

ACÓRDÃO N.º 333/2018

Processo n.º 195/2018

1.ª Secção

Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional,

I – Relatório

1. Nos presentes autos, por acórdão proferido em 6 de abril de 2017 pelo Tribunal Coletivo do Juízo Central Criminal de Sintra, o arguido, ora recorrente, foi condenado como autor de um crime de roubo simples na forma tentada e como co-autor de um crime de roubo simples na forma consumada, na pena única de 3 anos de prisão efetiva.

No mesmo acórdão o Tribunal determinou a «recolha de amostra para obtenção de perfil de ADN e posterior inserção na base de dados respetiva, nos termos do disposto nos arts. 8.º, n.º 2 e 18.º, n.º 3, ambos da (...) Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.»

Inconformado, o arguido interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão de 21 de setembro de 2017, o julgou não provido.

Ainda inconformado, interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça que não foi admitido, por ser considerado inadmissível, nos termos do artigo 400.º, n.º 1, alínea *f*), do Código do Processo Penal (CPP). Apresentada reclamação deste despacho para o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, viria a mesma a ser indeferida, por despacho de 21 de dezembro de 2017.

2. Na sequência, em 3 de janeiro de 2018, o arguido interpôs recurso para o Tribunal Constitucional suscitando duas questões de constitucionalidade, a primeira referente ao artigo 400.º do CPP e a segunda respeitante ao artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

Por despacho de 8 de janeiro de 2018, o Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça não admitiu o recurso relativamente à primeira questão de constitucionalidade colocada, por falta de suscitação prévia, nos termos do artigo 72.º, n.º 2, da Lei da Organização, Funcionamento e

Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro [LTC]), decidindo, por sua vez, no que respeita à segunda questão, não conhecer da mesma por não competir ao Supremo Tribunal de Justiça, antes ao Tribunal da Relação, pronunciar-se sobre a admissibilidade de recurso interposto de decisão por aquele tribunal proferida, nos termos do disposto no artigo 76.º, n.º 1, da LTC.

Remetidos os autos ao Tribunal da Relação, por despacho de 28 de fevereiro, viria então a ser admitido o recurso para o Tribunal Constitucional.

3. Prosseguindo os autos para alegações, o recorrente apresentou as seguintes conclusões:

«1.ª O artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa visa assegurar a total garantia dos direitos de defesa do arguido, pelo que não poderá haver uma limitação excessiva desse direito de defesa, tal como resulta da norma do artigo 400.º do Código Penal a qual é altamente restritiva e por isso extremamente desproporcional.

2.ª Sendo este princípio da admissibilidade do recurso geral e sendo a lei processual civil subsidiária da penal, ainda que o recurso não seja admitido pela letra da lei penal, pode sê-lo pela letra da lei processual civil.

3.ª Contrariamente ao que resulta da fundamentação do douto despacho que não admitiu o recurso, com o devido respeito pela opinião em contrário, o presente recurso não é interposto ao abrigo do artigo 400.º do Código de Processo Penal, mas sim ao abrigo do artigo 672.º, n.º 1, als. a) e b), do Código de Processo Civil pela remissão operada pelo artigo 4.º do Código de Processo Penal, uma vez que a lei processual civil se aplica subsidiariamente ao processo penal. Logo,

4.ª Ainda que a pena de prisão aplicada ao arguido seja inferior a 8 anos, com o devido respeito pela opinião em contrário, as questões suscitadas no recurso são questões de direito que envolvem especial complexidade e dignidade, o que determina naturalmente que devam ser apreciadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, órgão judiciário máximo.

5.ª As questões que agora se suscitam são inequivocamente questões fundamentais de direito, estando em causa interesses de particular relevância social e revestem particular importância no nosso ordenamento jurídico, termos em que tais questões carecem de apreciação pelo Supremo Tribunal de Justiça para clarificação jurisprudência, nos termos do artigo 672.º, n.º 1, als. a) e b), do Código de Processo Civil.

6.ª Na falta de uma norma processual penal específica que preveja a admissibilidade de recursos relativos a questões fundamentais de direito, ao abrigo do princípio da subsidiariedade da lei processual civil, é possível recorrer às normas de processo civil para fundamentar a admissibilidade do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. Assim,

7.ª O presente recurso é admissível ao abrigo do artigo 672.º, n.º 1, als. a) e b), do Código de Processo Civil uma vez que são levantadas questões fundamentais de direito que pela sua relevância e dignidade devem ser imperativamente analisadas pelo órgão máximo do nosso ordenamento jurídico.

8.ª As questões fundamentais do direito que se pretendem ver apreciadas no presente recurso são:

No que respeita ao regime do crime da forma tentada, cumpre aferir quais os requisitos necessários para considerar punível a atuação do arguido, uma vez que no processo em análise parece não se verificarem os requisitos da tentativa;

No que respeita à não aplicação do regime especial par jovens temos uma nuvem jurisprudência no que respeita à orientação a seguir pelos tribunais quando o arguido tenha sido anteriormente condenado:

No que respeita à suspensão da pena de prisão, estamos aqui, com o devido respeito, perante uma grave violação do artigo 50.º do Código Penal.

O facto da recolha de amostras de ADN constituir uma violação grave do direito à integridade física e reserva do património genético do arguido, o que afeta a sua dignidade humana, estando por isso aqui perante uma norma inconstitucional nos termos do artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

9.ª Conforme facilmente se apreende, estamos aqui perante questões axiológicas e fundamentais tanto de direito penal como de direito constitucional, cuja relevância no processo e a dignidade jurídica são substanciais, pelo que, tratando-se de questões de direito constitucional, exige-se que a sua apreciação seja efectuada em primeira linha pelo Supremo Tribunal de Justiça e só posteriormente, pelo Tribunal Constitucional, cujo recurso é de última linha, ou seja, só é admissível o recurso para o Tribunal Constitucional quando todos os outros tribunais da hierarquia judiciária tenham tomado conhecimento da questão de inconstitucionalidade suscitada no processo.

10.ª A não admissão do recurso não só viola gravemente as garantias de defesa do arguido como cria uma escuridão no sistema jurídico quanto a questões de particular importância, com reflexo constitucional e ao novel da segurança e previsibilidade jurídicas.

11.ª Versando o recurso sobre questões jurídicas, e não sobre questões de facto, e revelando essas questões uma importância jurídica e social consideráveis, entende-se, com o devido respeito, merecerem as mesmas uma análise e decisão do Supremo Tribunal de Justiça, termos em que deve o recurso ser admitido. Por outro lado,

12.ª Não se poderá deixar de referir que o arguido no seu recurso teve o cuidado de fundamentar legalmente a admissibilidade do seu recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo o tribunal quando proferiu o despacho de não admissão do recurso, com o devido respeito, feito tábua rasa desses argumentos. Pois,

13.ª Limitou-se a referir a regra genérica artigo 400.º Código de Processo Penal, não tenho apreciado a admissibilidade do recurso ao abrigo das normas do artigo 672.º, n.º 1, als. a) e b), do Código de Processo Civil, apesar do arguido as expressamente ter indicado na questão prévia do recurso.

14.ª O facto de não se aplicar subsidiariamente o direito civil leva a que a norma do artigo 400.º do Código de Processo Penal seja considerada inconstitucional nos termos do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, pelo que deve o tribunal julgar a norma inconstitucional.

15.ª A recolha de ADN constitui uma violação grave do direito à integridade física e reserva do património genético do arguido, pondo claramente em crise a dignidade humana do arguido.

16.^a No art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa a identidade pessoal é vista num primeiro plano como o património genético próprio de cada indivíduo, o qual jamais pode ser afetado ou violado, pelo que, é inequívoco que o art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, é inconstitucional por violação do supra referido artigo da CRP, atentando gravemente contra a dignidade da pessoa humana, termos em que, desde já, se requer que tal norma seja declarada inconstitucional.

17.^a No caso concreto dos autos a recolha de ADN ainda se considera mais gravosa, porquanto a recolha das amostras de ADN se destina a construir uma base de dados para fins de investigação criminal e não a instruir um concreto processo, termos em que estamos aqui perante uma gravíssima violação da dignidade humana do arguido, uma vez que as razões que determinam a recolha do ADN são difusas e não fundamentadas, meramente para construir uma base de dados e não por qualquer outra razão atendível, pelo que mais uma vez se reitera estarmos perante uma verdadeira e própria violação da dignidade da pessoa humana, violação essa que ofende o conteúdo mínimo do direito e não se limita ao necessário para acautelar outros direitos. Nestes termos,

18.^a Será de concluir pela inconstitucionalidade do preceito legal que manda extrair ADN, revogando-se assim a decisão na parte em que determina a recolha da amostra de ADN ao arguido”.

4. Em contra-alegações, o Ministério Público sustentou a falta de condições para ser apreciada pelo Tribunal Constitucional a primeira questão de constitucionalidade, uma vez que não respeita o requisito, definido pelo artigo 72.º, n.º 2, da LTC, da prévia suscitação perante o tribunal *a quo*, adiantando, de todo o modo ainda que, a conhecer-se desta questão, não deverá merecer acolhimento, na linha da jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional relativamente à norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea *f*), do CPP.

Analisando a segunda questão, conclui pela procedência do recurso, sustentando que deve ser julgada materialmente inconstitucional «a norma do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, quando interpretada no sentido de a recolha de amostra com vista à obtenção de perfis de ADN, para fins de investigação criminal, se dever considerar como decorrente automaticamente da aprovação de sentença condenatória, não resultando de uma ponderação específica sobre a necessidade e proporcionalidade dessa recolha e sua posterior conservação».

Cumpre apreciar e decidir.

II – Fundamentação

a) Delimitação do objeto do recurso

5. De acordo com o processado, acima recordado, verifica-se que apenas foi admitido recurso para o Tribunal Constitucional da decisão referente à questão de constitucionalidade reportada ao artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 2 de fevereiro, pelo que apenas esta questão deverá ser objeto de análise e conhecimento no presente acórdão.

O conhecimento da questão atinente ao artigo 400.º do CPP ficou definitivamente precludido com a prolação da decisão de não admissão do recurso proferida no Supremo Tribunal de Justiça sem que sobre a mesma tivesse incidido reclamação. Em face do exposto, manifesto é que as alegações produzidas pelo recorrente no que respeita àquela questão não deverão ser consideradas.

6. Quanto ao recurso de constitucionalidade admitido, deve começar por se atender à letra do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 40/2013, de 25 de junho, que regula a base de dados de perfis de ADN (LBDADN).

Este preceito, tendo como epígrafe «Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal» estabelece o seguinte: «Quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída». O n.º 1, para onde se remete, estabelece que a «recolha de amostras em processo-crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal».

O recorrente considera inconstitucional a recolha de amostras de ADN prevista naquele preceito legal nomeadamente porque as amostras ali referidas «se destinam a construir uma base de dados de investigação criminal e não a instruir um concreto processo» (cfr. n.º 29 do recurso de constitucionalidade, fls. 39 do apenso).

No que diz respeito à forma como o preceito foi interpretado nas instâncias, é de referir que, apesar de no recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa o recorrente ter identificado uma questão de inconstitucionalidade referente ao artigo 8.º, n.º 2, da LBDADN, por violação do artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, pedindo, em consequência, a revogação da decisão de primeira instância na parte em que determinara a recolha da amostra de ADN do arguido, o Tribunal da Relação viria a confirmar o decidido na decisão de primeira instância, sem fazer qualquer menção expressa àquela questão. A decisão de primeira instância tem o seguinte teor, na parte que aqui releva:

«Recolha de amostra com vista à obtenção de perfis de ADN para fins de investigação criminal

Determina o art.º 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 40/2013, de 25 de Junho) que, ‘quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior [i.e., a requerimento do arguido ou oficiosamente determinada por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido] é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída’.

Por seu turno, o art. 18.º, n.º 3, do mesmo diploma legal prescreve que ‘os perfis de ADN resultantes da análise das amostras recolhidas ao abrigo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º, bem como os correspondentes dados pessoais, são introduzidos na base de dados de perfis de ADN, mediante despacho do juiz de julgamento’.

Como se escreveu no recente acórdão do TRL de 05/05/2015 (tirado no processo n.º 241/11.5JELSB.L1-5 e disponível para consulta em www.dgsi.pt) que subscrevemos e aqui seguimos de perto, ‘da leitura dos n.ºs 1 e 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12.2, resulta que a recolha de ADN é automática, não dependendo de qualquer pressuposto, que a Lei não impõe (com exceção da condenação por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída) e sendo certo que pode ser ordenada logo após a constituição de arguido. A automaticidade da recolha resulta ainda da previsão do n.º 6 daquele artigo 8.º, que prevê a possibilidade de ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável. Ora, salvo o devido respeito por opinião contrária, a possibilidade de dispensa é que terá que ser determinada por despacho fundamentado, não a recolha. A intenção do legislador terá sido a de determinar a recolha de ADN como determina a recolha de impressões digitais e, de facto, não se vê como aquela recolha pode restringir direitos fundamentais do arguido entendendo-se, outrossim, que essa determinação não viola qualquer preceito constitucional’.

Nestes termos, uma vez que o arguido (...) vai condenado nestes autos na pena única de 3 anos de prisão, será determinada a recolha de amostra para obtenção de perfil de ADN e posterior inserção na base de dados respetiva, nos termos do disposto nos arts 8.º, n.º 2 e 18.º, n.º 3, ambos da mencionada Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro».

7. Assim, foi assumido na decisão proferida pelo tribunal de primeira instância, que viria a ser confirmada no Tribunal da Relação de Lisboa, e fazendo referência a jurisprudência deste tribunal ali citada, que «da leitura dos n.ºs 1 e 2 do art. 8.º da Lei n.º 5/08, de 12 de Fevereiro, resulta que a recolha de ADN é automática, não dependendo de qualquer pressuposto, que a Lei não impõe (com exceção da condenação por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída) e sendo certo que pode ser ordenada logo após a constituição de arguido». A ideia de «automaticidade da recolha», no entender do tribunal *a quo* «resulta ainda da previsão do n.º 6 daquele art. 8.º, que prevê a possibilidade de ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável». Deste regime retira o tribunal *a quo* a conclusão de que «a possibilidade da dispensa é que terá que ser determinada por despacho fundamentado, não a recolha. A intenção do legislador terá sido a de determinar a recolha de ADN como determina a recolha de impressões digitais (...)».

Tendo sido essa a interpretação do tribunal *a quo*, é, portanto, esta dimensão normativa que importa analisar no presente recurso.

A norma objeto de fiscalização é, assim, a que determina que a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que substituída, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respetiva, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado, quando a mesma não foi já realizada, interpretativamente retirada pela decisão do artigo 8.º, n.º 2, da LBDADN.

8. Resta salientar que a correção ou incorreção da decisão judicial proferida no caso – consideração que perpassa nas alegações produzidas pelo Ministério Público – designadamente no que respeita à pena aplicada e, por consequência, à ordem de recolha de ADN proferida por referência a essa

condenação, escapa ao julgamento do Tribunal Constitucional, apenas lhe competindo o julgamento de normas. O juízo sobre o mérito ou mesmo a eventual inconstitucionalidade das decisões judiciais, em si mesmas consideradas, extravasa o seu âmbito de competência a qual se limita ao julgamento de questões relativas a normas jurídicas. É o que decorre claramente da Constituição e da Lei (cfr. artigos 278.º, 280.º, 281.º da CRP e 70.º da LTC).

Isto não prejudica o poder/dever que o Tribunal tem de, ao proceder à análise da norma, a sindicá-la no contexto de todo o quadro legal em que se insere, para decidir da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

b) Enquadramento normativo e jurisprudencial

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

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

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

A referida lei foi alterada uma primeira vez pela Lei n.º 40/2013, de 25 de junho, e viria a ser de novo alterada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. A última alteração teve em vista reforçar a eficácia da Base de Dados de Perfis de ADN por se ter verificado que os resultados iniciais ficaram muito aquém das expectativas, provocando um subaproveitamento daquela base de dados (designadamente, ficando muito aquém da capacidade de auxiliar a investigação criminal alcançada em outros países), em face do reduzido número de perfis recolhidos tanto nos locais do crime (amostras problema) como relativos a pessoas condenadas (amostras referência), a que acresce números também muito baixos de ficheiros de perfis que visam fins de identificação civil. Os últimos dados disponíveis, relativos a 10 de abril de 2017 registam um total de apenas 8726 perfis na Base de dados (Cfr. parecer do Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, aquando do processo legislativo que conduziu à segunda alteração da Lei n.º 5/2008, disponível in <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41221>).

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

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

Será conveniente lembrar que, nos termos do n.º 3 do artigo 1.º da LBDADN, «É expressamente proibida a utilização, análise e tratamento de qualquer tipo de informação obtida a partir da análise das amostras para finalidades diferentes das previstas no artigo 4.º», ou seja, «(...) finalidades de identificação civil e de investigação criminal», com a possibilidade adicional de a «informação obtida a partir dos perfis de ADN pode[r] ser comunicada para fins de investigação científica ou de estatística, após anonimização irreversível» (artigo 23.º).

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

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

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

ii) A jurisprudência do Tribunal Constitucional neste âmbito

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

Em ambos os casos, o Tribunal julgou inconstitucionais *i*) a norma que possibilitava, sem autorização do juiz, a colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tivesse manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou

permitir tal colheita, constante do artigo 172.º, n.º 1, do CPP então em vigor, e *ii*) a norma que considerava válida e, por conseguinte, suscetível de ulterior utilização e valoração a prova assim obtida, constante do artigo 126.º, n.ºs 1, 2, alíneas *a*) e *c*), e 3, do CPP então em vigor.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«(...) não proibindo a Constituição, em absoluto, a possibilidade de restrição legal aos direitos, liberdades e garantias, submete-a, contudo, a múltiplos e apertados pressupostos (formais e materiais) de validade. Da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria decorre, em síntese, que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for autorizada pela Constituição (artigo 18.º, n.º 2, 1.ª parte) (ii) estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (artigos 18.º, n.º 2, 1.ª parte, e 165.º, n.º 1, alínea b), (iii) visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18.º, n.º 2, in fine); (iv) for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e

proporcional a esse objetivo (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte); (v) tiver carácter geral e abstrato, não tiver efeito retroativo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18.º, n.º 3, da Constituição).

(...)

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

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

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

12. Em suma, o Tribunal Constitucional entendeu que a Constituição autoriza a restrição dos direitos fundamentais para a prossecução das finalidades específicas do processo penal e identificou como interesses próprios constitucionalmente protegidos cuja salvaguarda é visada pela norma, designadamente, a realização da justiça e prossecução da verdade material – o que é central para a validade constitucional da restrição, ao abrigo do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. O Tribunal sublinhou também o carácter geral e abstrato desta restrição (e ausência de carácter retroativo), concluindo que não representa uma ablação total de direitos, liberdades e garantias nem atinge o seu núcleo essencial. Assentes estas premissas, já em sede de apreciação da conformidade da norma com o princípio da proporcionalidade, decorrente do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, o Tribunal não considerou que as restrições aos direitos fundamentais necessariamente implicadas na norma violem o princípio da proporcionalidade (em qualquer das suas dimensões a saber, os subprincípios da adequação, da exigibilidade e da justa medida), não vislumbrando que não constitua um meio adequado para a prossecução dos fins visados ou que não seja necessária para alcançar esses fins ou que seja excessiva.

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

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

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

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

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

13. A recolha de dados pessoais, em especial de amostras biológicas para a extração de perfis de ADN, pelas autoridades públicas foi também objeto de análise pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). O Tribunal constatou que tanto a obtenção de material celular por meio de uma zaragatoa bucal, a retenção desse material ou a determinação de um perfil de ADN com essa base constituem uma interferência no direito ao respeito pela vida privada [cfr. o Acórdão *Van der Velden v. Países Baixos* (n.º 29514/05), de 7 de dezembro de 2006]. Tal

interferência colide com o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que garante o direito ao respeito pela vida privada e familiar, a menos que possa ser justificada, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito. Para tal é necessário que tal interferência esteja «de acordo com a lei» e seja necessária «numa sociedade democrática», para a prossecução de um ou mais dos objetivos legítimos nela enumerados («a segurança nacional, (...) a segurança pública, (...) o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros»).

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

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

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

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

um justo equilíbrio entre os interesses público e privados em presença (cfr. o Acórdão do TEDH *S. e Marper v. Reino Unido*, § 119, tradução nossa).

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

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

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

c) Do mérito

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

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

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

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

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

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

No tocante ao enquadramento das questões do consentimento e da coercibilidade em sede de análises de ADN, a situação ao tempo da prolação daqueles acórdãos caracterizava-se por uma indefinição no plano normativo onde sobressaía a carência de uma norma a atribuir a reserva judicial da determinação ou autorização de ingerências e intervenções corporais probatórias sem o consentimento do afetado. O Tribunal Constitucional, nos citados arestos expressou o entendimento de que a Constituição exigia a intervenção de um juiz (*i.e.*, que estava sob reserva de juiz) para ordenar a recolha coativa de bioamostra para determinação de perfil genético.

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

A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro (em conjugação com a Lei 45/2004, de 19 de agosto, que estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses) veio completar aquele regime, ao regular a matéria relacionada com a criação da base de dados de perfis de ADN,

os critérios de inserção de perfis, os pressupostos exigidos para que se possam armazenar esses dados, bem como a permissão da interconexão e cruzamento de perfis e dados com os constantes dos ficheiros da base (a forma como poderiam ser cruzados esses dados entre si e, além disso, de que forma um perfil de ADN obtido de uma amostra referência de um determinado processo criminal poderia ser comparado com os já existentes na base de dados).

De acordo com o disposto no artigo 8.º, n.º 2, daquela Lei – a norma objeto de análise no presente recurso –, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, é ordenada por despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado da condenação.

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

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

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

Por outro lado, a retenção dos perfis em Portugal apenas está prevista até à data em que se proceda ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal – o que significa o prazo de 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena ou medida de segurança, se a sua duração tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos, ou superior a 8 anos, respetivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime, nos termos da Lei da Identificação Criminal (cfr. o artigo 15.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 57/98, de 18 de agosto, entretanto revogada, e o artigo 11.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 37/2015, de 5 de maio, hoje em vigor). Assim, o período de armazenamento tem em conta a natureza e gravidade dos crimes cometidos, nos termos referidos no Acórdão *Aycaguer v. França*.

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

19. A norma em análise no presente processo coloca uma questão particular. Ao prever a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos (ainda que esta tenha sido substituída), a ordenar por despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado da condenação, o legislador instituiu como regra a referida determinação, prescindindo, na interpretação do tribunal *a quo*, de uma análise casuística da pertinência em sujeitar o arguido a recolha ADN e subsequente inserção na respetiva Base de Dados.

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

20. A competência do juiz exigida na norma para ordenar a recolha da amostra de ADN, contra a vontade do visado, encontra, portanto, justificação na circunstância de se tratar de um ato restritivo de direitos fundamentais, não se alicerçando embora diretamente nas garantias do processo criminal, designadamente no parâmetro constante do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição (que refere que toda a instrução é da competência de um juiz). Este facto constitui mais uma diferença relativamente às normas que estavam em causa nos Acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2007. A recolha de análise de ADN em causa na norma ora em juízo não se destina – pelo menos de modo imediato –, a produzir prova no processo, mas sim a ser inserida na Base de Dados de Perfis de ADN tendo em vista a facilitação da investigação de outros crimes em que não foi identificado o autor (artigo 18.º, n.º 3, da LBDADN). Trata-se, por conseguinte, de uma norma que estabelece uma reserva de intervenção judicial que se traduz na atribuição de competência ao juiz para a realização de ato não processual, distinguindo-se, neste aspecto, das normas que estabelecem uma reserva de juiz no inquérito (ou na instrução) para a realização de atos processuais.

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

Esta distinção entre *medidas exclusivamente processuais* e medidas processuais penais com outras funções («medidas de dupla função», na designação de Dá Mesquita, «Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal», in *I Congresso de Processo Penal, Memórias*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 81-82) foi especialmente desenvolvida na doutrina alemã por AMELUNG. Assentando na identificação do verdadeiro objetivo de cada ato a realizar no inquérito, «permite-nos apreender como a fundamentação que há-de imperar na decretação de uma medida restritiva de direitos fundamentais depende do objetivo a que sua implementação se destina. (...) Assim, a apreensão provisória de uma carta de condução e a determinação de prisão preventiva com fundamento em perigo de fuga não-de assentar, necessariamente, em ordens de razões substancialmente diferentes, apenas na última sendo possível identificar finalidades de ordem processual a considerar e, nessa medida, a enunciar em função dos elementos oferecidos pelos

autos» (cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades*, Almedina, 2011, pp. 82-83). Entre as medidas não genuinamente (*unechte*) processuais de ingerência em direitos fundamentais assim caracterizadas pelo professor alemão por visarem um fim de natureza essencialmente policial é possível distinguir três grupos. Um primeiro grupo, integrado por medidas provisórias que prosseguem finalidades que por regra são acauteladas pelo Direito Administrativo, antecipando resultados que só a final são decididos de forma definitiva. É o caso da apreensão da licença de condução, o internamento em unidade hospitalar por anomalia psíquica ou a suspensão do exercício de profissão, constituindo medidas que, estando necessariamente relacionadas com o fim do processo, em vez de promoverem o seu fim, antecipam-no. Um segundo grupo de medidas que também não visam propriamente permitir o prosseguimento do processo, antes prevenir perigos que não se confundem com o objeto daquele procedimento criminal, onde se integra, por exemplo, a prisão preventiva com fundamento em perigo de continuação da atividade criminosa. Finalmente, um terceiro grupo de medidas processuais não genuínas que traduzem ingerências em direitos fundamentais é constituído pela identificação de pessoas para efeitos de serviço de informações da polícia criminal (*ibidem*, nota 194; por referência a Knut Amelung, “Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe”).

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

21. Sobre a recolha de amostras em processo-crime – medida genuinamente processual que traduz, pois, uma dimensão normativa diferente da que constitui o objeto do presente recurso – rege o n.º 1 do artigo 8.º, dispondo que é realizada a pedido do arguido ou ordenada oficiosamente, ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º, do CPP (artigo 8.º, n.º 1, da LBDADN). Ponderados os interesses em presença em cada processo, designadamente a relevância para a descoberta da verdade e o grau de ingerência nos direitos fundamentais do arguido que a recolha da amostra de ADN representa – e considerando todos os aspetos pertinentes a uma tal ponderação, como seja, por exemplo a situação de saúde do visado ou a sua idade – o juiz decide, necessariamente por despacho fundamentado, sobre a respetiva necessidade e adequação, garantindo a justa medida em cada caso concreto, sem estar limitado por um pressuposto formal alusivo ao tipo de crime em investigação, ou moldura penal prevista para a sua punição.

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

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

22. Assegurada que está, pelo legislador, a competência judicial para ordenar a recolha das amostras de ADN aos condenados bem como para determinar a subsequente inserção na base de dados de perfis de ADN, e definidos os pressupostos legais da sua determinação, a questão que a norma em

causa pode colocar é a de saber se a reserva de juiz ali prevista constitui suficiente garantia dos direitos fundamentais afetados. E isto porque o juiz deve, por via de regra, determinar a referida recolha de amostra de ADN do arguido, verificados os pressupostos formais indicados na norma – que, no essencial se reconduzem à sua condenação criminal em pena igual ou superior a 3 anos de prisão, transitada em julgado, em processo em que não tenha sido anteriormente determinada a recolha de amostra de ADN. Só excecionalmente poderá dispensá-la, conforme previsto no n.º 6 do artigo 8.º da LBDADN. Como salienta o juiz *a quo* «a possibilidade de dispensa é que terá que ser determinada por despacho fundamentado, não a recolha».

Isto é, estando preenchidos os pressupostos legais objetivamente definidos, o juiz não precisa de indicar fundamentação adicional para proferir a ordem de recolha de amostra ADN ao arguido. Só a dispensa exige fundamentação adicional, designadamente para demonstrar a desnecessidade ou a inviabilidade da recolha.

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

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

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

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

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

Partindo do interesse público prosseguido pela norma que consiste na criação de uma base de dados de perfis de ADN que sirva finalidades de investigação criminal (artigo 1.º, n.º 2, da LBDADN), importa começar por sublinhar que as finalidades específicas do processo penal, designadamente na realização da justiça e prossecução da verdade material, são interesses constitucionalmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, relevante é ainda a circunstância de o objetivo da recolha, estar necessariamente restringido à utilização dos marcadores de ADN não codificante isto é, aos marcadores que, de acordo com os conhecimentos científicos existentes, sejam absolutamente necessários à identificação do seu titular, permitindo a identificação mas não à obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas do arguido. Trata-se da fixação de um perfil genético meramente para comparação com vestígios colhidos no local do crime, ficando à partida delimitado o âmbito do exame e excluída a possibilidade de aceder a informação sensível que exceda a absolutamente indispensável ao fim visado, ou seja, à comparabilidade referida.

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

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

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

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

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

A opção legislativa concretizada na norma em análise pode não corresponder à melhor solução de regulação dos bens que põe em confronto, mas isso não demonstra a sua inadequação,

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

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

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

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

Como o Tribunal Constitucional tem referido, «o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, (...) “[...] não proíbe a consagração de penas que se traduzam na perda de direitos civis, mas sim que da simples condenação anterior o legislador retire automaticamente esse efeito, sem mediação do julgador (Acórdão n.º 53/2011; v. ainda o Acórdão n.º 239/2008)”» (cfr. Acórdão n.º 132/2018, ponto 2.2). A competência atribuída ao juiz para determinar a medida afasta a sua configuração como “*efeito*

necessário” da pena e, portanto, a pertinência na convocação do parâmetro contido no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição no julgamento da norma.

28. É assim de concluir pela não inconstitucionalidade da norma que determina que a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respetiva, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado, quando a mesma não foi já realizada, interpretativamente retirada pela decisão do artigo 8.º, n.º 2, da LBDADN.

III – Decisão

Termos em que se decide:

- a) Não julgar inconstitucional a norma que determina que a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respetiva, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, após trânsito em julgado, quando a mesma não foi já realizada, interpretativamente retirada pela decisão do artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, na redação dada pela Lei n.º 40/2013, de 25 de junho.
- b) Em consequência, negar provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 25 unidades de conta.

Lisboa, 27 de junho de 2018 - *Maria de Fátima Mata-Mouros - José Teles Pereira - Claudio Monteiro - João Pedro Caupers - Manuel da Costa Andrade*