

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 2837/08-01

Relator: ALBERTO JOÃO BORGES

Sessão: 16 Dezembro 2008

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: NÃO PROVIDO

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

COLHEITA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS

PROVA POR ADN

Sumário

I - Tendo o arguido recusado – expressamente – colaborar ou permitir qualquer colheita de pessoais vestígios biológicos, nomeadamente saliva, para exame de ADN, competia ao Juiz de Instrução Criminal, nos termos do art.º 154 n.º 2 do CPP, com referência ao art.º 172 n.ºs 1 e 2 do mesmo código, decidir se existiam razões para compelir o arguido a submeter-se a tal colheita com vista ao exame de ADN, ponderando a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

II - Em lado nenhum destes preceitos, designadamente do art.º 154 n.º 2 do CPP, se exige que o exame se mostre imprescindível para a descoberta da verdade (enquanto meio indispensável para a descoberta da verdade) ... como acontece com o disposto no art.º 135 n.º 3 e 187 n.º 1 do CPP, ou que se concretizem os factos que com o exame se visam provar.

III - Exige-se tão só que, perante o conflito de interesses – e tendo em conta, naturalmente, a natureza e gravidade do crime ou crimes em investigação – se pondere a necessidade da sua realização, enquanto diligência útil, relevante, necessária para a descoberta da verdade, em função das demais provas recolhidas ou a recolher, e se, em face dessa necessidade, se justifica a limitação do direito do arguido à sua auto-determinação (dizemos auto-determinação, pois a recolha de saliva não configura qualquer violação da integridade física do arguido).

IV - No caso em apreço a intervenção do Juiz de Instrução – imposta pelo art.º 154 n.º 2 do CPP – perante o conflito de interesses em confronto (de um lado, o direito do arguido à sua auto-determinação – art.º 25 n.º 1 da CRP – do outro, a investigação dos factos integradores dos ilícitos denunciados, bem graves, aliás, se tivermos em conta a acusação entretanto deduzida, ou seja, a boa administração da justiça), bem ponderou, quer a necessidade da realização do exame, quer a prevalência do interesse da investigação sobre o direito à auto-determinação do arguido visado, tendo em conta, designadamente, que a recolha de saliva constituiria uma restrição mínima, quase irrelevante, daquele direito do arguido. Nestes termos, a realização forçada do exame autorizado pelo despacho recorrido mostra-se justificada e legitimada, não violando qualquer preceito constitucional, designadamente os art.ºs 25, 26, 32 n.º 4 da CRP e 126 do CPP.

V - No art.º 154 n.º 2 do CPP não cabe a exigência da indicação do dia, hora, local e entidade que procede ao exame, quer porque a aplicação deste preceito resulta da remissão expressa do art.º 172 n.º 2 do mesmo diploma (que remete expressamente para o art.º 154 n.º 2 e apenas para o n.º 1), quer porque o exame previsto no art.º 172 n.º 1 do CPP, enquanto meio de obtenção (forçada) de prova não se confunde com a perícia prevista do art.º 154 do CPP, enquanto meio de prova, questão relativamente à qual o despacho recorrido não se pronunciou.

VI - Sendo o Ministério Público o titular do inquérito, a si cabe, por direito próprio, uma vez autorizado o exame, proceder às diligências necessárias à sua realização e fazer respeitar os procedimentos legalmente previstos para o efeito, designadamente o estabelecido no art.º 156 n.º 5, ex vi art.º 172 n.º 2, ambos do CPP.

Texto Integral

Acordam, em conferência, os Juízes que compõem a Secção Criminal da Relação de Évora:

1. No Tribunal Judicial da Comarca de Santarém correm termos os autos de Inquérito n.º 4/08.5GFALR-A, nos quais foi decidido, por despacho de 2.10.2008 (fol.ºs 25 a 26 destes autos), autorizar, *“ao abrigo do disposto no art.º 172 n.º 1 do CPP, a recolha de zaragatoa bucal da saliva do arguido, ainda que contra a vontade deste, sendo que o local, dia e hora para a*

realização da diligência são a determinar pelo Ministério Público”.

Para fundamentar o decidido escreveu-se nesse despacho:

- “... se é certo que os arguidos gozam de uma série de direitos previstos no n.º 1 do art.º 61 do CPP, não é menos verdade que sobre eles recaem diversos deveres, nomeadamente o de se sujeitarem às diligências de prova especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente” (art.º 61 n.º 3 al.ª d) do CPP);

- “... a diligência em questão apenas tem por fim a descoberta da verdade material (e não a incriminação do arguido), sendo que a comparação entre o seu perfil genético e os vestígios hemáticos recolhidos pode até levar à conclusão de que não é responsável pelos factos em investigação”;

- “... não se vislumbra que a diligência em causa ofenda a integridade física daquele... nem tão pouco que o método invasivo a utilizar seja desproporcionado aos fins de investigação em causa, seja na vertente da extrema gravidade dos factos indiciados, seja na já aludida vertente de eventual ilibação do arguido” (acórdão n.º 228/2007 do Tribunal Constitucional);

- “... a diligência em questão se afigura de crucial importância para a descoberta da verdade material”.

2. Recorreu o arguido – A – desse despacho, concluindo a motivação do seu recurso com as seguintes conclusões:

a) Desconhece o arguido os fundamentos invocados pelo DMMP para que se procedesse a tal diligência, pois que o arguido não foi notificado de tal promoção, não exercendo assim contraditório nem podendo consultar os autos, pois que os mesmos se encontram em segredo de justiça.

b) Não tendo o arguido acesso aos autos nem tendo sido notificado do teor da promoção do DMMP que requereu a diligência, está o arguido impedido, objectivamente, de contraditar tal promoção, pois a zaragatoa bucal sem o consentimento do arguido é um meio de prova evasivo, que colide com os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos, pelo que apenas pode ser utilizado “quando não existem nos autos (ou não possam vir a existir) outros meios de prova instrumentais que atinjam no processo o mesmo desiderato, ou seja, a descoberta da verdade material e a realização da justiça

”.

c) Deve o Ministério Público, quando promove tal diligência, fundamentar em concreto quais os factos que pretende provar e/ou não provar e que sejam insusceptíveis de provar (ou não provar) com outros meios de prova (ainda que instrumentais), ou seja, deve o Ministério Público na sua promoção fundamentar que é preciso provar factos x ou y e que tais factos são insusceptíveis de provar com outros meios de prova que não seja a zaragatoa bucal.

d) Após tal fundamentação, deve o MJJ, ponderadamente, apreciar em concreto tais fundamentos e no despacho a emitir deverá, fundamentada e concretamente, que para provar (ou não provar) os factos x ou y não existem (nem se vislumbra que venham a existir) outros meios de prova que nos possam levar ao desiderato que é preconizado com a realização da diligência.

e) O duto despacho recorrido não fundamenta em concreto quais os factos que se pretendem provar (ou não provar) com a realização da diligência e se tais pretensos factos são insusceptíveis de prova por qualquer outro meio ou forma já existente nos autos ou que venha a existir.

f) Se para provar (ou não) aqueles factos a zaragatoa bucal é a única e exclusiva forma de obter a prova (ou não) ou existem outros meios e métodos que podem ser utilizados para obtenção da prova pretendido ou, mesmo, se já existem nos autos outros meios de prova que possam atingir o mesmo desiderato.

g) O tribunal *a quo* limita-se a dizer, grosso modo, que a diligência visa a descoberta da verdade material (conceito jurídico genérico), contudo, não refere concretamente quais os factos que se pretende provar com tal diligência e se os mesmos não poderão ser objecto de qualquer outra forma ou meio de prova.

h) Ora, no nosso humilde entendimento, tal concretização factual deverá ser determinante para que, em bom rigor, se possa ordenar que o arguido possa vir a ser submetido a zaragatoa bucal sem o seu consentimento, pois tal método evasivo de obtenção de prova só poderá efectuar-se quando a realização da justiça (e decorrente descoberta da verdade material) não possa alcançar-se através de outras diligências, por forma a não contender-se com a decisão de vontade do arguido, por ele livremente tomada e com o facto de a

sua intervenção no processo representar um meio de defesa que lhe é atribuído no nosso processo penal (acórdão n.º 228/2007 do Tribunal Constitucional).

i) A CRP, em consonância com o preceituado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art.º 24) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art.º 8), determina que a integridade moral e física das pessoas é inviolável (art.º 25 n.º 1).

j) O tribunal *a quo* violou o preceituado no art.º 154 n.º 2 do CPP, pois que não determinou onde deverá ser feita a diligência, local, dia, hora e entidade que a fará, remetendo para que tal seja determinado pelo MP.

k) Ora, não se vislumbram quaisquer normas donde se possa inferir que o Juiz possa delegar no MP a determinação do local, hora e entidade que fará a diligência, quando está em causa perícia sobre características físicas da pessoa que não haja prestado o seu consentimento.

l) Além do mais, as perícias (art.º 154 do CPP) e exames (art.º 172) no âmbito do CPP deverão ser realizadas por médicos ou por outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado.

m) Esta questão de outra pessoa legalmente autorizada é uma questão pertinente, pois que, como é consabido, na declaração de voto do Dr. Paulo Mota Pinto, acórdão n.º 228/2007, tal foi afluído.

n) Esta forma introsiva de obtenção de prova deve ser rigorosamente sindicada pelo Juiz, pois que envolve restrições aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos constitucionalmente protegidos, pelo que deverá ser o Juiz a determinar a que entidade, médico ou pessoa legalmente habilitada para o efeito, compete a recolha de zaragatoa bucal da saliva do arguido.

o) Além de que a norma constante do n.º 1 do art.º 172 do CPP deverá ser interpretada no sentido que lhe foi dado pelos acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2007 do Tribunal Constitucional, em toda a sua extensão, nomeadamente, devendo tal norma ser interpretada no sentido de que o Juiz ao dar autorização para a recolha introsiva de provas, designadamente zaragatoa bucal ou outros exames e/ou perícias que contendam com a integridade moral e física das pessoas visadas, tal autorização deverá ser precedida de despacho onde, fundamentadamente, o Juiz deva elencar os factos concretos que se

visam provar (ou não) com tais exames e/ou perícias e onde, igualmente, se fundamenta detalhadamente a impossibilidade e insusceptibilidade de obtenção da prova (ou não prova) pretendida por quaisquer outros meios de prova que não contendam com as restrições aos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos.

p) No caso *sub judice* o tribunal *a quo*, ao determinar aquilo que determinou a fol.ªs 1026 e 1027, não tendo procedido à susodita fundamentação nos termos sobreditos, violou o estabelecido nos artigos 25, 26 e 32 n.º 4 da CRP e 126 n.ºs 1 e 3 do CPP, pelo que deve a decisão recorrida ser revogada.

3. Respondeu o Ministério Público junto da primeira instância, dizendo:

4.

a) A sujeição do arguido ao exame de zaragatoa bucal pode sustentar-se, processualmente, nos art.ºs 61 n.º 3 al.ª d), 171 e 172, todos do CPP, e no art.º 6 n.º 1 da Lei 45/2004, de 19 de Agosto (que regula as perícias médico-legais forenses).

b) A extracção coactiva de saliva ou outros vestígios biológicos com vista à sua utilização na investigação em processo penal é susceptível de gerar conflito entre direitos fundamentais, nomeadamente, entre o dever do Estado de administração da justiça, concretamente, da descoberta da verdade material, e o direito à integridade física e moral e à autodeterminação pessoal de cada um desses cidadãos. Não obstante, o interesse comunitário na aplicação da justiça é de grau superior, devendo prevalecer sobre estes últimos, nos termos do art.º 18 da CRP.

c) A colheita de saliva constitui uma agressão insignificante, carecida de dignidade jurídico-penal, não violando o direito à integridade física do arguido nem a proibição da sua auto-incriminação.

d) A existência de outros meios de prova no processo não invalida a realização de exame à saliva. A análise de ADN não vale por si só, tendo sempre que ser integrada em toda a prova produzida.

e) O despacho judicial que ordenou a extracção de saliva ao arguido ponderou devidamente a necessidade de realização do exame, enumerando as razões para a sua determinação, não lhe sendo exigível pelo art.º 154 n.º 2, *ex vi* art.º 172, ambos do CPP, que indicasse o local, dia e hora da diligência ou fizesse

referência à prova existente nos autos.

5. O M.^o P.^o nesta Relação emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso, dizendo, em síntese:

6.

- em lado nenhum da lei vem prevista a necessidade de imprescindibilidade da prova de comparações genéticas para a prova de um determinado facto (quando a lei quis exigir tal imprescindibilidade disse-o expressamente, como acontece nos art.^{os} 135 e 187 do CPP);

- no caso em apreço resulta do despacho recorrido *“que foram recolhidos vestígios hemáticos no local do crime e que há necessidade de se comparar o seu perfil genético com o do citado arguido... para o colocar no local do crime... pode ser mais uma prova contra o arguido, não tendo que ser imprescindível... exigindo somente uma ponderação da sua necessidade (art.^o 154 n.^o 1 do CPP), o que foi cumprido...”*;

- não existe norma que proíba a delegação do Mm.^o JIC no Ministério Público para a indicação do local, dia e hora para a realização do exame, pelo contrário, tal delegação tem toda a razão de ser, *“pois é o Ministério Público o titular do inquérito e possui os meios necessários para concretizar a decisão... obviamente a ser cumprido por perito médico competente da área. O Juiz ordena o exame, não o faz...”*.

7. Cumprido o disposto no art.^o 417 n.^o 2 do CPP e colhidos os vistos legais, **cumpre decidir, em conferência** (art.^o 419 n.^o 4 al.^a c) do Código de Processo Penal), as questões suscitadas nas conclusões da motivação do recurso, conclusões que – enquanto resumo da motivação – delimitam o âmbito do recurso e, por isso, as questões sobre as quais este tribunal deve debruçar-se.

Por outro lado, não pode esquecer-se que o objecto do recurso é a decisão proferida pelo Mm.^o JIC (acima identificada sob o n.^o 1) e os fundamentos em que a mesma se baseia, pelo que é em relação a esta que terá de se aferir se a mesma respeitou as normas vigentes e, conseqüentemente, se deve manter-se ou não, sendo irrelevantes, por isso, as considerações expendidas acerca da actuação/promoção do Ministério Público que antecedeu aquela decisão, que aqui não cumpre apreciar.

Feitas estas considerações, são as seguintes as questões colocadas à apreciação deste tribunal:

- se o exame ordenado se mostra imprescindível para a descoberta da verdade material/se o despacho recorrido devia ter concretizado os factos que se visavam demonstrar com a realização do exame.

- se o despacho recorrido violou o disposto no art.º 154 n.º 2 do CPP (por não ter determinado onde, quando e por quem deveria ser feita a diligência).

5.1 – 1.ª questão

O arguido goza de vários direitos processuais (estabelecidos no art.º 61 n.º 1 do CPP), mas sobre ele recaem, também, alguns deveres, designadamente, o dever de *“sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial estabelecidas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”* (art.º 61 n.º 3 al.ª d) do CPP).

Por sua vez, estabelece o art.º 172 n.º 1 do CPP, *“se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deve ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”*, sendo aplicável o disposto no art.º 154 n.º 2 (no que respeita à entidade competente para compelir o arguido a submeter-se ao exame, quando se trate de perícia sobre as suas características físicas ou psíquicas e não haja prestado consentimento) e 156 n.ºs 5 e 6 (no que respeita aos procedimentos a observar), ambos do CPP.

Consequentemente, tendo o arguido recusado – expressamente – colaborar ou permitir qualquer colheita de pessoais vestígios biológicos, nomeadamente saliva, para exame de ADN, competia ao Juiz de Instrução Criminal, nos termos do art.º 154 n.º 2 do CPP, com referência ao art.º 172 n.ºs 1 e 2 do mesmo código, decidir se existiam razões para compelir o arguido a submeter-se a tal colheita com vista ao exame de ADN, ponderando a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

Em lado nenhum destes preceitos, designadamente do disposto no art.º 154 n.º 2 do CPP, se exige que o exame se mostre imprescindível para a descoberta da verdade (enquanto meio indispensável para a descoberta da verdade) – veja-se que noutras situações, quando a lei processual penal considerou

imprescindível a prova disse-o expressamente, como acontece com o disposto no art.º 135 n.º 3 e 187 n.º 1 do CPP - ou que se concretizem os factos que com o exame se visam provar, mas tão só que, perante o conflito de interesses - e tendo em conta, naturalmente, a natureza e gravidade do crime ou crimes em investigação - se pondere da necessidade da sua realização, enquanto diligência útil, relevante, necessária para a descoberta da verdade, em função das demais provas recolhidas ou a recolher, e se, em face dessa necessidade, se justifica a limitação do direito do arguido à sua auto-determinação (dizemos auto-determinação, pois a recolha de saliva não configura qualquer violação da integridade física do arguido).

E esta ponderação, quer se concorde ou não com a mesma, foi feita, como se vê dos fundamentos em que se baseou a decisão recorrida, sumariamente descritos no ponto 1 deste acórdão.

Aí se disse muito claramente:

- que a diligência em questão é de crucial importância para a descoberta da verdade material, ou seja, para apurar os factos que constituem o objecto da investigação - factos que estão sumariamente descritos no auto de interrogatório judicial do arguido e que nessa diligência lhe foram dados a conhecer, não podendo o despacho recorrido deixar de ser entendido como referindo-se, naturalmente, a tais factos - sendo que a comparação entre o seu perfil genético e os vestígios hemáticos recolhidos pode até levar à conclusão de que o arguido não é responsável pelos mesmos;
- que a diligência em causa não ofende a integridade física do arguido nem é desproporcionada aos fins da investigação em causa.

Tudo muito claro e simples, ressaltando dos autos que o arguido tem perfeito conhecimento dos factos que lhe são imputados (e que estão em investigação) e, portanto, das razões que justificam a realização do exame em causa, que é a de apurar, em suma, se o mesmo é ou não responsável pela sua prática.

Improcede, por isso, a primeira questão suscitada.

5.2. - 2.ª questão

Invoca o arguido a violação do art.º 154 n.º 2 do CPP, uma vez que o despacho recorrido não especifica o local, dia e hora e entidade que deve proceder ao

exame.

Ora, o inquérito, enquanto conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação, é da competência do Ministério Público, a quem cabe a sua direcção, assistido pelos órgãos de polícia criminal (art.ºs 262 n.º 1 e 263 n.º 1 do CPP).

A intervenção do Juiz de Instrução no inquérito – quer para a prática de determinados actos processuais (art.º 268 do CPP), quer para ordenar ou autorizar a prática de outros (art.º 269 do CPP), como é o caso das perícias ou exames previstos, respectivamente, nos art.ºs 154 n.º 2 e 172 n.º 2 do CPP – justifica-se pela necessidade de, através do controlo jurisdicional, salvaguardar o respeito, nesta fase processual, pelos direitos liberdades e garantias dos cidadãos constitucionalmente protegidos, assegurando que a restrição de tais direitos, nos casos expressamente previstos na Constituição (art.º 18 da CRP), se limitará ao necessário para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

No caso em apreço a intervenção do Juiz de Instrução – imposta pelo art.º 154 n.º 2 do CPP – perante o conflito de interesses em confronto (de um lado, o direito do arguido à sua auto-determinação – art.º 25 n.º 1 da CRP – do outro, a investigação dos factos integradores dos ilícitos denunciados, bem graves, aliás, se tivermos em conta a acusação entretanto deduzida, ou seja, a boa administração da justiça), bem ponderou, quer a necessidade da realização do exame, quer a prevalência do interesse da investigação sobre o direito à auto-determinação do arguido visado, tendo em conta, designadamente, que a recolha de saliva constituiria uma restrição mínima, quase irrelevante, daquele direito do arguido (veja-se a este propósito Figueiredo Dias, *in* Direito Penal, Parte Geral, I, Coimbra Editora, citado na resposta à motivação, onde escreve que *“quanto à recolha de saliva... afigura-se-nos que nem sequer se pode considerar susceptível de ofensa ao direito à integridade corporal do recorrente, mas tão só o direito à auto-determinação corporal e em grau ou medida desprezível, isto é, irrelevante”*).

Nestes termos, a realização forçada do exame autorizado pelo despacho recorrido mostra-se justificada e legitimada, não violando qualquer preceito constitucional, designadamente os art.ºs 25, 26, 32 n.º 4 da CRP e 126 do CPP.

Este entendimento não colide, quer com a decisão proferida nos acórdãos do

TC n.ºs 155/2007 e 228/2007, quer com os fundamentos aí invocados para justificar o decidido, antes vem de encontro à orientação que aí se defendeu, ou seja, que a realização de tal exame, porque colide com um direito fundamental do arguido, só pode ser realizado se autorizado pelo Juiz de Instrução, o que no caso se verifica, de acordo com a exigência que, posteriormente àqueles acórdãos, veio a ter consagração legal (que na altura não tinha), pela redacção que foi dada aos art.º 172 n.º 2 e 154 n.º 2 do CPP pela Lei 48/2007, de 29 de Agosto (note-se ainda que o voto de vencido lavrado no acórdão 228/2007, por sua vez, não permite a leitura que o recorrente dele faz - nas conclusões da motivação do recurso - e perdeu qualquer actualidade em face da alteração legislativa supra mencionada).

Entendemos, por outro lado, que no art.º 154 n.º 2 do CPP não cabe a exigência da indicação do dia, hora, local e entidade que procede ao exame, quer porque a aplicação deste preceito resulta da remissão expressa do art.º 172 n.º 2 do mesmo diploma (que remete expressamente para o art.º 154 n.º 2 e apenas para o n.º 1), quer porque o exame previsto no art.º 172 n.º 1 do CPP, enquanto meio de obtenção (forçada) de prova não se confunde com a perícia prevista do art.º 154 do CPP, enquanto meio de prova, questão relativamente à qual o despacho recorrido não se pronunciou e, por isso, não é questão que aqui deva ser conhecida, porque fora do âmbito deste recurso, por outro lado, sendo o Ministério Público o titular do inquérito, a si cabe, por direito próprio, uma vez autorizado o exame, proceder às diligências necessárias à sua realização e fazer respeitar os procedimentos legalmente previstos para o efeito, designadamente o estabelecido no art.º 156 n.º 5, *ex vi* art.º 172 n.º 2, ambos do CPP.

Improcede, por isso, a segunda questão suscitada.

6. Assim, em face do que se deixa exposto, **acordam os Juízes que compõem a Secção Criminal deste tribunal** em negar provimento ao recurso e, em consequência, manter o despacho recorrido.

Custas pelo arguido recorrente, fixando-se a taxa de justiça em seis UC.

(Este texto foi por mim, relator, elaborado e integralmente revisto antes de assinado)

Évora, 2008/12/16

ALBERTO JOÃO BORGES

MARIA FERNANDA PEREIRA PALMA