Como sabemos, Portugal optou, em 2008, por legislar de modo restritivo sobre a inserção de perfis e a sua manutenção no sistema ao prever que apenas seriam inseridos os perfis de condenados por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a três anos (ainda que substituída) e desde que haja despacho do juiz de julgamento determinando aquela inserção⁹³. Para além disso, os perfis são removidos na mesma data em que se procede ao cancelamento definitivo das respectivas decisões no registo criminal⁹⁴. Esta restrição na inserção de perfis vai num caminho diferente do que tem vindo a ser apontado como base de perfis de ADN de sucesso na Europa. Exemplo disso é a, já falada, base de perfis genéticos do Reino Unido em que a manutenção dos perfis não tem limite temporal pré-definido e que para além disso a recolha de amostras de ADN acontece em casos de simples suspeitos, mesmo após a sua posterior inocência.

⁹¹ Mesmo a possibilidade de, em casos em que o pai já falecera, averiguar a paternidade através do ADN recolhido da medula óssea do cadáver.

⁹² Falaremos mais à frente acerca de casos mediáticos em que os exames de ADN se mostraram essenciais na descoberta da verdade material ou em identificação civil.

⁹³ N°2 do artigo 8° da Lei n° 5/2008, de 12 de Fevereiro

⁹⁴ N°1, alínea f) do artigo 26° da Lei n° 5/2008, de 12 de Fevereiro

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Na nossa opinião, esta restrição temporal e dos sujeitos passivos desta recolha terá de ser alterada. Os critérios de inserção e retenção dos perfis de ADN deverão de ser alargados com base na eficácia desta técnica e tendo em conta o sucesso da base de dados do Reino Unido, que é a mais ampla base de perfis genéticos do Mundo.

Fazendo a comparação com outros sistemas legais, à luz da nossa lei, os juízes são os únicos detentores de poder legal para ordenar a recolha de amostras biológicas e para determinar a sua inserção e remoção da base de dados. Já no Reino Unido, os polícias detêm amplos poderes para a recolha destas amostras, tanto de suspeitos como de voluntários. A meu ver, nesta ponto, a lei portuguesa está bem redigida, evitando deste modo o deturpação ou abuso destes dados.

Em conclusão, a opinião que partilhamos é a de que a lei está bem redigida em termos de competências mas as finalidades a retirar deste método científico só serão aproveitadas na sua plenitude quando houver um alargamento, tanto na inserção como na remoção dos perfis genéticos na base de dados.

Em 2007, Alberto Costa, na altura Ministro da Justiça, afirmou que «A ciência Forense auxilia o Direito tornando a Justiça mais científica e mais rigorosa. A tecnologia forense referente ao estudo dos perfis genéticos de ADN constitui, como tem sido sublinhado, fonte de racionalidade cognitiva e instrumental. A credibilidade dos Tribunais e dos órgãos de investigação criminal sai reforçada pelo uso de um meio técnico com elevada precisão e fiabilidade».

4.10) Casos Mediáticos

Em 1988, foi a primeira vez que se admitiu em tribunal, a análise de ADN como meio de prova. Tommy Lee Andrews tornou-se o primeiro condenado, nos Estados Unidos da América, com base no exame de ADN⁹⁵.

Mas os exames de ADN servem também para corrigir erros judiciais, que num sistema baseado em testemunhas nem sempre mostra a verdade material do caso.

⁹⁵ Condenado pelo crime de violação, a decisão foi tomada tendo por base a prova testemunhal e ma correspondência DNA em vestígios de sémen na vítima. (v.« *State and Federal DNA Database Laws Examined*» in <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/case/revolution/databases.html> (consultado em 21-01-2014)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

William Dillon, um cidadão norte-americano, condenado a prisão perpétua pelo homicídio de James Dvorak, foi em 2008 inocentado, depois de 27 anos preso, com base em exames de ADN. Alegadamente teria assassinado James Dvorak num bosque de Canova Beach, na costa este do Estado da Flórida, nos EUA. Dillon recebeu uma indemnização de 1,3 milhões de dólares.

Este é um de muitos casos resolvidos pela organização designada “Innocence Project⁹⁶” que foi criada pelos advogados Barry C. Scheck e Peter J. Neufeld em 1992, para ajudar nos casos em que as provas de ADN obtidas depois da condenação podem determinar a inocência do arguido⁹⁷.

Até hoje, esta organização já conseguiu inocentar, através de testes de ADN, 312 pessoas sendo que 18 estavam já no corredor da morte. Dos casos mais mediáticos falemos de Darryl Hunt que estava preso há mais de 19 anos com uma sentença de prisão perpétua pelo crime de violação e homicídio da editora Deborah Sykes. Em 2004 foi inocentado pelo teste de ADN. Ao que o Tribunal apurou, os vestígios recolhidos na vítima e no local do crime não correspondiam ao perfil de ADN de Hunt.

Também Lynn DeJac, em 2007, se tornou conhecida por ser a primeira mulher a ser inocentada pelo recurso ao método de exames de ADN. Estava presa desde 1994 pelo crime de homicídio da sua filha, novamente com base na correspondência entre vestígios do crime e o seu perfil genético. Tem ainda em tribunal uma acção de indemnização contra o Estado de Nova Iorque.

Kirk Bloodsworth foi condenado à morte, em 1985, pelo crime de violação e homicídio de uma criança de 9 anos, em Baltimore, Maryland. Passou 9 anos na prisão, sendo que dois deles no corredor da morte até que foi considerado inocente, em 1994, com base em exames de ADN. São apenas poucos os exemplos de centenas de erros judiciais que nunca seriam sanados se não fossem os exames genéticos realizados.

Também em Portugal um caso mediático foi resolvido com recurso ao exame de ADN. A ponte Hintze Ribeiro caiu a 4 de Março de 2001, em Castelo de Paiva. Vitimou 60 pessoas, sendo que alguns dos cadáveres nunca chegou a aparecer. Os corpos

⁹⁶ V. www.Innocenceproject.org (consultado em 21-01-2014)

⁹⁷ V. «Um milhão de euros para inocente que esteve preso 27 anos» in de http://www.in.pt/PaginalInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=2325837 (consultado em 21-01-2014)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

descobertos na Costa Francesa, no Golfo da Biscaia e na Costa da Morte, na Galiza, pertenciam às vítimas deste acidente. Devido ao avançado estado de decomposição dos corpos só através de exames de ADN foi possível fazer a identificação dos cadáveres⁹⁸.

⁹⁸ V. «Resultados de testes de ADN de corpos encontrados em França conhecidos na próxima semana» in <http://publico.pt/sociedade/noticia/resultados-de-testes-de-adn-de-corpos-encontrados-em-franca-conhecidos-na-proxima-semana-22679> (consultado dia 22-01-2014)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Conclusão

Temos, nesta fase, algumas conclusões que tirar em relação ao trabalho exposto. Pretendemos, com o desenvolvimento deste tema, levantar o problema e as questões que estão por resolver, nos pontos abordado.

Vamos referir os tópicos mais importantes que foram referidos:

A. A informação genética que se encontra nos genes, contém todas as informações em relação à família, às predisposições e determinações genéticas de cada um de nós, onde um exame ao ADN consegue prever com toda a fiabilidade, as doenças das quais podemos vir a padecer.

B. Não devemos utilizar a genética em prol de objectivos que não estão previstos na lei e nunca ninguém deve ser discriminado com base no seu ADN, nem utilizados os perfis de ADN em projectos de hegemonia de raças.

C. Hoje sabemos o papel importante que a base de perfis de ADN tem no sistema jurídico e judiciário. O auxílio que esta técnica tem dado às investigações tem dissipado muitas das dúvidas que pairavam em casos por resolver.

D. No Direito da Família, o ADN pode ser útil em vários contextos, como por exemplo, na perfilhação, regulação do poder paternal e estabelecimento da filiação.

E. Nos campos do Direito Civil e do Direito Penal, o ADN impõe-se como solução fiável com a função de identificação.

F. A relevância dos exames de ADN tem aumentado ao longo dos anos e é agora um prova susceptível de criar uma convicção forte em Tribunal, apresentada como meio de prova.

G.A realização destes testes pode, em alguns momentos, colidir com os direitos fundamentais, como o direito à reserva da vida privada, o direito à autodeterminação informacional e o direito à intimidade genética.

H. A restrição destes direitos deve estar condicionada à finalidade de interesse da investigação criminal ou de identificação civil, mantendo um regime de

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

confidencialidade da informação, onde deve ser definido um período limitado para a manutenção dos perfis nas bases de dados.

I. a recolha de material passível de exame, deve ser realizado, sempre que possível com consentimento, livre e esclarecido da pessoa em causa. Este consentimento diz respeito à recolha mas também à utilização que será feita do material recolhido.

J. Ao contrário do que acontece no processo civil, em processo penal não há inversão do ónus da prova em caso de recusa da pessoa em submeter-se à recolha de ADN.

K. Os direitos fundamentais devem ser restringidos quando as finalidades do processo penal assim o exigem, sempre tendo em conta a proporcionalidade e a necessidade desse método.

L. Os direitos fundamentais não são direitos absolutos e devemos entender que estes podem ser limitados em nome do interesse público. Esta limitação deve ser imposta por lei, e ser definida com clareza as situações e condições.

M. A comparação de perfis de ADN constitui prova pericial. A recolha e análise dos vestígios biológicos é um meio de obtenção de prova, enquanto que a comparação entre perfis é um meio de prova.

N. Sendo um meio de prova, esta vai ser averiguada e livremente apreciada pelo juiz nos termos do artigo 163º do Código de Processo Penal.

O. O artigo 8º, nº1 d lei nº 5/208, de 12 de Fevereiro exige que o Juiz fundamente que a prova recolhida através de exames de ADN é indispensável e necessária para a descoberta da verdade material.

P. A realização da justiça não deve sobrepor-se aos direitos fundamentais em todas as situações mas apenas aquelas em que mais nenhuma outra prova possa trazer à superfície a verdade processual, na medida do estritamente necessário.

Q. A Lei nº5/2008, de 12 de Fevereiro opta por dar visibilidade ao interesse colectivo da realização da justiça, em prejuízo dos direitos fundamentais de liberdade e integridade física, reserva da vida privada e autodeterminação de informações.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Bibliografia

Colocamos nesta parte apenas as fontes consultadas directamente, bem como as obras citadas ao longo do trabalho.

Obras e Artigos de Publicações em Série

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e Convenção dos Direitos do Homem*. 4ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011

ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ASCENÇÃO, José de Oliveira - «Direito e Bioética», *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*. Ano 51, Vol. II (1991), pp. 429 a 458. Versão Electrónica disponível em <http://www.oa.pt/upl/%balel2138-8cf5-4a8d-96c7-65a4bfb9ab2%7D.pdf> (Consultado em 21/10/2013)

B., Knight - *Forensic Pathology*, 2ª edição. London: Edward Arnold, 1996

BALDING, D.J. e DONNELLY, P. - «How convincing is DNA evidence?», *Nature*. Vol.368 (1994), pp. 285 a 286.

BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena - *Utilização das técnicas de ADN no âmbito Jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimpressão da 7ª Edição de 2003. Coimbra: Almedina, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I*. 4ª Edição revista. coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Parecer nº18/2007 (Relator Eduardo Campos): 13/04/2007. Disponível em http://www.cnpd.pt/bin/decisooes/par/40_18_2007.pdf (consultado a 24/11/2013)

Parecer nº41/2007 (Relator Eduardo Campos): 16/07/2007. Disponível em http://www.cnpd.pt/bin/decisooes/par/40_41_2007.pdf (consultado a 24/11/2013)

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Parecer nº5/2009 (Relator Luís Barroso): 09/02/2009. Disponível em http://www.cnpd.pt/bin/decisooes/par/40_5_2009.pdf (consultado em 25/11/2013)

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - *Parecer nº7/CNE/94 sobre a protecção jurídica das invenções biotecnológicas*. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059540_P007_InvencoesBiotecnologicas.pdf (Consultado em 26/12/2013)

Parecer nº18/CNECV/97 sobre a proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas(1997). Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059197_P018_InvencoesBiotecnologicas.pdf

Parecer nº21/CNECV/97 sobre implicações éticas da clonagem (1997). Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059152_P021_Clonagem.pdf (Consultado em 27/12/2013)

Relatório nº31/CNECV/2000. Documento preliminar sobre o genoma humano (2000). Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057573_P031_TestesGeneticos.pdf

Relatório e Parecer nº40/CNECV/01 sobre implicações éticas da genómica (2001). Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057350_P040_ImplicacoesEticasGenomica.pdf (Consultado em 29/12/2013)

Parecer nº52/CNECV/07 sobre o Regime jurídico da base de dados de perfis de ADN (2007). Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasesDadosADN.pdf (Consultado em 29/12/2013)

COSTA, Susana - *A Justiça em Laboratório. A identificação por perfis genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a apropriação local*. Coimbra: Almedina, 2003.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

COSTA, Susana, MACHADO, Helena e NUNES, João Arriscado - «O ADN e a Justiça: a Biologia Forense e o Direito como mediadores entre a Ciência e os cidadãos». In GONÇALVES, Maria Eduarda (organizadora) - *Os Portugueses e a Ciência*. Dom Quixote: Lisboa, 2002.

CUÉNOT, Lucien - «Les recherches expérimentales sur l'hérédité mendélienne», *Rev.Gén.Sc.* Vol.15 (1904), pp. 303 a 310.

DARWIN, Charles - *A Origem das Espécies* (Tradução Dora Batista). 2ª Edição. Mem-Martins: Publicações Europa-América, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Clássicos Jurídicos - Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa - *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Figueiredo «Anotação do Artigo 149º» in *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 276 a 301

DNA ADVISORY BOARD - «Quality Assurance Standarts for forensic DNA Testing Laboratories», *Forensic Science Communications* (2000) Disponível em <http://www.fbi.gov/hq/lab/fsc/backissu/july2000/codis2a.htm> (Consultado em 20/01/2014)

«Quality Assurance Standarts for Convicted Offender DNA Databasing Laboratories», *Forensic Science Communications* (2000). Disponível em <http://www.fbi.gov/hq/lab/fsc/backissu/july2000/codisla.htm> (Consultado em 20/01/2014)

FORENSIC SCIENCE SERVICE - *National DNA Database Annual Report for 2002-03*. London: Forensic Science Service Publications, 2004. Disponível em http://www.homeoffice.gov.uk/documents/NDNAD_Annual_Report_02-03.pdf (Consultado em 12/12/2013)

GONÇALVES, Maria Eduarda (organizadora) - *Os Portugueses e a Ciência*. Dom Quixote: Lisboa, 2002

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

JA, Gisbert Calabuig - *Medicina Legal y Toxicologia*, 5ª edição. Barcelona: Masson, S.A., 1998

LOPES, Carlos - *Guia de Perícias Médico-Legais*, 6ª edição. Porto, 1977

MACHADO, Helena - *Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN*, *Etnográfica*, vol. 15 (1) | 2011, 153-166.

RANGEL, Rui Manuel de - *O Ónus da Prova no Processo Civil*. Lisboa : Almedina, 2000.

VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral Volume I*. 10ª Edição, revisto e actualizado. Lisboa : Almedina, 2005.

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

Índice

Resumo	2
Summary	3
Siglas e Abreviaturas Utilizadas	4
Introdução	6
1) Enquadramento Legal	8
2) Perícias Médico-Legais	10
2.1) Análise do Diploma Legal	10
2.2) Tanatologia Forense	11
2.2.1) Provas de Morte	11
2.2.2) A autópsia médico-legal/ Autópsia anatomo-clínica	12
2.2.3) Determinação do momento da morte	12
2.2.4) Meios Complementares de diagnóstico	12
3) Genética	14
3.1) A sua origem	14
3.2) Descoberta do ADN	15
3.3) A identificação por perfis de ADN	16
3.4) Projectos levados a cabo na Europa	17
3.4.1) International Society for Forensic Genetics (ISFG)	17
A) DNA Commission	17
B) European DNA Profiling Group	17
3.4.2) Standardization of DNA Profiling Techniques in the European Union (STADNAP)	17
3.4.3) European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI)	18
4) O Direito e o ADN	19

Justiça Geneticamente Alterável - Análise das Bases de Perfis de ADN

4.1)	A biografia da prova forense	19
4.2)	O ADN nos Tribunais	21
4.3)	Recolha compulsiva de amostras de ADN (Análise Jurisprudencial)	22
4.4)	Base de Dados em Portugal	26
4.5)	ADN no âmbito internacional	29
4.6)	Direitos Fundamentais	32
	4.6.1) Violação do Direito à Reserva da Vida Privada	32
	4.6.2) Violação do Direito à Liberdade e do Direito à Integridade Física -	35
	Obrigatoriedade de submissão a exames e consequências jurídicas	
4.7)	Posição Adoptada	38
4.8)	Finalidades da Base de Dados Genéticos	40
	4.8.1) Finalidades Clínicas	41
	4.8.2) Identificação Civil	41
	4.8.3) Investigação Criminal	42
4.9)	Análise Crítica	42
4.10)	Casos Mediáticos	43
	Conclusões	46
	Bibliografia	48
	Índice	52