



VIII CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA

40 anos de democracias: progressos, contradições e prospetivas

ÁREA TEMÁTICA: Direito, Crime e Dependências [AT]

O DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA – O DIREITO AO (DES)CONHECIMENTO

ROQUE, Diana Patrícia da Silva Leal Roque

Mestranda em Especialização Ciências Jurídico-Forenses, Licenciada em Direito

Instituto Superior Bissaya Barreto

diana_roque57@hotmail.com

Resumo

No art.26º/1, a Constituição da República Portuguesa consagra o direito à identidade pessoal (que abrange o conhecimento das origens biológicas) e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, princípios estes que, todavia, poderão conflitar entre si, se pensados no plano de uma investigação da paternidade. De um lado, temos o filho que invoca o direito a conhecer sua ascendência, progenitura. Do outro, temos o pretense pai, que negando a submissão aos testes de paternidade, se escodeia atrás do direito à reserva da intimidade da vida privada e de uma paternidade livre e consciente. Sendo ambas as posições validamente defensáveis, pretende-se aferir aos interesses e direitos individuais em causa, e ponderar em que medida o direito ao conhecimento da identidade biológica por parte do filho se deverá sobrepor à pretensão daquele que quer permanecer desconhecido e que recusa uma colaboração nesse sentido. Longe da ambição de alcançar uma resposta concreta, pretende-se apenas refletir sobre tais circunstâncias, conscientes de que o debate sobre a verdade biológica sendo recente estará, por isso, longe de terminar.

Abstract

In the article 26º/1, the Constitution of the Portuguese Republic establishes the right to personal identity (which includes the knowledge of biological origins) and the right to family privacy and private life, principles which can, however, conflict with each other, if we consider them in the paternity investigation field. On one hand, we have the son who summons the right to know his parentage, ancestry. On the other hand, we have the alleged father who refuses the submission to paternity tests, and shields himself behind the right to privacy and the right to a free and conscious fatherhood. Being both sides defensible, we intend to assess the interests and individual rights concerned, and ponder about to what extent should the right to knowledge of the biological identity of the son, outweigh the intention of that who wants to remain unknown and refuses to collaborate in achieving that. Faraway from the ambition to grasp a factual answer, it is our intent to reflect about these circumstances, completely aware that the debate on biological truth besides recent, is far from over.

Palavras-chave: identidade pessoal, investigação de paternidade; verdade biológica

Keywords: personal identity; paternity investigation; biological truth

1. Introdução

A instituição família sempre foi um importante pilar das sociedades. Inicialmente conformada pela Igreja, o Estado chamou a si a sua função reguladora, cujos contornos se foram moldando e alterando, consoante a época.

Nunca tal instituição sofreu tamanha “modificação topográfica”, como no presente século. Falamos das novas famílias, com laços afetivos outrora fortemente rejeitados e inadmissíveis. Todavia, e apesar das novas estruturas familiares darem origem a modernas ligações afetivas, os laços biológicos permanecem únicos, singulares e imutáveis. É com base na importância deste elemento fundamental da sociedade, a instituição família, que o Estado se obriga e compromete a dirimir eventuais conflitos, e fundamenta a sua competência na determinação da paternidade biológica de um menor, no caso de esta ser desconhecida. O Estado desempenha, assim, uma função garantística dos direitos do investigado, numa tentativa de fazer corresponder a paternidade biológica com a jurídica (Ac. nº 631/05 do TC de 15.11.2005 *in* Neto, 2009).

O direito à identidade biológica tem sido alvo de desenvolvimentos doutrinários nacionais e estrangeiros, em virtude dos avanços tecnológicos, ao nível da medicina forense e engenharia genética, que se têm vindo a operar nos últimos tempos. Sempre foi reconhecida e discutida a importância da verdade biológica no regime jurídico da filiação, tendo o debate sido avivado com o surgimento das técnicas de procriação medicamente assistida, as chamadas PMA's (Canotilho & Moreira, 2007).

Centrar-nos-emos especificamente no direito ao conhecimento biológico nas ações de investigação da paternidade, *i.e.*, no direito ao conhecimento por parte do filho, e nos direitos alegados pelo pretense pai, cuja identidade pretende que se mantenha desconhecida, e que colide com a pretensão do primeiro. Em que medida o direito à identidade biológica do filho deverá ou não sobrepor-se ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e ao exercício de uma paternidade livre e consciente por parte do homem sobre o qual recai uma suspeita de paternidade de uma criança?

2. O direito à identidade biológica

O direito à identidade biológica não é mais do que “*a faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, aceder à identidade dos respectivos progenitores, e eventualmente, ver essa ligação biológica reconhecida*” (Reis, 2008, pp. 13)

Embora o direito ao conhecimento da identidade biológica não se encontre expressamente consagrado na Constituição da República Portuguesa, é passível de ser extraído de outros preceitos constitucionais. Resulta, antes de mais, do princípio basilar em que assenta qualquer Estado de Direito Democrático – princípio da dignidade da pessoa humana, e resulta igualmente do nº1 do art.º 26.º da CRP, estabelecendo que “*a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que o nº1 do art.º 26.º da CRP trata do chamado direito à «historicidade pessoal». De acordo com os mencionados constitucionalistas, estamos perante o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, que servirá de fundamento às ações de investigação de paternidade e maternidade (2007).

Desta forma, deparamo-nos com o “*direito de cada ser humano conhecer a respectiva origem e património genético, elemento relevante para prevenção de certas doenças e ao desenvolvimento da personalidade. Significa [isto] que cada ser humano tem o direito de conhecer a identidade dos seus progenitores, ou seja, dos seus pais biológicos*” (Otero, como citado em Salles, 2010).

No entanto, se pensarmos noutros direitos constitucionalmente consagrados, a questão adensa-se. Curiosamente, o legislador consagrou no mesmo art.º 26.º/1 não só o direito à identidade biológica, como o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Assim sendo, deparamo-nos desde logo, com dois direitos constitucionais que, pelo menos, aparentemente, conflituam entre si: um direito por parte do filho (investigante) e um direito por parte daquele que está a ser investigado (o pretense pai).

3. A ação de investigação da paternidade

Para atenuar as discriminações entre filhos legítimos e aqueles havidos fora do casamento, o legislador incumbiu o Ministério Público de investigar a paternidade de crianças, sempre que no registo de nascimento do menor, o nome do pai seja omissivo, ou seja, quando apenas conste o nome da mãe (artigo 1864.º e seguintes do Código Civil). Quando tal aconteça, o conservador remete a certidão de nascimento para o Tribunal de Família, para que se averigüe officiosamente a identidade do pai (art.º 121.º/1 e 2 do Código de Registo Civil).

No entanto, não haverá remessa da certidão, caso o conservador verifique que o pretense pai e a mãe são parentes ou afins em linha reta ou parentes em 2º grau da linha colateral (art.º 121.º/3 do CRC), por se entender que neste caso, o conhecimento biológico poderá influir negativamente no desenvolvimento da personalidade do menor (Pinheiro, 2013).

Recebida a certidão do registo por parte do Tribunal, inicia-se o processo de averiguação (da competência do chamado Curador), processo este de carácter secreto, para “evitar ofensas ao pudor ou dignidade das pessoas” (art.º 203.º da Organização Tutelar de Menores). Durante esta fase, tenta-se averiguar se existem indícios suficientes sobre quem recaia a suspeita da paternidade. Havendo identificação do pretense pai, ou o investigado confirma a paternidade, havendo perfilhação e dando-se o processo por terminado (art.º 207.º da OTM e art.º 1865.º CC), ou não havendo confirmação, o Tribunal tomará as diligências necessárias para averiguar se há viabilidade ou não, para se intentar uma ação de investigação da paternidade. Caso o juiz entenda que existem provas seguras da paternidade, remete o processo para o M.P., que avançará com uma ação de investigação de paternidade (art.º 1865.º, nº5 CC), caso contrário, dar-se-á o arquivamento.

4. A verdade biológica

O direito à identidade biológica é, sem dúvida, um avanço sociológico e civilizacional, sendo mesurado e tratado de forma diferente de país para país, havendo assim, quem o absolutize ou relativize. À semelhança de Portugal, também o Estado alemão, sueco e brasileiro, estão incumbidos de desencadear a investigação de paternidade. O mesmo já não sucede em França e na Bélgica, onde essa obrigatoriedade por parte do Estado não existe (Machado *et al.*, 2013).

O art.º 1801.º do CC, com a epígrafe «exame de sangue e outros métodos científicos», estipula que nas ações de filiação, para além do exame de sangue, se admitem quaisquer outros métodos cientificamente comprovados. O surgimento do ADN veio, portanto, revolucionar o direito ao conhecimento da identidade biológica, permitindo provar-se ou não uma ligação biológica com enorme precisão. Veio facilitar não só a prova em processo penal, identificando o autor do crime com recurso ao perfil de ADN, como também ao nível do processo civil veio permitir estabelecer, com enorme exatidão, os laços biológicos. Assim, facilitaram-se os fundamentos daqueles que pretendem conhecer a sua origem biológica, tornando-se mais frágeis as muralhas e suportes daqueles que querem permanecer desconhecidos, intensificando-se a procura de novas justificações.

E quando o pretense pai recusa a sujeição aos exames científicos? Não há muito tempo, a prova mais fiável da paternidade biológica era feita através de uma colheita de sangue, pelo que a sua recusa em se submeter a tal exame, era construída à volta da violação do seu direito à integridade física, por se considerar um exame evasivo. Com a prova de ADN, tal defesa caiu por terra. De evasivo este processo (por exemplo através de zaragatoa bocal) nada tinha, e de fiabilidade e credibilidade tinha o apoio de toda a comunidade científica e, posteriormente, a sua preferência por parte dos Tribunais (Ac. STJ de 23.02.2012).

Assim, cada vez mais nas ações de investigação de paternidade, a escolha recai sobre os testes de ADN, revelando-se um “*crescente isomorfismo do direito e da ciência, o que reforça a tentativa do direito em eliminar os elementos considerados subjectivos do acto de legislar e de julgar, procurando desta forma*”

atingir a objectividade e neutralidade, valores que estão tradicionalmente associados ao acto científico” (Machado et.al., 2010, p.6)

O certo é que não raras vezes, o pretense pai recusa-se a fazer o teste de ADN. Se em processo penal o arguido não está obrigado a colaborar na descoberta da verdade, sendo da exclusiva competência do M.P (estrutura acusatória do processo criminal a que se refere o nº5 do art.º 32.º da CRP), já em processo civil, o mesmo não acontece.

Contudo, saliente-se que mesmo no âmbito de um processo-crime, em que o arguido não pode recusar a recolha de ADN (obtenção, se necessária, através de meios coercivos), há quem defenda que estamos perante uma forma de autoinculpação, de prestar prova em seu desfavor, tendo em conta o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (Moreira, 2014).

Sendo as partes obrigadas a colaborar (dever de colaboração do art.º 519.º do Código de Processo Civil), o incumprimento deste dever, poderá culminar na aplicação de uma multa, na livre apreciação da recusa por parte do julgador, podendo “acionar” a inversão do ónus da prova (art.º 519.º/2 do CPC). O ónus da prova incumbe ao autor, ao investigador, no entanto, quando a parte contrária (o investigado) culposa e injustificadamente, tiver tornado impossível a prova do autor (recusando a submissão ao exame), inverter-se-á o ónus da prova, passando a recair sobre o investigado a onerosidade de provar que não é o pai (Ac. do TRG de 17.04.2008).

A jurisprudência maioritária tem decidido no sentido de fazer operar a inversão do ónus da prova, por se considerar ilegal a submissão coativa dos exames, uma vez que tal violaria o direito à liberdade e à integridade física (Freitas, 2008).

Todavia, questionemos: será posição do pretense pai, de alguma forma defensável? Poderemos vislumbrar algum fundamento legítimo da sua parte? Haverá uma recusa legítima por parte do investigado em não cumprir com o dever de colaboração? Certo é que o art.º519.º, nº3 do CPC prevê uma situação de recusa legítima quando a obediência do investigado importar uma violação da integridade física ou moral, uma intromissão na vida privada ou familiar...

Na verdade, as implicações de um eventual resultado positivo na esfera e vida do investigado poderão ser inúmeras e, porventura, agrídoces. E que tipo de implicações poderá esta recusa provocar ao nível psicológico e do normal desenvolvimento de uma criança? Como deverá ser entendida tal recusa? Como o exercício de um legítimo direito de recusa, ou porventura, como um subterfúgio para evitar uma possível pensão de alimentos?

Será concebível falarmos num direito ao “desconhecimento” da verdade biológica, isto é, numa dimensão negativa? Somos, assim, confrontados com duas questões: será sempre a verdade biológica mais vantajosa para uma criança? E em que medida o direito à identidade biológica daquela, se sobrepõe ao direito à reserva da intimidade da vida privada do pretense pai?

São vários os direitos que as partes trazem à colação: o investigador alega o seu direito à historicidade pessoal, a conhecer os seus progenitores, fundamentando-se no direito à integridade psicológica e desenvolvimento pessoal, no direito a receber os cuidados a que os pais estão vinculados – educação, subsistência – e saúde uma vez que a identificação dos ascendentes biológicos releva tremendamente no mapeamento e rastreio de doenças hereditárias (art.º 26.º, nº1 e art.º35.º, nº5 CRP). Por sua vez, o pretense pai alega o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, o direito à liberdade, à integridade física e moral (art.º 26.º, nº1 e art.º 27.º, nº1 CRP) e a igualdade na decisão de procriar, exercida de uma forma livre e consciente. Reconhecendo a nossa lei fundamental, o direito a constituir família em condições de igualdade, em decidir ser pai ou mãe ou não sê-lo (art.º 36.º, nº1 e no art.º 67.º, nº2, al. d) CRP), há autores que questionam se efetivamente haverá uma igualdade na decisão de procriar e constituir família (Ribeiro, 2012).

5. Considerações finais

Possivelmente, nem sempre o interesse do menor passará, necessariamente, pelo conhecimento do pai biológico. Há quem defenda que este tipo de conhecimento individual, relativamente à proveniência, à descendência molda, influencia e atrever-nos-íamos a dizer que “determina” a personalidade do indivíduo, conforma a construção da sua identidade, de tal forma que na impossibilidade de se obter uma resposta, tal

poderá prejudicar o normal desenvolvimento da sua personalidade (Patti, in Reis, 2008). Contudo, há também quem desvalorize a importância dos vínculos biológicos para o desenvolvimento da personalidade (Teixeira e Rodrigues, in Salles, 2010).

Como ficará a posição do investigado, nos casos em que nunca quis ser pai, e se vê confrontado com a possibilidade “forçada” de o vir a ser? Não é pelo facto de se determinar o pai biológico de um menor, que o investigado vai exercer e assumir a função de um verdadeiro *pater*, qual remédio milagroso. Infelizmente e em demasiadas situações, o pai apenas responde com as suas obrigações pecuniárias, deixando ao menor a tarefa de preencher com fantasias, não só o lugar do pai, como o próprio conceito de família.

O exercício ou sobreposição dos direitos de uma das partes trará, inevitavelmente, consequências negativas para o titular do outro direito, exigindo do julgador uma acrescida ponderação, dirimindo e decidindo segundo critérios de razoabilidade, adequação, e proporcionalidade.

Estando cientes que apenas uma ínfima parte do princípio da verdade biológica foi iluminado, aguardaremos confiantes, o dia em que o direito consiga alumiar adequadamente os casos de paternidades meramente formais ou registrais, “*desprovida[s] de vontade, de intenção de criar, desprovida[s] da vontade de ser pai*” (Ribeiro, 2012, p.104).

Referências Bibliográficas

Ac.TRG de 17/04/2008, rel. Gouveia Barros, Processo 678/08-2. Recuperado em 23 de fevereiro, 2014, de <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/41f36f762e6ced5c8025746e004d0a15?OpenDocument>

Ac. STJ de 23/02/2012, rel. Bittencourt de Faria, Processo 994/06.2TBVFR.P1.S1. Recuperado em 23 de fevereiro de 2014, de <http://www.dgsi.pt/jstj.954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/60d39bf324cd7b4c802579ad0040a0bf?OpenDocument>

Canotilho, J.J. Gomes, Moreira, Vital (2007). Constituição da República Portuguesa Anotada. (4ª ed., rev.) Coimbra: Coimbra Editora

Freitas, José Lebre & Machado, António Montalvão & Pinto, Rui (2008). Código de Processo Civil Anotado. (2ª ed., Vol.2) Coimbra: Coimbra Editora.

Machado, Helena *et al.* (2010). Pai à força: Desigualdades de género e configurações da parentalidade nos testes de DNA. In Anais do VIII Congresso Iberoamericano de Ciência, Tecnologia e Género, Curitiba

Machado, Helena Cristina Ferreira, Silva, Susana Manuela Ribeiro Dias da, & Miranda, Diana Catarina de Oliveira. (2012). Regulação da investigação de paternidade biológica: perspetiva comparada. *Revista Direito GV*, 8(2), 573-586. Recuperado em 17 de dezembro, 2013, de <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n2/v8n2a08.pdf>

Moreira, Sara Leitão (2014). Princípio *nemo tenetur* - Faux friend?. Cabo dos Trabalhos, IV Colóquio Internacional de Doutorandos/as do Ces, nº10, 2014. Recuperado em 29 de junho de 2014, de <http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/index.php>.

Neto, Abílio (2009). Código Civil Anotado. (16ª ed.). Lisboa: Ediforum.

Pinheiro, Jorge Duarte (2013). O direito da família contemporâneo. (4ª ed.). Lisboa: AAFDL.

Reis, Rafael Luís Vale (2008). O direito ao conhecimento das origens genéticas. Coimbra: Coimbra editora.

Ribeiro, Jorge Martins (2012). O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido conta a sua vontade: a igualdade na decisão de procriar. (1ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Salles, Rodolfo Cunha (2010). O direito à identidade genética e o estado de filiação: análise dos critérios definidores do vínculo de filiação e o direito ao conhecimento da origem biológica. *Revista de Artigos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, 4, 2010. Recuperado em 26 de novembro de 2013, de <http://www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/>.