

**O silêncio do ADN
quando a verdade biológica é inconveniente**

**Susana Costa
2010**

*O Cabo dos Trabalhos: Revista Electrónica dos Programas de Mestrado e
Doutoramento do CES/ FEUC/ FLUC. N.º 4, 2010*
<http://cabodostrabalhos/ces.uc.pt/n4/ensaios.php>

RESUMO

Esta colaboração no Colóquio de Doutorandos¹ visa partilhar e dar a conhecer alguns dos resultados obtidos com a minha investigação no âmbito da minha tese de doutoramento intitulada: “Actores Institucionais, Perícias e Paternidades no Sistema Judicial Português”². A investigação da paternidade é obrigatória como parte do dever do Estado em proteger o “supremo interesse do menor” a conhecer a sua identidade genética. Nos casos em que o pai não é identificado no registo de nascimento é instaurada uma Averiguação Oficiosa de Paternidade (AOP) com vista à sua identificação. Essa identificação está, hoje, facilitada pelo uso dos perfis genéticos de ADN, porém, o enquadramento normativo que sustenta as AOPs está ainda enraizado no passado, onde a família patriarcal, assente no casamento e no casal heterossexual, mantém primazia. Como pode o direito proteger o interesse do menor que, para se sustentar na lei, se defronta com critérios retrógrados e, simultaneamente, se auxilia de tecnologias modernas? Como pode o direito proteger o interesse do menor dando primazia ao vínculo biológico numa sociedade em que as próprias tecnologias reprodutivas nos remetem para o reforço dos laços sociais? Tentar-se-á demonstrar de que forma é que, em função dos casos que se apresentam, o ADN pode ser exaltado ou, pelo contrário, quando a verdade é inconveniente, este é silenciado, evidenciando-se o uso selectivo e discricionário do ADN ao serviço da justiça em processos de AOP.

Palavras-chave: adn; aop; vínculo biológico; vínculo social

1. Introdução

As averiguações oficiais de paternidade assentam na máxima latina *Pater ist est quem nuptiae demonstrat*, ou seja, “o pai é o marido da mãe”.

A par desta máxima, ainda em vigor nos nossos dias, é possível observar alguns marcos na evolução da averiguação da paternidade incógnita no nosso país.

Antes de 1966, a investigação da paternidade pertencia à iniciativa privada de cada cidadão. Com a introdução do Código Civil de 1966, passou a ser da iniciativa do Ministério Público investigar a identidade de todo o menor em cujo registo de nascimento estivesse omissa o nome do pai,³ passando o sistema a basear-se no princípio da investigação compulsiva da paternidade.

¹ 1º Colóquio de Estudantes de Doutoramento do CES: “Coimbra C: Escalas e Transbordos”, 1 e 2 de Outubro de 2009, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

² Bolsa de doutoramento SFRH/BD(17938/2004, financiada pela FCT.

³ Artigo 1864º do Código Civil.

Uns anos mais tarde, com a introdução da Reforma da Filiação de 1977 (Decreto-lei nº 496/77, de 25 de Novembro) o artigo 1801º do Código Civil introduz uma medida legislativa que permitiu a utilização de exames científicos como meio de prova na investigação judicial de paternidade, que viria “(...) inaugurar a abertura à denominada verdade biológica com base em métodos cientificamente provados, estabelecendo o princípio de que os laços de sangue entre o pai e o filho são a principal determinante do reconhecimento judicial” (Machado, 2007: 21).

É na década de 90 do século XX, porém, que surge a introdução do teste de ADN no auxílio à justiça, revolucionando a decisão judicial ao permitir que a ciência intervenha e auxilie o direito na busca da verdade. Passamos, assim, a uma “concepção biologizante” da paternidade, em que o primado da paternidade biológica se sobrepõe ao primado da paternidade social. Com este marco parece ganhar primazia a “verdade científica” em detrimento de “outras verdades”.

Assim, ao analisarmos as AOP no nosso país deparamo-nos com o confronto entre duas áreas do saber: a ciência e o direito. Ambas com as suas regras, os seus actores e as suas próprias formas de governação. A tensão entre estas duas formas de conhecimento público ilustra de maneira bastante viva a dificuldade em harmonizar as práticas do direito e as da ciência no quadro da AOP e do processo de co-produção (Jasanoff, 2004) de provas que a caracteriza. Esse desajustamento entre o edifício legal e o edifício da ciência suscita a questão da necessária redefinição do direito a partir das implicações das novas formas de produção de prova através de procedimentos científicos (e, naturalmente, de uma adequação dos procedimentos científicos às exigências e condições do espaço forense) (Costa, 2003) e da exigência de uma reflexão acerca dos novos modos de existência da prova, das descoincidências entre a letra da lei e a prática forense e, por último, do desfasamento entre os critérios jurídicos e as práticas culturais e profissionais.

Uma das hipóteses que orientou este estudo foi, precisamente, a de que “O ADN é usado discricionariamente em função dos casos”.

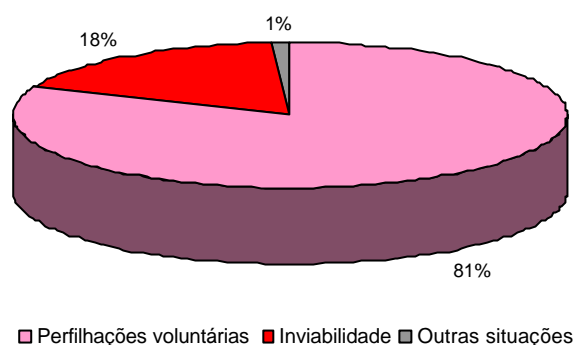
E este é o tópico que aqui se pretende analisar, partindo da análise de alguns dados empíricos do estudo elaborado por forma a mostrar se esta hipótese foi confirmada.

2. Declaração de vontade vs Declaração da ciência

O estudo efectuado incidiu num Tribunal de Família e Menores do Norte do País, que designei Tribunal do Senhor da Pedra. Foram analisados 123 processos de AOP e 9

processos de AIP,⁴ entrados entre 1 de Fevereiro de 2001 e Outubro de 2008, análise essa complementada com a realização de entrevistas a actores sociais relevantes.⁵

Gráfico 1
Processos de AOP no Tribunal do Senhor da Pedra⁶



Segundo a nomenclatura utilizada pelos tribunais, 81% dos processos terminariam por Perfilhações voluntárias (PV), 18% terminariam por inviabilidade e 1% corresponderia a outras situações.

O número revelado pelas perfilhações voluntárias parecia excessivo e, para além disso, não contemplava situações que eram de interesse perceber e que tinham a ver, precisamente, com a utilização da prova científica.

Assim, e após análise detalhada dos processos, a realidade encontrada é distinta. Passamos, então, a ter dois tipos de processos que terminam por perfilhação voluntária: os que designei por perfilhação voluntária simples (PV) e as perfilhações condicionadas pelo ADN (PcondADN). Os primeiros, referem-se às situações mais comuns, e que ocorrem sempre que após intervenção do Ministério Público (MP) e de o Pretense Pai (PP) ser chamado a prestar declarações, acaba por confirmar a paternidade do menor procedendo-se, de imediato, à assinatura do *Termo de Perfilhação*. Nesta situação estão, por exemplo, os casos em que o PP se encontra a trabalhar no estrangeiro por altura do nascimento do menor, não tendo possibilidade de acompanhar a mãe à Conservatória e os casos em que a mãe é casada com outra pessoa sendo necessário, primeiro, afastar a presunção da paternidade presumida.⁷ Os segundos referem-se a situações em que é necessário o auxílio da ciência para esclarecer as dúvidas. São casos em que o PP não quer assumir a paternidade por ter

⁴ Acção de Investigação de Paternidade.

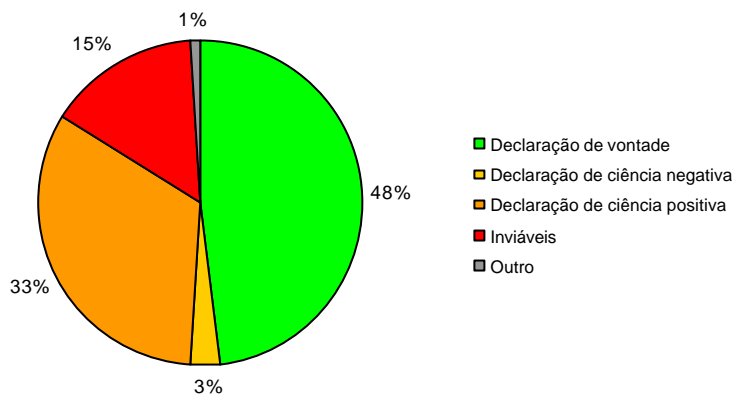
⁵ Este tribunal, que designei por Tribunal do Senhor da Pedra, representa 25% dos processos do distrito judicial e, no contexto nacional representa 6% dos processos de AOP.

⁶ Segundo nomenclatura do próprio Tribunal.

⁷ Note-se a máxima latina *Pater ist est quem nuptiae demonstrat*. Cf., a este propósito, artigo 1864º e 1865º do Código Civil.

dúvidas de que, de facto, o seja, ou casos em que a mãe não sabe (ou não quer) identificar o pai biológico do menor.

Gráfico 2
Declaração de Ciência vs Declaração de vontade



Quando olhamos para os dados tendo em conta as Perfilhações Voluntárias e as Perfilhações condicionadas pelo ADN, então, passamos a ter um panorama diferente, passando as perfilhações voluntárias apenas a ocupar 50% dos casos, sendo que as perfilhações condicionadas pelo ADN passam a representar 30% dos processos.

Assim, e como se poderá concluir, estaremos, então, na presença de casos cujo desfecho implica uma declaração de ciência e, noutros, o seu desfecho apenas está dependente de uma declaração de vontade.

Quanto aos que dependem de uma Declaração da Ciência, estamos a falar de casos em que, naturalmente, a prova de ADN é crucial, estando presente quer nas perfilhações condicionadas pelo ADN, quer ainda em algumas inviabilidades (já que, em determinados casos, embora o teste de ADN seja realizado, não é possível imputar a paternidade ao PP analisado). Estes são, na verdade, os casos em que se pode considerar que existe um verdadeiro vínculo biológico entre mãe, pai e filho. Quanto aos que dependem de uma Declaração de Vontade, isto é, as perfilhações voluntárias, nem há recurso à ciência, nem se sabe se esse vínculo biológico existe, bastando que um indivíduo, ao chegar junto do MP ou da Conservatória, assuma a paternidade daquele menor, lavrando-se o *Termo de Perfilhação*.

Perante isto, e numa análise mais centrada nestas declarações: Declaração de ciência vs Declaração de vontade, conclui-se que apenas em 36% dos processos estudados se recorreu ao ADN, isto é, apenas em 36% dos processos houve uma declaração baseada na ciência, enquanto que em 48% dos casos a perfilhação foi efectuada baseada numa vontade expressa por um indivíduo, sendo que 18% dos

processos terminaram por inviabilidade, sem que tenha havido lugar nem a declaração de ciência, nem declaração de vontade.

Assim, relativamente à forma como a prova é valorada, verificou-se, ao longo deste estudo, que a prova científica é incorporada de maneiras distintas na decisão judicial, tendo sido possível encontrar casos em que houve recurso à prova científica e outros em que esta foi dispensada. Entre estes últimos estão, precisamente, os casos considerados como excepção à lei, evidenciando um desfasamento entre o que é legislado e o que é efectivamente posto em prática e que nos alerta para o silêncio do ADN quando a verdade biológica é inconveniente.

3. O silêncio do ADN quando a verdade biológica é inconveniente - dois casos

A análise dos casos do Tribunal do Senhor da Pedra permitiu verificar que, ainda que algumas das inviabilidades sejam reflexo da notória dificuldade em identificar o Pretenso Pai, seja porque a mãe não revela a sua identidade, seja porque o Ministério Público não consegue identificá-lo, também permitiu concluir pela existência de casos em que a verdade não é apurada por ser inconveniente e, conseqüentemente, o ADN não é colocado ao serviço da justiça de forma a não abalar a concepção dominante e hegemónica da sociedade.

São vários os casos que poderiam ilustrar de maneira bastante viva essa situação. No entanto, e a título exemplificativo, apresentam-se dois casos que exemplificam de forma clara esta situação.

O primeiro trata-se de um caso de incesto e o segundo de um caso de procriação medicamente assistida.

3.1. O incesto

Auto de Declarações da mãe

"O pai do seu filho T é o seu irmão J..., nascido a 14 de Fevereiro de ano que não sabe indicar, na freguesia de A... Pensa que o J tem 27 ou 28 anos.

Teve uma única relação com o J, o que aconteceu no mês de Abril de 2003. Acedeu voluntariamente a ter essa relação com o irmão, não sabendo explicar porquê.

Não tem dúvidas de que o pai do T é o seu referido irmão porque nunca se relacionou sexualmente com qualquer outro homem.

O J sempre negou ser o pai do T, dizendo que a declarante se relacionou com outros homens. Perante essa atitude do J a declarante já lhe falou em fazer exames de paternidade, mas ele diz que não quer fazer.

Reafirma que não tem qualquer dúvida que é o seu irmão J o pai de T.

O J trabalha habitualmente no estrangeiro e quando está em Portugal fica em casa dos pais, onde a declarante também vive. A referida relação que manteve com o J

aconteceu no período em que ele veio a Portugal, por ter deixado de ter trabalho na Alemanha, país para onde habitualmente se desloca.

Presentemente o J encontra-se novamente na Alemanha, para onde se deslocou no início do passado mês de Janeiro. Refere que vive na companhia dos pais, com mais quatro irmãos: F de 14 anos de idade; C de 11 anos de idade; M de 17 anos de idade e C de 30 anos de idade aproximadamente.

A casa onde habita tem dois pisos, com dois quartos no piso de baixo e três no piso de cima. Trata-se de uma casa espaçosa onde todos ficam à vontade, mesmo quando vem o J.

O T vive no seio da sua família e todos gostam muito dele. Pretende criá-lo com a ajuda dos seus pais.

Presentemente trabalha como empregada de balcão em S., ganhando cerca de 350 euros por mês."

Desconhece onde o seu irmão trabalha e vive, sabendo apenas que é em Frankfurt. (Auto de Declarações da mãe, 20/02/2004).

Auto de Declarações da avó materna 20/02/2008

"Apenas tiveram conhecimento da gravidez até cerca dos sete meses. Até essa altura a S escondeu a gravidez, tendo a declarante descoberto esse facto depois da S ter ido à sua médica de família e ter feito umas análises que acusaram a gravidez. Mesmo o resultado dessas análises, a S procurou esconder tendo sido encontrado por acaso, pela irmã mais velha por baixo do colchão da cama, onde ambas dormem.

Depois de saberem da gravidez da S, gerou-se uma situação de estabilidade, nomeadamente o marido da declarante reagiu muito mal, chegando a dizer que punha a S fora de casa.

Presentemente a situação está estabilizada, o seu marido aceita o menino e gosta muito dele.

A S nunca disse à declarante quem é o pai do T. Só através da patroa da S, chamada M, a declarante teve conhecimento de que a S afirma que o pai do T é o J, nascido a 14 de Fevereiro de 1976, também filho da declarante.

O J trabalha habitualmente na Alemanha e até à presente data, sempre que veio a Portugal, ficou em casa da declarante.

Entre o Natal de 2002 e o dia 28 de Abril de 2003, o J esteve em Portugal e a viver em casa da declarante. Entre finais de Abril e Setembro de 2003 foi para a Alemanha e entre Setembro de 2003 e fins de Janeiro de 2004, voltou a estar em Portugal, em casa da declarante.

Presentemente o J encontra-se na Alemanha, desconhecendo a declarante onde o mesmo vive. Tem conhecimento de que o J já foi uma vez trabalhar para a Alemanha pela empresa "C" de Braga, desconhecendo se, actualmente, se encontra naquele país por essa mesma empresa.

A declarante acredita que o J seja o pai do T uma vez que a S o afirma, não vê nenhuma razão para ela mentir.

O T encontra-se bem integrado no agregado familiar da declarante e é querido por todos. Pretendem continuar a cuidar do T e a apoiar a S em tudo que for necessário." (Auto de Declarações da avó materna 20/02/2008).

Despacho do Ministério Público

"Em 25/12/2003 nasceu T, que foi registado como sendo apenas filho da sua mãe,⁸ S. Convocou-se esta para vir prestar declarações a este Tribunal, a fim de indicar quem seria o pai biológico do menor, tendo a snr^aS declarado que durante os primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do menor T (período legal de concepção, estabelecido pelo disposto no art^o 1798^o do Código Civil) e, bem assim, em toda a sua vida, apenas tinha mantido relações de trato carnal com um homem, num dia do mês de Abril de 2003, sendo tal indivíduo o seu irmão J, presentemente emigrado em lugar incerto na Alemanha. Acrescentou que acedeu a relacionar-se sexualmente com esse seu irmão "sem saber porquê" e que isso aconteceu uma única

⁸ É esta a expressão usada na grande maioria dos despacho proferidos pelo MP, e que, por essa razão, foi escolhido pela autora para dar o título à tese de doutoramento.

vez. E que o J, antes de haver regressado à Alemanha, lhe dizia não acreditar que fosse o pai da criança mas, por outro lado, negava-se a submeter-se a exames hematológicos para aferição da paternidade do pequeno T.

Tomaram-se também declarações à avó materna do menor, M, a qual esclareceu que o seu filho e pretense pai do seu neto, J, efectivamente esteve em Portugal e a residir na casa da declarante entre o Natal de 2002 e 28 de Abril de 2003, altura em que foi para a Alemanha, permanecendo nesse país até Setembro de 2003, quando regressou a Portugal e a casa da declarante onde viveu até fins de Janeiro de 2004, voltando então para a Alemanha, Durante todo esse período a sua filha e a mãe do seu neto, S, residiu também na habitação da declarante.

Disse ainda que acreditava na sua filha quanto à alegada paternidade do pequeno T, pois ela não tinha razão para mentir.

Juntaram-se aos autos certidões dos assentos de nascimento da mãe e do pretense pai do menor que comprovam que são efectivamente irmãos, filhos do mesmo pai e da mesma mãe.

Ignorando-se o paradeiro do J na Alemanha não se mostra, por ora, viável ouvi-lo em declarações.

Perante o que ficou exposto sou de parecer que não há qualquer viabilidade legal na propositura de uma acção de investigação da paternidade do menor T, tão-pouco sendo admissível a sua perfilhação por parte do indivíduo que foi apontado pela mãe do menor como o pai biológico deste, face ao disposto no artº 1866º, alínea “b”, do Código Civil, que proíbe a averiguação oficiosa da paternidade nos casos de parentesco no segundo grau da linha colateral que intercedam entre a mãe e o pretense pai do menor investigando.

Concluam-se os autos ao snr. Juiz, para apreciação e decisão, nos termos do preceituado no artº 205º da OTM.” (MP, TBPedra, 08/03/2004).

Despacho do Juiz

“ Tem razão o Ministério Público.

Com efeito da prova produzida até agora e conforme declarações da própria mãe e demais familiares do menor, aquela durante o período legal de concepção apenas teria mantido relações de sexo com o indigitado pai de quem é irmão.

Contudo o mesmo ter-se-á entretanto ausentado para a Alemanha onde ainda se encontrará.

Não é possível neste momento localizá-lo nem se vislumbra possível a prossecução dos presentes autos já que, sendo a mãe do menor e o pretense pai parentes em segundo grau da linha colateral, a tal se opõe expressamente o disposto pelo artigo 1866º, al. a) do Código Civil.

Afastada a hipótese que não se afigura viável de uma perfilhação voluntária e já que é clara a opção legislativa de que não se revele ou se imponha officiosamente uma relação de incesto, restará mais tarde ao menor eventual propositura de pertinente acção de investigação de paternidade.

Assim e por não ser permitido a continuação da presente averiguação oficiosa de paternidade do menor T, ordeno o arquivamento dos autos - art. 205º da Organização Tutelar de Menores.

Sem custas -artº 3º, nº1, al. e) do Código das Custas Judiciais.

Notifique.” (Juiz, TFMPedra, 22/03/2004).

No primeiro caso a mãe indicou como PP do menor um seu irmão, o que levou a que o MP considerasse de imediato tratar-se de uma situação de incesto e, como tal, não deveria ser aprofundada.

Invoca-se, assim, como a lei o determina, o *superior interesse da criança*, claramente identificado com a reposição da ordem natural e tradicional da família. Tratando-se de uma situação que põe em causa a reputação da família e a integridade da instituição familiar, a referência explícita ao interesse do menor é

subordinada à necessidade de lidar com a situação de incesto. A identificação do pai biológico, neste caso, não significa que seja, de facto, aplicado o princípio de que o menor tem direito a conhecer o seu pai e o Estado tem o dever de fazer cumprir esse direito. Assim, embora sendo assumidas como verdadeiras as declarações prestadas pela mãe, de que o seu filho seria fruto de uma relação incestuosa com um seu irmão, a lei não permite a perfilhação de parentes em linha colateral⁹ A inviabilidade da acção era clara e, portanto, qualquer diligência suplementar tornava-se supérflua.

Este caso revela que as paternidades fruto de relações incestuosas continuam a não ser contempladas na lei, condenando-as à inexistência (Santos, 2002). No contexto aqui em análise, este caso torna-se relevante mostrando que escondida por detrás desta proibição moral - a relação incestuosa - se encontra a ideia de protecção da dignidade da família e dos bons costumes (Oliveira, 2003).

3.2. A Procriação Medicamente Assistida

Um outro estudo de caso é particularmente interessante, não apenas por trazer uma nova realidade aos tribunais - a procriação medicamente assistida, mas porque vem questionar o sentido da lei geral no que toca à AOP, para além de fugir ao padrão tradicional que se costuma encontrar neste tipo de situações, que começa a surgir cada vez com maior intensidade nas sociedades e para a qual o direito terá que olhar e reflectir.

Auto de Declarações da Mãe

"Que engravidou por inseminação artificial, efectuada em Espanha, numa Clínica situada, concretamente, em Vigo.

Desconhece o dador, não tendo sido sua intenção, nunca, conhecê-lo.

Na situação ocorrida, a que a depoente voluntariamente aderiu, não se conhece nunca a identidade do dador, nem este pode conhecer a identidade do receptor e do eventual descendente.

Desconhece, pois, em absoluto, a identidade do pai da sua filha A.

Não tem possibilidades de a conhecer, nem pretende fazê-lo." (Auto de Declarações da mãe, 13/04/2007).

Despacho do Ministério Público

"Nos termos e para os efeitos do disposto no art. 121º, nº 1 do Código do Registo Civil, a este Tribunal foi enviada certidão do respectivo assento de nascimento.

Instaurados, com base nessa certidão, os presentes autos de Averiguação Oficiosa de Paternidade, convocou-se a mãe da menor para no seu âmbito prestar declarações a fim de identificar o pai biológico da A.

A mãe da menor, a referida AM, afirmou então que engravidou por inseminação

⁹ Cf., de novo, artigo 1866º do Código Civil.

artificial, efectuada numa clínica situada em Espanha.

Esclareceu que aderiu voluntariamente ao aludido método, conhecendo previamente as condições observadas na aludida clínica e, portanto, que "(...) não se conhece nunca a identidade do dador, nem este pode conhecer a identidade do receptor e do eventual descendente.

Desconhece, pois, em absoluto, a identidade do pai da sua filha A (...).

Não tem possibilidades de a conhecer, nem pretende fazê-lo (...)"

É sabido que a nossa legislação considera a paternidade como um fenómeno biológico juridicamente relevante, reforçando a pretensão de fazer coincidir ao estado jurídico com os vínculos naturais, ou seja, converter a filiação biológica num vínculo jurídico.

Mas no presente caso e face ao teor das declarações da mãe da menor, afigura-se manifesta a impossibilidade de alcançar tal desiderato.

Embora como fenómeno ainda algo incipiente, o nascimento de um filho por inseminação artificial heteróloga foi abordado já por Guilherme de Oliveira em "Critério Jurídico da Paternidade", Biblioteca Geral Da Universidade de Coimbra., 1983, 494 e ss.

Faz referência o autor à discussão então existente sobre o assunto nos EUA e na Alemanha, nomeadamente sobre o anonimato do dador e sua eventual quebra perante o direito do filho ao conhecimento da sua ascendência biológica, sobre os possíveis problemas emocionais e de crise de identidade que, em alguma fase da vida, esse desconhecimento poderá acarretar, sobre a necessidade de registo rigoroso das características do sémen com fins clínicos (diagnóstico e correcção de eventuais anomalias hereditárias).

Escreveu também aquele autor que "(...) o fornecedor de esperma age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido socialmente como o pater, ou mesmo como o simples genitor de um certo indivíduo que acabou por nascer graças à sua participação. (...) Esta arte de fazer nascer tem de ser absorvida pela cultura familiar; e os filhos aceitarão a ausência do pai quando, para a gravidez da mãe, não tenha havido alternativa melhor que o fornecimento da substância adequada pela instituição competente.

(...) Ainda que se organize uma política global nesta matéria (...), julgo que ela tenderá para o conhecimento rigoroso e para a conservação das informações sobre o carácter genético do sémen, mas não chegará à divulgação da identidade civil do fornecedor (...)"

Retomando o caso concreto, a mãe da A optou livremente por engravidar através de inseminação artificial, com desconhecimento da identidade civil do dador, método que lhe foi aplicado numa clínica espanhola.

É óbvia a inutilidade do prosseguimento deste processo pois não se vislumbra qualquer diligência que pudéssemos - e devêssemos - efectuar para se alcançar a identidade do pai biológico da A, não havendo, pois, viabilidade na propositura de uma Acção de Investigação de Paternidade.

Concluam-se, então, os autos ao Mmo Juiz, para apreciação e decisão, de harmonia com o disposto no artº 205º da OTM." (MP, TBPedra, 24/04/2007).

Despacho do Juiz

"Nos presentes autos de averiguação oficiosa de paternidade, relativamente à menor A, nascida a 12/02/2007, o MP emite parecer no sentido do arquivamento dos autos uma vez a mãe da menor em declarações afirmou ter engravidado por inseminação artificial, efectuada numa clínica em Espanha, e não conhecer nem poder conhecer a identidade do dador; nenhuma outra diligência pode ser realizada, e que por isso também a respectiva acção de investigação da paternidade é inviável.

Cumpro proferir despacho final - art. 205º da O. T. M.

E, analisados os autos, de facto, não há possibilidade de se chegar à identidade do dador e por isso, perante as declarações da mãe, nenhuma diligência é possível com vista à averiguação da paternidade.

Pelo exposto, determina-se, sem mais, o arquivamento dos autos.

Sem custas." (TBPedra, 04/05/2007).

Toda a argumentação do magistrado do MP vai em consonância com aquilo que deve

ser o ajuste sistemático das leis à situação em concreto. Porém, outras questões se colocam quando analisamos este caso.

Em primeiro lugar, e comparativamente a outros casos, o MP dá total credibilidade à versão apresentada pela mãe, não lhe solicitando nenhum comprovativo emitido pela clínica, comprovando que a gravidez da mãe foi consequência de PMA. Por outro lado, seria possível (ou desejável) à luz da prática seguida noutros processos, que fossem feitas algumas diligências no sentido de apurar se a mãe estaria a falar a verdade, nomeadamente inquirindo pessoas das suas relações próximas, tentando averiguar a veracidade das suas declarações. No entanto, nada disto foi feito; o MP limitou-se a confiar nas palavras da mãe, conformando-se com as suas explicações e emitindo despacho de inviabilidade, despacho esse, também aceite pelo juiz.

Noutros casos analisados, porém, a versão da mãe não foi suficiente para convencer o MP. Mesmo em situações de alguma dificuldade de identificação do PP, quer pelo Ministério Público, quer pela mãe, o MP seguiu em frente.

Com base nestes dois casos é possível dar conta da grande discricionariedade existente nas decisões tomadas perante situações aparentemente semelhantes, mas que acabam por evoluir de maneiras diferentes. A referência estrita à lei transformase, nestas circunstâncias, em aplicações situadas e flexíveis da lei.

Nas situações de incesto, por exemplo, o supremo interesse do menor parece assentar na ideia de que o desconhecimento da identidade biológica deve prevalecer devido "(...) ao risco de produzir traumatismos que o culto da verdade biológica não compensaria" (Oliveira, 2003: 148); nos casos de PMA, assume-se *a priori* que o dador é anónimo e, como tal, como referido em despacho proferido pelo Ministério Público num dos processos analisados, "(...) os filhos aceitarão a ausência do pai quando para a gravidez da mãe não tenha havido alternativa melhor (...)" (MP, Tribunal do Senhor da Pedra, 24/04/2007); e, por último, nos casos típicos coloca-se no centro do processo a identificação do pai biológico, assente na ideia de "satisfazer o direito à identidade e integridade moral, de tutelar o interesse geral da melhor socialização e amparo económico do filho; e na consciência de que não vale grande coisa garantir a todos os filhos a igualdade de direitos se não se fizerem os esforços possíveis no sentido de constituir as relações de filiação" (ibidem: 145).

A AOP é intentada com o objectivo da protecção do *supremo interesse do menor*. No entanto, esse objectivo e o seu cumprimento não foram entendidos da mesma maneira em todos os casos. A aplicação da lei parece estar mais próxima da sua letra nas situações ditas normais, em que os processos são conduzidos de acordo com o

quadro normativo estipulado. São evidentes, contudo, as dificuldades em proceder da mesma maneira perante situações novas como casos decorrentes de procriação medicamente assistida (PMA) ou perante situações como as de incesto, que obrigam a conciliar disposições legais que podem parecer contraditórias.

Embora se entenda que a lei deveria sistematicamente ajustar-se às práticas em função da evolução da sociedade e que o próprio juiz, enquanto aplicador da lei, deveria ser capaz de realizar esse ajustamento, o estudo das AOPs revela que nem sempre a “law in books” é capaz de inscrever fenómenos novos ou emergentes que dificilmente podem ser conceptualizados enquanto objectos de direito no quadro do conhecimento jurídico dominante. É precisamente por reconhecerem essa dificuldade que os actores do mundo judicial, na sua prática quotidiana, são forçados a definir critérios adequados a lidar com situações que não são tipificadas na lei ou que apresentam peculiaridades que obrigam a um (por vezes difícil) trabalho de interpretação. É nas suas práticas profissionais e culturais que os actores do direito vão encontrar os recursos que lhes permitem estabelecer esses critérios e adequá-los às situações com que são confrontados. O facto de os actores do direito, por exemplo, adoptarem posições diferentes perante a recusa ou impossibilidade, por parte da mãe, em revelar a identidade do pai pode ser entendido como uma ilustração das práticas dos magistrados, cuja eficácia dependerá, afinal, dadas as circunstâncias, da sua discricionariedade.

4. Conclusão

Perante os dados aqui apresentados, quatro conclusões principais podem ser tiradas da análise das AOPs em Portugal.

Em primeiro lugar, a prova científica é distintamente incorporada na decisão judicial, em segundo lugar, existe um desfasamento entre o que é legislado e o que é efectivamente praticado e conseqüente incapacidade de ajustamento sistemático entre a lei e a prática; em terceiro lugar, constata-se a existência de um sistema incoerente quanto à produção da prova e, por último, uma clara tensão entre velhos e novos modelos de prova.

A prova científica é distintamente incorporada na decisão judicial, já que foi possível observar neste estudo casos em que houve recurso à ciência e casos em que a ciência foi dispensada. Como vimos, nas perfilhações voluntárias não há recurso ao ADN, não se sabendo se existe verdadeiramente um vínculo biológico entre os perfilhantes e o

menor, porém, nas perfilhações condicionadas pelo ADN sabe-se que o vínculo biológico existe porque é uma declaração de ciência. Por outro lado, nas inviabilidades constatou-se existirem processos com recurso à tecnologia e processos onde esta esteve ausente.

Verifica-se, ainda, um desfasamento entre o que é legislado e o efectivamente praticado e a consequente incapacidade de ajustamento sistemático entre a lei e a prática, já que a AOP é intentada com o objectivo da protecção do supremo interesse do menor. No entanto, como percebido ao longo desta investigação, nem todos os menores tiveram a mesma protecção por parte do Estado. A lei é muito rigorosa nas situações ditas normais, que se encontram dentro do quadro normativo estipulado, mas não estando o sistema preparado para acolher situações novas (como a PMA) ou, tratando-se de situações antigas (como o incesto) não ser capaz de as converter, adequando-as aos padrões de uma nova sociedade, levando a que os actores do mundo judicial estabeleçam um conjunto de critérios (que não apenas os critérios jurídicos) para colmatar as lacunas existentes. Os velhos preconceitos a que a lei dá corpo e que proíbe, como o incesto é, *a priori*, assumida pelos magistrados como “caso perdido”, não sendo feitas diligências adicionais para o apuramento da verdade. Esses critérios, mais do que assentes na própria lei, acabam por assentar nas suas práticas profissionais e culturais. Um exemplo claro que pode ser dado a este respeito reside no facto de os actores do direito, por exemplo, adoptarem diferentes posturas face à negação da mãe em revelar a identidade do pai, podendo ser entendido como um desses elementos definidores das práticas discricionárias dos magistrados. A credibilidade dada à mãe e ao pai em todo este processo leva a que diferentes magistrados, para diferentes casos, façam apreciações distintas sobre as situações que envolveram a concepção do menor. A própria forma como o sistema dá protecção à mãe e ao pretenso pai é discricionária.

Em terceiro lugar, pode dizer-se que estamos na presença de um sistema incoerente de produção da prova, resolvendo-se as contradições com a necessidade de lidar com situações que contradizem as imagens e as leis de forma casuística. A exemplificá-lo estará a existência de uma grande barreira que separa e que delimita as fronteiras e os campos de actuação da ciência e do direito, na medida em que, embora a prova tenha que ser produzida em laboratório, obedecendo a todos os atributos para ser admissível em tribunal, não se verifica uma atitude recíproca por parte do direito. Embora a prova, quando solicitada, responda a todos os requisitos científicos a que está obrigada, quando entra no tribunal o uso que dela é feito é muito instrumental. E isto apenas para referir os casos em que ela é solicitada, tendo ainda que ser

tomado em linha de conta os casos em que a prova de ADN nem chega a ser solicitada.

Por fim, a presença de uma tensão entre os velhos e os novos modelos de prova, sendo que, nuns casos, a prova científica é crucial, mas dispensável, noutros, favorecendo-se, nessas circunstâncias, a prova documental ou testemunhal.

A emergência de fenómenos novos que obrigam a redefinições radicais do que é a reprodução, a família ou a filiação, como a procriação medicamente assistida ou as formas de conjugalidade homossexual, poderá vir a dar origem, no futuro, a novas figuras do direito, como a da “mãe por projecto”, que é distinta da figura de “mãe solteira” com a qual os tribunais regularmente “convivem”. Perante o imperativo de igualdade de direitos para mães por projecto, mães solteiras, mães desviantes, mães marginais, etc, e de o alegado supremo interesse da criança ter de abranger todas as crianças, sejam elas fruto de relações incestuosas, de mães prostitutas, de procriação assistida ou de inseminação artificial, todas estas situações suscitam novos desafios ao direito, sendo necessário repensar o “supremo interesse do menor” sob pena de, para além do risco de violação dos direitos de cidadania tradicionais, se poder estar a violar novos direitos, nomeadamente o que tem sido designado de direitos de biocidadania (Rose, 2006; Nunes, 2007; Machado, 2008).

Se o uso dos testes de ADN veio contribuir para reduzir a incerteza nas atribuições de paternidade, a verdade é que esses testes são usados, em contexto de AOP, com um elevado grau de discricionariedade expresso, como vimos, no facto de não ser utilizado em todas as situações. Em determinados casos, o ADN fala e permite repor a verdade biológica, noutros casos, porém, o silêncio do ADN permite esconder a verdade inconveniente, levando a pressupor que, para o direito, os menores, nos casos excepcionais, não têm o direito à mesma protecção por parte do Estado que nos casos ditos normais. Importa, contudo, questionar se o supremo interesse do menor passa, necessária e prioritariamente, pelo conhecimento do pai biológico e pelo estabelecimento de uma identidade radicada na biologia (Nelkin, 2005).

Referências Bibliográficas

Costa, Susana (2003), *A Justiça em Laboratório. A identificação por perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transnacional e a apropriação local*. Coimbra: Almedina.

Jasanoff, Sheila (2005), *Designs on Nature, Science and Democracy in Europe and in the United States*. Princeton: Princeton University Press.

Jasanoff, Sheila (org.) (2004), *States of Knowledge. The Co-Production of Science and the Social Order*. London: Routledge.

Machado, Helena (2007), *Moralizar para Identificar. Cenários da Investigação Judicial da Paternidade*. Porto: Afrontamento.

Machado, Helena (2008), "Biologising Paternity, Moralising Maternity: The Construction of Parenthood in the Determination of Paternity through the Courts in Portugal", *Feminist Legal Studies*, 16, 215-236.

Nelkin, Dorothy (2005), "Paternity Palaver in the Media. Selling Identity Tests", in Mark A. Rothstein et al. (orgs.), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 3 - 17.

Nunes, João Arriscado (2007), *Governança, conhecimentos e participação pública*, Centro de Estudos Sociais - Laboratório Associado, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Provas de Agregação (mimeo).

Oliveira, Guilherme (2003), *Estabelecimento da Filiação*. Coimbra: Almedina.

Rose, Nikolas (2006), *Politics of Life Itself: Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-first Century*. Princeton: Princeton University Press.

Santos, Boaventura de Sousa (2002), "Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, 237 - 280.

Nota biográfica

Susana Costa é Investigadora permanente do Centro de Estudos Sociais - Laboratório Associado e membro do Núcleo de Estudos de Ciência e Tecnologia (NECTS) e do Núcleo de Estado, Direito e Administração (NEEDA) da Universidade de Coimbra. Foi bolsista da FCT e doutoranda em Sociologia pela Universidade de Coimbra desde 2003 com a tese "Filhos da (sua) mãe. Actores Institucionais, Perícias e Paternidades no Sistema Judicial Português e mestre em Sociologia pela Universidade de Coimbra, com a tese "A Justiça em Laboratório. A identificação por perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transnacional e a apropriação local" (2001). Em 1996 licenciou-se em Sociologia pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Os seus interesses de investigação têm-se focado nos últimos anos nas relações entre a ciência e o direito e na forma como a genética e o teste de ADN têm vindo a ser utilizados em tribunal. As suas investigações têm estado centradas nos estudos sociais da ciência, sociologia da ciência, sociologia do direito.

Contacto: susanac@ces.uc.pt