



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

XVI CURSO MESTRADO EM CIÊNCIAS POLICIAIS

ESPECIALIZAÇÃO EM CRIMINOLOGIA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais

**Prova Pericial: O consentimento do arguido nas
perícias intrusivas**

Andresa Camacho Gil

Orientadora

**Professora Doutora Maria de Fátima Magalhães da
Rocha**

Coorientador

Professor Mestre António Lourenço Gomes Pimentel

Lisboa, 31 de outubro de 2025



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

XVI CURSO MESTRADO EM CIÊNCIAS POLICIAIS

ESPECIALIZAÇÃO EM CRIMINOLOGIA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Prova Pericial: O consentimento do arguido nas perícias intrusivas

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, para obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais, na área de especialização em Criminologia e Investigação Criminal, desenvolvida sob a orientação científica da Prof.^a Doutora Maria de Fátima Magalhães da Rocha e coorientada pelo Prof. Mestre António Lourenço Gomes Pimentel.

Lisboa, 31 de outubro de 2025



Estabelecimento de Ensino: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

Curso: XVI Curso Mestrado em Ciências Policiais – Criminologia e Investigação Criminal

Autor: Andresa Camacho Gil

Título: *Prova Pericial: O consentimento do arguido nas perícias intrusivas*

Orientador: Prof.^a Doutora Maria de Fátima Magalhães da Rocha

Coorientador: Prof. Mestre António Lourenço Gomes Pimentel

Local de Edição: Lisboa

Data de Edição: 31 de outubro de 2025

Agradecimentos

Cabe, em primeira mão, demonstrar os meus maiores agradecimentos à minha orientadora, a Exma. Sr.^a Professora Doutora Maria de Fátima Magalhães da Rocha que, sem me conhecer, abraçou este projeto incentivando-me a não desistir e a fazer melhor, e cuja ajuda foi imprescindível para a finalização da investigação.

Em segunda lugar, presto os meus agradecimentos ao meu coorientador, o Exmo. Sr. Professor Mestre António Lourenço Gomes Pimentel, que através das suas aulas me proporcionou a escolha do presente tema, bem como o meu interesse pela Lofoscopia, e cujas palavras me incentivaram a terminar a investigação.

Em especial agradeço à minha família, mãe, pai, irmã e avós, por acreditarem em mim mesmo nos momentos mais difíceis e por me motivarem sempre que era necessário, sem vocês isto não seria possível.

Ao João pelas horas de sono perdidas enquanto eu estudava até tarde, pelas palavras de conforto e pelos abraços calorosos, por me acompanhar no primeiro dia e por estar presente no último, obrigada por tornares tudo mais bonito, sem ti isto não seria possível.

Agradeço ao XVI Curso de Mestrado Não Integrado e ao Instituto Superior de Ciências Policiais e de Segurança Interna por todo o conhecimento partilhado e pela experiência enriquecedora.

Por fim, agradeço à Polícia de Segurança Pública, em especial ao Departamento de Segurança Privada por se tornar a minha segunda casa.

Resumo

O Direito e a Ciência são os grandes pilares da investigação criminal para que se alcance a realização da justiça e a descoberta da verdade material.

A investigação criminal socorre-se das ciências de forma a reconstituir os factos para que o autor do crime em investigação seja encontrado e, para tal, a lofoscopia e genética são duas áreas que mais contribuem para a identificação dos autores dos crimes.

Ambas as áreas exigem comparação entre o vestígio encontrado no local do crime, a amostra-problema, e a amostra colhida do suspeito do crime, a amostra-referência, porém para que a recolha possa ser efetivada é necessário o consentimento do visado.

O consentimento do visado nem sempre é possível obter, pelo que se poderá ultrapassar esta etapa com o despacho judicial de sujeição à diligência, que por se configurar uma ordem judicial o arguido terá de cumprir. No entanto, o ordenamento jurídico dá espaço para que o visado não consinta à sujeição mesmo que proveniente do despacho judicial.

A presente investigação explora a figura do consentimento do visado nas diversas etapas do processo penal e cabe entender se será o não consentimento do arguido, em sede de perícia intrusiva, uma barreira à descoberta da verdade material?

Palavras-Chave: Lofoscopia, ADN, Consentimento, Amostra-referência

Abstract

Law and Science are the great pillars of criminal investigation to achieve the realization of justice and the discovery of material truth.

Criminal investigation relies on science to reconstruct the facts so that the perpetrator of the crime under investigation can be found, and for this purpose, forensics and genetics are two areas that most contribute to the identification of crime perpetrators.

Both areas require a comparison between the trace found at the crime scene, the problem sample, and the sample collected from the crime suspect, the reference sample. However, for the collection to be carried out, the consent of the individual concerned is necessary.

The consent of the individual concerned is not always possible to obtain, so this stage can be bypassed with a judicial order for the procedure, which, being a judicial order, the defendant will have to comply with. However, the legal system allows for the possibility that the subject may not consent to the submission even if it comes from a judicial order.

The present investigation explores the figure of the consent of the subject in the various stages of the criminal process and it is necessary to understand whether the lack of consent of the accused, in the context of intrusive examination, constitutes a barrier to the discovery of the material truth?

Keywords: Lofoscopy, DNA, Consent, Reference sample

ÍNDICE

Agradecimentos	iv
Resumo	v
Abstract	vi
Lista de Siglas	9
Introdução	1
1.1 Enquadramento	1
1.2 Contexto da Investigação	2
1.3. Problemática da Investigação	4
1.3.1 Pergunta de partida	6
1.3.2 Perguntas derivadas	6
1.4. Objetivos da Investigação	7
1.4.1 Objetivo geral	7
1.4.2 Objetivos específicos:	7
1.5. Método da Investigação	7
Capítulo I: A evolução histórica da prova em processo penal	8
1.1 Evolução do processo penal	8
1.2 Evolução do sistema probatório em Portugal	10
1.3 A investigação criminal	16
1.4 Evolução da prova pericial à atualidade	23
1.5 O sistema processual penal atual	26
Capítulo II: Princípios estruturantes do Direito Processual Penal	28
2.1 O Princípio do Contraditório	28
2.2 O Princípio da Verdade Material	30
2.3 Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare	32
2.4 Dever de sujeição a diligências de prova	34

2.5. Princípio da livre apreciação da prova e o princípio da subtração à livre apreciação	36
Capítulo III: Das perícias intrusivas: a recolha de vestígios lofoscópicos	40
3.1 A recolha de vestígios lofoscópicos.....	40
3.2 A recusa de sujeição à recolha da amostra-referência	47
Capítulo IV: Das perícias intrusivas: a recolha de vestígios genéticos	50
4.1 A recolha de vestígios genéticos.....	50
4.2 A recusa de sujeição à recolha da amostra-referência	55
Capítulo V: O despacho judicial e a recusa de sujeição	58
Capítulo VI: O consentimento do arguido nos diversos ordenamentos jurídicos.....	64
6.1 As decisões do TEDH	64
6.2 O ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América.....	68
6.3 O ordenamento jurídico em Espanha.....	70
Capítulo VII: O consentimento e a proporcionalidade	74
Conclusões.....	77
Bibliografia	80

Lista de Siglas

ADN – Ácido desoxirribonucleico

AFIS - Sistema Integrado de Identificação Dactiloscópica Automatizada

Art. – Artigo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

GNR – Guarda Nacional Republicana

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PJ – Polícia Judiciária

PSP – Polícia Segurança Pública

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Introdução

1.1 Enquadramento

No Direito Processual Penal português, a prova é o grande pilar da investigação criminal e na realização do objetivo deste, descobrir a verdade material. A descoberta da verdade material não poderá ser feita a qualquer custo, visto que para além de ter de ser garantido um processo justo e equitativo, ter-se-á sempre em vista os direitos, liberdades e garantias do arguido.

Nesta medida, a presente investigação visa explorar a prova pericial na vertente das perícias intrusivas, conflituantes com os Direitos Fundamentais do visado e que possam ser uma barreira à descoberta da verdade material. As perícias e as provas que daí advêm são elementos fundamentais no desbloqueio da investigação criminal, porém podem enfrentar constrangimentos aquando da falta de consentimento do visado, demonstrando de maneira clara um confronto entre a violação dos Direitos Fundamentais e a descoberta da verdade material. Neste sentido, é fundamental entender as tipologias de perícias intrusivas, de que maneira são realizadas e quais os procedimentos a seguir quando o visado não consente sujeitar-se à diligência. A recolha de ADN ou da amostra lofoscópica poderá afigurar-se um processo eficiente e rápido se o visado consentir e estiver ciente dos seus direitos, no entanto poderá afigurar-se um limite à prossecução do processo penal, visto que o arguido terá a opção de recusar sujeitar-se à diligência de recolha das amostras. No caso de o arguido se subtrair à diligência, a investigação criminal poderá socorrer-se ao juiz de instrução criminal através de despacho de ordenação à diligência, conforme o artigo 8º, nº4 da Lei de Base de Dados de Perfis de ADN¹ e conforme o artigo 4º, nº 3 da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica². A problemática do presente tema prende-se com a recusa do arguido perante o despacho de ordenação judicial à

¹ Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, na sua atual redação, disponível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1506&tabela=leis

² Lei n.º 67/2017, de 09 de agosto, na sua atual redação, disponível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2736&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

diligência, entender se esta recusa se afigura como uma barreira à investigação ou se se afigura como a única salvaguarda dos Direitos Fundamentais do arguido.

1.2 Contexto da Investigação

A investigação criminal, enquanto auxiliar da realização da justiça, “compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo”, conforme o art.1º da Lei de Organização da Investigação Criminal³. No âmbito das diligências para averiguação de um crime, encontram-se as perícias enquanto meios de prova, visto que “são elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um facto” (Tribunal da Relação de Guimarães, 2004), sendo que “a perícia é um meio de prova que deve (ou tem que) ser produzido quando o processo e a futura decisão se defrontam com conhecimentos especializados que estão para além das possibilidades de constatação e/ou percepção, efectivas ou presumidas do Tribunal em três campos do saber, os técnicos, os científicos e os artísticos” (Tribunal da Relação de Lisboa, 2018). Neste sentido, segundo o art.151º do CPP (Código de Processo Penal⁴), “a prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”. Todas as provas, por regra, são regidas pelo princípio da livre apreciação da prova, nesta medida, conforme o art.127º do CPP “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”. A prova pericial configura-se uma verdadeira exceção a este princípio fundamentante do direito processual penal, na medida em que “O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”, conforme o nº1 do art.163º CPP. Se, por um lado, toda a prova é apreciada com base nas regras de experiência e na livre convicção do juiz de instrução criminal, o mesmo não se aplicará, em princípio, ao que concerne à prova pericial por se exigirem conhecimentos específicos que à partida o julgador não terá. Ora, “o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da

³ Lei n.º 49/2008, 2008

⁴ Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro

mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador” (Silva, 2008). O juiz de instrução criminal, ao divergir do relatório pericial elaborado pela autoridade competente, terá de fundamentar com base nos mesmos critérios e conhecimentos a sua divergência. Por conseguinte, “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador (art. 163.º, n.º 1, do CPP). E, sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência (n.º 2 do preceito). Face ao regime vigente, se o julgador acatar o juízo técnico, científico ou artístico dos peritos, inerente à prova pericial, nada terá que dizer. Se o não acatar, e dele divergir, terá que fundamentar a sua divergência.” (Supremo Tribunal de Justiça, 2008). Não importa perceber apenas de que maneira a prova pericial se configura à luz do direito processual penal, importa perceber de que maneira a perícia se poderá afigurar um método intrusivo e não garantístico dos direitos fundamentais do arguido, especialmente no que concerne na obtenção de uma recolha de uma amostra-referência através da Lofoscopia ou de uma recolha de ADN. A Lofoscopia é “a ciência ao serviço da investigação criminal dentro de padrões éticos e de eficiência processual” (Pimentel, 2020).

Segundo o artigo 270º nº2 alínea b) do CPP, por norma, uma perícia terá de ser ordenada pelo Ministério Público e posteriormente realizada em laboratório especializado, porém o mesmo não se aplica quando é encontrado um vestígio lofoscópico num local de cena de crime em que se presume a sua deterioração devido a diversas condições. Nos termos do art.2º alínea a) da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica, afigura-se como “amostra-problema qualquer vestígio lofoscópico obtido em objeto ou em local onde se proceda à recolha de meios de prova, bem como a impressão digital, preferencialmente correspondente ao dedo indicador direito, recolhida em cadáver ou de uma pessoa de identidade desconhecida”. Neste tipo de amostra, não é necessário nenhum consentimento para ser obtido por ser um vestígio deixado no local de cena de crime. No entanto, o mesmo não se aplica à denominada amostra-referência que é formada pelas “impressões lofoscópicas, ou seja, as impressões digitais ou palmares, recolhidas de uma pessoa de identificação conhecida, correspondentes ao desenho formado pelas linhas papilares dos dedos e das palmas das mãos”, conforme alínea b) do art.2º da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica. Por sua vez, “o método científico

de investigação em ADN estabelece a identificação genética e por comparação possibilita encontrar o autor de determinado crime. Mas, para tal procedimento ser concretizável é imprescindível realizar uma comparação entre os vestígios biológicos recolhidos no local do crime e/ou na vítima (amostra problema) e os vestígios recolhidos no próprio suspeito (amostra referência), com a finalidade de se lograr uma identificação positiva, ou de outro modo, descartar um possível autor” (Pereira, 2010).

1.3. Problemática da Investigação

A problemática da presente investigação aflora-se no que concerne ao método de obtenção de uma amostra-referência, em específico, o método de obtenção de uma amostra-referência a um arguido constituído em sede de processo penal. Nesta medida, “São sujeitos a identificação judiciária os indivíduos constituídos arguidos em processo-crime”, ou seja, segundo o art.3º nº1 alínea a) da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica, é necessário que o Ministério Público tenha ordenado despacho de abertura de inquérito e tenha sido constituído arguido nesse mesmo processo. No entanto, não se revela suficiente deter a posição de arguido em sede de processo penal para ser alvo deste tipo de perícia, tanto a nível de identificação judiciária lofoscópica, como também a nível de identificação criminal através de ADN.

No patamar da identificação judiciária Lofoscópica, conforme o art.4º nº2 da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica, “a recolha é precedida de informação ao visado sobre os motivos da diligência, devendo este consentir na realização da mesma”, significando que é necessário que se socorra ao direito à informação consagrado no artigo 3º da Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho⁵, especificando que o arguido terá de ser sempre informado sobre as diligências a que poderá ser alvo em sede de um processo penal. Neste caso, o sujeito processual tem o direito, nos termos do art.61º nº1 alínea h) do CPP, a “ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem”. Após ser devidamente informado sobre a diligência, o arguido terá de consentir ser alvo da diligência, da

⁵ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32012L0013>

perícia em si, e é neste patamar que a problemática surge. O arguido tem o direito de recusar sujeitar-se à perícia intrusiva, no entanto, “em caso de recusa, a autoridade judiciária competente pode ordenar a sujeição à diligência, nos termos do disposto no CPP quanto à sujeição a exame”, conforme art.4º nº3 da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica. Caso o arguido se recuse à primeira perícia a investigação criminal socorre-se do juiz de instrução criminal para que este emita um despacho de ordenação de sujeição à diligência, contudo o arguido poderá recusar-se mais uma vez dessa ordenação. Já no que concerne à identificação criminal através de ADN, “A recolha de amostra em arguido (...) é realizada a pedido ou com consentimento do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento escrito, por despacho do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.”, conforme art.8º nº1 da Lei de Base de Dados de Perfis de ADN – Identificação Civil e Criminal. Daqui se compreende que o consentimento se afigura, mais uma vez, um elemento essencial à recolha da amostra-referência de traços genéticos. O direito à informação vem igualmente consagrado neste tipo de perícia, segundo o art.8º nº6 da Lei de Base de Dados de Perfis de ADN, na medida em que “A recolha de amostras de ADN efetuada nos termos deste artigo implica a entrega, sempre que possível, no próprio ato, de documento de que constem a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação da presente lei”. Em caso de recusa a uma primeira diligência, à semelhança do ocorrente na identificação judiciária lofoscópica, poderá ser ordenado despacho de ordenação de sujeição à diligência, porém a lei também não é elucidativa quanto à solução legal nos casos de recusa. Necessariamente o despacho ordenado pelo juiz de instrução criminal só deverá ser emitido se existir a recusa do arguido e se se preencher os pressupostos necessários, conforme o nº3 do art.154ºdo CPP “a necessidade da sua realização, tem em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”. Esta ponderação é realizada à luz do princípio da proporcionalidade, constitucionalmente consagrado, e que se desdobra “em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida ou

proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)” (Tribunal Constitucional, 2001). No caso de se socorrer a este princípio constitucional e ser ordenado o despacho de ordenação do juiz de instrução criminal, a legislação não configura nenhuma solução legal para a contínua recusa por parte do arguido, pelo que se pretende afigurar qual será o desfecho de um processo criminal em que o arguido se recuse à diligência, bem como perceber se a recusa é uma barreira à investigação criminal e se com ela o processo crime poderá ser inviabilizado ou se o consentimento se poderá dispensar para salvaguardar o objetivo do processo penal que é a descoberta da verdade material e a realização da justiça.

1.3.1 Pergunta de partida

A presente investigação terá de se socorrer de uma pergunta de partida, a pergunta que será o pilar de todo o presente trabalho de forma a que seja respondida no final da investigação, “este ponto de partida é apenas provisório, como um acampamento base, na escalada até ao cume.” (Quivy, 1988). A temática que se pretende explorar apresenta-se como novidade, mas também pela escassez de informação e de soluções, visto ser uma temática pouco debatida e explorada no ordenamento jurídico português.

Neste sentido, após delimitada a temática a investigar, pretende-se responder à pergunta se será o não consentimento do arguido, em sede de perícia intrusiva, uma barreira à descoberta da verdade material?

1.3.2 Perguntas derivadas

Enquanto perguntas derivadas, surgem como pertinentes, de que maneira se poderá superar figura do não consentimento? Será possível a recusa após determinação e ordem judicial emitida por parte do juiz de instrução criminal? Pode o arguido permanecer em comportamento de recusa alegando a não autoincriminação?

1.4. Objetivos da Investigação

1.4.1 Objetivo geral:

Pretende-se atingir o objetivo geral, desenhado pela pergunta de partida, que é compreender de que forma o não consentimento do arguido conflitua com a investigação criminal realizada pelos órgãos de polícia criminal e dessa forma inviabilizar todo o processo criminal.

1.4.2 Objetivos específicos:

Após delimitado o objetivo geral da investigação, importa delimitar os objetivos específicos da mesma, tais como entender de que maneira superar a figura do não consentimento; se será possível a recusa após determinação e ordem judicial e, se pode o arguido permanecer em comportamento de recusa alegando a não autoincriminação.

1.5. Método da Investigação

O método de uma investigação pretende explicar de que maneira foram elaboradas todas as etapas que se pretendem alcançar e “o que respeita aos métodos e técnicas de investigação existe uma grande diversidade de definições, pois estas variam de autor para autor” (Carmo & Ferreira, 2008).

O método utilizado é o raciocínio dedutivo, de maneira a permitir encontrar uma resposta para a pergunta de partida, através da revisão da literatura, da interpretação de legislação, doutrina e jurisprudência, a partir de todas as formulações existentes. A doutrina e a interpretação da mesma, permitem estabelecer uma relação entre as convicções obtidas pela revisão de legislação e a jurisprudência relacionada à temática, bem como fundamentar convicções formadas ao longo da elaboração da investigação. A jurisprudência demonstra-se um forte pilar na realização do raciocínio dedutivo, na medida em que se socorre tanto de legislação como de doutrina.

Capítulo I: A evolução histórica da prova em processo penal

1.1 Evolução do processo penal

O direito processual penal tem sofrido diversas alterações desde o seu surgimento em 1929, porém em matéria de prova, este conceito já tinha surgido largos anos antes da entrada em vigor do primeiro código de processo penal.

A prova, em processo penal, enquadra-se no capítulo dos meios de prova e meios de obtenção de prova que “são, por assim dizer, um expressivo cartão de visita da matriz civilizacional, da qual emergem, e, a abordagem diacrónica do seu processo histórico permite encontrar um fio condutor (embora interrompido sistematicamente, com surpreendentes e trágicas repristinações, concomitâncias e retrocessos) que, predominantemente, parte do pensamento mágico para a racionalidade, da lei da força e do terror para a força da Lei e da Razão, da vingança privada para a *potestas* e para o *jus imperii* estadual, do arbítrio do poder absoluto para os limites e garantias do Estado de Direito.” (Braz, 2017). Anteriormente à compilação do Código de Processo Penal, coexistiam costumes e práticas da altura, a Lei e a imposição da mesma era realizada de maneira diferente da atual, pelo que “a partir do século XII, inicia-se um longo e complexo percurso no sentido da racionalização do sistema probatório” (Braz, 2017). O sistema atual português é um sistema de carácter acusatório, na medida em que “A estrutura acusatória, característica de um ideal liberal, é caracterizada por uma separação de poderes. A entidade que investiga é distinta da que acusa e é diferente também da que julga” (Soeiro, 2021). Esta estrutura tão inerente ao processo penal nem sempre se assemelhou desta maneira, tendo assumido uma estrutura inquisitória, pelo que, “o sistema Inquisitório surgiu com o Absolutismo e perdurou até o início século XIX na generalidade dos países europeus, com o advento da Revolução Francesa e da valorização das garantias individuais. Diante da queda da inquisição, gradualmente os ideais do sistema acusatório foram tomando espaço novamente.” (Ferrador, 2022). No que concerne aos seus valores, neste sistema “o arguido não era concebido como um sujeito processual, mas sim como um objeto à disposição do juiz. Não eram conferidos direitos nem garantias ao acusado, sendo que, no que concerne aos crimes mais graves, este era, em regra, privado da liberdade.” (Castro, 2015).

Contrariamente ao sistema atual, “o juiz domina todo o processo, investigando officiosamente com plena liberdade na recolha de provas, acusando e julgando com base nas provas por si recolhidas, com uma atividade completamente parcial e dependente do poder Estadual” (Ferrador, 2022). O poder do Estado e da Igreja influenciavam o juiz na sua decisão, pelo que “camuflando-se com a veste da procura da verdade material e da defesa da sociedade e dos interesses estaduais, legitimavam-se inúmeros abusos aos direitos dos cidadãos, que eram comprimidos e restringidos” (Castro, 2015). O Direito Constitucional, na vertente da garantia dos direitos, liberdades e garantias, não se demarcava neste sistema de cariz inquisitório, o direito ao contraditório, o direito ao silêncio, o direito a um processo justo e equitativo, o *principio in dubio pro reo* e todos os restantes princípios e direitos constitucionalmente protegidos pelo processo penal não se assemelhavam nesta matriz, ou pelo menos não se faziam assemelhar, mesmo que estivessem contemplados, nem tão pouco se poderiam demarcar por não existir a divisão do poder judicial, por não se diferenciar a pessoa que investiga, da que acusa, daquela que julga. Com a compilação do primeiro do “Código de Processo Penal de 1929, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16.489, de 15 de fevereiro de 1929, traduziu-se numa verdadeira reforma da justiça processual penal portuguesa, na medida em que acentuou a procura pela verdade material como fim mais importante do processo” (Ferrador, 2022). Ora, o primeiro Código de Processo Penal foi o ponto de evolução do sistema processual penal, sendo que “em 1945, foi atribuído ao Ministério Público a fase da instrução deixando, assim, de ser o Juiz que desempenhava essa função, porém era um MP “governamentalizado” e não era controlado judicialmente.” (Soeiro, 2021). Todavia, “Apenas em maio de 1972, a atividade desempenhada pelo Ministério Público passou a ser fiscalizada judicialmente tendo, nesta data, surgido o “Juiz de instrução” (Soeiro, 2021). O juiz de instrução criminal, na justiça atual, é a figura que deverá garantir o cumprimento de todos os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos, é a figura que deverá garantir o cumprimento dos deveres do arguido no processo e que os seus direitos não lhe sejam vedados. Com a introdução desta figura máxime, o sistema já se encontrava em mutação, “todavia, a reforma do Processo Penal no nosso país apenas ocorreu com a “revolução dos cravos”, a 25 de abril de 1974, e com a Constituição da República Portuguesa de 1976 originando, assim, um Processo Penal de um Estado de Direito Democrático, como o que vigora hoje”. (Soeiro, 2021). O atual sistema, de estrutura acusatória mista, “tem

como objetivo alcançar a verdade formal e as provas vinculadas ao princípio da legalidade. Há uma repartição do ónus da prova, o arguido presume-se inocente, vigora o princípio do contraditório” (Soeiro, 2021).

A devida caracterização do atual sistema processual penal português será realizada em sede do Subcapítulo 5 do capítulo 1.

1.2 Evolução do sistema probatório em Portugal

Tal como o sistema processual penal enfrentou tantas mudanças na sua génese, moldando-se conforme o comportamento civilizacional e com o efeito da globalização, também a matéria da prova enfrentou longos processos de mutação.

O sistema probatório em toda a sua linha de tempo, foi caracterizado e fundamentado através de três sistemas, o primitivo, das provas legais e da prova científica. O sistema primitivo, “referenciado à Lei do Talião e Lei Sálica, a Roma e Grécia, ao Direito Franco e Germânico consuetudinário, aos direitos nórdicos do século X e a algumas comunidades de África, Oceânia e América do Sul, este sistema assentava em métodos probatórios purgatórios (o acusado era libertado ou purgado da acusação através de juramento público de inocência), em ordálios unilaterais (juízo dos Deuses) ou em ordálios bilaterais (duelo judiciário que ocorria quando a acusação não aceitava o juramento público do inocente do acusado)” (Rodrigues, 2023). Este conjunto de ordenamentos jurídicos, era uma “tradição jurídica primeva, que tem por fonte o sagrado e a divinização ritualizada de costumes ancestrais, apresenta, como principais características, níveis embrionários de gregarismo e de organização social e ausência de aparelho de Estado e de poder jurisdicional organizado.” (Braz, 2017). Tratava-se de um sistema probatório demarcado pela lei de Deus, a justiça popular e de um sistema caracterizado pelo ênfase da religião e do seu poder. Tratava-se de uma sociedade baseada “numa justiça divina, essencialmente, em textos sagrados, que tinha como fim a demonstração de que o mais forte seria aquele que detinha a razão, recorrendo-se a duelos públicos ou à justiça privada” (Rodrigues, 2023). Num pilar de justiça divina, a procura da verdade material realizava-se através de ordálios, “O alegado suspeito era submetido a diversas provas ofensoras da sua integridade física e moral e acreditava-se que se estivesse inocente, Deus o salvaria.” (Guerreiro,

2014). Por sua vez, “na falta de provas ou evidências diretas, e na ausência de meios e procedimentos técnicos adequados a provar de forma lógica e racional a inocência ou culpabilidade do acusado, o ordálio unilateral tinha por finalidade interceder junto de uma divindade (politeísta e/ou monoteísta), solicitando-lhe um sinal da inocência ou culpabilidade do acusado” (Braz, 2017). Já o ordálio bilateral “tinha normalmente lugar quando, entre outras situações, a acusação não aceitava o juramento público de inocência do acusado. Nestas circunstâncias, procedia-se a um duelo público entre acusador e acusado, de acordo com regras pré-estabelecidas, que tinham, essencialmente, em consideração três pressupostos: o tipo de crime, a sua gravidade e o estatuto social dos envolvidos” (Braz, 2017). A prova fazia-se pela adivinhação divina ou pelo duelo entre aquele que acusa e o arguido, no entanto, no que toca à dita prova pericial, ainda não consagrada, subsistia nesta altura um ordálio que coligava a medicina legal à culpabilidade do suspeito, o ordálio da prova do cadáver. Este meio de obtenção prova, “consistia, basicamente, no contacto do acusado com o cadáver da vítima. Se, desse contacto, resultasse sangramento ou determinados sinais físicos, eram estes entendidos como sentença divina da sua culpabilidade” (Braz, 2017). Neste sentido, “a prova judiciária é uma maneira de ritualizar a guerra ou de transpô-la simbolicamente para as relações sociais do quotidiano” (Braz, 2024).

Com o avançar dos séculos, e do crescimento da religião por todo o mundo, também o direito foi moldado à luz da Igreja Católica, criando-se cada vez mais uma sociedade moldada à luz das regras divinas, surgindo o sistema das provas legais. Este novo marco na evolução das provas científicas ocorreu no “período clássico de Direito Romano, ao Antigo Regime e ao Direito Eclesiástico, onde a aplicação da justiça se realizava por meio de um inquérito, sendo que a atividade probatória se reduzia à prova do corpo de delito (exigia-se a confirmação da existência de um ato ilícito e, por isso, punível) e à confissão (denominada de *regina probationum* poderia conduzir à punição do acusado, pois, era aquela que detinha maior grau de certeza)” (Rodrigues, 2023). A prova do corpo de delito demonstra os primeiros passos da prova pericial na lei portuguesa, na medida em que esta evidência explícita de um ato ilícito seria o bastante para o suspeito ser punido, era observado o corpo que deu origem ao delito, a prova deixada pelo infrator, correspondendo “a uma apreciável evolução relativamente ao sistema anterior, na medida em que se exige já, a confirmação da existência de um acto ilícito punível, como pressuposto de aplicação da justiça penal”

(Braz, 2024). A tortura, enquanto prática da época, era realizada para se obter uma confissão por parte do infrator, sendo que este meio de prova “tinha, no Direito romano, uma elevada relevância probatória e o Direito canônico densificou essa importância sendo mesmo considerada, como prova principal (*regina probationum*), aquela que, com maior grau de certeza, poderia conduzir à punição do acusado” (Braz, 2017). No que tange aos meios de prova, a confissão era a predileta e “seguia-a a prova testemunhal, diferentemente valorizada e regulamentada ao longo dos séculos, sempre num plano de clara supremacia relativamente à prova documental ou literal” (Braz, 2017). A partir deste marco temporal, os meios de prova e os meios de obtenção de prova passaram a estar regulados taxativamente, inclusivamente as penas desumanas e os meios de tortura, “restando, ao tribunal uma margem de apreciação subjetiva, muito reduzida” (Braz, 2017). Como tal, “os meios e as formas através das quais se consubstanciava a aplicação destes processos cruéis e degradantes, encontravam-se exaustivamente *regulamentados* obedecendo a sua utilização a rituais, métodos e sequências pré-definidas” (Braz, 2024). A consolidação das penas, bem como dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova, demarcaram uma evolução do Direito na sociedade, em especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. As medidas e os fins das penas caracterizavam-se pela sua crueldade, duração extemporânea e pelo fim que seria o castigo do infrator, sem a proteção dos direitos e dignidade humana.

Por fim, surge o sistema da prova científica, que é “emergente dos ideais das Revoluções Francesa e Industrial, das correntes políticas, filosóficas e tecnológicas do liberalismo, foi o promotor de três grandes princípios, o princípio da presunção da inocência ou *in dubio pro reo* o princípio da livre convicção do julgador e o princípio da prova material com recurso ao método científico” (Rodrigues, 2023). O grande marco impulsionador do sistema aqui em causa, marcou-se pelo lançamento da obra “*Dos Delitos e Das Penas*” de Cesare Beccaria de 1764, que proporcionou um “processo de evolução de várias áreas da atividade humana e da própria ciência, consolidando a introdução da prova material e demonstração de factos e soluções, o que veio, por sua vez, permitir ao Direito e à investigação criminal uma concretização mais plena, racional e justa enquanto base essencial ao *ius puniendi* de um Estado de direito democrático” (Rodrigues, 2023). Esta obra potencializou a mudança de quase todos os sistemas penais do mundo, tendo como base a “valorização da

vertente preventiva, a afirmação do princípio da legalidade, da universalidade da norma penal e a racionalização e maior eficiência na administração da Justiça” (Braz, 2017).

A principal mudança do autor demarcou-se pela proposta de “substituição das medievais categorias de penas corporais, cruéis e infamantes, por penas privativas e restritivas de liberdade”, pensamento este que decorre na atualidade (Braz, 2017). Esta corrente revolucionária do direito penal e do direito processual penal, consagrou as principais diferenças trazidas pelo Iluminismo sendo que se procurou “a humanização do direito e do processo penal”, realizando-se “as primeiras tentativas abolicionistas no que respeita à pena capital, matéria em que Portugal viria a ser um dos países pioneiros da Europa” (Braz, 2024). Na realidade, esta obra de tão grande peso para o Direito Penal, Processual Penal e para o Direito Constitucional, revelou-se o grande pilar de toda a sociedade, foi nesta obra que inúmeros ordenamentos jurídicos se basearam ao definirem os seus próprios direitos constitucionais, a proteção da dignidade e da vida humana. Por conseguinte, o autor “categoriza e classifica os indícios e as provas de acordo com o seu valor probatório (perfeitas e imperfeitas), estabelecendo alguns critérios para a sua apreciação jurisdicional que deverá privilegiar as provas independentes (obtidas separadamente e não apoiadas entre si)”, assemelhando-se ao que hoje se considera como provas diretas e indiretas (Braz, 2017). Esta apreciação jurisdicional por parte do julgador, introduzida pelos critérios criados pelo autor na matéria probatória, deu surgimento ao princípio da livre apreciação da prova. De facto, este princípio, que até então não teria cabimento legal e que, por mais lato que fosse o poder do julgador ao apreciar conforme o costume e as práticas da igreja, surge pela primeira vez categorizado nesta obra, não estando o julgador “vinculado a quaisquer limitações legais, o juiz avalia a prova obtida, quase exclusivamente de acordo com os ditames da sua consciência e das suas convicções pessoais” (Braz, 2024).

Neste sentido, “quando as leis são claras e precisas, a tarefa de um juiz não consiste em outra coisa senão em constatar um facto. Se para investigar as provas de um delito é necessária habilidade e destreza, se para apresentar o resultado é necessária clareza e precisão, para ajuizar o resultado em si não é necessário senão um simples e vulgar bom senso, menos falaz do que o saber de um juiz habituado a querer encontrar réus e que tudo reduz a um sistema factício que lhe é emprestado

pelos seus estudos” (Beccaria, 2017). Ora, “deste modo, cair-se-ia, no oposto ao sistema das provas legais, concedendo-se, ao julgador, excessivos poderes e uma alargada discricionariedade, que tornariam o sistema demasiado subjetivo, retirando ao acusado, na prática, importantes garantias de defesa” (Braz, 2017).

No âmbito da inspiração que esta obra proporcionou, surgiu a Escola Clássica de Criminologia, que teve como fim a análise dos fins das penas, a prevalência pela pena de prisão e não pela pena capital ou pela tortura. Esta Escola assentava no livre-arbítrio, ou seja, “o indivíduo que comete um crime tem o livre arbítrio nas suas decisões, fazendo um contrapeso entre as vantagens (prazer) e os inconvenientes (dor) que um determinado ato ilícito lhe provocará e quando decide pelas vantagens, concretiza-o. Todavia, é livre e racional das suas decisões e neste sentido, a Escola Clássica deu relevância às penas como um meio de prevenção do crime.” (Santos, 2019). A avaliação do livre arbítrio do agente, a presumível escolha de realizar o mal na sociedade, caberia ao julgador, dentro dos trâmites do princípio da livre apreciação da prova.

No século XIX, surge a escola positivista, após a secularização no século anterior. A escola positivista não se foca no crime, nem perceber os fenómenos do próprio crime, focou-se no delinquente e na sua maneira de atuar. Neste sentido, “a criminologia positivista inicia-se com a publicação da obra de Cesare Lombroso, que pelo uso de um método científico da determinação da origem do crime eleva a criminologia à qualidade de ciência.” (Conceição, 2022). Este autor focou-se em relacionar as características do delinquente diretamente com a prática de crimes, defendendo a existência de diferenças físicas e psicológicas entre os delinquentes e os que não são delinquentes. Ora, “procurava-se então definições e parâmetros mensuráveis para enquadrar as diferenças físicas, na aparência, entre um delinquente e não delinquente, pois acreditava-se na existência de traços exteriores capazes de os distinguir” (Gouveia, 2024).

Por conseguinte, surge a corrente do determinismo e do atavismo. Segundo a corrente do determinismo não existiria livre-arbítrio, previamente defendido pela escola clássica, estando o delinquente determinado a agir daquela maneira pela sua própria natureza, sendo que “o ser humano era naturalmente violento e perverso e, por isso, potencialmente criminoso” (Gouveia, 2024). Por sua vez, a tese do atavismo vem complementar o determinismo, defendendo que o delinquente já detém estas

características ancestralmente. Porquanto, “a tese principal da teoria lombrosiana é a do atavismo: o criminoso atávico ou nato, fisicamente identificável, corresponderia a um ser humano menos civilizado que os seus contemporâneos” (Gouveia, 2024). Esta posição defende que o delinquente possui dentro de si traços ancestrais potenciadores para a delinquência, não dependendo diretamente da estatura física, mas sim de condições ancestrais que evoluíram entre as gerações.

Não obstante o árduo trabalho das correntes explicativas do crime, “a Criminologia moderna foca-se em apagar o conceito de causa, para que o foco esteja direcionado para os fatores influenciadores do comportamento” (Santos, 2019). A principal preocupação não é entender qual a causa interna daquele comportamento desviante, mas sim os fatores extrínsecos e, também intrínsecos que alterem o comportamento do delinquente. Nesta medida, “o crime é o foco principal da Criminologia, todavia por mais importante que seja o estudo do mesmo, o fenómeno do crime deve ser compreendido no contexto em que o mesmo faz parte. Sendo que, um determinado ato só é qualificado como delinquente ou crime, quando é violada uma determinada norma definida” (Santos, 2019). Este pensamento analisa tanto o crime como o delinquente, entendendo as suas causas sociais e individuais, pelo que “atualmente falamos do modelo Bio-Psico-Social, que defende a relação entre os fatores biológicos, psicológicos e sociais e é através desta interação, que surge uma explicação ou justificação mais aceitável e coerente para a existência de comportamentos criminosos/delinquentes” (Santos, 2019).

Em Portugal, a evolução da criminologia iniciou-se com a criação do Código de Direito Criminal, por Melo Freire em 1789, que se focou no delinquente e nas práticas do mesmo. A primeira obra em Portugal que visou o estudo do criminoso, foi realizada por Ayres de Gouvêa. Este autor, “acusa a sociedade pelo facto de o criminoso não ter sido, até essa altura, estudado”, pelo que “segundo ele, a origem do delito deveria procurar-se na natureza humana, no complexo dos seus elementos e na desarmonia deles. A desarmonia ou nasce com o indivíduo ou é uma aquisição posterior através do meio em que se vive” (Maldonado, 1968). Portugal demonstrou-se como um dos países defensores e aplicadores da corrente de Lombroso, associando a prática de crimes aos traços físicos do delinquente. No entanto, o criminólogo Bernardo Lucas, “acreditando (...) na origem biológica da criminalidade do criminoso nato, já se mostra porém bastante influenciado por Lacassagne e é com entusiasmo que nos revela

resultados curiosos a que chegou esse eminente criminologista, explicando um grande número de crimes e os seus máximos e mínimos por influências cosmológicas ou sociológicas, tais como o calor e o frio, a produção do vinho, as colheitas e as alterações monetárias que as precedem ou acompanham, a forçada hibernação em casa, a estadia longe da residência durante a melhor época do ano, as festas, tais como a do Carnaval e a do Ano Bom, a idade, as profissões, etc.” (Maldonado, 1968). Em Portugal demonstrou-se a necessidade de explicar o fenómeno criminal, não só pelas características físicas e psicológicas do delinquente, mas também através das condições sociais. Caeiro de Mata estudou a corrente elaborada por Lombroso, aplicando um estudo em detidos na Cadeia da Relação. Assim, “concluiu que as características antropométricas desses delinquentes oscilavam em torno de médias que não diferiam sensivelmente das relativas aos portugueses normais, sendo porém, naqueles, as oscilações mais extensas e frequentes do que nestes últimos, representando essas variantes verdadeiros estigmas degenerativos e patológicos” (Maldonado, 1968). Mendes Corrêa, criminólogo, após se dedicar ao estudo dos delinquentes afirmou que não seria possível determinar a existência de traços físicos compatíveis entre todos, pelo que concluiu que os fenómenos sociais devem ser estudados. O investigador conclui que “o fator individual engloba geralmente quase todo o determinismo imediato dos crimes praticados (...) mas esse fator só por si não abrange, de forma alguma, a etiologia dos crimes levados a efeito por criminosos de hábito adquirido, por criminosos de ocasião” (Maldonado, 1968). Outras teorias foram desenvolvidas e estudadas, no entanto, a maioria dos criminólogos portugueses detinha a mesma opinião, o fenómeno criminal depende de fatores intrínsecos e extrínsecos.

1.3 A investigação criminal

O conceito de investigação criminal encontra-se presente no art.1º da Lei de Organização de Investigação Criminal⁶ (LOIC), referindo que “a investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se

⁶ Lei nº 49/2008, de 27 de agosto, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2008-67191210>

destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo.”.

A investigação criminal, enquanto prática em matéria da prova, não remonta ao ano de criação da lei reguladora, mas sim aos primórdios da sociedade. Conforme já descrito, os ordálios tinham como função provar a inocência do acusado através de diversas práticas, práticas estas que nos tempos em que decorriam assentavam numa verdadeira investigação criminal, ainda que de maneira parca e rudimentar. No entanto, a investigação criminal enquanto conjunto de diversas ciências inicia-se com o desenvolvimento de outras áreas, como a medicina. Nestes termos, “é o Positivismo oitocentista, de raiz comtiana associado ao desenvolvimento de ciências como a Medicina, a Física e a Biologia, e ao experimentalismo de Lamark (1744-1829) e de Darwin (1809-1882) que, no plano epistemológico, criará as condições necessárias para a reconfiguração de velhos saberes e para formação de conhecimento novo, dedicado à abordagem e compreensão do ato criminoso” (Braz, 2017). O desenvolvimento da medicina, da física e da biologia proporcionou um maior desenvolvimento nas perícias que se realizavam no século XIX e, em complementaridade destas ciências, a antropologia criminal revelou-se essencial para a época. Nesta ótica, “Cesare Lombroso tentou relacionar e associar certas características físicas e morfológicas do corpo humano (...) com a tendência inata para a prática de determinadas tipologias criminais” (Braz, 2015). Na realidade, um enorme marco histórico, que proporcionou o avanço a largos passos da investigação criminal, e dentro do “contexto da actividade policial e judicial e das metodologias da identificação criminal, o francês Alphonse Bertillon concebeu e apresentou, em 1879, em Paris, um sistema de identificação humana, capaz de substituir, com eficácia, os processos de identificação cruéis e degradantes do estado” (Braz, 2015). Este processo consistiu na descoberta da Lofoscopia e a identificação do sujeito através das suas impressões digitais, analisando os 12 pontos existentes na impressão digital de cada pessoa, revelando-se, por este motivo, um processo de identificação do ator do crime que não recorria à tortura.

Foi em 1879 que as ciências incorporadas na investigação criminal começaram a evoluir, como a lofoscopia e a identificação humana através de traços genéticos, trabalho iniciado por “Gregor Mendel que, em 1865, realizou os primeiros trabalhos no âmbito do entendimento da genética e da descoberta de unidades de transmissão de

caracteres” (Rodrigues, 2023). Ora, a evolução da genética e da identificação humana “contribuiria para a afirmação da Lofoscopia, na segunda metade do século XIX, como método científico de identificação humana, dotado de elevado grau de classificabilidade e de praticabilidade, que o tornaria o principal método de identificação forense até à atualidade, na generalidade das polícias criminais” (Braz, 2017). Já em 1880, “a descoberta da impressão digital como forma de investigação criminal, com os contributos de Henry Faulds, e do cientista Francis Galton, veio revolucionar as possibilidades de identificação de criminosos” (Rocha, 2014).

Decorrente da investigação realizada por Galton, “em 1891, Juan Vucetich criou um método de identificação que incluía o sistema de Bertillon juntamente com o sistema de Galton relativamente à resenha dactiloscópica tendo, no entanto, dividido as presilhas em presilha interna, quando existe inclinação para a esquerda e presilha externa aquando da inclinação para a direita, originando desta forma quatro padrões de classificação de impressões digitais” (Vilar, 2015). Significa isto que as impressões digitais formam marcas consoante a posição da extremidade, tendo sido, esta descoberta, um marco importante para o atual sistema. Já em 1887, Edward Henry, criou um sistema que permitiu a numeração e classificação de cada dedo, de cada impressão digital. Neste sentido, o “sistema de Henry consiste por isso em atribuir uma classificação a cada dedo de acordo com a existência de um padrão de espiral ou não. O porquê do valor numérico ser atribuído às espirais justifica-se pela raridade de existência de arcos e pela frequente existência de laços, sendo as espirais o padrão que mais fiabilidade de identificação oferecem” (Guimarães, 2024). O Sistema de Henry atribui uma importância às espirais existentes no dedo, originando uma segurança e fiabilidade para que a identificação possa ser realizada. A impressão digital contém arcos, laços e espirais, considerando Henry que as espirais representam maior estabilidade para a identificação do autor do crime em causa. A atribuição de valores numéricos às espirais existentes na impressão digital, “veio agilizar os processos de organização das fichas decadatilares dos criminosos, permitindo um acesso mais célere” (Guimarães, 2024). Ora, em 1910 Edmond Locard, conhecido pela definição e criação do princípio das trocas, criou em França o primeiro laboratório de polícia científica, utilizado por uma polícia, no mundo. O princípio das trocas, importantíssima base na área da criminalística, define que “toda a investigação criminal baseia-se no facto de que um criminoso deixa no local do crime alguns

vestígios, adquirindo, por outro lado, quer na sua roupa ou em objectos que utilize, outros vestígios porventura imperceptíveis, mas de qualquer forma característicos da sua presença ou da sua actuação” (Pereira, 2009). Desta celeridade que o sistema proporcionou, mais tarde, a criação do Sistema Integrado de Identificação Dactiloscópica Automatizada (AFIS), sistema informático que permite comparação entre as amostras recolhidas. Mesmo com as evoluções ocorrentes durante o século XIX, persistiu a necessidade de aprimorar o método de identificação, pelo que surge o atual sistema, Sistema de Olóriz. No início do Século XX deu-se uma mudança de paradigma, sendo criado e implementado aquele que é o atual sistema utilizado por Portugal. O Sistema de Olóriz, enquanto método de identificação, define que “a classificação das impressões digitais assenta na divisão em 4 grupos referentes aos grupos de Deltas, podendo ser: (A) Adélticos ou Arcos (não possuem Deltas); Monodélticos (apenas um delta, à direita/dextrodelta ou à esquerda/sinistrodelta) (D) (S); e (V) Polidélticos ou Verticilos (possuem dois ou mais Deltas)” (Guimarães, 2024). O primeiro passo na identificação será observar os deltas que relevam na impressão digital, existindo quatro tipo de impressões, aquelas que não possuem deltas, as que possuem ou à esquerda ou à direita e as que possuem dois ou mais, pelo que “a designação delta surge devido ao facto de este elemento apresentar uma configuração semelhante ao delta do alfabeto grego” (Gomes, 2018). Este sistema demonstrou-se como fundamental por ter permitido uma identificação mais concisa e precisa, pelo que “a estrutura do delta tem um papel central, já que a classificação das impressões (em arco/adéltico, verticilo/polidéltico, sinistrodelta, dextrodelta) se baseia na presença/ausência, localização e número de deltas” (Bernardo, 2024). No entanto, a observação dos Deltas na impressão digital não é suficiente para apresentar resultados com maior probabilidade de correspondência, é ainda, necessária “a observação de 38 descontinuidades (ou acidentes) nas cristas dermopapilares. Estes acidentes designam-se “pontos característicos” ou “minúcias” (com origem em minutiae) ou ainda “detalhes de Galton” e permitem a identificação de um indivíduo” (Bernardo, 2024). Estes acidentes, “os pontos característicos (minúcias), também designados por detalhes de Galton, são os pontos resultantes das várias formas das cristas papilares” e “resultam da terminação ou bifurcação das cristas papilares, e definem a unicidade das impressões digitais” (Chaves, 2010). Neste sentido, uma impressão digital contém pontos singulares constituídos pelos deltas e os núcleos, e por pontos característicos, sendo as cristas presentes. Na realidade, “para se

desenvolver uma identificação em lofoscopia devem ser considerados três níveis de comparação. O primeiro nível estuda o tipo de padrão; o segundo nível assenta na análise dos pontos característicos (fragmento, empalme, bifurcação, convergência); o terceiro e último nível tem por objeto de estudo a morfologia, o contorno da crista e a localização de poros da crista epidérmica” (Gomes, 2018). O protocolo ACE-V definiu que para que a identificação seja possível através de um vestígio lofoscópico, deverá ser realizada a comparação entre duas amostras, no caso, entre a amostra recolhida no local do crime e a amostra recolhida do suspeito, através de quatro etapas que o perito deverá cumprir, a análise, a comparação, a avaliação e a verificação. O primeiro requisito, “a Análise, consiste na avaliação da qualidade, quantidade e especificidade das características de ambas as impressões digitais” (Vilar, 2015). A segunda etapa, “a comparação visa a demarcação dos elementos de consonância entre as amostras, relativamente às figuras e aos pontos característicos encontrados, não sendo possível existir qualquer discordância” (Gomes, 2018). Por sua vez, a avaliação “consiste em determinar se existe de facto uma identificação, exclusão ou se se trata de uma situação não conclusiva para posteriormente ser realizado um relatório” (Vilar, 2015). Por último, a verificação “consiste na repetição do processo seguido, mas desta vez efetuado por outro perito” (Gomes, 2018).

Por conseguinte, para que a comparação seja eficaz e que se apresente como uma prova fiável, é necessário que existam doze pontos coincidentes entre a amostra recolhida no local do crime e a amostra recolhida no suspeito. Neste âmbito, “este método consiste em identificar um número mínimo de pontos característicos coincidentes, sendo que não existe um número mínimo rigorosamente estabelecido e, por isso, é um número que varia de acordo com os países”, sendo Portugal o valor de mais de doze pontos característicos (Vilar, 2015). Pelo que, “quando é possível identificar mais de 12 pontos característicos coincidentes sem dissemelhanças naturais e a impressão é nítida, conclui-se com certeza absoluta a identidade” (Vilar, 2015). Os doze pontos característicos que as amostras necessitam de apresentar estão previstos no nº3 do art.12º da Lei 67/2017, de 09 de agosto, referindo que “considera-se confirmação e identificação positiva a que resulte da comparação entre duas amostras que estabeleça a existência de pelo menos 12 pontos característicos comuns, sem nenhuma divergência”.

A comparação entre as amostras lofoscópicas realiza-se através do Sistema Integrado de Identificação Dactiloscópica Automatizada (AFIS). O AFIS foi implementado em 1990 em Portugal na exclusiva utilização pela Polícia Judiciária (PJ). No entanto, “em 11 de Dezembro de 2006, foi concebida e aprovada pelos três OPC de competência genérica, GNR, PSP e PJ o projeto de extensão do sistema AFIS à GNR e à PSP, que teve como objetivo satisfazer as necessidades da Investigação Criminal e assenta na partilha e otimização do sistema AFIS” (Nogueira, 2017). Este sistema, “utiliza as amostras-referência recolhidas para pesquisar e localizar a existência de uma outra amostra que se encontra numa base de dados” (Barrete, 2021). O AFIS “revolucionou a forma de identificação de impressões digitais, pois é um sistema automatizado, caracterizado pela rapidez na identificação de impressões digitais”, coadjuvando as Forças e Serviços de Segurança na identificação dos suspeitos dos crimes em investigação (Nogueira, 2017). Nesta medida, “consegue pesquisar entre milhões de impressões digitais em apenas alguns segundos, tornando-o um sistema indispensável em matérias de investigação criminal em vários países” (Guimarães, 2024). O AFIS foi implementado enquanto ferramenta nacional de base dados lofoscópicos, porém, mais tarde, houve a necessidade da criação de base dados internacionais, no âmbito da cooperação da União Europeia. A Convenção de Prüm veio exatamente implementar estas novas bases de dados para consulta de outros Estados-Membros, quando assim se justificar.

A Convenção de Prüm foi assinada em 2005 e, “atendendo ao aumento da criação de sistemas tecnológicos de identificação humana, o sistema Prüm surgiu como uma das soluções encontradas pelos países da União Europeia para lidar com as crescentes ameaças à segurança pública” (Matos, 2021). A Convenção de Prüm, implementada pela Decisão 2008/615/JAI do Conselho da União Europeia, permitiu que fossem criadas base de dados de perfis de ADN e lofoscópicos para utilização das forças e serviços de segurança de cada Estado-Membro, mas, também, para a cooperação internacional entre os países. Nestes termos, esta Decisão define os princípios fundamentais da utilização dos dados pessoais das pessoas visadas, a criação das bases de dados automatizadas, como é o caso da AFIS e da Base de dados de ADN portuguesa, para um maior controlo e eficácia das investigações criminais. Aquando da cooperação internacional ao combate ao terrorismo, foi criado

um ponto de contato nacional para a partilha e transmissão dos dados genéticos e lofoscópicos com outros Estados-Membros, no decorrer de investigações criminais.

Neste sentido, a Convenção de Prum permitiu que Portugal utilizasse estas plataformas para uma melhor identificação entre amostras e aperfeiçoamento dos métodos até então utilizados, colaborando com outros Estados-Membros no combate aos crimes transfronteiriços.

Já no que concerne ao ADN, “graças aos contributos de Mendel, ainda durante o século XIX, e à descoberta da estrutura deste Ácido Desoxirribonucleico por Watson e Crick, estes já no século XX (1953), possibilitaram que em 1985, agora pela mão de Alec Jeffrey's, se começasse a utilizar o ADN na investigação criminal” (Rocha, 2014).

A genética forense, enquanto ciência que estuda e ajuda a comparar traços genéticos para fins criminais, desde o seu surgimento em 1985 até aos tempos que decorrem, bem como a Lofoscopia, continuam a ser as ciências e os métodos prediletos na investigação criminal, demonstrando-se, a nível processual, enquanto dotadas de uma maior probabilidade e fiabilidade científica, não significando que não seja debilitada, situação que poderá acontecer. Anteriormente à descoberta do ADN, “já a genética era utilizada ao serviço da Justiça, sendo utilizados marcadores genéticos como os grupos sanguíneos, em ações de paternidade, ou para ligar suspeitos a determinados crimes” (Costa, 2017). Outrossim, “a análise do grupo sanguíneo do suspeito muitas vezes não serviria de prova da sua presença ou não no local do crime devido às limitações deste tipo de prova, em excluir ou incluir validamente aquela pessoa”, levando a que existisse a necessidade de outra categoria de provas que oferecessem ao juiz uma certeza maior para a aplicação das penas (Costa, 2017). Por sua vez, “Os ácidos nucleicos foram descobertos em 1871 por Miescher em células animais e em 1889 por Altmann em células vegetais. Mas só em 1953 foi esclarecida toda a estrutura de ADN por Watson e Crick” (Gonçalves, 2015). Porém, foi só em 1985 que Alec Jeffrey's impulsionou o recurso à genética forense para a investigação criminal, conseguindo desenvolver e sustentar uma probabilidade de certeza jurídica em relação a outras provas que ainda subsiste.

Neste sentido, a investigação criminal é “o braço executivo do Processo Penal, no que respeita à produção probatória, para ela converge, e nela se concentra, a primeira linha de todas as tensões geradas, e verdadeiramente representativas, do

pulsar civilizacional de uma sociedade e de uma criminalidade em profunda e permanente mudança” (Braz, 2015).

1.4 Evolução da prova pericial à atualidade

A prova pericial surgiu pela primeira vez explanada nas Ordenações Afonsinas, pelo que “os primeiros passos no sentido da legislação de um regime da prova pericial começam a ser dados nas Ordenações Afonsinas, onde se reconhece a necessidade de recorrer a “exames” para que se proceda à análise das feridas das vítimas, não havendo, porém, legislação que esclareça quem procede a estes exames e o seu “modus operandi””. (Lopes, 2017). Nas Ordenações Afonsinas, vislumbra-se o passo inicial da figura do perito, na medida em que a vistoria às marcas das vítimas constitui, sem sombra de dúvidas, um dos trabalhos fundamentais de um perito numa investigação criminal. Ora “Este importante passo, embora tenha consolidado a necessidade de intervenção de um terceiro, não colmatou a sua qualidade enquanto interveniente, nem tão pouco o modus operandi, mas ressaltou-se a referência feita a determinadas exigências dos ferimentos das vítimas” (Rodrigues, 2023). Após este passo inicial, “A evolução da regulamentação daquilo que eram os primeiros passos da prova pericial continuou nas Ordenações Manuelinas; é, porém, nas Ordenações Filipinas (e já no século XVII) que se reconhece claramente a figura do perito, atribuindo-se especial valor ao seu julgamento” ((Lopes, 2017). Nesta órbita, as Ordenações Filipinas consolidaram o papel e a atuação do perito, enquanto conhecedor de uma experiência e de uma cientificidade elevada que permitia a avaliação de feridas no corpo de vítimas, “consagrando a delegação de Fysicos para realização de exames e vistorias, ainda que o serviço de exames médico-legais fosse da competência dos professores de medicina” (Rodrigues, 2023).

No entanto, a legislação deu um impulso no sentido de acompanhar a evolução da ciência que já se denotava “com a publicação do Alvará de 22 de Janeiro de 1810, que determina a organização dos “Fysicos” por comarca e intervenção dos Fysicos nos exames. A importância da prova pericial no Processo Penal Português tornou-se cada vez maior e, embora continuasse a não existir um regime legal claro que regulamentasse este meio de prova, eram cada vez mais os casos previstos em que

a inspeção ocular (exame) era necessária, existindo progressivamente mais legislação avulsa a regular o modo como se devia proceder a esta inspeção em determinados crimes.” (Lopes, 2017). O Alvará de 22 de janeiro de 1810 complementou os passos iniciais da prova pericial “consagrando a delegação de Fysicos para realização de exames e vistorias, ainda que o serviço de exames médico-legais fosse da competência dos professores de medicina”, fundamentando o papel do perito numa base simples de análise de feridas e da realização dos exames, não se enquadrando, ainda, na atividade da medicina legal (Rodrigues, 2023). Nesta etapa inicial, os peritos eram considerados meros ajudantes e eram chamados a intervir apenas para casos concretos e especificados pelas Ordenações e, enquanto o avanço da tecnologia não estava demarcado na ciência, os peritos não teriam autonomia nem tecnicidade como os professores de medicina legal da época. Neste sentido, o perito era uma figura secundária, meramente de tarefas examinadoras poderia ter lugar a dar o seu contributo na análise de ferimentos.

O paradigma sofre uma alteração quando “em 1825, após publicação do Decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, são criadas duas escolas, uma no Porto e outra em Lisboa, destinadas ao ensino de cadeiras de medicina legal conducentes à evolução da peritagem” (Rodrigues, 2023). Com a criação das escolas de medicina, o legislador decidiu que estavam alinhados os pressupostos para que fosse, pela primeira vez, regulada a prova pericial enquanto meio de prova, visto que os estes “são elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um facto” (Tribunal da Relação de Guimarães, 2004). Neste âmbito, realizou-se com a entrada em vigor do Decreto n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929, o novo Código de Processo Penal, onde foi contemplada, pela primeira vez, a Prova Pericial.

A Prova Pericial, e todos os seus requisitos, bem como a consagração do trabalho dos peritos, encontra-se contemplada na Secção II do Capítulo III do Código de Processo Penal de 1929, delimitando toda esta problemática de forma robusta e concisa, muito aproximada da realidade no atual Código de Processo Penal. Uma das principais diferenças entre este e o atual regime, verifica-se pela diferenciação entre exame e perícia, sendo que no regime de 1929 não existiria esta diferença. O exame nesta época concentrava em si duas funcionalidades, o exame propriamente dito de recolha de vestígios e o exame enquanto avaliação e comparação de amostras, sendo este último enquadrado enquanto perícia à luz do Código de Processo Penal vigente.

O Código de Processo Penal de 1929 foi um marco histórico para Portugal, não só pela regulamentação de normativos relativos ao processo penal, mas por definir e balizar toda a problemática da prova no regime do direito processual penal. A matéria da prova teria, finalmente, uma secção própria bem como normas de atuação para os meios de obtenção de prova e para os meios de prova, mesmo que de uma forma genérica e inicial.

A alteração e respetiva publicação do diploma em 1987 introduziu as principais mudanças ao nível do sistema processual penal, sendo uma das mudanças o delineamento das “funções do Juiz de instrução, do MP e do Juiz de julgamento, atribuindo-lhes a titularidade e direção de cada uma das fases do processo penal: inquérito, instrução e julgamento” (Braz, 2017). A separação tripartida do poder é, não só, um princípio do Direito Processual Penal, mas também um verdadeiro garante da constitucionalidade e da transparência do devido processo. A entidade que investiga e acusa não poderá ser a que acusa na medida em que poder-se-ia, em alguns casos, afigurarem-se situações de conflitos de interesses, mas não só, a transparência e imparcialidade do processo não será o mesmo quando existem três entidades com funções distintas do que ter apenas uma entidade que desenvolve todas as fases do processo.

O Ministério Público, enquanto titular da ação penal, será a entidade responsável por acusar, não podendo julgar, pelo que é coadjuvado pelo OPC para a realização da investigação. Por seu turno, o Juiz de Instrução Criminal deverá socorrer-se destas autoridades para identificar e delinear toda a temática que poderá ter cabimento nas suas esferas jurídicas. O juiz de julgamento não poderá investigar nem acusar, garantindo a eficácia, transparência e imparcialidade tão inerentes ao Processo Penal Português.

O Código de Processo Penal sofreu diversas alterações, desenvolvendo-se não só toda a temática do processo penal e de todos os seus atos, mas, também, foi aprimorada a natureza da prova, regras e princípios fundamentantes e regularizadores desta temática. O ordenamento jurídico tornou-se cada vez mais solidificado, denso, justo e equitativo, valores estes que continuam enraizados no ordenamento jurídico, na sociedade, pelo que “a importância do regime legal consagrado no Processo Penal de 1929 também se faz notar pela quantidade de disposições legais (artigos) que

foram transpostas para o Código de Processo Penal actual, ou que, apesar de determinadas correções e ajustes, mantêm a sua ideia fulcral” (Lopes, 2017).

1.5 O sistema processual penal atual

O sistema processual penal português é um sistema de estrutura mista, mitigado pela verdade material, tendo de existir duas entidades distintas, com poderes no processo, uma com poder para investigar e acusar e a outra com poder para julgar, dentro dos limites da acusação.

Com a sua estrutura acusatória, o processo penal português garante a separação de poderes, conforme o princípio do acusatório. Esta separação permite uma maior transparência e igualdade no processo, afastando potenciais influências no julgamento por parte de quem investiga. Por se tratar de um sistema misto, existem traços do sistema inquisitório, nomeadamente por se tratar de um processo que visa garantir a verdade material, investigar o crime e descobrir o seu culpado. Para além deste traço essencial no nosso sistema, o sistema inquisitório ainda de faz marcar através do princípio da igualdade de armas, que “pressupõe que autor e réu se encontrem em paridade de condições, que tenham direitos processuais idênticos e estejam sujeitos também a deveres, ónus e cominações idênticas, sempre que a sua posição no processo seja equiparável” (Supremo Tribunal de Justiça). Por ser um sistema composto pela divisão de poderes e pela descoberta da verdade material, apresenta uma estrutura mista, uma estrutura acusatória mitigada pela descoberta da verdade material.

A divisão de poderes é realizada entre o Ministério Público e o Juiz, cabendo-lhes assegurar um processo justo e equitativo para todas as partes.

O Ministério Público, nos termos do artigo 219.º CRP, é o titular da ação penal, concentrando em si o poder de investigar, bem como o poder de acusar, pelo que cabe ao juiz julgar, dentro dos limites da acusação submetida para decisão. Esta divisão de poderes permite a criação de uma relação no cerne do direito processual penal, a relação jurídico-processual. Esta relação subsiste entre os sujeitos processuais durante todas as fases do processo, sendo que na fase de inquérito, caberá ao Ministério Público tomar as decisões, desenvolver a investigação e acusar.

Ora, nesta fase a relação manifesta-se, essencialmente, entre o Ministério Público e o arquido, ou com o assistente, caso haja lugar à constituição deste, verificando-se uma conexão simples entre os sujeitos processuais. No entanto, quando o juiz de instrução criminal necessita de intervir naquela fase, a relação torna-se mais complicada com a perda de poderes decisórios do Ministério Público, sendo que o domínio processual passará para o juiz de instrução criminal. Esta relação jurídico-processual forma-se com a separação dos poderes em sede de processo, mais complica-se com a intervenção de outros sujeitos processuais que exerçam, também, poderes decisórios.

Neste sentido o processo penal português, além da relação jurídico-processual, tem um objeto, o crime. A definição de crime encontra-se na alínea a) do art.1º do CPP, definindo-o como “o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais”. Para se averiguar se o comportamento visado preenche um crime, é necessário, em primeiro lugar, que se verifique um facto voluntário, comportamento humano. Em segundo lugar, que este comportamento humano seja tipificado como crime no Código Penal ou em legislação avulsa. Subsequentemente é necessário que a conduta seja ilícita, ou seja, que o comportamento seja relevante e que não exista nenhuma causa de exclusão da ilicitude. É necessário, ainda, que este comportamento seja culpável, não se verificando nenhuma causa de exclusão da culpa. E, por fim, que seja punível. Analisados os pressupostos a verificar, entende-se que sem estes pressupostos preenchidos, não haverá lugar à aplicação de pena ou de medida de segurança ao agente do crime. É através do objeto que o processo penal português procura descobrir a verdade factual do que originou o processo, o próprio crime.

Por este termo, o processo penal trata-se de um processo de estrutura acusatória mitigado pela verdade material enquadrando-se num modelo misto e não puramente acusatório.

Capítulo II: Princípios estruturantes do Direito Processual Penal

Os princípios estruturantes ou fundamentais do direito processual penal, definem-se enquanto dimensões axiológicas, de valores, de exigências de sentido, neste caso, de exigências de sentido normativo que densificam o processo penal. Importa em primeira mão autopsiar o art.32º da Constituição da República Portuguesa (CRP), visto que este normativo legal contém um conjunto de princípios, regras, direitos e garantias fundamentais do Direito Processual Penal.

2.1 O Princípio do Contraditório

No âmbito da presente investigação, considera-se de extrema importância mencionar em primeiro lugar o Princípio do Contraditório, previsto no nº5 do art.32º da CRP que refere que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Este princípio, presente na última parte do referido artigo, “deve estar presente desde o início do processo penal até ao seu término, uma vez que traduz o direito que tem a acusação e a defesa de se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os atos ou quaisquer atitudes de qualquer uma delas no processo.” (Abreu, 2018). Traduz-se, assim, numa garantia concedida aos sujeitos processuais de intervirem no processo e de fundamentarem e contraporem as provas, caso assim o considerem. Na realidade, o nº2 do art.327º do CPP fundamenta-se exatamente nesta ideia de consagração das provas no princípio do contraditório, enunciando que “os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal.”. Se os meios de prova suscitarem qualquer tipo de dúvida, por parte do arguido, poderá este fazer-se ouvir, solicitar diligências, bem como pronunciar-se sobre o seu parecer quanto à legalidade da recolha da prova. Trata-se de meios proibidos de prova, provas nulas e provas anuláveis, devendo o arguido utilizar o contraditório.

Outrossim, o Princípio do Contraditório faculta ao arguido o direito que este possui a ser escutado em todas as fases do processo e sempre que o requeira, visto

que se se tratar de ilegalidades, porventura, que possam vir a ser detetadas, falam-se de medidas que possam restringir e afetar os seus direitos, liberdades e garantias e, como tal, a CRP protege este sujeito processual para que possa exprimir as suas preocupações sobre o seu processo. Nesta linha de pensamento, cabe referenciar que por contrário ao Direito Processual Civil, mesmo que o arguido não conteste, não exerça o seu direito ao contraditório, esta posição não comina em revelia, portanto, não se dando como provados os factos através da ausência de pronúncia. Ora, como a presente figura não tem lugar no processo penal, o não contraditório não implica que se autoincrimine. Enquanto partes integrantes deste princípio, sendo os seus corolários, encontram-se o direito ao silêncio e o princípio da presunção da inocência. O direito ao silêncio encontra-se explanado na alínea d) do nº1 do art.61º do Código de Processo Penal, pelo que “o arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de: Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”. Tratando-se de um corolário acaba por redundar no anteriormente referenciado, no entanto delimita o âmbito deste direito concedido ao arguido, significando isto que, não obstante as excepções previstas na lei, o arguido de um processo penal detém a escolha de responder ou não às perguntas realizadas pelas entidades envolvidas no processo, bem como declarações, confissões, interrogatórios e outros atos processuais que importem relatar sobre os factos que lhe são imputados. As excepções aqui mencionadas são as que são elencadas na alínea b) do nº6 do art.61º do CPP, estritamente ligadas à identificação do arguido. Como reforço desta ideia, acrescenta, ainda, o nº1 do art.343º do CPP “o presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que, no entanto, a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo”. Por seu turno, o segundo corolário que advém do princípio do contraditório, denomina-se princípio da presunção da inocência. Esta dimensão axiológica decorre directamente do nº2 do art.32º da CRP relatando que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”. Em contraposição ao Direito Processual Civil em que o réu tem de fazer prova dos factos, no Direito Processual Penal o arguido não tem de facultar qualquer tipo de prova visto que assenta no Princípio da Presunção da Inocência. Ora, assentando neste princípio

basilar, caberá aos restantes sujeitos processuais apresentar as provas que considerarem necessárias e ao Juiz apreciar sobre elas. No decorrer deste princípio, surge um corolário, estritamente ligado ao Princípio da Presunção da inocência, o *princípio in dubio pro reo* que se assume enquanto ponto fundamental ao nível da matéria de facto. A matéria de facto, ou seja, a matéria estritamente ligada à prova, encontra-se sujeita a este princípio, visto que na procura da verdade material, nem sempre se consegue provar os factos que o arguido se encontra acusado, ou existindo dúvida dos mesmos, o juiz deverá reger-se por este princípio, decidindo a favor daquele. O Tribunal da Relação de Lisboa acrescenta que “a dúvida razoável poderá consistir na dúvida que seja “compreensível para uma pessoa racional e sensata”, e não “absurda” nem apenas meramente “concebível” ou “conjetural”. Nesta perspetiva, o convencimento pelo tribunal de que determinados factos estão provados só se poderá alcançar quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitirem excluir qualquer outra explicação lógica e plausível” (Tribunal da Relação de Lisboa, 2012). Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça refere que “nem o princípio *in dubio pro reo* significa dar relevância às dúvidas que as partes encontram na decisão ou na sua interpretação da factualidade descrita e revelada nos autos, mas é antes uma imposição dirigida ao juiz, no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não houver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa” (Supremo Tribunal de Justiça, 2007). Mais acrescenta este Tribunal que “o princípio *in dubio pro reo* tem reflexos exclusivamente ao nível da apreciação da matéria de facto objeto da vinculação temática do processo - sejam os pressupostos do preenchimento do tipo de crime, sejam os factos demonstrativos da existência de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, sejam ainda os factos agravantes ou atenuantes gerais da escolha e medida concreta da pena.” (Supremo Tribunal de Justiça, 2011). Cabe referir que este princípio é aplicável tanto ao juiz como ao Ministério Público, visto que este tem o poder decisório no momento acusatório, portanto, não tendo estes a certeza quanto aos factos e indícios constantes em processo, devem garantir pela razoabilidade e salvaguarda deste princípio.

2.2 O Princípio da Verdade Material

Outra dimensão axiológica decorrente da matéria da prova é o Princípio da Verdade Material.

O princípio da verdade material exige que todo o processo, incluindo a sua orientação dinâmica, os instrumentos ao dispor das partes e a configuração dos poderes que cabem a cada autoridade que intervenha no processo, devem estar orientados, sempre, para o esclarecimento, tão próxima quanto possível, da verdade histórica. Desta forma, deverá manter-se tudo orientado e pré-determinado para que, no processo, se procure esclarecer, da forma mais próxima possível da verdade. Já a decisão final, nomeadamente, a decisão condenatória deverá ser a mais fiel possível relativamente ao acontecimento histórico que determina a condenação, o objeto do processo. Neste sentido, “este princípio impõe que o tribunal ordene a produção de prova sobre os factos questionados para que possa ser feita a sua reconstituição, sem que para isso tenha que esperar que as provas da defesa e da acusação sejam apresentadas. Ao tribunal caberá essa tarefa de, por si só, desenvolver esforços para que se obtenha a verdade.” (Guerreiro, 2014). O princípio da verdade material é uma exigência do Estado de Direito que tem como estrutura o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio que aqui se expõe, do ponto de vista da formulação como princípio, não está previsto em nenhuma norma, sendo um princípio implícito, material, que decorre de uma outra exigência que é a exigência da dignidade da pessoa humana.

A única manifestação desta dimensão axiológica afigura-se no princípio da legalidade da prova, previsto no artigo 125.º CPP, referindo que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. Este princípio estabelece que no âmbito do processo penal, é admissível qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova, desde que não sejam proibidos, mesmo que não estejam previstos na lei. Consagra-se uma ideia de liberdade probatória, pelo que o Ministério Público, em sede de inquérito, pode lançar mão de qualquer meio de prova, mesmo que não esteja expressamente previsto na lei, mas desde que não seja proibido. O princípio da verdade material é um princípio de sistema, mas não é um princípio absoluto, enfrenta algumas restrições. As restrições a este princípio existem para acomodar outros princípios, isto é, devido à necessidade de compatibilizar este princípio com outros princípios. Uma dessas restrições, prende-se, desde logo, com a existência de métodos proibidos de prova. No art.126º do CPP são descritos os métodos proibidos

de prova, apresentando-se como uma formulação em contrário, é a lei que diz, expressamente, o que é que é proibido. Esta formulação normativa das provas, é assim por força do princípio da verdade material.

A existência de provas proibidas, provas que não são admitidas no processo, que não podem ser produzidas, e se o forem, não são admissíveis, prende-se com a necessidade de acomodar um outro princípio, o princípio do processo equitativo, que descreve que não é aceite nem é admissível tudo em processo penal. Por estes motivos, “a produção da prova deverá obedecer sempre ao Princípio da Legalidade (art. 125.º CPP), isto é, os métodos de obtenção de prova deverão respeitar os valores da sociedade – ao contrário do que acontecia em tempos mais remotos, como atrás foi referido -, obrigatoriamente obtidas mediante formas que excluam a tortura e/ou qualquer outro método que ponha em causa a dignidade da pessoa humana” (Guerreiro, 2014). Além da restrição da prova proibida, no art.359º do CPP é elencada uma outra restrição. Segundo o art.359º do CPP, “uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, nem implica a extinção da instância.”. Por mais que o novo facto possa ajudar a investigação na descoberta da verdade material, não são admitidos novos factos havendo claramente um prejuízo para a verdade história, uma afetação direta à acusação. O tribunal terá de ignorar um facto, que corresponde à realidade e que, por razões que se prendem com a estrutura acusatória, não o pode considerar para efeitos de decisão.

2.3 Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare

Do conjunto de dimensões axiológicas diretamente ligadas à prova e ao arguido, encontra-se o privilégio contra a autoincriminação ou princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

O privilégio contra a autoincriminação “consiste na faculdade conferida, em primeira linha, aos sujeitos processuais com destaque para o arguido, de se protegerem perante a iminente e inevitável implicação num ilícito pela sua própria intervenção” (Lima, 2014).

Neste sentido, “o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* significa fundamentalmente que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio, a produzir prova contra si mesmo ou a fornecer coactivamente qualquer tipo de declaração ou informação que o possa incriminar” (Tribunal da Relação de Lisboa, 2018). Este princípio encontra-se consagrado, ainda que de forma implícita, no nº1 do art.32º da CRP, no que concerne às garantias de defesa. Por sua vez, a Carta Europeia dos Direitos Humanos, ao longo do seu art.6º refere vários direitos e princípios enquadrados nas garantias de defesa, consagrando de forma implícita o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Ao contrário da Carta Europeia dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no alínea g) do nº3 do art.14º consagra, de forma explícita, aquele princípio, referindo que qualquer pessoa tem direito “a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”.

Nesta linha de pensamento, o arguido do processo penal tem o direito de não se autoincriminar, por qualquer meio, sendo um princípio que “tem a sua fundamental importância na salvaguarda dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa, no seu direito à integridade pessoal e bem assim à sua intimidade e privacidade” (Pimentel, 2012). No decorrer do processo penal, durante as suas fases, o arguido não está vinculado a prestar declarações, a entregar documentação, ou quaisquer outras provas, pelo que o recurso ao silêncio, à não contribuição para a prestação de declarações, configura apenas o direito ao silêncio. Aqui reside a grande diferença entre o princípio contra a autoincriminação e o direito ao silêncio, sendo que o último decorre do primeiro, mas só prevê a questão do silêncio, já o princípio embarga o direito ao silêncio acrescentando-lhe qualquer tipo de meio de prova, meio de obtenção de prova, na realidade, qualquer prova física ou verbal. Nesta medida, o privilégio contra a autoincriminação tem um âmbito de abrangência maior e não se restringe ao direito ao silêncio, embargando na sua estrutura várias formas do arguido não se autoincriminar. O privilégio contra a autoincriminação, “embora sem consagração constitucional expressa, o *nemo tenetur* beneficia de fundamento implícito nas normas constitucionais que tutelam as garantias de defesa e os valores fundamentais da dignidade humana e da presunção de inocência, num processo leal e equitativo (artigos 1º, 20º n.º 4 e 32º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa)” (Tribunal da Relação de Lisboa, 2018).

Como qualquer princípio, direito, dever ou privilégio, deverá sempre cumprir os direitos constitucionais e todas as disposições relativas aos direitos humanos. Não se confundindo com o direito ao silêncio, este está dividido em três vertentes, normativo, temporal e material. Na perspetiva da vertente normativa, “este princípio aplica-se ao direito sancionatório, maioritariamente no Direito Processual Penal e Contraordenacional, sendo estas normas as que mais se adaptam e recorrem ao direito à não autoincriminação” (Basto, 2023). Neste caso, trata-se de um privilégio apenas aplicável aos processos com esta natureza, de direito sancionatório. Por seu turno, “o âmbito temporal reflete-se na ideia de que o *nemo tenetur* existe e vigora no nosso ordenamento jurídico por si só, muito antes de se pensar na constituição do arguido ou de esta se suceder” (Basto, 2023). Este privilégio deverá estar sempre em consideração, desde o momento inicial do processo ou mesmo antes deste, sendo um privilégio sempre a ter em consideração por todos os sujeitos processuais. Por último o âmbito material prende-se com o caso em concreto, pelo que se vai materializando ao longo de todo o processo.

Por ser um princípio que vai mais além do que o direito ao silêncio, poderá entrar em conflito com o dever de sujeição a exames.

2.4 Dever de sujeição a diligências de prova

A alínea d) do nº6 do art.61º do CPP prevê o dever que o arguido detém de colaborar com a justiça e de se sujeitar a diligências, referindo que “recaem em especial sobre o arguido os deveres de sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”. O dever de sujeição apresenta-se como um limite ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, na medida em que, apesar do arguido ter o privilégio de não contribuir para a sua autoincriminação, deverá sempre sujeitar-se a diligências. Caso o arguido se recuse a esta obrigação, refere o nº1 do art.172º do CPP que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar animal ou coisa que deva ser objeto de exame, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. Neste sentido, o visado da diligência pode abster-se à realização da mesma defendendo os seus direitos fundamentais por se tratarem de

diligências intrusivas. Apesar da lei permitir que o arguido tem o direito de se recusar fundamentando que está a contribuir para a sua autoincriminação e que se trata da restrição a direitos fundamentais, a lei não prescinde deste dever inerente ao arguido. Para que a autoridade judiciária ordene despacho de sujeição à diligência é necessário que atente aos valores em causa, aos crimes cometidos. Este despacho de ordenação, em caso de recusa, deverá ser apenas ordenado se forem reunidos os requisitos do nº3 do art.154º do CPP, sendo “da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”. O juiz terá de ponderar entre a descoberta da verdade material e o direito à integridade física do arguido, socorrendo-se de uma proporcionalidade para a sua decisão.

O Princípio da Proporcionalidade afigura-se enquanto princípio constitucionalmente consagrado no art.18º nº2 da CRP. O nº2 do art.18º da CRP refere que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. O juiz deverá atender aos valores e bens jurídicos em causa, ponderando entre eles para caso concorde, ordenar o despacho de sujeição. Nestes termos, “o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: Princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos)” (Tribunal Constitucional, 2001). A autoridade deverá justificar se a sujeição a diligências de prova se revela como um meio a alcançar a verdade material.

Por sua vez, o “Princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato)” (Tribunal Constitucional, 2001). O juiz deverá garantir que não subsistem outros meios de prova e de obtenção de prova menos lesivos e que apresentem uma maior fiabilidade sem conflitar tanto com os direitos fundamentais. Caso se verifique que de outra forma a verdade material não será alcançada no processo, as medidas demonstram-se como necessárias e exigíveis. Por último, o “Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para

alcançar os fins pretendidos)” (Tribunal Constitucional, 2001). O despacho de ordenação deverá conter todos os limites, não devendo ultrapassar o aceitáveis, nem prever a adoção de medidas excessivas para alcançar a verdade material.

Nesta medida, o dever de sujeição a diligências revela-se um limite ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, podendo ser sempre o arguido sujeito a diligências intrusivas.

2.5. Princípio da livre apreciação da prova e o princípio da subtração à livre apreciação

O princípio da livre apreciação da prova é um dos princípios mais relevantes em matéria da prova no processo penal. O âmbito deste princípio, está nos momentos de valoração, do valor das provas, definindo qual o valor da mesma e em que termos estas são admissíveis.

No processo penal, as provas são livremente apreciadas pela entidade decisora, segundo a sua livre convicção, à luz das regras, da experiência comum. Assim, “o julgador é livre, ao apreciar as provas, embora tal apreciação seja “vinculada aos princípios em que se consubstancia o direito probatório e às normas da experiência comum, da lógica, regras de natureza científica que se devem incluir no âmbito do direito probatório” (Tribunal da Relação de Coimbra, 2008). Sendo perceptível que, “a livre convicção não pode confundir-se com a íntima convicção do julgador, impondo-lhe a lei que extraia das provas um convencimento lógico e motivado, avaliadas as provas com sentido da responsabilidade e bom senso, e valoradas segundo parâmetros da lógica do homem médio e as regras da experiência.” (Tribunal da Relação de Coimbra, 2008). Este princípio encontra-se previsto no artigo 127º do CPP, referindo que “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”. O subjetivismo afigura-se enquanto característica principal deste normativo, visto que socorrendo-se do dever de fundamentação, pode o juiz interpretar e apreciar as provas que lhe forem dispostas. No entanto, apesar do juiz poder apreciar segundo as suas regras e convicções existem limites a esta livre convicção, enquadrando-se como situações que correspondem ao valor da prova

pericial, ao valor da prova por documentos autênticos ou autenticados e à confissão integral sem reservas feita em audiência de discussão.

A exceção que importa na presente investigação é a que concerne à prova pericial. A prova pericial está regulada no art.151º CPP esclarecendo que “tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”. Esta afigura-se enquanto meio de prova, visto que os “meios de prova são elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um facto” (Tribunal da Relação de Guimarães, 2004). Neste sentido, “a perícia é um meio de prova que deve (ou tem que) ser produzido quando o processo e a futura decisão se defrontam com conhecimentos especializados que estão para além das possibilidades de constatação e/ou percepção, efectivas ou presumidas do Tribunal em três campos do saber, os técnicos, os científicos e os artísticos” (Tribunal da Relação de Lisboa, 2018). No que tange ao valor da prova pericial, o art.163º CPP esclarece que “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”. Significa isto que, em princípio, o juiz, quanto àquilo que resulta das conclusões dos peritos, não pode, sobre essas conclusões, formular um juízo assente na sua livre convicção. O juiz tem, efetivamente, de aceitar, como regra, aquilo que resulta das conclusões dos peritos, todavia, o legislador utiliza aqui a expressão da presunção. O nº2 do art.163º CPP permite ao juiz decidir segundo a sua livre convicção, no que concerne à prova pericial, e, para isso acontecer, existem dois requisitos cumulativos.

O primeiro requisito é que o juiz tem que deter conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos equivalentes àqueles que os peritos têm, pelo que se o juiz tiver esses conhecimentos pode formular uma convicção diversa. O segundo requisito é que o juiz também tem que fundamentar a divergência e, para tal, tem que ter esses mesmos conhecimentos que lhe permitam rebater as conclusões do perito. Neste sentido, “a fundamentação da divergência do juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial, não tem de ter carácter de contraprova, e por isso não se afigura necessária a sua refutação pela demonstração de conclusão contrária ou diferente, bastando-se com a dúvida séria e razoável sobre as conclusões periciais, exigindo-se uma divergência que seja justificada por juízos de “idêntica natureza”” (Lourenço, 2024, p. 172).

Verificando-se estes dois requisitos, preenche-se uma exceção puramente relativa quanto à subtração da prova pericial ao princípio da livre apreciação da prova. Neste sentido, “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador (art. 163.º, n.º1, do CPP). E, sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência (n.º 2 do preceito). Face ao regime vigente, se o julgador acatar o juízo técnico, científico ou artístico dos peritos, inerente à prova pericial, nada terá que dizer. Se o não acatar, e dele divergir, terá que fundamentar a sua divergência.” (Supremo Tribunal de Justiça, 2008). Nestes termos, “o julgador só poderá divergir do juízo contido no parecer do perito, fundamentando devidamente a divergência, se puder fazer uma apreciação também técnica, científica ou artística ou se se tratar de um caso inequívoco de erro” (Antunes, 2019).

O princípio da livre apreciação da prova demonstra-se como um grande pilar do juiz, na medida em que permite que este possa formular um juízo conforme aquilo que analisou da prova apresentada. Todos os meios de prova estão sob a alçada deste princípio probatório, com a exceção relativa da prova pericial. Já aqui se caracterizou esta exceção e os requisitos que necessitam de estarem cumpridos para que o princípio da livre apreciação da prova possa ser aplicado à prova pericial e “o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador” (Silva, 2008). Nesta medida, “o julgador fundamenta suficientemente a sua divergência, por exemplo, quando: adere às conclusões da opinião vencida numa perícia colegial; adere às observações expressas pelo consultor técnico ou; adere a uma das opiniões diante de duas ou mais perícia com resultados contraditórios” (Albuquerque, 2009).

À luz da caracterização do princípio fundamentante, esta “livre apreciação deve ser entendida como uma livre valoração racional, isto é, a valoração da prova é feita pelo julgador, em concreto, orientado por critérios racionais que, como se verá, deverão ser retractados na fundamentação da decisão” (Dias, 2011). A prova pericial presume-se subtraída ao princípio da livre apreciação da prova, porém afigura-se uma presunção relativa na medida em que, desde que o juiz seja dotado de tais conhecimentos poderá divergir daquele que é o relatório pericial elaborado pelo perito, tendo sempre de fundamentar. Neste sentido, poderá afirmar-se que a relação entre

este meio de prova e aquele princípio é uma relação estritamente fundamental para a boa prossecução do processo, visto que estão sempre conexos.

Assim, “resumidamente, o Princípio da Livre Convicção “não deve definir-se negativamente pela ausência de regras e critérios legais predeterminantes do ser valor, havendo antes de se destacar o seu significado positivo, que há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos” (Tribunal Constitucional, 1996). A este propósito, em geral o nº 5 do artigo 97.º CPP, e para a sentença o art. 374.º do mesmo diploma, realçam a fundamentação do ato decisório, devendo sempre ser acompanhado pelos motivos de facto e de direito.” (Guerreiro, 2014).

Capítulo III: Das perícias intrusivas: a recolha de vestígios lofoscópicos

3.1 A recolha de vestígios lofoscópicos

A investigação criminal, enquanto garante da descoberta da verdade material, é dotada de diversas áreas da ciência, sendo a lofoscopia uma das áreas mais exploradas e utilizadas, sendo um dos métodos de identificação mais utilizados.

A Lofoscopia enquadra-se como método de identificação, sendo que “os métodos de identificação são metodologias forenses utilizadas para o cabal apuramento da identidade de um indivíduo. Existem métodos de identificação primários e secundários. Os métodos de identificação primários são as análises de impressões digitais (Lofoscopia), a comparação odontológica e a análise de ADN, por serem os mais precisos, rigorosos, fiáveis, cientificamente testados e capazes de serem operacionalizados sob circunstâncias difíceis. Os métodos de identificação secundários são, por exemplo, as tatuagens, dispositivos médicos, roupas ou pertences pessoais” (Costa, 2023).

Enquanto ciência complementar da justiça, define-se “a ciência ao serviço da investigação criminal dentro de padrões éticos e de eficiência processual” (Pimentel, 2020). Neste sentido, “a lofoscopia é a ciência que estuda os relevos da pele, com vista à identificação humana” (Bernardo, 2024). Estes relevos na pele identificam-se em três zonas do corpo e “que se formam nas zonas de fricção da pele, das extremidades digitais (dactiloscopia), das palmas das mãos (quiroscopia) e das plantas dos pés (pelmatoscopia)” (Bernardo, 2024). Na realidade trata-se da ciência que estuda as impressões digitais, das impressões deixadas pelas palmas das mãos e pelas plantas dos pés. Torna-se uma ciência com grande importância, não só pelas suas valências, mas também porque “a identificação individual com base no perfil biológico é uma prática comum no sistema judicial mas, a identificação com base nas impressões digitais é um processo bem mais acessível a nível monetário” (Vilar, 2015). Esta ciência “assenta na particularidade anatómica de determinadas regiões da pele”, regiões essas que são “revestidas por figuras e desenhos dermopapilares” (Braz, 2016).

A dactiloscopia observa as impressões digitais, pelo que “num dactilograma, registo das cristas epidérmicas digitais, é possível observar a organização que as cristas apresentam como as formas e as direções que adotam, originando desta forma, os três sistemas de cristas, o sistema basilar, o sistema nuclear ou central e o sistema marginal” (Vilar, 2015). Assim, “a estrutura do delta tem um papel central, já que a classificação das impressões (em arco/adéltico, verticilo/polidéltico, sinistrodelta, dextrodelta) se baseia na presença/ausência, localização e número de deltas, constituindo aquilo a que se designa detalhes de nível 1 (...) Estes (detalhes) são relevantes para exclusão de identidades, no entanto, não são suficientes para identificar um indivíduo. Para tal, recorre-se a detalhes de nível 2, isto é, a observação de descontinuidades (ou acidentes) nas cristas dermopapilares. Estes acidentes designam-se “pontos característicos” ou “minúcias” (com origem em *minutiae*) ou ainda “detalhes de Galton” e permitem a identificação de um indivíduo” (Bernardo, 2024). Será através destes pontos característicos, que a comparação será eficaz, constituindo uma prova fiável, pelo que, nos termos do nº3 do art.12º da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica, referindo que “considera-se confirmação e identificação positiva a que resulte da comparação entre duas amostras que estabeleça a existência de pelo menos 12 pontos característicos comuns, sem nenhuma divergência”.

Por sua vez, a lofoscopia assenta em três princípios basilares, sendo eles o princípio da perenidade, princípio da imutabilidade e o princípio da variedade ou diversidade. O princípio da perenidade define que “os desenhos dermopapilares existem durante toda a vida do indivíduo. Efetivamente, eles começam a formar-se, aproximadamente, ao 6º mês de vida fetal e permanecem após a morte” (Bernardo, 2024). Por sua vez, “princípio da imutabilidade assenta no pressuposto que os desenhos dermopapilares não sofrem qualquer alteração na sua morfologia mantendo-se imutáveis ao longo de toda a vida do indivíduo” (Vilar, 2015). Mesmo em caso de acidentes, “as lesões nos dedos cicatrizam, restabelecendo-se o padrão dermopapilar original. Nos casos de lesões muito profundas, capazes de destruir as papilas dérmicas, o padrão pode alterar-se devido à formação de uma cicatriz” (Bernardo, 2024). Por último, o “princípio da Variabilidade/Diversidade que defende que as impressões digitais são individuais e distintas, quer de indivíduo para indivíduo, mas também de dedo para dedo da mesma pessoa”, não existindo duas pessoas com

o mesmo desenho dermopapilar (Vilar, 2015). Portanto, a lofoscopia é a ciência que estuda os desenhos dermopapilares, os desenhos palmares e das plantas dos pés.

No local do crime são deixados vestígios que poderão ser indicadores de vários fatores, o seu agente, a vítima e o tipo de crime cometido. Ao nível da lofoscopia, uma impressão quando é deixada no local do crime poderá ser alvo de uma perícia de forma a possibilitar a descoberta do seu autor. Por este motivo, “os vestígios de impressões digitais resultam de secreções de glândulas existentes na pele ao tocar-se numa determinada superfície. Assim, são deixados, nas referidas superfícies, resíduos de gordura, suor, aminoácidos e proteínas, os quais permitem obter as impressões digitais” (Manico, 2016). Os vestígios necessitam de ser submetidos a perícia, sendo esta realizada em laboratório, ordenada pelo Ministério Público, conforme alínea b) do nº2 do art.270º do CPP referindo que “exceptuam-se do disposto no número anterior, além dos actos que são da competência exclusiva do juiz de instrução, nos termos dos artigos 268.º e 269.º, os actos seguintes: b) Ordenar a efectivação de perícia, nos termos do artigo 154.º”. no entanto, nem sempre é possível que o vestígio chegue ao laboratório em condições para ser analisado, como acontece em locais de crime em que as condições meteorológicas sejam adversas. No caso em apreço, a chuva poderá danificar e erradicar a impressão digital e, nesse caso, o técnico forense aquando da sua chegada deverá realizar o quanto antes o tratamento e análise o vestígio encontrado. Por se tratar de uma exceção, o CPP prevê no seu nº3 do art.270º que “o Ministério Público pode, porém, delegar em autoridades de polícia criminal a faculdade de ordenar a efectivação da perícia relativamente a determinados tipos de crime, em caso de urgência ou de perigo na demora, nomeadamente quando a perícia deva ser realizada conjuntamente com o exame de vestígios”. Para salvaguardar a integridade do vestígio, é recolhido e analisado o vestígio, por se tratar de um caso de urgência.

Para fins de investigação criminal, a análise e tratamento dos vestígios lofoscópicos encontram-se regulados na Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica⁷. Esta lei define na sua alínea f) do art.2º o conceito de identificação judiciária, tratando-se do “processo de recolha, tratamento e comparação de elementos lofoscópicos e fotográficos, visando estabelecer a identidade de

⁷ Lei nº 67/2017, de 09 de agosto, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2736&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

determinado indivíduo”. Por sua vez, na alínea i) do art.2º define inspeção judiciária como “as diligências técnico-científicas levadas a cabo pelos órgãos de polícia criminal competentes, no âmbito de processo-crime, visando a obtenção de meios de prova através do exame de pessoas, lugares e objetos”. A inspeção judiciária trata-se de todas as diligências realizadas pelo OPC no local no crime, para que através dessa inspeção localizem vestígios. Após localizados esses vestígios irá ser realizada a identificação judiciária, que se inicia desde o momento da recolha até ao momento de comparação entre amostras. As amostras, ou vestígios lofoscópicos, também se encontram definidos na referida lei, sendo eles a amostra-problema e amostra-referência. Na alínea a) do art.2º, da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica, concebe-se a definição de amostra-problema como “qualquer vestígio lofoscópico obtido em objeto ou em local onde se proceda à recolha de meios de prova, bem como a impressão digital, preferencialmente correspondente ao dedo indicador direito, recolhida em cadáver ou de uma pessoa de identidade desconhecida”. Por seu turno, na alínea b) do art.2º da mesma lei, é definido o conceito de amostra-referência enquanto “as impressões lofoscópicas, ou seja, as impressões digitais ou palmares, recolhidas de uma pessoa de identidade conhecida, correspondentes ao desenho formado pelas linhas papilares dos dedos e das palmas das mãos”. Assim, a amostra-problema é o vestígio lofoscópico encontrado no local do crime, seja em objeto, seja em cadáver ou pessoa. Já a amostra-referência trata-se da recolha da impressão lofoscópica numa pessoa de identidade conhecida, para a realização da comparação entre amostras.

Estas amostras têm de ser comparadas para a obtenção, ou não, de uma identificação possível para o suspeito do crime e, para tal, é necessário que a amostra-problema detenha doze pontos característicos em comum com a amostra-referência. Como já foi referido, para que a comparação seja eficaz e que se apresente como uma prova fiável, é necessário que existam doze pontos coincidentes entre a amostra recolhida no local do crime e a amostra recolhida no suspeito. À comparação eficaz entre duas amostras dá-se o nome de *Hit* conforme a alínea g) do art.2º da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica.

No que concerne ao procedimento para a recolha dos vestígios, a recolha da amostra-problema realiza-se através das técnicas forenses, não apresentando qualquer tipo de obstáculo para a sua realização. Após a recolha da amostra-problema

é necessário realizar a perícia na mesma, sendo que “o método de análise e comparação adotado denomina-se de *Omintrack* e permite a obtenção de resultados em tempo real, utilização de dados disponíveis sob a forma de imagem dentro dos parâmetros utilizados pelo FBI, permite ao utilizador decidir os critérios de qualidade e verificações, e admite também a realização de comparação automática ou manual e introdução de impressões digitais e palmares armazenando-as para posterior comparação” (Vilar, 2015). Assim, “o vestígio é introduzido no sistema *OmniTrack* (ou AFIS) através da captação do vestígio pela câmara integrada do sistema através de uma leitura de *scanner* ou por um arquivo externo como uma *pendrive* ou CD ficando desta forma, armazenado no sistema que também serve o AFIS. De seguida, o perito classifica, se conseguir, o vestígio de forma a restringir a pesquisa e para deter uma maior probabilidade de obter uma identificação positiva” (Vilar, 2015). Ora, após a recolha da amostra, o perito deverá inserir a mesma no sistema AFIS para a sua verificação, sendo que em primeira o sistema irá demarcar os pontos característicos da mesma. Neste sentido, “o perito marca os pontos característicos do vestígio e o sistema, com base nos parâmetros definidos, vai à base de dados procurar um *hit* e apresenta um match de 30 candidatos possíveis que mais se assemelham com o vestígio, cabendo agora ao perito determinar se o vestígio se identifica com alguma das alternativas apresentadas pelo sistema. Numa situação de identificação positiva é elaborado uma demonstração gráfica com a marcação dos mais de 12 pontos característicos coincidentes entre o vestígio e o dactilograma. Numa situação de exclusão de identificação, o vestígio é mantido no sistema *OmniTrack*, pois pode permitir uma identificação positiva futuramente. Perante uma identificação positiva ou uma exclusão, é necessário sempre a revisão de todo o procedimento por um outro perito” (Vilar, 2015). A comparação da amostra-problema com as amostras constantes no sistema AFIS torna-se um processo menos complexo por não ter um visado, uma pessoa identificada.

A recolha de uma amostra-referência, nos termos do nº4 do art.4º da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica, deverá incidir “sobre os 10 dedos das duas mãos, em duas séries, uma com os dedos na posição pousada e a outra na posição rolada”, ou “sobre as duas palmas das mãos, na posição pousada e na posição de escritor”. Após esta recolha da amostra-referência é necessário realizar a perícia na mesma, pelo que o perito necessita de inserir a devida amostra no sistema.

Como tal, “o sistema AFIS utiliza as amostras-referência recolhidas para pesquisar e localizar a existência de uma outra amostra que se encontra numa base de dados” (Barrete, 2021). Ora, tratando-se de uma diligência realizada numa pessoa identificada, terá de obedecer a certos requisitos legais. Sendo o principal objetivo da identificação judiciária, a identificação do autor do crime, é no art.3º da referida lei que se encontram enunciados os indivíduos que podem ser sujeitos a identificação judiciária. É na alínea a) do nº1 do referido artigo que o arguido surge enquanto potencial alvo de identificação judiciária, mediante a verificação de uma das três hipóteses elencadas na referida alínea. Nestes termos, o primeiro requisito será a constituição de arguido no âmbito de um processo penal. No nº1 do art.4º da mesma lei, reforça a constituição de arguido enquanto primeiro requisito. Assim, refere o nº1 do art.4º da referida lei que “a recolha de amostras-referência é feita por pessoal certificado para o efeito por determinação da autoridade judiciária ou da autoridade de polícia criminal à qual a investigação se encontre delegada, após constituição de arguido”. A constituição de arguido pode ocorrer de duas formas, a aquisição *ope legis* e a constituição formal.

A constituição *ope legis* encontra-se prevista nos nº1 e 2 do art.59º do CPP, decorrendo apenas das situações descritas. O nº 1 do art.59 do CPP especifica que “se, durante qualquer inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido, a entidade que procede ao acto suspende-o imediatamente e procede à comunicação e à indicação referidas no n.º 2 do artigo anterior”. Já o nº2 do art.59º do CPP refere que “a pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime tem direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afectem”. A constituição *ope legis* decorre apenas destas situações descritas, ocorridas em atos de inquirição e durante diligências efetuadas que possam colocar em causa a vida pessoal do indivíduo. A constituição formal ocorre necessariamente nos termos do art.58º CPP, que descreve várias possibilidades para respetiva constituição. Neste sentido, independentemente da modalidade de constituição, o primeiro requisito a verificar-se para que possa ser recolhida a amostra-referência é a constituição de arguido, visto atribuir direitos e deveres ao mesmo.

O segundo requisito trata-se do cumprimento do direito à informação, a prestação da informação completa ao visado da diligência. Segundo a primeira parte do nº2 do art.4º da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica, “a recolha é precedida de informação ao visado sobre os motivos da diligência”. O direito à informação está previsto no nº1 do art.37º da CRP, definindo que “todos têm o direito de (...) informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”. Tratando-se de um direito constitucional, e por isso, fundamental, encontra-se igualmente versado no CPP como um direito no decorrer do processo penal. Assim, nos termos da alínea h) do artigo 61º CPP, o arguido tem o direito a “ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem”. A informação deve ser prestada pela autoridade judiciária ou pelo OPC, conforme o ato que for realizado. Esta informação deve ser explícita e deve conter todos os procedimentos a realizar, ficando o arguido esclarecido de todos os contornos da mesma.

O terceiro, e último, requisito trata-se do consentimento do visado, previsto na segunda parte do nº2 do art.4º, referindo que após o arguido ser informado da diligência, deve “consentir na realização da mesma”. O consentimento para sujeição a diligência está presente em todos normativos que relatem uma diligência, no entanto, existem outros tipos de consentimentos que podem ser confundidos com o que aqui se pretende investigar. Em sede do Direito Penal, a figura do consentimento encontra-se prevista no art. 38º do CP, referindo no seu nº1 que “além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes”. É perceptível que o consentimento aqui em causa trata-se de um consentimento geral e abstrato, servindo para qualquer interesse jurídico livremente disponível. O nº1 do art.149º do CP demonstra um exemplo a este consentimento geral abstrato, na medida em que refere que “para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível”. Em termos gerais, o CP permite que a vítima possa consentir a ofensa à sua integridade física, porém a sujeição a uma diligência como é a recolha da amostra-referência, não se trata de um crime de ofensas à integridade física, mas sim de um ato necessário à descoberta da verdade material. Nestes termos, o consentimento do CP não se afigura o mesmo que o presente na Lei de Identificação Judiciária e Fotográfica. Ora, o consentimento

previsto no nº2 do art.4º da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica é um consentimento atual e expresso, visto tratar-se da vontade do arguido expressa no local e no momento, logo antes da realização da diligência, da recolha da amostra-referência.

Por se tratar de um procedimento que obriga ao preenchimento de requisitos para ser realizado, constitui uma perícia intrusiva, uma perícia que conflitua com direitos fundamentais do sujeito. Estas perícias intrusivas são realizadas pelo OPC ao sujeito, com recurso a técnicas que podem ofender a integridade física da pessoa com o propósito da descoberta da verdade material. Como tal, tratando-se de métodos lesivos só poderão ser realizados mediante o consentimento do visado, por violarem direitos fundamentais. Ora, “estes meios intrusivos não são permitidos, quando não consentidos pelo visado, pelo que apenas podem ser levadas a cabo através do consentimento do próprio, o que equivale a dizer que nos casos de recusa, esses exames ou perícias não podem ser levados a cabo, por falta de lei expressa” (Pimentel, 2012).

3.2 A recusa de sujeição à recolha da amostra-referência

Como referido, por se tratar de métodos intrusivos, o visado da diligência tem a faculdade de poder recusar, pelo que o procedimento a adotar está descrito no nº2 do art.4º da Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica. Este artigo menciona que “em caso de recusa, a autoridade judiciária competente pode ordenar a sujeição à diligência, nos termos do disposto no Código de Processo Penal quanto à sujeição a exame”. Esta ideia encontra-se reforçada, também, no CPP, que define no nº1 do art.172º que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar animal ou coisa que deva ser objeto de exame, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. Este despacho de sujeição a diligência deve obedecer a regras para que possa ser ordenado, sendo eles “a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia”, conforme o nº1 do art.154º do CPP. Porém, segundo o nº3 do referido artigo, “quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de

pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”. Na realidade, o juiz de instrução criminal irá aplicar o princípio da proporcionalidade para perceber se, à luz do caso em apreço, a ofensa à integridade física se justifica perante o crime em causa.

O princípio da proporcionalidade configura-se como um dos mais importantes de toda a sociedade, sendo por esse motivo um princípio fundamental. Segundo o nº2 do art.18º da CRP “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Este princípio fundamental não deve ser interpretado como apenas um, mas sim como um conjunto de três princípios que deverão ser analisados para que a proporcionalidade seja aplicada. Ora, “o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: Princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); Princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)” (Tribunal Constitucional, 2001). Em primeira mão, é necessário que o juiz entenda que aquela ação é a única que poderá alcançar o fim do processo, através do princípio da adequação. Por sua vez, o princípio da exigibilidade refere que a autoridade judiciária deve perceber que para se alcançar a descoberta da verdade material não haveria outro método, menos lesivo dos direitos, liberdade e garantias sem ser através da recolha da amostra-referência. Por fim, não se poderiam verificar mais restrições sem ser aquelas previstas no despacho, segundo o Princípio da Justa Medida. Neste sentido, “o princípio da proporcionalidade implica uma justa medida, isto é, a escolha das soluções de que decorram menos gravames, sacrifícios ou perturbações para a posição jurídica dos interessados, acabando por funcionar como factor de equilíbrio, de garantia e de controle dos meios e medidas adoptadas” (Tribunal da Relação de Coimbra, 2015). Após a devida ponderação, o juiz poderá

ordenar o despacho de sujeição, conforme o nº3 do art.4º Lei de Identificação Judiciária e Fotográfica.

Após a emissão deste despacho, poderá surgir um limite à investigação, a recusa novamente do arquido ao despacho de sujeição da diligência, limite este que surge, também, no que respeita à recolha de amostras-referência no âmbito da Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. Como se trata de situações similares no âmbito de perícias intrusivas, este tema irá ser explorado mais à frente.

Capítulo IV: Das perícias intrusivas: a recolha de vestígios genéticos

4.1 A recolha de vestígios genéticos

O ácido desoxirribonucleico (ADN) é a uma das provas rainhas no processo penal, sendo a prova predileta da investigação criminal visto que se trata de traços genéticos daquele que poderá ser o suspeito da prática do crime.

Anteriormente à descoberta do ADN, “já a genética era utilizada ao serviço da Justiça, sendo utilizados marcadores genéticos como os grupos sanguíneos, em ações de paternidade, ou para ligar suspeitos a determinados crimes” (Costa, 2017). Outrossim, “a análise do grupo sanguíneo do suspeito muitas vezes não serviria de prova da sua presença ou não no local do crime devido às limitações deste tipo de prova, em excluir ou incluir validamente aquela pessoa”, levando a que existisse a necessidade de outra categoria de provas que oferecessem ao juiz uma certeza maior para a aplicação das penas (Costa, 2017). Por sua vez, “Os ácidos nucleicos foram descobertos em 1871 por Miescher em células animais e em 1889 por Altmann em células vegetais. Mas só em 1953 foi esclarecida toda a estrutura de ADN por Watson e Crick” (Gonçalves, 2015). Porém, foi só em 1985 que Alec Jeffrey’s impulsionou o recurso à genética forense para a investigação criminal, conseguindo desenvolver e sustentar uma probabilidade de certeza jurídica em relação a outras provas que ainda subsiste, conforme já mencionado.

A genética forense, ou seja, o recurso pela investigação criminal aos vestígios biológicos deixados no local do crime ou na vítima, como saliva, sêmen, entre outros, permite a comparação entre o vestígio encontrado e a base de dados de ADN, caso esteja inserido nesta. Ora, o ADN é o ácido desoxirribonucleico que se encontra “no núcleo de todas e de cada uma das células do nosso corpo. Dentro dessas células temos os cromossomas, que são formados por proteínas e encontram-se envoltos por um cordão de ADN”, sendo que “o ADN contém assim toda a nossa informação, informação esta que é individual e diferente em cada um de nós, nunca se repetindo em outro indivíduo (a não ser o caso dos gémeos monozigóticos ou univitelinos” (Rocha, 2014). Trata-se de “um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e que têm como uma das finalidades transmitir as características

hereditárias destes. No interior de cada célula encontramos um núcleo, onde existem vinte e três conjuntos de cromossomas emparelhados que formam o genoma humano” (Costa, 2017). Ora, “no organismo o ADN está organizado em cromossomas e está localizado no núcleo de cada célula, daí células nucleadas. Com excepção das células sexuais, em que está reduzido para metade, e de algumas células como os glóbulos vermelhos do sangue que perderam o seu núcleo, o ADN encontra-se em todas as células do organismo” (Pereira, 2010). O ADN é assim “detentor da informação genética, encontra-se organizado em sequências designadas por genes, que tem a capacidade de se duplicar. O património genético de célula para célula fica conservado ao longo das gerações em todos os organismos” (Gonçalves, 2015). Sendo o componente que identifica o ser humano, “a molécula de ADN, vulgarmente designada por DNA (“Deoxyribonucleic Acid”), é uma peça chave do código genético, uma vez que esta molécula fundamental se encontra em todas as células nucleadas do organismo, transportando na sua estrutura informação genética necessária para a síntese de proteínas e replicação de células” (Pereira, 2010). O ADN revela-se uma das provas mais viáveis por ser único de indivíduo para indivíduo, “com a excepção dos gémeos monozigóticos” (Pereira, 2010). Por ser tão fiável, “a identificação humana pelo ADN tem três características fundamentais, a individualização de cada indivíduo, a sua exclusividade e a sua invariabilidade. Possui um código genético único e torna mais fácil o estudo dos vestígios biológicos. O mapa genético define os traços do organismo e características individuais” (Gonçalves, 2015). Por estes motivos, “as técnicas de identificação, fundamentadas no ADN, tornam-se mais poderosas ferramentas para a identificação humana e nas investigações criminais. Como o ADN hoje em dia pode ser extraído facilmente, conseguimos por isso encontrá-lo em pequenas amostras de sangue, osso, sêmen, cabelos, entre outros fluídos que são deixados no local do crime. Por isso podemos considerar que o ADN acaba por se tornar um instrumento de trabalho” (Gonçalves, 2015).

A investigação criminal socorre-se do ADN através da amostra recolhida no local do crime, que nos termos da alínea b) do art.2º da Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal é considerada como “qualquer vestígio biológico de origem humana destinado a análise de ADN, obtido diretamente de pessoa ou colhido em cadáver, em parte de cadáver, em animal, em coisa ou em local onde se proceda a recolha com finalidades de identificação”. Os vestígios biológicos deixados em local do crime e as amostras

recolhidas de alguns indivíduos encontram-se na base de dados de perfil de ADN para fins de identificação civil e criminal. Esta base foi criada em 2008, com a criação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro⁸, na sua redação atual, a Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. No que concerne à presente investigação, apenas será analisada a vertente de identificação criminal.

A Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, define na sua alínea l) do art.2º o conceito da base de dados de ADN enquanto “conjunto estruturado constituído por ficheiros de perfis de ADN e ficheiros de dados pessoais com finalidades exclusivas de identificação”. Outrossim, definem-se enquanto “arquivos sistemáticos de perfis genéticos de certos grupos de uma população e que são utilizadas com diferentes propósitos entre os quais a investigação criminal” (Colaço, 2017). Esta base de dados é responsabilidade do Instituto Nacional de Medicina Legal, conforme o nº1 do art.16º da referida lei, pelo que “as entidades competentes para a realização da análise da amostra com vista à obtenção do perfil de ADN a nível nacional, para efeitos do disposto na presente lei, são o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária (LPC) e o Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I. P. (INMLCF, I. P.)”, conforme o nº1 do art.5º da mesma Lei.

Esta análise que estas duas entidades realizam, a investigação de vestígios genéticos, é definida por quatro funções, a função exploratória, a função assertiva, a função incriminatória e a função exculpatória. A primeira função representa a “fase inicial da investigação criminal, na qual há a primeira abordagem em busca de vestígios biológicos que possam apresentar células nucleares, tais como sangue, saliva, esperma, raízes capilares, entre outros, bem como averiguar, inicialmente, indícios e depoimentos” (Assis, 2022). Esta primeira função ocorre ainda no local do crime quando os peritos procuram por evidências, indícios. Por sua vez, a função assertiva, representa a fase em que “as análises de ADN fornecem confirmações laboratoriais com base na cientificação da narrativa criminal (e.g. confirmação da combinação dos vestígios recolhidos na cena do crime com o perfil genético do autor já confesso dos homicídios)” (Assis, 2022). Esta função já ocorre no laboratório e foca-se na confirmação dos factos ocorridos e do seu autor. Já a função incriminatória

⁸ Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1506&tabela=leis

ocorre “depois de confirmada a presença dos vestígios, o foco é compreender a conexão entre os vestígios obtidos, o(s) suspeito(s) e a(s) vítima(s), dentro das possíveis circunstâncias criminais” (Assis, 2022). Por último, na função exculpatória, “em conjunto com a função exploratória, é possível estabelecer presenças e ausências de possíveis suspeitos, bem como está relacionada à degradação dos vestígios e aos limites práticos da biologia forense, que resultam em respostas inconclusivas” (Assis, 2022).

A ligação com a amostra encontrada no local do crime, os vestígios, e o suspeito é realizada através da comparação entre a amostra-problema e a amostra-referência. O art.2º da Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, define o conceito de amostra-problema e de amostra-referência. Nos termos da alínea c) do art.2º da referida lei, a amostra-problema afigura-se como “a amostra, sob investigação, cuja identificação se pretende estabelecer”. Por seu turno, a amostra-referência é considerada nos termos da alínea d) do art.2º da referida Lei como “a amostra utilizada para comparação”. Como é perceptível, independentemente da área científica abordada, os conceitos de amostra-problema e amostra-referência consubstanciam-se os mesmos, tanto para a recolha de material genético como para a recolha de vestígios lofoscópicos. Esta Lei permite a comparação entre o material genético encontrado no local do crime e o visado, porém a problemática aqui assinalada não se prende com esta comparação *lato sensu*.

A problemática que aqui se pretende explanar, à semelhança da recolha de vestígios lofoscópicos, prende-se com a recolha do material genético do arguido para comparação entre as amostras, sem o consentimento deste. Nesta circunstância, o nº3 do art.4º da Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, sagra que “as finalidades de investigação criminal são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN relativas a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes e em pessoas que, direta ou indiretamente, a eles possam estar associadas, com os perfis de ADN existentes na base de dados de perfis de ADN, com vista à identificação dos respetivos agentes, sem prejuízo das limitações previstas nos artigos 19.º e 19.º-A”. Nesta instância, parece-nos claro que existem dois tipos de comparação ao abrigo da identificação genética para fins criminais, a primeira realizada com o vestígio encontrado no local do crime e o suspeito, a segunda entre o vestígio encontrado no local do crime e os

perfis que já existem na base de dados. Nos termos do nº1 do art. 8º da mesma lei, de 12 de fevereiro, “a recolha de amostra em arguido em processo criminal pendente, com vista à interconexão a que se refere o n.º 2 do artigo 19.º-A, é realizada a pedido ou com consentimento do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento escrito, por despacho do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”. Esta recolha da amostra em arguido pode ser realizada de três formas, a pedido do próprio, a pedido do OPC, mas com o consentimento daquele, ou, ordenada pelo juiz de instrução criminal.

À semelhança da recolha da amostra Lofoscópica, verifica-se a necessidade da constituição de arguido para ser sujeito a este tipo de perícias intrusivas. Esta constituição é relevante por se tratar de métodos que podem lesar direitos fundamentais, e apenas o arguido, está dotado de mecanismo para sua defesa, enquanto sujeito processual. No entanto, a constituição de arguido não se afigura como único requisito para realizar uma perícia de recolha de material genético. Anteriormente à recolha deverá o arguido ser previamente esclarecido e informado dos seus direitos e deveres, e do procedimento a realizar. Segundo o nº6 do art. 8º da Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, “a recolha de amostras de ADN efectuada nos termos deste artigo implica a entrega, sempre que possível, no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação da presente lei e, com as necessárias adaptações, da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais)”. A propósito da recolha de amostras lofoscópicas já foram tecidas algumas definições e comentários relativamente ao direito de informação que deve ser garantido ao visado.

O direito de informação relativo à recolha de amostra de material genético encontra-se salvaguardado no art.9º da Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. Através do termo de aceitação da realização da perícia intrusiva, deverá o arguido prestar o seu consentimento livre e informado, para que não consubstanciem razões de inviabilidade desta. Para se realizar a recolha é necessário cumprir os requisitos presentes no art.10º da Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, sendo eles “a recolha de amostras em pessoas é realizada através de método não invasivo, que respeite a dignidade

humana e a integridade física e moral individual, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente, no estrito cumprimento dos princípios e regime do Código de Processo Penal”. A recolha deverá sempre cumprir com o regime do Código de Processo Penal, nomeadamente no que concerne aos princípios e direitos do arguido, o cumprimento dos princípios constitucionais. A realização da perícia é feita por colheita do ADN do arguido, através de células da mucosa bucal, sendo a zaragatoa o instrumento mais utilizado para este tipo de colheitas, tornando-se um método não lesivo. Neste sentido, “a recolha de saliva através da denominada técnica de zaragatoa bucal é efectuada através da utilização de um objecto concebido para o efeito, a zaragatoa, composta por uma haste rígida com uma ponta de material maleável e de algodão, com um recortado, a qual serve para efectuar o “esfregaço” no interior da cavidade bucal, habitualmente junto à parte interior da “bochecha” do arguido” (Silva, 2018).

Efetuada a recolha, é realizada a análise que deverá restringir-se “apenas àqueles marcadores de ADN que sejam absolutamente necessários à identificação” do autor do crime em investigação, conforme o nº1 do art.12º da Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.

4.2 A recusa de sujeição à recolha da amostra-referência

No entanto, existe um entrave ao normal funcionamento da perícia, a recusa de sujeição à perícia. A Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, no nº4 do art.8º define o método a adotar “em caso de recusa do arguido na recolha de amostra que lhe tenha sido ordenada nos termos dos números anteriores, o juiz competente pode ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro”. Neste âmbito, e como o art.172º do CPP se refere a exames, deverá ser aplicável este princípio às perícias, visto que o art.154º do CPP refere que “a perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária”. O despacho que ordena a perícia pelo juiz de instrução criminal, no âmbito da referida lei, tem momento aquando da recusa por parte do arguido de sujeição à perícia.

Este despacho de sujeição a diligência deve obedecer a regras para que possa ser ordenado, sendo eles “a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia”, conforme o nº1 do art.154º do CPP. Porém, segundo o nº3 do referido artigo, “quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”. Na realidade, o juiz de instrução criminal irá aplicar o princípio da proporcionalidade para perceber se, à luz do caso em apreço, a ofensa à integridade física se justifica perante o crime em causa.

O princípio da proporcionalidade configura-se como um dos mais importantes de toda a sociedade, sendo por esse motivo um princípio fundamental. Segundo o nº2 do art.18º da CRP “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Este princípio fundamental não deve ser interpretado como apenas um, mas sim como um conjunto de três princípios que deverão ser analisados para que a proporcionalidade seja aplicada. Ora, “o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: Princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); Princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)” (Tribunal Constitucional, 2001). Em primeira mão, é necessário que o juiz entenda que aquela ação é a única que poderá alcançar o fim do processo, através do princípio da adequação. Por sua vez, o princípio da exigibilidade refere que a autoridade judiciária deve perceber que para se alcançar a descoberta da verdade material não haveria outro método, menos lesivo dos direitos, liberdade e garantias sem ser através da recolha da amostra-referência. Por fim, não se poderiam verificar mais restrições sem ser aquelas previstas no despacho, segundo o Princípio da Justa Medida. Neste sentido, “o princípio da proporcionalidade implica uma justa

medida, isto é, a escolha das soluções de que decorram menos gravames, sacrifícios ou perturbações para a posição jurídica dos interessados, acabando por funcionar como factor de equilíbrio, de garantia e de controle dos meios e medidas adoptadas” (Tribunal da Relação de Coimbra, 2015).

Sendo o garante do estreito cumprimento da constituição da república portuguesa somente o juiz de instrução criminal poderá ordenar este despacho, através da realização da ponderação entre os bens lesados e os bens a garantir. Parece-nos claro que o juiz deverá ter em conta o crime cometido, sujeitar um arguido a uma perícia deste calibre, enquadra-se num ato altamente lesivo e ofensivo, pelo que a ponderação feita, por exemplo, entre um crime de furto não poderá ser a mesma no crime de homicídio. Demonstra-se sensato recorrer a uma avaliação dos bens jurídicos lesados, realizando uma ponderação entre a descoberta da verdade material, o crime em causa, e a integridade física do arguido. Por sua vez, a Lei que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, nada refere quanto à recusa do arguido perante um despacho de ordenação para se sujeitar à realização da recolha, ou se a recolha coercitiva será legalmente admitida. Nesta medida e “uma vez que se trata de um mero exame pode o mesmo recusar-se a realizá-lo, o que obriga a que tenha, neste caso de recusa, de existir uma ordem da autoridade competente para que o mesmo seja sujeito à diligência de forma coerciva” (Pimentel, 2019).

Capítulo V: O despacho judicial e a recusa de sujeição

O arguido possui a faculdade de recusa de sujeição à diligência a efetuar pelo OPC, sendo uma situação suprável pela emissão de despacho judicial. Esta situação só é suprável através de uma análise minuciosa do juiz de instrução criminal que terá de ponderar se a sujeição à perícia é capaz de alcançar os resultados expectados, a descoberta do autor do crime. A ponderação deverá ser realizada tendo sempre em conta os direitos, liberdades e garantias do visado, visto que a recolha de amostras de vestígios lofoscópicos e vestígios genéticos pode infligir a integridade física. Neste sentido, “havendo recusa a uma determinação da sujeição à recolha de amostra-referência por parte do visado, esta será ultrapassada com a necessidade de intervenção do juiz, em conformidade com o previsto no CPP” (Barrete, 2021). Após a emissão do despacho de ordenação, contendo todos os procedimentos e limites do mesmo, teoricamente, o arguido deverá sujeitar-se ao despacho judicial, visto vincular-se ao dever de sujeição a diligências.

A sujeição ao despacho judicial deverá ser garantida e cumprida pelo seu visado, porém, existem situações onde este recusa a sujeição àquele fundamentando a violação dos seus direitos fundamentais, e, acima de tudo, a sua integridade física. A obtenção de prova violando a integridade física, enquanto bem jurídico protegido pelo Código Penal e pela Constituição da República Portuguesa, poderá constituir um método proibido de prova. Nos termos do nº1 do art.126º do CPP “*são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa à integridade física ou moral das pessoas*”. Por se tratar de direito constitucional aplicado, a génese do direito processual penal assenta na proteção máxima dos direitos, liberdades e garantias do seu visado, razão pela qual só poderá ser um juiz de instrução criminal a ordenar qualquer método de recolha de prova que possa ofender com direitos constitucionalmente consagrados, sendo que “*o Tribunal pura e simplesmente não pode servir-se para formar a sua convicção e fundamentar a sua decisão*” com base em prova que advenha de um método proibido (Paiva, 2019). Enquanto estruturante do direito processual penal, o princípio da legalidade da prova reforça a inconstitucionalidade de todas as provas obtidas por meios proibidos, previsto no art.125º do CPP referindo que “*são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.*”, não sendo admissíveis aquelas que o forem. Neste sentido,

“proibindo a utilização de certos meios de prova, a norma consagra também (...) a liberdade da prova, no sentido de serem admissíveis para a prova de quaisquer factos todos os meios de prova admitidos em direito, ou seja, que não sejam proibidos por lei. Não são só os meios de prova tipificados, isto é, regulamentados por lei, que são admitidos, são admissíveis todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos.” (Silva, 2008). Importa delimitar as perícias intrusivas e entender se as mesmas se enquadram no âmbito legal de um método proibido de prova, ou, se existem fundamentos legais para que sejam admissíveis em sede de processo penal.

Os direitos, liberdades e garantias, constitucionalmente previstos e protegidos são *“os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material —donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”* (Miranda, 1986). A proteção sagrada destes direitos aplicar-se-á à ordem jurídica portuguesa e tantos outros ordenamentos, na medida em que apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos não ser vinculativa a todos os ordenamentos, não deverá ser contrariada. Entende-se que não sendo uma lei vinculativa, apesar de ter sido adotada tendo por base o consenso dos Estados-Membros da Organização das Nações Unidas, todos os Estados são soberanos e em última *raccio* esta lei não poderá vincular nenhum estado ao seu cumprimento, porém é com esta que surge *“o apelo ao Direito natural, o apelo ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito.”* (Miranda, 1986).

Por conseguinte *“um dos domínios mais complexos do Direito constitucional moderno é o das restrições aos direitos fundamentais”*, que a base desta investigação, a contraposição entre a violação de direitos fundamentais do arguido e a descoberta da verdade material em sede de processo penal (Santos, 2019). O nº2 do art.18º da CRP contempla que *“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”*, significando que *“o limite traduz-se no preenchimento de condições prévias ao exercício do direito, reputadas pelo legislador como essenciais por razões de ordem pública, moral ou bem-estar social.”* (Soares, 2015). Nestes termos, de forma a não configurar um método proibido de prova, importa ponderar os interesses e direitos em causa.

O arguido ao recusar a realização da perícia com base na sua integridade física, está a utilizar um privilégio que é seu desde a sua constituição, o princípio / privilégio *nemo tenetur se ipsum accusare*. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não sendo absoluto apresenta algumas restrições para a sua aplicação, “respeitar o princípio da legalidade, estando dispostas na nossa legislação, e atender ao princípio da proporcionalidade e necessidade, que o nosso art. 18º, n.3, da CRP expressamente prevê, visando proteger todos os bens jurídicos em causa” (Basto, 2023). Isto significa que “o direito ao silêncio comporta o direito de o arguido não prestar declarações e de não colaborar na recolha de elementos de prova que o incriminem, salvo se permitidos por lei que preveja a sua obtenção de forma coerciva ou sem o seu consentimento, tudo nos termos pressupostos pelos arts. 18, n.º 2, 25.º e 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º do CPP, e desde que não fira de forma desproporcional ou intolerável os seus direitos e garantias de defesa” (Supremo Tribunal de Justiça, 2014). Significando isto que o privilégio *nemo tenetur se ipsum accusare* poderá ser ultrapassado, ainda que seja parte do conjunto dos direitos, liberdades e garantias, desde que o método visado não vá para além do tolerável e proporcional à situação em concreto, acima de tudo pretende-se que não se verifique uma ofensa à integridade física. Ora, “o que vale por dizer que só não ocorre a violação do direito de não autoincriminação quando são utilizadas em processo penal evidências que podem ser obtidas do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, desde que previstas em lei prévia à prática dos factos” (Supremo Tribunal de Justiça, 2014).

O que se pretende é a realização da justiça e a descoberta da verdade material, através do *jus puniendi* do Estado, e para tal deverá ser realizada a ponderação entre a realização da perícia intrusiva e os direitos, liberdades e garantias do visado. Como tal, “ainda que se perfectibilizasse ofensa à integridade física do sujeito submetido a tal exame, a restrição da protecção de tal direito estaria justificada pela necessidade de concretização do *jus puniendi* do Estado.” (Tribunal da Relação do Porto, 2006). A sujeição ao despacho judicial poderá ser, então, recusada com base nos anteriores fundamentos. Na realidade, o visado dispõe de mais uma vantagem que pode fazer mão, o direito de resistência. O direito de resistência encontra-se previsto no art.21º da CRP definindo que “todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”. Como o próprio artigo o menciona, o visado da diligência em causa tem todo o direito em recusar o despacho judicial do

juiz de instrução criminal por motivo de defesa dos seus direitos, liberdades e garantias. Acrescenta, ainda, o nº1 do art.18º da CRP “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. O direito à resistência tanto se aplica a entidades públicas e a entidades privadas, pelo que o uso deste direito perante um tribunal pode constituir uma justificação. O arguido tem o direito de resistir ao exame, segundo a Constituição da República Portuguesa, no entanto os próprios artigos do CPP referem o procedimento a optar no caso de recusa à diligência.

Importa perceber se a recusa ao despacho judicial de sujeição implica a realização da perícia coercitivamente ou se existe, realmente, uma causa de justificação através de todos os métodos anteriormente descritos. Uma questão é recusar o despacho judicial de sujeição com base na garantia dos seus direitos, liberdades e garantias, questão diferente será o OPC, a solicitação do juiz de instrução criminal obrigar à recolha e sujeição coercitiva através da força, sem o consentimento do visado. Por conseguinte, o ordenamento jurídico “é omissivo sobre o procedimento a adoptar no caso de o visado recusar a obedecer à ordem da autoridade judiciária e, designadamente, não permite que o visado possa ser compelido” (Albuquerque, 2009).

Após a recusa do visado, deverá ser o assunto levado ao juiz de instrução criminal e assim deverá este referir o que pretende fazer. Ora, “por um lado, Pedro Verdelho considera que a autorização do juiz corresponde à permissão para a realização coercitiva da perícia e que substitui o consentimento do visado, tal como sucede com o previsto no regime dos exames” (Lourenço, 2024). Nestes termos, “tendo presente que o exame ordenado tem em vista a procura da verdade material para administração da justiça penal, o que constitui uma exigência da ordem pública e do bem-estar geral, bem como um dos pilares do Estado de direito, há que concluir que a realização compulsiva daqueles se mostra justificada e legitimada a significar que a decisão impugnada, proferida ao abrigo da norma do art.172º, n.º1, do Código de Processo Penal, que atribui à autoridade judiciária o poder de compelir as pessoas à submissão de exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, não viola os arts.25º, n.º1 e 32º, n.º 8, da Constituição da República” (Tribunal da Relação do Porto, 2006). Por outro lado, “Paulo Pinto de Albuquerque discorda desta posição, referindo ser ilegítimo esse raciocínio porque tratando-se essa norma de uma norma de carácter excecional, a mesma não poderá ser analogamente aplicada” (Lourenço,

2024, p.60). Na mesma linha de opiniões, “a recusa poderá dar lugar à incriminação (art.348º, nº1, b) do CP) por ser esta a cominação prevista no âmbito no procedimento a adotar nas perícias ordenadas pela autoridade judiciária e competente relativamente a quem oculte ou transporte no seu corpo estupefacientes.” (Lourenço, 2024, p.60).

Neste sentido, existem autores que defendem que o arquido ao recusar está a ser compelido e não está a consentir que ofendam a sua própria integridade física e, nesse sentido, “a recusa de obediência só pode dar lugar à incriminação do artigo 348º, nº1, alínea b), do CP” (Albuquerque, 2009). Assim, “o crime de desobediência é qualificado pelo legislador como crime contra a autoridade pública, - contido no capítulo II do Título V do Código Penal, o qual trata dos Crimes contra o Estado -, e tem por finalidade obstar ao excesso de permissividade do sistema. Este crime é de dano e de mera atividade. O dano em concreto traduz-se na ação ou omissão contrária à ordem emanada de autoridade competente e no entrave que a conduta do agente causa na intenção da autoridade competente e subsequente frustração das finalidades pretendidas pelo Estado” (Tribunal da Relação do Porto, 2024).

As perícias intrusivas aqui em causa tratam-se de perícias que para a realização da recolha da amostra-referência são utilizados procedimentos que não devem ser contrários à lei, aos direitos, liberdades e garantias. A recolha da amostra-referência é realizada através do método da zaragatoa, no caso da recolha de material genético. Por sua vez, a recolha da amostra-referência lofoscópica é realizada através da resenha das impressões digitais. Tratando-se de métodos intrusivos, mas não evasivos, ou seja, não conflituantes com a integridade física, parece-nos aceitável que o juiz realize uma ponderação entre o crime praticado, o bem violado e os direitos do visado. Não parece condigno que se defenda uma posição de aceitação da recolha da amostra-referência coercitiva para todos os tipos de crimes. Na realidade, tal como o Código Penal está dividido em bens jurídicos, com maior valor e com menor valor, também aqui o juiz de instrução criminal terá de fazer uma construção e perceber se os bens jurídicos mais “valiosos” representam uma mais-valia para a aplicação coercitiva, ou se é para todos os bens jurídicos.

Ora, a presente investigação determina que para certos tipos de crime seja possível recorrer à recolha de amostra-referência coercitiva, por se tratarem de métodos não lesivos. Assim, entre um crime de roubo ou um crime de homicídio qualificado, em que tenha que existir uma perícia lofoscópica e respetiva identificação judiciária, ou uma perícia genética, com recusa do visado, deverá o juiz ponderar

sobre o que será melhor para a descoberta da verdade material e da realização da justiça, se deve aplicar sempre a recolha coercitiva a todo o tipo de bens jurídicos lesados ou se apenas aos bens jurídicos considerados mais importantes.

Analisado o consentimento e todo o procedimento para a recolha da amostra-referência, importa perceber a presente problemática existe nos outros ordenamentos jurídicos.

Capítulo VI: O consentimento do arguido nos diversos ordenamentos jurídicos

Os ordenamentos jurídicos tendem a ser similares, nomeadamente no que concerne a matérias que sejam reguladas por pareceres e diretivas da União Europeia, pelo que tantos outros existem fora da União Europeia que nada têm de similar com o nosso. Nesta perspetiva, importa analisar alguns ordenamentos jurídicos, nomeadamente alguns acórdãos, sobre a presente temática, bem como, alguns acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

6.1 As decisões do TEDH

O primeiro caso encontrado sobre a temática aqui em causa é o caso *DRAGAN PETROVIC V. SERBIA*, correspondente à aplicação nº 75229/10, de 14 de agosto de 2020⁹.

Em julho de 2008, Dragan Petrovic foi acusado, com outro suspeito, de ter agredido um idoso que o levou à morte devido à gravidade das lesões. Aquando da investigação a polícia solicitou que o juiz de instrução criminal ordenasse despacho de sujeição a perícia para ser comparado o ADN do requerente e o ADN encontrado no local do crime.

Neste caso, “o juiz de instrução ordenou que fosse recolhida uma amostra da saliva do requerente para efeitos de análise de ADN. O juiz autorizou a polícia a recolher essa amostra, ou, em alternativa, uma amostra do sangue do requerente, à força, caso este resistisse, com a assistência de profissionais médicos” (TEDH, 2020). No caso em concreto, após ponderação de todos os bens jurídicos em causa, o juiz de instrução criminal considerou que, face ao crime em questão, a recolha coercitiva poderia realizar-se para que a descoberta da verdade material se alcançasse, no entanto, a forma como o procedimento foi realizado e como foi explicado não foi registado. Como não existiu nenhuma correspondência entre a amostra encontrada

⁹ Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-202345%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-202345%22]})

no local do crime e a amostra recolhida no suspeito, o requerente interpôs o caso por violação da vida pessoal e por ter sido coagido a sujeitar-se à diligência. Por estes motivos, “o requerente sustentou que a ordem do juiz de instrução para que lhe fosse colhida uma amostra de ADN não tinha sido devidamente fundamentada, que não existia qualquer registo oficial que descrevesse a forma como a ordem tinha sido executada e que, quando um indivíduo entrega algo à polícia sob ameaça de uso da força, tal não pode, em caso algum, ser descrito como um ato voluntário” (TEDH, 2020). Considerou o tribunal que “o facto de o requerente ter concordado em fornecer uma amostra da sua saliva aos agentes da polícia não teve, neste contexto, qualquer relevância, uma vez que o fez apenas sob a ameaça de que, caso contrário, lhe seria retirada à força uma amostra de saliva ou de sangue”, reiterando a posição do requerente que se tratou de uma violação aos princípios constitucionais (TEDH, 2020). Neste sentido, o tribunal decidiu a favor do requerente considerando que apesar do consentimento facultado pelo visado, e que mesmo sem ele haveria a possibilidade da recolha coerciva, o mesmo foi submetido a coação pelo que se torna inviável o consentimento do mesmo.

O segundo caso encontrado sobre a temática é o Caso do *AYCAGUER V. FRANCE*, correspondente à aplicação nº 8806/12, de 22 de setembro de 2017¹⁰.

Este caso tem origem num outro que decorreu no Tribunal Regional de Bayonne, cujo réu é *Jean-Michel Aycaguer*. O processo original iniciou-se após o réu, agora requerente, envolver-se em confrontos e agressões com manifestantes e com a *Gendarmerie* após um comício político e sindical realizada por um sindicato agrícola. Neste sentido, “o requerente foi detido pela polícia e levado ao Tribunal Penal de Bayonne ao abrigo do procedimento de «julgamento sumário imediato», sendo acusado de violência intencional que não implicava incapacidade total para o trabalho, contra gendarmes cuja identidade não foi estabelecida e contra uma pessoa que exercia autoridade pública, utilizando ou ameaçando utilizar uma arma, neste caso um guarda-chuva” (TEDH, 2017). Decorrente destas agressões o requerente foi condenado a dois meses de prisão com pena suspensa, por não ter causado lesões que incapacitassem para o trabalho. Na mesma decisão, “o tribunal observou que o requerente se recusou a responder a perguntas durante a investigação ou a admitir

¹⁰ Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-175007%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175007%22]})

qualquer irregularidade, e negou ter estado com um guarda-chuva”, fazendo uso do seu direito ao silêncio (TEDH, 2017). Apesar de negar os factos, “os juízes observaram que as testemunhas tinham, no entanto, declarado que ele tinha tentado atravessar a barreira passando por cima dos manifestantes e tentando atingir os gendarmes com o seu guarda-chuva” (TEDH, 2017). Sendo que “em 24 de dezembro de 2008, a pedido do Ministério Público de Bayonne, o requerente foi intimado pela polícia a fornecer uma amostra de ADN, com base nos artigos 706-55 e 706-56 do Código de Processo Penal (CPP)” (TEDH, 2017). Ora, nos termos do art.706-66º do Código de Processo Penal Francês, mediante os crimes mencionados no artigo anterior, pode a Polícia Judiciária ordenar “a uma recolha biológica destinada a permitir a análise de identificação da sua impressão genética”. Todos os arguidos indiciados pela prática dos crimes cometidos ao abrigo do art.706.55 do CPP Francês, serão sujeitos a colheita da amostra-referência para inserção na base de dados. Para tal, “os serviços, organismos ou pessoas chamados a realizar as análises (...) podem proceder, por todos os meios, incluindo telemáticos, a pedido do oficial de polícia judiciária ou, sob o seu controlo, do agente de polícia judiciária ou a pedido do procurador da República ou do juiz de instrução, às operações que permitam o registo das impressões digitais no ficheiro nacional automatizado de impressões genéticas”, conforme o mesmo artigo. Uma grande diferença entre o ordenamento jurídico francês e o português destaca-se pela admissão de material biológico naturalmente deixado pelo visado, como por exemplo, saliva deixada num copo, pelo que, nos termos do art.706-56 do CPP Francês, “quando não for possível proceder a uma recolha biológica de uma pessoa mencionada no primeiro parágrafo, a identificação da sua impressão genética pode ser realizada a partir de material biológico que se tenha destacado naturalmente do corpo do interessado”.

Já no caso da recolha da amostra sem o consentimento do visado, o ordenamento jurídico apresenta regras, deixando espaço para a sua aplicação. Nos termos do art.706-56 do CPP Francês “quando se tratar de uma pessoa condenada por crime ou declarada culpada de um delito punível com dez anos de prisão, a recolha pode ser efetuada sem o consentimento do interessado, mediante requisição escrita do Ministério Público. O mesmo se aplica às pessoas processadas por um crime ou delito punível com dez anos de prisão que tenham sido objeto de uma decisão de irresponsabilidade penal nos termos dos artigos 706-120, 706-125, 706-129, 706-133

ou 706-134”. Assim, o consentimento do visado é dispensado quando o mesmo já se encontra condenado, com trânsito em julgado, por um crime com pena de prisão superior a dez anos ou quando tiver sido objeto de uma decisão de irresponsabilidade penal. Ora, esta legislação demarca-se pela positiva ao tipificar a consequência da recusa à ordenação de sujeição à perícia, tipificação que não ocorre na legislação portuguesa, como já referido. Neste sentido, nos termos do nº2 do art. 706-56º do CPP Francês, “a recusa em submeter-se à recolha biológica prevista no primeiro parágrafo do I é punida com um ano de prisão e 15 000 euros de multa”. A consequência da recusa ao despacho de ordenação, no ordenamento jurídico francês, é o pagamento de quinze mil euros e pena de prisão de um anos. Claramente que se poderá entender como uma punição por desobediência, mas demarca uma evolução em relação ao Código de Processo Penal Português e à Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica que nada referem.

No âmbito do devido processo, o requerente foi condenado a pagar a quantia de quinze mil euros pela recusa de recolha de amostra-referência. No seguimento da sua condenação, o requerente interpôs o caso no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para que a decisão do primeiro tribunal fosse revertida. O requerente vem alegar a “violação do seu direito ao respeito pela sua vida privada devido à ordem de fornecer uma amostra biológica para inclusão na FNAEG e ao facto de a sua recusa em cumprir essa ordem ter resultado numa condenação criminal” (TEDH, 2017). Neste caso, refere a decisão que “estes factos são suficientes para que o Tribunal considere que o Estado requerido excedeu a sua margem de apreciação neste domínio. Por conseguinte, a condenação do requerente por se ter recusado a submeter-se à recolha de amostras de ADN para inclusão na FNAEG constituiu uma violação desproporcionada do seu direito ao respeito pela vida privada, não podendo, por isso, ser considerada necessária numa sociedade democrática” (TEDH, 2017). O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos optou por decidir o presente caso a favor do requerente, defendendo que é excessiva a condenação de quinze mil euros pela recusa de sujeição ao exame.

O terceiro caso é o caso P.N. V GERMANY correspondente à aplicação nº 74440/17, de 16 de novembro de 2020¹¹.

¹¹ Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-202758%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-202758%22]})

Este caso iniciou-se com o largo histórico de condenações do requerente, pelo que foi ordenada a recolha de impressões digitais para inserir na base de dados, para que de futuro se tornasse mais fácil a sua identificação, caso voltasse a praticar crimes. Neste sentido, “o requerente alegou que a ordem da polícia para recolher os seus dados de identificação – tirando fotografias (para fins de armazenamento e utilização), bem como impressões digitais e palmares, e elaborando uma descrição da sua pessoa – violou o seu direito ao respeito pela sua vida privada” (TEDH, 2020). Neste caso, “o Tribunal conclui que as razões invocadas pelas autoridades nacionais para justificar a interferência no direito do requerente ao respeito pela sua vida privada através da recolha e armazenamento dos seus dados pessoais eram «pertinentes e suficientes». A recolha e armazenamento desses dados no presente caso estabeleceram um equilíbrio justo entre os interesses públicos e privados em conflito e, por conseguinte, inscreveram-se na margem de apreciação do Estado requerido. Por conseguinte, a medida impugnada constituiu uma interferência proporcionada no direito do requerente ao respeito pela sua vida privada e pode ser considerada necessária numa sociedade democrática” (TEDH, 2020). Esta decisão defende outra perspetiva, de que mesmo contra a vontade do visado, podem ser recolhidas as amostra-referências por não apresentarem uma violação ao vida privada e à integridade física do visado.

Nas três decisões analisadas, verificou-se três processos diferentes, mas que se basearam todos no mesmo pressuposto, o consentimento na recolha de amostra-referência. Como tal o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos encontra-se mais vinculado à teoria de que a recolha coercitiva apresenta-se como uma medida desproporcional, não respeitante de princípios e direitos fundamentais do visado.

6.2 O ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América

No ordenamento americano o primeiro caso encontrado relacionado com a presente problemática é o caso *Maryland V. King*, de 03 de junho de 2013¹², julgado e decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América.

¹² Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/435/>

King, o arguido, após ser detido por agressão foi detido no condado de Wicomico, em Maryland, pelo que o OPC “utilizou uma zaragatoa para recolher uma amostra de ADN, em conformidade com a Lei de Recolha de ADN de Maryland, que autoriza os agentes a recolher amostras de ADN de pessoas acusadas de crimes violentos. Uma amostra não pode ser adicionada a uma base de dados antes de um indivíduo ser presente a tribunal e deve ser destruída se ele não for condenado” (Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, 2013). Após ter sido julgado, o Tribunal de Recurso de Maryland anulou a condenação de King por considerar que, apesar de existir correspondência entre as amostras recolhidas e as encontradas, a lei que autoriza a recolha de ADN em detidos, antes do julgamento, é inconstitucional. Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça revoga esta decisão reforçando que “a recolha e análise de uma amostra de ADN da bochecha do detido é, tal como a recolha de impressões digitais e fotografias, um procedimento policial legítimo que é razoável ao abrigo da Quarta Emenda quando os agentes efetuam uma detenção apoiada por causa provável para deter e levar o suspeito para a esquadra para ser detido, por um crime grave. O teste de ADN envolve uma intrusão mínima que pode melhorar significativamente tanto o sistema de justiça criminal como as práticas de investigação policial” (Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, 2013). O Supremo Tribunal de Justiça considerou que a recolha de amostras-referência, seja de material genético ou de material lofoscópico, não apresenta qualquer intrusão na vida privada e na integridade física do visado, podendo mesmo ser obtida sem o consentimento daquele. Neste sentido, o tribunal decretou a constitucionalidade da medida, defendendo que a mesma só se aplica a casos que tipifiquem crimes mais gravosos, como era o caso, e não casos mais leves, com menos pena de prisão.

O segundo caso é o caso *State V. Mitcham*, de 17 de dezembro de 2024¹³, sobre a comparação entre duas amostras sem o visado do processo.

Após ter sido acusado de condução perigosa sob o efeito de álcool, o tribunal ordenou que fossem recolhidas duas amostras de sangue para análise de presença de estupefacientes. Antes da realização do exame, o visado assinou um termo de destruição que visa a destruição das amostras num prazo de noventa dias, prazo que

¹³ Disponível em <https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/2024/cr-23-0236-pr.html>

não foi respeitado pela polícia. Passado um mês uma jovem é morta e a polícia recolhe amostras no local do crime, que não obtiveram nenhuma correspondência durante anos. Assim, “sem obter um mandado, a polícia analisou o sangue do segundo frasco e criou o perfil de ADN de Mitcham. (...) o laboratório criminal da polícia determinou que o perfil de Mitcham correspondia ao perfil de ADN de um homem desconhecido recolhido na casa de Feldman” (Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, 2024”. Com isto, Mitcham foi acusado de homicídio, tendo solicitado em tribunal “de primeira instância a supressão tanto (1) das provas de ADN recolhidas do segundo frasco durante a sua detenção por condução sob o efeito do álcool em 2015; como (2) das provas de ADN extraídas das amostras bucais recolhidas em conformidade com o mandado de busca de 2018. Após uma audiência de apresentação de provas, o tribunal deferiu o pedido, argumentando que a busca sem mandado do segundo frasco de sangue violava a Quarta Emenda e que não se aplicavam exceções à exclusão. Também suprimiu as provas de ADN recolhidas das amostras bucais de acordo com o mandado, argumentando que as provas eram «o resultado direto da extração indevida de ADN” (Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, 2024. Apesar do tribunal declarar que os direitos, liberdades e garantias foram violados no acesso às amostras do visado sem o consentimento deste, considerou aceitável visto que para efeitos de correspondência entre amostras teria acontecido devido ao conjunto de amostras que já possui no sistema. Nestes termos, apesar de não existir o consentimento do arguido, o tribunal declarou a validade do procedimento por garantir a realização da justiça e por se tratar de um crime contra a vida, um homicídio, ainda que a amostra tenha sido recolhida no decorrer de um processo por condução perigosa sob efeitos de álcool.

Neste sentido, nos Estados Unidos da América, “o facto de se obrigar o arguido a recolher impressões digitais é geralmente considerado inconstitucional. No entanto, em princípio, não deve ser considerado como tal, e as decisões em processos relativos à admissibilidade de outras provas obtidas sem o consentimento do arguido permitem deduzir que o mesmo raciocínio se deveria aplicar quando as provas são impressões digitais” (Block, 1932).

6.3 O ordenamento jurídico em Espanha

O primeiro caso é a sentença 135/2014, de 08 de setembro¹⁴, Ionel Painat foi acusado de roubo por assaltos realizados. Após ser acusado foi recolhida uma amostra biológica para comparar com o ADN encontrado no local crime, porém, “o autor atribui a essas resoluções uma violação do direito à privacidade pessoal (artigo 18.1 da Constituição Espanhola), em conjugação com o conteúdo do artigo 17.3 da Constituição Espanhola, uma vez que a polícia realizou um exame bucal no recorrente com o objetivo de comparar as amostras biológicas obtidas com outras encontradas em uma peça de roupa encontrada na cena do crime, sem obter consentimento efetivo ou autorização judicial. Ao mesmo tempo, o direito à “autodeterminação informativa” reconhecido no artigo 18.4 da Constituição Espanhola teria sido violado, uma vez que a coleta de amostras genéticas nas condições acima mencionadas se enquadra no âmbito da ilicitude, uma vez que o recorrente não teve a oportunidade de consentir com a referida coleta ou se opor à sua utilização, garantias inerentes ao direito fundamental à proteção de dados” (Tribunal Constitucional de Espanha, 2014). Tratando-se de um método que apenas retira pequenas células da boca do visado, sem que cause danos físico e sem que apresente qualquer risco para a saúde do visado, o Tribunal Constitucional afirmou que esta recolha de amostras-referências “mesmo quando por suas características e intensidade não impliquem uma interferência no direito à integridade física (...), podem implicar uma interferência no âmbito constitucionalmente protegido do direito à intimidade pessoal em razão de sua finalidade, ou seja, o que se pretende apurar, quando se trate de informações que afetam a esfera da vida privada e que o sujeito pode não querer revelar” (Tribunal Constitucional de Espanha, 2014).

À semelhança de Portugal, “para que o consentimento seja considerado efetivo, deve ser livre e voluntário (STC 211/1996, de 7 de março) e, além disso, como pré-condição de validade, para que o consentimento seja considerado livre e voluntário, deve ser consentimento informado (STC 37/2011, de 28 de março, FJ 5). De acordo com os autos, no caso em questão, a natureza informada do consentimento é consequência da finalidade do próprio procedimento investigativo: a obtenção de uma amostra biológica para posterior análise de DNA é um procedimento investigativo criminal” (Tribunal Constitucional de Espanha, 2014). Considera o tribunal que “o exame do boletim de ocorrência sobre a recolha de amostras biológicas revela que o

¹⁴ Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24074>

recorrente foi informado não só do tipo de intervenção corporal a realizar (cotonete bucal com cotonete), mas também da finalidade do procedimento” (Tribunal Constitucional de Espanha, 2014).

Por sua vez, o segundo caso trata-se da sentença 501/2005, de 19 de abril de 2005¹⁵, que fundamenta a inconstitucionalidade da recolha coercitiva de ADN.

Este tribunal refere que, “a intervenção judicial é obrigatória por meio de decisão fundamentada (despacho) para determinar a coleta de amostras biológicas do suspeito para obtenção de seu ADN, quando necessário à investigação criminal de crimes graves (proporcionalidade); este constitui o primeiro passo que deve ser dado na coleta de provas forenses, após a descoberta prévia de vestígios na cena do crime que contenham restos mortais dos quais seja possível obter ADN” (Supremo Tribunal de Justiça de Espanha, 2005). De realçar que o ordenamento espanhol é similar ao português, visto que “o regime jurídico de obtenção da amostra indubitável destinada à extração do perfil genético registável (...) exige o consentimento informado da pessoa afetada ou, na sua falta, a autorização judicial, estando, em qualquer caso, sujeito às necessidades da investigação” (Peinado, 2017). Tal como Portugal, mesmo que o visado recuse dar o seu assentimento, o juiz deverá emitir um despacho e “Para que a autoridade judiciária possa deferir a recolha de amostras e a sua análise genética, deve fazê-lo em despacho fundamentado que, em primeiro lugar, expresse as razões ponderosas que a justificam, expressão que só pode referir-se à necessidade da medida para credenciar a autoria ou participação no facto criminoso da pessoa que figura como suspeito, detido ou investigado. Em segundo lugar, o juiz deve fazer um juízo de proporcionalidade entre a diligência que é deferida e o fim prosseguido, ponderando se não existem outros meios para obter esse fim (necessidade), se a medida é adequada ao mesmo (adequação) e se não existe desproporção entre a medida e o fim com ela prosseguido, tendo em conta a gravidade do crime (proporcionalidade em sentido estrito)” (Peinado, 2017).

Assim, o tribunal decidiu que apesar de haver lugar à recolha da amostra-referência, como a mesma não foi acompanhada da salvaguarda do direito à

15

Disponível

em

https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion_de_muestras_biologicas_para_determinacion_de_a.d.n._criterio_jurisprudencial.pdf

informação nem do consentimento, decretou o tribunal tratar-se de um procedimento inconstitucional.

Independentemente do ordenamento jurídico visado, a problemática do consentimento é um tema atual demarcando-se várias posições, sendo que a que mais vigora é a da proteção dos direitos, liberdades e garantias, permitindo ao visado a recusa à sujeição à diligência.

Capítulo VII: O consentimento e a proporcionalidade

Analizados alguns acórdãos de outros ordenamentos jurídicos é perceptível que existe um requisito em comum, o direito à informação.

O direito à informação apresenta-se como o único requisito comum em todos os ordenamentos jurídicos, visto que o requisito da constituição de arguido pode não se verificar por ser admissível a realização da recolha da amostra-referência em suspeitos da prática do crime em investigação. Já no que concerne ao requisito do consentimento, o mesmo diverge entre os diversos ordenamentos jurídicos, sendo mesmo admissível, em alguns, a recolha da amostra-referência sem o consentimento visado. Para que esta situação ocorra é necessário que exista proporcionalidade, ou seja, é necessário que se verifique que sem a recolha coercitiva não existe nenhuma maneira de se chegar ao resultado pretendido, a descoberta da verdade material. Por sua vez, noutros países independentemente da situação em causa, a recolha coercitiva não é aceitável com base na defesa dos direitos, liberdades e garantias que não podem ser violados.

O ordenamento jurídico português identifica-se com a segunda corrente, não sendo admissível a recolha coercitiva das amostras-referências por se considerar que o uso da zaragatoa bucal e da resenha de impressões digitais são métodos lesivos da intimidade pessoal e da integridade física do visado. A presente investigação acredita que poderá existir abertura para a recolha coercitiva, através de algumas exceções.

Neste sentido, “existindo prévia ordem judicial e decorrendo da apreciação do conflito de direitos no caso concreto, que a necessidade de acautelamento do interesse de realização de justiça — e da imprescindibilidade da prova genética para o caso em apreço — se sobrepõe ao direito do arguido em não suportar uma diligência probatória, emanante dos seus direitos fundamentais pessoalíssimos e da garantia criminal contra a autoincriminação, não poderá o arguido eximir-se do dever de colaboração na produção de prova genética” (Lopes, 2020). Esta posição é pertinente pelo facto de que existindo proporcionalidade, e sendo o bem jurídico lesado justificativo da violação de outros direitos, liberdades e garantias, poderá aceitar-se no presente ordenamento jurídico. A técnica da zaragatoa e da resenha de impressões digitais, são métodos pouco lesivos da integridade física do visado, não

criando qualquer tipo de lesão, apenas servem para recolher a saliva, no caso da zaragatoa, e demarcar as impressões digitais, no caso da resenha.

Como já referido, caso o arguido recuse sujeitar-se à ordem judicial será acusado do crime de desobediência nos termos do nº1 art.148º do CP, que prevê que “quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dia”. Porém, existe outra solução, que poderá ajudar a investigação e tentar compelir o arguido a sujeitar-se à diligência. Assim, nos termos da alínea b) do nº1 do art.254º CPP “a detenção a que se referem os artigos seguintes é efectuada: b) Para assegurar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo, mas sem nunca exceder vinte e quatro horas, do detido perante a autoridade judiciária em acto processual”. Por sua vez, a alínea a) nº1 do art.257º do CPP refere que “fora de flagrante delito, a detenção só pode ser efectuada por mandado do juiz ou, nos casos em que for admissível prisão preventiva, do Ministério Público: a) Quando houver fundadas razões para considerar que o visado se não apresentaria voluntariamente perante autoridade judiciária no prazo que lhe fosse fixado”.

No caso da detenção, o arguido já se recusou a primeira vez a comparecer ao ato de recolha da amostra-referência, pelo que, aquando do despacho judicial recusa novamente, podendo o juiz emitir novo mandado para detenção do arguido para sujeição à diligência. Neste caso, “a privação de liberdade durante o tempo estritamente necessário à realização da diligência não só resulta clara e inequivocamente da letra da lei, — à qual também é garantida uma reserva de juiz — como se considera ser o meio mais gravoso que em termos práticos se possa aplicar, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e da proibição do excesso, que de resto cumpre o máximo de força coercitiva que se crê harmoniosa face aos direitos substantivos e garantias processuais a proteger pelo processo penal. É certo que a detenção por si não permite viabilizar a efetivação da diligência, no entanto pode revelar-se adequado a persuadir o arguido faltoso, agindo como efeito admonitório junto deste.” (Lopes, 2020). Claro que a detenção do arguido não significa que a recolha seja realizada, muito menos significa que será realizada sem o consentimento do mesmo, mas poderá ajudar o arguido a repensar e optar por sujeitar-se à diligência.

No entanto, mais uma vez o arguido poderá recusar e a única hipótese que resta à justiça é acusá-lo do crime de desobediência. Nesta linha de pensamento, “ajuíza-se que do desrespeito a uma obrigação jurídica, a de sujeição a zaragatoa bucal devida, só poderá resultar uma consequência também ela jurídica. O particular desvalor que deriva da desobediência, que resvala justamente na obstrução de justiça, justifica que ao arguido refratário se aplique uma consequência de cariz punitivo, sendo que ao desacatar a ordem judicial o arguido consuma o ilícito típico de desobediência, nos termos em que se processa no artigo 348.o, n.o 1, al. b) do CP” (Lopes, 2020).

Não sendo admissível no ordenamento jurídico português a recolha coercitiva, os processos penais enquadrados na presente temática terminam com o culminar de um crime de desobediência e sem a resolução do crime que em primeiro lugar estava a ser investigado. A não aceitação desta ponderação pode prejudicar a justiça, podendo aumentar o número de casos sem solução.

Nestes termos, demonstra-se necessário e eficiente a aceitação da recolha coercitiva das amostra-referências mediante a proporcionalidade e ponderação do juiz perante o caso em concreto.

Conclusões

A presente investigação iniciou-se com uma breve caracterização do ordenamento jurídico português, da prova pericial, da investigação criminal e dos princípios ligados a esta matéria.

O ordenamento jurídico português é demarcado por um sistema processual penal misto, significando isto que detém uma estrutura acusatória mitigado pela descoberta da verdade material, e sendo um sistema é regido por princípios que determinam as linhas orientadoras que o processo penal deve seguir. Nestes termos, foram abordados os princípios relativos à prova por se demonstrarem determinantes para a perceção do objeto desta investigação.

Com o desenvolvimento da investigação, foi ficando cada vez mais perceptível o objetivo de tentar explicar se a recusa à perícia intrusiva se afigura como uma barreira à investigação criminal, à descoberta da verdade material.

Importou, em primeiro lugar, entender que se consideram perícias intrusivas todas aquelas que conflituam com os direitos, liberdades e garantias, sendo aqui as abordadas, a perícia genética e a perícia lofoscópica. Este tipo de perícias tornam-se relevantes por necessitarem do consentimento do seu visado para a sua realização.

Quanto à perícia genética, é utilizado o ADN para encontrar o perfil genético do autor do crime, para tal é recolhida uma amostra-problema do local do crime, caso existam vestígios genéticos. Após a recolha da amostra-problema, esta deverá ser comparada com uma amostra na base de dados de ADN ou comparada com uma amostra-referência recolhida diretamente na pessoa que se suspeita ter cometido o crime. Porém, ser suspeito não basta para se sujeitar a este tipo de recolha, é necessária a constituição de arguido.

No caso da perícia lofoscópica, são utilizadas as impressões digitais para encontrar o autor do crime, sendo recolhida uma amostra-referência no local do crime, caso existam este tipo de vestígios. Essa amostra-problema deverá ser comparada com a base de dados ou com a amostra-referência recolhida diretamente na pessoa que se suspeita ter cometido o crime, devidamente constituído como arguido, e deverá obter doze pontos característicos entre as amostras para se considerarem equivalentes.

Após a constituição de arguido, é necessário que o mesmo seja informado de todo o procedimento, devendo informar o OPC que compreendeu no que consiste a

diligência que se vai sujeitar. Esta informação preenche o direito à informação, sendo o segundo requisito para ser possível a recolha da amostra-referência.

O consentimento do arguido preenche o último requisito é a base desta investigação, sem este consentimento não será possível a realização da recolha da amostra-referência e, como tal, não será possível a realização da mesma. O consentimento do visado terá de ser atual e perceptível, para que não restem dúvidas de quem irá realizar a perícia, de forma a não se preencher um método proibido de prova. O arguido tem a faculdade de recusar sujeitar-se à realização da recolha, pelo que o juiz de instrução criminal pode emitir um despacho judicial de sujeição à diligência. Tratando-se de direitos, liberdades e garantias, só o juiz de instrução criminal é que poderá emanar este despacho com vista à obtenção da recolha. Apesar do despacho, o arguido tem ainda a possibilidade de se recusar com base na violação da sua integridade física e no princípio contra a autoincriminação.

Esta recusa a uma ordem judicial revela-se um verdadeiro entrave na investigação em causa, visto que, como já referido, não existe solução se não acusar o arguido de um crime de desobediência. A acusação por crime de desobediência poderá ter um efeito dissuasor no visado da recolha, porém, caso não tenha esse efeito e não existam mais indícios que reconduzam ao agente do crime, a investigação terá de ser arquivada por falta de provas.

Enquanto verdadeiro entrave à justiça, a necessidade do consentimento do arguido poderia ser ultrapassada caso se admitisse a recolha coercitiva em casos excecionais, necessitando da ponderação do juiz e da proporcionalidade entre o crime cometido e os direitos, liberdades e garantias do arguido. Nestes termos, parece aceitável que para certos bens jurídicos em causa, ou seja, dependendo do crime cometido, poderá o juiz aceitar que se realize a recolha coercitiva como única forma garante da realização da justiça. O ordenamento jurídico português optou por adotar uma posição de proteção total dos direitos, liberdades e garantias do arguido, não admitindo a recolha coercitiva, sem o consentimento, em caso algum.

Neste sentido, a permanência de recusa na recolha de amostra-referência só dará lugar ao crime de desobediência.

A presente investigação tem como finalidade concluir que as perícias intrusivas poderão admitir algumas exceções, tais como, a recolha coercitiva de amostras-referências para a análise das mesmas. No contexto em causa, o consentimento

afigura-se como um requisito complexo e essencial para que se consiga alcançar o propósito, a descoberta da verdade material.

Nesta investigação conclui-se que o legislador deverá analisar a presente problemática e afigurar se se poderá aceitar, no ordenamento jurídico português, a recolha coercitiva, tendo em consideração os bens jurídicos mais sagrados da CRP, como a vida e a integridade física.

Bibliografia

- Abreu, M. A. S. F. (2018). *Os Meios Atípicos da Prova em Processo Penal*. [Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa].
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 15-10-2008, Proc. nº 08P2864
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-10-2008, Proc. 08P2035
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-07-2007, Proc. 07P2279
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-03-2018, Proc. 251/15.3GDCTX.L2.S1
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-11-2011, Proc. 43/09.9PAAMD.L1.S1
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-10-2014, Proc. Nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América de 03-06-2013. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/435/>
- Acórdão do Supremo Tribunal do Estado de Arizona de 17-12-2024. Disponível em <https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/2024/cr-23-0236-pr.html>
- Acórdão do Tribunal Constitucional de 02-05-2001, Proc. Nº 120/95.
- Acórdão do Tribunal Constitucional de 19-11-1996, Proc. Nº 142/96
- Acórdão do Tribunal Constitucional de Espanha de 08-09-2014, Sentença nº 135/2014. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24074>
- Acórdão do Tribunal Constitucional de Espanha de 19-04-2005, Sentença nº 501/2005. Disponível em https://www.mjusticia.gob.es/es/elministerio/organismosministerio/documents/1292428321081-obtencion_de_muestras_biologicas_para_determinacion_de_a.d.n._criterio_jurisprudencial.pdf
- Acórdão do tribunal da Relação de Coimbra de 01-10-2008, Proc. 3/07.4GAVGS.C2
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10-03-2015, Proc. Nº 181/13.3TBSPS.C1
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29-03-2004, Proc. 1680/03-2
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29-03-2004, Proc. Nº 1680/03-2
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29-03-2014, Proc. Nº 1680/03-2

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-07-2012, Proc. Nº 679/06.0GDTV.D.L1-3
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-03-2018, Proc. Nº 483/15.4IDLSB.L1-3
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23-01-2018, Proc. 111/13.2PF SNT
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-09-2006, Proc. Nº 0614857
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23-10-2024, Proc. Nº 217/22.7T9VGS.P1
- Albuquerque, P.P. (2009). *Comentário ao Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, (4.^a ed. Atualizada). Universidade Católica Editora.
- Antunes, M. J. (2019). *Direito Processual Penal*. (2.^a ed.) Almedina Editora.
- Assis, I. B. (2022). *Genealogia genética forense: reflexões sobre os desafios de uma nova estratégia investigativa*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto].
- Barrete, P. M. A. (2021). *O Atual Normativo de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica – A Lei nº67/2017, de 9 de agosto*. [Trabalho de investigação individual do CEMC apresentado ao Instituto Universitário Militar].
- Basto, I. F. (2023). *A contribuição do arguido como meio de prova admissível e suas implicações no princípio nemo tenetur se ipsum accusare*. [Dissertação de mestrado apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho].
- Beccaria, C. (2017). *Dos Delitos e das Penas*. (5.^a ed.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Bernardo, D. C. (2024). *Intervenção Forense em Desastres com Multivítimas Mortais. A Experiência Portuguesa no Âmbito da Metodologia DVI*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra].
- Block, F. S. (1932). *Law Review: Fingerprint Evidence*. Chicago-Kent College of Law – Illinois Institute of Technology.
- Braz, J. (2015). *Ciência, Tecnologia e Investigação Criminal. Interdependências e Limites num Estado de Direito Democrático*. (1.^a ed.). Almedina Editora.
- Braz, J. (2024). *Investigação Criminal. A Organização, o Método e a Prova. Os Desafios da Nova Criminalidade* (6.^a ed.). Almedina Editora.
- Braz, J.A.C (2017). *Evolução histórica da prova em processo penal do pensamento mágico à razão: a investigação do crime organizado*. [Dissertação de mestrado apresentada à faculdade de Direito da Universidade de Lisboa]

- Castro, H. G. R. F. A (2015). *Fase da Instrução: Quo Vadis? - Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Minho]
- Chaves, N. (2010). *Lofoscopia Assistida por Computador: Técnicas Computorizadas para Comparação de Impressões Digitais*. [Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Informática da Universidade de Évora]
- Code de procédure pénale [Código de Processo Penal]. (n.d.). Légifrance. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/
- Colaço, T. M. R. (2017). *Base de Dados de Perfis de ADN: A Comparação entre o Sistema Espanhol e o Sistema Português*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra]
- Conceição, A. R. (2022). *O ensino do direito penal no âmbito da criminologia* (novos desafios e a complementaridade funcional das referidas ciências).
- Conselho da Europa (1966). Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Conselho da Europa. (1950). Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por
- Costa, A. R. C. (2017). *A Prova por Meio de ADN. Procedimentos de recolha de material biológico em cenário de crime: da validade da obtenção da prova e sua valoração*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa].
- Costa, J. P. N. (2023). *As Ciências Forenses nas Ações Encobertas. Admissibilidade da pesquisa e recolha de prova material*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra].
- Decreto de 10 de abril de 1976 (2005). Constituição da República Portuguesa. Diário da República: I Série, n.º 86/1976.
- Decreto-Lei n.º 48/95 de 15 de março (2023). *Código Penal*. Diário da República: I-A Série, nº 63/1995.
- Decreto-Lei n.º 78/87 de 17 de fevereiro (2023). *Código de Processo Penal*. Diário da República: I Série, nº 40/1987.
- Dias, M. J. (2011). *A fundamentação do juízo probatório: Breves considerações. Julgar*, 13. Coimbra Editora.

- Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho (2012). *Diretiva relativa ao direito à informação em processo penal*. Jornal Oficial da União Europeia: L 142. Parlamento Europeu e do Conselho.
- Ferrador, A. F. P. (2022). *A atuação do Juiz de Instrução Criminal na fase de inquérito à luz da estrutura do processo penal: alguns desafios*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Minho]
- Gomes, T. S. C. (2018). *Investigação Criminal e Ciências Forenses: Novas Competências da Polícia de Segurança Pública*. [Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e de Segurança Interna].
- Gonçalves, A. R. R (2015). *Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal: Passado, Presente e Futuro*. [Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto].
- Gouveia, J. T. D. F. (2024). *Criminologia e justiça restaurativa: partindo de um olhar sobre o anarquismo*. [Tese de Doutoramento apresentada à Escola de Letras, Artes e Ciências Humanas da Universidade do Minho].
- Guerreiro, A. M. E. (2014). *Falsificação e Contrafação de Documentos. A Prova Pericial: Estudo Exploratório nos Juízos Criminais do Porto*. [Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar da Universidade do Porto].
- Guimarães, F. J. M. P. (2024). *Potencial do recurso dos sensores biométricos na PSP: operacionalidade, produtividade e rentabilidade na identificação do cidadão*. [Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e de Segurança Interna]
- Lei n.º 5/2008 de 12 de fevereiro (2017). *Base de Dados de Perfis de ADN – Identificação Civil e Criminal*: I Série, nº 30/2008.
- Lei n.º 49/2008 de 27 de agosto (2023). *Lei de Organização da Investigação Criminal*: I Série, nº 165/2008.
- Lei n.º 67/2017 de 9 agosto (2017). *Lei de Identificação Judiciária Lofoscópica e Fotográfica*. Diário da República: I Série, nº 153/2017.
- Lima, S. B. C (2014). *Âmbito do nemo tenetur se ipsum accusare no direito processual penal português com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por intrusão corporal*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa]

- Lopes, R. R. (2017). *A Prova Pericial – Evolução, Regime Actual e Questões Constitucionais*. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica].
- Lourenço, M. J. (2024). *Regime da Prova Pericial no Ordenamento Jurídico Português. Contributos para o seu aperfeiçoamento*. (1.^a ed.). Almedina Editora.
- Maldonado, M. A. S (1968). *Alguns Aspectos da História da Criminologia em Portugal*. [Trabalho apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra].
- Manico, R. P. (2016). *Espectroscopia de Raman e imagiologia de infravermelho no estudo de impressões digitais e vestígios de explosivos associados* [Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Química da Universidade de Coimbra].
- Matos, S. in Macho, H. (2021). *Crime e Tecnologia. Desafios Culturais e Políticos para a Europa*. (1.^a ed.) Edições Afrontamento.
- Miranda, J. (1986). *Os direitos fundamentais na ordem constitucional*. Revista Portuguesa de Filosofia.
- Nogueira, M. (2017). *Base de dados de identificação de impressões digitais – A identificação Civil e Criminal*. [Relatório científico final do trabalho de investigação aplicada apresentado à Academia Militar].
- Pereira, A. (2009). *As Perícias na Polícia Judiciária. Directoria do Porto Polícia Judiciária*. Disponível em <http://www3.bio.ua.pt/Forense/As%20Pericias%20na%20Pol%C3%ADcia%20Judiciaria%20ArturPereira.pdf>
- Pereira, M. J. C (2010). *Intervenções Corporais na Recolha de Vestígios Biológicos (ADN) para Fins Criminais – A Ação da PSP*. [Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Superior de Ciências policiais e de Segurança Interna]
- Pimentel, A. L (2012). *A recusa da perícia intrusiva como direito à não autoincriminação Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*. Politeia Ano IX - 2012, pp. 69-80
- Pimentel, A.L.G. (2019). *A perícia na investigação criminal: Contingências da identificação judiciária lofoscópica*. [Trabalho individual Final no âmbito do III Curso de Comando e Direção Policial, apresentado ao Instituto Superior de Ciências Policiais e de Segurança Interna].
- Rocha, T. A. L. (2014). *A Recolha de Amostras Biológicas para Comparação de Perfis de ADN em Processo Penal. Enquadramento jurídico dos casos de não*

consentimento pelo arguido e consequente ponderação constitucional dos direitos lesados. [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa].

Rodrigues, E. M. S. (2023). *A Prova Genética em Processo Penal.* [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Minho].

Santos, A. F. F. R. G. D. (2019). *Da autonomia científica da Criminologia.* [Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e de Segurança Interna]

Silva, G. A. M. F. (2018). *(Im)possibilidade de Recolha de ADN ao Arguido Contra a Vontade Expressa do Mesmo.* [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa].

Silva, G.M (2008). *Curso de Processo penal, II Volume.* Lisboa.

Soares, J. M. M. M (2015). *Restrições ao Exercício de Direitos Fundamentais.* [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto].

Soeiro, M. M. B. B (2021). *A Prova Indireta – Um Desafio à Estrutura Acusatória do Processo Penal.* [Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Minho].

Soeiro, M. M. B. B. (2021). *A Prova Indireta – Um Desafio à Estrutura Acusatória do Processo Penal.* [Dissertação de mestrado apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho]

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2017). Caso do AYCAGUER V. França.
Aplicação nº 8806/12. Disponível em
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-175007%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175007%22]})

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2020). Caso do Dragan Petrovic V. Sérvia.
Aplicação nº 75229/10. Disponível em
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-202345%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-202345%22]})

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2020). Caso P.N. V. Alemanha. Aplicação nº 74440/17. Disponível em
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-202758%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-202758%22]})

Vilar, M. F. S. (2015). *Identificação de Potenciais Variações Genéticas na Diversidade Individual das Impressões Digitais.* [Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar da Universidade do Porto].