

UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÃO GENÉTICA EM ACÇÕES DE FILIAÇÃO — PERGUNTAS E RESPOSTAS (*)

Guilherme de Oliveira (**)

Professor Catedrático da FDUC; Director do Centro de Direito Biomédico e do Centro de Direito da Família — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Helena Moniz (***)

Assistente da FDUC; Investigadora do Centro de Direito Biomédico

I. Quando a informação genética ainda não foi obtida

1. Em que condições e quais os procedimentos para que uma pessoa obtenha informação genética em vista de acções de filiação (1)?

a) No âmbito de uma acção de filiação

A informação genética para finalidades de uma acção de filiação pode ser pedida quer pelo autor, quer pelo réu.

No sistema tradicional, a pretensão de usar provas científicas só podia ter lugar dentro de acções judiciais propriamente ditas. Porém, desde 1967, a informação passou a poder ser pedida ainda antes de uma verdadeira e própria acção judicial, no âmbito do processo de averiguação oficiosa da maternidade ou da paternidade (2), conduzido pelo Ministério Público.

b) Fora do âmbito de um processo, no INML ou em outros laboratórios (desde 2001)

Qualquer pessoa pode dirigir-se a uma delegação do Instituto Nacional de Medicina Legal que dis-

(*) Este trabalho surgiu em resposta a um pedido do European Committee on Legal Co-Operation (CDC) (2004) 5. Rev — Strasbourg, 14. Maio. 2004: *Questionnaire by the Secretariat on access to genetic information for questions not related to health* do Conselho da Europa sobre "a actual situação, em cada Estado membro, em relação à possibilidade ou ao direito de cada criança ou adulto, de lhe ser dada ou de ter acesso à informação genética relativa ao seu parentesco, quer quando a informação genética tenha sido obtida para resolver questões relacionadas com o parentesco, ou quando tal informação tenha sido obtida para resolver outros problemas, nomeadamente de saúde". A informação a dar deveria ter em conta duas situações: uma em que a informação genética fosse obtida de uma pessoa viva, e a outra em que a informação genética fosse obtida de uma pessoa já falecida. A resposta deveria apenas referir a regulamentação existente, em Julho de 2004, em Portugal. Para esta publicação apenas foram acrescentadas breves referências a legislação que entretanto surgiu, sem que, no entanto, se tenha realizado um estudo aprofundado dela.

(**) goliv@fd.uc.pt

(***) hmoniz@fd.uc.pt

(1) A Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, curiosamente determina que, no art. 6.º, n.º 1, a informação genética para efeitos desta Lei (cf. art. 1.º), "é a infor-

mação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo, excluindo-se desta definição a informação derivada de testes de parentesco ou estudos de zigotia em gémeos, dos estudos de identificação genética para fins criminais, bem como do estudo das mutações genéticas somáticas no cancro". O que significa que esta legislação não se aplica aos problemas aqui colocados.

(2) Os procedimentos de averiguação oficiosa (arts. 1808.º e ss. e 1864.º e ss. do Código Civil) iniciam-se com a realização de um registo de nascimento que é omissivo quanto à maternidade ou paternidade. Nestes casos o conservador do registo civil comunica a omissão ao Ministério Público que fará as diligências necessárias para descobrir a identidade da mãe ou do pai. Esta averiguação oficiosa pode ter um de três desfechos: pode ser arquivada por não se encontrar a identidade do possível progenitor; pode terminar por uma perfilhação feita pelo progenitor; e pode prosseguir sob a forma de uma verdadeira acção judicial intentada pelo MP contra a mãe ou o pai prováveis, mas que se recusam a perfilhar.

põe do serviço técnico de genética e biologia forense [de acordo com o estabelecido no art. 25.º, n.ºs 1 e 2, al. *d*), do Decreto-Lei n.º 96/2001, de 26 de Março, que aprovou a Lei orgânica do Instituto Nacional de Medicina Legal] e, mediante a apresentação de material biológico ou após colheita de material biológico, pedir a realização de testes genéticos (3). O Instituto, ao abrigo do art. 29.º, n.º 1 (que se refere à competência do serviço de genética e biologia forense: “Ao Serviço de Genética e Biologia Forense compete a realização de perícias e

exames laboratoriais, de hematologia forense e dos demais vestígios orgânicos, nomeadamente os exames de investigação biológica de filiação, de criminalística biológica ou outros, no âmbito das actividades da delegação e dos gabinetes médico-legais que se encontrem na sua dependência, a solicitação dos tribunais, da Polícia Judiciária, da Polícia de Segurança Pública, da Guarda Nacional Republicana da respectiva área e do presidente do conselho directivo”), tem realizado aqueles testes; tem considerado que a realização das análises, mesmo que solicitadas por particulares fora do âmbito de um processo, se enquadram no “âmbito das actividades da delegação e dos gabinetes médico-legais” dela dependentes. O que aliás é confirmado pelo disposto no art. 2.º, al. *i*), do mesmo diploma: “São atribuições do Instituto: (...) *i*) Prestar serviços a entidades públicas e privadas, bem como aos particulares, em domínios que envolvam a aplicação de conhecimentos médico-legais (...)”

Fora desta instituição ainda existem alguns laboratórios que têm realizado estes testes.

2. É diferente — e se sim em que medida — se a pessoa a partir da qual se obtém aquela informação é uma pessoa viva ou morta? E quais são as diferenças?

Se a pessoa está viva basta o consentimento informado dela para a colheita da amostra e obtenção da respectiva informação. Tem sido discutido na doutrina e na jurisprudência qual o valor da recusa da submissão aos exames. Segundo a doutrina e a prática o recusante não pode ser coagido pela força física, porque este procedimento contraria o direito

(3) Portaria n.º 1178-C/2000 de 15 de Dezembro: “Tabela de custos das perícias de genética e biologia forenses:

1 — Identificação genética para investigação biológica de filiação (por pessoa) ou identificação de desconhecidos (por amostra), efectuada através de comparação com amostras provenientes dos progenitores: Em amostras de sangue ou saliva — 5,5 UC; Em amostras de cabelos, dentes, ossos ou outros tecidos — 7 UC.

2 — Identificação genética para investigação biológica de filiação (por pessoa) ou identificação de desconhecidos (amostra), efectuada através de comparação com amostras provenientes de outros familiares: Em amostras de sangue ou saliva — 6 UC; Em amostras de cabelos, dentes, ossos ou outros tecidos — 7,5 UC.

3 — Identificação genética de vestígios em casos de investigação criminal (por amostra em função da sua natureza) — 3 a 7 UC.

4 — Outro tipo de exames periciais de identificação genética (pessoa/amostra) — 15 UC.

5 — Pesquisa de esperma/espermatozóides — 0,7 UC.

6 — Colheitas de material biológico (a cobrar apenas nos casos em que o exame não se realize no serviço): Sangue — 0,5 UC; Outras — 0,5 UC.

7 — Análise de ADN: Extracção simples — 0,3; Extracção complexa — 1; Identificação de polimorfismos de DNA por PCR (por marcador/amostra) — 1; DNA mitocondrial (por marcador/amostra) — 3;

Outro tipo de análise no âmbito da biologia forense (por amostra) — 0,5.

(nota *) Os exames referidos realizados no âmbito de processos judiciais só podem ser efectuados nos serviços de genética e biologia forense das delegações do Instituto Nacional de Medicina Legal ou em laboratórios para o efeito reconhecidos pelo Instituto*.

O valor da Unidade de Conta para o triénio de 2004/2006 é de 89,00 € de acordo com os arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 212/89, de 30 de Junho, e o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, e art. 1.º do Decreto-Lei n.º 320-C/2002, de 30 de Dezembro.

fundamental à integridade física e moral. Porém, o recusante será obrigado a pagar uma multa, e o juiz poderá tirar as ilações que entender do facto da recusa (art. 519.º do CPC). Recentemente, tem-se entendido ainda que a recusa que torne impossível a prova requerida por outro interessado faz inverter o ónus da prova (4).

Se a pessoa estiver morta pode haver lugar à exumação do cadáver ou à colheita de amostras nos familiares próximos que se submetam aos testes. A recusa destes poderá dar lugar ao pagamento de uma multa; ou a todas as outras consequências referidas, se forem partes na causa (5).

A hipotética utilização abusiva de material biológico de uma pessoa viva sem o seu consentimento violaria o direito à integridade moral e seria, portanto, ilícita.

Fora de um processo, a colaboração dos familiares ficará sujeita às regras gerais do consentimento informado; por outro lado, a sua recusa não pode ter consequências já que não se pode falar de uma falta de colaboração com a justiça.

Se, pelo contrário, a amostra de produto biológico do falecido foi obtida “às escondidas” e o interessado vai ao INML para que se proceda aos respectivos exames, isto constitui uma utilização não autorizada de material biológico. Pode considerar-se estar aqui em causa não só o direito à reserva da vida privada e familiar (protegido constitucionalmente no art. 26.º da CRP e ainda no âmbito do CC, enquanto direito de personalidade, no art. 80.º) do

falecido como de todos os seus parentes. Na verdade, nos termos do art. 71.º do CC os direitos de personalidade permanecem após a morte do respectivo titular, e as providências necessárias para assegurar o respeito por aqueles direitos são o “cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido” (n.º 2 do art. 71.º do CC) (6).

Se a pessoa da qual se pretende obter a informação genética tiver falecido será possível fazer a exumação do cadáver para colheita de material biológico? De harmonia com o art. 21.º do Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, a exumação do cadáver apenas será realizada, antes de decorridos três anos a partir da inumação, em cumprimento de mandato de autoridade judiciária. Após este período a lei nada estabelece pelo que em abstracto poder-se-ia dizer que, por exemplo, havendo apenas um filho vivo e não outros quaisquer parentes aquele poderia requisitar um perito e poderia pedir a obtenção de informação (7). Porém, esta situação ainda não se verificou na realidade. Além disto, a prática do INML é no sentido de tentar sempre realizar os testes em outros filhos evitando sempre que possível a exumação quando podem obter a informação por outra via.

(4) Não vamos aqui referir todos os problemas relativos à questão de saber se os familiares que pretendem preservar os direitos de personalidade do falecido estão a actuar em nome próprio ou do falecido — para mais desenvolvimentos cf. MOYA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª edição (por A. PINTO MONTEIRO e PAULO MOYA PINTO) 2005, bem como bibliografia aí referida.

(5) De harmonia com o art. 3.º, n.º 1, do mesmo diploma: “Têm legitimidade para requerer a prática de actos regulados no presente decreto-lei, sucessivamente: a) O testamenteiro, em cumprimento de disposição testamentária; b) O cônjuge sobrevivente; c) A pessoa que vivia com o falecido em condições análogas às dos cônjuges; d) Qualquer herdeiro; e) Qualquer familiar; f) Qualquer pessoa ou entidade”.

(4) Art. 344.º, n.º 2, do CC.

(5) Arts. 1819.º e 1873.º do CC.

3. É diferente — e se sim em que medida — se a pessoa que pretende ter acesso àquela informação é um adulto, ou adulto incapaz ou um menor? E se sim, quais as diferenças?

A única diferença é que o menor ou o adulto incapaz actuam por meio dos seus representantes legais.

4. É diferente — e se sim em que medida — se aquela informação é obtida de uma pessoa adulta, adulta incapaz ou menor? E se sim, quais as diferenças?

Se a pessoa de quem se pretende obter a informação é menor ou incapaz os actos necessários serão praticados pelos seus representantes legais.

No caso de haver algum conflito de interesses entre um pai e uma mãe enquanto representantes legais de um menor (arts. 1901.º e 1911.º do CC), de tal modo que os dois progenitores se não ponham de acordo para a prática de um acto respeitante ao menor, o conflito será dirimido pelo tribunal no caso de este entender que se trata de uma “questão de particular importância”.

Resta questionar se, em geral, um progenitor representante tem direito de decidir livremente em todos os actos de natureza pessoal e, em particular, se o progenitor pode decidir realizar um teste apesar da recusa do menor ⁽⁸⁾.

5. É diferente — e se sim em que medida — se a pessoa que pretende ter acesso à informação genética é um progenitor legalmente reconhecido, uma criança ou uma terceira pessoa?

Os progenitores reconhecidos, e os filhos, a quem a lei dá o direito de propor acções de filiação — ou contra quem as acções são propostas — podem requerer a produção de informações genéticas.

Se algum destes indivíduos é incapaz, os actos serão praticados pelo seu representante legal.

Uma terceira pessoa também pode requerer provas biológicas, nos casos em que a lei lhes dá o direito de propor acções — por exemplo, numa acção de impugnação da perfilhação (art. 1859.º do CC) — e também no âmbito dos procedimentos de averiguação oficiosa, para confirmação ou negação da sua paternidade.

O MP também pode ter acesso a informação genética na acção judicial subsequente à averiguação oficiosa.

Em todos estes casos não se põem problemas de dados pessoais dado que se trata de casos em que a informação genética ainda está a ser recolhida. Porém, quando, por exemplo, se leva uma amostra de material biológico de outra pessoa ao INML para que se faça um teste genético, o instituto passa a ter dados genéticos integrados numa base; ora, estes dados genéticos estão integrados numa base sem que o titular dos dados disso tenha conhecimento. O que significa que, nos termos gerais da LPDP (art. 10.º, n.º 3), “Se os dados não forem recolhidos junto do seu titular, e salvo se dele já forem conhecidas, o

⁽⁸⁾ Designadamente, em matéria de actos médicos, o menor maior de 14 anos e possuindo o discernimento necessário para avaliar o acto terá que dar o seu

consentimento, sob pena de aquele que realiza a intervenção estar a praticar o crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (art. 156.º do CP).

responsável pelo tratamento, ou o seu representante, deve prestar-lhe as informações previstas no n.º 1 (9) no momento do registo dos dados ou, se estiver prevista a comunicação a terceiros, o mais tardar aquando da primeira comunicação desses dados" (10). Ou seja, o titular da informação genética deve ser informado de que aqueles elementos se encontram numa base de dados.

Todavia, de acordo com o Decreto-Lei n.º 395/99, de 13 de Outubro, que regulamenta os ficheiros de dados informatizados do INML, as autoridades judiciais podem ter acesso ao dados constantes dos ficheiros (art. 6.º, n.º 1); isto não significa, todavia, que os dados possam ser utilizados para finalidades distintas da recolha, pelo que a informação genética recolhida para finalidades de determinação do parentesco, não pode mais tarde ser utilizada em investigação criminal.

II. Quando a informação genética já foi recolhida

1. Quem pode ter acesso à informação genética com vista a acções de filiação? Em que condições e quais os procedimentos?

Uma vez recolhida a informação genética apenas pode ter acesso a ela o titular ou o seu representante (no caso de ser menor ou incapaz) (11).

(9) Tais como: identidade do responsável pelo tratamento, finalidades do tratamento, os destinatários ou categorias de destinatários dos dados...

(10) Excepcionalmente, "a obrigação de informação pode ser dispensada, mediante disposição legal ou deliberação da CNPD, por motivos de segurança do Estado e prevenção ou investigação criminal, e, bem assim, quando, nomeadamente no caso do tratamento de dados com finalidades estatísticas, históricas ou de investigação científica, a informação do titular dos dados se revelar impossível ou implicar esforços desproporcionados ou ainda quando a lei determinar expressamente o registo dos dados ou a sua divulgação" (art. 10.º, n.º 5, da LPDP).

(11) Tratando-se de informação genética derivada de testes de parentesco a Lei sobre "Informação genética pessoal e informação de saúde" (Lei n.º 12/2005)

O mesmo não se pode dizer em relação ao acesso às amostras de material biológico. A LPDP apenas se aplica a dados pessoais enquanto informação sobre uma pessoa identificada ou identificável e a Lei n.º 12/2005 exclui expressamente do seu âmbito toda a informação (genética e de saúde) derivada de testes de parentesco. Porém, sabe-se que de harmonia com o art. 18.º, n.º 1, desta última lei, apenas se pode colher sangue, e outros produtos biológicos e obter amostras de DNA com o consentimento informado da pessoa. Além de que, a utilização destas amostras com uma finalidade distinta deverá ser precedida de nova autorização da pessoa, ou no caso de esta ter falecido dos seus familiares (art. 18.º, n.º 4) (12). E mesmo a utilização de amostras de sangue seco em papel apenas podem ser utilizados para estudos familiares no âmbito de aconselhamento genético (cf. art. 19.º, n.º 7, da Lei n.º 12/2005).

2. É diferente — e se sim em que medida — se a pessoa a partir da qual a informação é obtida está viva ou morta?

Só se podem utilizar dados obtidos previamente em outros processos quando estes decorrem entre as

não se aplica, de harmonia com o art. 6.º, n.º 1. Todavia, naqueles outros casos em que a informação genética seja obtida por meio de outros testes, nomeadamente, com finalidades clínicas, também aqui o acesso apenas é possível com o consentimento do titular (art. 3.º, n.º 3), e a utilização da informação para finalidades distintas, de acordo com o art. 4.º, n.º 2, está sujeita às regras da Lei de protecção de dados pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro).

(12) Apenas em circunstâncias excepcionais e no âmbito de aconselhamento genético pode aquela informação ser utilizada, mesmo que já não seja possível obter o consentimento — cf. art. 18.º, n.º 6, da Lei n.º 12/2005. Todavia, os parentes em linha recta e do segundo grau de linha colateral podem ter acesso a amostras para conhecer o seu próprio estatuto genético, mas não para conhecer o estatuto da pessoa a quem a amostra pertence — cf. n.º 7 do mesmo artigo.

mesmas partes. Ou seja, se o pretense filho quiser utilizar informação genética que se encontra num anterior processo criminal em que o pretense progenitor esteve envolvido com outras pessoas, o filho não pode utilizar essa informação no processo de filiação (13).

Supondo que após o falecimento é instaurado uma acção de filiação contra familiares próximos a quem a lei dá legitimidade passiva (art. 1819.º do CC) — podem estes familiares usar informação genética que conste de um processo ou do simples arquivo do INML? Se a informação se encontra junto a um processo judicial que já terminou e, portanto, trata-se de um processo público, então qualquer uma das partes pode ter acesso àquela informação. Se, pelo contrário, a informação está no arquivo do INML esta não pode ser utilizada para outra finalidade — a não ser que haja autorização ou consentimento do titular da informação (14). Sabendo que este faleceu e que a informação genética é “dado familiar” e não “dado pessoal” poderíamos admitir que o consentimento dos familiares por si só chegava (a LPDP não é, no entanto, clara nem quanto a este aspecto nem quanto ao facto de saber se um dado pessoal de uma pessoa falecida ainda continua sob a protecção daquela lei).

Independentemente da resposta geral, creio que as pessoas a quem a lei dá especificamente legitimidade passiva são chamadas exactamente para exercer

o contraditório e isso poderia implicar a possibilidade de utilizar os meios que o falecido poderia utilizar; porém, de harmonia com o art. 522.º do CPC aquela informação não pode ser utilizada noutro processo (15).

3. É diferente — e se sim em que medida — se a pessoa que requer o acesso à informação genética é um adulto, um incapaz adulto ou um menor?

As regras são as mesmas — apenas o titular pode ter acesso e tratando-se de um incapaz terá acesso por meio do seu representante.

4. É diferente — e se sim em que medida — se a informação foi inicialmente obtida para outras finalidades que não de acções de filiação, como por exemplo para finalidades de investigação criminal ou para finalidades de saúde?

Se a informação já se encontra numa qualquer base de dados (ainda que para efeitos clínicos, nos termos do art. 7.º, n.º 4, da LPDP), aquela informação apenas pode ser utilizada para as finalidades da recolha; a utilização para finalidades distintas necessita de consentimento expresso do titular, de autorização da CNPD ou de autorização legal expressa.

(13) Resta saber se o pretense pai der autorização, se esta é válida ou se não é, pelo que terá que realizar novos testes; ou seja, o art. 522.º do CPC é disponível? Parece que a disponibilidade não é possível em atenção ao princípio do contraditório e ao regime específico da prova pericial.

(14) De acordo com as regras gerais relativas à protecção de dados pessoais o titular da informação pode sempre ter acesso a ela.

(15) Estamos, no entanto, a referir-nos a matéria integrada no âmbito da protecção de dados pessoais que constitui matéria de direitos fundamentais protegidos no art. 35.º da CRP. Considerando que os dados se integram num processo judicial e que este não constitui tratamento de dados para efeitos da LPDP (e dado que também não se trata de nenhuma das situações previstas no art. 519.º-A do CPC) parece não existir qualquer regulamentação sobre o acesso a estes dados.

Esta situação é diferente daquela outra em que existem as amostras, mas não a informação. Poderão as amostras ser utilizadas para outras finalidades distintas das que determinaram a sua recolha? De acordo com a Lei n.º 12/2005, a utilização de amostras para efeitos assistenciais ou de investigação apenas é possível com o novo consentimento da pessoa que as cedeu para outras finalidades. E mesmo que os parentes em linha directa e do segundo grau da linha colateral as pretendam usar, só o podem fazer para conhecer o seu estatuto genético e não o estatuto da pessoa a que pertencem (art. 18.º, n.ºs 4 e 7). O que quanto a nós impede a utilização de amostras

recolhidas previamente, para outras finalidades, para a averiguação de linha de parentescos.

5. É diferente — e se sim em que medida — se a pessoa que pretende ter acesso à informação genética é um progenitor reconhecido, uma criança ou uma terceira pessoa?

Um progenitor reconhecido, enquanto representante do filho (durante a sua menoridade) pode ter acesso à informação. Uma terceira pessoa nunca pode ter acesso de acordo com o art. 35.º, n.º 3, da CRP e da LPDP.

