

Parecer n.º 28/2017

I. Pedido

O Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias solicitou à Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD) parecer sobre o Projeto de Lei n.º 484/XIII, *que introduz a 2.ª alteração à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a 1.ª alteração à Lei n.º 40/2013, de 25 de junho, que aprova a lei de organização e funcionamento do Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN.*

O pedido formulado decorre das atribuições conferidas à CNPD pelo n.º 2 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro – Lei de Protecção de Dados Pessoais (LPDP), e o parecer é emitido no uso da competência fixada na alínea a) do n.º 1 do artigo 23.º do mesmo diploma legal.

Constituindo o perfil de ADN um dado pessoal, nos termos definidos na alínea a) do artigo 3.º da LPDP, as alterações que o Projeto introduz na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, assumem imediata relevância na perspetiva da tutela dos direitos fundamentais dos seus titulares, pelo que a apreciação da CNPD incidirá sobretudo sobre o artigo 1.º do Projeto que altera aquele diploma legal, deixando para segundo plano as alterações introduzidas na Lei n.º 40/2013 que, ou não são pertinentes nesta perspetiva, ou correspondem somente à harmonização do seu texto com as alterações àquele regime.

II. Apreciação

O Projeto anuncia, na exposição de motivos, a intenção de tornar «menos restritiva e mais eficaz» a Base de Dados de Perfis de ADN (doravante, Base de Dados), em face da reduzida utilidade que a mesma parece ter demonstrado nos últimos sete anos.

Nessa medida, no artigo 1.º do Projeto preveem-se alterações ao regime legal vigente no sentido de aumentar os perfis de ADN, definindo-se novas regras que admitem a inserção de perfis de crianças e incapazes para fins de identificação civil e promovem a inserção de perfis de voluntários através, por um lado, da possibilidade de limitar a sua utilização à identificação civil e, por outro lado, da previsão da isenção do pagamento dos custos correspondentes – no caso de o voluntário não limitar a utilização do seu perfil à finalidade de identificação civil.

Introduzem-se ainda alterações quanto a alguns procedimentos e quanto à distribuição de poderes nesta matéria, tendo em vista uma maior simplificação.

1. Apreciação dos principais aspetos de regime

1.1. Antes de avançarmos na apreciação das implicações de tais alterações sobre a proteção dos dados pessoais e sobre outros direitos fundamentais, deixa-se uma primeira nota relativa à diferenciação que a lei faz entre perfis de ADN e dados pessoais, como se aqueles não integrassem o conceito de dados pessoais constante da alínea a) do artigo 3.º da LPDP.

Com efeito, da leitura de várias disposições da Lei n.º 5/2008, como por exemplo, o n.º 2 do artigo 3.º ou os n.ºs 1 e n.º 3 do artigo 18.º – onde se menciona «o tratamento de perfis de ADN e dos dados pessoais...» e «os perfis de ADN resultantes das amostras, bem como os correspondentes dados pessoais» –, resulta o pressuposto de que em causa estão conceitos jurídico distintos. Ora, não pode deixar de se alertar para o facto de os perfis de ADN serem dados pessoais por consubstanciarem informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável, o que se verifica evidentemente em relação aos perfis obtidos a partir de amostras referência, mesmo quando se encontram conservados em ficheiros autónomos, separados dos ficheiros que contêm a informação nominal ou outra sobre o seu titular, mas também relativamente aos obtidos a partir de amostras problema, por serem nestes casos suscetíveis de identificação. O mesmo sucede com o material biológico.

Esta visão das coisas pode fazer esquecer que estamos ainda e sempre a falar de informação pessoal, aliás muito sensível, e que por essa razão merece uma especial proteção.

Assim, por isso e também por razões de rigor concetual e jurídico, recomenda-se que a redação das normas como a do n.º 2 do artigo 3.º e do artigo 18.º seja alterada, passando a referir *perfis de ADN e demais dados pessoais e os perfis de ADN resultantes das amostras, bem como os demais dados pessoais correspondentes*.

1.2. Em segundo lugar, sublinha-se que a CNPD mantém reservas, já expressas nos Pareceres n.ºs 18/2007 e 41/2007¹, quanto à recolha de amostra biológica em relação a arguidos condenados por crimes dolosos com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos (ou medida de segurança, se inimputável), mesmo quando a amostra biológica e a comparação de perfis de ADN não tenham sido nem seriam aptas à descoberta do agente do crime, nem a natureza do crime cometido indicia propensão ou probabilidade de prática no futuro de crimes em que a recolha e comparação do perfil de ADN possa ter utilidade nessa investigação ou se revele pertinente numa lógica de prevenção especial.

Insiste-se, tal imposição legal fará sentido para crimes contra as pessoas, mas dificilmente se justifica, por exemplo, em crimes informáticos, que ocorrem em ambiente virtual. Não deve, pois, ser a gravidade do crime, só por si, a determinar tal obrigatoriedade, mas antes o tipo de crime em função da utilidade que o perfil de ADN possa revelar no processo de descoberta do agente do crime. A desadequação deste dado para as finalidades visadas torna esta previsão legal desproporcionada na restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à reserva da vida privada e identidade pessoal e à proteção de dados, consagrados nos artigos 25.º, 26.º e 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), em violação do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

A que acresce o facto de a desproporcionalidade da previsão legal da obrigatoriedade de recolha de amostras biológicas e inserção dos perfis de condenados sem atender ao tipo de crime ter ainda reflexo na definição dos prazos de conservação dos perfis de ADN, tal como consta da nova redação do n.º 3 do artigo 26.º. Também nesta sede, a gravidade do crime refletida na duração da pena de prisão, independentemente do tipo de crime que justifica a sua aplicação, é que determina o período de tempo de conservação dos perfis de ADN e demais dados pessoais, não sendo por isso o prazo de conservação fixado em função da utilidade, adequação e necessidade da conservação da informação pessoal para a finalidade de investigação criminal, como determina a alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º da LPDP.

¹ Consultáveis respetivamente em https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_18_2007.pdf e https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_41_2007.pdf.

1.3. Em terceiro lugar, destaca-se como positiva a inovação constante do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2008, ao reconhecer ao arguido a liberdade de recusar a recolha da amostra de ADN, ainda que esta conduta passe a consubstanciar um crime de desobediência.

Todavia, o referido reconhecimento do direito de recusar a ingerência na integridade e autonomia pessoal que tal recolha consubstancia é afastado nos casos de arguido condenado com pena de prisão superior a 8 anos ou pena de prisão superior a 5 anos por crime contra as pessoas, em que, verificados os pressupostos do n.º 8 do artigo 8.º, pode ser imposta coercivamente a recolha. Se se pode compreender a restrição desse direito em relação a crimes contra as pessoas com penas de prisão superiores a 5 anos, pela relevância que o perfil de ADN do condenado pode ter no futuro (também considerando uma maior taxa de reincidência neste tipo de crime), já a extensão dessa restrição a todos os outros crimes, ainda que atenuada pela pena aplicada, se afigura uma restrição desproporcionada pelas razões expostas no ponto anterior.

1.4. Finalmente, saúda-se a simplificação do procedimento de inserção dos perfis de ADN na Base de Dados, bastando agora uma única decisão judicial, o que não aparenta constituir qualquer restrição acrescida dos direitos fundamentais dos titulares dos perfis.

2. Apreciação de alterações específicas introduzidas na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro

Cumpra ainda apreciar, com detalhe, algumas das alterações introduzidas pelo Projeto na Lei n.º 5/2008, pelo impacto que as mesmas podem ter sobre a privacidade e proteção dos dados pessoais.

2.1. Começa-se por destacar a nova redação do n.º 3 do artigo 4.º da Lei n.º 5/2008.

Ao contrário da norma ainda vigente, onde se pode ler que «As finalidades da investigação criminal são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN, relativos a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes com os *das pessoas que, direta ou indiretamente, a eles possam estar associadas*, com vista à identificação dos respetivos agentes, e com os perfis existentes na base de dados de perfis de ADN [...]» [itálico nosso], o novo n.º 3 determina que «Para efeitos da presente lei, 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*, com os perfis de ADN existentes na base de dados de perfis de ADN, com vista à identificação dos respetivos agentes [...]».

Ora, com esta redação modificam-se os perfis objeto de comparação, passando agora esta a incidir, de um lado, nos perfis de ADN relativos às amostras biológicas colhidas em locais de crimes e em pessoas – hipótese que o n.º 5 do artigo 8.º vem especificamente prever –, e, de outro lado, nos perfis existentes na Base de Dados. Todavia, a referência genérica às «pessoas» sem uma delimitação do universo de pessoas cujas amostras biológicas podem ser recolhidas confere a esta norma uma potencialidade de intrusão na vida dos cidadãos que não se pode ter por adequada e ajustada. Na verdade, no ordenamento jurídico português, não pode a norma legal apresentar uma redação que suporte um resultado de ingerência desproporcionado e injusto como é o da possibilidade de se impor a recolha de material biológico a pessoas que não têm qualquer conexão, nem sequer indireta, com o crime cometido.

Nessa medida, afigura-se imprescindível a fixação em abstrato no texto do artigo 4.º de um critério – mesmo que por apelo a um conceito impreciso – que obrigue, em cada caso concreto, a delimitar o universo de pessoas em relação às quais se pode justificar a recolha de material biológico. O critério de delimitação que consta do preceito ainda vigente – *que, direta ou indiretamente a eles possam estar associadas* – afigura-se adequado, não se alcançando a razão da sua amputação.

2.2. Assinala-se ainda uma perplexidade que o n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2008 suscita na nova redação apresentada no Projeto. Diz ela respeito à referência aos *perfis de pessoa não identificada*.

Compreendendo-se que em causa estejam, como invocado na exposição que antecede o texto do Projeto, *adulto ou criança que não possa identificar-se e relativamente ao qual não existam elementos suficientes para levar à sua identificação (ex., em coma, sem memória, demente, criança de tenra idade)*, importa notar que a letra da lei não delimita este conceito, nem oferece critérios que permitam adivinhar as fronteiras do mesmo.

Por outras palavras, tal como está redigida, esta disposição permite fundamentar a recolha de amostras para a finalidade de identificação civil em qualquer pessoa não identificada, por exemplo, que não transporte consigo documento de identificação civil, mesmo quando existam – como sucederá na maior parte dos casos – meios alternativos de conhecer a sua identidade e muito menos intrusivos na sua esfera jurídica fundamental, como seja por recurso a impressões digitais. Parece óbvio que este não é o resultado pretendido com a proposta de alteração deste preceito, sob pena de tal norma ser absolutamente desproporcionada, face à desnecessidade de um tão amplo leque de pessoas potencialmente abrangidas.

Entende, por isso, a CNPD ser imprescindível alterar a redação desta norma, no sentido de limitar esta hipótese às situações em que não seja de todo possível identificar a pessoas por outros meios menos intrusivos, por exemplo, a partir das impressões digitais ou outros dados biométricos.

2.3. No que diz respeito às regras relativas à inserção dos perfis de ADN e demais dados pessoais, prevista no artigo 18.º, chama-se a atenção para o disposto no n.º 3.

Desde logo, julga-se ser um lapso a referência, já contida na anterior versão deste preceito, aos *correspondentes dados pessoais, quando existam*. Esta menção apenas faz sentido quanto às amostras referências, que estão identificadas, mas a redação do n.º 2 do artigo 18.º não pode ser transposta em termos paralelos para o n.º 3 do artigo 18.º.

Seguindo a lógica subjacente ao diploma (e criticada supra, em 1.1.) de restringir o conceito de dados pessoais, deixando de fora os perfis de ADN, é evidente que se há amostras problema é porque não há outros elementos informativos que permitam identificar o seu titular e, portanto, não faz sentido referir os *correspondentes dados pessoais*. Com efeito, se estes existirem é porque já foi possível identificar o titular do perfil de ADN deixando a amostra de ser qualificada como amostra problema.

Recomenda-se, assim, que se aproveite esta ocasião para corrigir a redação do preceito.

Ainda quanto ao n.º 3 do artigo 18.º, ele reflete a opção de simplificação do procedimento de inserção de amostras problema e do correspondente perfil de ADN nas bases de dados. Todavia, esta solução implica a não intervenção do juiz neste procedimento, sendo certo que



a inserção dos perfis de ADN para fins de investigação criminal constitui um ato com diretas consequências restritivas dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa medida, considerando que o n.º 4 do artigo 32.º da CRP é taxativo na prescrição da necessidade de caber a um juiz a competência sobre «toda a instrução», não admitindo exceções a este princípio quando em causa esteja a prática de atos instrutórios que se prendam com os direitos fundamentais, afigura-se duvidosa a constitucionalidade desta solução.

De todo o modo, mesmo que se persista neste caminho de simplificação de duvidosa constitucionalidade, atendendo ao poder de decisão no sentido da desnecessidade da inserção reconhecido ao magistrado competente na alínea b) do mesmo n.º 3, seria útil definir um período de tempo, ainda que relativamente curto, antes da inserção do perfil de ADN de amostras problema para investigação criminal, contado após o cruzamento ou comparação que não resulte na identificação pretendida. Tal período de tempo teria a vantagem de retardar a inserção imposta por lei assegurando um tempo mínimo para que o juiz ou o magistrado do Ministério Público competentes no processo ponderem a relevância probatória de tal elemento e avaliem da necessidade da inserção do perfil na Base de Dados, sendo certo que o prejuízo para a investigação criminal, a haver risco da sua existência, seria significativamente reduzido.

2.4. Ainda quanto à definição dos prazos de conservação dos perfis de ADN, destaque-se o prazo que agora vem definido do novo n.º 7 artigo 26.º para os perfis dos arguidos em processo pendente: *até ao termo do processo, com despacho do magistrado competente, ou oficiosamente, 15 anos após a inserção do perfil.*

É precisamente este prazo de 15 anos fixado para as situações em que não haja decisão judicial transitada em julgado nem despacho de arquivamento do Ministério Público, que suscita dúvidas quanto à sua adequação, mesmo considerando a eventual certeza jurídica que um tal prazo possa trazer a quem tem o dever de eliminar os perfis.

Na verdade, considerando os prazos de prescrição do processo criminal e atendendo à possibilidade de suspensão e interrupção dos mesmos, pode isto significar a eliminação de perfis de ADN do arguido antes do termo do processo, portanto, em fase em que possa ainda ser necessária a sua inserção para a finalidade para que esta ocorreu.

Por outro lado, este prazo pode traduzir-se na conservação de perfis de arguidos muito para além do termo do processo por prescrição (que, nos termos legais, oscila entre 15 e 2 anos), se não for emitido o correspondente despacho da autoridade judiciária. O que é claramente desajustado, implicando a conservação destes dados pessoais por períodos muito superiores ao necessário para a finalidade de investigação criminal.

Nessa medida, a CNPD recomenda que se introduza aqui a solução prevista na atual alínea d) do n.º 1 do artigo 26.º para a hipótese de a amostra problema coincidir com a do arguido: *no fim do prazo máximo de prescrição do procedimento criminal, previsto no Código Penal.*

III. Conclusão

Com os fundamentos expostos, lembrando que os perfis de ADN são dados pessoais e recomendando, por isso, a alteração da redação de algumas normas da Lei n.º 5/2008 para refletir essa natureza, a CNPD:

1. Mantém reservas quanto à imposição de recolha de amostras biológicas a condenados por crimes em função da gravidade do crime e não apenas em função da natureza do crime e da relevância (adequação e necessidade) da recolha para prevenção especial ou para investigações criminais futuras, refletida também na nova redação da Lei n.º 5/2008 apresentada no Projeto de Lei, considerando que tal solução constitui uma restrição desproporcionada dos direitos à integridade pessoal, reserva da intimidade da vida privada e proteção dos dados pessoais, em violação do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição;
2. Pelas mesmas razões, considera desproporcional que a restrição legal da liberdade de recusa de recolha de amostra biológica não assente num critério apenas determinado pela natureza do crime;
3. Entende também que os artigos 4.º, n.º 3, e 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008 preveem tratamentos de dados pessoais que, na redação apresentada no Projeto de Lei, abrangem um universo de pessoas demasiado alargado, em relação às quais, considerando as respetivas finalidades, não há necessidade de recolha de amostras biológicas e de perfis de ADN, razão por que se recomenda a sua reformulação de modo a acolher um critério delimitador das pessoas abrangidas em conformidade com o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição;



4. Sugere ainda que seja eliminada no n.º 3 do artigo 18.º daquela Lei a referência aos «correspondentes dados pessoais, quando existam» a propósito das amostras problema, já que, quanto a estas, se houver dados pessoais isso significa que os titulares das amostras estão identificados e portanto as amostras deixam de poder ser qualificadas como tal;
5. No mesmo n.º 3 do artigo 18.º, tem reservas quanto à constitucionalidade da regra da inserção imediata de perfis de ADN na Base de Dados, sem intervenção de um juiz, não obstante a possibilidade de «o magistrado competente» poder intervir determinando a não inserção; para atenuar o impacto que tal pode ter na vida das pessoas titulares dos perfis, recomenda que, pelo menos, seja fixado um período de tempo, ainda que curto, durante o qual não seja inserido o perfil, para permitir uma pronúncia oportuna do magistrado;
6. Finalmente, entende que o novo prazo de conservação dos perfis relativos a arguidos, de 15 anos, previsto no artigo 26.º não é adequado à finalidade deste tratamento de dados, devendo antes manter-se a solução atualmente vigente do prazo de prescrição.

É este o parecer da CNPD.

Lisboa, 3 de maio de 2017

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Filipa Calvão', is written over a horizontal line.

Filipa Calvão (Presidente, que relatou)