



ÁREA TEMÁTICA: Novos conhecimentos, ciência e tecnologia

“Se a Galinha não conta, ninguém sabe quem pôs o ovo. O caso das averiguações oficiosas de paternidade”

COSTA, Susana

Mestre em Sociologia

Centro de Estudos Sociais

susanacosta@ces.uc.pt

Resumo

As averiguações oficiosas de paternidade constituem um lugar de observação privilegiado da forma como o sistema judicial português responde às exigências de protecção dos direitos dos cidadãos – especialmente daqueles que carecem de maior protecção por parte do Estado, os menores.

Se a Galinha não conta, ninguém sabe quem pôs o ovo. Mas o Estado, por intermédio do Ministério Público, vai procurar compulsivamente a verdade biológica, através não só dos testemunhos da mãe, mas também do uso de provas periciais (DNA) e provas documentais.

Procura-se com esta comunicação dar a conhecer o sistema e identificar os possíveis bloqueios, deficiências e problemas existentes em Portugal no âmbito da averiguação oficiosa de paternidade, através dos modos de intervenção dos diferentes actores institucionais e da forma como se produz conhecimento público considerado fiável e robusto neste tipo de processos.

Palavras-chave: epistemologia cívica, averiguação oficiosa de paternidade, verdade biológica, DNA





Analisar a sociedade portuguesa à luz do conceito de epistemologia cívica (Jasanoff, 2005), em particular no que respeita às Averiguações Oficiosas de Paternidade, parece ser um desafio interessante. O facto de o Estado obrigar compulsivamente a identificar o pai biológico de uma criança em cujo registo de nascimento está omissa o nome do pai tem implícito que a forma hegemónica e tradicional de vida em sociedade se rege pelo casamento, pelos filhos na constância do matrimónio e pela máxima *pater ist est quem nuptiae demonstrat* (o pai é o marido da mãe).

A incerteza, a complexidade e as novas formas de vida em conjugalidade vieram trazer novas formas de conhecimento público. Contudo, o Estado, ao não conferir visibilidade a uma nova realidade familiar, está, como sugere Boaventura de Sousa Santos, a reger-se por pressupostos que se baseiam mais numa *epistemologia da cegueira* do que em pressupostos de uma epistemologia cívica (Santos *et al.*, 2006).

Assim, se numa perspectiva de epistemologia cívica se entende que há que ter em conta os diferentes estilos de produção pública de conhecimento, a forma como se presta contas à sociedade e aos cidadãos, a demonstração, a objectividade e a visibilidade desses conhecimentos, parece que no caso das AOP's se prefere manter regras que se baseiam em questões dominantes no passado.

I. A AOP

A Averiguação Oficiosa de Paternidade é da responsabilidade do Estado português por intermédio do Ministério Público, ocorrendo sempre que nasce uma criança fora do casamento institucional e se verifique um assento de nascimento sem a identificação da paternidade da criança. Nessas situações, cabe ao funcionário do registo civil remeter ao tribunal competente a certidão de nascimento “incompleta”, desde que não tenham passado mais de dois anos sobre o nascimento do menor¹.

Assim, antes de se proceder à Acção de Investigação de Paternidade (AIP), existe um momento anterior, de investigação preliminar, designado de Acção Oficiosa de Paternidade (AOP) que consiste em recolher compulsivamente todas as provas e indícios considerados úteis para a identificação de um pretenso pai. Nas diligências efectuadas pelo Ministério Público incluem-se: os inquéritos à mãe do menor, ao pretenso pai e às testemunhas; pedido de relatórios às entidades policiais e aos técnicos do Instituto de Reinserção Social sobre a situação sócio-económica e moral da mãe do menor; pedido de elaboração de exames serológicos e testes de paternidade, sobretudo a partir da última década de 90 (já na fase de AIP e dos seus relatórios).

Reunidos estes elementos, caso a AOP seja considerada “viável” pelo juiz, dá-se início a uma AIP. Desta constarão não apenas as provas reunidas na fase anterior mas, caso seja necessário ou considerado relevante, podem juntar-se-lhe outras provas então recolhidas, entrando aqui, regra geral, a prova científica. E é deste conjunto de todas as provas recolhidas que caberá ao juiz formular parecer que levará a audiência em tribunal e que o conduzirá a julgar a procedência ou improcedência do caso, isto é, atribuir a paternidade biológica do menor, sendo lavrado auto de perfilhação, ou considerar o caso improcedente se não tiverem sido reunidas as provas necessárias para determinar que um determinado indivíduo é o pai biológico.

A única excepção que se pode encontrar para que o processo não percorra todos estes passos ocorre quando o pretenso pai voluntariamente perfilha o menor. Esta situação pode ocorrer em qualquer fase, sendo lavrado auto de perfilhação e procedendo-se ao arquivamento do processo.

1.1. Os marcos da filiação em Portugal

A filiação em Portugal tem quatro marcos de grande relevância a assinalar: o primeiro marco diz respeito ao Código Civil de 1966, o segundo refere-se à Reforma da Filiação de 1977, o terceiro marco respeita à introdução na década de 90 dos testes de DNA e suas implicações em todo o processo de averiguação de



paternidade e, finalmente, um último marco, mais recente, tem a ver com o afastamento da presunção da paternidade presumida, que de certa forma, poderá vir a ter consequências nos processos de AOP:

1.1.1. Código Civil de 1966

A primeira Reforma estendeu-se por um período de mais de duas décadas (1940 a 1966), tendo culminado com o Código Civil de 1966. A estreita ligação entre a Igreja Católica e o regime de Salazar criaram as condições para uma reforma conjunta do direito de família. À semelhança do que se iniciara na década de 40 com Hitler na Alemanha (1940), ou com Mussolini na Itália (1942), também Salazar deu início à primeira revisão do Código Civil Português.

Até às alterações produzidas com o Código Civil de 1966, as averiguações de paternidade cabiam à iniciativa privada de cada cidadão. Com esta nova legislação, passou a ser da iniciativa do Ministério Público investigar a paternidade de todo o menor em cujo assento de nascimento esteja omissa o nome do seu pai.

A partir da década de 60, em Portugal impera o princípio da investigação compulsiva da paternidade, sendo da responsabilidade do Estado actuar em defesa dos direitos das crianças nascidas fora do casamento.

1.1.2. Reforma da Filiação de 1977

É após a Revolução de 25 de Abril de 1974 que é tomada a medida que afectará de maneira mais profunda o direito de filiação português, e que terá um forte impacto não só no direito, como também na relação entre a ciência e o direito: a Reforma da Filiação de 1977 incluindo a medida legislativa que permitiu a utilização de exames científicos como meio de prova na investigação judicial de paternidade (decreto-lei nº 496/77, de 25 de Novembro, transposta para o Código Civil, artigo 1801º). Esta Reforma, segundo Helena Machado “(...) veio 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).

Começa assim a vislumbrar-se uma nova era que não apenas abala o conceito tradicional e vigente de família e de poder patriarcal, como também revoluciona, pelo menos em teoria, a decisão judicial ao permitir que a ciência intervenha e auxilie o direito na busca da verdade.

Uma “concepção biologizante” da paternidade, o primado da paternidade biológica sobre a paternidade social, ou o primado da “verdade científica” são conceitos que marcam decisivamente esta Reforma da Filiação de 1977.

1.1.3. A introdução do teste de ADN na década de 90

Duma fase em que as provas heredo-biológicas, baseadas em cerca de 300 caracteres hereditários do pretense pai, do filho e da mãe eram analisadas, passou-se, numa fase subsequente, ao uso das provas de sangue, que a abertura legislativa trazida com a Reforma de 1977 permitiu. A partir de então, as provas de sangue constituíram-se como um exame com grande força nas investigações de paternidade, tendo alcançado “*uma primazia incontestada*” (Coelho e Oliveira, 2006: 37), só ultrapassada pelos recentes avanços da genética e pela consequente introdução do DNA.

O caso português, porém, não acompanha com a mesma celeridade o resto da Europa.

De início, houve uma certa relutância dos magistrados e do próprio direito português em admitir os exames científicos como meio de prova. Por outro lado, em Portugal, o desenvolvimento científico na área da genética ainda não se fazia sentir e, conseqüentemente, num país onde a identificação por DNA não estava ainda bem estabelecida, não era viável pedir aos juizes que depositassem a sua confiança na nova técnica. O peso exercido pela prova testemunhal em tribunal sempre teve uma importância crucial (Costa, 2000; Barreiros, 1991), acrescendo a isto, como Helena Machado (2002) demonstrou no seu estudo, que o



comportamento sexual e moral da mulher/mãe é, ainda nos nossos dias, um forte elemento de prova a considerar.

A falta de verbas recorrente nos tribunais portugueses era outro forte condicionante da utilização da nova tecnologia. É certo que eram usados já os testes sanguíneos com frequência nos casos de averiguação de paternidade. Não eram, contudo, totalmente credíveis e, por isso, os juízes tinham algumas reservas quanto ao seu uso, complementando esses resultados com outro tipo de provas.

É, finalmente, com o contributo decisivo do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) que este estado de coisas se altera, havendo da parte deste organismo, na década de 90, um forte apoio e incentivo a que os magistrados fizessem uso dos testes genéticos como recurso para a justiça. As técnicas, entretanto melhoradas, os laboratórios melhor equipados e os protocolos assinados entre entidades científicas e judiciais viriam a criar as condições para que o DNA se instalasse no tribunal.

1.1.4. Afastamento da presunção da paternidade presumida

Alguns anos passados sobre a utilização desta técnica em tribunal, o decreto-lei nº273/2001 vem trazer algumas mudanças aos casos alvo de averiguação oficiosa de paternidade.

Indo ao encontro de muitas das críticas que se têm feito sobre a máxima *pater ist est quem nuptiae demonstrat*, considerando o direito que o pai é o marido da mãe, este decreto-lei vem permitir agora que o filho nascido dentro do casamento possa não ser declarado filho do marido da mãe se for feita uma declaração de afastamento da presunção da paternidade, no acto do registo de nascimento (artigo 1832º do Código Civil) (Coelho e Oliveira, 2006: 99).

II. As regras do passado e a regulação pelo Estado

A averiguação oficiosa de paternidade poderá ser considerada como paradigmática desse forte poder regulador por parte do Estado que, hoje como no passado, persiste com grande vigor.

Embora a sociedade portuguesa tenha vindo a conhecer significativas alterações no que respeita à família e ao papel que o Estado tem no desenvolvimento das políticas de família e no controlo dos comportamentos sociais, morais e reprodutivos, no que respeita às averiguações oficiosas de paternidade constata-se que as mudanças significativas que ocorreram na sociedade portuguesa no que respeita à conjugalidade não tiveram repercussões na forma de actuar do Estado relativamente a filhos de pai desconhecido.

Hoje, como no passado, a regulação estatal nas AOP's pode ser identificada em pelo menos, três momentos cruciais: o momento da concepção, o momento do registo de nascimento e o momento da *pater ist est quem nuptiae demonstrat*.

2.1. Primeiro momento: Concepção

Toda a ideologia do Estado Novo dedicada à protecção da moral e dos bons costumes assenta na mulher vista como “fada do lar” e no homem como o provedor de sustento da casa e chefe de família. O controlo da reprodução começava muito antes do casamento, assentando na ideia de que os filhos seriam uma consequência lógica do casamento, sendo sancionados pela sociedade os que não acatassem esta norma. O próprio controlo exercido pelos pais sobre as suas filhas é um exemplo claro dessa função reguladora do comportamento feminino desempenhada pela família.

A nível da regulação feita pelo Estado, o interesse pelo momento da concepção esteve sempre presente. “Foi sempre relevante determinar, com o maior rigor possível, o momento da concepção” (Coelho e Oliveira, 2006: 25). Este conhecimento, acima de tudo, permitia saber se um filho foi concebido antes do casamento dos pais ou se o filho foi concebido dentro ou fora do matrimónio, antes ou após a dissolução do casamento.



2.2. Segundo momento: registo de nascimento

A partir do nascimento da criança, o Estado tem efectivamente um forte poder de controlar e de regular as famílias, já que é através precisamente do Registo de Nascimento (artigo 96º do Código do Registo Civil) que pode aferir as situações ditas normais, em que a criança é registada com o nome dos dois progenitores e, em princípio, na constância do matrimónio, das situações desviantes, em que é omitido o nome do pai, o que indicia uma situação não conforme às leis de filiação.

Se a Galinha não conta, ninguém sabe quem pôs o ovo mas, através do Registo de Nascimento, o Estado pode sancionar os comportamentos fazendo accionar a AOP para indagar sobre a identidade biológica daquela criança.

2.3. Terceiro momento: *pater ist est quem nuptiae demonstrat*

Quando já se encontra em curso a AOP, a regulação do Estado realiza-se pela verificação dos comportamentos morais e sexuais da mulher, tendo esta máxima, ainda nos nossos dias, um peso muito forte.

Hoje, porém, embora se assista a uma concepção mais liberal do namoro, do casamento e das relações amorosas, a verdade é que a sociedade continua a olhar com reservas a mãe solteira. E, como mostrou Helena Machado (2002), a mãe solteira que se encontra em processo de AOP é, ainda nos nossos dias, alvo de um certo poder discricionário por parte do juiz e magistrados, continuando a ter que prestar contas em tribunal sobre o seu comportamento moral e sexual, revelando as leis de família e filiação como “(...) formas de exercício do controlo político-jurídico levados a cabo pelas elites sobre os comportamentos dos indivíduos, nomeadamente na esfera privada” (Machado, 2002: 45; Machado, 2007; Rothstein *et al.*, 2005).

Embora se assumisse que o pai era o marido da mãe, isso não invalida que desde há muito o Estado admitisse outro cenário e o quisesse investigar. Essa investigação, uma vez mais, vem mostrar o forte poder regulador estatal. Embora seja difícil conhecer o momento rigoroso da concepção, já que “o momento da concepção é secreto, ou pelo menos discreto, muito ao contrário do parto, que é ostensivo e testemunhado (...)” (Coelho e Oliveira, 2006: 26), estabeleceu-se o chamado “período legal de concepção” que corresponde aos primeiros 120 dias dos 300 que antecedem o nascimento (artigo 1798º do Código Civil), permitindo, desta forma, averiguar os comportamentos morais e sexuais da mãe durante este período de tempo.

Revela-se aqui uma clara protecção dos direitos do pai, enquanto homem, ao contrário da mulher que, não apenas enquanto mulher, mas também enquanto mãe, se vê numa situação de invasão da sua privacidade distinta da do homem/pai. Na verdade, “[a] exigência de determinação da identidade do pai pelo Estado parece envolver, paradoxalmente, uma devassa da vida e do comportamento sexual e social das mulheres a que os pretensos pais não são sujeitos”. (Nunes, *in* Machado, 2007: 7).

O Código do Processo Civil dá relevância jurídica tanto à maternidade como à paternidade. Porém, como refere Guilherme de Oliveira, “(...) eles têm um carácter diverso no que diz respeito ao modo da sua prova” (Oliveira, 2003: 7). A mãe não perfilha, a mãe não omite a sua maternidade, nem pode rejeitar que é mãe, pois a natureza biológica e a evidência dos factos, não lhe permite fazê-lo. E, dessa forma, “ (...) o seu eventual interesse em ocultar a filiação não é tutelada pelo sistema jurídico” (Oliveira, 2003: 8).

Mater sempre certa est, pater nunquam (A maternidade é sempre certa, a paternidade nunca). Dois exemplos são suficientes para mostrar a facilidade de fazer a prova da maternidade e que estão ausentes para provar a paternidade: a barriga do homem não cresce, a da mulher sim; o homem não dá à luz, mas a mulher sim. Pelo contrário, o acto de fecundação em que o pai participa é, em princípio, um acto a dois, solitário, sem testemunhas para o poder comprovar e em local privado. E essa é também uma das dificuldades para provar a verdadeira identidade biológica de uma criança. *Se a Galinha não conta, ninguém sabe quem pôs o ovo*, mas o Estado vai investigar. O Estado, por intermédio do Ministério Público, actua no supremo interesse da criança numa situação em que a mãe decide registar o seu filho apenas com



o seu nome, omitindo o nome do pai biológico Porém, em situações em que a mãe é casada e engravida de outro homem, o Estado, até há bem pouco tempo, não se arrogava o direito de investigar,ⁱⁱ assumindo, sem mais, que o pai era o marido da mãe. O mesmo argumento é válido para situações em que, decorrendo já um processo de divórcio a mulher engravida, presumindo-se, uma vez mais, que o “*momento da concepção do filho é fixado, para os efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento (...)*” (Oliveira, 2003: 10; Coelho e Oliveira, 2006), não questionando o Estado que, decorrendo já os trâmites legais para o divórcio, possa ter havido uma tentativa de reconciliação por parte do casal ou, pelo contrário, no decurso do processo de divórcio, a mulher estar já com outro companheiro.

Outra situação que se regista com alguma frequência diz respeito a uma criança nascida dentro dos 180 dias posteriores ao casamento. Situações há em que a gravidez já está consumada por altura do casamento, o que não significa que o filho seja do marido. Porém, quando a criança nascer, se o marido registar a criança em seu nome, o Estado não vai interferir. *Se a Galinha não conta*, uma vez mais, *ninguém sabe quem pôs o ovo!*

Outro dos elementos de prova que há largas décadas é utilizado para provar a paternidade tem sido, precisamente, a determinação do período legal de concepção. *Se a Galinha não conta, ninguém sabe quem pôs o ovo*, mas a ciência vai ajudar... Embora hoje as técnicas ecográficas disponíveis sejam de grande rigor, a data provável de concepção que a mãe refere pode não corresponder à realidade, simplesmente porque não se recorda do dia exacto em que manteve relações sexuais com determinado indivíduo ou apenas porque não sabe indicar a data da última menstruação. Acrescente-se a isto o facto de muitas mulheres não terem períodos menstruais regulares, haver má avaliação médica do tempo de gestação ou, mesmo, erros de escrita que falseiam os registos. Também relativamente ao tempo de gestação, embora a lei preveja que o período legal de concepção se situa entre os 120 dias dos 300 que antecedem o parto, é sabido que nem todas as gestações são de termo, o que pode complicar estas contas.

III. Novas formas de conhecimento público

Embora assente em muitas regras do passado, e tendo ainda hoje a máxima latina *pater ist est quem nuptiae demonstrat* um peso decisivo, o primado da verdade biológica desde há muito que tenta impor-se, querendo fazer coincidir a verdade jurídica, assente nessa velha máxima, e a verdade biológica, assente em critérios puramente científicos.

Cada sociedade, porém, articula diferentes epistemologias cívicas para lidar com esta questão: a forma de responsabilização dos seus actores, ou a forma de prestação de contas sobre determinados aspectos, é diferente. A forma de mostrar objectividade e neutralidade também pode ser diferente e, desta forma, podemos estar em presença de diferentes estilos de produção pública de conhecimento (Jasanoff, 2005; Nunes, 2007), ora fazendo sobressair a componente biológica, ora fazendo sobressair a componente social/afectiva.

3.1. A investigação de paternidade no contexto internacional

Nos países escandinavos e na Alemanha, mais biologistas, embora a mãe seja obrigada por lei a identificar o pai às autoridades, essa obrigação releva mais da obrigação legal do pai em contribuir para o sustento do filho do que da preocupação em proteger o interesse da criança, ou o direito à privacidade da mãe. A Grã-Bretanha, desde a introdução do *Guild Support Act* de 1991, respeitante à lei sobre o sustento dos filhos, permite a investigação de paternidade não como um direito da criança a conhecer as suas origens biológicas, mas antes para obrigar o progenitor a participar nas despesas. Em Itália, se o filho for reconhecido por determinado indivíduo, a perfilhação por outro está sempre sujeita à oposição do primeiro, fazendo assim prevalecer o bem-estar social em detrimento do primado biológico.



Se olharmos para lá do Atlântico ressalta que, tal como em Portugal, nos Estados Unidos da América continua a valer a máxima latina proveniente do direito romano de que o pai é o marido da mãe. Em ambos os países exige-se que após o nascimento da criança esta seja registada. Se a criança é registada pelos dois elementos do casal, tudo parece estar em conformidade com a lei, não havendo motivo para intervir, embora, caso alguém suspeite de que aquela não é a verdadeira paternidade biológica, a possa impugnar. Se a criança é registada por uma mãe solteira, nesse caso, haverá matéria para pesquisar a identidade biológica daquela criança. No entanto, ao contrário do que se passa em Portugal, no contexto norte-americano não tem de se estabelecer a paternidade de todas as crianças que têm o seu boletim de nascimento incompleto. Ao Estado compete apenas dar início ao processo, ficando o seguimento da acção dependente da condição sócio-económica da mãe, isto é, se está dependente de subsídios estatais ou não (Monson, 1997; Jasanoff, 2006; Parness, 2007).

Assim, a procura da identidade biológica de uma criança no contexto norte-americano, e até mesmo em muitos países europeus (Alemanha, Reino Unido, Dinamarca, Itália, Espanha), relaciona-se mais com a questão do sustento e bem-estar da criança do que com o direito à identidade pessoal. No contexto norte-americano, embora o Estado seja, muitas vezes, o motor dessa busca, o *leitmotiv* da averiguação de paternidade tem como objectivo, não dar a conhecer à criança as suas raízes biológicas, mas obrigar o pai a partilhar com a mãe as despesas inerentes ao sustento e educação desse filho (Rothstein *et al.*, 2005; Monson, 1997). No entanto, tratando-se de casos em que a mãe omite o nome do pai, mas não está dependente de subsídios estatais, caber-lhe-á a decisão de querer ou não que o Estado identifique o pai biológico (Rothstein *et al.*, 2005), podendo “(...) *usar o seu status económico para “comprar” a sua privacidade sexual e autonomia (...)*” (Monson, 1997: 292; Parness, 2007).

Desta forma, ao contrário do que se passa em Portugal, independentemente do *status* social ou económico da mulher, a averiguação oficiosa de paternidade é sempre compulsiva, enquanto que nos Estados Unidos essa obrigatoriedade decorre de imperativos económicos.

Tanto nos Estados Unidos como em Portugal, a forma como a mulher é tratada em tribunal e o tipo de questões que são colocadas à mulher e ao homem são distintas. Tal como o estudo de Helena Machado revelou (2002), também no estudo de Monson sobre o estado de Wisconsin podemos encontrar semelhanças no que respeita à diferenciação de género: “*[a] maioria de questões colocadas às mulheres andaram à volta das suas práticas sexuais e parceiros; as questões colocadas aos homens focaram-se mais no seu emprego, salário e despesas. Mesmo quando ao homem eram feitas perguntas sobre o seu comportamento sexual, era a veracidade da mulher e suas práticas sexuais que estavam sempre em jogo*” (Monson, 1997: 285). Para além disso, a prova de exclusividade das relações sexuais é, no contexto norte-americano como no contexto português, um elemento de prova com grande peso. “*(...) em casos em que a mãe tivesse dito que tinha tido relações com mais do que um homem durante o período de concepção de dois meses, as práticas judiciais e administrativas tendiam a acentuar esta informação*” (Monson, 1997: 290).

3.2. Paternidade social vs. Paternidade biológica

As diferentes formas de conhecimento mobilizadas no sentido de mostrar o que para determinada sociedade e em determinado contexto se torna relevante encontram na tensão entre paternidade social e paternidade biológica uma questão interessante.

Se certos países têm preferido encontrar na paternidade social a forma mais consensual de assumir as questões de filiação, em Portugal o esforço tem sido centrado em fazer coincidir a verdade biológica com a verdade jurídica: “*(...) o direito português manifesta a intenção de se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica, sem mostrar respeito por outros interesses como, por exemplo, o interesse concreto do filho, o interesse de não perturbar a “paz das famílias”, ou a estabilidade sócio-afectiva de uma relação jurídica que não tenham fundamento em vínculos biológicos*” (Coelho e Oliveira, 2006: 53).



Assim, se a máxima latina *pater ist est quem nuptiae demonstrat* tem ainda hoje relevância jurídica, tanto em Espanha como em Portugal, por exemplo, já os trâmites necessários para a validação dessa verdade são distintos nos dois países vizinhos. Enquanto em Espanha o Estado não tutela a investigação biológica de paternidade, em Portugal, pelo contrário, cabe ao Estado esta tutela. Talvez essa seja uma das razões que explica, como referem Ramia e Carracedo (1998) que, tendo Portugal uma população quatro vezes menor do que Espanha, o número de averiguações de paternidade seja aí três vezes menor do que em Portugal. Talvez isso explique também o facto de em alguns países escandinavos esses números serem diminutos, não ultrapassando os mil casos por ano, enquanto Portugal apresenta valores médios na ordem dos 7000 processos em que é interposta acção oficiosa de paternidade e, desses, em cerca de 1000 casos por ano não é encontrado o verdadeiro pai biológicoⁱⁱⁱ.

As diferentes formas de conhecimento público, de prestação de contas e de objectividade que cada sociedade define permitem olhar para a questão da AOP e para os seus resultados a partir de perspectivas distintas.

No entanto, se a técnica de investigação de paternidade biológica se generalizou e globalizou, o enquadramento legal para aceder ao verdadeiro pai biológico de uma criança permanece ancorado em questões jurídicas locais (Machado, 2001; 2007). Assim, enquanto alguns países “ (...) *fecham os olhos à realidade biológica porque entendem que a realidade biológica não é o único interesse que merece respeito*” (Coelho e Oliveira, 2006: 53), em Portugal parece não ser esse o caso.

Mas, como pode a verdade biológica ter primazia se o conceito de família sofreu tantas alterações?

Questões sobre os direitos das mulheres ou mesmo sobre a família como *entidade sagrada* (Jasanoff, 2005), assente num casal heterossexual e nos seus filhos biológicos, sofreu alterações (Carabine, 2001; Grossberg, 2005). Para além das substanciais modificações que, mesmo ao nível da família dominante se verificaram, também ao nível das “*intimidades situadas fora do padrão*”, como as designam Berlant e Warner (2000) (Roseneil, 2006: 36) se verificaram grandes alterações, havendo uma “*grande variedade de modos como as pessoas vivem fora da heteronorma*” (Roseneil, 2006: 33).

Será realmente importante esse laço biológico? Será importante para uma criança saber se é filho biológico ou se é apenas filho social daquela mãe ou daquele pai? (Nelkin, 2005; Bartholet, 2005; Coelho e Oliveira, 2006). “*O teste de DNA pode determinar onde existe uma relação genética entre duas pessoas – onde o esperma de um dado homem ajudou a criar uma dada criança – mas não onde esse homem é ou não é o pai dessa criança*” (Bartholet, 2005: 133). Casos há em que por uns motivos ou por outros, os verdadeiros pais foram os pais sociais e, noutros casos, os pais biológicos não foram além de pais sociais e, muitos deles, pura e simplesmente, não foram pais.

3.3. A ciência e o Direito

A ciência globalizou-se, as novas formas de vida em conjugalidade foram-se revelando em cada sociedade, levando a que o direito de cada país e o direito transnacional fossem uniformizando as suas regras. No entanto, em Portugal, embora seja possível identificar alguns traços dessa globalização, nos domínios da ciência ou das novas formas de vida em conjugalidade, a maneira como o direito, por sua vez, tem vindo a dar enquadramento a essas novas formas familiares é distinta da de outros países. A forma como o direito português encara a criança nascida fora do casamento institucional é diferente; a forma como, ainda nos dias de hoje, se obriga compulsivamente a mãe a identificar o pai é sobejamente distinta; as razões que norteiam essa busca, estão ancoradas em características locais e em regras do passado. No entanto, tudo isso se passa em paralelo com os avanços da ciência que permitem hoje, com elevado grau de fiabilidade, descobrir a identidade biológica. Assim, *se a Galinha não conta, ninguém sabe quem pôs o ovo*, mas o Estado vai investigar e o DNA vai confirmar ou refutar...

O que tem de se questionar aqui é, mais do que o direito à identidade de cada um, o direito à privacidade, o direito ao bem-estar físico e psicológico de cada um e do seu núcleo familiar. Para alguns autores, “ (...)



família é algo que as pessoas estabelecem, não algo que as relações biológicas estabelecem por elas” (Kaebnick and Murray, 2005: 19). O laço biológico será, sem dúvida, importante, mas certamente não o único, nem suficiente para consubstanciar uma relação harmoniosa entre pai e filho.

Se aos progenitores não cabe o direito de decidirem pelo melhor interesse da criança, parece que no caso da averiguação oficiosa de paternidade essa competência foi transferida para o Estado. Ao ocultar-se o nome do pai biológico no registo civil, pelas razões que a mãe entendeu, ainda que altruisticamente protegendo os seus direitos e interesses, ou em (suposta) legítima defesa da criança, parece que ao Ministério Público essa função não está interdita. Estamos, desta forma, perante uma situação em que à mãe biológica é negado o direito de escolher o que entende ser melhor para o seu filho, mas ao Estado é aberta a possibilidade/obrigatoriedade de, mesmo totalmente alheio à situação que envolve aquela família, interferir na busca da verdade biológica daquela criança. O que gera polémica é, talvez, simplesmente, tentar perceber em que medida o laço biológico pode ser um ícone mais poderoso do que o laço social (Nelkin, 2005).

Este olhar autoritário do Estado pressupõe uma forma tradicional de vida em sociedade e de vida familiar. Pressupõe que a união entre pessoas deve ser feita pelo casamento, que deve ser feita entre pessoas de sexos diferentes e pressupõe, ainda, que se duas pessoas são casadas, o filho nascido da mulher é também filho do seu marido. Mas a sociedade mudou. Hoje as crianças nascem de pais que não são casados, as crianças nascem fora do casamento dos pais, os casamentos entraram em retrocesso e deram origem a mais uniões de facto entre casais heterossexuais, mas também entre casais homossexuais. E, embora a ciência ainda não permita que casais homossexuais possam procriar, a verdade é que as técnicas de procriação medicamente assistida hoje disponíveis podem estar ao alcance tanto dos casais heterossexuais como dos casais homossexuais. A procriação medicamente assistida, por exemplo, traz.nos também novos actores para esta discussão: dadores de esperma, pais sociais, pais biológicos, mães de alugues, barrigas de aluguer, mães dadoras de gâmetas, mães receptoras, mães biológicas, etc.

Como irá o direito lidar com as novas questões colocadas pelas novas formas de vida em conjugalidade e com as potencialidades que a ciência proporciona aos casais?

3.4. A AOP em Portugal – 1996/2006

O facto de o sistema jurídico português, no que se refere à investigação de paternidade seguir um caminho que procura pôr no mesmo plano a verdade jurídica e a verdade biológica não quer dizer que, na realidade, esse objectivo seja conseguido.

Segundo os dados publicados pela Procuradoria Geral da Republica nos seus relatórios anuais, analisando uma década (1996/2006) entraram nos tribunais portugueses 75.760 processos de averiguação oficiosa de paternidade.

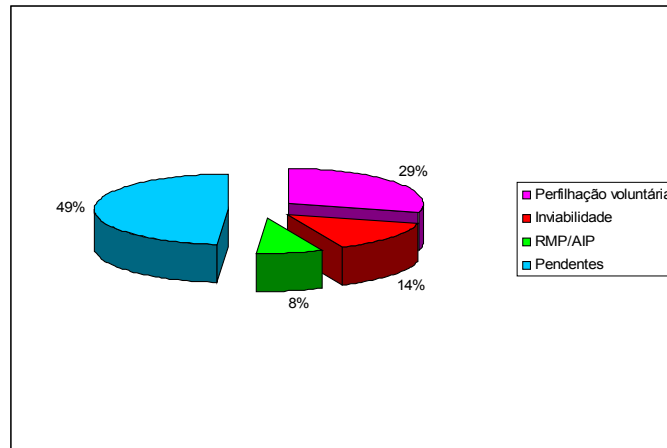
Numa análise geral, constata-se que 29% destes processos terminam por perfilhação voluntária, 14% são dados como inviáveis, 8% dos processos são remetidos ao Ministério Público¹ e 48% é o valor de processos pendentes ao longo da década em análise.

Assim, verifica-se que ao longo de uma década 75.760 mães registaram o seu filho sem o nome do pai, tendo levado à abertura de um processo por parte do Ministério Público. Da abertura desse processo foi conseguido que 30% dos pais perfilhassem voluntariamente os filhos (ao que não estará alheio o factor coacção, vergonha e até mesmo o preço dos exames). No entanto, em 14% dos casos o MP não conseguiu, mesmo após averiguação compulsiva da identidade biológica do menor, encontrar o verdadeiro pai biológico: trata-se de 10.575 crianças que, ao longo de uma década, se viram envolvidas em processos



judiciais com resultado final nulo. A estes números haverá ainda que acrescentar os 8% de casos que, embora considerados viáveis por parte do MP e com indicação para seguir para a fase seguinte do processo (AIP), continuam, por agora, sem saber determinar o pai biológico. Desta percentagem de 8% correspondendo, em termos absolutos a cerca de 6000 casos, em parte deles, certamente, chegar-se-á a uma conclusão sobre a identidade biológica do pai do menor, mas outros casos, serão considerados improcedentes, avolumando o número de crianças filhas de pai incógnito.

Gráfico 1: Distribuição dos resultados de AOP



Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt

A estes dados haverá ainda que acrescentar as pendências, com um forte peso na justiça portuguesa em geral, e também nas AOP's. Os processos pendentes constituem 48% do total de processos de averiguação oficiosa em Portugal nos últimos 10 anos. Este número torna-se tão mais relevante quando se sabe que nos processos de AOP o Estado tem apenas dois anos, desde o nascimento do menor, para identificar o pai biológico.

Porque intervém o Estado neste processo se não é capaz de mover os mecanismos necessários e com celeridade para encontrar a verdade? O Estado mostra a estas crianças que não têm um pai formalmente identificado na lei e faz questão de tentar encontrá-lo. Porém, em inúmeras situações, o Ministério Público, ao não conseguir repor a verdade biológica falha no objectivo que tinha definido, podendo gerar o conflitos no seio de uma família (quer ela seja a família biológica, ou outra).

Conclusão

Em Portugal a questão que se levanta é que chegámos a um momento em que estamos a construir uma nova epistemologia cívica entre a ciência e direito em que a perícia científica assume um papel central, ainda que a credibilidade das provas tradicionais não seja ultrapassada.

Não competirá ao Estado, mais do que a busca incessante pela coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica, fazer com que o sistema cometa o menor número de erros possíveis, eliminando ou suavizando abusos e enganosa? Não competirá ao Estado tentar pesar, de forma flexível e justa, os argumentos jurídicos e os argumentos biológicos mas, de igual forma, os argumentos sociais, não parecendo fazer sentido uma legislação descaracterizada face às novas formas de conjugalidade e face aos avanços da ciência?



Referências Bibliográficas

- Barreiros, José António, 1991, «Do juiz como perito ao perito como juiz dos juizes: a perícia no novo código de processo penal», *Criminalidade e Cultura II*, Cadernos do CEJ, nº 1.
- Bartholet, Elizabeth, 2005, «Guiding Principles for Picking Parents», in Mark A. Rothstein *et al.* (orgs.), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, The Johns Hopkins University Press: Baltimore, chapter 8, pp. 132 – 151.
- Carabine, Jean, 2001, «Constituting sexuality through social policy: the case of lone motherhood 1834 and today», in *Social and Legal Studies*, Sage Publications, London, vol. 10 (3), 291 – 314.
- Coelho, Francisco Pereira e Guilherme de Oliveira, 2006, *Curso de Direito de Família*, vol. II, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora.
- Costa, Susana, 2000, *A Justiça em Laboratório. A identificação por perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transnacional e a apropriação local*, Dissertação de Mestrado, Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- Grossberg, Michael, 2005, «Duped Dads and Discarded Children. A Historical Perspective on DNA Testing in Child Custody Cases», in Mark A. Rothstein *et al.* (orgs.), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, The Johns Hopkins University Press: Baltimore, chapter 7, pp. 97 – 131.
- Jasanoff, Sheila, 2005, *Designs on Nature, Science and Democracy in Europe and in the United States*, Princeton University Press
- Jasanoff, Sheila, 2006, «Just Evidence: The limits of science in the legal process», in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, pp. 328 – 341.
- Kaebnick, Gregory E. and Thomas H. Murray, 2005, «The Many-Stranded Tapestry of Parenthood», in Rothstein *et al.*, (orgs), *Genetic Ties and The Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, The Johns Hopkins University Press: Baltimore, pp. XIII – XX.
- 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.
- Machado, Helena Cristina, 2007, *Moralizar para Identificar. Cenários da Investigação Judicial da Paternidade*, Centro de Estudos Sociais, Edições Afrontamento
- Machado, Helena Cristina, 2002, *Tribunais, Género, Ciência e Cidadania. Uma abordagem sociológica da investigação judicial de paternidade*, Dissertação de Doutoramento em Sociologia: Universidade do Minho.
- Monson, Renée A., 1997, «State-ing sex and gender. Collecting information from Mothers and Fathers in Paternity Cases», in *Gender & Society*, June, pp. 279 – 295.
- Nelkin, Dorothy, 2005, «Paternity Palaver in the Media. Selling Identity Tests», in Mark A. Rothstein *et al.* (orgs.), 2005, *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, The Johns Hopkins University Press: Baltimore, chapter 1, pp. 3 – 17.
- Oliveira, Guilherme de Oliveira, 2003, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Editora Almedina.
- Parness, Jeffrey A., 2005, «Reforming American Paternity Procedures», in Mark . Rothstein *et al.* (orgs.), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, The John Hopkins University Press: Baltimore, chapter 9, pp. 152 – 166.
- Ramia, E. Huguet e A. Carracedo Álvarez, 1998, «Investigación de la paternidad, in *Medicina Legal y Toxicología*», Juan Antonio Gisbert Calabuig, 5ª edición, Masson S.A., cap. 97.



Roseneil, Sasha, 2006, «A vida e o amor para lá da heteronorma», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 76, pp. 33 – 51.

Rothstein, Mark A. *et al.*, 2005, *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, The John Hopkins University Press: Baltimore

Santos, Boaventura de Sousa *et al.*, 2006, *A Geografia da Justiça. Para um novo mapa judiciário, Conclusões e Proposta de Reforma*, vol. II, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Wallbank, Julie, 2004, «The role of rights and utility in instituting a child's right to know her genetic history», in *Social and Legal Studies*, Sage Publications, London, vol. 13 (2), 245 – 264.

ⁱ Depois desse prazo a lei também permite a instauração da investigação de paternidade durante a maioridade do filho ou nos dois anos após a sua emancipação.

ⁱⁱ Esta situação foi alterada recentemente, como vimos, com a lei 273/2001 de 13 de Outubro, tendo-se tornado possível que a mãe, no registo de nascimento declare que o marido não é o pai da criança.

ⁱⁱⁱ Estes dados podem ser extraídos da análise feita aos Relatórios Anuais Produzidos pela Procuradoria Geral da República, com base numa média feita entre o ano de 1996 e o ano de 2005. (<http://www.pgr.pt>)