

PROVA GENÉTICA: IMPLICAÇÕES EM PROCESSO PENAL

Jorge dos Reis Bravo | Celso Leal

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa 2018

Índice

Prefácio	7
GERMANO MARQUES DA SILVA	
Apresentação	11
ANTÓNIO LATAS	
1. Introdução	15
2. A prova genética: aproximação à sua utilização na investigação criminal e em processo penal	22
2.1. Considerações preliminares	25
2.2. Considerações introdutórias sobre conceitos técnico-científicos básicos respeitantes ao ADN	41
2.2.1. ADN codificante e ADN não codificante	41
2.2.2. O ADN mitocondrial (ADNmt): «herança materna»	52
2.2.3. O Cromossoma Y: «herança paterna dos homens»	53
2.2.4. O Cromossoma X	54
2.2.5. SNP (<i>single nucleotide polymorphisms</i>)	55
2.2.6. Técnicas de análise de ADN	58
2.2.7. O problema da fenotipagem	60
3. O enquadramento normativo do intercâmbio internacional da prova genética	73
3.1. Considerações introdutórias	73
3.2. Os modelos de cooperação internacional em matéria de (intercâmbio de) prova genética: o modelo vigente	78
3.3. Os principais instrumentos de cooperação internacional em matéria de prova genética	79
3.4. A cooperação europeia no âmbito da prova genética: o «sistema Prüm»; algumas questões respeitantes à execução/(implementação) das Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI, de 23 de junho, do Conselho da União Europeia	100
4. A genética forense na resolução de casos criminais e o quadro normativo da investigação criminal e do processo penal	111

4.1.	Da «comparação direta» à necessidade de uma base de dados de perfis de ADN (a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro)	112
4.2.	Algumas questões controversas no contexto da investigação criminal com recurso a tecnologia de identificação genética	116
4.2.1.	Introdução	116
4.2.2.	Os direitos fundamentais em questão nos meios de obtenção de prova, com especial incidência na recolha de amostras de material biológico	118
4.2.3.	A natureza jurídica dos procedimentos investigatórios genético-forenses: análises, exames, perícias ou exames periciais?	162
4.2.4.	A condição e estatuto processuais do arguido não condenado em contexto de prova genética	174
4.2.5.	A recolha de amostras de material biológico com finalidades de determinação de perfil genético no quadro da investigação criminal	187
4.2.6.	As hipóteses (alternativas e comparadas) de inserção e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados em bases de dados e a solução nacional	197
4.3.	A ordem de recolha de amostras em arguidos imputáveis condenados (art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008)	204
4.3.1.	Pressupostos	207
4.3.2.	Automaticidade	211
4.3.3.	Coercibilidade	214
4.4.	A ordem de recolha de amostras em arguidos inimputáveis condenados em medida de segurança, nos termos do art. 91.º, n.º 2, do Código Penal (art. 8.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2008)	223
5.	A eficácia probatória da prova genética em matéria criminal: uma prova <i>beyond a reasonable doubt</i> ?	228
6.	Glossário	241
7.	Anexos	245
7.1.	Instrumentos normativos internacionais	245
7.2.	Jurisprudência nacional	423
8.	Bibliografia	431

Prefácio

GERMANO MARQUES DA SILVA

I. Por razões editoriais decorrentes da estrutura interna da coleção *Investigação*, em que esta obra se insere, foi-nos pedido um prefácio para a monografia da autoria de Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal que tem por título *Prova Genética: Implicações em Processo Penal*, a publicar pela Universidade Católica Editora. Faço-o por dever de ofício para justificar a publicação na coleção, mas faço-o também com muito gosto, consciente embora de que nada acrescento ao valor intrínseco da obra nem ao prestígio dos seus autores que não necessitam sequer de apresentação à comunidade jurídica.

II. Um rápido olhar pelas quatro principais divisões da obra – (i) *A prova genética: aproximação à sua utilização na investigação criminal e em processo penal*; (ii) *O enquadramento normativo do intercâmbio internacional da prova genética*; (iii) *A genética forense na resolução de casos criminais e o quadro normativo da investigação criminal e do processo penal*; (iv) *A eficácia probatória da prova genética em matéria criminal: uma prova beyond a reasonable doubt?* – revela-nos imediatamente a interação entre a ciência e o direito, mais especificamente entre a prova científica e a investigação criminal e o processo penal. Por um lado, o direito recorre à ciência para acertar os pressupostos factuais das suas normas e, por outro, a ciência deve adequar-se aos critérios probatórios previstos pelo direito. Por outras palavras: o direito necessita ou aproveita-se da ciência ao mesmo tempo que predispõe as condições da aquisição das provas científicas e da sua relevância para efeitos das suas decisões, interagindo com a mediação dos órgãos judiciais. Assim, nem a ciência se substitui ao direito nem o direito à ciência, interagem de tal modo que pode considerar-se como que uma *processualização* ou *judicialização* da ciência e uma *cientifização* do direito.

A problemática das relações do Direito e da ciência é muito complexa e suscita numerosas tensões no plano epistemológico. Desde logo pela própria natureza das leis científicas que frequentemente não são universais, mas probabilísticas, donde que seja necessário determinar o grau de probabilidade estatística que pode ser considerada necessária ou suficiente para se decidir, tendo-as como suporte. Vem a propósito referir o paradoxo enunciado por Fiandaca¹: a ciência que confessa a própria incerteza solicita a intervenção do juiz, mas o juiz não é capaz de decidir com conhecimento de causa se não consegue compreender o que a ciência lhe oferece, sendo certo que com muita frequência o juiz se encontra em inferioridade cognitiva face à ciência. É um paradoxo a que não se pode fugir, mas gerir com cuidado, evitando que a ciência exproprie o direito e que o direito ignore ou renegue a ciência. Tarefa indubitavelmente muito difícil a exigir também aos decisores judiciais conhecimentos científicos bastantes para poderem avaliar a relevância das provas científicas.

III. A obra que é agora dada à estampa tem estas importantes funções, como resulta dos seus vários números: num primeiro momento fornece os conceitos técnico-científicos básicos respeitantes ao ADN (2), num segundo o enquadramento normativo do intercâmbio internacional da prova genética (3), depois enuncia e procura dar resposta a questões controversas no contexto da investigação criminal com recurso a tecnologia de identificação genética (4), e, por fim, debruça-se sobre a eficácia da prova genética em matéria criminal (5).

Parece-nos que a obra pretende responder e responde efetivamente às principais questões que enunciamos no contexto da prova científica em processo penal: por um lado, trata da relevância da prova genética (científica), dos seus elementos constitutivos e enquadramento no âmbito da prova processual penal, bem como da colaboração internacional para a sua aquisição e, por outro, alerta o jurista para as dificuldades que esta provas suscitam, fornecendo-lhe os conhecimentos científicos imprescindíveis para que possa compreender e valorar estes meios de prova.

¹ Fiandaca, G., «Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale», *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2005 (5), p. 23.

Não nos cumpre formular juízo na perspetiva científica sobre a valia da prova genética na investigação criminal, para o que carecemos de habilitação, mas, como jurista empenhado nos domínios do processo penal, julgamos poder afirmar sem reservas que Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal prestam com este livro um importante contributo para que os juristas fiquem mais bem habilitados a gerir no processo penal a valoração da prova científica baseada no ADN e assim contribuindo para a boa aplicação das leis e realização da justiça.

Lisboa, 17 de janeiro de 2017

Apresentação

ANTÓNIO LATAS*

Os autores, que são magistrados do Ministério Público há muito envolvidos na tarefa de procurar mais além, através da investigação e da escrita jurídicas, da definição das perguntas e da descoberta de respostas à imensidão de problemas suscitados na prática dos tribunais, tiraram do seu tempo de família e lazer o necessário para, neste imbricado mundo novo que a evolução científica e tecnológica vai tecendo à nossa volta, deixar um inegável auxílio a todos os comprometidos na ampla função de procurar e dizer o direito do caso concreto, aqui incluída a investigação criminal, *et pour cause*, todos os que na compreensão e resolução desses mesmos problemas encontram a *sorte do seu caso*. Traçam, para tanto, uma rota singular onde vão desenvolvendo a miríade de interligações para que o título nos alerta, deixando-nos, no essencial, um conjunto de questões divididas por diversas áreas temáticas.

Conhecedores das dificuldades dos temas que nos propõem e preparados para a difícil tarefa de caminhar à medida que vão desenhando boa parte do percurso, JORGE BRAVO e CELSO LEAL têm o cuidado e a generosidade de fazer uma revisão das principais noções e conceitos com que se tece e desenvolve a *genética forense*, deixando notícia atualizada de realidades como a distinção entre ADN e perfil de ADN, marcadores genéticos e ADN codificante e não codificante, STR e SNP, munindo o leitor com as ferramentas indispensáveis para a compreensão mais profunda das problemáticas em volta da prova genética.

No que respeita à prova com recurso *ao ADN*, os Autores abordam a realidade emergente da *Genetic Intelligence* e os seus pontos de contacto com a prova em processo penal, cumprindo destacar a exposição sobre a admissibilidade em processo penal *de perícia de fenotipagem de ADN*

* Juiz Desembargador. Presidente do CFBDPADN entre junho de 2013 e outubro de 2017.

para determinação de características físicas externamente visíveis (v.g., a cor dos olhos, a pigmentação da pele ou a coloração dos cabelos da pessoa), de que avaliam os principais méritos e riscos, para concluir pela sua admissibilidade entre nós, de *jure condito*, ao mesmo tempo que sugerem a consagração inequívoca e expressa de um regime detalhado da perícia por fenotipagem em processo penal.

Ainda em matéria de prova, JORGE BRAVO e CELSO LEAL sujeitam a revisão séria as posições doutrinárias sobre os direitos fundamentais e princípios constitucionais mais fortemente implicados no tema das *ingerências corporais probatórias*, nomeadamente para recolha de ADN, e discutem a natureza jurídica dos procedimentos para obtenção de prova genética, entre os meios de prova e de obtenção de prova convocados a este respeito (análises, exames, perícias ou exames periciais), a que não falta, uma vez mais, a posição assumida pelos autores.

Em tema de *base de dados* de perfis de ADN, os autores analisam o regime especial de recolha de amostra em arguido não condenado previsto no artigo 8.º n.º 1, da Lei n.º 5/2008, face ao regime genericamente previsto no art. 154.º, n.º 3, do CPP para os exames (art. 172.º, n.º 2) e perícias aí contemplados e dissecam os principais problemas colocados a propósito da recolha de amostras e inserção de perfis em arguidos condenados, com natural enfoque na apreciação das alterações introduzidas pela recente Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, e suas consequências. Deixam-nos ainda posição informada, designadamente comparando algumas soluções legislativas estrangeiras, sobre outra das *vexata questio* que acompanha a base de dados de ADN desde a sua criação: sim ou não à inserção em ficheiro da base de dados do perfil de arguidos não condenados, para que possam ser objeto de interconexão por inserção de outros perfis, o que a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, continua a não permitir.

Sobre o tema da *cooperação internacional em matéria penal* relativamente à prova genética, a obra que se apresenta supre lacuna existente, seguindo o trilho constituído pelos instrumentos normativos internacionais que ponteiam a evolução dos esforços dirigidos ao intercâmbio no domínio da prova genética, ao proceder ao tratamento sistematizado e articulado das questões relevantes que aqui se colocam e do respetivo tratamento normativo, sendo de destacar a sua atualidade face à recente

Diretiva da Decisão Europeia de Investigação (DEI), transposta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, e às alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017 na Lei n.º 5/2008, que cria e regula a Base de Dados de Perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.

Os Autores terminam a sua obra abordando alguns dos problemas suscitados em sede de valoração da prova genética e deixam-nos com o conforto de ver aqui discutidas e assumidas muitas das questões práticas para que nos convoca a aplicação do direito comprometida com as temáticas nele abordadas, a que se junta o desejo de melhor compreender e aprofundar muitas delas.

Garantido está, pois, lugar de destaque para a obra que JORGE BRAVO e CELSO LEAL agora nos oferecem.