



FILHOS DA (SUA) MÃE

**Actores Institucionais,
Perícias e Paternidades no Sistema Judicial
Português**

Susana Maria Serrão Carinhas Santinho Costa Pires Marques

Julho 2009

TESE DE DOUTORAMENTO EM SOCIOLOGIA
FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Especialidade de Sociologia da Cultura, do Conhecimento e da
Comunicação, apresentada na Faculdade de Economia da Universidade
de Coimbra sob orientação do Professor Doutor João Arriscado Nunes.

Para a Mafalda e o Gonçalo

AGRADECIMENTOS – NOTA PRÉVIA

Os últimos anos foram árduos, com momentos bonitos e tristes, de grandes alegrias e grandes angústias, tendo sido esses momentos partilhados, em termos pessoais e profissionais por muitas pessoas. Todos eles, cada um à sua maneira, certamente fizeram o melhor de si e, por isso, nesta hora não poderei deixar de agradecer a todos aqueles que ao longo da vida e, em particular, ao longo da realização desta investigação, estiveram sempre lá a apoiar.

Em primeiro lugar, um agradecimento muito especial aos meus filhos: Mafalda e Gonçalo e um pedido de desculpas por nem sempre lhes ter dado a atenção que queriam e tanto mereciam. Ao meu marido Miguel pelas neuras e birras que, constantemente me atura. À minha Mãe e ao meu Pai que, sabem bem, tanto têm feito e tanto continuam a fazer por mim, apoiando-me incondicionalmente em tudo na vida. Ao meu irmão Miguel, à minha cunhada Maria João e ao meu sobrinho Tomás. Ao meu avô que, embora longe, está sempre no meu coração e aos meus avós que já partiram que, como quer acreditar a minha filha, estão lá no céu, sentados na estrelinha, porque estavam cansados. A minha família foi e sempre será o meu pilar. Sem ela não estaria hoje aqui e a vida só faz sentido por tê-los, a todos, no meu coração.

Ao meu orientador, Professor Doutor João Arriscado Nunes, agradeço a sua paciência e coragem em me ter como orientanda por duas vezes consecutivas: primeiro, para a elaboração da dissertação de mestrado e agora nesta nova aventura. À Helena Machado (UM), amiga e colega uma palavra muito especial de profunda admiração intelectual e pessoal, quero agradecer todo o apoio, confiança e ânimo que sempre me deu, os preciosos comentários, críticas e conversas ao longo destes anos. Ao Dr. João Pedroso (CES) pela paciência e disponibilidade com que ao longo destes anos soube ouvir as minhas dúvidas, ajudando-me sempre a encontrar

uma solução para todas elas. Ao Professor Doutor Boaventura Sousa Santos (CES), pelos conselhos e confiança que deposita no meu trabalho. Às minhas colegas e amigas Ana Raquel Matos e Marisa Matias. Ao NECTS, em especial ao Tiago Santos Pereira, pelos desabafos que, ao longo dos anos foi ouvindo e a todos os colegas de núcleo. À Ana Cristina Santos, ao João Paulo Dias, ao Paulo Vieira, ao José Manuel Pureza, ao António Casimiro Ferreira, à Teca, à La Salete, à Alexandra e a toda a comunidade do CES.

Um agradecimento especial ao Observatório Permanente da Justiça Portuguesa pelo apoio científico prestado e precioso para a execução desta investigação, em particular, a Dra. Conceição Gomes, Susana Batista e Jorge Almeida.

Outro agradecimento especial ao Professor Doutor António Amorim, do IPATIMUP, primeiro responsável pela execução desta tese e que me propôs que fizesse este estudo. Não posso deixar de lhe agradecer por esse facto, mas também pela sua inteira disponibilidade para me auxiliar em todas as minhas dúvidas.

Agradeço ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pela sua disponibilidade para conversar comigo e me prestar esclarecimentos sobre questões relacionadas com o enquadramento jurídico do tema em análise.

Um agradecimento ao jornal “Diário de Coimbra” que possibilitou dar a conhecer, ainda numa fase embrionária, o teor da minha investigação.

Quero agradecer também ao Professor Michael Lynch, às Professoras Maya Horst (Business School of Copenhagen) e Julie Sommerlund (Business School of Copenhagen) pelas considerações feitas ao meu projecto de investigação, tendo-me dado incentivo extra para prosseguir o meu caminho.

Agradeço ainda ao Tribunal do Senhor da Pedra que tão calorosamente me acolheu, em especial ao Procurador Coordenador. A sua receptividade à investigação, o seu espírito de abertura, o seu profissionalismo tornaram possível chegar aqui. Mas agradeço ainda a todos os profissionais que, directa ou indirectamente, me acolheram no Tribunal do Sr. Da Pedra.

Um agradecimento muito especial a todos os meus entrevistados cujo contributo se revelou precioso, em particular às mães entrevistadas que, ainda que pessoas

sofridas e traumatizadas pela sua própria história de vida, mesmo abordando questões do seu foro mais íntimo, acederam em colaborar nesta investigação.

Um justo e merecido agradecimento às três pessoas que mais contribuíram para que a entrada no terreno fosse possível: a Sandra Moreira, a Leonor Cutileiro e a Dra. Ana Santos, sem as quais esta investigação, provavelmente, ainda não se teria concretizado. A elas devo os contactos informais realizados e que me permitiram não apenas chegar a alguns actores cruciais, como a entrada no Tribunal.

Agradeço ainda à FCT, por me ter financiado ao longo destes anos e ter acreditado no meu projecto.

Finalmente, aos meus amigos, a todos os que torceram por mim e mesmo àqueles que duvidaram da chegada deste momento, muito obrigada a todos por ter concluído mais uma etapa da minha vida profissional.

ÍNDICE TEMÁTICO

AGRADECIMENTOS – NOTA PRÉVIA 5

ÍNDICE TEMÁTICO 9

ÍNDICE DE GRÁFICOS 15

ÍNDICE DE QUADROS 19

INTRODUÇÃO 21

CAPÍTULO I

Família, Estado e Regulação 34

1.1. Procedimento jurídico da Averiguação de Paternidade 35

1.1.1. Principais etapas do procedimento 37

1.2. O Estado como regulador dos comportamentos familiares 39

1.2.1. A regulação da família no “Estado Novo” 41

1.2.2. A regulação das famílias em democracia 45

1.3. A regulação da família e as AOPs 47

1.3.1. *Pater ist est quem nuptiae demonstrat*

1.3.2. O “período legal de concepção” 48

1.3.3. O Comportamento da mãe 49

1.3.4. A exclusividade das relações sexuais

1.4. Rupturas e continuidades com o passado patriarcal 50

1.5. As fragilidades dos critérios usados para averiguar a paternidade 52

1.6. O ADN – uma arma no combate às fragilidades? 55

CAPÍTULO II

O idioma da co-produção entre ciência e sociedade 57

2.1. A co-produção

2.2. A epistemologia cívica 63

2.3. Ciência e Direito 65

2.3.1. A ciência vista pelo direito 68

2.3.2. A influência da ciência no direito 70

2.4. Os velhos e os novos direitos de cidadania em confronto 74

- 2.4.1. Velhos direitos de cidadania 77
 - 2.4.1.1. Direito à reserva da intimidade da vida privada
 - 3.4.1.1. A relação entre o público e o privado
 - 2.4.1.1.1. A instrumentalização do corpo 78
 - 2.4.1.2. Protecção legal contra quaisquer formas de discriminação 79
 - 2.4.1.2.1. Direitos do homem vs direitos da mulher
 - 2.4.1.2.2. Direito do menor e do pai vs Direito da Mãe 81
 - 2.4.2. Novos direitos de cidadania 82
 - 2.4.2.1. O “regime do eu” 83
 - 2.4.2.1.1. Implicações nas AOPs e nos direitos de cidadania 85
 - 2.4.2.1.1.1. O consentimento ou recusa de facultar amostras biológicas 86
 - 2.4.2.1.1.2. Vínculo biológico e vínculo social 89
 - 2.4.2.1.1.3. A emergência dos direitos de biocidadania
- 2.5. Certidão de Nascimento ou Certificação de origem? 95**

CAPÍTULO III

“A quem bem me mantém chamo pai e mãe 97

3.1. Paternidade jurídica e Paternidade biológica

- 3.1.1. Semelhanças e diferenças com outros países 98
- 3.1.2. Paternidade biológica vs paternidade afectiva 104

3.2. Novas formas familiares 106

- 3.2.1. Procriação Medicamente Assistida
 - 3.2.1.1. Caso Buzzanca, na Califórnia (EUA) 109
 - 3.2.1.2. Caso Johnson, 1990 (EUA)
- 3.2.2. Homossexualidade 111
- 3.2.3. Adopção 119

CAPÍTULO IV

Dados existentes e inexistentes: o caminho traçado e as decisões metodológicas 121

4.1. Os objectivos do estudo

- 4.1.1. A análise dos dados existentes e ausentes 122

4.2. Evolução das AOPs em Portugal no espaço de uma década (1996-2006) segundo os dados da PGR 130

- 4.2.1. As AOP no contexto da justiça tutelar de menores e na justiça nacional
- 4.2.2. A AOP no contexto nacional 133
 - 4.2.2.1. Perfilhação Voluntária 137
 - 4.2.2.2. Inviabilidades 138

- 4.2.2.3. RMP 139
- 4.2.2.4 Pendentes 140
- 4.2.2.5. Caducidade e outros 141
- 4.2.3. As AOPs e os Nascimentos 143
- 4.2.4. Os entraves à entrada no terreno 147

Capítulo V

O Tribunal do Senhor da Pedra 153

5.1. A análise dos processos

5.2. As AOPs no Tribunal do Senhor da Pedra no contexto local e no contexto nacional 155

- 5.2.1. O contexto local
- 5.2.2. O contexto nacional 157
- 5.2.3. Os processos objecto de estudo 158
 - 5.2.3.1. Caracterização dos processos 159
- 5.2.4. Os actores 162
 - 5.2.4.1. O Menor
 - 5.2.4.1.1. Sexo do Menor
 - 5.2.4.1.2. Situação do Menor 163
 - 5.2.4.2. Os Progenitores 165
 - 5.2.4.2.1. Idade
 - 5.2.4.2.1.1. Idade da Mãe
 - 5.2.4.2.1.2. Idade PP1 166
 - 5.2.4.2.1.3. Idade PP2 167
 - 5.2.4.2.2. Estado Civil 168
 - 5.2.4.2.2.1. Estado civil da Mãe 169
 - 5.2.4.2.2.2. Estado Civil PP1 170
 - 5.2.4.2.2.3. Estado Civil PP2
 - 5.2.4.2.3. Nacionalidade 171
 - 5.2.4.2.3.1. Nacionalidade da mãe 172
 - 5.2.4.2.3.2. Nacionalidade PP1 174
 - 5.2.4.2.3.3. Nacionalidade PP2 175
 - 5.2.4.2.4. Freguesia 177
 - 5.2.4.2.4.1. Freguesia da Mãe
 - 5.2.4.2.4.2. Freguesia do PP1 178
 - 5.2.4.2.4.3. Freguesia do PP2 179
 - 5.2.4.2.5. Residência
 - 5.2.4.2.6. Profissão 184

- 5.2.4.2.6.1. Profissão da Mãe
- 5.2.4.2.6.2. Profissão do PP 185
- 5.2.4.2.7. Rendimentos 187
- 5.2.4.2.8. Tipo de Relação 190
 - 5.2.4.2.8.1. Da mãe com o PP1 191
 - 5.2.4.2.8.2. Da Mãe com o PP2 193
- 5.2.4.2.9. Tempo da Relação entre progenitores 194
- 5.2.4.2.10. Tipo de ligação com a mãe 197
 - 5.2.4.2.10.1. Tipo de ligação do PP1 com a mãe
 - 5.2.4.2.10.2. Tipo de ligação da mãe com o PP2 199
- 5.2.4.2.11. Tempo da Relação declarado pela mãe ou pelo PP 201
- 5.2.4.2.12. Local onde se conheceram 203
- 5.2.4.2.13. Local do encontro
- 5.2.4.2.14. Mãe conta gravidez 204
- 5.2.4.2.15. Relação dos progenitores após conhecimento da gravidez 205
- 5.2.4.2.16. Quanto tempo de gravidez
- 5.2.4.2.17. Razões do PP 206
- 5.2.4.2.18. Apelido 207
- 5.2.5. O Laboratório 209
 - 5.2.5.1. Tempo médio de realização dos exames
 - 5.2.5.2. O consentimento 210
 - 5.2.5.3. O custo dos exames 211
 - 5.2.5.4. Os processos com e sem ADN 212
 - 5.2.5.4.1. Quem se submete a exame? 213
 - 5.2.5.4.2. Que entidade realiza os exames? 214
 - 5.2.5.4.3. Os resultados dos exames 215
 - 5.2.5.4.4. Mais certezas científicas menos dúvidas
- 5.2.6. O Tribunal 219
 - 5.2.6.1. Diligências 220
 - 5.2.6.1.1. Diligências por conclusão do Processo 221
 - 5.2.6.1.2. Actores intervenientes nas diligências 222
 - 5.2.6.1.3. Sexo do Magistrado do MP 225
 - 5.2.6.1.4. Autor das diligências 226
 - 5.2.6.1.5. A duração processual 228
 - 5.2.6.1.5.1. Data Nascimento/Data Entrada
 - 5.2.6.1.5.2. Data de Nascimento/Data do Registo 229
 - 5.2.6.1.5.3. Data entrada/Visto em correição 231

5.2.6.1.5.4. Data de Nascimento/Conclusão do Processo

5.2.6.1.3.5. Conclusão do MP/ Conclusão do Juiz 232

5.2.6.1.5.6. Mês de saída 233

5.2.6.1.5.7. As imposições legais 235

5.2.6.1.5.8. Notificações, faltas e intervenção policial 236

5.2.6.1.5.8.1. A mãe

5.2.6.1.5.8.2. O PP 237

5.2.1.6.5.2. A multa 238

5.2.6.1.5.3. Custas Judiciais 239

5.3. As Averiguações Oficiosas de Paternidade e as Acções de Investigação de Paternidade – Da fase pré-judicial à judicialização da Paternidade 242

Capítulo VI

Dos casos tipificados na lei aos “fora da lei”: estudos de caso 255

6.1. Os casos tipificados na lei

6.1.1. A perfilhação voluntária – Uma declaração de vontade 256

6.1.2. A perfilhação condicionada pelo ADN – Uma declaração da ciência 258

6.1.3. A inviabilidade – Outra declaração de ciência 266

6.1.4. Viabilidade a dois tempos - A perfilhação por decisão judicial 276

6.2. Os “fora da lei” 283

Estudo de caso 1 - Incesto: Os tiques de cegueira 285

Estudo de caso 2 - Provas Científicas Contraditórias 291

Estudo de caso 3 - “Vaca que anda no monte não tem boi certo” 297

Estudo de caso 4 - “À mulher séria não basta sê-lo, tem que parecê-lo” 301

Estudo de Caso 5 - A Galinha canta mas não interessa quem pôs o ovo 305

Estudo de caso 6 - Síndrome do Patinho Feio 313

ESTUDO DE CASO 7 - O preconceito de nacionalidade I 319

ESTUDO DE CASO 8 - Preconceito de nacionalidade II 323

ESTUDO DE CASO 9 - A Galinha canta mas não é possível saber quem pôs o ovo I 325

Estudo de caso 10 - A Galinha canta mas não é possível saber quem pôs o ovo II 329

CAPÍTULO VII

Os diálogos da sociedade, da ciência e do direito. Respostas surdas para verdades inconvenientes 335

7.1. Caracterização das entrevistas

7.1.1. Os entrevistados 336

7.1.1.1. A Marta

7.1.1.2. A Cátia

7.2. Os temas abordados 338

7.2.1. O Menor 340

7.2.2. A mãe 341

7.2.3. O PP 352

7.2.4. O ADN 357

7.2.5. Perfilhação “à força”? 364

7.2.6. As Inviabilidades 370

7.2.7. A Cultura Profissional 373

7.2.8. As relações entre o social e o tribunal e entre o tribunal e a ciência 379

CONCLUSÃO 387

ANEXO 1 – GRELHA DE ANÁLISE 413

ANEXO 2 – ABREVIATURAS 421

BIBLIOGRAFIA 423

INDICE DE GRÁFICOS

- Gráfico 1: A AOP na justiça tutelar (2005) 131
- Gráfico 2: A AOP na justiça tutelar (2006) 132
- Gráfico 3: A AOP na justiça em Portugal (2005)
- Gráfico 4: A AOP na justiça em Portugal (2006) 133
- Gráfico 5: Distribuição dos resultados de AOP 135
- Gráfico 6 : Evolução dos Processos de AOP (1996/2006) 136
- Gráfico 7: Evolução da conclusão dos processos de AOP
- Gráfico 8: Evolução das conclusões dos processos de AOP por ano 138
- Gráfico 9: Evolução das inviabilidades face aos dados totais 139
- Gráfico 10: Evolução das pendências face aos totais 140
- Gráfico 11: A conclusão do processo 143
- Gráfico 12: Evolução dos nascimentos em Portugal (1996/2006) 145
- Gráfico 13: Perspectiva comparativa: AOPs, nascimentos e inviabilidades (1996/2006) 146
- Gráfico 14: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto do distrito judicial 156
- Gráfico 15: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto do distrito judicial – evolução das AOPs (2001/2006) 157
- Gráfico 16: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto nacional 158
- Gráfico 17: Conclusão das AOPs no contexto nacional e local 159
- Gráfico 18: Conclusão das AOPs 161
- Gráfico 19: Declaração de Ciência e Declaração de vontade 162
- Gráfico 20: Sexo do Menor 163
- Gráfico 21: Situação do Menor 164
- Gráfico 22: Idade da Mãe – Média 166
- Gráfico 23: Idade do PP1 – Média 167
- Gráfico 24: Idade PP2 – Média 168
- Gráfico 25: Estado Civil da mãe/conclusão do processo 169
- Gráfico 26: Estado Civil dos Progenitores 170
- Gráfico 27: Estado Civil do PP/Conclusão do processo 171
- Gráfico 28: Nacionalidade da mãe 173
- Gráfico 29: Nacionalidade da mãe/conclusão do processo
- Gráfico 30: Nacionalidade PP1 175

- Gráfico 31: Nacionalidade do PP2/conclusão do processo 176
- Gráfico 32: Nacionalidade dos progenitores – comparação entre as AOP e os casos inviáveis
- Gráfico 33: Freguesia da Mãe 178
- Gráfico 34: Freguesia do PP1 179
- Gráfico 35: Residência da Mãe 180
- Gráfico 36: Residência do PP1 181
- Gráfico 37: Residência PP2 182
- Gráfico 38: Residência do PP/conclusão do processo 183
- Gráfico 39: Residência da Mãe/Conclusão do Processo
- Gráfico 40: Rendimentos da Mãe – Média 188
- Gráfico 41: Rendimentos do PP1 – Média 189
- Gráfico 42: Tipo de relação da mãe com o PP1 – evolução (2001/2008) 192
- Gráfico 43: Tipo de relação da mãe com o PP1 193
- Gráfico 44: Tipo de relação da mãe com o PP1 e com o PP2 194
- Gráfico 45: Tempo da Relação – Comparação entre as AOPs no seu conjunto e os casos inviáveis 195
- Gráfico 46 – Tipo de Relação – comparação entre as AOPs e os casos inviáveis 196
- Gráfico 47: Tipo de ligação da mãe com o PP1 198
- Gráfico 48: Tipo de ligação da mãe com PP2 200
- Gráfico 49: Tipo de ligação com a mãe/Conclusão do Processo 202
- Gráfico 50: Tempo da relação – evolução (2001/2008) 204
- Gráfico 51: Tempo da relação (%)
- Gráfico 52: Conhecimento da gravidez 204
- Gráfico 53: Razões do PP 206
- Gráfico 54: Razões do PP nos casos inviáveis 207
- Gráfico 55: Apelido 208
- Gráfico 56: Média de realização dos exames 209
- Gráfico 57: Consentimento 210
- Gráfico 58: Custo dos exames 211
- Gráfico 59: Processos com e sem uso de ADN 212
- Gráfico 60: Laboratório que realiza os exames 215
- Gráfico 61: Dúvidas do PP 216
- Gráfico 62: Processos com e sem uso de ADN 217
- Gráfico 63: Processos com teste positivo e com teste negativo
- Gráfico 64: Processos inviáveis com ADN e sem ADN 218
- Gráfico 65: Evolução do uso do ADN 219
- Gráfico 66: Evolução das diligências – Média (2001/2008) 220
- Gráfico 67: Diligências/ Conclusão do Processos 221

- Gráfico 68 – Diligências em AOP e nos inviáveis 222
- Gráfico 69: Actores intervenientes nas diligências 223
- Gráfico 70: Actores intervenientes nas diligências (%) 224
- Gráfico 71: Sexo do Magistrado 225
- Gráfico 72: Sexo do autor das diligências 226
- Gráfico 73: Autor das diligências 227
- Gráfico 74: Data de Nascimento/Data de Entrada (média) 229
- Gráfico 75: Data de Entrada/Visto em correição (média) 231
- Gráfico 76: Data de Nascimento/Conclusão do Processo em AOP
- Gráfico 77: Conclusão do MP/Conclusão do Juiz (Média) 233
- Gráfico 78: Mês de saída do processo em AOP 234
- Gráfico 79: Trimestre de saída do processo em AOP 235
- Gráfico 80: A multa 239
- Gráfico 81 – As custas judiciais 240
- Gráfico 82 – Conclusão do processo em AOP e em AIP 244
- Gráfico 83 – ADN em AOP e em AIP 246
- Gráfico 84 – Laboratório que realiza as análises (em AOP e em AIP) 248
- Gráfico 85: Data de exame/Entrega do relatório em AOP e em AIP (média) 249
- Gráfico 86: Data de entrada/Visto em correição em AOP e em AIP 251
- Gráfico 87: Data de Nascimento / Conclusão do Processo em AOP e em AIP 252
- Gráfico 88: Data de Nascimento/Data de Entrada em AOP e em AIP 253

ÍNDICE DE QUADROS

- Quadro 1: A AOP segundo os dados da PGR 123
- Quadro 2: A AOP segundo os dados do MJ 124
- Quadro 3: A AOP segundo os dados do OPJ 125
- Quadro 4: A conclusão dos processos segundo a PGR 127
- Quadro 5: A conclusão dos processos segundo o MJ
- Quadro 6: A conclusão dos processos segundo o OPJ
- Quadro 7: A Justiça Tutelar Cível (2005/2006) 130
- Quadro 8: Movimento processual do MP nos Tribunais de Família e Menores 133
- Quadro 9: Relação entre os nascimentos e os processos de AOP em Portugal (1996/2006) 144
- Quadro 10: Tribunal de Família e Menores do Senhor da Pedra – Processos Distribuídos no Ano 154
- Quadro 11: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto do distrito judicial 157
- Quadro 12: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto nacional 158
- Quadro 13: Conclusão do Processo de AOP no contexto nacional e local 159
- Quadro 14 : Idade da Mãe – Média 165
- Quadro 15: Idade do PP1 – Média 166
- Quadro 16: Idade PP2 – Média 167
- Quadro 17: Estado civil dos progenitores 170
- Quadro 18: Nacionalidade da mãe 172
- Quadro 19: Nacionalidade PP1 174
- Quadro 20: Freguesia da Mãe 177
- Quadro 21: Freguesia do PP2 179
- Quadro 22: Residência da Mãe 180
- Quadro 23: Residência do PP1 181
- Quadro 24: Residência PP2 182
- Quadro 25: Profissão da mãe 185
- Quadro 26: Profissão PP1 186
- Quadro 27: Rendimentos da Mãe – Média 188
- Quadro 28: Rendimentos do PP1 – Média 189
- Quadro 29: Tipo de relação da mãe com o PP1 – evolução (2001/2008) 191
- Quadro 30: Tipo de relação da mãe com o PP1 193
- Quadro 31: Tipo de relação da mãe com o PP1 e com o PP2 194

Quadro 32: Tipo de ligação do PP1 com a mãe 198

Quadro 33: Tipo de ligação da mãe com o PP2 199

Quadro 34: Tempo da relação 201

Quadro 35: Evolução do uso de ADN 218

INTRODUÇÃO

As averiguações 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.

O avanço da ciência e a utilização dos perfis genéticos de ADN ao serviço da justiça pareciam prometer uma redução drástica da incerteza e, dessa forma, contribuir para melhor justiça, maior respeito pelos direitos dos cidadãos e melhor protecção dos seus interesses, em particular, e no caso que aqui me ocupa, dos menores.

A utilização destas técnicas passou a fazer parte dos procedimentos de rotina dos peritos que colaboram com as instituições judiciais e que participam na produção de provas que devem responder, simultaneamente, às exigências de carácter científico-técnico e à admissibilidade perante a justiça (Gonçalves, 1991, 2002; Jasanoff, 1992). Porém, investigações realizadas em vários países sobre o uso das técnicas de identificação por perfis genéticos de ADN têm mostrado as tensões entre os esforços de padronização dos procedimentos de recolha, processamento e avaliação dos materiais biológicos, por um lado, e a heterogeneidade que até agora se tem revelado irreduzível dos sistemas judiciais nacionais, por outro.

No domínio das averiguações de paternidade – em que, em princípio, os problemas relativos à disponibilidade, acessibilidade e controlo dos materiais biológicos utilizados nas perícias são consideravelmente menores do que nos casos criminais - as diferenças entre ordenamentos jurídicos e sistemas judiciais nacionais estão na base de diferenças consideráveis em termos do modo como esses processos têm lugar e nos seus resultados. Esta é uma área em que o recurso ao saber pericial é

de importância crucial (Thompson, 1989; Berry, 1991; Balmaseda, 1995; Cañadas e Castillo, 1998; Ramia e Carracedo, 1998) mas em que, ao mesmo tempo, a apreciação das provas periciais se faz num quadro em que, como mostraram estudos recentes (entre eles, Machado, 2002), assumem um papel central as concepções dos papéis e da moral sexual e as avaliações da qualidade e fiabilidade dos testemunhos por parte dos juizes e magistrados. Por outro lado, em Portugal, diferentemente do que se passa noutros países, é o próprio direito que impõe que a paternidade seja investigada, de modo a cumprir o preceito institucional do direito de cada cidadão a conhecer o seu pai, no supremo interesse da criança. Por isso, cabe ao Estado, por intermédio do Ministério Público, desencadear os processos de Averiguação Oficiosa de Paternidade (AOP).

Assim, se a técnica de investigação do perfil genético de ADN com vista a encontrar a verdade biológica, em si mesma, e em teoria, está facilitada desde logo porque se eliminam as contingências que surgem nos casos crime, aqui podemos, contudo, contar com outras fontes de problemas. Na verdade, como refere Helena Machado " *[e]studar a prática judicial de investigação de paternidade implica também abordar uma forma particular de relação entre o estado e os cidadãos que conduz à análise para a esfera da cidadania no âmbito dos direitos civis constitucionalmente garantidos, nomeadamente o direito à "identidade pessoal"*" (Machado, 2002: 67).

A relevância de estudos sobre os temas das perícias forenses e das averiguações de paternidade não parece merecer contestação. Porém, se em diferentes países europeus é já significativo o número de cientistas sociais que a ele se têm dedicado, dão os primeiros passos em Portugal. Dois estudos recentes na área da sociologia foram elaborados sobre temas próximos do que aqui se pretende investigar e oferecem pontos de partida tanto para a problemática como para o enquadramento teórico e a orientação metodológica deste. Não será pois de estranhar a recorrência com que me referirei a eles constituindo pontos de referência numa área em que tão poucos estudos foram realizados e tão pouco foi investigado.

"Filho da (sua) mãe" surge em sequência da minha tese de mestrado em Sociologia intitulada "A Justiça em Laboratório" (Costa, 2001), cujo trabalho empírico

foi efectuado no Instituto de Medicina Legal de Coimbra (hoje, Instituto Nacional de Medicina Legal). Neste trabalho procurou-se identificar as forças e as fragilidades do uso da identificação dos perfis genéticos tentando perceber, em simultâneo, como se joga a tensão entre uma ciência que se globaliza e um direito que permanece localizado. Nesse sentido, e caracterizando-se Portugal por certas especificidades próprias de um país de condição semiperiférica, tanto no plano da administração da justiça como no da actividade científica, tentou-se perceber como a ciência forense nos pode ajudar a olhar mobilizando o “privilégio da perspectiva parcial” (Haraway, 1991) para a relação entre a ciência e o direito. Uma descrição da técnica de identificação genética por perfis de ADN serviu de ponto de partida à discussão dos enviesamentos, contaminações e manipulações que podem estar associados à técnica e à sua execução. Para isso, partiu-se da proposta de Bruno Latour (1990) de tratar os objectos científicos como *móveis imutáveis*, já que, não obstante manterem a sua identidade de modo a poderem ser reconhecidos como os “mesmos” do início ao fim de uma investigação ou de uma sequência de procedimentos técnicos, eles vão sendo apropriados, reapropriados e transformados por diferentes actores sociais, em diferentes contextos, com especificidades próprias. Através de três perspectivas diferentes, a dos objectos, a dos espaços e a dos actores, o estudo procurou seguir o dispositivo que, articulando estas três perspectivas, permite transformar os vestígios encontrados na cena do crime em provas admissíveis em tribunal. Esta análise facilitou a compreensão de como se constrói uma *plataforma* em ciência forense, numa apropriação do conceito proposto por Alberto Cambrosio e Peter Keating (1999), mostrando como os objectos passam sucessivamente pelas mãos de diferentes actores que, em espaços diferentes e a partir de lógicas de acção e de interesses distintos constroem a sua interpretação dos “factos”, muitas vezes sem que se tenha em consideração a complementaridade laboral que permite limitar as *zonas de fronteira* entre o trabalho de diferentes actores e, ao mesmo tempo, as condições de articulação destes.

Um outro estudo, uma tese de doutoramento de autoria de Helena Machado (2002), abordou os usos das perícias em casos de averiguação de paternidade sob o ponto de vista da regulação da sexualidade feminina e do comportamento

procreativo das mulheres. A autora considerou a prova forense no quadro de uma configuração de provas, cuja interpretação está condicionada pelos pressupostos e concepções dos juízes e magistrados do Ministério Público acerca do comportamento sexual e reprodutivo das mulheres. As concepções da moral sexual e dos papéis femininos na ordem da reprodução assumem aqui um forte peso que tem como consequência uma ponderação do valor e da relevância da prova forense que são distintas das que assume nos casos criminais. É o próprio direito português que refere a pertinência da prova dita “tradicional” da exclusividade de relações sexuais¹ por parte de uma mulher com o pretense pai do menor durante o período legal de concepção. Nesse sentido, não é de estranhar que, neste tipo de casos, a prova testemunhal ainda tenha um grande peso na avaliação feita pelo juiz. Na verdade, em Portugal, a este nível, o comportamento sexual quotidiano da mulher, aos olhos do juiz, ainda tem um peso significativo na avaliação do conjunto de provas periciais, testemunhais ou documentais.

As duas investigações referidas foram conduzidas por preocupações e interrogações que, embora convergindo parcialmente com as que estão na origem do presente estudo, não são coincidentes. Este último centra-se num aspecto que não chegou a ser abordado por nenhum deles: o do funcionamento do sistema judicial e da sua relação com a perícia forense e de como se constrói aqui uma epistemologia cívica (Jasanoff, 2005) que articula direito e ciência forense através de casos de averiguação oficiosa de paternidade.

A contribuição dos estudos sociais da ciência para o enquadramento teórico deste estudo situa-se, sobretudo, na conceptualização da prova como entidade híbrida, resultante de um processo que envolve, em distintos momentos e através de diferentes espaços (o laboratório e o tribunal), um conjunto heterogéneo de actores que procuram construir uma configuração de elementos que seja suficientemente robusta para ser admitida e apreciada segundo critérios científicos e jurídicos. Esta perspectiva será utilizada para investigar tanto a produção e avaliação das provas forenses como de provas testemunhais e documentais. Ela parte da noção de que as provas têm uma biografia, isto é, que os materiais que lhes servem de base passam

¹ Artigo 1798º do Código Civil.

por transformações ao longo do tempo, realizadas no respeito de certas regras, que lhes conferem uma forma e uma robustez que as tornam admissíveis perante a justiça.

No domínio a que se refere este estudo serão ainda tomados como pontos de partida algumas das conclusões dos estudos realizados por Boaventura de Sousa Santos e pelo Observatório Permanente da Justiça, sediado no Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Desde logo, o facto de Portugal ser caracterizado por especificidades que a investigação sociológica recente, em particular na sociologia do direito, tem permitido identificar e caracterizar em pormenor (Santos *et al*, 2006; Gomes, 2003; Gomes e Pedroso, 2001; Dias, 2001a; Dias, 2001b; Ferreira *et al*, 1999; Santos *et al*, 1996): uma Constituição muito avançada, com uma definição muito ampla dos direitos dos cidadãos, mas também uma acentuada discrepância entre muito do que é legislado e a sua aplicação efectiva, ou seja, aquilo que se designa pelo “direito nos livros” (“law in books”) e o “direito em acção” (“law in action”). Por outro lado, o distanciamento existente entre os cidadãos e o sistema judicial português: sabendo-se que muita da litigiosidade não chega sequer à fase de julgamento – e o caso das AOPs não constitui excepção –, torna-se necessário perceber como são resolvidos ou dados por concluídos esses casos. Outra das conclusões desses mesmos estudos refere-se ao difícil acesso à justiça. No quadro desta investigação, procura-se determinar o modo como se realiza, na prática, o acesso à justiça, quais os recursos que o permitem e quais os obstáculos a esse acesso. Será considerada aqui a especificidade de um domínio em que é o próprio Estado, através do Ministério Público, a desencadear a acção que deverá levar ao cumprimento do direito que todo o cidadão tem de conhecer o seu pai.

Um outro aspecto que assume uma importância central nos casos de averiguação de paternidade diz respeito ao comportamento sexual da mulher e à sua avaliação pelos actores do sistema judicial (Machado, 2002). Importa analisar essa centralidade enquanto modo de condicionar o acesso à justiça em função dos padrões de normalidade ou aceitabilidade do comportamento sexual e procreativo tanto nas mulheres como nos homens. Finalmente, e tendo em conta, de novo, o peso dos pressupostos e concepções do juiz face aos comportamentos sexuais da mulher, importa perceber como a prova científica é aqui encarada, como ela é avaliada no

quadro de uma configuração de provas que inclui ainda as provas testemunhais e documentais, e como essa avaliação pode variar em função do contexto e das características dos actores – por exemplo, a maior ou menor familiaridade dos magistrados e juizes com as provas científicas, a sua produção ou as condições da sua validação, as limitações de tempo, de recursos, etc.

Sabe-se hoje que o número de averiguações oficiosas de paternidade (AOP's) ao longo da década de 90 do século XX foi crescendo; sabe-se que o número de casos que foram dados por concluídos antes de chegar a julgamento tem crescido também; durante esse período, a percentagem de casos em que não se chegou a uma identificação foi também crescente; e foi crescente, em contraste, a capacidade de resolução dos principais problemas técnicos associados à produção de provas periciais neste domínio. Importa perceber por que é que continuamente tem existido um número significativo de casos em que, sendo o Estado a procurar e a “obrigar” a conhecer a verdade biológica, não consegue ser bem sucedido nessa tarefa.

Esta é, sem dúvida, uma questão que está na ordem do dia, numa sociedade em que os problemas relativos à protecção de menores tendem a ocupar um lugar crescente no debate político e nos meios de comunicação social² (Duarte, 2007).

Tendo em conta o quadro que foi delineado, este estudo tem como objectivo a análise pormenorizada do modo como são produzidas e avaliadas as provas – incluindo as provas científicas, testemunhais e documentais – nos processos de averiguação oficiosa de paternidade (AOP) e nos processos de acção de investigação de paternidade (AIP), os modos de intervenção dos diferentes actores institucionais e como se produz conhecimento público considerado fiável e robusto neste tipo de processos.

Escrevi, em 2001 (Costa et al) que *“[a] história da constituição e das transformações do direito moderno tem sido acompanhada por tentativas recorrentes de pensar as suas relações com outra das instituições centrais da modernidade, a ciência. Essas relações têm conhecido diferentes manifestações, que vão da tentativa*

² Veja-se o caso Joana em 2004, o caso Vanessa, em 2005, o caso Esmeralda, embora com contornos distintos (que vem a público em 2006 e que se arrasta até hoje) ou, ainda, o caso Maddie e, o caso Alexandra, a menina russa entregue pela mãe biológica a uma família de acolhimento.

de constituir o próprio direito como uma ciência positiva à imagem das ciências da natureza que emergiram no século XIX, à apropriação, pelas ciências, de procedimentos de apresentação e avaliação dos resultados de investigação científica segundo o modelo de avaliação de provas e de deliberação próprios dos tribunais, passando pelas tentativas de utilizar os meios de investigação desenvolvidos pelas ciências para reduzir a incerteza e a subjectividade que, alegadamente, afectariam negativamente a qualidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, estariam na origem de injustiças e de erros judiciários” (Costa e Nunes, in Nunes e Gonçalves (org.), 2001: 107 – 108).

“Filhos da (sua) mãe” articula um aspecto circunscrito da co-produção do conhecimento e do social que se utiliza na relação entre a ciência e o direito. Resolver problemas eminentemente científicos implica tentarmos perceber e reestruturar a ordem social. A ordem social só pode ser reestruturada enquanto o seu conhecimento não estiver totalmente estabilizado e perfeitamente situado (Haraway, 1991). O estudo enquadra-se na perspectiva do *idioma co-producionista* (Jasanoff, 2004) ao procurar escrever e reescrever a fronteira entre o social e o natural, enquadrando a aplicação da ciência no mundo social mostrando, por um lado, a autonomia dos diversos campos do saber mas, em simultâneo, as articulações que podem emanar dos diversos saberes conjugados. Procura-se perceber um aspecto de ordem social através da sua ligação à ordem natural, não desprezando actores sociais relevantes e os não-actores³ (entidades heterogéneas que constituem uma rede), na medida em que todos eles (quer falemos do mundo social, quer falemos do mundo natural, ciência básica, ciência aplicada, conhecimento dominante ou formas alternativas de conhecimento, actores e não-actores) podem ser mobilizados, em contextos distintos possibilitando a demarcação das fronteiras que os separam mas, alternativamente, esses mesmos actores e modos de conhecimento podem também *“através do reconhecimento recíproco do seu carácter incompleto e da procura da inteligibilidade mútua”*, ultrapassar as suas fronteiras permitindo obter novos modos de conhecimento (Nunes, 2007: 53).

³ Cf. a designação proposta por Bijker et al: “heterogeneous entities that constitute a network” (Grint e Woolgar, 1997: 28).

É pois uma perspectiva da emergência de complementaridades e articulações entre os diversos modos de conhecer e de saber que se pretende enfatizar. " *Tais entidades (mais correctamente designadas de actantes⁴, para enfatizar o ponto semiótico que quer humanos quer não-humanos devem ser incluídos na análise) são analisados através de um prisma de 'agnosticismo' ou imparcialidade entre actores; 'simetria generalizada - o desenvolvimento de uma perspectiva que mantenha os mesmos termos e métodos para diferentes entidades; e 'livre associação' - a rejeição de todas as distinções a priori entre o chamado mundo 'social' e o chamado mundo 'natural' "* (Callon, apud, Grint and Woolgar, 1997: 28)⁵.

Pretende-se contribuir para o objectivo delineado por Sheila Jasanoff para este tipo de abordagem: " *A co-produção pode assim ser vista como uma crítica da ideologia realista que persistentemente separa os domínios da natureza, factos, objectividade, emoção e política. Porém, a co-produção, (...) não deve ser avançada como uma teoria completamente emplumada, reclamando consistência de lei e poder preditivo. É mais do que um idioma - uma forma de interpretar e prestar contas para fenómenos complexos de forma a evitar as supressões e omissões estratégicas da maioria das outras perspectivas nas ciências sociais"* (Jasanoff, 2004: 3).

Com recurso ao idioma co-producionista proposto por Sheila Jasanoff, pretende-se, não apenas tratar os diversos campos de conhecimento numa perspectiva conjunta, mas criar " *a possibilidade de ver certas forças "hegemónicas" não como adquiridas mas como os (co)-produtos de interacções e práticas contingentes"* (Jasanoff, 2004: 36). Em suma, o idioma da co-produção permite-nos assim aceder a uma *ecologia de saberes*, que embora assente no conhecimento hegemónico e dominante, nos permite ir mais além, deixando ver e perceber essa ecologia como resultado de uma encruzilhada de saberes e práticas, algumas delas baseadas em conhecimentos ditos leigos ou profanos.

⁴ Conceito proposto por Bruno Latour, "emprestado" da semiótica, associado à Actor Network Theory (Teoria do Actor Rede), segundo a qual o actante não pode ser tido nem como um actor, nem como o sistema no qual opera e intervém.

⁵ Todas as citações foram traduzidas do original para português, sendo minha a responsabilidade dessa tradução.

Esta abordagem é completada pela indagação sobre a emergência de uma *epistemologia cívica* (Jasanoff, 2005), ou seja, de um modo de produção e validação do conhecimento público que está associado ao tema central deste estudo. Torna-se necessário perceber de que forma os cidadãos têm parte activa nestas novas questões e, para além disso, importa perceber de que forma a politização da ciência afecta os cidadãos e o significado de cidadania.

Este estudo teve como principal terreno um Tribunal de Família e Menores do Norte de Portugal, tendo-se baseado numa amostra de 123 processos de AOP e 9 processos de AIP, entrados no tribunal entre Fevereiro de 2001⁶ e Outubro de 2008. Foi adoptada para esta investigação uma versão do método de caso alargado (Burawoy *et al*, 1991, 2000), que se baseia na análise aprofundada de um conjunto de casos que concentram de forma densa e exemplar características que permitem elucidar os aspectos cruciais do problema em estudo. O trabalho de terreno foi sendo complementado com entrevistas a cientistas e técnicos do laboratório, mães que passaram por processos de AOP, magistrados judiciais, magistrados do Ministério Público e, ainda, técnicos de serviço social.

Interessa não apenas conhecer o sistema, mas identificar quais são os possíveis bloqueios, deficiências e problemas existentes em Portugal no âmbito da AOP, perceber como está organizado e como se realizam as investigações de paternidade e, em especial, o papel das perícias forenses nestes casos. Procura-se determinar o número de casos em que não se consegue identificar um pai, sabendo-se de antemão que essa busca não parte dos verdadeiros interessados/implicados, mas é accionada compulsivamente pelo próprio Estado. Paralelamente, sabendo-se que existem hoje técnicas de investigação de perfis genéticos de ADN que permitem identificar com uma probabilidade muito elevada o pai biológico, como se explica que continue a existir um número significativo de casos em que não se consegue determinar quem é o pai?

Importa compreender como o direito e os seus actores tratam a ciência e, por outro lado, como a ciência influencia o direito e as provas, ou melhor dizendo, a acção da justiça na área da investigação de paternidade.

⁶ Data de entrada em funcionamento deste Tribunal de Família e Menores.

Parto, assim, de quatro hipóteses centrais.

A primeira hipótese de trabalho de que parto é que o Ministério Público assume, em nome do superior interesse do menor, uma missão que não está a cumprir.

A segunda hipótese de trabalho é que a morosidade da justiça leva que muitos casos prescrevam sem que a verdade biológica seja apurada.

A terceira hipótese de trabalho é que o comportamento moral e sexual da mãe continua a condicionar o desfecho dos processos de AOP.

E, por fim, a quarta hipótese de trabalho é que técnicas como a elaboração de perfis de DNA são utilizadas de forma fortemente marcada pela discricionariedade, em função dos casos.

Será através da utilização de uma grelha de análise⁷ e de entrevistas realizadas a alguns actores intervenientes no processo de AOP que testarei as hipóteses que aqui apresento.

No **primeiro capítulo** faço uma caracterização do processo de AOP, bem como o mapeamento de alguns dos principais marcos do enquadramento normativo da filiação no nosso país, analisando essa evolução à luz da actual lei de Averiguação Oficiosa de Paternidade. Perceber o enquadramento normativo das AOPs, porém, exige que se tenha em conta que a defesa dos interesses do menor é alcançada através da regulação das famílias. Será dedicada alguma atenção às formas de regulação desencadeadas pelo Estado ao longo dos tempos, em particular no que respeita ao namoro e ao casamento e, no caso em concreto, de que forma é que o estado regula as famílias através dos nascimentos.

Esta análise permite ver de que forma a AOP se constitui como uma consequência lógica da regulação realizada pelo Estado relativamente ao casamento e ao nascimento e, nesse sentido, importa perceber quais os critérios-chave que sustentam a regulação da paternidade, quais as rupturas e continuidades com o passado e de que forma o ADN pode ajudar a combater as fragilidades inerentes ao processo de identificação biológica da paternidade.

O **segundo capítulo** é central para esta análise, abordando a relação entre a ciência, a tecnologia, a sociedade e o Estado, de uma forma mais ampla,

⁷ Cf. anexo 1.

introduzindo aqui alguns elementos conceptuais de grande relevância no sentido de um melhor entendimento da evolução da sociedade através do conceito, proposto por Sheila Jasanoff, de co-produção. Através desta conceptualização teórica, será possível uma melhor compreensão das relações entre a ciência e o direito, em particular da co-produção da ciência e do direito, tendo em conta a complexa teia de actores, espaços e objectos envolvidos. Procura-se identificar e caracterizar esses actores, esses espaços e objectos, e de que forma a ciência é apropriada por cada um deles, mas também de que forma a ciência pode contribuir para o objectivo da realização da justiça e do apuramento da verdade. O papel do Estado no uso da ciência, o papel do Estado na obrigatoriedade da identificação biológica de todo o cidadão com registo de nascimento incompleto, e ainda a questão da relação entre público e privado na procura da verdade biológica serão aqui analisados com vista a entender a relação mantida entre velhos e novos direitos de cidadania, sendo dada particular atenção a alguns direitos de cidadania que no âmbito desta análise podem estar em risco. Em confronto estarão, não apenas os direitos tradicionais, como o direito à reserva da intimidade da vida privada ou o direito à não discriminação, mas também novos direitos de cidadania, intimamente ligados à questão da identidade genética e da relação entre vínculo biológico e vínculo social, mas, desta feita, tendo em consideração a crescente importância dos genes na definição da identidade pessoal e das relações sociais. O capítulo termina com uma referência aos conceitos emergentes de biocidadania e de biovigilância.

Tendo em conta a presença da ciência no auxílio à justiça, o **terceiro capítulo** aborda uma outra questão que, inevitavelmente, se entrecruza com as AOPs e com a protecção dos menores: o valor da paternidade afectiva e da paternidade biológica. Através de uma análise sociológica sobre as diferentes formas de vida em conjugalidade que a sociedade contemporânea tem vindo a conhecer e da análise cruzada entre o modo como em diferentes países se tem vindo a dar enquadramento a essas formas, procura-se, através de alguns exemplos, compreender como a paternidade biológica é, ou pode ser, mais relevante do que a paternidade social ou afectiva. Através da análise de algumas situações em concreto, como a Procriação Medicamente Assistida, a homossexualidade ou a adopção tentar-se-á entender que

tipo de enquadramento normativo sustenta estas situações e as aproxima ou afasta, das AOP. Quando falamos em AOP, estaremos perante um direito do menor a ver o seu registo de nascimento completo, com indicação do nome de ambos os progenitores ou, dado o peso do vínculo biológico, estaremos perante um certificado de “autenticidade” identitária garantida pelo recurso à genética?

O **quarto capítulo** faz uma análise dos dados nacionais sobre as AOP em Portugal. As dificuldades encontradas na análise desses dados, justificam as discrepâncias e descoincidências na produção de dados por diferentes entidades, mas referentes aos mesmos fenómenos. Com base em fontes oficiais, é feito um retrato das AOPs em Portugal, que permitirá explicitar as decisões metodológicas que estiveram subjacentes a este trabalho e justificar a escolha do Tribunal do Senhor da Pedra para esta investigação.

É no **quinto capítulo** que, ao mesmo tempo que são dados a conhecer os resultados do trabalho empírico, o leitor será confrontado não apenas com as sub-hipóteses de trabalho que se pretende testar, mas igualmente, com alguns dados empíricos produzidos por outros trabalhos e que podem aqui ser usados de forma comparativa. Apresenta-se, ainda, uma breve análise quantitativa comparativa do que distingue as AOPs e as AIPs, quer no plano prático, quer no plano normativo.

Esta análise é complementada no **sexto capítulo** através de um olhar centrado, por um lado, nos casos tipificados na lei e, por outro, nos casos que aqui designo de “fora da lei”. Tanto para uns como para outros, começo por uma descrição, baseando-me na evolução cronológica dos registos processuais para, a seguir, tecer alguns comentários sobre cada um dos casos. No que respeita aos registos processuais, é feita uma análise de quatro situações típicas, abrangendo as várias situações possíveis: um caso de perfilhação voluntária, um caso de perfilhação condicionada pelo ADN, um caso de inviabilidade e um caso em que em fase de AOP o processo é considerado viável, havendo indicação para prossecução do processo em fase judicial (AIP). No que respeita aos casos, é feita uma análise mais pormenorizada do que designo de casos “fora da lei”, que merecem tratamento autónomo pelas suas peculiaridades e, em particular, porque ilustram o insucesso do MP na busca da identidade do menor. Serão analisados dez estudos de caso: o

primeiro estudo de caso, embora abordando uma questão antiga - o incesto - é aqui tomado como caso “fora da lei” na medida em que, a partir do momento em que é assumida, por vezes, através de “provas fracas” a possibilidade de se tratar de uma relação incestuosa, o processo é terminado, não dando lugar a qualquer outra diligência; o segundo estudo de caso aborda provas científicas contraditórias, evidenciando que diferentes decisões científicas podem ser diferentemente valoradas; o terceiro estudo de caso analisa uma situação de prostituição; o quarto estudo de caso, apresentando contornos semelhantes ao anterior, surge como uma espécie de “prostituição camuflada” e, nesse sentido, a sua relevância advém do facto de se poder comparar de que forma o MP, em duas situações idênticas, aprecia os casos; o quinto estudo de caso apresenta duas particularidades: por um lado, é mais uma situação de prostituição e, nesse sentido, pode ser comparado com os dois processos anteriores, por outro lado, trata-se de um caso que, embora com um número considerável de provas testemunhais que indiciam a identidade do presumível pai, na ausência de teste genético que o comprove, e devido a prescrição do tempo imposto por lei para concluir o processo, segue para a fase judicial; o sexto estudo de caso constitui-se como um dos raros exemplos em que é solicitada a colaboração da Segurança Social na produção de um inquérito social à mãe, evidenciando um pormenor que, aparentemente, determina o desfecho do processo: a raça do presumível pai, sendo relevante perceber se essa condição pode ser determinante na conclusão do processo; o sétimo estudo de caso analisa a AOP num processo cuja mãe é de nacionalidade estrangeira e o oitavo estudo de caso analisa a AOP numa situação em que o presumível pai é estrangeiro. Ambos os estudos de caso permitem explorar de que forma a nacionalidade dos progenitores pode condicionar o desfecho do processo. Por fim, os dois últimos estudos de caso (estudo de caso 9 e estudo de caso 10) abordam uma nova questão, decorrente das novas formas de vida em conjugalidade e que começam a surgir cada vez com mais frequência nos tribunais: as AOPs derivadas de procriação medicamente assistida. Estes dois casos são de extrema relevância, não só porque nos levam ao encontro de recentes situações em AOP, como nos revelam não apenas outras formas de vida em conjugalidade que dão aso a diferentes situações de AOP, como ainda nos remetem

para uma re-configuração de “novas mães” em processos de AOP com perfis distintos das mães que outrora se encontravam envolvidas neste tipo de processos.

O **capítulo sétimo**, através da análise das entrevistas efectuadas a alguns actores considerados relevantes, tenta pôr em diálogo os diferentes actores, confrontando saberes e práticas do seu quotidiano, o que nos permite fazer uma análise crítica das questões que se constituem como as mais relevantes para o estudo da Averiguação Oficiosa de Paternidade em Portugal.

“ Filho da (sua) mãe”, o título escolhido para esta tese de doutoramento surgiu por duas vias: em primeiro lugar porque, todos os casos que envolvem processos de AOP significam que existe um menor que não tem o seu pai reconhecido no boletim de nascimento e, nesse sentido, enquanto a verdade biológica não for apurada, ou enquanto o presumível pai não perfilhar voluntariamente o menor, ele continuará a ser, para todos os efeitos práticos, filho apenas da mãe. Por outro lado, os relatórios produzidos, quer pelo MP, quer pelo juiz, abordam invariavelmente os casos usando precisamente essa expressão. O seu uso em ambiente judicial, a meu ver, pode explicar-se pelo facto de a justiça assumir como certa a maternidade, mas, fazendo a apologia da justiça cega, mostrar distanciamento em relação a uma paternidade (ainda) não provada e, dessa forma, fazer jus à máxima “*mater sempre certa est pater nunquam*”.

Um resultado deste trabalho poderá ser a demonstração da desadequação da lei que sustenta as AOPs, não só por se basear em pressupostos que poderão ser considerados retrógrados à luz do pensamento jurídico contemporâneo, mas também por estar longe do padrão de sociedade e de família que hoje encontramos na sociedade contemporânea. E, porque é do interesse dos menores de que aqui, em última análise, se fala, sugere-se a urgência de uma reflexão profunda sobre como definir esse interesse, uma reflexão que deverá envolver todos os actores sociais que foram encontrando voz ao longo deste estudo.

CAPÍTULO I

Família, Estado e Regulação

1.1. O Procedimento jurídico da Averiguação de Paternidade

Na actualidade a Averiguação Oficiosa de Paternidade (AOP), em Portugal, é da responsabilidade do Estado, 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 do pai da criança⁸. Nessas situações, cabe ao funcionário do registo civil remeter ao tribunal competente a certidão de nascimento “incompleta”, desde que os progenitores não sejam parentes e não tenham passado mais de dois anos sobre o nascimento do menor. 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 emancipação⁹.

Antes da judicialização da acção (de se proceder à Acção de Investigação de Paternidade - AIP), que compete ao Tribunal¹⁰, existe um momento anterior, de investigação preliminar, designado por Acção Oficiosa de Paternidade (AOP) a cargo do Ministério Público¹¹ e dos Tribunais de Família e Menores, que consiste em recolher todas as provas e indícios considerados úteis para a identificação do pretenso pai.

⁸ O artigo 1864º do Código Civil preceitua que “[s]empre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai”.

⁹ O prazo de dois anos imposto pela lei pode ser visto, segundo Guilherme de Oliveira, por dois prismas: o da cautela e o do estímulo: “uma cautela do Estado em não onerar os seus agentes com procedimentos dificultados, ou de êxito incerto, pelo envelhecimento das provas; um estímulo, no sentido de as entidades competentes não protelarem as diligências e de proporem, sem grande demora, a acção dirigida ao estabelecimento do vínculo – cumprindo o seu dever funcional, satisfazendo o interesse público e, reflexamente, o interesse dos particulares que descansarão sobre a actividade oficiosa” (Oliveira, 2003: 148).

¹⁰ Embora ambas sejam da competência do tribunal, a AOP é da competência da magistratura do MP e a AIP é da competência da magistratura judicial.

¹¹ A este propósito conferir a Lei nº 60/98, de 28 de Agosto sobre o Estatuto do Ministério Público. No âmbito do seu estatuto, realce-se o papel que lhe é atribuído na defesa do interesse dos menores.

Essas diligências efectuadas pelo Ministério Público incluem: os inquéritos ou inquirições à mãe do menor, ao pretense pai e às testemunhas indicadas¹²; pedido de relatórios aos serviços da Segurança Social ou ao Instituto de Reinserção Social (IRS) sobre a situação sócio-económica e moral da mãe do menor – o chamado Inquérito Social; pedido de elaboração de exames serológicos e testes de paternidade (com frequência crescente a partir da década de 90); e pedidos de notificação e de paradeiro às entidades policiais (GNR ou PSP).

Reunidos estes elementos, caso a AOP seja considerada “viável” pelo juiz dá-se início a uma acção ordinária de investigação de paternidade (AIP)¹³. 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 científica¹⁴. 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 pela procedência ou improcedência do caso, isto é, Perfilhação por Decisão Judicial, sendo nestas circunstâncias lavrado *Termo de Perfilhação*, ou considerar o caso improcedente se não tiverem sido reunidas as provas necessárias para atribuir com certeza a paternidade biológica a determinado indivíduo¹⁵.

As únicas excepções que se podem encontrar para que o processo não percorra todos estes passos são: 1) o terem decorrido mais de dois anos sob o nascimento do menor; 2) estar-se perante relações incestuosas; 3) a perfilhação voluntária do menor pelo pretense pai (PP). A primeira situação deve originar um processo de AIP; a segunda situação determina o arquivamento do processo; e na terceira situação, que

¹² Designado por Auto de Inquirições ou Auto de Declarações. “São obrigatoriamente reduzidos a escrito os depoimentos dos pais ou dos presumidos progenitores e as provas que concorram para o esclarecimento do tribunal” (artigo 202º, nº 2 da OTM).

¹³ O número 5 do artigo 1865º do Código Civil refere que “[s]e o Tribunal concluir pela existência de provas seguras da paternidade, ordenará a remessa do processo ao agente do Ministério Público junto do tribunal competente, a fim de ser intentada a acção de investigação.”

¹⁴ A prova científica pode entrar apenas na fase de AIP, nada impedindo que não seja solicitada em fase de AOP, como veremos mais adiante.

¹⁵ Cf. artigo 1864º e 1865º do Código Civil. “Aos Tribunais de Família e Menores apenas cabe a averiguação oficiosa de paternidade, sendo incompetentes em matéria de AIP ou de Impugnação de Paternidade Presumida para as quais apenas os tribunais comuns são competentes”. (Ramião, 2005: 157 e ss).

pode ocorrer em qualquer fase do processo, é lavrado *Termo de Perfilhação* e, conseqüentemente, procede-se ao arquivamento do caso¹⁶.

Em termos gerais, é este o procedimento jurídico da averiguação de paternidade no nosso país, sendo visível a centralidade do Estado como principal zelador do que a lei define como os interesses do menor.

1.1.1. Principais etapas do procedimento

Até às alterações decorrentes do 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 progenitor. Desta forma, o Estado, por intermédio do MP, passou a ter a seu cargo a função pública de regulação legal da paternidade. O Código Civil de 1966 passou a admitir o Estado como autor da investigação de paternidade, criando-se a figura processual da AOP ilegítima¹⁷.

A partir da década de 60, em Portugal, impera pois o princípio da investigação compulsiva da paternidade, sendo da responsabilidade¹⁸ do Estado actuar em defesa dos direitos de toda a criança nascida fora do casamento a conhecer o seu pai biológico.

Estamos perante a primeira grande alteração no que respeita a leis de filiação, passando de uma fase (anterior a 1966) em que o cidadão procura por iniciativa própria à justiça a outra fase (após a entrada em vigor do Código Civil de 1966) de uma procura involuntária, imposta pelo próprio Estado (Machado, 2002; 2007).

A segunda medida com forte relevo surgiria após a Revolução de 1974, e terá sido a medida que mais transformou o direito de filiação português, com um forte

¹⁶ " No caso de o pretense progenitor confirmar a paternidade, será lavrado termo de perfilhação e remetida certidão para averbamento à repartição competente para o registo" (Artigo 1865º, nº 3, do Código Civil).

¹⁷ Apenas é omitido o termo "ilegítimo" com a Reforma da Filiação de 1977.

¹⁸ Este princípio é partilhado, segundo um estudo de Assier-Andrieu et al (1992) pela Alemanha, Dinamarca, Suécia e Noruega. Comum a estes países está a ideia de " (...) satisfazer o direito à identidade e à 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" (Oliveira, 2003: 145).

impacto não só no direito, como também na relação entre a ciência e o direito e, de maneira mais ampla, na sociedade. Falo na Reforma da Filiação de 1977 e na medida legislativa que permitiu a utilização dos exames científicos como meio de prova na investigação judicial de paternidade¹⁹. Esta medida surge com o decreto-lei nº 496/77, de 25 de Novembro, e foi transposta para o Código Civil, artigo 1801º: “[n]as acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados” (CCP, 2005).

Inaugura-se uma nova fase do direito de filiação, passando a ser admissíveis elementos de prova científicos até aí ausentes. Passou a ser permitido fixar “a data provável de concepção”, fazendo uso do artigo 1798º do Código Civil²⁰, segundo o qual o nascimento de uma criança deve ocorrer entre os primeiros 120 dias dos 300 que antecedem o seu nascimento. A introdução desta medida viria a permitir afastar a paternidade de um indivíduo que se tivesse relacionado com a mãe dentro do período legal de concepção, mas fora da data provável em que terá ocorrido a concepção do menor, permitindo também, desde que haja dois PPs, excluir aquele que não manteve relações com a mãe nesse período (Oliveira, 2003; Coelho e Oliveira, 2006). A introdução deste novo preceito tornava-se agora possível, não só porque o artigo 1801º do Código Civil (CC) consentia já o uso da prova científica, como também porque inovações tecnocientíficas, como os aparelhos de ecografia cujo uso se generalizou nos cuidados peri-natais permitem uma previsão mais rigorosa do momento provável da concepção.

Uma “concepção biologizante” da paternidade, o primado da paternidade biológica sobre a paternidade social, ou o primado da “verdade científica” sobre outros regimes de verdade virão a marcar decisivamente as consequências desta Reforma da Filiação de 1977. Com ela emergem desafios novos aos conceitos tradicionais de família e de atribuição da paternidade, mas também ao elenco tradicional das provas admitidas em justiça e, em particular, à sua hierarquia, com uma importância crescente atribuída à prova científica.

¹⁹ Decreto-lei nº 496/77, de 25 de Novembro de 1977.

²⁰ “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, salvo as excepções dos artigos seguintes” (artigo 1978º, CCP).

De uma fase em que as provas heredo-biológicas eram baseadas em cerca de 300 caracteres hereditários do pretense pai, do filho e da mãe, passou-se, numa fase subsequente, ao uso das provas baseadas no sangue, permitida pela abertura legislativa trazida com a Reforma de 1977. A partir de então, as provas de sangue constituíram-se num tipo de exame com grande força probatória nas investigações de paternidade, tendo alcançado “*uma primazia incontestada*” no elenco dos elementos de prova admissíveis (Coelho e Oliveira, 2006: 37).

Essa *primazia incontestada* de que falam Oliveira e Coelho (2006) só viria a ser ultrapassada na década de 90 do século XX²¹ pelo uso de exames de ADN, devido à conjugação de vários factores: em primeiro lugar, a ampliação da abertura legislativa permitida pela já referida Reforma da Filiação de 1977; em segundo lugar, os recursos tecnocientíficos associados à na genética molecular; e, por último, “ (...) o progresso autónomo dos Institutos de Medicina Legal” (Coelho e Oliveira, 2006: 37).

1.2. O Estado como regulador dos comportamentos familiares

Como objectivo último da investigação de paternidade poderá considerar-se que está o “supremo interesse do menor”. Esta ideia começou a ganhar força com o Código Civil de 1966²². Porém, antes e após as alterações por este introduzidas, era a preservação da família conjugal e patriarcal que estava em jogo. O facto de a legislação de vários países, incluindo Portugal, aplicar a máxima latina “*pater ist est quem nuptiae demonstrat*”, isto é, o pai é o marido da mãe, deixa perceber que o que estava em causa, em primeiro lugar, com as leis de filiação, era a defesa e a preservação de uma ordem moral e de normas sociais, que, por exemplo, e durante muito tempo, implicou a proibição da perfilhação de filhos ilegítimos. Nestas circunstâncias, as reformas introduzidas permitiam a investigação de paternidade em

²¹ Em Portugal a introdução dos testes de ADN no auxílio à justiça ocorre em meados da década de 90 do século XX, sendo identificado esse período como a fase em que “os tribunais se tornaram mais receptivos ao uso da evidência genética (...)” (Machado, 2008: 222). Porém, em países como os Estados Unidos da América ou o Reino Unido, a sua utilização remonta à década de 80. A este propósito cf. Costa, 2001. 2003, Machado 2002, 2007; 2008.

²² Note-se que antes do Código Civil de 1966 prevalecia legislação quase centenária (Código Civil de 1867) que colocava muitas restrições à investigação de paternidade, precisamente com o objectivo de proteger a família.

determinadas situações, mas continuavam a vedar o estabelecimento oficial da paternidade dos filhos ilegítimos.

É com a Reforma da Filiação de 1977 que termina a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, filhos nascidos dentro e fora do casamento (Machado, 2008), em boa parte graças à Convenção Europeia sobre o Estatuto dos Filhos nascidos fora do casamento (1975) que estipula que os vários países deveriam adoptar medidas comuns no sentido de eliminar a distinção entre filhos nascidos dentro do casamento e filhos nascidos fora do casamento. Paralelamente, vários países europeus começavam já a introduzir alterações nas suas leis de filiação, criando assim condições para que Portugal acompanhasse as alterações que se faziam no exterior²³.

Por outro lado, a presunção de que o pai é o marido da mãe permitia também continuar a definir o casamento como o espaço privilegiado e legítimo para conceber. No entanto, as incertezas inerentes ao processo de concepção são de várias ordens e não seria o facto de se explicitarem algumas proibições na lei que fariam com que a situação de crianças nascidas fora do casamento institucional desaparecesse.

Ao longo dos tempos, vários países foram sendo confrontados com diferentes implicações da maternidade fora do casamento. Ao longo dos tempos, também, o sistema judicial foi tentando encontrar critérios de avaliação da paternidade. Para além de se manter em vigor o critério de que o pai é o marido da mãe, outros critérios foram sendo utilizados e outros instrumentos de apuramento da verdade foram sendo introduzidos, incluindo os proporcionados por procedimentos científicos.

No entanto, e apesar das alegações de que a utilização da ciência pelo direito permitiria maior objectividade e neutralidade nas decisões que envolvem o direito dos menores a conhecer os seus pais, a prática do sistema judicial e dos seus agentes parece ter-se tornado mais complexa, com os novos procedimentos de produção e avaliação de prova interferindo, de diferentes maneiras, com abordagens mais convencionais da apreciação da prova.

²³ A Holanda havia já introduzido alterações na sua lei de filiação em 1969, a França em 1972 e a Suíça em 1976. Cf. a este propósito Assier-Andrieu *et al*, 1995.

As AOPs oferecem um exemplo claro da forma como hoje e no passado se continua a regular o comportamento das famílias e do forte poder que o Estado mantém sobre estas. Mas elas aparecem, também, como um cenário privilegiado para a investigação do papel da ciência na produção de decisões judiciais.

A defesa dos interesses do menor consignada na lei é realizada através da regulação da reprodução no seio da instituição familiar. As AOPs constituem um dos processos através dos quais tem lugar essa regulação.

Portugal, como país semi-periférico, apresenta especificidades, tanto no que respeita às características gerais da sociedade, como no domínio das políticas de família (Santos, 1996; Aboim, 2006; Amâncio 1994). Sob o ponto de vista da sua história recente, podem ser identificados, nesse domínio, dois momentos principais: um primeiro momento que corresponde ao período de ditadura, fortemente marcado por aquilo que Sofia Aboim caracterizou como a fase de “familiarismo renovado” e um período pós-revolução e que marca a década de 70, que se caracteriza por um movimento de modernização da família em Portugal (Aboim, 2006).

1.2.1. A regulação da família no Estado Novo

Em Portugal, o passado recente de um regime de tipo paternalista cujos pilares eram Pátria, Família e Religião deixa perceber o peso que a instituição “Família” teve ao longo de muito tempo nas políticas públicas e na própria representação da vida pública e da sociedade. Durante décadas e, sobretudo, durante a vigência do Estado Novo, a concepção de família era fortemente marcada pelos bons costumes, sob o império da instituição do matrimónio, sancionada pela Igreja, e centrada na figura do pai como chefe de família.

Embora muitas vezes discretas, as políticas do regime ditatorial em relação à regulação da família permitia afirmar a perenidade e estabilidade desta como instituição sobre a qual assentava a ordem social. O casamento²⁴ era considerado como a forma única e natural de constituir família e, até aos dias de hoje, ainda, a forma hegemónica de vida em conjugalidade. Sendo proscritos mecanismos de

²⁴ Segundo o artigo 1577º do CC o casamento é “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida (...)”.

controlo da reprodução como, por exemplo, os métodos hoje correntes de planeamento familiar, era assumido que os filhos seriam uma consequência lógica do casamento. A regulação da reprodução passava, assim, por confinar a reprodução legítima ao casamento e por estabelecer que qualquer pessoa deveria ter um pai e uma mãe legalmente reconhecidos: *“O próprio facto de o sistema jurídico português ter criado em 1966 a figura judicial da Averiguação Oficiosa de Paternidade²⁵ (pela qual o Estado automaticamente toma a iniciativa de investigar a paternidade de todo o menor registado sem a identidade do pai) pode desvendar um determinado padrão normativo de regulação das relações entre pais e filhos e entre mulheres e homens que se sustenta na concepção liberal de público e de privado e correlativa diferença entre os deveres dos progenitores masculinos e femininos”* (Machado, 2007: 63).

Durante a vigência do Estado Novo e, de certa forma, ainda nos nossos dias, podemos identificar algumas situações em que é visível a intervenção do Estado na regulação dos comportamentos familiares, mesmo daqueles que, à primeira vista, seriam estritamente do foro privado, como, por exemplo, o namoro.

Durante a ditadura, para que um rapaz e uma rapariga pudessem namorar, pressupunha-se que o pai desta deveria dar o seu consentimento. O candidato a namorado devia não só pedir esse consentimento, como também prestar esclarecimentos sobre a sua família, o seu emprego ou ocupação e suas intenções em relação à filha, demonstrando assim ser homem sério e honesto. Uma vez consentido o namoro, as relações de convivência ou amorosas do par deveriam ocorrer preferencialmente no domicílio do pai da jovem²⁶, mas sempre sob vigilância deste, da mãe ou, eventualmente de um irmão mais velho. Em certas circunstâncias, seria permitido namorar na rua, mas sempre de forma a que não se prestasse ao “falatório do povo”, ou que pudessem ocorrer relações sexuais antes do casamento, comprometendo a imagem da jovem e de toda a sua família. Este tipo de

²⁵ Embora esta figura judicial, em termos normativos, possa ser considerada uma ruptura com o Estado Novo.

²⁶ Como constatou Helena Machado no seu estudo *“(…) a relevância jurídica atribuída ao local das relações sexuais surge associada a modelos culturais que jogam na antítese entre a mulher virginal – cuja esfera de actuação se restringe ao espaço da casa – e a mulher promiscua, actuante nos espaços exteriores”* (Machado, 2007: 156).

comportamento estava fortemente enraizado na nossa sociedade até há poucas décadas atrás²⁷ e, nesse sentido, a afirmação de uma moralidade e de “bons costumes” associados a uma ideologia conservadora constituía-se como um dos recursos principais, senão o principal, da regulação dos comportamentos privados. Embora, como é óbvio, houvesse transgressões, estas ocorriam em situações de clandestinidade ou, quando eram abertamente assumidas, podiam levar ao ostracismo e à marginalização dos perpetradores. Este quadro começava já a sofrer algumas alterações nos anos finais da ditadura, especialmente entre as populações das maiores cidades, mas as grandes alterações só chegarão com a revolução, em Abril de 1974²⁸.

No que respeitava especificamente aos nascimentos, o Estado mantinha um forte poder regulador através do registo de nascimento de todas as crianças, aferindo, por essa via, as condições sociais em que estas eram geradas e, caso fosse necessário, impondo a legalidade através do uso da autoridade do Estado, nomeadamente fazendo cumprir as normas da Constituição e do direito civil: “ *[n]a verdade, a procriação fora do casamento institucional constitui a principal razão de ser da investigação judicial de paternidade*” (Machado, 2007: 30). Para além do accionamento jurídico obrigatório nos casos de não-conformidade com a lei, também o facto de o menor ser registado com elementos incompletos funcionava como um desencadeador de operações de controlo e regulação dos comportamentos sociais, já que crianças nessas circunstâncias veriam circunscritas as possibilidades de serem tratadas como cidadãos de pleno direito.

Por outro lado, presumia-se que o pai deveria ser o principal provedor do sustento da família. Assim, em situação de ausência do pai, as medidas tomadas pelo Estado visariam não apenas repor as condições de sobrevivência da mãe e do menor, como ainda permitia protegê-los de das presumíveis consequências de comportamentos considerados desviantes, associados à ausência dessa figura fundamental, o principal

²⁷ E, embora seja já pouco frequente a verdade é que, em determinados meios (sobretudo rurais) ainda podemos identificar este tipo de situações.

²⁸ Segundo Helena Machado, “ [a] percepção judicial actual do namoro revela também outras particularidades, sendo considerados como indícios de seriedade da relação amorosa o facto desta ter uma expressão pública, nomeadamente através de carícias socialmente aceitáveis e ser presenciada pela comunidade e, de preferência, também pelos familiares” (Machado, 2007: 155).

pilar (financeiro e emocional) da família, que era o pai. Quando o Estado interfere nestas situações " (...) o sistema jurídico parte da ideia estereotipada de que as mulheres que vivem sós e com filhos menores a seu cargo são famílias com fracos recursos económicos (por falta de um homem adulto que assegure a subsistência). Por outro lado, essas famílias monoparentais são encaradas como potenciais fontes de comportamentos desviantes, na falta de uma adequada socialização dos seus membros, que decorre precisamente da ausência do pai" (Machado, 2007: 64; 2008).²⁹

A partir do nascimento de uma criança, o Estado dispõe, efectivamente, de um forte poder de controlar e de regular as famílias, já que é através precisamente do Registo de Nascimento³⁰ que podem ser identificadas as situações normais, isto é, em que a criança é registada com o nome do pai e da mãe e, em princípio, na constância do matrimónio, as situações consideradas desviantes, em que é omitido o nome de um dos progenitores³¹, o que indicia uma situação não conforme às leis de filiação.

Desta forma, através de um instrumento como o Registo de Nascimento, o Estado, uma vez mais, pode identificar os comportamentos susceptíveis de sanção, accionando a AOP para indagar sobre a identidade biológica de uma criança registada sem pai ou, dito de outra forma, indagar sobre o comportamento da mãe daquela criança: " [a] ideologia de protecção dos direitos e interesses dos menores que rodeia tanto a legislação como as práticas judiciais que concretizam a investigação judicial de paternidade afiguraram-se como podendo constituir um exercício de poder institucional subtil e eficaz de monitorização de comportamentos

²⁹ Cf. Silva: 2007, 2008; Machado: 2008. Como veremos mais adiante, no contexto norte-americano, nos processos de averiguação de paternidade parte-se do pressuposto de que uma mulher só não tem capacidade de educar e sustentar uma criança e, nesse sentido, a intervenção do Estado tem como objectivo identificar um pai, não com o objectivo de dar a conhecer as raízes biológicas de determinada criança, mas antes, obrigar o pai a partilhar as despesas inerentes ao sustento e educação de um filho (Rothstein et al., 2005).

³⁰ Segundo o artigo 96º do Código do Registo Civil (CRC), a declaração de nascimento é obrigatória e deve efectuar-se nos 20 dias após o parto, cabendo a qualquer pessoa que tenha conhecimento do facto, pais ou qualquer outra pessoa, fazer essa declaração.

³¹ Geralmente, quando é omitido o nome de um dos progenitores, trata-se do pai, já que a maternidade é algo mais difícil de omitir do que a paternidade, sendo, por isso, muito reduzido o número de casos em que se averigua a maternidade. Parece continuar a fazer sentido, para todos os efeitos práticos, a máxima latina: *Mater sempre certa est, pater nunquam*.

femininos considerados atípicos e duplamente «anómalos», por dizerem respeito não só a situações em que a procriação ocorreu fora do casamento formal como também àqueles em que é legalmente desconhecida a paternidade de um determinado indivíduo” (Machado, 2007: 10).

Se uma criança nascida não for registada, aos olhos da lei não existe e, como tal, não tem deveres perante a sociedade, mas também perde direitos. É precisamente a existência de um registo público dos nascimentos que permite a cada criança que nasce tornar-se cidadã com direitos e deveres³².

No período do Estado Novo, o forte poder que a Igreja Católica exercia na sociedade portuguesa e a afirmação e interiorização da moral e dos “bons costumes” parecem ter sido meios particularmente eficazes de regulação dos comportamentos da maioria das famílias portuguesas.

1.2.2. A regulação das famílias em democracia

Numa análise sociológica da evolução da família em Portugal, sabemos que as concepções e práticas no que se refere ao casamento e à procriação sofreram grandes alterações, sobretudo a partir da Revolução de Abril. Desde então, o número de casamentos diminuiu, a taxa de divórcios aumentou, os métodos contraceptivos chegaram sem tabus a um número maior de pessoas mas, simultaneamente, cresceram as uniões sem casamento, e o que era considerado o pilar da sociedade no período da ditadura passou por consideráveis transformações (Amâncio, 1994; Aboim, 2006; Almeida, 2006; Machado, 2007; Pedroso e Branco, 2008; Silva: 2007; 2008). Tanto a forma e composição das famílias como o conceito dominante de família alteraram-se e, ainda que a taxa de natalidade global tenha diminuído drasticamente

³² O seu registo público permite-lhes aceder ao estatuto de cidadãos usufruindo de todos os direitos que a sociedade lhes confere, mas também fazendo-os cumprir com as suas obrigações: “[o]s Estados modernos organizaram serviços públicos de Registo Civil para registar e comprovar os episódios mais relevantes do estatuto pessoal dos cidadãos, designadamente o seu nascimento. Na verdade, a inscrição dos nascimentos no Registo tornou-se o primeiro passo para o Estado garantir todas as formas de cidadania: um indivíduo não registado não é contabilizado no momento da distribuição dos recursos do Estado social, não goza de protecção que a sociedade dispensa aos cidadãos através das obrigações que se impõem aos pais, nem tem acesso aos instrumentos de desenvolvimento pessoal e económico que estão generalizados, como obter um passaporte ou uma carta de condução, fazer contratos ou obter um emprego, e fica sujeito a ser separado da sua família de origem fora dos controlos previstos na lei” (Coelho e Oliveira, 2006: 20).

(cerca de 30%), o mesmo não se verificou relativamente aos nados-vivos nascidos fora do casamento, que passaram por um acréscimo substancial, em particular no distrito de Lisboa e em alguns distritos do Norte do País como Porto, Bragança e Vila Real (Machado, 2007). No entanto, “ *[n]o interior dessa mudança, a conjugalidade permanece, de maneira diferente da do passado mas igualmente incontornável, um laço social fundador e primordial das relações familiares e até das relações sociais no seu conjunto* ” (Aboim, 2006: 17 – 18).

O processo de democratização da vida familiar (Coelho e Oliveira, 2003) trazido com a revolução de Abril permitiu às mulheres lutarem pela igualdade de género nos domínios dos direitos civis e políticos, das relações domésticas e das relações laborais, das decisões sobre o casamento e sobre os filhos. Ao mesmo tempo, reduziu-se o controlo por parte do Estado de mecanismos de regulação dos comportamentos.

Uma nova concepção de casamento, já não encarado como um compromisso para toda a vida, a igualdade entre homens e mulheres, o controlo reprodutivo por parte da mulher e, por fim, também uma nova noção de vida conjugal que passa não apenas pela coabitação informal mas também pela qualidade dessas relações marcam decisivamente a viragem na concepção de família no nosso país, à semelhança do que já acontecia desde há várias décadas noutros países da Europa³³.

O processo de democratização da vida familiar teria como corolário a erosão da família tradicional e nuclear, assente na “ortodoxia matrimonial” (Martínez, 2008, *apud* Pedroso e Branco, 2008), dando lugar à “família líquida” (Bauman), a família “desconfinada” (Zanatta, 2008).

Os movimentos de modernização da sociedade portuguesa ao longo das últimas décadas e, em particular desde meados da década de 70 do século XX até aos nossos dias, abriram assim o caminho a alterações na forma de conceber o matrimónio e o nascimento, na forma de conceber os direitos dos menores e, por último, na forma de conceber as novas formas de vida em conjugalidade e suas repercussões no processo de AOP.

³³ Mas não foi apenas o casamento que sofreu alterações que explicam as mudanças ocorridas na família. A entrada da mulher no mercado de trabalho, os movimentos migratórios do campo para a cidade (e para outros países) ajudam, também, a explicar estas mudanças.

1.3. A regulação da família e as AOPs

Apesar das 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 AOPs constata-se que nem a Revolução de Abril de 1974, nem os valores dela emanados, nem tão-pouco as mudanças significativas que ocorreram na sociedade portuguesa no que respeita à conjugalidade tiveram repercussões na forma de actuar do Estado relativamente a filhos de pai desconhecido³⁴.

O facto de a lei obrigar ao conhecimento da paternidade biológica é um modo de regular o comportamento procreativo da mulher, afirmando os princípios da boa conduta familiar (Machado, 2002, 2007); de mostrar que a criança deve ser concebida na constância do matrimónio; mas, caso o nascimento ocorra fora do casamento ou antes do casamento, em nome da moral e dos bons costumes, o pai deve ser identificado de modo a que seja protegido o que a lei define como o melhor interesse da criança, que estaria associado ao conhecimento dos seus pais biológicos.

Se ao longo da história do século XX pudemos observar algumas rupturas e descontinuidades com o passado³⁵, no que respeita às AOPs podemos, na verdade, verificar que de 1966 até aos dias de hoje pouco se alterou.

A AOP constituir-se-á como uma consequência lógica da regulação pelo Estado do casamento e do nascimento. São quatro os critérios-chave para a determinação, neste âmbito, da paternidade: o pressuposto de que o pai é o marido da mãe; o período legal de concepção; o comportamento da mãe e a prova de exclusividade das relações sexuais que esta terá mantido.

1.3.1. *Pater ist est quem nuptiae demonstrat*

Ainda que, na tradição do Direito Romano, se presume que o pai é o marido da mãe, tal não significa que, em certas circunstâncias, esse princípio não fosse posto em causa, e que fossem definidos modos de investigar situações caracterizadas por

³⁴ À excepção da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, com a Reforma de 1977, na verdade, até aqui, não se podem identificar alterações significativas.

³⁵ As grandes rupturas identificadas dão-se sobretudo a partir de 1974, com a revolução de Abril.

incertezas ou dúvidas em relação à paternidade, especialmente quando a mãe não era casada.

A máxima *"pater ist est quem nuptiae demonstrat"*, ao presumir que o pai é o marido da mãe, regula a filiação de forma a manter e preservar uma concepção dominante e estabelecida da parentalidade, já que, como referem Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (2006), *" (...) os legisladores que seguiam esse caminho preferiam manter a paternidade jurídica do marido para esconder a demonstração de um adultério e para proteger, à sua maneira, a dignidade social do casamento"* (Coelho e Oliveira, 2006: 23). A aplicação desta máxima, aos olhos do legislador, permitia não só que o filho nascido gozasse do estatuto de filho legítimo, mas *" (...) era também favorável ao pai, que evitava assumir a condição social de marido traído; e era vantajosa para a manutenção do prestígio da norma que impunha a fidelidade da mulher casada, em épocas, note-se, em que o adultério era criminalmente punido"* (Coelho e Oliveira, 2006: 88). No entanto, encontra-se aqui também 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).

1.3.2. O "período legal de concepção"

O segundo critério que a lei decidiu acolher para regular a paternidade e manter a estabilidade matrimonial respeita ao conceito jurídico de "período legal de concepção" (desde 1977). 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 nascimento³⁶. A averiguação da conduta moral e dos sexuais da mãe durante esse período de tempo, permitiria, presumivelmente, estabelecer, pelo menos com um elevado grau de probabilidade, se a criança foi concebida dentro ou fora do matrimónio, antes ou após a sua dissolução.

1.3.3. O Comportamento da mãe

Quando já se encontra em curso a AOP (propriamente dita), a regulação pelo Estado é feita precisamente pela verificação da conduta moral e dos comportamentos sexuais da mulher. Hoje, porém, embora exista uma concepção mais liberal do namoro, do casamento e das relações amorosas, a sociedade, no seu todo, 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 alvo de um certo poder discricionário por parte do juiz e magistrados, continuando a ter que prestar contas em tribunal sobre a sua conduta e o seu comportamento sexual. “ (...) aparentemente, as leis de família e de filiação, mais do que indicadores da realidade social, revelam 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)³⁷.

1.3.4. A exclusividade das relações sexuais

Intimamente ligado às considerações sobre a conduta moral e o comportamento sexual da mãe está também o critério da exclusividade das relações sexuais que, dá expressão à dominação patriarcal (Silva, 2007; Machado, 2002; 2007). Assim, as informações prestadas pela mãe, ou mesmo as provas testemunhais ou os inquéritos sociais, poderão trazer informação sobre esta matéria que pode ser crucial para o processo, permitindo aferir não apenas a credibilidade da mãe, como fazer um juízo

³⁶ Artigo 1798º do Código Civil (Concepção): “O momento da concepção é fixado, para os efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o seu nascimento (...)” (CCP, 2005: 567).

³⁷ A este propósito cf. Rothstein et al. (2005) onde também se mostra de forma bastante clara esta situação na sociedade americana.

sobre a sua reputação e avaliar o seu comportamento (Silva, 2007; Machado, 2002, 2007), "(...) representando um mecanismo subtil à decisão dos tribunais, para tentar "normalizar" os comportamentos sexuais femininos" (Silva, 2007).

1.4. Rupturas e continuidades com o passado patriarcal

A década de 60 do século XX, sobretudo, caracterizou-se por uma elevada taxa de nupcialidade, menor número de nascimentos fora do casamento e o crescimento do número de nascimentos. Estávamos numa época de "familiarismo renovado", à qual se seguiu, na década seguinte, uma nova fase em que "Portugal começa a entrar definitivamente na modernidade demográfica" (Bandeira, 1996 in Aboim, 2006: 64).

Entre meados da década de 70 e a década de 90 do século XX, e especialmente com a Revolução de 1974 e a instituição e consolidação do regime democrático, emergiram novas formas de vida familiar, em que as mulheres se tornaram "protagonistas fundamentais da transformação social da vida privada" (Aboim, 2006: 64). É neste contexto que assistimos à desinstitucionalização da família, no sentido que outrora lhe era atribuído, e assiste-se a um decréscimo muito substancial dos casamentos – especialmente dos casamentos religiosos -, mas também a um aumento significativo das uniões de facto, a um aumento dos divórcios, e a um aumento das recomposições familiares, mas também a um crescimento do número dos que vivem sós.

A desinstitucionalização da família levou a uma maior individualização social o que, por sua vez, levou ao fim do monopólio do casamento como forma de acesso à vida conjugal ou mesmo à parentalidade.

A partir da década de 90 do século XX, afirma-se uma maior auto-regulação dos casais sobre as suas formas de conjugalidade e de sexualidade. O Estado, porém, como principal garante da coesão social, não abdicou de regular determinados comportamentos, nomeadamente no que concerne ao casamento, aos direitos reprodutivos e aos filhos.

Se foram muito significativas para a sociedade portuguesa as mudanças ocorridas com o 25 de Abril, e se são visíveis as rupturas com o passado, o forte peso

da Igreja Católica continuou a sentir-se sobre muitos aspectos ligados aos comportamentos sexuais e reprodutivos, manifestos nas controvérsias e conflitos em torno de temas como o aborto, os métodos contraceptivos, as formas de vida em conjugalidade ou a orientação sexual³⁸.

Embora o casamento católico seja ainda dominante, está a perder cada vez mais o seu lugar, outrora hegemónico. A sociedade portuguesa conheceu uma grande abertura e o Estado permitiu e deu enquadramento legal às uniões de facto³⁹. No entanto, ao contrário de outros países da Europa, mantém o seu cunho regulador e protector, não reconhecendo legalmente o casamento de homossexuais⁴⁰. Atendendo ao crescimento das uniões de facto entre casais heterossexuais e ao crescimento das relações homossexuais, parece claro que estas formas novas de vida em conjugalidade não podem passar à margem do que está estabelecido juridicamente no que respeita às AOPs. Consequentemente, olhar para as AOP e o seu enquadramento legal implica que olhemos igualmente para as mudanças ocorridas na sociedade e a sua consagração (ou não) na lei, e que afectam a definição do universo em que ela será aplicável.

No que respeita à mulher, embora se reconheça, ao longo das últimas décadas, uma vontade expressa, através, nomeadamente, da acção legislativa, de eliminar as desigualdades de género, a mulher continua, agora como no passado, a ser alvo de controlo das suas práticas reprodutivas por parte do Estado (Machado, 2002), ou, se quisermos, de um *escrutínio sistemático da sua fidelidade*, (Coelho e Oliveira, 2006: 93), como sucede quando é exigido a uma mulher que regista um filho que identifique o pai deste.

³⁸ Exemplo disso foi o facto de apenas já no século XXI se ter despenalizado o aborto³⁸, através de referendo. No entanto, ainda assim, com forte debate público e com os opositores do aborto a manter um forte peso e expressão na nossa sociedade. Também relativamente aos métodos contraceptivos continuamos agarrados ao passado. Embora se tenham implementado importantes medidas políticas de apoio à natalidade e de planeamento familiar, sendo a pílula ou o dispositivo intra-uterino métodos contraceptivos vulgares e largamente utilizados, a igreja católica continua a proibir o preservativo, mesmo num mundo, como o de hoje, dominado por doenças como a sida ou a hepatite.

³⁹ Lei nº 7/2001, de 11 de Maio: "1 - A presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos" (www.cga.pt).

⁴⁰ O debate está a iniciar-se na sociedade portuguesa. Voltaremos a este assunto mais à frente, no capítulo III, quando for abordada a questão da paternidade biológica e paternidade social.

Hoje, como no passado, o Estado controla os nascimentos por via da AOP, com uma lei que remonta à década de 60 do século XX e que poucas alterações sofreu.

1.5. As fragilidades dos critérios usados para averiguar a paternidade

Relativamente ao primeiro critério, o Estado, por intermédio do Ministério Público, actua em nome do interesse da criança quando existe um registo que omite 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, presumindo que o pai era o marido da mãe⁴¹. 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 questiona 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. Há situações 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 interfere⁴².

Com o objectivo de colmatar estas lacunas, durante a década de 90 do século XX, o decreto-lei nº 163/95, de 13 de Julho, viria permitir o afastamento da presunção da paternidade de um filho nascido na constância do matrimónio. Foi aprovado um novo Código do Registo Civil que reviu o papel desempenhado pelos conservadores do registo civil, atribuindo-lhes outras competências, até aí a cargo dos tribunais. Entre as várias competências que este decreto-lei vem trazer às Conservatórias, salienta-se a de os conservadores poderem declarar a cessação da presunção da paternidade

⁴¹ Para contornar esta situação a lei permite actualmente o afastamento da presunção da paternidade.

⁴² O Estado apenas pode interferir nessa situação caso alguém conteste essa presunção.

do marido, sempre que a mãe casada declare que o filho nascido não é do seu marido⁴³.

Uns anos mais tarde, o decreto-lei nº 273/2001 vem trazer algumas mudanças aos casos-alvo de AOP. Com este novo decreto-lei, e na senda da desjudicialização de algumas situações, elimina-se a necessidade de fazer correr o processo de afastamento da presunção da paternidade do marido da mãe. Caso a mãe identifique outro indivíduo como sendo o pai do menor, é agora possível que esse indivíduo possa perfilhar de imediato o menor, cabendo a este último impugnar a paternidade se assim o entender. O ónus da presunção de paternidade é assim passado para o indivíduo que é declarado pela mãe como o pai do menor⁴⁴. Assim, *"[q]uando a mãe ou o marido da mãe declararem que o filho não é do marido, a presunção de paternidade cessa e a paternidade não é estabelecida por essa via. Fica aberto o caminho para o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade de um terceiro e, excepcionalmente, do próprio marido, quando ele não se conformar com a cessação provocada pela mãe do filho"* (Coelho e Oliveira, 2006: 99).

Esta lei terá contribuído para diminuir significativamente o número de AOPs no nosso país. Contudo, no que se refere a casos relacionados com uniões de facto (cada vez mais comuns no nosso país), a lei nada trouxe de novo, porque permanecendo a mãe solteira, embora possa coabitar com o seu companheiro, caso este não perfilhe o menor nascido caberá sempre à CRC, tal como nos restantes casos, dar início a uma AOP.

Um elemento de prova adicional foi a determinação do período legal de concepção⁴⁵, que presumivelmente contribuiria para estabelecer a verdade

⁴³ O artigo 1832º nº 2 refere que " [c]essa a presunção de paternidade no caso previsto no número anterior, se for averbada ao registo declaração de que na ocasião do nascimento o filho não beneficiou de posse de estado, nos termos do n.º 2 do artigo precedente, relativamente a ambos os cônjuges" e o nº 3 que " A menção da paternidade do marido da mãe será feita oficiosamente se, decorridos 60 dias sobre a data em que foi lavrado o registo, a mãe não provar que pediu a declaração a que alude o n.º 2 ou se o pedido for indeferido".

⁴⁴ Também o decreto-lei nº 163/95, de 13 de Julho, retirou das competências do tribunal e remeteu para o conservador o afastamento da presunção da paternidade. Mas é em 2001, que à própria mãe ou ao marido é legalmente possibilitada a realização da declaração de afastamento da paternidade presumida.

⁴⁵ Artigo 1798º do Código Civil.

biológica da paternidade. Porém, este preceito não está imune a críticas. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (2006) enumeram algumas. 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 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 tornar complexas estas contas (Coelho e Oliveira: 2006: 34).

Também no que se refere à prova de exclusividade das relações sexuais, hoje como no passado, o secretismo e a falta de certezas mantém-se. A dificuldade em fazer prova dessa situação leva a que o recurso por parte dos magistrados à avaliação do comportamento sexual e moral da mãe tenha ainda um peso forte nas considerações dos juízes.

Todos estes critérios, porém, acabam por permitir chegar a uma “presunção fraca”, como a designam Coelho e Oliveira, 2006: 106), da paternidade biológica. Um contributo decisivo para ampliar a robustez dessa presunção, sem dúvida, terá sido dado pela introdução dos testes de paternidade.

Embora já nas últimas décadas do século XX (décadas de 70, 80 e 90) a prova de exclusão de candidatos a pais fosse rotineiramente utilizada nos tribunais portugueses, apenas permitia excluir determinado indivíduo da paternidade de uma criança, mas não permitiam conhecer a identidade do verdadeiro pai. A prova positiva, que permite estabelecer com elevado grau de probabilidade a paternidade de um indivíduo, continuava a aguardar, por um lado, por recursos económicos e meios técnicos para a sua efectivação e, por outro lado, por uma maior confiança por parte da justiça e dos actores judiciais nos métodos científicos. Helena Machado mostra no seu estudo que “ (...) até meados da década dos anos noventa do século XX o uso dos exames científicos para investigação de paternidade biológica de menores

revelou-se muito restrito, na generalidade dos tribunais portugueses, facto que decorreu, em parte, da mentalidade dos juizes que se preocupavam, sobretudo, com a prova do “bom comportamento moral e sexual” da mãe do menor e, por outro lado, do atraso da prática de investigação científica em Portugal, no domínio da investigação laboratorial da paternidade biológica” (Machado, 2007: 22)⁴⁶.

1.6. O ADN – uma arma no combate às fragilidades?

É com a introdução progressiva de elementos científicos no auxílio à justiça que, cada vez mais, se reuniam as condições para fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica. Graças aos recursos da genética e a uma maior disponibilidade dos juristas para aceitar as provas científicas, abria-se caminho para o uso do ADN em tribunal, permitindo reduzir o espaço de incerteza associado às decisões sobre a atribuição de paternidade.

O surgimento da identificação por perfis genéticos de ADN em meados da década de 80 nos Estados Unidos e no Reino Unido e na década de 90 em Portugal parecia prometer uma redução drástica da incerteza associada, quer aos casos de investigação de paternidade, quer aos casos criminais em geral, constituindo-se como “(...) uma espécie de panaceia para os principais males de que enferma o sistema de justiça português na actualidade (...)” (Machado e Silva, 2008: 157). Através do recurso à ciência, estar-se-ia, por fim, numa fase em que a “presunção fraca” poderia permitir, mais do que uma presunção forte, a certeza.

A introdução do ADN no sistema judicial permite não apenas circunscrever a dúvida, mas também tornar o sistema menos moroso, e com respostas alegadamente menos dependentes da difícil ponderação de elementos de prova heterogéneos e de fiabilidade variável., em testemunhos pouco credíveis ou decisões tomadas com base nas parecenças entre o pretense pai e o menor ou baseadas no comportamento da mãe.

É precisamente pela necessidade de reduzir a dúvida que rapidamente se ampliou a aceitação em tribunal dessas técnicas, passando-se de uma situação em

⁴⁶ Machado e Silva (2008) também aludem à falta de preparação dos actores judiciais para interpretarem de forma adequada a prova de ADN.

que a prova científica era vista com desconfiança para uma nova era em que a infalibilidade do ADN passa a ser a tónica dominante dos discursos dos actores judiciais.

Parecia ter-se chegado a uma época em que, finalmente, poderia ser demonstrada de maneira robusta a paternidade biológica e assim adequar as decisões judiciais sobre a atribuição de paternidade à alegada verdade biológica revelada pelos procedimentos científicos. Porém, como nos próximos capítulos tentarei demonstrar, por um lado, torna-se necessário perceber em que medida é que " (...) o *laço biológico pode ser um ícone mais poderoso do que o laço social*" (Nelkin, 2005). Por outro lado, se os perfis de ADN vêm proporcionar ao sistema judicial uma aproximação mais robusta à existência de laços biológicos entre dois seres, acabam por descurar outros aspectos de igual interesse e relevância: se cada vez mais a verdade jurídica e a verdade biológica tendem a caminhar a par, ao querer-se garantir esta unidade, acaba por escapar ao legislador " (...) *a balança necessária entre a verdade biológica e a envolvente social*" (Machado, 2008: 228); por fim, teremos que perceber por que é que, mesmo usando a ciência, continuamos a cruzar-nos com processos em que não se consegue identificar o pai biológico de uma criança; por fim, as novas formas de vida em conjugalidade suscitam desafios importantes à lógica inscrita na actual legislação sobre AOPs.

Através dos três conceitos fundamentais de epistemologia cívica, co-produção e biocidadania tentarei nos próximos capítulos analisar as relações entre ciência e direito no caso das AOPs.

CAPÍTULO II

O idioma da co-produção entre ciência e sociedade

2.1. A co-produção

Recentes trabalhos em áreas associadas aos estudos sociais da ciência⁴⁷, têm procurado encontrar o lugar da ciência e da tecnologia na sociedade. Essa busca tem partido do pressuposto de que a ciência e a tecnologia têm que ser entendidas como fazendo parte de uma mesma ordem que abarca, não apenas a ordem natural, mas também a ordem social das coisas. Nesse sentido, compreender hoje a sociedade implica que tentemos articular diferentes perspectivas metodológicas, diferentes raízes disciplinares, diferentes actores e diferentes objectos (Gonçalves, 2002; Costa *et al* in Gonçalves, 2002; Costa, 2001). Na perspectiva de João Arriscado Nunes, " (...) todas as sociedades são configurações de relações entre seres humanos e entidades não-humanas, entre o social e o natural, colectivos criadores de artificialidade e dos seus ambientes, sendo esta uma característica persistente da história dos colectivos humanos, ainda que assumindo formas distintas e sendo expressa em vocabulários e visões do mundo muito diversas" (Nunes, 2007: 14; Nunes, 2006; Fletcher, 2003; Miller, 2005).

Olhar para uns campos, negligenciando ou omitindo outros não nos permite uma perspectiva que se quer mais alargada e abrangente da nossa condição na sociedade. Conhecimento e sociedade, ciência e sociedade são co-produzidas e é esta forma de pensar e de organizar a sociedade que Jasanoff (2003) designou de idioma da co-produção. "A ciência, na perspectiva co-producionista, é entendida nem como uma simples reflexão da verdade acerca da natureza nem como um

⁴⁷ Os estudos sociais da ciência (SSS- social studies of science) dedicam-se ao estudo dos impactos e consequências que a ciência e a tecnologia moderna têm na análise social. É uma área pluridisciplinar que abarca disciplinas como a economia, a ciência política, a sociologia, a psicologia, a história, a filosofia, a antropologia.

epifenómeno dos interesses sociais e políticos. Antes, a co-produção é simétrica já que chama a atenção para as dimensões sociais dos compromissos e entendimentos cognitivos, enquanto ao mesmo tempo sublinha as correlações epistémicas e materiais das formações sociais.” (Jasanoff, 2004: 3).

Como facilmente se percebe, a esfera da natureza, da cultura, da ciência ou da sociedade são todas igualmente importantes nesta teia metodológica e todas nos ajudam a compreender de modo mais coerente a ordem das coisas. Mais do que esferas distintas ou separadas, elas devem ser entendidas de uma forma em que convirjam no sentido da sua constituição mútua (Nunes, 2007). Perceber o mundo em que vivemos, implica que percebamos todos os seus contornos, quer físicos, naturais ou sociais; implica que tenhamos espaço para uma compreensão mais lata de tudo o que essa compreensão envolve; implica perceber todos os blocos em construção, como propõe Jasanoff, mas também os blocos já construídos; implica um conhecimento alternativo ao assente na *razão metonímica*⁴⁸ (Santos 2003, Santos, 2002), em descrédito mas dominante na sociedade, segundo Boaventura de Sousa Santos, com vista a conhecer o que está à vista dos nossos olhos mas também o que está por detrás, o que está para além (sociologia das emergências⁴⁹) e o que não está (sociologia das ausências⁵⁰). Como refere Jasanoff, “ (...) as formas pelas quais

⁴⁸ Também Boaventura de Sousa Santos tem vindo a dar atenção a esta questão. Segundo ele, olhar hoje para a sociedade implica que consideremos os actores humanos e não-humanos, que valorizemos não apenas o conhecimento hegemónico, mas também tenhamos lugar para o conhecimento contra-hegemónico; que valorizemos o conhecimento das sociedades dominantes (hemisfério Norte⁴⁸), mas também formas de conhecimento alternativo, contra-hegemónicas (hemisfério Sul) (Santos, 2006; Santos *et al*, 2004; Santos (org.), 2003; Santos, 2002). A discussão proposta por Santos para abordar estas questões assenta na “razão metonímica” partindo da permissa de que a compreensão do mundo não se pode cingir à compreensão ocidental do mundo, isto é, a uma compreensão dominante e hegemónica do mundo, sendo necessário que essa razão metonímica possa dialogar com outras formas de razão, fazendo-a existir com outras totalidades. É nesse sentido também que propõe que para que a razão metonímica (em descrédito mas ainda dominante) possa dialogar com formas alternativas de conhecimento, precisa do auxílio da sociologia das ausências e da sociologia das emergências para dar lugar a uma nova forma de conhecimento. Cf. também Nunes, 2006; Nunes, 2007.

⁴⁹ Para fazer face à razão metonímica Boaventura de Sousa Santos apresenta a sociologia das emergências. Esta visa dar atenção aos sinais que a sociedade vai dando, sinais esses, ainda não consolidados (emergentes, portanto) mas que estão a surgir.

⁵⁰ A Sociologia das ausências é outra das formas alternativas à razão metonímica. Através da sociologia das ausências, considera Santos ser possível transformar “objectos impossíveis” em “objectos possíveis”, transformando o que não está, ou o que está ausente, em algo que se torna presente, o que está invisível na lógica da totalidade da razão metonímica em algo visível (Santos, 2002; Santos, 2003). Assenta numa sociologia que identifica os silêncios e a ignorância. E é a conjugação da sociologia das

conhecemos e representamos o mundo (quer natureza, quer sociedade) são inseparáveis das formas dentro das quais escolhemos viver. O conhecimento e as suas incorporações materiais são produtos do trabalho social e constitutivos de formas de vida social; a sociedade não pode funcionar sem o conhecimento tanto quanto o conhecimento não pode existir sem suporte social apropriado. O conhecimento científico, em particular, não é um espelho transcendente da realidade. Ele implanta-se e está implantado nas práticas sociais, identidades, normas, convenções, discursos, instrumentos e instituições – em suma, em todos os blocos em construção daquilo a que chamamos o social” (Jasanoff, 2004: 2-3).

Analisar as AOPs no nosso país requer, não apenas, que olhemos para a relação entre ciência e direito, mas também exige que consideremos as várias disciplinas que podem dar o seu contributo para esta análise. Exige que olhemos para os diferentes actores que, directa ou indirectamente, se vêem envolvidos em processos de investigação da paternidade (peritos ou leigos) e para as formas de constituir família que adoptaram e o peso que as diferentes provas (testemunhais, documentais ou periciais) ao longo dos tempos foram tendo.

Tanto as abordagens propostas pela *Compreensão da Ciência pelo Público* (*Public Understanding of Science* – PUS) como pela *Compreensão da Ciência e da Tecnologia pelo Público* (*Public Understanding of Science and Technology* - PUSET)⁵¹ têm procurado mostrar precisamente as preocupações comuns de diversas disciplinas

ausências e da sociologia das emergências que, através da inclusão de várias perspectivas heterogénas permitem dar um novo sentido à sociedade contemporânea, conferindo-lhe um novo significado e uma nova compreensão, não centralizada no conhecimento dominante e na razão metonímica, mas noutras formas de conhecimento alternativas e não-hegemónicas.

⁵¹ Estas duas correntes – PUS e PUSET – surgem em meados da década de 1950 e referem-se, em traços gerais, à percepção que as pessoas têm dos impactos da ciência e da tecnologia no seu quotidiano. Parte da ideia de que nas sociedades modernas é exigido aos cidadãos a aquisição de conhecimentos científicos, para que possam compreender os benefícios decorrentes da ciência e da tecnologia e, desta forma, aumentar o apoio público à ciência. Este escrutínio foi, em grande medida, implementado através do uso de inquéritos aos cidadãos para avaliar a compreensão da ciência pelo público. Na década de 1980, porém, começam a surgir por estudiosos ligados aos estudos sociais da ciência, muitas críticas a este modelo, crítica essa que ficou conhecida como a “guerra das ciências” (*science wars*) consubstanciada na “teoria do défice”. Segundo estes autores, a aplicação daquele tipo de inquéritos levava a uma divisão clara e acentuada entre peritos e leigos, especialistas e cidadãos, entre público credenciado e público ignorante e, para além disso, menosprezava a riqueza conceptual de olhar para diferentes disciplinas, ou para a riqueza cognitiva de enquadrar em simultâneo, diferentes perspectivas disciplinares, diferentes actores, diferentes visões do mundo, incluindo, a perspectiva leiga. A este propósito cf. Irwin, 2006; Grint and Woolgar, 1997; Rip, 2003; Jasanoff, 2003; Wynne, 2003; Collins and Evans, 2002; Irwin and Michael, 2003).

(Irwin et al, 2003), bem como os seus esforços no sentido de cada uma delas poder reflectir " (...) diferentes modelos tácitos da natureza da pessoa, o papel do conhecimento no entendimento social, a estrutura da sociedade e o propósito da política." (Irwin et al, 2003: 20). A ordem social e a ordem natural tornam-se assim indissociáveis e só uma perspectiva mais alargada que as entenda como produzindo-se mutuamente nos pode permitir entender e analisar o mundo em que vivemos, ganhando " (...) poder exploratório se pensarmos as ordens natural e social como sendo produzidas juntas" (Jasanoff, 2004: 2).

Olhar para a sociedade é olhar também para a forma de fazer conhecimento; é olhar para o social, mas também para a natureza; é olhar para os actores humanos e não-humanos. "Estes objectos, como as pessoas, têm "biografias", eles não são "inertes" mas muitas vezes mutáveis e "alcançam o seu status ontológico elevado produzindo resultados, implicações, surpresas, conexões, manipulações, explicações, aplicações"" (Daston, 2000: 10). Pensar a sociedade hoje é pensar nas suas múltiplas formas constitutivas, nas formas de estabilização do conhecimento (Galison e Stump, 1996), nas formas de dar credibilidade ao conhecimento, é olhar para os factos e artefactos, articulando a acção humana e as dinâmicas do mundo não-humano.

Analisar sociologicamente o idioma co-producionista entre a sociedade e a natureza é, precisamente, relacionar diferentes disciplinas, diferentes formas de entender e de fazer conhecimento, diferentes actores, diferentes objectos e diferentes espaços de actuação. Apenas quando tentamos olhar para o social e o natural, nas suas vertentes normativas, cognitivas, materiais e sociais as podemos entender, não como epifenómenos mas, antes, como parte de uma mesma realidade que importa compreender.

No caso aqui em análise tenta-se perceber se existe co-produção entre a ciência e o direito, e se existem barreiras ou delimitação de fronteiras entre o conhecimento produzido pelo lado da ciência e o conhecimento produzido pelo lado do direito e de que forma é que a utilização do ADN permite ou não a colaboração entre estas duas áreas. Atendendo ao facto de hoje a AOP estar amplamente dependente do critério biológico e, conseqüentemente, da utilização do perfil de ADN para aferir sobre a existência desse vínculo biológico, importa analisar que tipo de uso é feito dessa

tecnologia ao serviço da justiça e que tipo de relação é mantida entre o campo da ciência e o campo do direito, de forma a tornar admissível a prova científica no âmbito judicial.

O idioma co-producionista pode ser entendido em duas vertentes: uma vertente constitutiva e outra interaccional. A primeira vertente aplica-se mais a fenómenos metafísicos emergentes e à forma como o conhecimento é produzido, mantido e estabilizado. " (...) *uma forma constitutiva nos estudos de tecnologia e sociedade*⁵² [STS] em que procura determinar como é que as pessoas percebem os elementos da natureza e da sociedade e de como eles se ocupam a afastar parte da sua experiência e observação de uma realidade que é vista como imutável, separada da política e da cultura." (Jasanoff, 2004: 19). Estamos a falar de um plano largamente associado aos laboratórios de investigação científica ou outros locais ou terrenos de produção de conhecimento que conta com o científico e o tecnológico. No caso das AOPs esta vertente constitutiva pode ser identificada através dos critérios da "boa prática laboratorial", isto é, a existência de plataformas biológicas que permitem padronizar técnicas e procedimentos tornando as provas cientificamente fiáveis, assente em critérios puramente científicos e na universalidade da ciência.

A segunda perspectiva – a interaccional – baseada na epistemologia, não dá por adquirido as formas como as coisas são, mas tenta perceber e articular as diferentes perspectivas, confrontando os domínios e as zonas de fronteira, ou "zonas de transacção" ("trading zones") (Galison e Stump, 1996) do conhecimento (Shapin e Schaffer, 1985). Relaciona-se "menos com o que é e mais com o que nós sabemos sobre ela" (Jasanoff, 2004: 17). No caso das AOPs a perspectiva interaccional pode ser observada no encontro da ciência com o direito, o que leva a que nesta perspectiva os critérios da "boa prática laboratorial" tenham que ser conjugados de tal forma que permitam, não apenas que as provas sejam cientificamente fiáveis mas, mais do que isso, que sejam admissíveis em tribunal.

⁵² STS (studies of technology and society). Os estudos em STS surgem a partir da década de 1960 a partir de um conjunto de disciplinas muito vasto (antropologia, ciência política, história, sociologia, etc) e prendem-se, fundamentalmente com a noção de que os valores sociais, políticos e culturais afectam a investigação em inovação tecnológica. Saliem-se os trabalhos produzidos por Barnes, 1996; Jasanoff, 1990, 2004; Koehler, 1994; Latour and Woolgar, 1986; Shapin and Schaffer, 1985.

A perspectiva co-producionista proposta por Sheila Jasanoff encontra um paralelismo com a perspectiva das *ecologias dos saberes*⁵³, proposta por Boaventura de Sousa Santos (2006), ambas assentes na ideia de que existe uma pluralidade de diferentes saberes mas, todos eles, necessários para a renovação constante de conhecimento e para a produção de novo conhecimento.

No caso das AOPs e como veremos mais à frente, parece que se assiste a uma tentativa de ignorar ou silenciar, o que a “law in books” deixa de fora. No entanto, as diferentes formas de viver em conjugalidade, a forma dominante de constituir família é hoje diferente do passado⁵⁴. Nesse sentido, parece ganhar consistência a ideia de que a “law in books” (o direito nos livros) e a “law in action” (o direito em acção) trilham caminhos distintos pelo facto de o enquadramento normativo se reger por critérios puramente legais, baseados num tipo de sociedade patriarcal, dominante no passado, esquecendo-se porém que, por um lado, o direito é hoje auxiliado pela ciência na busca da verdade e, por outro lado, a sociedade é hoje distinta da que era no passado.

A perspectiva co-producionista vem-nos mostrar que o “fazer conhecimento” (“knowledge-making”) é incorporado em práticas de “fazer estado” (“state-making”) ou de governação. Importa perceber como é que as práticas de governação influenciam a produção do conhecimento⁵⁵, numa época em que não são apenas as tecnologias e ciência que evoluem a grande velocidade, mas também em que surgem novas formas de governação do conhecimento, que passam não apenas pelo Estado, como actor principal, mas que condensam novos actores⁵⁶. No caso das

⁵³ Boaventura Sousa Santos distingue cinco lógicas dentro da sociologia das ausências ou da produção da não-existência: a monocultura do saber, a monocultura do tempo linear, a lógica da classificação social, lógica da escala dominante e a lógica produtivista. A ecologia dos saberes é uma das dimensões ou lógicas constitutivas da sociologia das ausências, assente na ideia de que “[t]udo o que o cânone não legitima ou reconhece é declarado inexistente. A não existência assume aqui a forma de ignorância ou de incultura” (Santos, 2002: 247).

⁵⁴ No capítulo III será dada atenção mais pormenorizada a esta questão.

⁵⁵ Considera Miller (2005) “ [o] termo co-produção refere-se à perspectiva construtivista que tomo para o conhecimento e a ordem – trato ambas como produtos criativos do trabalho humano e da imaginação – e as suas interdependências como entidades construídas. Uso o termo imaginação no seu sentido produtivo (seguindo Anderson (1991), que se referiu às nações como comunidades imaginadas, referindo-se à capacidade das pessoas para imaginarem coisas que existem para além da sua experiência pessoal, mais do que num sentido perjurativo de significar não real” (Miller, 2005: 427).

⁵⁶ De entre os novos actores que hoje se reconhece estarem presentes nas novas formas de governação, contam-se, por exemplo, as empresas e o terceiro sector.

AOPs, enquanto que no passado os actores envolvidos se restringiam aos actores judiciais, progenitores e, com forte peso, a intervenção de testemunhas, actualmente o leque de actores envolvidos é substancialmente mais diversificado, tendo uns perdido o peso que outrora detinham, passando outros a ter um peso que antes não possuíam. Hoje, condensam-se novos actores, entre os quais se destacam os cientistas forenses (devido ao seu papel crucial no apuramento da verdade biológica, através do apuramento de critérios científicos), mas não poderemos descurar o papel hoje mais notório dos progenitores: necessitando o sistema judicial de conferir certezas à prova de paternidade, a colaboração do pretense pai e da mãe para a realização do teste de ADN é de relevância extrema.

Estamos pois perante novas formas de governação que interagem entre si. Aos actores tradicionais, vieram-se juntar novos actores, e conseqüentemente, confrontação e encontro de saberes. *“Governar e exercer a cidadania numa sociedade de conhecimento significaria hoje avaliar as implicações, os efeitos e as conseqüências do conhecimento científico e do desenvolvimento tecnológico de modo a considerar tanto os efeitos desejados e benéficos como os efeitos indesejados e negativos (...)”* (Nunes, 2007: 17). É precisamente essa confrontação e encontro de saberes, dos efeitos desejados e indesejados, benéficos e negativos que configuram a governação, articulando as diferentes perspectivas de diferentes disciplinas, mas também as diferentes perspectivas de actores distintos que permitem que a ciência e a sociedade sejam co-produzidas, *“ (...) cada uma confirmando a existência da outra”* (Jasanoff, 2004: 17).

2.2. A epistemologia cívica

Sheila Jasanoff define a epistemologia cívica como estando associada *“ (...) às práticas institucionalizadas pelas quais os membros de uma dada sociedade testam e desenvolvem as pretensões do conhecimento como base para fazer escolhas colectivas”* (Jasanoff, 2005: 255).

Em Portugal a questão que este trabalho levanta é que chegámos a um momento em que estamos a construir uma nova epistemologia cívica entre a ciência e direito em que a pericia científica assume um papel central, ainda que a

credibilidade das provas tradicionais (recurso a testemunhas, inquéritos sociais, inquéritos policiais, etc) não seja ultrapassada.

Será interessante ver neste estudo como é que se está a reconstruir uma nova epistemologia cívica no sentido de criar um novo regime de credibilidade que trás novas exigências nas respostas aos cidadãos: celeridade, mais certeza, mais rigor.

Uma abordagem baseada neste conceito de epistemologia cívica penso permitir conhecer todo o processo de conhecimento público que está associado ao tema central deste estudo. Torna-se necessário perceber de que forma é que os cidadãos têm parte activa nestas novas questões e, para além disso, como refere Jasanoff (2005) impõe-se tentar perceber " (...) como é que (...) o surgimento da ciência como um espaço de política visível afectou o papel e o significado da própria cidadania?" (Jasanoff, 2005: 247).

Analisar a sociedade portuguesa à luz do conceito de epistemologia cívica, em particular no que respeita às AOPs parece um desafio interessante. O facto de o Estado obrigar compulsivamente a identificar o pai biológico de uma criança 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*", isto é, o pai é o marido da mãe. Ora, hoje, parece que as coisas já não são bem assim. A incerteza, a complexidade e as novas formas de vida em conjugalidade vieram trazer novas formas de conhecimento público. O Estado, ao não querer dar visibilidade a uma nova realidade familiar, baseando-se em pressupostos hegemónicos está, como sugere Boaventura de Sousa Santos, a reger-se por pressupostos que se baseiam mais numa *epistemologia da cegueira*⁵⁷ do que em pressupostos de uma epistemologia cívica (Santos, 2000; 2006).

Assim, se numa perspectiva de epistemologia cívica (Jasanoff, 2005) se entende que há que ter em conta os diferentes estilos de produção pública de conhecimento, a forma como se prestam contas à sociedade e aos cidadãos, a demonstração, a

⁵⁷ A este propósito cf. Santos, 2000, onde aborda as questões da ciência, argumentando pela necessidade de evitar os reducionismos e para falar sobre as representações distorcidas e parciais da realidade que a modernidade e o paradigma científico da modernidade criaram. Este "analisar" e este "conhecer" do paradigma científico da modernidade são entendidos como compreensão plena do real.

objectividade e a visibilidade desses conhecimentos, parece que no caso das AOPs se prefere manter regras do passado, baseadas em questões dominantes no passado, “ (...) *uma epistemologia que exclui, ignora, silencia, elimina e condena à não-existência tudo o que não é susceptível de ser incluído nos limites de um conhecimento que tem como objectivo conhecer para dominar e prever*” (Nunes, 2007: 49).

O desfasamento entre aquilo que é designado como a “*law in books*” e a “*law in action*” pode ser um exemplo desse tipo de epistemologia. Atendendo ao facto de a legislação sobre as AOPs reflectir a sociedade patriarcal, acaba por condenar à não-existência situações novas trazidas com o avanço da sociedade, em que os filhos de mães lésbicas ou filhos gerados por procriação medicamente assistida não aparecem contemplados na lei⁵⁸. Atendendo também ao facto de a sociedade patriarcal continuar a ter um peso forte na definição da paternidade torna-se necessário perceber como é que a introdução do perfil genético de ADN pode auxiliar a justiça.

Desta forma, estou em crer que as AOPs se enquadram mais numa *epistemologia da cegueira*, mostrando uma visão distorcida, ou, pelo menos, parcial da realidade. E, conseqüentemente, tal como Santos defende (2000; 2006), haverá que fazer a apologia da *epistemologia da visão*, ou seja uma nova atitude epistemológica que assente na ideia de que não é só apenas o que existe que deve merecer a nossa atenção e, nesse sentido, olhar também para a *sociologia das ausências* e para a *sociologia das emergências*⁵⁹ (Santos, 2002) quando analisamos as averiguações oficiosas de paternidade torna-se imprescindível.

2.3. Ciência e Direito

Nas sociedades contemporâneas a interrelação entre a ciência e o direito tem importantes conseqüências para a cidadania e para os direitos dos cidadãos. “*Entender a prática judicial de investigação de paternidade implica também abordar*

⁵⁸ Outro exemplo claro desta situação, embora reconhecido há muito, refere-se ao incesto. Paternidades fruto de relações incestuosas, e que podem ser observadas mesmo no período patriarcal, continuam a não ser contempladas na lei, condenando-as também à inexistência. Porque se quer dar espaço, no âmbito deste trabalho, às questões que continuam invisíveis e às questões que ainda não mereceram visibilidade, darei tratamento autónomo a essas questões no capítulo VI.

⁵⁹ Em nota anterior fiz já referência a estes dois conceitos.

uma forma particular de relação entre o Estado e os cidadãos que conduz a análise para a esfera da cidadania no âmbito dos direitos civis constitucionalmente garantidos, nomeadamente o direito à «identidade pessoal» (em Portugal consagrado no artigo 26º da Constituição), passível de englobar o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores” (Pinto, 1995). Mas analisar os modos de relacionamento do Estado com os cidadãos não significa, como Foucault leva a pressupor, que essa prática social se confine a modalidades de coerção visíveis e muito menos se restrinja ao que está formalmente consagrado na legislação” (Machado, 2007: 38). A necessidade de promover e de proteger esses direitos, tendo em conta as potencialidades e os riscos associados aos avanços científicos e tecnológicos, tem dado origem a novas configurações da relação entre o direito e a ciência, nomeadamente a que regula os usos da peritagem científica e técnica.

O peso simbólico da ciência e do direito, bem como o facto de tradicionalmente serem duas formas de conhecimento hegemónico, pode criar algumas tensões no sentido de um bom entendimento entre ambas e da interdisciplinaridade necessária à produção da justiça.

Ambas reivindicam para si a neutralidade e a objectividade tendo sido, ao longo de muitos anos incapazes de aceitar que auxiliando-se mutuamente poderiam ambas beneficiar dessa partilha de conhecimentos dominantes.

No estudo que me proponho desenvolver, não é tanto a relação entre a ciência e a sociedade, ou entre a ciência e a tecnologia em concreto que procuro abordar, mas antes um aspecto particular destas relações, isto é, o uso que o direito e a justiça fazem da ciência.

À luz do conceito de co-produção e de epistemologia cívica torna-se necessário tentar perceber de que forma é que esta entrada em cena da biologia no mundo do direito se opera e de que forma é que as diferentes áreas do saber aqui envolvidas e os diferentes actores que dela derivam assumem e desenvolvem os seus papéis, numa nova configuração de conhecimentos e de práticas numa questão concreta: o uso do ADN na Averiguação Oficiosa de Paternidade (AOP). “A ciência forense “operacionaliza”, de certa forma, a crescente isomorfização do direito e da ciência, que foi notada por Boaventura de Sousa Santos (2000) traduzindo/denotando uma

relação de cooperação e circulação de sentido entre uma e outra, materializada na submissão da moral-prática do direito à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, através de experiências simbólicas de fusão e de configurações de sentido que combinam de modo complexo elementos da ciência, do direito e do senso comum" (Costa et al in Gonçalves, 2002: 202). Em particular, propõe-se a análise de uma tecnologia ainda relativamente recente no nosso país:⁶⁰ o ADN ao serviço da justiça em processos de AOP em que a relação da ciência forense com os cidadãos ocorre num contexto em que os próprios cidadãos surgem como actores no processo judicial.

Na actualidade a investigação compulsiva da identidade biológica depende, em grande parte, da actividade pericial, e do trabalho desenvolvido pelos biólogos forenses. Importa perceber como é que se faz essa articulação entre as diferentes "ecologias do saber" e as diferentes "ecologias e práticas" e como é que a co-produção é aqui realizada, não só entre as diferentes disciplinas, mas também entre os diferentes actores intervenientes. Como refere Helena Machado, "*[a] ciência, ao dar passos gigantescos na investigação biológica de paternidade, permitiu que os tribunais revolucionassem as práticas no domínio de investigação judicial de paternidade*" (Machado, 2007: 8). São essas alterações de práticas à luz do idioma co-producionista que aqui procuro identificar.

Importa perceber de que forma é que a produção da prova científica é avaliada tendo em conta o duplo processo a que está submetida: por um lado, a prova científica tem que reger-se pelos critérios da "boa prática laboratorial", sendo validada por critérios puramente científicos; mas, por outro lado, a prova científica está também sujeita ao escrutínio judicial, e nesse campo, terá não apenas que cumprir os critérios científicos mas, de igual forma, os critérios jurídicos para poder ser admissível em tribunal.

⁶⁰ A utilização desta tecnologia em Portugal ocorre a partir de 1995, sobretudo em investigações criminais e de investigação de paternidade.

2.3.1. A ciência vista pelo direito

O direito trabalha com factos concretos juridicamente relevantes, com “pedaços de vida”, como refere Silva Dias (2005) e que culminam com uma decisão judicial.

Para demonstrar a realidade desses factos é necessário produzir provas. Estas provas nem sempre se baseiam na certeza absoluta dos factos, no entanto, elas devem ser obtidas através de *“modo processualmente válido e admissível e, portanto, com o integral respeito dos direitos fundamentais das pessoas que no processo se vêem envolvidas”* (Silva Dias, 2005: 172).

Na perspectiva de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva, a livre apreciação da prova por parte do juiz não significa compreensão discricionária ou arbitrária da prova, mas antes uma *“valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns, da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objectivar a apreciação, requisitos necessários para uma efectiva motivação da decisão”* (Marques da Silva, in Silva Dias, 2005: 178). A prova visa então a demonstração da realidade dos factos e os meios de prova para alcançar essa realidade são os elementos de que o julgador faz uso para formar a sua convicção. Os meios de prova podem ser de carácter testemunhal, documental, pericial, entre outros. E é segundo a livre apreciação de todo este conjunto de provas que o julgador irá apreciar e valorar a prova.

No caso que aqui nos ocupa, e na relação entre a ciência e o direito, é a prova científica que nos interessa discutir.

Ao julgador cabe a difícil tarefa de apreciar livremente a prova, no entanto, em função dos casos, caberá ao julgador fazer mais uso deste meio de prova ou de um outro. Para determinada situação ou caso, o princípio da livre convicção do julgador levá-lo-á a valorar mais a prova documental, enquanto noutros casos, o princípio da livre convicção do julgador levá-lo-á a valorar mais a prova científica.

O caso das AOPs parece ser, claramente, um daqueles casos em que a prova científica, de há alguns anos a esta parte, passou a ter uma relevância jurídica significativa. Actualmente auxiliada a justiça pelos testes de ADN, não apenas no direito penal, mas também no direito civil, parece claro que a prova científica, nestes casos, poderá ser crucial: *“ (...) a prova pericial tem por fim a percepção ou*

apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuam ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial" (Silva Dias, 2005: 185).

A introdução da perícia científica no meio judicial veio assim contribuir para o enriquecimento da matéria jurídica, na medida em que lhe acrescentou conhecimentos especiais, provindos de outras áreas do conhecimento, mas que viriam permitir conciliar o saber jurídico com o saber técnico, especializado, científico.

A actuação do perito da ciência em ambiente judicial baseia-se na utilização dos seus conhecimentos e prática científica para pôr em marcha procedimentos de observação e de análise de resultados que lhes permitem retirar determinadas conclusões sobre os pedidos efectuados *a priori* pelo Tribunal⁶¹. No entanto, cabe-lhe apenas a produção de um resultado pericial, assente num valor probabilístico (e nunca na certeza) que, aliado a outros elementos de prova, ajudará o julgador a formar uma convicção e tomar uma decisão. Neste sentido, "*[a] prova pericial tem uma especial importância quando, através dos seus juízos técnicos, científicos ou artísticos, se apuram factos novos com interesse para a decisão da causa, factos esses que, de outra forma, não seriam trazidos para o processo"* (Silva Dias, 2005: 187).

Porém, ainda que a prova pericial tenha vindo a dar um contributo inegável ao julgador, ela constitui-se apenas como um meio de prova entre outros, cabendo ao julgador a decisão de a usar ou não. Mesmo em situações em que o julgador entende dever usá-la, esse seu entendimento não o vincula ao parecer pericial e ao seu relatório final. De facto, "*quando a convicção do julgador diverge do juízo contido no parecer dos peritos, desde que seja (devidamente) fundamentada essa divergência"* (Silva Dias, 2005, 219), o julgador pode abdicar desse parecer, no entanto, como referido, torna-se imprescindível que saiba fundamentar criteriosamente a recusa desse parecer, o que nem sempre é fácil, pois os seus conhecimentos científicos na matéria poderão não lhe permitir chegar tão longe⁶². Assim, e como refere Figueiredo

⁶¹ Os denominados quesitos.

⁶² A este propósito cf. Costa, 2001, Costa, 2003 e um estudo mais recente de Helena Machado (2007), todos eles apontando no sentido das deficiências de entendimento dos magistrados face à prova científica, podendo o perito "*(...) colmatar as eventuais lacunas de conhecimento dos actores judiciais, em termos científicos"* (Machado, 2007: 179).

Dias, *"é manifesto que só poderá ser afastado o juízo pericial, desde que fundamentada a divergência (...) com uma "crítica de igual valor" (Silva Dias, 2005: 220). Mas, como referem Coelho e Oliveira (2006: 48) " [s]erá muito mais difícil que o tribunal se afaste das conclusões científicas dos peritos pela simples razão de que o juiz não tem uma competência técnica equivalente".*

Estamos assim perante um processo de co-produção cujo idioma se traduz na submissão do direito à ciência, por um lado, e de certa forma, de uma cedência por parte da ciência que, ao entrar a porta do tribunal se torna "impura" (Costa e Nunes, 2001). Ou, por outras palavras, *" [à] medida que se for generalizando o recurso às provas biológicas e for ganhando crédito o trabalho das instituições encarregadas da sua execução, crescerá a necessidade de vincular o juiz civil às conclusões técnicas dos peritos, ressalvada a sua competência para controlar a base factual em que assentou o juízo científico" (Oliveira, 2003: 20).*

Ao tentar eliminar, ou, pelo menos, minimizar, os elementos de subjectividade que as provas ditas tradicionais podem acarretar, substituindo-as pelas provas periciais, acentua-se a submissão simbólica do sistema judicial à ciência, por um lado, e eliminam-se as emoções enfatizando-se a lógica da razão, por outro. Esta duplicidade, uma vez mais, vem mostrar a isomorfização do direito e da ciência, cabendo aos juizes *" (...) evitar julgar na base de elementos «subjectivos», guiando-se, antes, pelos imperativos da objectividade e da neutralidade, valores que são invocados também como centrais na prática científica" (Costa et al, 2002: 220).*

2.3.2. A influência da ciência no direito

Se o direito faz uso da autoridade da ciência para legitimar as suas decisões, parece claro também que a ciência apresenta a particularidade de estar sujeita à legitimação pela acção dos magistrados e advogados.

Embora os peritos assumam uma posição privilegiada nesta relação entre ciência e direito, a verdade é que a sua contribuição enquanto *mediadores da justiça* se resume à produção de um conhecimento baseado na legitimidade científica. Porém, para além da produção do seu relatório pericial, baseado na observação e na

experimentação num caso concreto, situado e balizado no tempo, a sua actuação não pode ir mais além.

Nesse sentido, poderemos considerar que o perito se encontra numa posição de “mediador de primeiro grau”⁶³, quando nos reportamos à sua autoridade científica legitimada em tribunal, pois o seu conhecimento técnico pode ser decisivo para o apuramento dos factos, no entanto, não lhe cabe a função de tirar conclusões sobre a matéria de facto, estando essa tarefa atribuída aos actores do espaço judicial (Costa *et al*, in Gonçalves, 2002).

O que nos conduz para uma outra distinção importante, no que concerne às suas capacidades. Se, por um lado, podemos considerar que o cientista, enquanto perito, tem um papel crucial de *mediador* entre a ciência e o direito, por outro lado, se a ele lhe cabe apenas fazer uma análise concreta e estrita dos elementos que lhe foram dados a analisar, então, ele ocupa uma dupla função de perito mas, em simultâneo, de leigo. Ele é capacitado para transmitir a autoridade da ciência relativamente a um aspecto particular da matéria em julgamento mas, para além disso, nada mais lhe é solicitado constituindo-se também como um membro leigo em tribunal no que respeita a outras matérias e outras provas de relevância jurídica a serem apreciadas. Os papéis invertem-se e, enquanto relativamente a objectos científicos é a autoridade científica que assume uma posição privilegiada, a partir do momento em que o relatório pericial é produzido, a autoridade passa de novo, para os actores judiciais, em particular para o juiz, considerado por muitos, o perito dos peritos. (Barreiros, 1991; Costa, 2001; Machado, 2003, 2007). Desta forma, “[a]s práticas da ciência forense e, em particular, a identificação por ADN, parecem confirmar a ideia de que as posições de “perito” e de “leigo” não são fixas, podendo os mesmos actores deslocar-se entre eles em função dos contextos e das configurações particulares de actores, de práticas e de modos de conhecimento” (Costa *et al*, in Gonçalves, 2002: 205)⁶⁴.

No entanto, o perito pode ainda ter um papel de mediação crucial em todo este processo. O perito pode ainda ser considerado como um “mediador de segundo

⁶³ Ou “auxiliador” dos magistrados, como os designa Machado (2007: 179). A este propósito cf. também Nunes (2007) que considera o perito como “facilitador” ou “moderador”. Cf. ainda Costa *et al*, 2002.

⁶⁴ É interessante verificar que os peritos se recusam a emitir “opiniões” em tribunal para preservar a sua aura de neutralidade e de objectividade que das ciências ditas puras imana.

grau" já que, ao entrar a porta do tribunal, ele está não apenas a dar o seu contributo aos actores judiciais como testemunha perita sobre determinados factos biológicos mas, em última análise, ele constitui-se também como mediador entre a ciência e os cidadãos: testemunhas, réus, ou, simplesmente, os espectadores da justiça. *"Os peritos forenses são assim entendidos como actores mediadores entre a ciência e o público (Costa et al 2002), uma vez que convertem ou traduzem o conhecimento científico num "modo de intervenção sobre o mundo", neste caso com impactos na decisão judicial"* (Machado, 2007: 174).

Os cientistas e peritos representam perante o poder judicial a autoridade da ciência não se confundindo, no entanto, os papéis que cabe a cada um deles desempenhar. Trata-se, no fundo, de *" (...) um processo social sujeito a constantes negociações entre os actores sociais envolvidos, por sua vez munidos de expectativas e de interesses muito diferentes e que constroem formas de conhecimento e de acção constantemente reinventados para se adaptarem aos contextos locais, não existindo propriamente um conjunto único de critérios de demarcação que permita, por exemplo, distinguir os saberes e práticas científicas das não-científicas ou entre saberes e práticas jurídicas e não jurídicas"* (Machado, 2007: 58).

Como demonstrado em estudo anterior, *"essa representação passa, como vimos, por um duplo processo de demarcação (boundary work)⁶⁵ entre o científico e o judicial e de isomorfismo da ciência e do direito, integrando a autoridade da ciência no contexto específico da prática judicial, mas reafirmando, ao mesmo tempo, as fronteiras entre a ciência e o direito"*. (Costa et al, in Gonçalves, 2002: 205; Costa, 2001).

Quando olhamos para a forma como o direito influencia a ciência e a ciência influencia o direito, estou em crer que, tratando-se de duas instituições de grande peso em qualquer sociedade, e, ainda que a ciência seja uma modalidade recente ao serviço da justiça, parece que a sua presença em tribunal se tem vindo a

⁶⁵ Cf. a este propósito Gieryn, 1999 . Este duplo processo de demarcação baseia-se na divisão entre o trabalho realizado em laboratório e o trabalho realizado, por exemplo, pelos actores judiciais, permitindo afirmar a autonomia de cada um deles. Sobre o duplo processo de demarcação cf. também Costa, 2003.

demonstrar imprescindível. Quanto mais a ciência evolui, nomeadamente, a área da genética, mais a justiça precisa do seu contributo.

Esta inter-relação entre a ciência e o direito, porém, coloca algumas perplexidades que, a meu ver, estão bem presentes nas AOPs. A abertura do campo da ciência ao direito e a compreensão que os actores do meio judicial fazem da ciência veio permitir uma nova catalogação, agora de índole biológica, dos indivíduos envolvidos em processos de investigação de paternidade levando a que governar as ciências da vida implique, de igual forma, a governação do direito. *"O actual sistema judicial é um campo da vida social no qual se pode percepçionar com uma certa clareza, não só alguns traços específicos do processo de compreensão e utilização públicas da ciência construída pelos diferentes actores judiciários, como as possibilidades em aberto do controlo institucional e político dos indivíduos com base em catalogações biológicas, nomeadamente em processos judiciais que envolvem elementos de prova que assentam em técnicas laboratoriais de identificação genética dos indivíduos"* (Machado, 2007: 171).

Consequentemente, a co-produção é constitutiva não só do campo da ciência como também, do campo do direito. E, nesse sentido, tanto podemos falar de co-produção da ciência como poderemos falar em co-produção da justiça. É nesse sentido que me parece que analisar o caso das AOPs em Portugal pode provar-se um caso exemplar a este respeito.

É a exploração do "fazer conhecimento" ("knowledge-making") no "fazer Estado" ("state making") que aqui procuro identificar (Jasanoff, 2004). *" (...) a resolução de quaisquer problemas novos significantes na ciência é visto como requerendo (re)estruturações situadas e específicas da ordem social, sem as quais a autoridade científica em si mesma seria colocada em perigo"* (Jasanoff, 2004: 30).

A ciência auxilia o direito na busca da verdade e o direito utiliza a informação científica produzida pelos laboratórios de biologia forense para tornar mais credível e fundamentada a sua decisão com o objectivo de chegar à verdade. Entre estes dois mundos: o da ciência e o direito, cruzam-se regras da ciência e regras do direito, actores do sistema judicial e actores científicos, formas de governação da ciência e formas de governação do direito. *" (...) quando a ciência é usada para propósitos*

legais, não pode dar-se por garantido que os mesmos imperativos institucionais se continuem a aplicar. Na arena legal, o contexto para a ciência muda, e estas mudanças afectam os resultados que podemos esperar da ciência. O direito tem as suas necessidades e constrangimentos institucionais, e estes são largamente equipados para assegurar que a justiça é feita nos casos reais individuais. Os processos são desenhados para encontrar os imperativos primários do direito e não necessariamente bem adaptados para discriminar entre as boas e as más decisões científicas; também não é claro que a lei faça, ou faça sempre, deferência ao compromisso dominante da ciência para a auto-correcção" (Jasanoff, 2006: 329).

No âmbito das AOPs estas relações entre a ciência e o direito são bem patentes, " [e] se até há relativamente pouco tempo o caso específico da investigação judicial de paternidade podia ser indicado como uma das áreas de aplicação do direito mais resistentes à busca da verdade, devido às dificuldades óbvias sentidas pelos tribunais em apurar a paternidade de um indivíduo (como atesta a expressão latina utilizada no antigo Direito Romano, e várias vezes citada pelos juristas da common law, «mater sempre certa est, pater nunquam»), nas duas últimas décadas o panorama modificou-se de forma radical. A opacidade da paternidade tornou-se possível de contornar devido aos avanços das ciências forenses na determinação por meio de exames de sangue (...) " (Machado, 2007: 56).

2.4. Os velhos e os novos direitos de cidadania em confronto

A credibilidade da ciência aos olhos do cidadão deve ser algo a ser explorado, percebido, relevante na vida dos cidadãos e validado pela sociedade, pela ciência, pelo direito e pelo próprio Estado, porém, nunca deverá ser tomado como algo garantido e livre de incerteza ou de injustiça.

O avanço tecnológico da maioria das sociedades ocidentais torna tarefa árdua tentar explicar algum fenómeno eminentemente social que não tenha sido afectado pela tecnologia e, nesse sentido, só fazendo a ponte e as devidas articulações entre os diferentes campos de produção e uso de conhecimento com as novas formas de governação poderemos tentar encontrar respostas para os problemas sociais e sociológicos que a sociedade nos vai colocando. Na verdade, "[é] através do

compromisso sistemático com o mundo natural e o mundo manufacturado, físico, ambiente, que as políticas modernas definem e redefinem os significados de cidadania e de responsabilidade cívica, as solidariedades da nacionalidade e grupos de interesse, as fronteiras do público e do privado, as possibilidades de liberdade e a necessidade de controlo." (Jasanoff, 2004: 14). É esta redefinição dos compromissos, dos significados de cidadania e de responsabilidade cívica que alguns autores têm chamado a atenção e têm vindo a falar na emergência de uma nova "cidadania científica" (Nunes, 2007).

No caso das AOPs a introdução do teste de ADN no auxílio à justiça vem-nos mostrar essa necessidade de redefinição de compromissos de que fala Jasanoff. Tendo o vínculo biológico primazia à luz do nosso direito, mas sabendo-se também que as provas tradicionais mantêm ainda um peso significativo na ponderação da prova, torna-se urgente pensar nas consequências dessas mudanças ao nível da cidadania, e do papel que os próprios cidadãos têm nesta nova configuração das AOPs.

Estado, ciência e sociedade estão cada vez mais unidos num objectivo comum: conferir legitimidade e credibilidade às acções políticas, transformando a autoridade política também em autoridade científica, ou melhor, fazendo com que a autoridade política seja fundamentada e validada pela autoridade científica.

Esta busca incessante por parte dos decisores políticos de legitimidade da sua acção recomendada à ciência veio permitir a expansão do recurso ao parecer científico⁶⁶.

Nesta relação entre ciência e sociedade o Estado tem um papel importante no sentido em que legitima e dá conteúdo às formas de governação, tornando-se impossível dissociar a ciência do poder ou a ciência do Estado. Essas relações estão

⁶⁶ A autoridade da ciência que se vai instalando aos poucos na sociedade, ao permitir a introdução da peritagem científica, permitiu também que a controvérsia em torno de determinados temas surgisse, devido ao confronto de diversas abordagens técnicas, sobretudo em áreas ligadas ao ambiente, como a co-incineração, as gravuras de Foz-Coa ou os OGM's. No que respeita ao ADN essa controvérsia ainda não se fez sentir em Portugal, embora se preveja que em breve, com a introdução da base de dados de perfis genéticos, já aprovada, essa discussão possa ser iniciada. Cf. Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, que define os princípios básicos da constituição, organização e funcionamento de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.

bem patentes nas AOPs, em que, como vimos, o processo de AOP está hoje mais dependente da ciência (porque dependente da verdade biológica), mas a ciência também está condicionada pelo direito, na medida em que não se pode basear em critérios puramente jurídicos, e tendo que conformar a sua actividade a critérios admissíveis pelo direito. “ [o] duplo processo de crescente protagonismo social tanto da ciência como dos tribunais nas sociedades ocidentais actuais tem como um dos seus efeitos mais visíveis, complexos e contraditórios a intensificação das interacções entre o mundo da ciência e o mundo do direito” (Machado, 2007: 165).

Ciência e direito são usados de forma quase rotinizada como elementos de governação e de legitimação da actuação dos governos esquecendo-se, porém, que ao aplicarem-se normas, protocolos científicos e leis constitucionais, as situações a que se referem envolvem cidadãos com histórias e vivências distintas.

O primado da verdade biológica sobre o primado da verdade social parece ter acarretado a emergência de novos direitos, associados a uma nova época dominada pela biotecnologia, biomedicina e genómica, a que alguns autores têm designado de “cidadania científica” (Nunes, 2001; 2008) ou “cidadania biológica” (Rose, 2006: 1).

Como qualquer outra forma de conhecimento a ciência abre alguns caminhos fechando outros. Quando certas correntes científicas postulam o determinismo genético ou quando, em nome das melhores das intenções legitimam intervenções e manipulações que chocam com as liberdades consagradas na lei e que devem ser respeitadas, elas estão a acentuar a dimensão regulatória da ciência e a vedar o acesso às suas possibilidades emancipatórias (Nelkin e Lindee, 1995; Hubbard e Wald, 1997; Lewontin *et al*, 1987; Lewontin, 1992, 1994, Agra, 1997; Santos, 1995). Torna-se emergente uma análise centrada na questão dos direitos dos cidadãos, ou naquilo a que se tem vindo a designar por biocidadania.

O preceito constitucional no seu artigo 26º, número 1, estabelece 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 intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”, e o número 3 refere que “ [a] lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano,

nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica” (CRP, 2001: 36-37). Estes preceitos são determinantes para se perceber que, quando analisamos a relação da ciência com o direito e, em particular, as AOP em Portugal, vários direitos que estão constitucionalmente garantidos podem, na verdade, chocar com os direitos dos outros. A lei acolhe este preceito no sentido de conferir protecção aos interesses do menor, no entanto, a sua implementação pode colidir com os direitos de terceiros, nomeadamente, com os direitos da mãe e, de certa forma, com os direitos do pai.

2.4.1. Velhos direitos de cidadania

Olhando para a Constituição da República Portuguesa é de salientar que o *direito à reserva da intimidade da vida privada, a protecção legal contra quaisquer formas de discriminação, cidadania e identidade genética* podem estar desprotegidos quando falamos em AOP.

2.4.1.1. Direito à reserva da intimidade da vida privada

2.4.1.1.1. A relação entre o público e o privado

A regulação social da família é feita pelos Estados através de políticas familiares que, em determinado momento, consideram ser as adequadas, no entanto, a regulação dos comportamentos privados pertence ao direito, em particular ao direito civil. Assim, o direito civil surge-nos, nesta perspectiva, como o *“regulador dos comportamentos privados [o qual] tem sido por muito tempo mobilizado para preservar uma instituição familiar tradicional”* (Commaille, 1996: 26).

Quando olhamos para a questão do público e do privado na regulação da família duas considerações desde logo ressaltam: por um lado, na protecção social que ao Estado, como garante da coesão social, incumbe dar ao indivíduo como cidadão, e, nesse sentido, o carácter público da família mas, por outro lado, pensar em família significa, de igual modo, pensar no espaço íntimo, que diz respeito a cada um de nós, não enquanto cidadãos ou membros da comunidade como um todo, mas antes como indivíduos, pessoas particulares e, nesse sentido, a identificação familiar configura-se com o espaço privado (Commaille, 1996; Pedroso e Branco, 2008).

Ora, como pode o Estado regular a família através dos nascimentos que, por um lado, para ser regulada pelo Estado tem que estar no âmbito público mas, por outro lado, abarca questões sensíveis da vida íntima de cada um, pertencentes à esfera privada?

Discernir e conhecer os limites destas duas “*modalidades de contacto*”, como as designa Commaille (1996: 13), que nos levam do público ao privado torna-se importante para não violarmos direitos fundamentais da democracia e da vivência em sociedade⁶⁷, correndo o risco de estarmos a criar uma *cidadania negativa ou passiva* (Commaille, 1996: 220 – 221).⁶⁸

No caso concreto das AOPs parece claro que o Estado ao intervir nesta questão estará a cumprir um dever público no interesse do menor e, nesse sentido, a sua intervenção no espaço público faz sentido. Porém, a partir do momento em que, com vista ao apuramento da verdade, necessita de informações que, de outra forma, não as poderá ter, porque pertencentes à esfera íntima, acaba por entrar na vida privada destes indivíduos, passando a ser um assunto de interesse do Estado. “ (...) a *actividade sexual e reprodutiva das mães não é mais vista como uma experiência privada e íntima, mas torna-se um problema de interesse de estado, em nome da defesa dos interesses da criança, nomeadamente o seu direito a conhecer a sua história genética*” (Machado, 2008: 225). Espaço público e espaço privado, o íntimo e o público, a sociedade e a família, o direito civil e o social confundem-se.

2.4.1.1.2. A instrumentalização do corpo

Intimamente relacionado com a questão do público e do privado está a questão da instrumentalização dos corpos, em particular, o corpo feminino, levando não

⁶⁷ Apenas para nomear alguns dos direitos que podem estar ameaçados, podemos referir, a título exemplificativo, o direito à identidade pessoal, o direito à privacidade, o direito à identidade genética.

⁶⁸ A este respeito refere Helena Machado (2007: 63) que “ (...) a *relação que o sistema judicial português estabelece com a paternidade de indivíduos nascidos fora do casamento deixa em aberto inúmeras perspectivas de análise do fenómeno de controlo e de regulação do comportamento sexual e procreativo da mulher. A meu ver, a evolução histórica da prática judicial de investigação de paternidade pode ser, em si mesma, um objecto de estudo claramente indiciador dos modelos de interacção entre mulheres e homens que têm vigorado de modo hegemónico nas sociedades europeias, mas também das perspectivas estatais sobre os respectivos direitos e deveres de cada um*”.

apenas a que tenhamos que atender ao facto de estarmos a falar não só no direito à reserva da intimidade da vida privada, mas também ao direito de não discriminação.

Para Helena Machado olhar para a função pública do estado no que concerne a matéria de investigação de paternidade, olhar para a regulação legal da paternidade que incumbe ao estado fazer não é mais do que dizer que cabe ao estado a função de vigiar e controlar o comportamento procreativo dos seus cidadãos (Machado, 2002, 2007). *“A noção de que as técnicas jurídicas de naturalização das diferenças sexuais servem para excluir, tentar corrigir ou criminalizar os comportamentos que não se enquadram nos modelos normativos dominantes de família e de heterossexualidade encontra-se enunciado de diversos modos, como, por exemplo, as abordagens que sustentam o carácter falocêntrico do direito (the phallogocentrism of the law), ou aquelas que falam da estrutura patriarcal do direito (the patriarchal structure of the law), aludindo aos modos como os aparelhos jurídicos sexualizam, desqualificando os corpos femininos, enfatizando os processos pelos quais o direito e os seus agentes contribuem para reforçar as assimetrias e as desigualdades de género e de poder previamente existentes na ordem social”* (Machado, 2007: 48 - 49).

Este olhar autoritário do estado pressupõe, porém, uma forma tradicional de vida em sociedade e de vida familiar⁶⁹. 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. Esta instrumentalização, sobretudo do corpo feminino, acaba por colocar em causa o direito à sua intimidade e privacidade, mas, ela é legitimada no supremo interesse do menor, colocando aqui em confronto, os direitos do menor e os interesses da mãe.

2.4.1.2. Protecção legal contra quaisquer formas de discriminação

2.4.1.2.1. Direitos do homem vs direitos da mulher

⁶⁹ *“Em abono da verdade, importa lembrar que tal modelo heterossexual convencional é um produto cultural habilmente construído de forma a servir os interesses económicos do sistema capitalista”* (Santos, 2004: 7).

No supremo interesse do menor, a investigação da paternidade tem passado pelo escrutínio do comportamento moral e sexual da mulher, mas escrutínio idêntico não tem sido identificado em relação ao pai levando a que se questione se, desta forma, não estará o Estado a proteger não apenas o interesse do menor e, de certa forma, a proteger o pai que não perfilhou o menor. *“A ideologia do macho provedor de sustento é muito clara aqui: enquanto à mãe é perguntado sobre a sua vida sexual com vista a indicar a identidade do pai da criança, ao pai putativo é perguntado sobre a sua capacidade para proporcionar sustento financeiro”* (Machado, 2008: 227).

O argumento que tem sido utilizado para esta discrepância entre os direitos da mãe e os direitos do pai, uma vez mais, têm sido baseados em factuais da própria natureza, que, no entanto, acabam por deixar perceber o carácter falocêntrico do direito.

O Código do Processo Civil (CPC), 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 evidências dos factos, não lhe permite fazê-lo. E, dessa forma, *“ (...) o seu eventual interesse em ocultar a filiação não é tutelado pelo sistema jurídico”* (Oliveira, 2003: 8). No entanto, tal como a maternidade, a paternidade também é biológica implicando *“ (...) a participação física do progenitor no acto da fecundação”* (Oliveira, 2003: 8). Segundo Guilherme de Oliveira, então, o que separa a maternidade da paternidade *“ (...) está somente no seu carácter menos ostensivo, na maior dificuldade da sua prova”* (Oliveira, 2003: 8).

Na verdade, 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.

2.4.1.2.2. Direito do menor e do pai vs Direito da Mãe

Outra questão que pode aqui ser levantada diz respeito ao direito de mãe em não revelar a identidade do pai do seu filho em contraposição ao direito do menor conhecer as suas raízes biológicas.

No estudo elaborado por Wallbank (2004) argumenta-se a propósito das disputas familiares privadas que " (...) o direito da criança a conhecer é subordinado à análise utilitária" (Wallbank, 2004: 245). E vai mais longe considerando que " (...) a ênfase nos direitos nas disputas familiares privadas traz a conjunção dos direitos da criança e do pai, e que estes são utilizados em detrimento dos direitos da mulher e para diluir os ganhos percebidos que tiveram em relação à vida familiar" (Wallbank, 2004: 246). Parece, desta forma que, uma vez mais, os direitos da mãe são colocados numa esfera secundária, em que, em primeiro se encontram os interesses do menor e, em segundo, os interesses do pretense pai. De novo, a lógica patriarcal mantém-se, assumindo-se que o pai se constitui como um pilar económico central, ao contrário da mãe que sendo vista pelo direito como objecto sexualizado, acaba por ter que prestar contas sobre o seu comportamento e sendo encarada a recusa em colaborar com a justiça como estando a actuar contra os interesses do seu filho, não se questionando o direito sobre os seus próprios interesses. Uma vez mais, para Wallbank " (...) a instituição legal do direito da criança em conhecer significa que as mulheres são vistas muito mais como estando a actuar contra os interesses dos seus filhos se recusarem em consentir os testes sanguíneos" (Wallbank, 2004: 253). E, desta forma, considera o autor que o que é " (...) problemático é a forma pela qual o direito da criança conhecer ser preenchido castigando a decisão das mulheres em casos individuais" (Wallbank, 2004: 254).

Nesta situação da AOP não será que é o próprio Estado que está a tornar a democracia menos sã, nessa obrigação de garantir os direitos básicos da criança? Não será que esta protecção do Estado dos interesses da criança, assente em critérios da sociedade patriarcal, retira aos cidadãos as competências que lhe cabem de decidir o seu caminho e de accionar os meios que considerem necessários à produção do seu próprio conhecimento pessoal, de si próprios e dos que o rodeiam?

2.4.2. Novos direitos de cidadania

A distinção entre o público e o privado ou a instrumentalização do corpo, sobretudo o corpo feminino, têm estado presentes e constituem-se como possíveis violações dos direitos de cidadania. Porém, também podemos identificar outras situações que, ao longo do século XX foram tomando forma e que, na actualidade, convergem para uma nova situação em que os direitos de biocidadania se tornam emergentes. A evolução da ciência apenas vem modificar a natureza desses direitos que são passíveis de ser violados, porém, eles podem ser identificados a montante e a juzante da introdução do teste de ADN na investigação de paternidade.

Embora não tenham sido eliminados alguns elementos que poderiam colocar em causa os direitos de cidadania (os velhos direitos de cidadania) vieram juntar-se-lhe, com a introdução do ADN no auxílio à investigação de paternidade, a necessidade de discutir novos direitos – os direitos de biocidadania.

Ao longo da história da humanidade, o corpo humano tem sido instrumentalizado através da regulação do Estado. *“O corpo humano sempre foi usado para classificar e identificar os indivíduos – pela cor da pele, género, aparência e linguagem corporal”* (Machado e Silva, 2008: 168). E, em particular, ao longo do século XX vários são os momentos que podem ser assinalados e que realçam as medidas políticas encetadas tendo por base o critério biológico e que permitem observar o processo de biologização da política (Rose, 2006).

No entanto, embora a biologização da política tivesse estado presente ao longo de todo o século XX, foram precisamente os avanços conhecidos na biotecnologia, na biomedicina e na genética que levaram a que se deva dar uma atenção redobrada à forma como o Estado regula os corpos. As ciências biológicas tornaram-se instrumentos úteis de governação.

Os estudos sociais da ciência têm procurado perceber *“as implicações no surgimento de novas formas de biosocialidade e de biopoder, de “governo da vida””*⁷⁰ (Nunes, 2006: 8; Nunes, 2007). Utilizar os cientistas como produtores de

⁷⁰ O termo “governo da vida” deve-se a Michel Foucault (2004^a; 2004b), “ (...) uma forma de governar centrada na população, tomando como seu objectivo central a segurança desta, que significa também a segurança do soberano, e apoiada em novas formas de conhecer e de calcular para intervir” (Nunes, 2007: 33).

conhecimento científico, validado por eles e aplicado por eles facilmente se torna uma poderosa arma de justificação da evolução da ciência e da suposta aceitação pelo público⁷¹.

2.4.2.1. O “regime do eu”

Já em 2001 escrevi que para os defensores da ideologia do essencialismo genético⁷² todas as explicações têm a sua expressão última nos genes e tem servido para legitimar muitas formas de intervenção política, geralmente de orientação conservadora. *“O gene (...) é um símbolo, uma metáfora, a forma conveniente de definir a personalidade, a identidade e as relações em formas socialmente com sentido. O gene é usado, claro, para explicar a saúde e a doença. Mas é também uma forma de falar sobre culpa e responsabilidade, poder e privilégio, status emocional e intelectual. Tornou-se um super-gene, usado para julgar a moralidade ou a justiça de sistemas sociais e para explorar as forças que irão moldar o futuro humano”* (Nelkin e Lindee, 1995: 16). Consequentemente, a explicação genética é, acima de tudo, uma explicação política que, assumindo uma roupagem biológica – e, por isso, radicada na “natureza das coisas” – seria válida para todos os fenómenos (Lewontin et al, 1987).

Uma concepção da sociedade baseada no bem-estar genético permite desresponsabilizar a sociedade e as suas instituições e, dessa forma, perpetuar o desenvolvimento das teorias eugenistas, bem como justificar medidas de desregulação e de violação da democracia e dos direitos dos cidadãos e tem a vantagem adicional de ser legitimada por argumentos “científicos” que a naturalizam e a certificam como necessária e inescapável.⁷³

⁷¹ Para Yaron Ezrahi (2003) os cientistas são, simultaneamente, produtores e consumidores do conhecimento. O conhecimento, por sua vez, é um produto e um meio de produção de mais conhecimento. Os conhecimentos abarcam em si conceitos densos, factos, regras, códigos interpretativos, exigência, rigor e evidência. Assim, para o autor, “ (...) eles não podem estar acessíveis aos leigos e são de facto esotéricos.” (Ezrahi, 2003: 262).

⁷² Sobre este assunto dediquei um capítulo em Costa (2001).

⁷³ Foi precisamente nesta base que se implementaram as políticas nazis de higiene racial, na Alemanha, fazendo a apologia da pureza da raça ariana, e tendo como principal objectivo “seleccionar” os melhores e superiores e “erradicar” os piores e inferiores. Era dirigida, inicialmente, a todos aqueles que eram portadores de problemas físicos ou mentais e, mais tarde, foram abrangidos por essas medidas os judeus, os homossexuais e outros indivíduos considerados inferiores (Hubbard e Wald, 1997; Lewontin,

Nos anos 60 do século XX, os seguidores do determinismo biológico apresentam o "genetic welfare" como forma de fazer diminuir as políticas do Estado Providência, tentando mostrar que nos genes residem as potencialidades dos indivíduos. Pretendia-se implementar medidas sociais e económicas baseadas não na ideia de providência estatal, mas antes, na "providência genética", ou seja, avançava-se o argumento de que é o bem-estar genético que determina a nossa condição social, retirando assim peso àquilo que o Estado pode fazer pelo nosso bem-estar. " *Uma concepção baseada no bem-estar genético permite desresponsabilizar a sociedade e as instituições e, dessa forma, perpetuar o desenvolvimento das teorias eugenistas, bem como justificar medidas de desregulação e de violação da democracia e dos direitos dos cidadãos. E tem a vantagem adicional de ser legitimada por argumentos "científicos", que a naturalizam e certificam como necessária e inescapável*" (Costa, 2001: 46).

O essencialismo genético constitui-se como um argumento de grande utilidade às sociedades tecnologicamente avançadas. Permite, por um lado, responsabilizar os genes por tudo o que acontece à sociedade ou aos seus membros e, por outro lado, permite uma visão do mundo marcada pela inevitabilidade do que existe (Nelkin e Lindee, 1995).

É lícito interrogarmo-nos sobre as potenciais ameaças à privacidade que daí decorrem. Com o Projecto do Genoma Humano⁷⁴ ou, mais recentemente, as bases de dados de perfis genéticos, a tecnologia associada aos genes torna-se cada vez mais abrangente, não necessariamente no sentido da sua democratização, mas transportando consigo novas formas de vigilância, ou bio-vigilância. Tais projectos conduzir-nos-iam àquilo a que François Gros designa por "civilização do gene", e ao

1992; Lewontin, 1994; Lewontin et al, 1987; Nelkin e Lindee, 1995; Costa, 2001). Em 1907 surgiu a primeira lei compulsiva de esterilização involuntária propostas por Davenport e Laughlin no estado de Indiana (EUA) para seres de "má hereditariedade", isto é, criminosos e outros seres geneticamente defeituosos (Hubbard e Wald, 1997: 20)⁷³. Também as medidas definidas no "immigration Restriction Act" nos EUA pretendiam restringir a entrada de cidadãos de outras nacionalidades que não viessem dos países "civilizados" da Europa Ocidental e do Norte dos Estados Unidos.

⁷⁴ O projecto do Genoma Humano é o exemplo acabado de até onde pode ir a crença no determinismo genético. Um tal projecto permite, em última análise, mais do que conhecer a essência da humanidade, perceber porque é que uns são ricos e outros pobres, uns saudáveis e outros doentes, uns criminosos e outros respeitadores da lei, etc. Conhecendo-se o mapa físico do genoma pode encontrar-se nos genes as causas para todas as coisas, incluindo os problemas que, até aqui, era, definidos como problemas sociais.

risco de um “ostracismo genético sistemático” em que a essência de cada indivíduo, a essência do “eu” só faz sentido enquanto essência do “eu” genético; enquanto forma de encontrar uma explicação para todas as coisas, através de um banco de dados de informação genética de todos nós que permite, fácil e deterministicamente, solucionar todos os problemas (Gros, 1989; Rose, 2006).

Mas outros exemplos, menos ambiciosos, e que surgem quotidianamente na vida dos cidadãos podem ser dados. Vimos, no capítulo anterior, de que forma a PMA pode ser utilizada não apenas, discriminando diferentes corpos (os das mulheres saudáveis e das mulheres doentes, mas também os corpos das mulheres heterossexuais e homossexuais). Porém outras situações são passíveis de se encontrar hoje na nossa sociedade fruto dos avanços da medicina e da tecnologia, como é o caso dos cuidados médicos que nos remetem para certas práticas, hoje rotineiras, e que são consideradas como formas de intromissão na privacidade de cada um e, conseqüentemente, atingindo os direitos dos cidadãos. Falo, por exemplo, da amniocentese ou das ecografias. Sendo exames de rotina para qualquer mãe em gestação, acabam por nos remeter para essa ideia, cada vez mais presente, da biovigilância e dos novos direitos de cidadania: biocidania (Rose, 2006; Silva e Machado, 2009; Silva e Veloso, 2009; Rabinow, 1996).

Também no que respeita às AOPs podemos encontrar situações que levam à emergência de proteger os direitos de biocidadania.

2.4.2.1.1. Implicações nas AOPs e nos direitos de cidadania

Vimos no capítulo I os mecanismos de regulação da família que o Estado português ao longo do século XX foi accionando com vista a proteger a família patriarcal. Hoje, na era da genética, a esses mecanismos de regulação vieram juntar-se o perfil de ADN que, embora mais rápido, traz uma nova linguagem que pode suscitar novas interrogações e que, acima de tudo, poderá pôr em causa os direitos dos cidadãos: *“A identidade humana conferida pelo perfil de ADN baseia-se num código binário de positivo/negativo, verdadeiro/falso, que produz a ilusão da certeza, a exclusão da dúvida e a percepção da infalibilidade da tecnologia, minimizando as eventuais ambiguidades, porque se distancia da comunicação verbal e praticamente*

elimina as possibilidades de dúvida, negociação e incerteza " (Machado e Silva, 2008: 168).

O teste de identificação genética, em si mesmo, não levanta grande controvérsia. Aliás, " (...) nenhuma outra técnica científica alcançou tão rapidamente uma aceitação generalizada. (...) Mesmo os seus críticos reconhecem que, desde que correctamente aplicado e interpretado, o perfil genético é possivelmente a inovação mais poderosa no domínio da ciência forense desde o desenvolvimento da impressão digital na última parte do século XIX" (Giannelli, 1998: 381 – 382, cit. Machado, 2007: 167).

A retórica da certeza e da infalibilidade desta técnica agora ao serviço da justiça pode, porém, criar alguns problemas, não pelo procedimento técnico em si mas, acima de tudo, porque está dependente da apreciação que os magistrados fazem dela, e ainda porque a utilização desta super-técnica tem que ser coadunada com uma legislação retrógrada, nomeadamente no que respeita a direitos de cidadania, por um lado, e a concepção do supremo interesse da criança, por outro.

Desses direitos que podem ser ameaçados com a introdução do ADN no auxílio à investigação de paternidade destaca-se, por um lado, a questão do consentimento ou da recusa em facultar amostras biológicas e, por outro lado, permanece a questão de perceber em que medida é que o vínculo biológico pode ser preponderante numa sociedade em que as relações baseadas no vínculo social começam a ter cada vez maior presença.

2.4.2.1.1.1.O consentimento ou recusa de facultar amostras biológicas

Em primeiro lugar, com vista a cumprir o preceito constitucional do direito à identidade genética, a introdução do ADN no auxílio à investigação de paternidade levanta a questão da utilização de amostras biológicas nos protagonistas da investigação, isto é: o menor, a mãe e o pretenso pai (ou pretensos pais).

De novo, se é no supremo interesse da criança conhecer a sua identidade genética, a necessidade de obter amostras biológicas de terceiros pode colocar em risco novos direitos de cidadania. "O primeiro encontro de muitos cidadãos com a identificação por ADN ocorre na qualidade de fornecedor(a) de materiais biológicos

destinados à produção de perfis genéticos, seja do próprio, seja de outras pessoas" (Costa et al, 2002: 208).

As amostras biológicas colhidas aos protagonistas (sangue, saliva, cabelos, unhas) permitem confrontar os diferentes perfis e perceber se existem ou não laços biológicos entre eles, através da comparação dos perfis genéticos de ADN. Esta recolha com vista a obter um perfil de ADN levanta, tal como relativamente aos velhos direitos de cidadania, a questão da instrumentalização do corpo e dos limites do que pertence à esfera pública e do que pertence à esfera privada. *"Certas zonas do corpo que, noutras circunstâncias, são consideradas como zonas íntimas, serão, para o efeito, definidas como zonas acessíveis à intervenção dos agentes que actuam em nome da lei"* (Costa et al, 2002: 209).

O direito, porém, tem tentado contornar esta questão fazendo uma distinção clara entre diferentes partes do corpo humano e distinguindo nele partes consideradas verdadeiramente íntimas (como o sangue) e outras menos íntimas (como a saliva, unhas ou cabelo) (Oliveira, 1999; Costa et al, 2000).

Ainda que fazendo esta ressalva, parece consensual que todas estas partes constituem o corpo humano e, conseqüentemente, todas elas são passíveis de violar aspectos da intimidade de cada um, porém, também é considerada por alguns juristas uma distinção necessária com vista à busca da verdade⁷⁵.

Se não é consensual que partes do corpo humano possam ou não ser alvo de intromissão, parece ser ainda menos consensual em que situações ao PP é lícito recusar a colheita de amostras biológicas com vista ao apuramento da verdade. Segundo a interpretação dada por alguns autores à lei (Oliveira, 1999) ninguém pode ser coagido fisicamente⁷⁶ a facultar amostras biológicas, podendo, no entanto, ser coagido a comparecer a exame⁷⁷.

Os progenitores têm o dever de cooperar com a justiça no supremo interesse do menor, porém, podendo recusar cooperar alegando um outro preceito constitucional

⁷⁵ Esta ideia é válida tanto para a justiça cível como para a justiça criminal, embora no primeiro caso ela não seja obrigatória e no segundo caso o seja.

⁷⁶ O artigo 519º do Código do Processo Civil prevê, contudo, a condenação em multa a quem se recuse a colaborar

⁷⁷ Vários acórdãos dos Tribunais da Relação também aludem a esta questão.

que protege o direito à integridade física (artigo 25º da CRP) ou mesmo o direito à reserva da intimidade da vida privada, constante no artigo 26º da Constituição.

Estamos, uma vez mais, na presença de direitos conflitantes: o direito do menor à sua identidade genética e o direito dos progenitores à reserva da sua intimidade e da sua identidade pessoal. E, embora não havendo consenso, se pode ou não ser coagido fisicamente a facultar amostras biológicas, acaba por ser deixado ao livre arbítrio do julgador retirar as ilacções que entender por conveniente sobre a recusa. Esta recusa, não raras vezes, é interpretada pelo julgador como uma admissão implícita da paternidade. Porém, podemos estar na presença de outras situações e que devem, igualmente, ser valoradas: quando o indivíduo tem a certeza de que é impossível ser o pai daquela criança; quando teme pela sua reputação e oferece resistência a submeter-se a exames; quando, por motivos religiosos impede a sua realização; ou quando, finalmente, teme que o perfil de ADN que daí decorre possa, no futuro, ser utilizado com outros fins (Costa, 2001; Costa *et al*, 2000).

Outra questão que a utilização dos perfis genéticos de ADN em processos de AOP vem trazer diz respeito, uma vez mais, a processos discriminatórios que englobam, de forma distinta, a mãe e o PP. Nas situações em que o PP não se presta a colaborar com a justiça, sendo certo que é legítima (mas não consensual) essa recusa, apenas cabe ao livre arbítrio do julgador valorar essa recusa. Porém, como mostra Machado (2002), em situações em que a mãe admita ter-se relacionado com mais do que um parceiro sexual, pode ser recusado o teste de ADN, ainda que dê o consentimento para que o mesmo seja feito, ou mesmo quando, apesar disso, identifica o indivíduo que considera ser o pai biológico do seu filho.

Ou seja, em relação à mãe parece que o teste pode não existir porque o tribunal assim o entende, mas em relação ao PP, o teste de ADN pode não se efectuar porque este não está disponível para o realizar, evidenciando uma dualidade de critérios distintos a aplicar à mãe ou ao pai em função das situações. A dúvida da mãe, implica o reconhecimento de não exclusividade de relações sexuais e, conseqüentemente, pode ditar a não prossecução do processo, a dúvida do pretense pai é considerada legítima e tem por objectivo, não só conferir-lhe certezas como dissipar as suas dúvidas.

2.4.2.1.1.2. Vínculo biológico e vínculo social

Por último, e como vimos anteriormente na discussão sobre paternidade biológica e paternidade social, pode questionar-se se o vínculo biológico pode ser mais importante que os vínculos sociais criados entre dois seres. O que gera polémica é, talvez, simplesmente, tentar perceber em que medida é que o laço biológico pode ser um ícone mais poderoso do que o laço social. Como argumenta Bartholet, "*[v]ivemos numa era em que o teste de ADN pode proporcionar a prova definitiva de quando uma relação genética existe entre um adulto e uma criança, onde, até recentemente, tal prova não era possível. Precisamos de decidir quando é que isto significa que a lei deverá colocar maior ênfase na biologia na definição da parentalidade do que previamente tinha*" (Bartholet, 2005: 132).

Mas, mesmo que admitindo que o laço biológico possa ser mais poderoso do que o laço social, o direito terá que lidar com novas questões. "*O ADN pode ser usado para provar ou não o laço biológico parental com margem pequena de erro. Mas os sistemas legais usam a ciência como evidência em casos de paternidade e que nem sempre tomam em consideração a balança necessária entre a verdade biológica e o envolvimento social*" (Machado, 2008: 228)".

Parece claro que, dado o enquadramento legal em Portugal e a recente utilização do teste de ADN no auxílio à justiça em processos de investigação de paternidade, o vínculo biológico surge cada vez mais presente. Porém, a evolução da sociedade, remete-nos para uma outra realidade em que o vínculo social começa a ter cada vez mais peso, não só devido, à forma como as recomposições familiares vão sendo feitas, e às orientações sexuais de cada um, mas também devido à forma como as tecnologias reprodutivas vão dando resposta aos problemas dos cidadãos⁷⁸.

2.4.2.1.1.3. A emergência dos direitos de biocidadania

Sendo o direito um espaço particularmente importante de interface entre o Estado e a Sociedade, o modo como o conhecimento científico «funciona» e é

⁷⁸ Com contornos distintos, mas onde a questão da paternidade social e a paternidade biológica está bem, presente, salientem-se os recentes casos Esmeralda e o caso Alexandra.

apropriado pelos vários actores presentes nesse espaço constitui, certamente, uma das modalidades mais significativas de exposição dos cidadãos à autoridade e ao poder da ciência" (Costa et al; 2002: 227).

A história edificante (Nunes, 2001) dos genes, leva a que o direito faça uso desta ferramenta da ciência para alcançar o ideal de objectividade, neutralidade e rigor, acreditando que a ciência e a técnica de identificação por perfis genéticos de ADN é imune a erros. Mas " (...) o uso da ciência em investigações de paternidade segue critérios normativos associados a visões patriarcais e familiares das relações familiares de relações sociais de género (Machado, 2008: 231).

Como se coadunam estas duas perspectivas? Por um lado, um direito que mantém tiques de cegueira do passado, e, por outro lado, a ponderação da prova em critérios estritamente científicos?

Parece estarmos na presença de um uso selectivo do ADN baseado, não em critérios puramente científicos mas assente, em larga medida, em considerações *a priori* das situações que devem ser submetidas ao escrutínio da ciência. Assim, o que parece estar desajustado é a forma como o "superior interesse do menor" está a ser regulado. O que parece ter que se questionar é a forma como o direito teima em manter uma legislação retrógrada assente no vínculo biológico, reforçada pela colaboração da ciência. A paternidade surge agora, mais do que associada a um registo de nascimento, a um carimbo de certificação, que baseada na infalibilidade da ciência, determina sem margem para dúvidas, a paternidade biológica dos menores.

Porém, outras questões, que interferem, de facto, com o "supremo interesse do menor" não são devidamente valoradas. E são essas questões que nos próximos capítulos tentarei analisar e perceber de que forma é que o direito responde às novas exigências e em que medida é que o perfil genético de ADN pode ou não ajudar a definir essas novas exigências.

Importa aferir a proporcionalidade da lei vigente, baseada no vínculo biológico e na família patriarcal face, por um lado, à tecnologia de perfis de ADN que reforça esse vínculo biológico, mas, por outro lado, o crescimento da paternidade social, fruto quer do próprio desenvolvimento da tecnologia reprodutiva, quer das alterações nas

formas de constituir família, em particular, as uniões de facto por casais heterossexuais ou homossexuais. Como aponta Susana Silva, a prevalência dos " *laços bio-genéticos (...) a sua valorização resulta de construções históricas e sociais específicas que podem contribuir para obscurecer a complexidade e ambivalência dos mecanismos sociais e psicológicos envolvidos na construção da identidade e da cidadania*" (Silva in Silva e Veloso, 2009, 85).

As tensões criadas entre o supremo interesse da criança em conhecer a sua identidade genética, e o direito à privacidade choca com os direitos de cidadania. Numa era em que a identificação por perfis genéticos de ADN se alonga a um número cada vez maior de cidadãos, torna urgente munir a sociedade de mecanismos de "prudência genética" (Rose, 2006) e apetrechá-la de mecanismos de biovigilância, permitindo, dessa forma, que uma cidadania científica ou biológica nefasta distorça os direitos de cidadania, utilizando o "supremo interesse do menor" como uma camuflagem para esconder a necessidade de continuar a regular as famílias, onde o direito à identidade genética do menor pode ser também uma forma de justificar a utilização da ciência ao serviço da justiça.

Parece assim estar-se perante um impasse que, para muitos estudiosos que se têm dedicado à relação entre estas duas áreas do conhecimento, é necessário dissolver. A era do *biopoder* a que alude Michel Foucault chegou e é necessário saber lidar com ela: " (...) os múltiplos caminhos pelos quais a vida humana se tornou na matéria que as modernas instituições de governação procuram para controlar e gerir com o auxílio da ciência" (Jasanoff, 2005: 248).

É o Estado, através das suas normas e formas de governação do conhecimento que permite estabilizar e institucionalizar as práticas do conhecimento. Porém, como argumenta Ezrahi (2003), democratizar o conhecimento científico implica um ajuste sistemático entre as práticas do Estado e os cidadãos. O Estado necessita do conhecimento científico para progredir, da mesma forma que o conhecimento sem as regulações do Estado não se pode consolidar. O Estado utiliza estrategicamente o conhecimento científico para alcançar os seus objectivos. Porém, é exigida credibilidade e transparência na actuação quotidiana do Estado e, nesse sentido, torna-se necessário também que, para que os cidadãos possam aceitar as regras

instrumentais provindas do Estado e fruto do desenvolvimento científico, essas mesmas actividades se tornem visíveis e acessíveis ao cidadão comum.

Assim, para que a acção do Estado seja legitimada, não basta que o conhecimento científico prolifere nas sociedades, torna-se necessário que essas acções sejam bem entendidas pelos próprios cidadãos, tornando-se necessária a existência de "cidadãos informados" ("knowledgeable citizens"), isto é, " (...) o indivíduo liberal que é capaz de atestar, como testemunha informada com argumentos, para a legitimidade das acções tecnológicas do Estado" (Jasanoff, 2004: 32).

Esta ideia remete para uma outra, que é a ideia de que, para que um estado possa ser legitimado, precisa do auxílio da ciência e do conhecimento científico. O conhecimento científico, para ser legitimado pela sociedade e pelo Estado, necessita do apoio dos seus cidadãos e, conseqüentemente, como referido anteriormente, de uma *cidadania científica* (Nunes, 2007).

Para que o conhecimento científico possa ser legitimado o sistema político democrático tem de ser capaz de prestar contas publicamente ('accountable'), é necessário que os cidadãos tenham confiança nos seus governantes. Essa confiança passa, não apenas por serem cidadãos bem informados, mas também pelo uso de uma linguagem transparente, e pela transparência de todos os procedimentos que afectam os cidadãos, já que "(...) apenas os cidadãos que conheçam a verdade podem actualmente controlar ou diminuir o poder do Governo" (Jasanoff, 2004: 263).

Objectividade, credibilidade, fiabilidade são aspectos que têm que estar presentes numa relação entre Estado e Ciência. No caso das AOPs são vários os perigos que o uso desta tecnologia pode acarretar.

Embora não me querendo deter em demasia nesta questão, vimos de que forma os protagonistas directos das investigações de paternidade podem ver os seus direitos ameaçados pelo uso da tecnologia e pelo processo de AOP em geral.

Outros direitos podem ainda estar sob risco quando pensamos noutras informações que a própria tecnologia nos oferece, mesmo àqueles que não protagonizam a AOP.

Através dos exames laboratoriais, por exemplo, pode concluir-se que o indivíduo que foi submetido a exame é excluído da paternidade, porém, os cientistas, embora não o podendo divulgar, mediante o perfil genético encontrado, poderão estar em condições de concluir que o pai biológico daquela criança, poderá ser um seu irmão. Outra situação que pode chegar ao conhecimento dos cientistas que procedem à análise pode levá-los a concluir que, embora o tribunal procure identificar o pai biológico de uma criança, pode chegar à conclusão que, afinal, a própria maternidade é falsa, no entanto, e uma vez mais, essa informação não pode ser revelada. Por fim, um dos perigos que a biocidadania enfrenta no imediato e a situação mais abrangente e que pode ameaçar os direitos de todos os cidadãos, refere-se à utilização das bases de dados genéticos, cuja lei foi já aprovada, e estando para breve o início da sua aplicação.

Um dos riscos que o cidadão envolvido em processo de AOP pode correr, diz respeito ao facto de que o ADN que é isolado para um fim específico, como por exemplo identificar uma paternidade, poderá a vir a ser usado para outros fins que não os inicialmente pretendidos, sem que o indivíduo tenha, muitas vezes, conhecimento desses outros usos.

Neste sentido, o que está aqui em questão é a validação do conhecimento científico, o qual, na perspectiva de Sheila Jasanoff, é determinada pela epistemologia cívica de cada sociedade: " (...) *o que opera como perícia credível em qualquer sociedade corresponde à sua distinta epistemologia cívica: o critério pelo qual os membros dessa sociedade sistematicamente avaliam a validade do conhecimento público*" (Jasanoff, 2004: 394).

Em suma, para que a governabilidade da ciência se torne efectiva numa sociedade democrática implica a participação de todos os seus actores, leigos ou peritos. Só assim, segundo Sheila Jasanoff " (...) *a participação pode servir para disseminar a perícia mais amplamente, produzindo uma capacidade cívica acentuada e respostas mais profundas e reflexivas à modernidade*" (Jasanoff, 2004: 398).

Com as novas configurações do conhecimento, de actores, de relação entre ciência e sociedade, novos desafios se colocam à cidadania e à vida democrática. O

cientismo, o progressismo tecnológico ou o utopismo automático da tecnologia, como os designa Boaventura de Sousa Santos (1987) reflectem precisamente essa perspectiva, no sentido em que postulam a diferença entre factos e valores, ciência e não-ciência, peritos e leigos, tentando mostrar a supremacia das primeiras em relação às segundas, vendo nos " (...) argumentos "não-científicos" e "não-técnicos" (i.e., sociais, políticos, éticos, económicos...) intromissões ilegítimas num domínio que deve ser reservado aos especialistas e demarcado segundo os critérios destes" (Nunes, 2007: 19).

Objectividade, neutralidade e o carácter desinteressado da ciência tornaram-se, desta forma, pressupostos básicos à nova ciência precisamente porque ela se dirige, não apenas a um público de especialistas, mas também a públicos leigos (Gonçalves 1996, Gonçalves (org.), 2003) dando origem, consequentemente, a " *formas novas de activismo*" e mostrando " *os limites das formas de regulação convencionais e das estratégias de confiança do Estado, bem como dos saberes oficiais e certificados em que se apoiam essas formas de regulação*" (Nunes, 2007: 45). Daqui decorre a urgência em criar um debate público que envolva peritos e leigos no sentido de não deixar que a prova jurídica se cinja à prova produzida em laboratório, mas também não deixando que as decisões mantenham visões retrógradas e ultrapassadas que, sob a capa de serem legitimadas pela ciência, tentam passar a imagem de inovadoras e infalíveis, fazendo com que os cidadãos e os próprios magistrados façam reverência à ciência sem, todavia, questionarem e ponderarem outras questões de importância crucial e que contribuem, de igual forma, para garantir o supremo interesse do menor.

A ciência não pode mais ser vista como algo esotérico, apenas percebido e captado por um público específico de especialistas, já que a ciência se abriu a uma vastidão de campos sociais que têm que a compreender. Porém, cada país ou cada sociedade 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 assuntos, 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).

Na verdade, " (...) *factos importantes na relação entre a ciência e os seus públicos (...) prende-se com o modo como a ciência é comunicada ou "traduzida" para os não-especialistas, seja pelos cientistas, seja por outras entidades que operam como mediadores da comunicação científica (...)*" (Gonçalves, 2002: 11).

2.5. Certidão de Nascimento ou Certificação de origem?

Se já vão longe os tempos em que a criança era entendida como posse dos seus progenitores (Eeklaar *in* Commaille e Singly, 1997; Murray, 2005; Scott-Jones, 2005), se aos progenitores não cabe o direito de decidirem pelo melhor interesse da criança, parece que no caso da AOP essa competência foi transferida para o Estado.

Passamos de uma situação em que a criança é vista como pertença aos seus pais, para uma nova fase em que os pais são apenas parentalmente responsáveis por ela, no entanto, o Estado como garante da lei e da aplicação do direito, interfere em algo que deveria estar no íntimo de cada um, sobressaindo aqui a ideia proposta por Wallbank (2004) de que o direito da criança está subordinado à análise utilitária: "O modelo de direitos da lei de família enfatiza que os membros individuais da família aparecem antes da lei como detentores de direitos pré-existentes e sujeitos a deveres pré-existentes. Em termos práticos, o direito tem o seu imperativo, a protecção e accionamento do direito da criança a saber. Contudo, esse direito inevitavelmente implica os direitos dos outros, i.e., os direitos dos pais à vida familiar e, em alguns casos, o direito conflituante da privacidade da mãe. Não obstante, numa interpretação estrita do modelo de direitos, a lei deveria permanecer neutra na questão se o accionamento da lei será ou não no 'melhor interesse' das partes" (Wallbank, 2004: 247).

Parece estarmos assim na presença de uma situação em que, para proteger os interesses do menor se poderá estar a incorrer na violação de direitos de terceiros. E, se até há algumas décadas atrás os direitos passíveis de ser violados, em nome do interesse do menor, pareciam restringir-se à mulher, consequência da monitorização

do seu comportamento sexual, hoje, parece assistir-se à possibilidade de violação de novos direitos, até aqui inexistentes e que permitem verificar, uma vez mais, que a regulação das famílias através da AOP continua, hoje como no passado, a ser usada com o argumento da protecção do supremo interesse do menor ainda que, como veremos, permitindo camuflar a necessidade de justificar a intervenção da ciência. Se falamos na busca da verdade biológica porque o Estado assim o impõe, estaremos a falar não de um registo de nascimento mas antes de uma espécie de registo de propriedade. E, se o registo de nascimento confere à criança o estatuto de cidadão, um registo de propriedade, pelo contrário, confere-lhe o estatuto de objecto, de pertença a alguém, surgindo, desta forma, a AOP assente no critério científico, mais como uma espécie de certificação de origem e menos como um verdadeiro registo de nascimento.

CAPÍTULO III

“A quem bem me mantém chamo pai e mãe”

3.1. Paternidade jurídica e Paternidade biológica

Paternidade biológica e paternidade jurídica não são forçosamente coincidentes, como o conceito hegemónico, tradicional e dominante de família estipula⁷⁹. E, nesse sentido, é necessário distinguir cinco conceitos fundamentais: filiação, paternidade jurídica, *patria potestas*, posse de estado e, por último, paternidade biológica.

A filiação não é mais do que um aspecto legal e obrigatório que dá a identidade oficial a um indivíduo. A paternidade jurídica, por seu turno é a relação paterno-filial que conta nos dados do registo civil. A *patria potestas* é o conjunto de direitos e deveres de um pai relativamente ao seu filho. E a posse de Estado é um aspecto sócio-jurídico. É o pai aquele que, aos olhos da sociedade se comporta como tal, isto é, assume os direitos e os deveres com essa criança.

A paternidade biológica é um vínculo vitalício que une o pai à criança, ou mesmo que une os dois progenitores vitaliciamente àquela criança. O pai biológico é o que gera. Pai e mãe compartilham esse vínculo com a criança. Esta última relação é considerada a normal e a mais bem aceite pela sociedade. O pai é o marido da mãe, a criança está registada com o nome do pai biológico e, conseqüentemente, a paternidade biológica coincide com a verdadeira filiação da criança, equivalendo a paternidade biológica à paternidade jurídica, tendo também aquele pai a posse de estado daquela criança, não desmerecendo as suas obrigações e os seus direitos relativamente a ela. Esta é a situação dita normal e hegemónica na sociedade.

⁷⁹ A este propósito, cf Rothstein *et al*, 2005, onde um diverso número de estudiosos abordam de forma bastante clara estes dois conceitos, discutindo o peso que cada um deles deve ter na ponderação de decisões que envolvem crianças.

Uma outra situação surge quando tudo funciona numa aparente normalidade, isto é, quando a criança tem no seu registo de nascimento um nome de um pai e de uma mãe mas, a determinada altura, alguém suspeita que esse pai mencionado no registo possa não ser o verdadeiro pai biológico. Nessa situação, caso alguém faça a denúncia, haverá lugar a impugnação da paternidade presumida. Passaremos a ter que desdobrar a primeira análise, sendo que esta criança passa, aos olhos da sociedade, a ter um pai jurídico e um pai biológico, isto é, um pai que lhe deu o nome, mas que pode não ser o verdadeiro pai e um pai biológico que, presumivelmente a gerou, mas que não correspondeu com as suas obrigações, deveres e direitos.

E, por fim, a situação que aqui pretendo estudar, do registo de nascimento em que se omite o nome do pai, cuja consequência imediata é a Acção Oficiosa de Paternidade pelo Ministério Público.

Tanto numa situação como na outra o objectivo é repor a verdade dos factos e proporcionar à criança o conhecimento e reconhecimento pelo pai biológico.

Isto é o que acontece em Portugal, onde se quer fazer coincidir a verdade biológica com a verdade jurídica. No entanto, países há onde se considera existirem outros valores a considerar e a ponderar (Coelho e Oliveira, 2006).

3.1.1. Semelhanças e diferenças com outros países

Até à entrada no século XX a ciência não proporcionava conhecimentos técnicos que permitissem uma conclusão científica, bem fundamentada acerca da verdade biológica. Por isso mesmo, prevalece ainda do Direito Romano a máxima "*pater ist est quem nuptiae demonstrat*", isto é, o pai é o marido da mãe. Ora, como não havia ainda conhecimentos científicos na área da genética e dos sistemas de identificação como os que existem hoje, e o máximo que poderia acontecer eram suspeitas, devido às parecenças com determinado indivíduo, de que a verdadeira identidade biológica pudesse não ser a paternidade jurídica, assumia-se que o pai era o marido da mãe⁸⁰. Esta assumpção durante um longo período de tempo tinha por base, não apenas a aplicação desta máxima, como também as declarações

⁸⁰ Baseado num princípio de probabilidade já que o que era considerado comum era os filhos nascerem dentro do casamento e não fora dele (Coelho e Oliveira, 2006).

testemunhais. A par disto, os juizes ao longo dos tempos basearam-se em três tipos de métodos científicos para sustentar a sua decisão: as peritagens médicas, as peritagens antropométricas e, mais recentemente, as peritagens genéticas que rapidamente se globalizaram e institucionalizaram.

Actualmente, com os avanços conhecidos e reconhecidos no campo da genética é possível identificar o verdadeiro pai biológico de uma criança com uma certeza de quase 100%.

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. *“Não obstante a relativa homogeneidade das evoluções mais recentes das leis da filiação, verificada na maioria dos países da Europa Ocidental, ainda que segundo diferentes ritmos cronológicos, existem determinadas especificidades nacionais, nomeadamente de ordem cultural, jurídica e política, que podem condicionar a evolução legislativa em cada país. Na verdade, atendendo a que se verifica uma relativa semelhança no domínio legislativo da filiação em países que, claramente, são heterogéneos em termos culturais e políticos, torna-se pertinente que nos interroguemos sobre os modos como os sistemas jurídicos reflectem a realidade social envolvente”* (Machado 2007: 14). Nesse sentido, enquanto alguns países, como Portugal, dão primazia ao vínculo biológico, outros países, porém, consideram não ser o vínculo biológico a principal determinante da paternidade, preferindo olhar igualmente para a paternidade social. Consequentemente, 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).

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 sobejamente distintos em dois países vizinhos. Enquanto que em Espanha o Estado não tutela a investigação biológica de paternidade, em Portugal cabe ao Estado esta tutela. Cabe ao Estado, por intermédio do Ministério Público, averiguar officiosamente a paternidade de toda a criança nascida e em cujo assento de nascimento esteja omissa o nome do pai.

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 paternidades 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 biológico⁸¹.

Nos países escandinavos e na Alemanha, mais biologists, 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 menor⁸², por exemplo. *"O pai não pode subtrair-se à obrigação de prover às despesas de sustento"* (Rubellin Devichi, 1996, in Saracero e Naldini, 2003).

Também 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 *"com o propósito de impedir que o pai se subtraia aos seus deveres de provimento de despesas de educação dos filhos"* (Saracero e Naldini, 2003).

Em França a mãe que dá à luz não é necessariamente a mãe jurídica, *" (...) respeita-se a vontade que ela pode ter de não assumir o estatuto de mãe, e pensa-se que não vale a pena impor o estatuto contra a sua vontade"* (Coelho e Oliveira, 2006: 53).

E em Itália se o filho foi reconhecido por determinado indivíduo, a perfilhação por outro está sempre sujeita à oposição do primeiro, fazendo valer a primazia do bem-estar social sobre o primado biológico.

Ultrapassando as fronteiras europeias poderemos encontrar algumas semelhanças com o contexto português, mas outras em que as divergências são grandes. Desde

⁸¹ 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>) Essa mesma informação é dada no capítulo IV, no quadro I.

⁸² No caso alemão, mesmo os filhos concebidos por inseminação com dador têm direito a saber quem foi o progenitor (Coelho e Oliveira, 2006: 53).

logo, 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 (*"pater ist est quem nuptiae demonstrat"*). Tal como em Portugal, também o direito americano, exige que após o nascimento da criança, esta seja registada. E, neste caso, se a criança é registada pelos dois elementos do casal, tudo parece estar em conformidade não havendo motivo para intervir embora, caso alguém suspeite de que aquela não é a verdadeira paternidade biológica, a possa impugnar (tal como em Portugal).

Se a criança é registada por uma mãe solteira, nesse caso, há matéria para pesquisar a identidade biológica daquela criança. No entanto, ao contrário do que se passa em Portugal, o Estado não tem que estabelecer a paternidade de todas as crianças que têm o seu boletim de nascimento incompleto. Ao Estado compete-lhe 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, Kaebnick and Murray, 2005; Jasanoff, 2006; Parness, 2007).

A procura da identidade biológica de uma criança no contexto americano relaciona-se mais com a questão do sustento e bem-estar da criança do que com o direito à identidade pessoal: *" [a]inda que a responsabilidade financeira sirva as necessidades sociais dos adultos, o que importa mais para a criança são as relações emocionais e de prestação de cuidados"* (Dowd, 2005: 82). No contexto americano, embora o Estado seja, muitas vezes, o motor dessa busca, o *leit motiv* da averiguação de paternidade prende-se com a noção de que uma mulher só não tem capacidade de educar e sustentar uma criança e, nesse sentido, a intervenção do Estado tem como objectivo identificar um pai, não com o intuito de dar a conhecer as raízes biológicas de determinada criança, mas antes, obrigar o pai a partilhar as despesas inerentes ao sustento e educação de um filho.⁸³ Aliás, como refere Nichols-Casebolt, *"[h]istoricamente, a determinação da paternidade tem sido usada quase exclusivamente como uma acção para obter suporte financeiro do pai"* (Nichols-Casebolt in Monson, 1997: 284). Se aquela mãe, que omite o nome do pai da criança,

⁸³ A este propósito cf. o livro *"Genetic Ties and the Family"* (Rothstein et al., 2005) onde diversos autores abordam a problemática da investigação de paternidade nos Estados Unidos da América. Cf. também Machado, 2002, 2007, 2008; Silva e Machado, 2009; Silva e Veloso, 2009).

se encontra num regime de subsidiariedade por parte do Estado há intervenção no sentido de identificar o pai biológico, de forma a prover ao sustento daquela criança. E, nessa perspectiva, pode considerar-se que “ (...) o controlo patriarcal das mulheres não diminuiu mas simplesmente passou do homem individual (pais e maridos) para o Estado” (Monson, 1997: 281). Esse controlo, em última análise, caso a mãe não colabore, pode culminar com o fim do subsídio estatal que lhe é concedido; 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 ⁸⁴ ⁸⁵. “Às mulheres que não recebem assistência pública é permitido escolher se querem cooperar com os esforços do Estado para estabelecer a paternidade: com efeito, elas podem usar o seu status económico para “comprar” a sua privacidade sexual e autonomia mas as mulheres que recebem AFDC⁸⁶ ou MA⁸⁷ não podem” (Monson, 1997: 292; Parness, 2007).

Desta forma, ao contrário do que se passa em Portugal que, independentemente do status social ou económico da mulher, a AOP é sempre compulsiva, nos Estados Unidos a obrigatoriedade cinge-se apenas a uma questão económica. A mulher que não necessita do apoio do Estado pode tomar a decisão que entender em relação ao seu filho, enquanto que a mulher que depende dos subsídios estatais, embora possa recusar auxílio à justiça com vista a identificar o pai biológico, está sujeita a sanções, nomeadamente a perda dos subsídios estatais.

⁸⁴ Rothstein et al., 2005.

⁸⁵ Por mera curiosidade, embora o tema que aqui me detém respeite exclusivamente à questão da investigação de paternidade compulsiva, registe-se que nos Estados Unidos o advento dos testes de ADN e a obsessão com o determinismo genético tem conduzido a que muitas pessoas recorram a testes de paternidade para se certificarem das suas verdadeiras origens biológicas. Diversos “talk-shows” nos Estados Unidos dedicam-se a este tema, chegando mesmo a produzirem-se resultados em directo. Segundo Murray (2005) estima-se que entre 5 e 10% das paternidades de todas as crianças americanas esteja mal atribuída e que entre 5 a 20% das pessoas nos Estados Unidos estejam erradas acerca da sua paternidade. Mais de 30% dos homens que fizeram testes de paternidade descobriram que os filhos que sustentam não são seus (Nelkin, 2005). Em Abril de 2008 a *Identigene* colocou à venda em farmácias no mercado norte-americano kits que permitem verificar a paternidade (embora a sua utilização não seja admissível como prova em tribunal), in *Jornal Expresso*, “O seu filho é mesmo seu filho?”, 05 de Abril de 2008, pp. 22. Também Coelho e Oliveira (2006) referem não ser “conhecida a taxa exacta dos pais juridicamente reconhecidos que não são os verdadeiros progenitores. Porém, é relativamente vulgar falar-se de 10%, embora a fundamentação deste número pareça ficar aquém das exigências científicas” (Coelho e Oliveira, 2006: 89).

⁸⁶ AFDC – Aid to Familial with Dependent Children (Apoio a Famílias com filhos a cargo)

⁸⁷ MA – Medical Assistance.

Tanto para os Estados Unidos como para 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 (2002; 2007, 2008; Silva e Machado, 2009; Silva e Veloso, 2009) revelou, também Monson, encontrou no estado de Wisconsin, 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 americano, tal 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).⁸⁸

Muitos têm criticado o modelo baseado no imperativo de que o pai é o marido da mãe ou a prova de exclusividade das relações sexuais, considerando-o antiquado face à evolução da ciência. " Para quê procurar uma presunção se a ciência pode revelar os factos? " (Kaebnick and Murray, 2005: 19).

Ora, a questão nos Estados Unidos tem sido colocada em sentido inverso, já que " (...) a estabilidade da unidade familiar importa mais ao Estado do que a verdadeira parentalidade biológica" (Jasanoff, 2006: 334). Assim, embora em determinadas situações caiba ao Estado accionar a busca do verdadeiro pai biológico, como já referi anteriormente, o objectivo passa mais por obrigar o pai a cumprir com as suas obrigações financeiras do que a dar um nome e uma identidade à criança. Por essa via, então, o teste de paternidade ou o uso da ciência não é o que mais importa, porque se a criança estiver integrada numa família, ou se a mãe não necessitar de recorrer ao auxílio do Estado, este não intervém.

⁸⁸ A propósito da importância dada à exclusividade das relações sexuais durante o período legal de concepção, Monson refere que muitos dos pretensos pais, recorrentemente utilizavam o seguinte argumento: " porque outros homens fizeram sexo com ela" (Monson, 1997: 290).

Assim, os testes de ADN e o auxílio da ciência na identificação de paternidade tem sido usada, mais com o objectivo de fazer prova de não-paternidade do que prova de paternidade.⁸⁹ Desta forma, como refere Sheila Jasanoff, " [a] verdade social do que constitui uma família e o que conta para a justiça aos olhos da lei opera nestes casos independentemente da verdade científica em relação à reprodução humana ou identidade genética" (Jasanoff, 2006: 334).

Estas discrepâncias entre o modelo americano e o português, e aquilo que ambos estabelecem como primordial para o bem-estar da criança é extremamente interessante e remete-nos para uma questão, talvez interminável, sobre a paternidade biológica e a paternidade social ou afectiva, já que "[n]ão obstante falar-se frequentemente de "teste de paternidade", nego que este tipo de teste, seja qual for o nome que lhe dêem os seus proponentes, é verdadeiramente um teste de paternidade. O teste de ADN 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).

Será uma questão central a que diversos países têm tentado dar resposta. E se certos países têm preferido encontrar na paternidade social a forma mais consensual de assumir o seu papel de pai na sociedade, 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).

3.1.2. Paternidade biológica vs paternidade afectiva

Podemos questionar-nos sobre o que é ser pai. Pai é quem dá vida ou quem cria e dá amor? "Não será a paternidade mais do que o ADN?" (Nelkin, 2005: 15).

⁸⁹ Como referi anteriormente, o teste de ADN está a ser muito utilizado nos EUA para provar a não-paternidade. E a lógica aqui mantém-se. Provar que não se é o pai biológico de determinada criança, retira ao suposto pai o encargo financeiro com aquela criança.

Se é certo, como mostra Cláudia Fonseca no seu estudo levado a cabo no Brasil que a crença na paternidade social assenta em primeira análise na crença da paternidade biológica, casos há em que os laços criados entre o homem e a mulher são mais fortes do que os laços biológicos. Como Fonseca refere, o *“sangue conta, sim, mas a biologia nunca foi o sine qua non da paternidade”* (Fonseca, 2004: 6).

O que se questiona aqui é se o Estado terá ou não o direito de intervir na privacidade de cada um.

“A certeza que pariu a dúvida” foi o título escolhido por Cláudia Fonseca para esta sua investigação, exactamente pelo facto de que se é certo que o ADN veio trazer mais rigor e maior certeza às verdades jurídicas, também é certo que veio questionar a ordem das coisas. Ou, como argumenta Dowd, *“(…) em nome da igualdade de género e de alguma forma em nome dos interesses da criança, passámos de uma definição legal da paternidade relacionada com o casamento para uma definição de paternidade ligada aos genes”* (Dowd, 2005: 81).

No caso brasileiro que esta investigadora estudou a questão colocava-se no facto de o Estado brasileiro permitir que todas as pessoas que o desejassem, poderiam requerer teste de paternidade e por via das dúvidas, toda a gente queria ter a certeza da sua ascendência ou descendência. E, o que até ali era inquestionável, passa a ser colocado em dúvida pelo simples facto de haver um exame que trás certezas⁹⁰.

No caso português, e o estudo em concreto que me proponho, a questão não está no cidadão em particular, mas sim na atitude compulsiva do Estado em *“obrigar”* as crianças a conhecer o seu pai biológico. Na perspectiva de Wallbank. *“(…) é benéfico para a criança ter a certeza das suas origens biológicas, mas isso não traz automaticamente que o contacto seria benéfico”* (Wallbank, 2004: 254). Ora, na realidade, talvez mais importante do que conhecer as raízes biológicas, serão os afectos, o amor e os valores transmitidos por quem nos educa e sustenta, ou, como diz um velho ditado popular, *“a quem bem me mantém, chamo pai e mãe”*. Ou, no entender de Bartholet, *“[u]ma vez a relação criança-pai tenha sido criada, não*

⁹⁰ Note-se, como referido anteriormente, a percentagem de casos em que os americanos estão errados relativamente àqueles que pensam ser os seus verdadeiros filhos biológicos. Também relativamente ao caso português estima-se que cerca de 10% dos pais juridicamente reconhecidos, possam não ser os verdadeiros pais das crianças em Portugal (Coelho e Oliveira, 2006: 89).

devemos deixar que ela seja destruída simplesmente porque não há nenhuma coincidência de ADN. A parentalidade, uma vez adquirida, é ou deve ser uma responsabilidade para toda a vida" (Bartholet, 2005: 533). E é, precisamente baseado nesse princípio que muitos países têm regido a sua actuação neste domínio. No entanto, Portugal mantém a ideia de fazer coincidir a verdade biológica com a verdade jurídica com reflexos ao nível da investigação de paternidade e ao nível de outras formas de vida em conjugalidade que, por arrastamento, se vêem também reféns do critério biológico.

3.2. Novas formas familiares

As situações que apresento em seguida permitem-nos fazer uma listagem de algumas situações que as novas formas de vida em conjugalidade trouxeram e permitem-nos reflectir sobre a forma como o direito, à luz do sistema jurídico actual, pondera e actua nessas situações. Importa perceber de que forma é que elas se relacionam com as medidas jurídicas que são tomadas em relação aos casos de AOP, de que forma são distintas e em que forma se assemelham.

3.2.1. Procriação Medicamente Assistida

O caso da PMA pode revelar-se importante no quadro da análise da AOP porque permite colocar em confronto uma legislação baseada em pressupostos tradicionais, de existência de reprodução no seio de uma família composta pelo casal esquecendo, porém, que o evoluir da ciência e da técnica permitem hoje um conjunto mais vasto de formas de procriação. Essas novas formas de procriação, todavia, podem colidir com a legislação vigente sobre averiguação oficiosa de paternidade e, nesse sentido, a abordagem que aqui é feita sobre esta questão parece-me da maior relevância quando tentamos analisar, nos dias de hoje, o perfil das mães que se encontram envolvidas em processos de AOP.

Uma situação que o direito vai ter que reflectir em breve no que concerne às novas formas familiares diz respeito aos recentes avanços das ciências biomédicas, nomeadamente ao nível da Procriação Medicamente Assistida (PMA) (Murray, 2005;

Scott-Jones, 2005; Bartholet, 2005; Andrews, 2005; Silva, 2007; Silva, 2008; Silva e Machado, 2009; Silva e Veloso, 2009).

O que significa hoje reprodução? Terá o mesmo significado hoje e ontem?

A origem de uma vida sempre foi vista como a união de dois seres de sexo oposto em que no acto sexual o espermatozóide do homem/macho fecunda o óvulo da mulher/fêmea.

A reprodução medicamente assistida (RMA) ou Procriação Medicamente Assistida (PMA), como agora é designada, os bebés proveta, a fertilização *in vitro* (FIV), a doação de ovócitos, a doação de esperma, as mães de aluguer, entre outros, vieram revolucionar em definitivo o conceito de paternidade e de maternidade. Na verdade, *"através da fertilização in vitro, a maternidade de substituição, e o armazenamento de esperma e óvulos congelados, as crianças podem agora nascer de mães em período pós-menopausa, gravidezes levadas a termo por tias ou avós, e reivindicar parentesco de pais há muito falecidos"* (Jasanoff, 2005: 148).

Cientificamente falando, hoje é possível ter dois pais e três mães.

Quanto ao pai, podemos ter um pai que é o dador de esperma – ou seja, o pai biológico e o pai receptor desse mesmo esperma que, apesar de ser o verdadeiro interessado em gerar uma nova vida, na impossibilidade de fisicamente o ser, se torna o pai social, já que os genes do seu filho e os seus próprios genes não são os mesmos. No entanto, é este indivíduo (a quem designo aqui pai social) que desejou este filho, e que acompanha todo o seu desenvolvimento, desde as primeiras horas embrionárias no útero da verdadeira mãe biológica. Ele sentir-se-á como o verdadeiro pai da criança, embora consciente de que biologicamente nada os une. Pelo contrário, o pai biológico, apenas se limitou a doar esperma, de forma totalmente desinteressada quanto àquela criança em particular e, nesse sentido, os laços de sangue não têm qualquer significado.⁹¹

Se isto parece complexo, olhemos agora para o lado da maternidade. Mãe há só uma? Parece que não. A ciência também nos permite hoje que tenhamos não uma, nem duas, mas três mães. Podemos ter a mãe que dá o óvulo e que se apresentará

⁹¹ Até porque a relação com o dador de esperma começa e termina muito antes de ser introduzido no útero materno e de ser fecundado o óvulo e sem mesmo que o pai biológico e pai social alguma vez se identifiquem mutuamente.

como a verdadeira mãe biológica; a mãe que recebe o óvulo, mas a qual pode apenas ser ainda uma intermediária, isto é, uma mãe de aluguer e, finalmente, a mãe social, aquela que verdadeiramente deseja aquele filho, mas que por motivos de saúde⁹² (ou outros) não o conseguiu ter auxiliando-se, para o efeito, dos avanços da ciência.

Obviamente, estamos a abordar situações extremas, mas permitidas pela ciência. Embora as leis sobre PMA recentemente aprovadas⁹³ prevejam estas situações de anonimato⁹⁴ e de salvaguarda dos dadores, poderão existir casos desta natureza na barra do tribunal. *“No início da década de noventa do século XX, Carol Smart perspicazmente chamava a atenção para os modos crescentemente complexos, ambivalentes e ambíguos de actuação do direito que vêm hoje ampliadas e diversificadas as suas áreas de actuação relativamente aos comportamentos femininos, nomeadamente com a emergência de legislação relacionada com a esfera procriativa (por exemplo, na área do aborto, da protecção dos fetos, das novas tecnologias de reprodução medicamente assistida)”* (Machado, 2007: 44).

Para Charlotte Augst (2000) existem alguns *lugares seguros* (“places of safety”) a serem considerados face a perigos identificados. Alguns deles podem ser encontrados quando confrontados com o conceito tradicional de família. Um deles diz respeito, precisamente, à fertilização *in vitro*. *“Uma mulher que doa um óvulo não quer ser a mãe legal, nem a mulher que concebe o óvulo quer que ela seja a mãe. Aos homens, sob determinadas circunstâncias, é-lhes permitido recusar a responsabilidade parental (a doação de esperma), enquanto que à mulher (a doadora do óvulo ou mãe de substituição) não é. A maternidade parece ser mais uma questão de destino do que de paternidade. Esta última (ainda que geneticamente construída) ainda implica a possibilidade de escolha. Assim a lei assume uma responsabilidade especial que as mulheres têm (mais do que os homens) de defender os valores tradicionais contra as pressões da modernização. Fundamentalmente, uma mulher dispendo do seu papel*

⁹² Para referir apenas alguns problemas de saúde da mulher que podem conduzir a esta situação, refira-se a ausência de útero, malformações genéticas, cancro uterino anterior ao momento da gravidez, ou, simplesmente, distúrbios de natureza psicológica.

⁹³ Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (www.parlamento.pt)

⁹⁴ Note-se que no caso francês, por exemplo, é permitido à criança conhecer as suas origens biológicas.

de mãe é fundamentalmente mais perigoso do que um homem dispendo do seu papel de pai” (Augst, 2000: 215).

Alguns exemplos chegam dos EUA e foram analisados em “Designs of Nature” por Sheila Jasanoff (2005)⁹⁵. Os dois casos que sumarizo são o caso Buzzanca e o caso Johnson.

Todas as considerações feitas sobre a PMA, sobre a paternidade biológica e paternidade social ou mesmo sobre os casos que a seguir apresento, embora laterais ao assunto que aqui me toma, tornam-se interessantes de serem abordados pelo facto de permitirem fazer algumas analogias não só entre países, mas também permitem perceber as diferentes formas de ser pai e como isso é valorado e apreciado, em diferentes contextos judiciais e diferentes contextos normativos.

3.2.1.1. Caso Buzzanca, na Califórnia (EUA)

Trata-se de um caso passado na Califórnia de um casal que, impossibilitado de ter filhos, recorre a doação de esperma e de óvulos de dadores desconhecidos. No entanto, o problema de saúde também obriga a que o casal se socorra de uma “barriga de aluguer”. Estamos, por isso, numa situação de três mães e, pelo menos, dois pais. Seis dias após o nascimento da criança, o casal Buzzanca separa-se e o pai não pretende assumir qualquer responsabilidade sobre aquele recém-nascido.

O Tribunal decide então que qualquer um dos seis adultos envolvidos poderiam assumir a paternidade da criança, no entanto (em recurso posteriormente interposto) um Tribunal Superior reverte esta decisão, alegando que o casal Buzzanca foi o único que teve a intenção de gerar aquele bebé embora, efectivamente, não o pudesse ter o que, em consequência, os tornava os pais legais (Jasanoff, 2005: 166).

3.2.1.2. Caso Johnson, 1990 (EUA)

Um outro caso, também passado na Califórnia, tem contornos semelhantes.

Uma mãe solteira, Anna Johnson, recebeu o óvulo e o esperma de um casal racialmente misturado – o casal Calvert: ela asiática (oriunda das Filipinas) e ele branco. O processo não foi pacífico ao longo de todo o período de gestação, no

⁹⁵ Lory Andrews (2005) também faz alusão a estes dois casos em particular.

entanto, a gravidez foi de termo. Quando nasce o bebê, ambas as partes reivindicam para si a sua custódia.

O Tribunal via-se então obrigado a decidir se deveria entregar o bebê à mãe biológica e dadora do óvulo ou à mãe gestacional. O que deveria pesar mais?: “[a] doação de gâmetas, que determina aspectos de aparência, temperamento e comportamento, ou a igualmente contribuição essencial de carregar a criança no ventre?” (Jasanoff, 2005: 166 e s.).

O Tribunal considerou dar primazia ao biologismo e ao factor reprodução: “[n]arrativas dominantes no direito e na cultura reconheceram o papel especial das “mães de nascimento”, considerando assim o papel especial da mulher na reprodução” (Jasanoff, 2005: 167). Porém, um Tribunal Superior considerou que “a ênfase na gestação era equivalente a ordenar a evidência irrefutável da “relação genética mais fundamental” entre a mãe e a criança” (Jasanoff, 2005: 167).

Quando a maternidade biológica e a maternidade gestacional não são coincidentes a lei californiana considera que a tônica deve ser colocada na procriação. Quem teve intenção de procriar, deve ser considerada a mãe e, neste caso, a intenção de procriar foi da Senhora Calvert.

Estes dois casos apresentados por Jasanoff (2005) exemplificam de forma absolutamente clara que para o direito, a intenção de procriar teve mais peso do que a componente genética. “[a] ordem natural como entendida pelo tribunal reside na pessoa que deseja perpetuar os seus genes, mesmo que isso requeira o uso instrumental de outro corpo para carregar a criança (...)” (Jasanoff, 2005: 167).

Estamos perante uma nova situação levando o direito a ter que discernir a paternidade biológica da paternidade social e decidir qual deve ter mais peso e também perante um desafio emergente e que se reveste de grande importância: a intenção de procriar. “A intenção de serem pais é também uma determinante crescente e importante da parentalidade, à medida que as tecnologias reprodutivas multiplicam o número de pessoas envolvidas na produção de uma criança (...)” (Bartholet, 2005: 136).

No entanto, se transportarmos estes casos para o direito português⁹⁶ e, em especial, para os processos de AOP, não parece que o nosso direito tenha a mesma concepção jurídica. Em primeiro lugar, e no que concerne à PMA, porque após vinte anos de ausência total de regulamentação nesta matéria, ainda assim, só é permitido o uso de técnicas de procriação medicamente assistida a casais heterossexuais, casados ou a viver há mais de dois anos em união de facto e que tenham problemas detectados de infertilidade^{97 98}. Em segundo lugar, e no que toca à AOP, porque a paternidade biológica é sempre superior à paternidade jurídica.

3.2.2. Homossexualidade

Uma das novas formas de vida em conjugalidade passa pelas relações homossexuais. Tal como no caso anterior a sua relação com as AOP é lateral, no entanto, sendo este tipo de relações familiares cada vez mais presentes na sociedade portuguesa, e, inversamente, sendo o seu enquadramento pouco notório, essa situação amplia o desajustamento da legislação sobre AOP, não só no que respeita às situações ditas “normais” e tipificadas na lei, mas também as novas situações, menos presentes, e sem enquadramento legal face à questão concreta da AOP.

Uma situação cada vez mais comum nos nossos dias diz respeito ao estatuto dos homossexuais na sociedade. *“Em vários países contemporâneos de democracia liberal, o acesso ao casamento e/ou adopção surgem como a última barreira contra a igualdade formal entre gays e lésbicas e a restante população. O debate gerado*

⁹⁶ Cf. Machado 2007: “A lei portuguesa (à semelhança da maioria das suas congéneres europeias) optou por considerar que a mulher responsável pela gestação é também mãe biológica, não obstante não ter fornecido o óvulo. Mais, ainda, e em última instância, é esta a mãe jurídica, visto que foi ela que deu à luz. Digamos que o ordenamento jurídico português optou pela solução mais próxima do modelo convencional de reprodução humana: a mãe é quem efectivamente transporta no interior do seu útero o feto durante o período de gestação e de cujo corpo este sai, concretizando-o no nascimento.” (Machado, 2007: 228).

⁹⁷ Segundo o artigo 4º, número 2 da lei nº 32/2006 “[a] utilização de técnicas de procriação medicamente assistida só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa, ou outras”. Já o artigo 6º, referente aos Beneficiários de PMA refere, no número 1 que “[s]ó as pessoas casadas que não se encontram separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou, as que sendo de sexo diferente, vivem em condições análogas às dos cônjuges, há pelo menos dois anos, podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida” (www.parlamento.pt).

⁹⁸ Para uma análise mais detalhada desta questão em Portugal cf. Silva, 2007, Silva, 2008, Machado e Silva, 2009, Silva e Veloso, 2009 sobre a doação de gâmetas.

em vários países sobre o assunto intensifica o debate político e sócio-antropológico de fundo sobre o significado e a função das instituições e construtos como o casamento, o parentesco, a família, a filiação, a parentalidade, o género, a sexualidade, a reprodução, etc." (Almeida, 2006: 17).

As associações que combatem a homofobia e que lutam por direitos iguais dos homossexuais estão cada vez mais presentes entre nós, crescendo a sua luta e a sua voz de dia para dia. Segundo Ana Cristina Santos, "[a]ncoradas num cenário historicamente tradicional, patologizante das diferenças as organizações LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgéneros) portuguesas têm orientado a sua acção para situações concretas de discriminação – alteração constitucional, nomeadamente do artigo 13º⁹⁹, aprovação e regulamentação da lei das uniões de facto, alargamento da protecção jurídica, equalização das idades de consentimento, entre outros, têm sido os principais eixos de visibilidade de activismo LGBT em Portugal" (Santos, 2005: 2). Em alguns países o casamento entre homossexuais é já uma realidade. Não tardará, estarão a reivindicar o direito a serem pais¹⁰⁰. Já o conseguiram relativamente à adopção (não enquanto homossexuais, mas uma pessoa apenas, tem já o direito pleno a adopção em Portugal).

Se a natureza não o permite e a ciência ainda não conseguiu dar ao homem o dom de engravidar, é certo que há formas de contornar essa situação: precisamente através de acordos (por enquanto ilegais, em Portugal) entre o casal homossexual e um terceiro elemento do sexo oposto, disposto a tal¹⁰¹. Por exemplo, no caso de duas

⁹⁹ O artigo 13º da Constituição refere-se ao Princípio da Igualdade. O ponto primeiro do mesmo artigo estabelece que "[t]odos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei". E o ponto segundo estabelece que "[n]inguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da sua ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição sexual ou orientação sexual" (CRP, 2001).

¹⁰⁰ Embora a lei portuguesa não o permita, existem já casos de casais portugueses inférteis e também casais homossexuais que procuram clínicas privadas nos EUA para contratar "barrigas de aluguer". Uma dessas empresas é a Clínica B Coming (www. B-coming.com) onde, segundo a directora, "há muitos gays que nos procuram, e as nossas mães de substituição mostram grande abertura para trabalhar com eles" (Santos, Sónia Morais, *Portugueses vão aos EUA contratar barrigas de aluguer*, in Diário de Notícias, 29 de Julho de 2006)

¹⁰¹ É o que acontece na clínica americana referida na nota anterior. A B-coming, disponibiliza os serviços de mulheres que se oferecem, a troco de determinada quantia em dinheiro, serem barrigas de aluguer, tanto de casais heterossexuais como de casais homossexuais (Santos, Sónia Morais, *Portugueses vão aos EUA contratar barrigas de aluguer*, in Diário de Notícias, 29 de Julho de 2006)

lésbicas coabitando, estando ou não essa situação formalizada, elas poderão desejar ter um filho. Esse filho, naturalmente, nunca poderá ser a conjugação dos genes das duas, mas na falta dessa possibilidade, poderá ser filho biológico de uma delas. Nesse caso, poderá pedir a esse terceiro elemento (do sexo masculino), um acordo de que tenha relações sexuais com uma delas com vista a gerar-lhe um filho que ambas possam criar e educar. O papel do elemento masculino, no fundo, limita-se à relação sexual fornecendo o esperma necessário a haver fecundação; uma espécie de banco de esperma particular¹⁰², ficando fora do acordo todas e quaisquer outras responsabilidades por parte deste elemento no que concerne a todos os direitos e deveres enquanto pai.

Situações idênticas a esta já entraram nos tribunais portugueses, vendo-se a mãe obrigada, tal como acontece em qualquer processo de AOP, a fornecer informação sobre a identidade biológica do pai da criança. Ora, estas situações levam-nos a concluir que *“[s]e há algumas décadas, a hipótese do casamento entre homossexuais podia soar ao estilo de música futurista e ser juridicamente inaceitável, o panorama é hoje manifestamente diferente no plano do direito comparado”* (Pais et al; 1999: 707).

Será que na situação de casais lésbicas que pretendam ter um filho o nosso direito permitiria como fundamento jurídico, a “intenção de procriar”, como nos dois casos americanos apresentados? Parece que não. Numa tal situação caberá aos magistrados do Ministério Público proceder à AOP, da mesma forma que o faz para os casais heterossexuais.

¹⁰² A propósito de “uma espécie de banco de esperma particular”, saliente-se que uma equipa de investigadores da Arábia Saudita, do Centro de Reprodução Assistida de Jeddah, apresentaram numa Reunião Anual da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia, em 2003, uma versão de bancos caseiros de esperma. Segundo o responsável da equipa, Daniel Imoedemhe, *“é possível armazenar esperma em casa, secá-lo ao ar, como quem seca as meias, e depois usá-lo sem que perca as suas características essenciais”*. Nesta informação publicada no site www.referendo-pma.org/noticias/banco_caseirodeesperma.htm, *“[a] equipa defende que a conservação em câmaras de azoto líquido, dispositivos muito caros, pode ser substituída por uma secagem de esperma à temperatura ambiente, salvaguardando apenas o contágio com poeiras e corpos estranhos. Depois da secagem, uma passagem pelo frigorífico de casa. As características genéticas, que é aquilo que interessa, permanecem intactas. Para provar isso, Imoedemhe e o seu grupo fertilizaram 24 óvulos, sendo que dois deles desenvolveram dois blastocistos saudáveis, ou seja, dois embriões até ao sexto dia de desenvolvimento.”* (Bancos de Esperma Caseiros, 2 de Julho de 2003, www.referendo-pma.org/noticias/banocaseirosdeesperma.htm).

E se a PMA é possível em vários países para casais de lésbicas, como a Dinamarca, a Holanda, a Finlândia, a Suécia, a Rússia, o Reino Unido, a Irlanda e até mesmo na vizinha Espanha (desde 1988)¹⁰³ em Portugal, segundo a Direcção e o Grupo de Intervenção Política da Associação ILGA Portugal, existe “ (...) meio milhão de mulheres lésbicas em Portugal, muitas das quais vivem em relações estáveis, é chocante que nenhum dos actuais projectos considere o desejo de reprodução de muitas destas mulheres, desejo esse tão legítimo como o de qualquer mulher heterossexual”¹⁰⁴. Argumenta ainda este grupo que o facto de serem lésbicas, não significa que não possam, também elas, ser inférteis e, como tal, deverem ter o direito a recorrer às técnicas de PMA¹⁰⁵. E concluem, no referido comunicado à imprensa sobre as propostas levadas à Assembleia da República pelos vários partidos que “com esta legislação sobre PMA, o regime de apartheid ainda existente em Portugal para lésbicas e gays quanto ao casamento e também quanto à adopção sai mais uma vez reforçado – afinal algumas mulheres não têm sequer, direito à saúde (...) os partidos parecem ter decidido que algumas mulheres não merecem ter voz, para além de não merecerem ser mães”¹⁰⁶

A alteração nas sociedades ocidentais não apenas da noção tradicional de família, mas também da noção tradicional de casamento vem trazer novas questões a debate. “Durante muito tempo a sexualidade, a procriação, a filiação e a aliança coincidiam, mesmo que apenas idealmente, assim como a produção e reprodução da família, Não era a “natureza” – a biologia – que fazia esta filiação, mas sim o casamento, a instituição que fornecia o enquadramento da procriação e da

¹⁰³ Mesmo em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a lei espanhola (lei 13/2005) foi alterada no sentido de permitir o casamento entre homossexuais. Segundo Miguel Vale de Almeida (2006) a lei espanhola refere que “a relação e convivência de casal, baseada no afecto, é uma expressão genuína da natureza humana e constitui uma via privilegiada para o desenvolvimento da personalidade”. Mais, “a sociedade evolui [e] a convivência, em casal, entre pessoas do mesmo sexo, baseada na afectividade, tem sido objecto de reconhecimento e aceitação social crescentes e tem vindo a superar preconceitos arraigados e estigmatizações” (Almeida, 2006: 19).

¹⁰⁴ Excerto de comunicado de imprensa da Direcção do Grupo de Intervenção Política da Associação ILGA Portugal, a propósito da Lei da PMA, 31 de Janeiro de 2006 (www.referendo-pma.org/noticias/lésbicas.htm).

¹⁰⁵ Cf. art. 4º, nº 2 da lei 32/2006.

¹⁰⁶ Excerto de comunicado de imprensa da Direcção do Grupo de Intervenção Política da Associação ILGA Portugal, a propósito da Lei da PMA, 31 de Janeiro de 2006 (www.referendo-pma.org/noticias/lésbicas.htm).

sexualidade (Cadoret s.d.:16). O nosso truque de prestidigitação, como diz Cadoret (ou a nossa construção simbólica), foi tornar credível que é a natureza, a verdade do corpo, que criou a filiação, sem reconhecer que foram os alicerces da filiação e a fabricação da criança dentro do casamento que forneceram a validação. Mas agora torna-se evidente a separação da procriação do casamento, e a separação do fazer crianças do processo de reprodução, mesmo que os dois processos continuem a ser fundamentais para a criança atingir o estado adulto” (Cadoret, s.d.: 16, in Almeida, 2006, pp. 27).

Questões sobre os direitos das mulheres ou mesmo sobre a família como entidade sagrada¹⁰⁷ (Jasanoff, 2005), assente numa casal heterossexual e os seus filhos biológicos sofreu alterações.

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; Pedroso e Branco, 2008).

No caso português, embora no direito canónico prevaleça o texto original, na ordem jurídica civil o casamento já não é entendido como tendo a “finalidade quase exclusiva de procriação e educação da prole”, mas entendido como uma “relação de convivência” (Pais et al, 1999: 707). Ora, se assim é, segundo Pais, deixa de fazer sentido a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Segundo o autor, o argumento perde validade já que, “[s]e a finalidade do casamento consiste apenas em conceder tutela jurídica a uma relação de convivência e afectividade entre duas pessoas que se comprometem mutuamente a observar os deveres essenciais de cooperação, coabitação, respeito e fidelidade, torna-se difícil compreender, à luz da generalidade das ordens jurídicas civis em que o casamento é encarado como pura relação de convivência afectiva, a razão pela qual a duas pessoas do mesmo sexo não poderá ser reconhecido um estatuto de equiparação aos casados, fazendo a sua

¹⁰⁷ Também Anna Paula Uziel faz referência à sacralidade da família nuclear alegando que “ (...) talvez seja um dos impeditivos para a criação, até o momento, de termos que expressem esta pluralidade de laços” (Uziel, 2000: 3).

união oficial e registada dos mesmos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento" (Pais et al, 1999: 707 e s.)

Foi precisamente baseado neste princípio que a Dinamarca (1989), a Noruega (1993), a Suécia (1994) e a Holanda (1997) permitiram a união de homossexuais¹⁰⁸ e seja permitida a PMA a casais de lésbicas. No Reino Unido, em 2004, aprovou-se o *Civil Partnerships Act*, que veio permitir aos casais de lésbicas e gays oficializar as suas relações (Roseneil, 2006: 40). A lei espanhola (lei 13/2005) foi alterada no sentido de permitir o casamento entre homossexuais. Segundo esta " (...) *a relação e convivência de casal, baseada no afecto, é uma expressão genuína da natureza humana e constitui uma via privilegiada para o desenvolvimento da personalidade*". Mais, "*a sociedade evolui [e] a convivência, em casal, entre pessoas do mesmo sexo, baseada na afectividade, tem sido objecto de reconhecimento e aceitação social crescentes e tem vindo a superar preconceitos arraigados e estigmatizações*" (Almeida, 2006: 19).

Desta forma, a evolução de vários diplomas legais um pouco por toda a Europa têm conduzido a alterações significativas no conceito convencional de família e, assim, segundo Sasha Roseneil, "*[a]s pessoas estão a libertar-se do guião heterossexual tradicional e dos padrões de hetero-relacionalidade que lhe costumam andar associados*" (Roseneil, 2006: 41).

Porém, se é possível verificar uma evolução dos diplomas legais no sentido de acompanhar as transformações da sociedade, em particular, no que respeita às formas de vida em conjugalidade, e se em muitos países esse caminho tem vindo a ser trilhado no sentido de um ajustamento permanente entre teoria e prática, em Portugal, por exemplo, embora se venha a caminhar para a regulamentação de algumas destas novas realidades continua, no entanto, a poder reconhecer-se um lapso entre o que é legislado e o que é praticado.

Esta questão, uma vez mais lateral, pode ser encontrada nos critérios usados para estabelecer que mulheres podem ou não aceder a técnicas de PMA. Para Susana Silva a doação de gâmetas, por exemplo, constitui um exemplo acabado de como as tecnologias biomédicas são utilizadas para reproduzir os conceitos dominantes de família "*assente num casal heterossexual "estável" capaz de conceber e gerar*

¹⁰⁸ Embora esteja proibida a adopção.

crianças "saudáveis", com as quais mantêm ligações bio-genéticas, e cujos direitos e deveres são delineados a partir do modelo de família nuclear e patriarcal -, através do estabelecimento de diversos paralelismos entre algumas características dos beneficiários e dadores e a ordem social, cultural e politicamente estabelecida, perspectivando desta forma os gâmetas como um veículo de transmissão de informação simultaneamente genética, social e emocional" (Silva, 2007: 5).

Para Augst "[u]ma mulher que acede a tratamento porque quer um filho deste homem que ela escolheu para ser o pai (não obstante o facto de ele ter um problema de fertilidade) não é diferente de uma mulher que quer aceder à tecnologia porque ela quer um filho com outra mulher (não obstante o facto de essa mulher sozinha não poder alcançar a gravidez). Nos dois casos o problema é igualmente 'biológico' ou 'psicológico'. Ambas as mulheres querem tratamento que lhes permita uma criança no contexto das suas respectivas biografias" (Augst, 2000: 213). Ora, na perspectiva de Charlotte Augst, o único lugar seguro ("place of safety") é a família tradicional em que a medicalização é usada para ajudar na normalização das formas familiares mas que, pelo contrário, se essa medicalização for usada estrategicamente para outros fins, fora dos usos tradicionais do modelo familiar, podem tornar-se lugares perigosos ("places of danger"). Assim, esta discussão de normalização nas práticas e identidades reprodutivas "é construída como socialmente segura para permitir a concepção assistida para pessoas 'normais', ainda que isso seja visto como perigoso para o permitir aos outros" (Augst, 2000: 213 - 214).

Todas estas situações são hoje possíveis de ser vivenciadas na nossa sociedade. Umas, certamente, de forma mais aberta, em países onde a legislação permite mais abertura a este nível e noutros de forma mais camuflada, como em Portugal, onde não existe legislação específica para algumas destas situações, onde nem mesmo em relação à PMA existia, até há bem pouco tempo, regulamentação desta matéria, tendo-se esperado vinte longos anos¹⁰⁹ e onde se continua a negar a existência de relações homossexuais. Mas, não será, de todo, por não as quisermos ver que elas

¹⁰⁹ Em 1999 foi feita uma tentativa de legislar sobre esta matéria. No entanto, o Presidente da República, Jorge Sampaio, vetou o diploma com base nas dúvidas suscitadas quanto ao número de ovócitos a fertilizar, bem como dúvidas sobre a questão da quebra do anonimato de dadores de células sexuais.

deixam de existir... assistindo-se, assim, a *"um Estado que age igualmente por omissão"* (Santos, 2004: 2)¹¹⁰.

Esta questão, embora diferente da que se coloca em relação às AOP deve, de facto, ser aqui introduzida devido ao facto de situações como esta poderem levar ao desajustamento sistemático entre a sociedade e a lei, entre a teoria e a prática e, mais do que isso, podendo levar a que o direito, face a estas novas realidades, algumas delas recentemente legisladas mas, igualmente, tomando em consideração a legislação que enquadra as AOP (formulada e assente numa sociedade de tipo patriarcal) pode levar a que quando ambas as situações se cruzam os actores judiciais terem necessidade de utilizar formas discricionárias para lidar com essas situações.

O que me pergunto é, então, e à luz da actual lei de filiação que temos em vigor e, paralelamente, olhando para a evolução da sociedade portuguesa e do mundo em geral, como podemos lidar com a questão da averiguação de paternidade compulsiva por parte do Estado¹¹¹?

Certamente, ainda será cedo para um juiz se confrontar com situações como a americana. No entanto, não tardará até que sejam uma realidade nos nossos tribunais¹¹². Sem querer fazer futurologia, dentro de alguns anos poderemos estar a assistir a casos de pais dadores que reivindicam a paternidade biológica dos seus filhos. Como vai o direito reagir a estas situações? Reivindicação de paternidade dos filhos ou dos seus espermatozóides? Para Guilherme de Oliveira, especialista em direito biomédico da Universidade de Coimbra, *"[e]m Portugal, especialmente nos grandes centros, começa a praticar-se a fecundação técnica e, por isso, os tribunais serão inevitavelmente chamados a resolver problemas jurídicos que ela suscita"* (Oliveira, 2003: 18).

¹¹⁰ Debates sobre esta questão têm início no nosso país em Fevereiro de 2009, após o Partido Socialista apontar como uma das medidas a tomar se for Governo, legislar sobre o casamento entre homossexuais.

¹¹¹ Em vigor, sublinhe-se, desde 1966.

¹¹² Casos de pais que, quando procriaram eram heterossexuais e, posteriormente, viriam a descobrir a sua verdadeira identidade sexual, já existem. Um destes casos foi bastante mediatizado – o caso João Mouta: Após divórcio da sua mulher, o juiz decidiu dar a guarda do filho à mãe, pelo simples facto de o pai ser homossexual (Santos, 2004). Este caso, não ficou por aqui e a mãe desapareceu com a criança não tendo, desde então, o pai voltado a ter contacto com a criança.

3.2.3. Adopção

Olhando para as diferentes formas de conjugalidade, para a forma como o Estado actua em defesa do interesse do menor e, ainda, para a importância do vínculo biológico face à nossa legislação sobre AOP, torna-se indispensável olhar também para a questão da adopção em Portugal. “A adopção permite uma filiação sem concepção, sem gerar e sem laço biológico” (Uziel, 2000: 6).

A este respeito duas questões distintas podem ser levantadas. Uma diz respeito aos critérios de adopção existentes para os casais homossexuais e para os casais heterossexuais; outra questão respeita à forma como o critério biológico e o critério social é distintamente utilizado em função de se tratar de um caso de adopção e de um caso de AOP, mas com um objectivo comum: o *supremo interesse do menor*.

Relativamente à adopção é sabido que os homossexuais não podem adoptar enquanto casal, porém, se o fizerem isoladamente, como um único elemento singular, poderão fazê-lo.

Na adopção plena os apelidos da família biológica são substituídos pelos apelidos da família adoptante; já para a adopção restrita os vínculos com os pais biológicos permanecem. Ora, se fizermos o paralelismo entre o caso da adopção em Portugal e o caso das AOP's por que é que no caso da adopção plena se protege o vínculo afectivo em detrimento do vínculo biológico e nos casos das AOPs, ainda que a criança até possa ter um pai (pai social), se faça tanta questão em identificar o laço biológico paterno?¹¹³

Será realmente importante esse laço biológico? Ou, “a quem bem me mantém chamo pai e mãe”? Será importante para uma criança saber se é filho biológico ou se é apenas filho social daquela mãe ou daquele pai? (Nelkin, 2005; Kaebnick and Murray, 2005; Murray, 2005; Scott-Jones, 2005; Dowd, 2005; Bartholet, 2005; Coelho e Oliveira, 2006). 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.

¹¹³ Se uma criança for dada para adopção plena, mesmo que decorra um processo de AOP, esta é imediatamente suspensa, dando a paternidade biológica origem à paternidade afectiva.

O que tem que 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 importante mas, certamente, não o único nem suficiente para consubstanciar uma relação harmoniosa entre pai e filho. A intenção de criar e educar uma criança será talvez mais importante do que os laços biológicos que as unem (Murray, 2005; Grossberg, 2005). Segundo Guilherme de Oliveira, "(...) é duvidoso que seja sempre justificável a prevalência do interesse público da verdade biológica e a impugnação oficiosa e seus limites, ainda que ela não satisfaça a realidade sociológica e afectiva dos particulares interessados" (Oliveira, 2003: 29).

Todos estes casos aqui evidenciados, e como referi por diversas vezes, não estão directamente relacionados com a AOP. Porém, eles tornam-se relevantes na análise que aqui se faz porque permitem, por um lado, perceber que embora se denote ao longo das últimas décadas um esforço no sentido de enquadrar legalmente as novas relações de vida em conjugalidade, esse enquadramento subsiste a par de situações, como a legislação das AOP, que mantém um cunho fortemente patriarcal, assente em critérios tradicionais de vida em conjugalidade. Estas situações, por si, não têm relação, porém, é precisamente quando percebemos que pode a justiça ser confrontada com casos de AOP que fogem ao padrão tradicional e para os quais a lei não encontra resposta que a questão da PMA, da homossexualidade ou da adopção se tornam relevantes para perceber de que forma é que o sistema judicial é capaz de responder a essas situações.

CAPÍTULO IV

Dados existentes e inexistentes: o caminho traçado e as decisões metodológicas

4.1. Os objectivos do estudo

Tendo em conta o quadro que foi delineado, “Filho de (sua) mãe” tem como objectivo a análise pormenorizada do modo como são produzidas e avaliadas as provas – incluindo as provas científicas, testemunhais e documentais – nos processos de averiguação oficiosa de paternidade (AOP) e nos processos de acção de investigação de paternidade (AIP), os modos de intervenção dos diferentes actores institucionais e como se produz conhecimento público considerado fiável e robusto neste tipo de processos.

Interessa não apenas conhecer o sistema, mas identificar quais são os possíveis bloqueios, deficiências e problemas existentes em Portugal no âmbito da AOP. Perceber como está organizado e como se realizam as investigações de paternidade e, em especial, o papel que tem o uso das perícias forenses nestes casos. Procura-se determinar o número de casos em que não se consegue identificar um pai, sabendo-se de antemão que essa busca não parte dos verdadeiros interessados/implicados, mas é accionada compulsivamente pelo próprio Estado. Paralelamente, sabendo-se que existem hoje técnicas de investigação de perfis genéticos de ADN que permitem identificar com uma probabilidade muito elevada o pai biológico, como se explica que continue a existir um número significativo de casos em que não se consegue determinar quem é o pai?

Parto, assim, de quatro hipóteses centrais.

A primeira hipótese de trabalho de que parto é que o Ministério Público não está a cuidar devidamente dos interesses do menor.

A segunda hipótese de trabalho é que a morosidade da justiça leva que muitos casos prescrevam sem que a verdade biológica seja apurada.

A terceira hipótese de trabalho é que o comportamento moral e sexual da mãe continua a condicionar o desfecho dos processos de AOP.

E, por fim, a quarta hipótese de trabalho é que o ADN é usado discricionariamente em função dos casos.

4.1.1. A análise dos dados existentes e ausentes

Durante o período dedicado à realização desta investigação fiz uma busca incessante por dados quantitativos sobre a temática em análise. Essa pesquisa tornou-se surpreendente mais por aquilo que não fornece do que por aquilo que fornece, remetendo-nos para uma questão a que Boaventura de Sousa Santos (Santos, 2000: 209-235); Santos 2006) tem designado por *Sociologia das Ausências* e *Sociologia das Emergências* alertando, por um lado, para a necessidade de tentarmos perceber o que fica fora do sistema judicial e quais as explicações possíveis para tal situação e, por outro lado, o perigo de se tornar irrelevante “ (...) o que de mais importante se passa na sociedade portuguesa” (Gomes, 2003: 15)¹¹⁴.

Na procura de dados quantitativos relativos às AOPs investiguei algumas fontes que, *a priori*, pareceriam ser as que melhor poderiam auxiliar. Fiz uma pesquisa aos Relatórios produzidos anualmente pela Procuradoria-Geral da República¹¹⁵ (cf. Quadro 1), uma pesquisa aos dados produzidos anualmente pelo Ministério da Justiça (MJ) (cf. Quadro 2) e pelo Observatório Permanente da Justiça (OPJ) (cf. Quadro 3). Finalmente, embora para questões mais genéricas, foram consultados os dados produzidos pelo Instituto Nacional de Estatística (INE).

Da leitura dos dados produzidos pelas três entidades apuraram-se os dados que a seguir se apresentam.

¹¹⁴ Uma explicação mais pormenorizada sobre a sociologia das ausências e sociologia das emergências foi já dada em capítulo anterior.

¹¹⁵ Os Relatórios da Procuradoria-Geral da República estão disponíveis no site www.pgr.pt

Quadro 1: A AOP segundo os dados da PGR

PGR							
	Inv.	RMP	Perf.	Pend.	Caduc.	Outra	TOTAL
1993	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
1994	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
1995	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
1996	1414	703	2439	4299	n.r.	n.r.	8855
1997	1106	599	1928	5027	n.r.	n.r.	8660
1998	1127	716	2351	4575	n.r.	n.r.	8769
1999	1580	701	2257	3868	n.r.	n.r.	8406
2000	1497	735	2621	3410	n.r.	n.r.	8263
2001	968	557	2636	3425	n.r.	n.r.	7586
2002	750	516	2114	2515	n.r.	n.r.	5895
2003	527	457	1547	2623	n.r.	n.r.	5154
2004	512	331	1366	2452	n.r.	n.r.	4661
2005	526	283	1274	2508	27	216	4834
2006	568	444	1123	1949	35	558	4677
TOTAL	10575	6042	21656	36651	62	774	75760

(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Os dados produzidos pela Procuradoria-Geral da República parecem ser os mais credíveis, para além do facto de serem os dados que especificam algumas das categorias de maior relevo para esta investigação: inviabilidades¹¹⁶, remetidos ao Ministério Público¹¹⁷ e perfilhações¹¹⁸. Porém, os dados disponibilizados pelos relatórios da PGR apresentam também alguns obstáculos, já que apenas contemplam dados relativos às Averiguações Oficiosas de Paternidade (AOP), não dando indicações sobre os números relativos às AIPs. Para além disso, baseiam-se apenas em números recolhidos nos Tribunais de Família e Menores (TFM), deixando de fora os dados relativos aos Tribunais de Competência Genérica que em muitas comarcas julgam este tipo de processos.

¹¹⁶ Quando o MP considera que não foram reunidas as provas necessárias para que se possa atribuir a paternidade biológica a um indivíduo.

¹¹⁷ Os processos remetidos ao Ministério Público (RMP) são aqueles casos em que há um despacho de viabilidade do processo, sendo remetido para a fase de AIP, mas não havendo ainda uma decisão.

¹¹⁸ Estão incluídas nesta categoria todos os processos que culminaram pela assinatura do termo de perfilhação do menor pelo PP, independentemente da forma como essa perfilhação foi concedida. A esse assunto voltaremos no próximo capítulo.

Porém, os números disponibilizados pela PGR, para além de contemplarem as variáveis que importa estudar, apresentam também uma série relativamente longa dos casos: através destes dados é possível fazer uma análise desde o ano de 1996 (primeiros números existentes nestes relatórios) até 2006 (últimos dados publicados¹¹⁹).

Quadro 2: A AOP segundo os dados do MJ

MJ							
	Inv.	RMP	Perf.	Pend.	Caduc.	Outra	TOTAL
1993	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
1994	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
1995	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
1996	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
1997	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
1998	2670	358	n.r.	n.r.	n.r.	855	3883
1999	2148	339	n.r.	n.r.	n.r.	844	3331
2000	2405	273	n.r.	n.r.	n.r.	657	3335
2001	2372	293	n.r.	n.r.	n.r.	623	3288
2002	1914	210	n.r.	n.r.	n.r.	593	2717
2003	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
2004	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
2005	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
2006	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
TOTAL	11509	1473	n.r.	n.r.	n.r.	3572	16554

(Fonte: Ministério da Justiça – www.gplp.mj.pt)

Os dados produzidos pelo Ministério da Justiça, embora cruzando um número muito maior de variáveis e fornecendo-nos uma caracterização mais específica do caso em estudo, utiliza uma nomenclatura distinta da usada pela PGR, o que vem colocar alguns problemas na comparação dos dados produzidos por duas instituições distintas mas que, aparentemente, lidam com a mesma questão: a AOP. Em primeiro lugar, nos números publicados pelo MJ, contemplam-se não apenas os tribunais de competência específica, como os Tribunais de Família e Menores, mas também os tribunais de competência genérica. Esta situação, aparentemente, trazia algo de

¹¹⁹ À data de actualização destes dados, só estavam publicados os dados até 2006. Entretanto, é já possível aceder aos dados relativos ao ano de 2007, porém, entendeu-se que, não estando os números actualizados até 2008, faria mais sentido analisar o período de uma década.

novo em relação aos relatórios produzidos pela PGR dado que, como foi referido, a PGR apenas apresenta números parciais, isto é, apenas contempla na sua análise os dados dos TFM. Se, até aqui, parecia que os dados produzidos pelo MJ iriam ser mais úteis, por contemplarem todos os tribunais habilitados a julgar este tipo de processos, numa análise mais cuidada dos seus números rapidamente se percebe que o MJ utiliza uma categorização diferente da utilizada pela PGR: inviabilidades, RMP (remetidos ao Ministério Público) e outra, sendo que a “perfilhação” como categoria é inexistente, utilizando também a categoria “outra”, não ficando explícito o que entra nesta categoria.

Outro dado digno de registo refere-se ao número de anos analisados e disponibilizados pelas estatísticas oficiais. Se a PGR publica dados desde 1996 até 2006, já os dados produzidos pelo MJ respeitam a processos compreendidos entre o ano de 1998, terminando a apresentação dos mesmos dados no ano de 2002.

Quadro 3: A AOP segundo os dados do OPJ

OPJ							
	Inv.	RMP	Perf.	Pend.	Caduc.	Outra	TOTAL
1993	1029	562	n.r.	n.r.	n.r.	0	1591
1994	1414	798	n.r.	n.r.	n.r.	0	2212
1995	1642	529	n.r.	n.r.	n.r.	376	2547
1996	1831	360	n.r.	n.r.	n.r.	605	2796
1997	2157	434	n.r.	n.r.	n.r.	640	3231
1998	2652	353	n.r.	n.r.	n.r.	850	3855
1999	2126	335	n.r.	n.r.	n.r.	839	3300
2000	2397	271	n.r.	n.r.	n.r.	652	3320
2001	2365	291	n.r.	n.r.	n.r.	614	3270
2002	1850	196	n.r.	n.r.	n.r.	571	2617
2003	1189	199	n.r.	n.r.	n.r.	406	1794
2004	1212	406	n.r.	n.r.	n.r.	352	1970
2005	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
2006	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.	n.r.
TOTAL	21864	4734	n.r.	n.r.	n.r.	5905	32503

(Fonte: Dados fornecidos pelo OPJ)

Restava um último recurso - o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ) numa tentativa, embora infrutífera, como veremos, de perceber quais os dados mais creíveis e quais as estatísticas a seguir. Porém, novo obstáculo se coloca: é que, embora os dados produzidos pelo OPJ sejam muito semelhantes aos produzidos pelo MJ, mesmo assim, não são totalmente coincidentes. Se é certo que nos mostram uma sequência mais longa de resultados (1993 a 2004), os dados produzidos pelo OPJ, agruparam na mesma categoria as inviabilidades e o reconhecimento da paternidade. Ora, se é certo que em termos do objectivo que perseguem, a informação que necessitam é saber se os processos estão concluídos ou não, e, nessa perspectiva, a conjugação das duas categorias permite cumprir esse objectivo, a verdade é que, inviabilidade e perfilhação são coisas totalmente distintas e que, para os objectivos específicos deste estudo, inviabilizam uma análise detalhada e séria dos mesmos.

Assim, deste conjunto de três entidades que produzem números sobre a justiça portuguesa e, em particular, sobre a questão específica da averiguação de paternidade, verifica-se que em termos de análise por anos, a única forma de poder fazer-se uma comparação dos números produzidos por cada uma das diferentes instituições seria usar apenas os anos em que as três produziram dados, o que nos limitaria a análise para os anos compreendidos entre 1998 e o ano de 2002.

No entanto, desde logo se percebeu que, resolver o problema seguindo a análise em função dos anos em que as três entidades apresentam dados não resolveria também a questão. Ao analisar os dados produzidos pelas três instituições nos anos comuns continua por resolver as conclusões que as diferentes instituições produzem e as distintas nomenclaturas usadas por elas, que condicionam os resultados a que cada uma delas chega.

Quadro 4: A conclusão dos processos segundo a PGR

PGR										
	Inv.		RMP		Perf.		Outra		TOTAL	
	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.
1998	1127	27%	716	17%	2351	56%	n.r.	n.r.	4194	100%
1999	1580	35%	701	15%	2257	50%	n.r.	n.r.	4538	100%
2000	1497	31%	735	15%	2621	54%	n.r.	n.r.	4853	100%
2001	968	23%	557	13%	2636	64%	n.r.	n.r.	4161	100%
2002	750	22%	516	15%	2114	63%	n.r.	n.r.	3380	100%
TOTAL	5922		3225		11979		n.r.	n.r.	21126	

Quadro 5: A conclusão dos processos segundo o MJ

MJ										
	Inv.		RMP		Perf.		Outra		TOTAL	
	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.
1998	2670	69%	358	9%	n.r.	n.r.	855	22%	3883	100%
1999	2148	65%	339	10%	n.r.	n.r.	844	25%	3331	100%
2000	2405	72%	273	8%	n.r.	n.r.	657	20%	3335	100%
2001	2372	72%	293	9%	n.r.	n.r.	623	19%	3288	100%
2002	1914		210	8%	n.r.	n.r.	593	22%	2717	100%
TOTAL	11509		1473		n.r.		3572		16554	

Quadro 6: A conclusão dos processos segundo o OPJ

OPJ										
	Inv.		RMP		Perf.		Outra		TOTAL	
	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.	v.a.	v.r.
1998	2652	69%	353	9%	n.r.	n.r.	850	22%	3855	
1999	2126	64%	335	10%	n.r.	n.r.	839	26%	3300	
2000	2397	72%	271	8%	n.r.	n.r.	652	20%	3320	
2001	2365	72%	291	9%	n.r.	n.r.	614	19%	3270	
2002	1850	71%	196	7%	n.r.	n.r.	571	22%	2617	
TOTAL	11390		1446		n.r.		3526		16362	

Assim, observando os dados produzidos pela PGR entre 1996 e 2004 verifica-se que as perfilhações ocupam mais de metade dos processos (57%), enquanto que as inviabilidades correspondem a pouco mais de $\frac{1}{4}$ de todos os processos (28%) e os processos remetidos ao Ministério Público uma fatia pequena de 15%. No entanto, e

ainda relativamente aos dados produzidos pela PGR, se excluirmos os números relativos às perfilhações, e assumindo que são perfilhações voluntárias, verifica-se que nestas circunstâncias, passaremos então a ter 65% de processos considerados inviáveis e 35% de processos que são remetidos ao MP porque, sendo considerados viáveis, seguem para a fase processual seguinte, isto é, para uma AIP. Mas, fazendo uma análise semelhante para os dados produzidos pelo MJ já se verifica que o número da categoria “outra” é de 21%, os casos remetidos ao MP é de 9% (um pouco menos do que nos relatórios da PGR) e as inviabilidades com uma diferença significativamente grande relativamente aos relatórios da PGR, passando de 28% para 70%.

Também para os dados produzidos pelo MJ, se excluirmos a categoria “outra” e apenas olharmos para os casos viáveis e inviáveis, verificamos que são considerados inviáveis no MJ 89% dos processos e os viáveis, isto é, os remetidos ao MP (RMP) 11% o que, mais uma vez, revela uma discrepância enorme relativamente aos dados produzidos pela PGR verificando-se, assim, nos dados do MJ um fosso ainda maior entre inviáveis e viáveis. Este número produzido entre viáveis e inviáveis pelo MJ é, porém, em termos relativos, igual aos números apresentados pelo OPJ, embora em termos absolutos os números sejam um pouco diferentes.

No que se refere a totais colocam-se, igualmente, algumas dificuldades. Os totais apresentados por cada uma destas instituições são distintos. Enquanto a PGR para os anos compreendidos entre 1996 e 2002 nos apresenta 21.126 casos em que foi instaurado um processo de AOP, os números apresentados pelo MJ e pelo OPJ para a mesma realidade são descoincidentes e significativamente inferiores: o MJ apresenta um total de 16.554 processos e o OPJ um total de 16.362. Tal situação não deixa de ser curiosa, já que se os dados da PGR só apresentam números relativos a processos dos Tribunais de Família e Menores e o MJ e o OPJ nos apresentam dados de todos os processos de AOP, sejam eles de tribunais de competência genérica ou de competência especializada. Para além disso, a forma de abordar a questão, segundo os interesses de cada instituição poderia ser diferente, mas o total de processos deveria ser o mesmo para as diferentes instituições e isso, na verdade, também não se verifica.

Se olharmos para aspectos mais específicos desta categorização verificamos que no que se refere às inviabilidades a PGR apresenta um total de 5.922 inviabilidades, enquanto o MJ apresenta 11.509 inviabilidades e o OPJ 11.390. Nos processos RMP, a PGR apresenta um total de 3.225 processos viáveis remetidos ao MP, enquanto que o MJ apresenta um número bastante inferior - 1.473 e o OPJ 1.446. Assim, enquanto relativamente às inviabilidades o relatório da PGR apresenta um número menor que o MJ e o OPJ, relativamente aos RMP a situação inverte-se e é agora a PGR a apresentar um número significativamente maior de casos RMP do que o MJ e o OPJ.

Quanto às perfilhações, será impossível compará-las nesta análise dado que esses números só estão presentes nos relatórios produzidos pela Procuradoria-Geral da República.

Esta discrepância grande de valores entre diferentes instituições que, *a priori*, estão a analisar a mesma realidade coloca sérios problemas ao objecto de estudo e à forma como devemos olhar para os números apresentados.

Diferentes entidades/instituições olham para os objectos de formas distintas em função dos objectivos que cada uma delas, em determinada altura, pensa que são os seus objectivos. Nesse sentido, não se poderá considerar que uns dados são mais fiéis do que outros, mas tão só que cada entidade tende a utilizar uma fórmula específica de os apresentar em função dos objectivos específicos que persegue e do que em determinado momento parece ser considerado relevante¹²⁰.

Em suma, e desta primeira análise pelas várias entidades portuguesas responsáveis pela produção de informação quantitativa sobre as AOPs em Portugal verifica-se que, não apenas a forma como as diferentes entidades analisam os dados sobre a mesma realidade é diferente, como diferentes são as conclusões e os números a que cada uma delas chega. O facto de cada uma destas entidades abordar e

¹²⁰ Algumas explicações têm vindo a ser encontradas, no entanto, carecendo de maior fundamentação. Relativamente à discrepância de valores encontrados quando comparamos os dados da PGR e os dados produzidos pelo MJ ou pelo OPJ, uma das possíveis explicações encontradas pode ser o facto de para a PGR seguirem todas as folhas de registos de nascimentos incompletos, ou seja, folhas de registo de nascimento em que apenas aparece o nome da mãe, mas está omissa o nome do pai. O que poderá acontecer é que, por vezes, o pretense pai (PP) pode resolver assumir a paternidade poucos dias depois, e, nesse caso, o processo, enquanto processo judicial, isto é, enquanto acção oficiosa de paternidade, terminal ali. Os números contam para a PGR, mas não chegam a entrar na contabilidade do MJ ou do OPJ porque não chega verdadeiramente a ser aberto o processo judicial.

analisar esses mesmos dados em função dos seus objectivos específicos coloca alguns entraves ao conhecimento real e concreto da realidade das AOPs em Portugal. A própria forma de construção dos dados torna o próprio sistema difícil de quantificar.

Feita uma apresentação breve dos dados quantitativos sobre a temática em análise no contexto português, optei por considerar e dar continuidade a uma análise mais aprofundada aos dados produzidos pela Procuradoria-Geral da República. Não por poderem ser considerados como os mais credíveis mas porque, na perspectiva do meu objecto de estudo, me pareceram aqueles que me permitiriam uma análise mais rigorosa.

4.2. Evolução das AOPs em Portugal no espaço de uma década (1996-2006) segundo os dados da PGR

4.2.1. As AOP no contexto da justiça tutelar de menores e na justiça nacional

Para dar início a esta breve caracterização da evolução das AOPs no contexto português importa enquadrar este tipo de processos, não só no conjunto dos processos tutelares cíveis, como também no contexto da justiça nacional na sua globalidade.

Os dados disponibilizados pelos Relatórios da Procuradoria-Geral da República, uma vez mais, não seguem a mesma estratégia de análise para os diferentes anos e, dessa forma, apenas apresento os dois últimos anos da década em estudo para esta questão específica que, no entanto, nos pode situar as AOPs no contexto da litigação em Portugal.

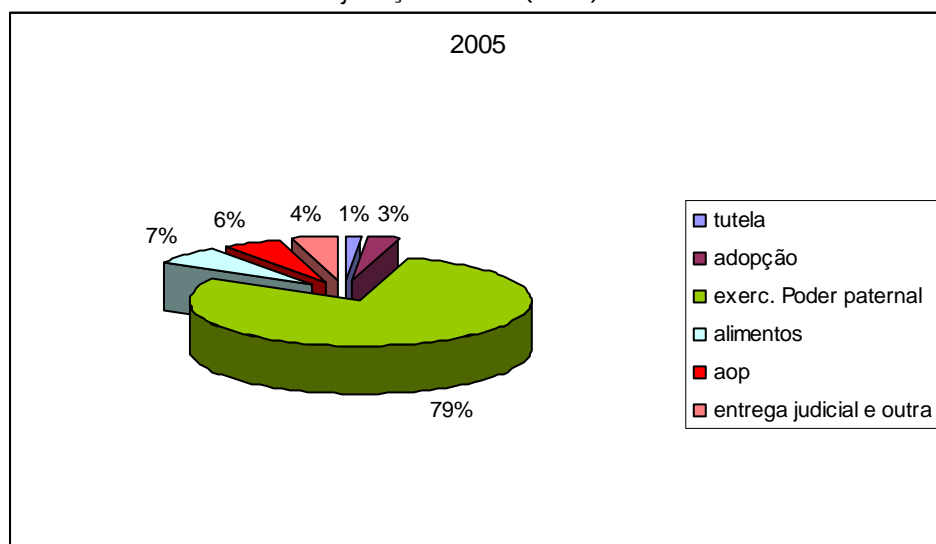
Quadro 7: A Justiça Tutelar Cível (2005/2006)

	2005		2006	
Tutela	980	1,46%	937	1,2%
Adopção	1923	2,9%	1662	2,2%
Exercício do Poder Paternal	53197	79,1%	62827	82,8%
Alimentos	4393	6,5%	3701	4,9%
AOP	3825	5,7%	3660	4,8%
Entrega Judicial e outras	2977	4,4%	3121	4,1%
Total justiça tutelar	67245	9,49%	75908	10,7%
Total da justiça	708600		712732	

A justiça tutelar, que atinge um valor total de 67.245 processos em 2005 e 75.908 processos em 2006 é fortemente marcada pelos processos relativos ao exercício do poder paternal atingindo 79,1% em 2005 e 82,8% em 2006, sendo, por isso, os processos de excelência desta área da justiça. Os restantes tipos de processos, isto é: adoção, alimentos, entrega judicial e mesmo as AOP's têm um peso muito diminuto: os processos de tutela correspondem a cerca de 1% do total dos processos tutelares, a adoção a oscilar entre os 2,9% (em 2005) e 2,2% (em 2006), a entrega judicial, com uma expressão um pouco mais significativa, rondando os 4%, os alimentos com cifras na ordem dos 6,5% e os 4,9% e, por fim, as AOPs a oscilarem entre os 5,7% em 2005 e os 4,8% em 2006.

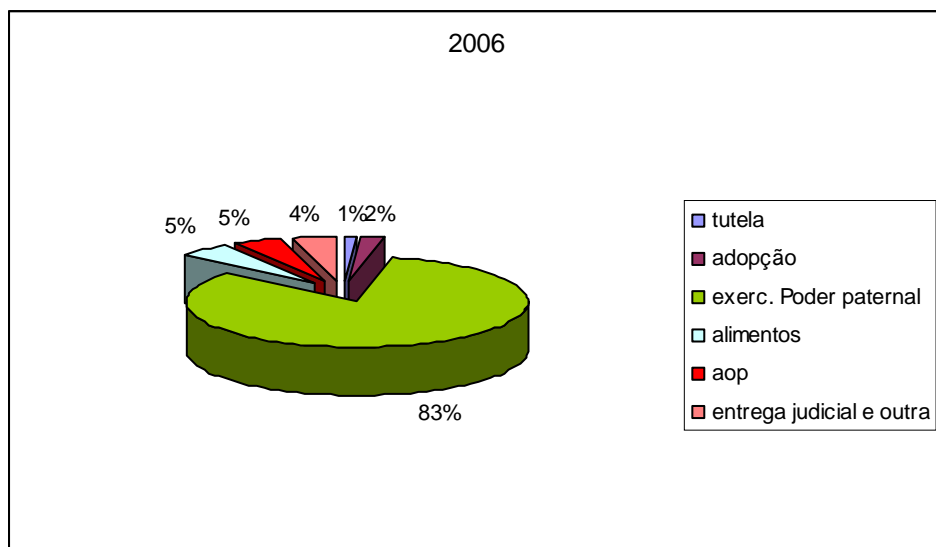
Assim, podemos constatar que a AOP corresponde a uma fatia de 5,7% no ano de 2005 (Gráfico 1) e 4,8% no ano de 2006 (Gráfico 2) relativamente ao conjunto da justiça tutelar, correspondendo a 0,5% do total de processos judiciais em 2005 (Gráfico 3) e em 2006 (Gráfico 4).

Gráfico 1: A AOP na justiça tutelar (2005)



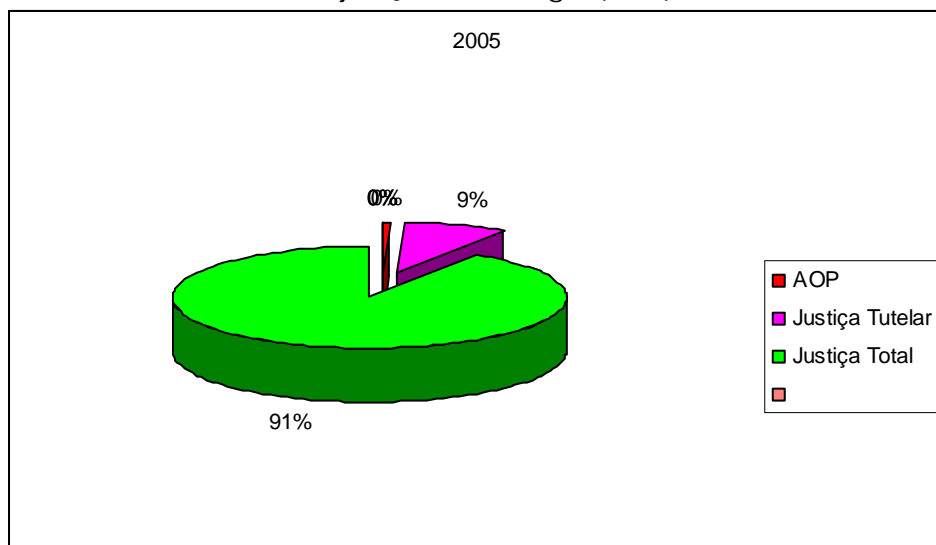
(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Gráfico 2: A AOP na justiça tutelar (2006)



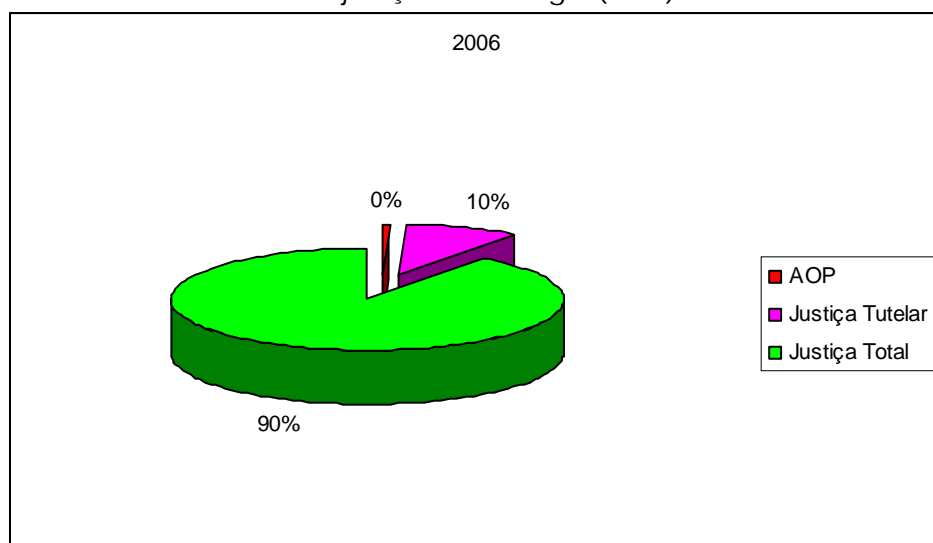
(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Gráfico 3: A AOP na justiça em Portugal (2005)



(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Gráfico 4: A AOP na justiça em Portugal (2006)



(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

4.2.2. A AOP no contexto nacional

Segundo os dados publicados pela Procuradoria-Geral da República nos seus relatórios anuais, analisando o período de uma década (1996/2006) entraram nos tribunais portugueses 75.760 processos de AOP, como pode ser analisado no quadro 8.

Quadro 8: Movimento processual do MP nos Tribunais de Família e Menores

Movimento Processual do MP nos Tribunais Judiciais de Família e Menores							
	Inv.	RMP	Perf.	Pend.	Caduc.	Outra	TOTAL
1996	1414	703	2439	4299	n.r.	n.r.	8855
1997	1106	599	1928	5027	n.r.	n.r.	8660
1998	1127	716	2351	4575	n.r.	n.r.	8769
1999	1580	701	2257	3868	n.r.	n.r.	8406
2000	1497	735	2621	3410	n.r.	n.r.	8263
2001	968	557	2636	3425	n.r.	n.r.	7586
2002	750	516	2114	2515	n.r.	n.r.	5895
2003	527	457	1547	2623	n.r.	n.r.	5154
2004	512	331	1366	2452	n.r.	n.r.	4661
2005	526	283	1274	2508	27	216	4834
2006	568	444	1123	1949	35	558	4677
TOTAL	10575	6042	21656	36651	62	774	75760

(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Destes, e 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 Público¹²¹ 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 as crianças, 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 inseridos em processos judiciais, mas cujo resultado final foi nulo. A estes números haverá ainda que acrescentar os 8% de casos que, embora considerados viáveis por parte do MP e que têm indicação para seguir para a fase seguinte do processo (AIP) continuam sem saber quem é o seu verdadeiro pai biológico. Desta percentagem de 8% (correspondendo, em termos absolutos a cerca de 6000 casos), numa parte chegar-se-á a uma conclusão sobre a identidade biológica mas, noutra parte, serão considerados improcedentes, avolumando o número de crianças filhas de pai incógnito.

A estes dados haverá ainda que acrescentar as pendências, com um forte peso na justiça portuguesa em geral¹²², e também nas averiguações oficiosas de paternidade. Os processos pendentes constituem 48% do total de processos de AOP em Portugal nos últimos 10 anos.

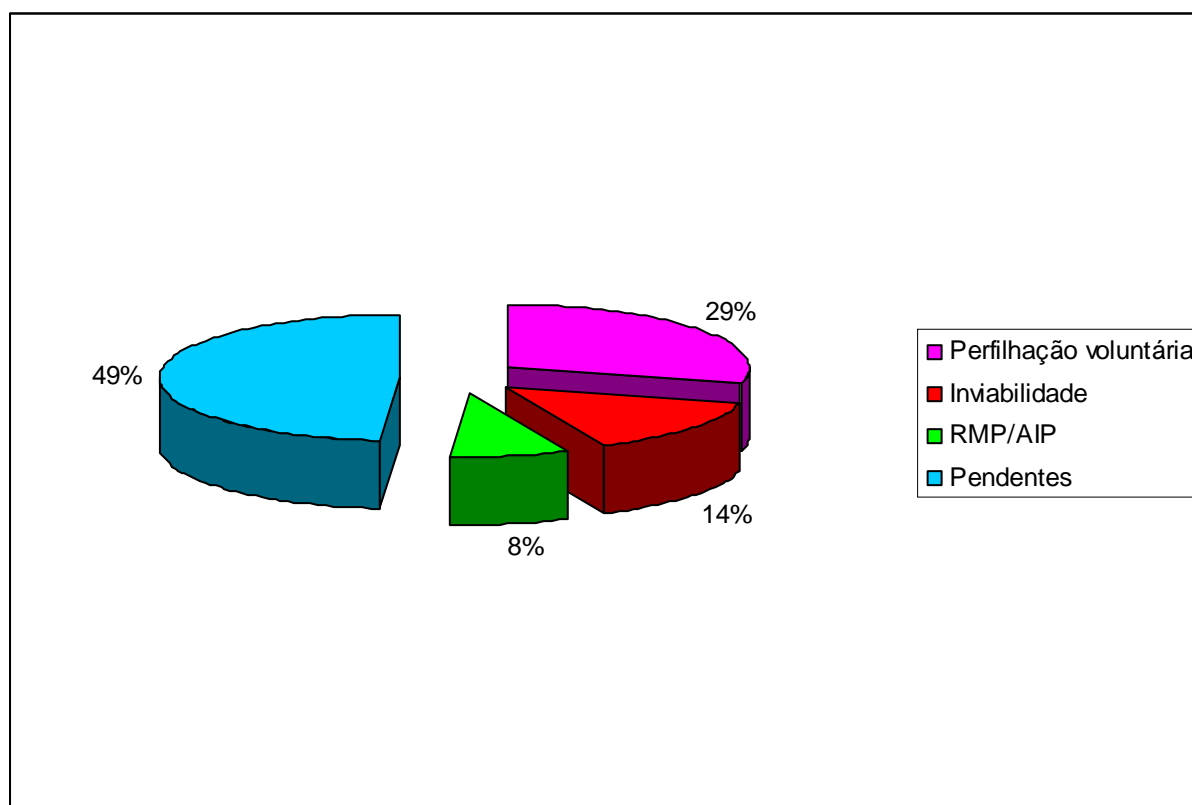
Segundo os dados da Procuradoria-Geral da República, num olhar geral para os dados produzidos entre 1996 e 2006 (Gráfico 5), os casos pendentes e as perfilhações

¹²¹ Não se sabendo, ainda, de que forma terminam na fase de AIP.

¹²² Segundo um estudo produzido por Santos et al (2006), ao abordar a crise da justiça e a necessidade da sua reforma, um dos aspectos que merece atenção respeita ao desfasamento entre o tempo de entrada do processo e o tempo de conclusão do mesmo. "*Na generalidade das comarcas, o volume de processos entrados não foi acompanhado de igual volume de processos findos (...)*" (Santos et al, 2006: 20). Ora, essa situação vai levar ao crescimento dos processos pendentes que, segundo o mesmo estudo, atingiram em 2004 mais de 1.400.000 processos. "*(...) os processos findos situam-se muito abaixo dos entrados, o que leva a que as pendências apresentem, nas diferentes comarcas e independentemente do volume de processos entrados, igual tendência de subida*" (Santos et al, 2006: 20).

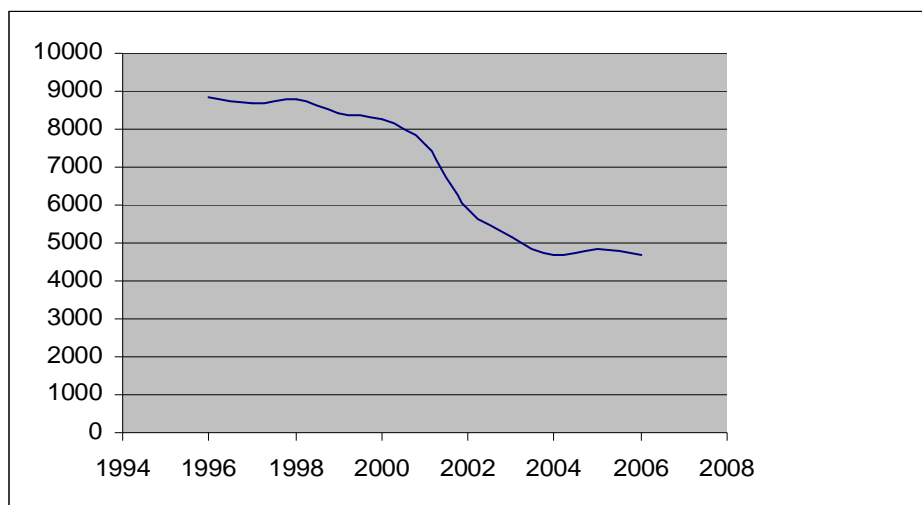
voluntárias são os que caracterizam este tipo de movimento processual em maior escala.

Gráfico 5: Distribuição dos resultados de AOP



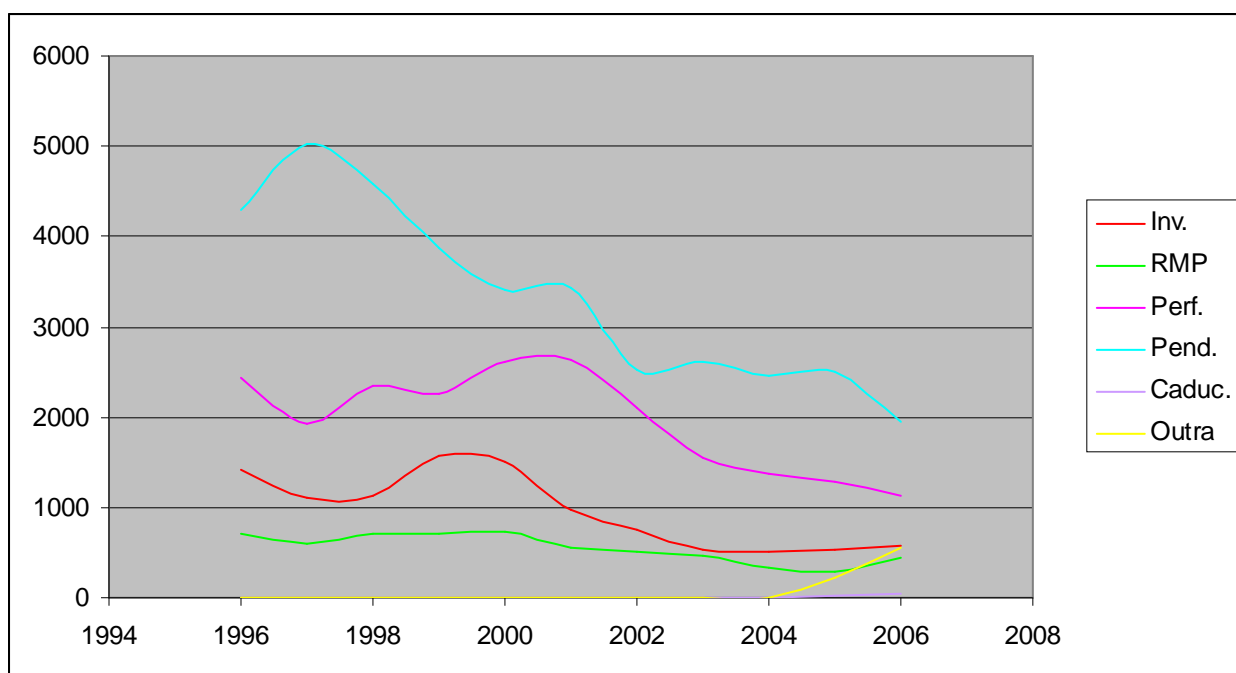
No entanto, analisando o gráfico 6, sobre a evolução dos processos de AOP, verifica-se uma tendência generalizada para a queda de quase todas as situações: perfilhação, inviabilidade, pendentes fruto da queda do número total de processos, que diminui quase para metade, passando de 8.855 processos em 1996 para 4.677 dez anos depois.

Gráfico 6 : Evolução dos Processos de AOP (1996/2006)



(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Gráfico 7: Evolução da conclusão dos processos de AOP



(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Num olhar pela evolução da conclusão dos processos de AOP (Gráfico 7) pode constatar-se que a queda significativa do total de processos teve repercussões na conclusão dos processos que fez diminuir para todos eles os valores absolutos. Assim,

as PV (perfilhações voluntárias) passam de 2.439 em 1996 para 1.123 em 2006; as inviabilidades passam de 1.414 em 1996 para 568 em 2006; os processos remetidos ao MP para Propositura de Acção de Investigação de Paternidade (RMP/PAIP) passam de 703 em 1996 para 444 em 2006 e as pendências passam de 4.299 em 1996 para 1.949 em 2006. Todos eles diminuem para menos de metade, à excepção dos processos RMP que ficam um pouco acima.

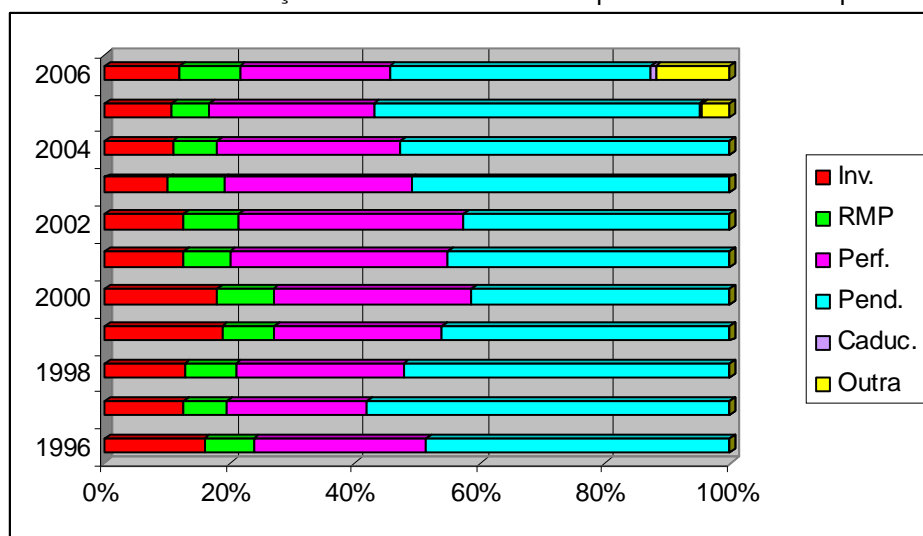
De notar ainda que, embora em termos absolutos a tendência seja de nítido decréscimo de todas as situações, em termos relativos e em relação aos totais nacionais esta diminuição não é tão expressiva.

4.2.2.1. Perfilhação Voluntária

Se atentarmos ao Gráfico 8, podemos ver a evolução verificada para as diferentes formas como o processo é concluído salientando o seu posicionamento em relação a outras situações.

Para a PV o decréscimo do número total de processos apenas atinge os 4% numa década, correspondendo a 28% do total de processos em 1996 e a 24% do total de processos em 2006, sendo o pico atingido em 2002 (36%). As PV mantêm ao longo deste período de tempo uma certa uniformidade. O seu número é significativo, correspondendo a cerca de $\frac{1}{4}$ das situações para cada ano tendo, ainda assim, algumas variações, entre os 22% (em 1997) e os 36% (em 2002).

Gráfico 8: Evolução das conclusões dos processos de AOP por ano



(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

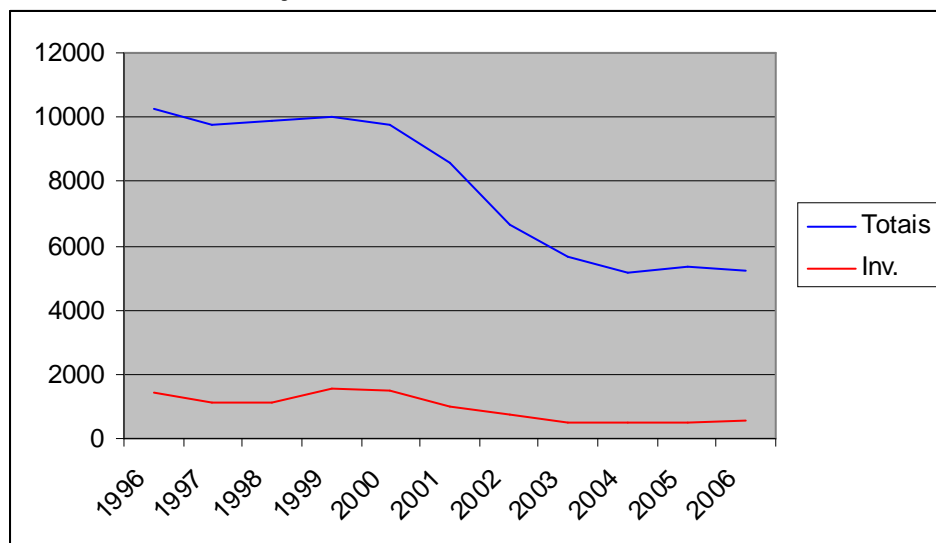
Este valor, porém, percebe-se facilmente se atentarmos ao facto de ser preferível para o pretenso pai (PP) perfilhar voluntariamente do que deixar arrastar o processo em tribunal e, para além disso, com a agravante de lhe poderem ser cobradas as custas judiciais caso se prove a sua paternidade¹²³. Nesse sentido, claramente se percebe que as PV tenham essa expressão sempre que o PP está convicto de que possa efectivamente ser o pai de determinada criança assumindo, desde logo, essa perfilhação e evitando as custas judiciais do processo, caso se prove ser o verdadeiro pai. Mas, por outro lado, este valor também nos mostra que em cerca de $\frac{3}{4}$ dos casos a situação nos remete para uma negação do PP, o que leva a que seja necessário recorrer a outros mecanismos legais na averiguação dessa suposta paternidade.

4.2.2.2. Inviabilidades

As inviabilidades também sofrem um decréscimo de 4%, constituindo em 1996 16% do total de processos e 12% em 2006. O pico dos processos de inviabilidade é alcançado no ano de 1999, correspondendo a 19% do total de processos entrados no ano.

¹²³ Mais à frente analisarei com mais detalhe a quem cabem as custas judiciais.

Gráfico 9: Evolução das inviabilidades face aos dados totais



(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

De notar que o seu valor é significativamente mais baixo do que o das perfilhações, mas significativamente mais alto do que as remessas ao MP. De notar também que, embora o número de casos tenha vindo a diminuir ao longo dos últimos anos, pelo menos de 1996 a 2000, os casos de inviabilidade não têm acompanhado em proporção essa mesma linha: em termos percentuais as inviabilidades têm oscilado entre os 16% em 1996 e os 12% em 2006, como mostra o gráfico 9.

4.2.2.3. RMP

Os processos remetidos ao MP correspondem a 8% do total em 1996, sofrendo algumas variações ao longo da década, e fixando-se em 10% em 2006 (mais 2% do que no início da década em análise) e sendo o ano em que atinge também o seu pico.

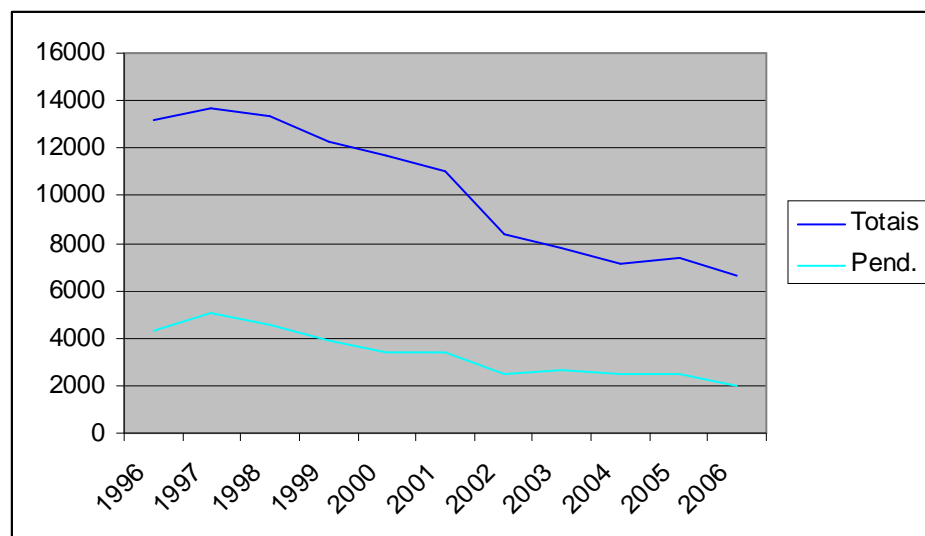
A remessa ao MP não é mais do que a situação em que não assumindo o PP a paternidade e, portanto, não perfilhando voluntariamente a criança, mas tendo o MP elementos probatórios em seu poder que poderão ser suficientes para imputar a paternidade àquele indivíduo, têm que continuar as diligências encetadas na fase de AOP, numa nova fase processual, designada AIP.

No entanto, e pela leitura do gráfico 8, a RMP não tem grande expressão, pelo menos se comparada com as PV ou mesmo com as inviabilidades. Os seus valores oscilam entre os 6% (em 2005) e os 10% (em 2006). Esta situação poder-nos-á levar a suspeitar que esta actuação compulsiva por parte do Estado poderá ter um efeito de coacção forte no pai indigitado e, dessa forma, prefere perfilhar voluntariamente a criança, em vez de deixar arrastar o processo em tribunal.

4.2.2.4 Pendentes

Quanto aos processos pendentes constituem metade dos processos. Embora com uma diminuição muito significativa, ao que não é alheio o facto do número total ter diminuído substancialmente, vêem o seu valor percentual passar de 49% em 1996 para 42% em 2006.

Gráfico 10: Evolução das pendências face aos totais



(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Porém, nos anos que medeiam entre 1996 e 2006 as pendências chegaram a ultrapassar a barreira dos 50% como ocorreu no ano de 1997 com o valor mais elevado da década (58%), o ano de 2003 (51%), o ano de 2004 (53%) e o ano de 2005 (52% do total de processos de AOP do ano). Os valores significativos das pendências, aliás, acompanham a tendência da justiça em geral.

4.2.2.5. Caducidade e outros

Finalmente note-se, a partir de 2005, a introdução de duas novas variáveis: “outra” e “caducidade”, que, embora com pouca expressão estatística, sobretudo a “caducidade”, é sociologicamente relevante, pois mostra a necessidade que o sistema teve de contabilizar os processos que são encerrados por excederem o seu prazo, sendo de 0,5 pontos percentuais em 2005 e subindo ligeiramente em 2006 (0,7%). Este valor, embora só agora comece a surgir nos relatórios elaborados pela PGR será, certamente, uma consequência dos longos anos de valores significativos de pendências, cuja consequência mais óbvia e directa é a sua caducidade conduzindo, em última análise, para o avolumar do número de crianças a quem o Estado não consegue identificar o verdadeiro pai biológico.

Os casos pendentes e as perfilhações voluntárias são, como referi, os que caracterizam este tipo de movimento processual em maior escala, o que pode indiciar a falta de eficácia do sistema já que as perfilhações, presume-se, serem da livre vontade do interveniente não requerendo, por isso, diligências significativas por parte do MP.

Relativamente às pendências o facto o número total de processos ter diminuído para metade em 10 anos, mas continuarem a revelar valores da ordem dos 50%, indicia, de igual forma que, mesmo com a queda abrupta dos totais, o sistema continua a não conseguir resolver esta questão.

Assim, e de acordo com os dados nacionais gerais podemos retirar uma primeira conclusão. Sempre que o Estado, por intermédio do MP, faz uma AOP obrigando, por esta via, a mãe a identificar o pai do seu filho, em $\frac{1}{4}$ dos casos o Estado é bem sucedido. Corresponde àqueles casos em que, apenas pela facto de haver um forte poder regulador intimida os intervenientes, levando-os a perfilhar voluntariamente o menor. Nesse sentido, a intervenção estatal permite resolver com sucesso uma fatia dos casos. No entanto, verifica-se também pela leitura destes dados que nos processos em que o pai (ou pretense pai) continua a recusar-se a colaborar e, obrigando o MP a continuar as diligências que lhe estão incumbidas, em 14% dos casos falha, pois aquele que indigita como PP, ou não o é, na verdade, ou não

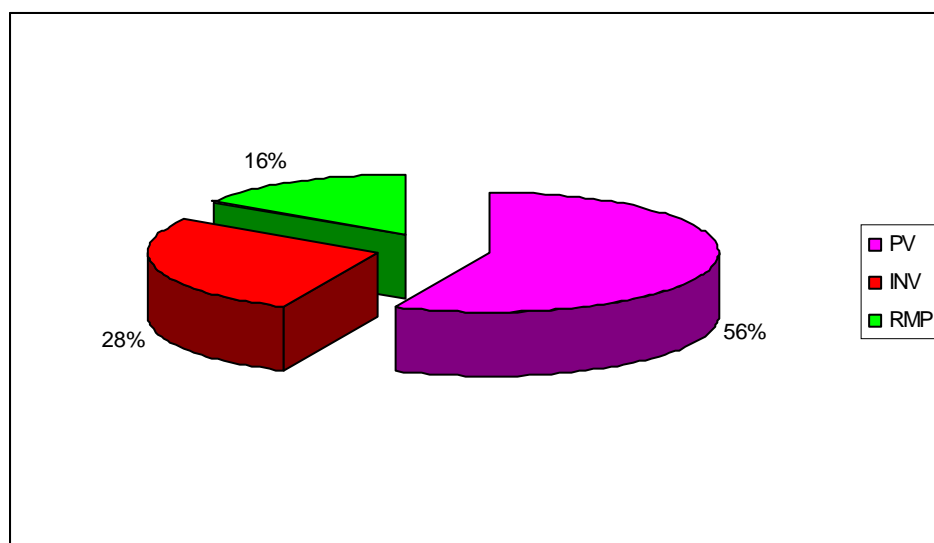
consegue provar que é. E apenas em 8% dos casos consegue reunir provas suficientes para remeter o processo para fase subsequente, ou seja, propositura de acção de investigação de paternidade.

Embora não tenha sido possível aceder às conclusões dos processos em fase de AIP¹²⁴, parece claro que destes 8%, certamente, alguns serão considerados procedentes e, por esta via, o Estado conseguirá provar a verdadeira identidade de determinada criança envolvida no processo de AOP mas, destes 8%, alguns processos irão engrossar os números das inviabilidades pela improcedência do processo. Acrescente-se, finalmente, as pendências que, ao manterem números significativos ao longo dos últimos anos, não só não permitem de forma célere e eficaz que o Estado encontre o pai de uma criança, como ainda terá forte probabilidade de terminar com o processo caduco, uma vez mais, engrossando o número de crianças a quem o Estado não consegue identificar a paternidade biológica. Embora esta seja uma realidade comum à justiça portuguesa na sua generalidade, não esqueçamos, porém, que no caso específico das AOP's, o Estado tem apenas dois anos, desde o nascimento da criança, para determinar quem é o pai biológico.

Sendo que as pendências têm um forte peso na análise do conjunto dos processos de AOP e não se sabendo como vão terminar, um outro exercício se coloca, isto é, olhar para os processos de AOP deixando de fora os processos pendentes, como mostra o Gráfico 11.

¹²⁴ Embora a uma escala mais diminuta, no próximo capítulo poderemos perceber de que forma é que as conclusões em AIP se comportam e tentar perceber as percentagens de casos que em AIP terminam sem a identificação biológica do PP e a percentagem de casos em que a justiça é bem sucedida nessa busca.

Gráfico 11: A conclusão do processo



(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt)

Nesta situação, teremos então as Perfilhações voluntárias a manterem um peso muito significativo no conjunto do total de processos de AOP entre 1996 e 2006 (56%), os processos remetidos ao MP passam de 8% para 16% e as inviabilidades, que perfaziam 14% do total de processos de AOP quando considerados os processos pendentes, sobem agora para 28%.

4.2.3. As AOPs e os Nascimentos

Um outro olhar que merece ser destacado diz respeito ao quadro 9 e à análise dos processos de AOP tendo em conta o número de assentos de nascimento ocorridos em Portugal.

Quadro 9: Relação entre os nascimentos e os processos de AOP em Portugal (1996/2006)

Ano	AOPs	Nascim. ¹²⁵	Nasc/AOP	Inviab.	Nasc./inv	Inv/AOP
1996	8855	112892	7,84%	1414	1,25%	15,97%
1997	8660	115446	7,50%	1106	0,96%	12,77%
1998	8769	116782	7,51%	1127	0,96%	12,85%
1999	8406	119113	7,06%	1580	1,33%	18,80%
2000	8263	122628	6,74%	1497	1,22%	18,12%
2001	7586	117403	6,46%	968	0,82%	12,76%
2002	5895	117177	5,03%	750	0,64%	12,72%
2003	5154	114740	4,49%	527	0,46%	10,23%
2004	4661	109298	4,26%	512	0,47%	10,98%
2005	4834	109399	4,42%	526	0,48%	10,88%
2006	4677	105351	4,44%	568	0,54%	12,14%
TOTAL	75760	1260229	6,01%	10575	0,84%	13,96%

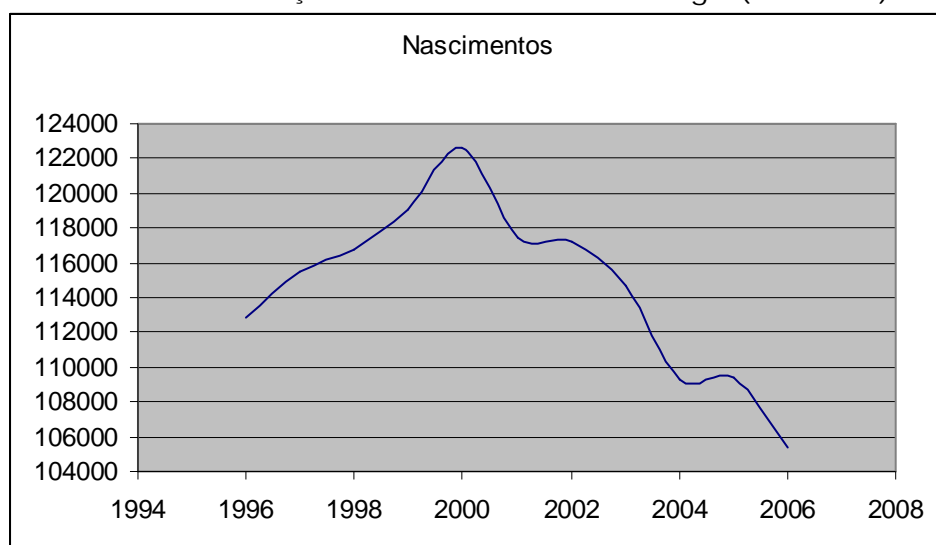
(Fonte: Relatórios da PGR – www.pgr.pt, e Boletins do INE – www.ine.pt)

A taxa de natalidade tem vindo ao longo das últimas décadas a diminuir. É, sobretudo, na viragem para o século XXI que essa descida começa a tornar-se mais acentuada, tendo passado o nosso país de um registo de 112.892 nascimentos em Portugal no ano de 1996, para 105.351 nascimentos em 2006.

A esta descida abrupta do número de nascimentos, como está bem patente no gráfico 12, não é alheia a descida de casos de AOP verificados em Portugal. Assim, pode relacionar-se a queda do número de AOPs com a queda do número de nascimentos em Portugal. Se em 1996 os casos de AOP representam 7,84% do total de nascimentos ocorridos em Portugal, já em 2006 os casos de AOP relativamente ao número de nascimentos em Portugal é de 4,44%.

¹²⁵ Os números relativos a nascimentos baseiam-se nos dados produzidos pelo Instituto Nacional de Estatística (www.ine.pt)

Gráfico 12: Evolução dos nascimentos em Portugal (1996/2006)



Se olharmos para o número de nascimentos relativamente às inviabilidades em processo de AOP verificamos que, ainda assim, o Estado não consegue repor esse direito a 1,25 crianças em cada 100 em 1996, 0,47 em cada 100 em 2004 e 0,54 em cada 100 em 2006.

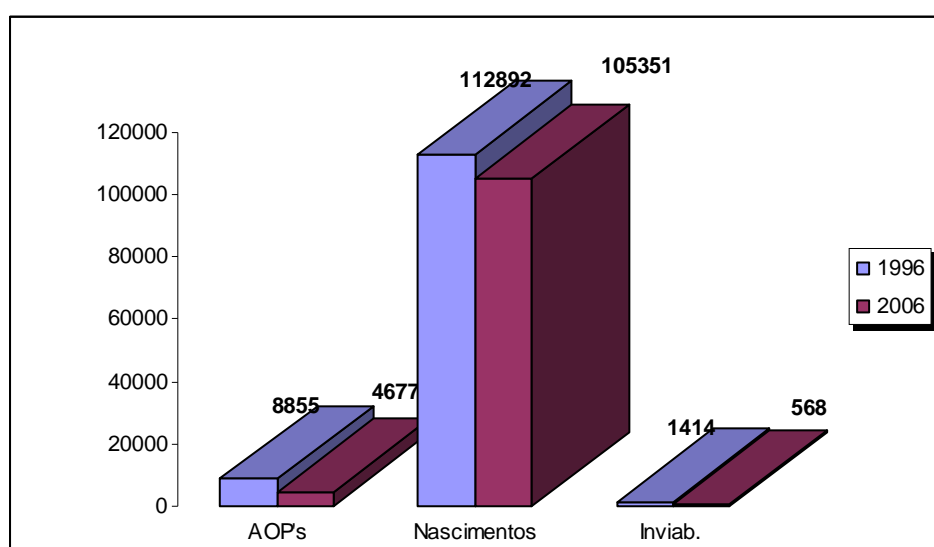
Mesmo assim, e numa leitura dos dados apresentados para a década em análise (1996/2006) pode verificar-se que em cada 100 crianças nascidas em Portugal entre 1996 e 2006, seis delas não sabem quem é o seu verdadeiro pai biológico e o Estado vai averiguar. Em cada 100 crianças nascidas em Portugal, mesmo após intervenção compulsiva por parte do Estado, 0,84 crianças entre 1996 e 2006 continuaram a não saber quem era o seu verdadeiro pai biológico. E 14 em cada 100 crianças envolvidas em processos de AOP, nem após intervenção compulsiva por parte do Estado viram o seu pai reconhecido.

De 1996 a 2006 pelo menos 10.575 crianças não sabem quem é o seu verdadeiro pai biológico.

Ora, segundo o Gráfico 13, se o número de nascimentos em Portugal está a diminuir, se as AOPs também acompanham essa descida, então, esperar-se-ia que a eficácia do sistema pudesse ser maior. Havendo menos casos de AOP, as inviabilidades e as pendências deveriam diminuir. No entanto, como vimos, embora se

tenha verificado uma diminuição considerável de todas as situações a proporcionalidade em que essa diminuição ocorre parece não indiciar a melhoria do sistema, mesmo com o auxílio da ciência ou das alterações legislativas introduzidas. As inviabilidades não acompanham ao mesmo ritmo a diminuição dos casos de AOP, e as pendências mantêm valores significativos, muito superiores à descida dos processos.

Gráfico 13: Perspectiva comparativa: AOPs, nascimentos e inviabilidades (1996/2006)



Segundo os dados dos Relatórios Anuais da Procuradoria-Geral da República relativos ao ano de 1996 nos Tribunais de Família e Menores, o número total de processos foi de 8.855. Isso significa que para o ano de 1996 perto de 9.000 crianças não tinham o seu pai biológico reconhecido pela lei. Significa também que dos processos referentes a estas 8.855 crianças, cerca de 16% (1.414 crianças) vêm inviabilizada a identificação do seu verdadeiro pai biológico, 48,5% (4.299 crianças) ainda vão ter que esperar mais algum tempo até verem a situação esclarecida (embora sem garantia de que vão encontrar o seu pai biológico), 7,9% (703 crianças) vão ver a situação do seu processo evoluir para uma nova fase, mas também ainda sem uma conclusão quanto à descoberta da verdade e, por fim, pouco mais de ¼ dessas mesmas crianças (2.439) viram o seu pai perfilhá-las voluntariamente.

4.2.4. Os entraves à entrada no terreno

Para se enquadrar o objecto social escolhido importa, primeiramente, fazer uma breve análise sobre o fechamento da justiça e os entraves colocados à investigação.

No início de Setembro de 2007 foi escolhido o tribunal onde a análise deveria incidir. Após contactos formais e, aparentemente, relativa abertura ao estudo, cedo alguns entraves começaram a ser colocados. A primeira questão que se colocou foi acerca de quem teria competência e legitimidade para conceder a autorização.

Se, de início, o pedido tinha sido feito a um Procurador-Coordenador de um Tribunal de Família e Menores, tendo mostrado alguma receptividade, poucos dias depois levantou o problema da legitimidade para autorizar. Foi então sugerido que o pedido fosse feito ao Juiz-Presidente desse Tribunal.

Esse pedido foi feito, não apenas pelas vias formais, mas também pessoalmente. Demonstrando alguns receios sobre o que iria ser investigado parecia, porém, que não iriam ser criados obstáculos, até porque a confidencialidade dos dados estava garantida.

Poucos dias depois, o Juiz-Presidente pede nova reunião informando-me que, após consultar alguns colegas e legislação entendeu não ter competência para autorizar o pedido, remetendo essa autorização para o Conselho Superior de Magistratura (CSM).

A 20 de Novembro de 2007 foi elaborado pedido ao referido órgão. Segundo informação posteriormente prestada pelos serviços administrativos, o pedido teria que ser levado a apreciação e deliberação do Conselho Permanente do CSM, reunião essa a dia vinte e dois de cada mês. Adivinhava-se mais um mês de espera por uma deliberação. No final do mês de Dezembro, pensando haver já uma deliberação, contactei os serviços do CSM, tendo sido informada que nesse mês, excepcionalmente, a reunião não se tinha realizado, passando todas as deliberações para a reunião do mês seguinte (22 de Janeiro).

É, por fim, a 13 de Fevereiro de 2008 que sou informada através de ofício da deliberação tomada em 22 de Janeiro.

Com base no extracto da deliberação, embora tendo sido *“deliberado aprovar, por unanimidade o parecer elaborado (...)”*, decidiu o CSM ser necessário *“(...) verificar se os dados constantes das decisões a divulgar são ou não dados pessoais”* (CSM, 2008). Perante isto o CSM remete o seu parecer para a lei nº 67/98 de 25 de Outubro de Protecção de Dados (LPD) e, *“(...) concluindo, propõe-se que o CSM se considerou incompetente para decidir o pedido formulado (...) informando a requerente de que a competência para dele conhecer cabe à CNPD¹²⁶”* (CSM, 2008: 2).

Ainda na mesma deliberação o CSM pronuncia-se sobre a possibilidade de assistir a audiências de julgamento, informando não ser competente para autorizar e aconselhando a formular esse pedido *“(...) junto dos Ex.mos Juizes que às mesmas preside”* (CSM; 2008).

Perante esta deliberação do Conselho Superior da Magistratura foi solicitada autorização à Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD) no que respeitava ao acesso aos processos e, pedido ao Tribunal para assistir às audiências de julgamento¹²⁷.

Quanto ao pedido elaborado ao tribunal fui informada que deveria endereçar o pedido a todos os juízos e secções, sendo cada um deles competente para autorizar (ou não) na sua secção e no seu juízo¹²⁸.

No último dia do mês de Março do ano de 2008 o Juiz Presidente do Tribunal responde formalmente ao pedido inicial (feito em Setembro) e, conjuntamente, pronuncia-se sobre o parecer do CSM, no que respeita às audiências.

Quanto à consulta dos processos, e tal como havia sido informalmente referido em Setembro, em ofício informa que *“(...) nada tem a opor à consulta dos processos de averiguação oficiosa de paternidade existentes neste tribunal, desde que seja obtido e nos seja comunicado a respectiva autorização pela entidade competente para o efeito”* (Juiz Presidente do TFM, 03/03/2008).

¹²⁶ Comissão Nacional de Protecção de Dados.

¹²⁷ Com os pedidos efectuados seguiu cópia do parecer do CSM.

¹²⁸ O pedido foi elaborado em 27/02/2008 ao 1º juízo/1ª secção; 1º juízo/2ª secção; 1º juízo/3ª secção; 2º juízo/1ª secção; 2º juízo/2ª secção; 3º juízo/1ª secção; 3º juízo/ 2ª secção. Pedidos autónomos em cartas autónomas para remetentes diferentes, embora com a mesma morada.

Quanto à segunda questão informa que as audiências de julgamento não se realizam naquele tribunal, sendo essa competência das Varas Cíveis no Palácio da Justiça.

A 25 de Março (um mês após o pedido efectuado aos juízos e secções), o 2º juízo/2ª secção do TFM envia ofício a informar *“que não se encontra designada qualquer diligência nos processos de Averiguação Oficiosa de Paternidade”* (2º juízo/2ª secção do TFM, 25 de Março de 2008). Note-se, porém, que apenas este juízo e secção deram resposta ao pedido elaborado não tendo até hoje recebido qualquer resposta por parte dos outros juízos e secções.

Cerca de quatro meses decorridos sobre o pedido à CNPD dirigi-me pessoalmente ao organismo tendo sido informada que teria que aguardar pela deliberação.

Através de contactos telefónicos vários efectuados concluo que o processo não consta nos registos da CNPD. Feitas algumas investidas junto da Comissão no sentido de conseguir obter informações sobre o pedido consigo, finalmente, entrar em contacto com uma técnica de topo que, atrapalhada com a situação, promete verificar o estado de andamento do processo. Um dia depois sou contactada por essa mesma técnica que me informa que o processo terá sido localizado, fornecendo o número do mesmo para futuras informações. Perante a urgência e insistência mantida fui informada que as teses de doutoramento têm prioridade na avaliação e, nesse sentido, não podendo informar-me de uma data exacta para a deliberação referindo, porém, que a média habitual neste tipo de casos é de seis meses.

Em Julho de 2008, já passados quatro meses sobre o pedido, e por sugestão da técnica, envio um pedido com carácter urgente.

Esta situação de diferentes entidades não quererem assumir a responsabilidade para permitir a consulta dos processos e tentativas sucessivas de passar essa responsabilidade para outrem acabaria por criar um impasse com consequências sérias em primeiro lugar, para o andamento da investigação em causa e, em segundo lugar, revelando o fechamento dos actores do sistema judicial ao mundo externo e a tentativa de “empurrar” as decisões para terceiros quando se receia ser responsabilizado por elas.

Após um longo período de espera surge a hipótese de tentar a entrada noutra tribunal. Por vias informais foi possível entrar em contacto com outro tribunal que, desde a primeira hora se mostra receptivo ao estudo, não tendo sido levantado nenhum obstáculo em relação à consulta dos processos e tendo sido informado sobre todos os obstáculos criados por outro tribunal.

A primeira reunião neste tribunal ocorreu em Julho de 2008, apenas tendo sido pedido que iniciasse a consulta dos processos em Setembro, devido ao facto de as férias judiciais se estarem a iniciar.

Em Setembro de 2008 dou entrada no Tribunal tendo sido entusiasticamente recebida e tendo sido facilitado todo o material solicitado. O acolhimento dado à investigação e a mim própria pelo Sr. Procurador Coordenador do MP deste Tribunal não poderia ter sido melhor tendo havido ainda uma grande preocupação em ser disponibilizado um espaço condigno e confortável para realizar a pesquisa.

O espaço disponibilizado foi a sala de reuniões do MP, espaço amplo e com boas condições, contíguo ao gabinete do próprio Procurador, apenas separado por uma porta, geralmente aberta, que permitia partilharmos o mesmo espaço, sem interferências de parte a parte. No entanto, permitia que, de vez em quando, o próprio Procurador entrasse no “meu” espaço e trocássemos por breves instantes, algumas palavras.

A abertura demonstrada neste tribunal (não revelada no primeiro) é relevante, permitindo perceber as dificuldades que se colocam ao trabalho de investigação em Portugal, por um lado, e os receios que os actores do meio judicial manifestam quando um actor externo tenta analisar o seu mundo. A renitência em receber os “estranhos” no seu mundo, a necessidade constante de remeter a responsabilidade para outro é disso revelador. As próprias instâncias superiores se mostram incompetentes para tomar essas decisões (como o juiz presidente ou o CSM), revelando, também elas, esse fechamento ao exterior.

Por fim, não poderei deixar de salientar o tempo (exagerado) que a CNPD demora a pronunciar-se sobre uma simples consulta de processos. Quando me encontrava já em fase de conclusão da tese recebo o ofício da Comissão Nacional de Protecção de Dados (datado de 30 de Março de 2009).

O pedido foi feito em Fevereiro de 2008 (após o CSM não se ter achado competente para se pronunciar), a deliberação foi tomada em Maio de 2008 e dez meses depois sou informada da deliberação, verificando que não foi a tomada de decisão que foi morosa, mas a passagem dessa informação a quem de direito.

De salientar, ainda, que a deliberação que sustenta a decisão proferida, assente na deliberação nº 227/2007, relativa aos princípios aplicáveis aos tratamentos de dados para estudos científicos, escapa ao teor e aos objectivos pretendidos com a minha investigação: não se tratava de analisar dados genéticos, mas antes processos de AOP, sendo que, em alguns deles, viria anexada informação sobre dados genéticos, não se tratando, porém, de amostras de sangue que pudessem por mim ser manipuladas, nem creio que a informação disponibilizada nos processos, de algum modo, pudesse pôr em causa a identidade, a privacidade e o direito à identidade genética de qualquer cidadão envolvido nos processos a analisar.

E foi isso que sublinhei, tanto numa carta enviada ao Presidente da CNPD como no próprio site da CNPD, na parte destinada a reclamações e sugestões. Quanto à primeira, à data de entrega não tinha obtido qualquer resposta, quanto à segunda, é-me enviado uma mensagem de correio electrónico sustentada em três pontos, cuja informação principal assenta na ideia de que deveria informar a CNPD de *“como pretende obter o consentimento dos titulares ou na impossibilidade de o obter a junção aos autos da declaração de interesse público nos termos descritos”*, após o que a CNPD se deverá pronunciar sobre o pedido efectuado (e-mail enviado pela CNPD em 20/03/2009).

Explicitados os entraves e obstáculos encontrados para aceder ao objecto de estudo é chegado o momento de dedicar atenção ao tribunal em que decorreu a investigação.

Capítulo V

O Tribunal do Senhor da Pedra

5.1. A análise dos processos

Após longos meses de espera por uma resposta que nunca chegou consegui, finalmente, embora por vias informais, dar entrada num tribunal. E, embora não tenha sido esta a primeira opção para fazer a análise, pelas razões e entraves já explicados, foi possível ter acesso a um outro Tribunal de Família e Menores.

Este estudo foi realizado num Tribunal de Família e Menores de Portugal continental, ao longo do ano de 2008.

Através de uma conversa informal com o Procurador Coordenador do Tribunal de Família e Menores do Senhor da Pedra onde pessoalmente expus o teor da minha investigação foi, de imediato, mostrada total abertura por parte deste actor, tendo o mesmo revelado satisfação por alguém se interessar por estas questões e, em particular, por o “seu” tribunal poder vir a ser alvo de um estudo o que, na sua opinião, até poderia ser proveitoso para o próprio tribunal: alguém externo que analisa o que se passa no seu interior.

Explicado o interesse pelo tribunal e os objectivos da investigação tornava-se imprescindível conhecer os números deste tribunal em concreto para que, em fase posterior, constituir a amostra dos processos a analisar.

Esses dados foram prontamente disponibilizados e apresentam-se no quadro 10.

Embora fosse minha intenção analisar o período de uma década, ou seja, de 1998 a 2008, tornou-se impossível fazê-lo já que este tribunal apenas foi inaugurado em 2001. Apesar de tudo, e depois de ponderar e reflectir, entendi que uma análise dos primeiros oito anos do novo milénio seria suficiente para observar a realidade nacional no que toca a averiguações oficiosas de paternidade.

Quadro 10: Tribunal de Família e Menores do Senhor da Pedra – Processos Distribuídos no Ano

Ano	Nº total de processos	Amostra	Amostra final
2001	98	29	29
2002	51	15	16
2003	57	17	17
2004	51	15	15
2005	43	14	9
2006	45	14	14
2007	50	15	15
2008	33	10	8
Total	428	129	123

Os números inseridos no quadro 10 baseiam-se nas folhas mensais do TFM que, como se pode verificar, apresenta um número considerável de movimentações de processos de AOP, permitindo constituir uma amostra.

Assim, e atendendo aos dados disponibilizados, verificamos que o Tribunal do Senhor da Pedra de 2001 a 2008 recebeu 428 processos de AOP.

Foi então decidido constituir uma amostra representativa. Aleatoriamente, foram seleccionados 30% de processos por ano, retirados de três em três.

Para o ano de 2001, por exemplo, tendo entrado 98 processos de AOP, foi recolhida uma amostra para análise de 29 processos; para o ano de 2002, tendo entrado 51 processos no ano, recolheram-se 15 processos; para 2003 recolheu-se uma amostra de 17 processos; para 2004 uma amostra de 15 processos; para 2005 e 2006 uma amostra de 14 processos; para 2007 uma amostra de 15 processos e, finalmente, para 2008, uma amostra de 10 processos.

Essa recolha não foi feita por mim, pessoalmente, mas solicitada pelo Procurador-Coordenador a uma funcionária do Tribunal. Nesse sentido, e embora se tenha pedido o maior rigor possível nessa tarefa, foi alegado que nem todos os processos se encontravam na sua devida ordem e, por isso, tentar-se-ia fazer uma aproximação o mais fidedigna possível a esse pedido.

Pela numeração inscrita nos processos, pode perceber-se que os critérios elaborados foram, em grande parte, cumpridos excepto para dois anos: 2005 e 2008.

Relativamente ao ano de 2005, após terem sido recolhidos os 14 processos que compunham a amostra verificou-se que, em cinco deles, não se tratava de casos de AOP mas antes de processos de regulação do poder paternal, o que obrigou a eliminá-los da amostra, sem dar lugar a novas entradas, visto que a recolha tinha sido já efectuada. Quanto ao ano de 2008 e dado que a informação foi também recolhida ainda durante o mesmo ano, surgiu um problema: nem todos os processos do ano estavam concluídos. O Procurador propôs que analisasse um por cada mês, mesmo que não estivessem findos. Porém, esse critério não traria muita informação à análise, nem se ajustaria ao critério utilizado para os anos anteriores. Propus, mesmo sabendo que correria o risco de apenas surgirem processos considerados simples (perfilhações voluntárias), que o critério a utilizar fosse trazer os processos de 2008 findos, até atingir os 9 processos (valor da amostra para o ano em causa).

No dia 15 de Outubro de 2008 só existiam ainda 8 processos findos e, conseqüentemente, foi decidido proceder-se à análise dos 8 processos findos até 15 de Outubro de 2008.

Estava assim constituída a amostra dos processos de AOP no Tribunal do Senhor da Pedra: num total de 428 processos de AOP entrados entre 1 de Fevereiro de 2001 a 15 de Outubro de 2008, constituiu-se uma amostra de 30% (salvo os casos já referidos) tendo-se chegado a uma amostra de 123 processos que foram alvo de análise detalhada.

Será, pois, com base nesses 123 processos finais que se fará análise e a evolução das AOPs no contexto português nas próximas páginas.

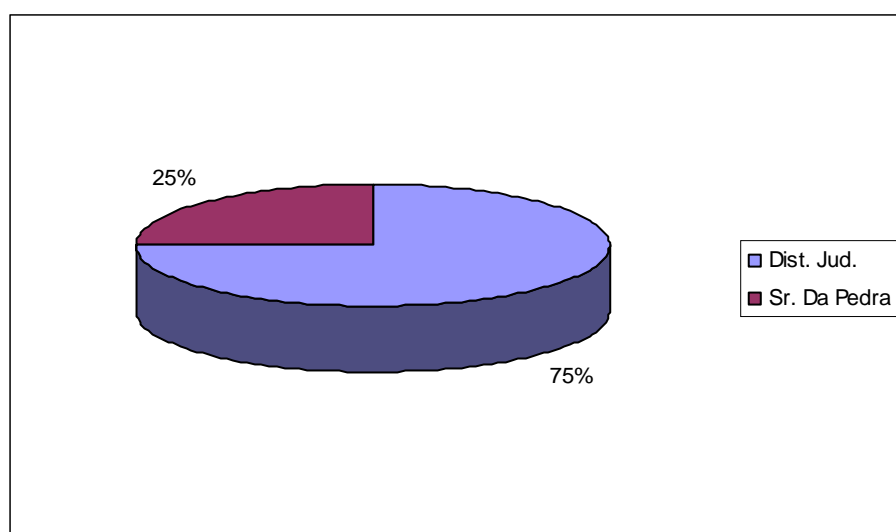
5.2. As AOPs no Tribunal do Senhor da Pedra no contexto local e no contexto nacional

5.2.1. O contexto local

O Tribunal estudado é um Tribunal de Família e Menores localizado num dos distritos judiciais de Portugal continental e caracterizando-se por ser um tribunal de características mistas, já que se apresenta dentro de uma área metropolitana.

No contexto regional, o Tribunal estudado representa 25% do total do distrito judicial (gráfico 14). A evolução comparada entre o distrito judicial em que se insere como um todo e a evolução específica deste tribunal permite-nos verificar que à semelhança do que se apresenta para o distrito, também ao nível micro se pode notar um grande decréscimo dos processos de AOP. No entanto, a descida parece mais ligeira quando olhamos especificamente para o Tribunal do Senhor da Pedra do que quando analisamos o distrito judicial no conjunto.

Gráfico 14: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto do distrito judicial

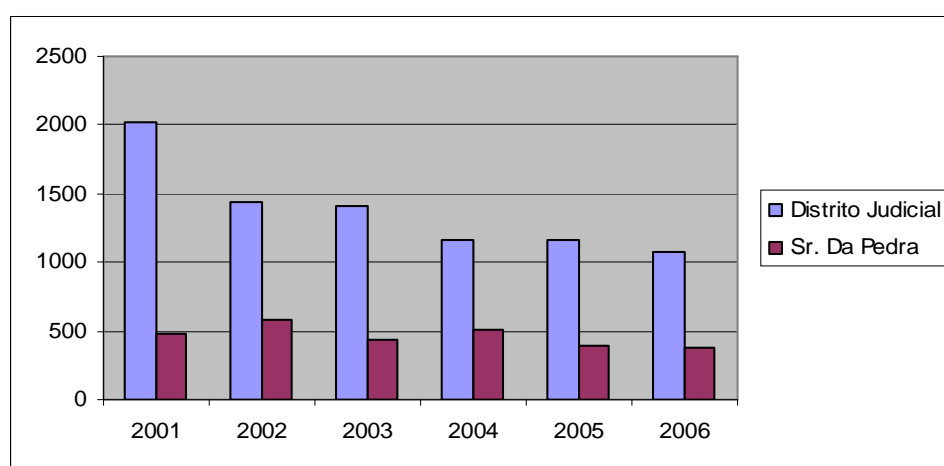


O gráfico 15 permite-nos ver que se a nível do distrito judicial em que se insere as AOPs sofreram uma descida significativa (cerca de 50% de casos) ao longo dos anos em análise, relativamente ao tribunal em estudo os processos de AOP mantiveram relativa estabilidade entre 2001 e 2008.

Quadro 11: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto do distrito judicial

	Distrito Judicial	Sr. Da Pedra
2001	2022	483
2002	1437	588
2003	1417	441
2004	1166	513
2005	1164	386
2006	1082	371

Gráfico 15: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto do distrito judicial – evolução das AOPs (2001/2006)



5.2.2. O contexto nacional

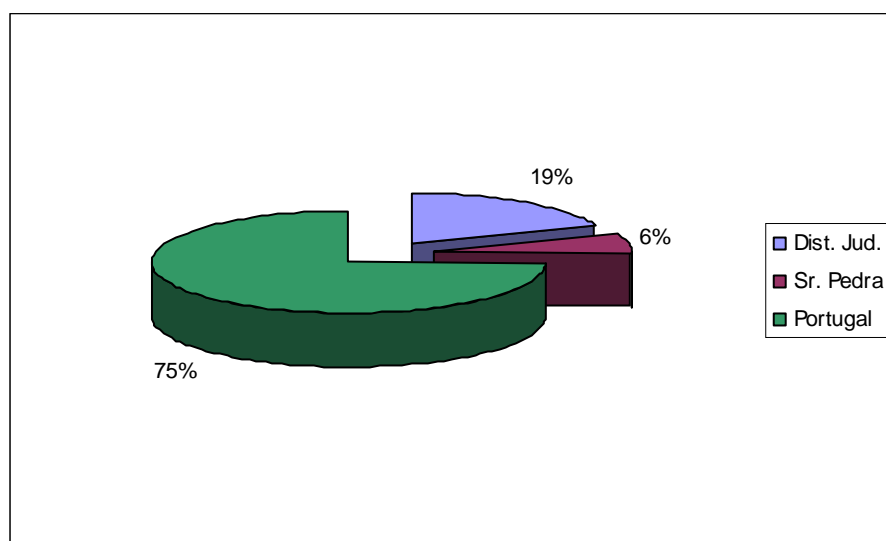
Numa perspectiva mais alargada, e olhando para este tribunal tendo em consideração o conjunto nacional (gráfico 16) percebemos que a análise deste Tribunal representa 6% do total nacional. Se pensarmos que se trata apenas de um só tribunal no conjunto de todos os tribunais nacionais que julgam e apreciam processos de AOP este tribunal parece, de facto, ter alguma relevância no conjunto nacional.

Não significa isto que, com a sua análise, possamos extrapolar todas as suas conclusões para a realidade portuguesa no seu conjunto mas, certamente, será um elemento fundamental e que, eventualmente, mostrará as semelhanças entre este tribunal em concreto e a realidade no seu todo.

Quadro 12: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto nacional

Distrito Judicial	8288
Sr da Pedra	2782
Portugal	32807

Gráfico 16: O Tribunal do Senhor da Pedra no contexto nacional



5.2.3. Os processos objecto de estudo

Os 123 processos objecto de estudo foram divididos em quatro categorias simplificadas que permitem perceber não apenas como terminaram estes casos, mas parte das razões que estão por detrás dessa conclusão.

Assim, foi considerada como primeira categoria a “perfilhação voluntária” (PV) e que diz respeito, unicamente, aos processos em que o pai, por sua livre iniciativa, decide perfilhar o menor. Outros processos há, porém, que, embora também terminem igualmente por perfilhação voluntária são casos que, só após intervenção judicial e pericial o pai biológico se dispõe a perfilhar o menor. E a estes processos designei por “perfilhação condicionada pelo ADN” (PcondADN). Uma terceira categoria diz respeito aos processos que terminam como “inviáveis”, ou seja, aqueles casos em que, com ou sem recurso à tecnologia, com ou sem diligências por parte do Ministério Público, não se chegou à verdade biológica e, conseqüentemente, são

aqueles casos em que, por diversos motivos, o menor não viu estabelecido por lei o seu verdadeiro pai biológico. E, por último, a categoria de “outros” - embora escassos, são casos que não se enquadram em nenhuma destas categorias, por lapso ou erro do tribunal competente; processos que terminaram, antes de iniciarem.

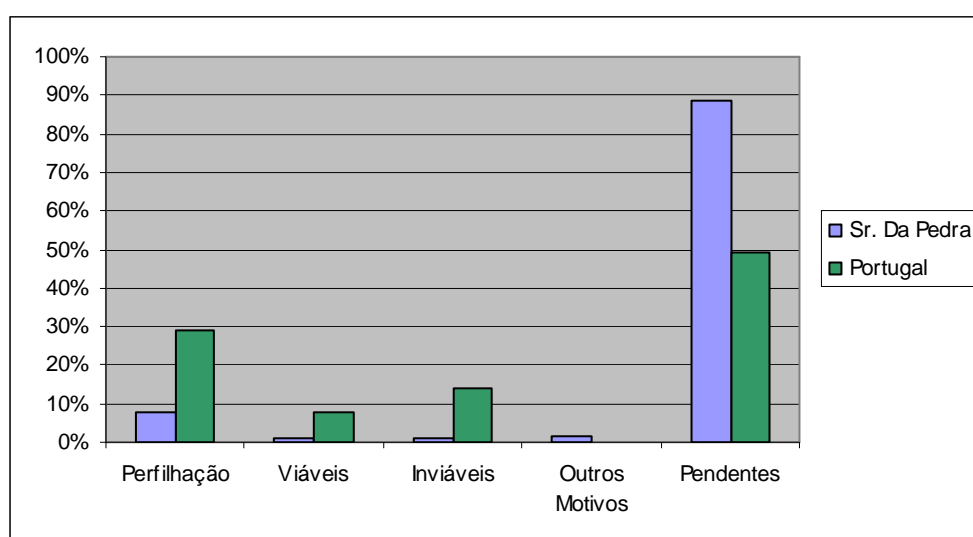
5.2.3.1. Caracterização dos processos

Uma análise concreta sobre a conclusão dos processos (Quadro 13/Gráfico 17) permite-nos ver que quer a nível nacional, quer a nível local, as perfilhações voluntárias ocupam um lugar de destaque nos processos de AOP sendo que, no plano local, e em termos relativos, elas são superiores ao conjunto nacional. Por seu turno, os processos considerados viáveis, denotam ser mais significativos no conjunto nacional do que no quadro local em estudo. Quanto aos processos considerados inviáveis, em termos relativos, são menores no plano local do que no plano nacional.

Quadro 13: Conclusão do Processo de AOP no contexto nacional e local

	Perfilhação	Viáveis	Inviáveis	Outros Motivos
Sr. Da Pedra	72%	8%	10%	10%
Portugal	57%	15%	26%	2%

Gráfico 17: Conclusão das AOPs no contexto nacional e local



No Tribunal estudado 81% dos processos terminam por Perfilhação Voluntária. Este valor parecia ser demasiado elevado e era necessário perceber a que se devia este valor.

De facto, ao começar a analisar os processos, cedo se percebeu que havia muitas perfilhações voluntárias simples, e outras, que eram designadas por perfilhações voluntárias, mas que estavam dependentes do resultado do exame de ADN. Nesse sentido, foi necessário proceder a uma sub-divisão destas perfilhações voluntárias, distinguindo aqui, as que se recorrem da ciência, a que designei Perfilhações condicionadas pelo ADN, e as que não recorrem à ciência – Perfilhações Voluntárias.

Feita esta breve explicação da nomenclatura utilizada, e feito o enquadramento do Tribunal do Senhor da Pedra no plano local e nacional poderemos dizer que no Tribunal em estudo metade dos processos terminam por perfilhação voluntária (PV) e 31% dos processos terminam por Perfilhação Condicionada pelo ADN (PcondADN). Ou seja, numa percentagem muito elevada de casos, os processos de AOP são bem sucedidos, levando ao reconhecimento da identidade biológica pelo progenitor em 81% dos processos estudados.

No entanto, em 18% dos processos nem mesmo após a intervenção compulsiva do Estado se consegue atribuir a paternidade biológica destes menores¹²⁹.

Desta primeira análise se, por um lado, podemos concluir que a esmagadora maioria dos processos tem o fim esperado, ou seja, a identificação do pai biológico do menor, também podemos concluir que: (a) em 50% dos processos alcança-se o objectivo porque o PP se disponibiliza a colaborar; (b) em 31% dos casos, não fosse a intervenção da ciência, provavelmente não seria encontrada a verdade biológica; (c) se não fosse a intervenção da ciência e o uso cada vez mais generalizado do teste de ADN, provavelmente, outros 50% de crianças permaneceriam sem a identificação do seu verdadeiro pai biológico.

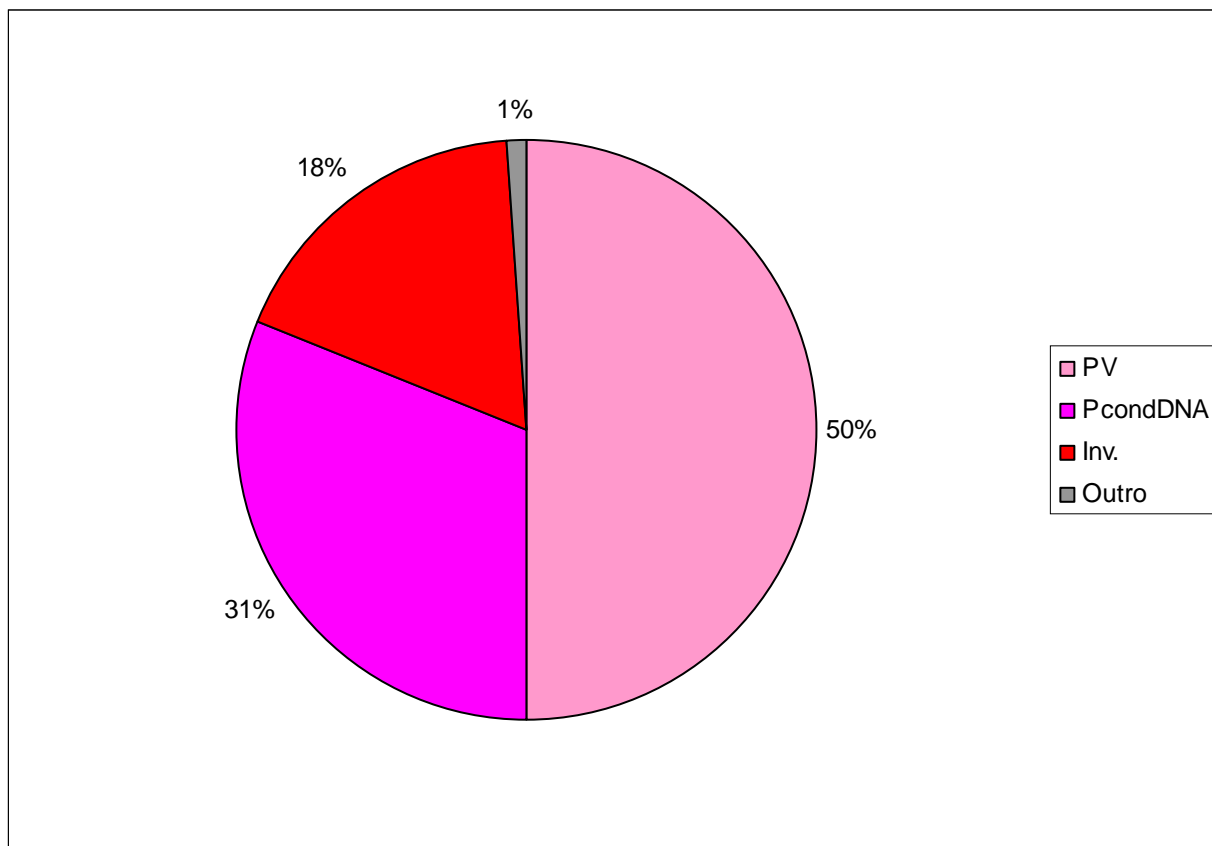
Isto leva-nos a concluir, desde já, que temos perfilhações que decorrem de uma declaração da ciência, as perfilhações condicionadas pelo ADN e perfilhações

¹²⁹ Observando os dados produzidos pela PGR entre 1996 e 2004 verifica-se que as perfilhações ocupam mais de metade dos processos (57%), as inviabilidades correspondem a pouco mais de ¼ de todos os processos (28%) e os processos remetidos ao MP uma pequena fatia de 15%.

baseadas numa declaração de vontade, não sendo aqui possível aferir pela existência de um vínculo biológico.

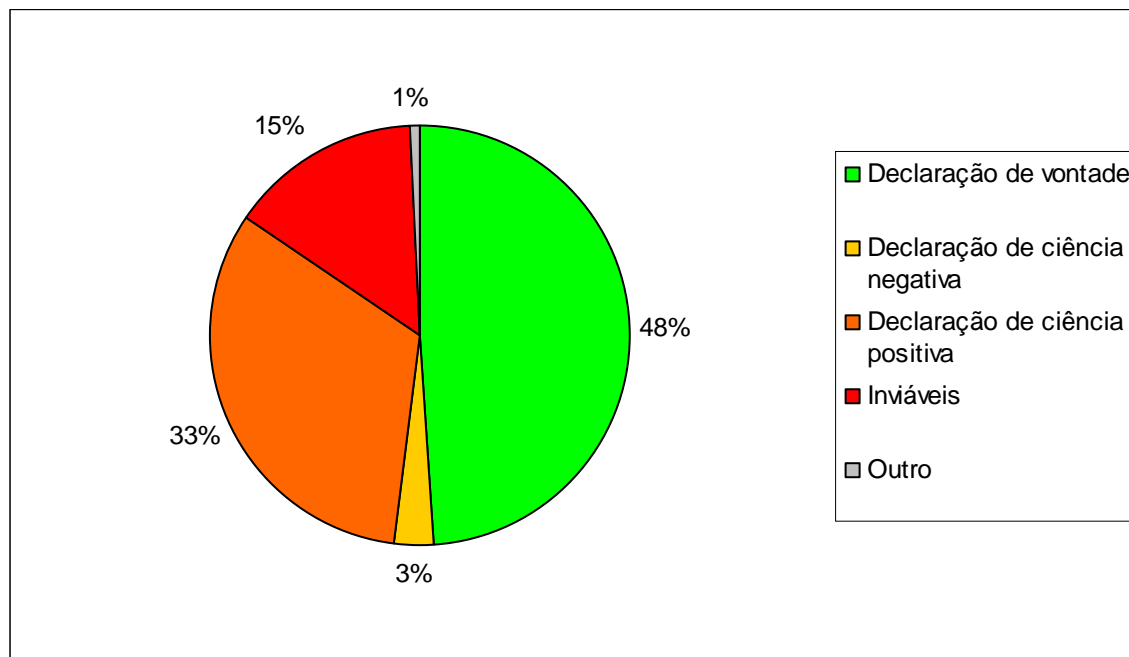
E, se numa primeira análise parecia que as PV eram de 81%, quando distinguimos os diversos tipos de perfilhações podemos constatar que 50% são, na verdade, perfilhações voluntárias, mas 31% são já fruto da utilização do ADN, isto é, há perfilhação porque a ciência o determinou (gráfico 18).

Gráfico 18: Conclusão das AOPs



Por outro lado, se chegamos à conclusão que há processos que fazem uso do ADN e outros sem uso de ADN, então, se fizermos uma divisão entre processos que fazem uso da ciência e processos que não fazem uso da ciência, percebemos que, como mostra o gráfico 19, 48% dos processos estudados se baseiam numa declaração de vontade, e outros 48%, 36% dos processos estudados são uma declaração de ciência que, nuns casos pode ser positiva (33%) e noutros negativa (3%), tendo ainda 15% de processos terminado por inviabilidade sem recurso à ciência.

Gráfico 19: Declaração de Ciência e Declaração de vontade



Esta distinção revelou-se de máxima relevância para a análise e, ao contrário do que usualmente aparece nas estatísticas oficiais da justiça, será a partir desta diferenciação que a análise vai ser realizada.

5.2.4. Os actores

Comecemos então por caracterizar o menor e os progenitores, actores centrais e nucleares na AOP.

Quanto ao menor, não nos é possível uma caracterização alargada sobre este actor, cuja existência é ainda curta e à volta do qual tudo se desenrola, mas não tendo ele um papel activo neste processo. É, certamente, o elemento principal mas a sua presença no processo, acaba por ser pouco notória.

5.2.4.1. O Menor

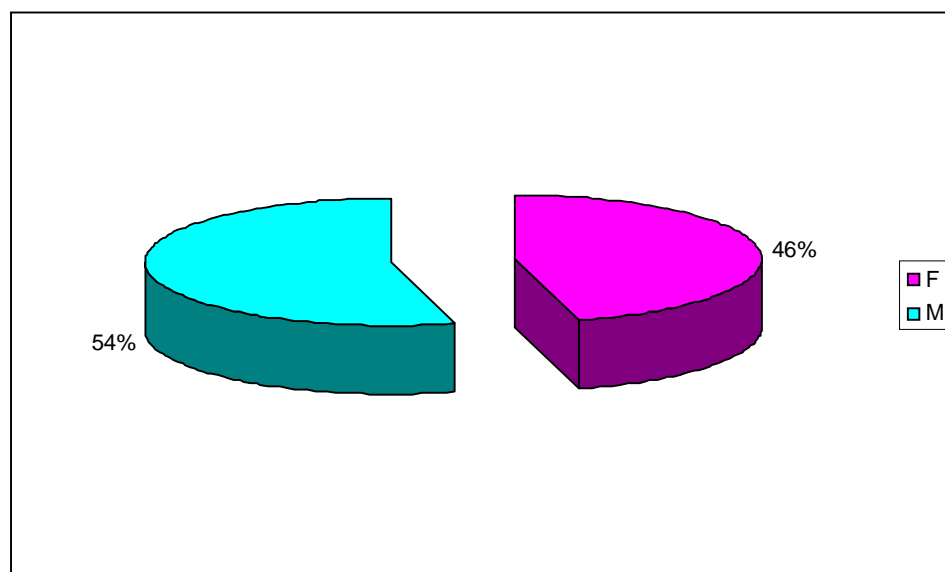
5.2.4.1.1. Sexo do Menor

Poder-se-á partir de uma hipótese da existência de mais AOPs em casos em que o menor é do sexo feminino. Ou seja, poderia acontecer, encontrar-se mais

perfilhações ou mais inviabilidades em função do sexo do menor. Nesse sentido, tornava-se interessante analisar esta variável.

Da amostra recolhida verifica-se (Gráfico 20) que estiveram envolvidas 57 crianças do sexo feminino e 67 crianças do sexo masculino.

Gráfico 20: Sexo do Menor



5.2.4.1.2. Situação do Menor

Dado tratar-se de uma situação que envolve o supremo interesse do menor era importante avaliar através de questões centradas especificamente na criança até que ponto é que ela se tornava no elemento central do processo. Nesse sentido, procurou-se perceber se era feita menção ao menor em questões básicas, como seja saber se se encontra bem, com quem vive ou outras informações que o Ministério Público entendesse necessário saber para proteger o menor.

Essa informação, contudo, apenas indirectamente pode ser ilidida dos processos através da informação obtida pela entrada na grelha de análise sobre a situação do menor, isto é, com quem se se encontra o menor.

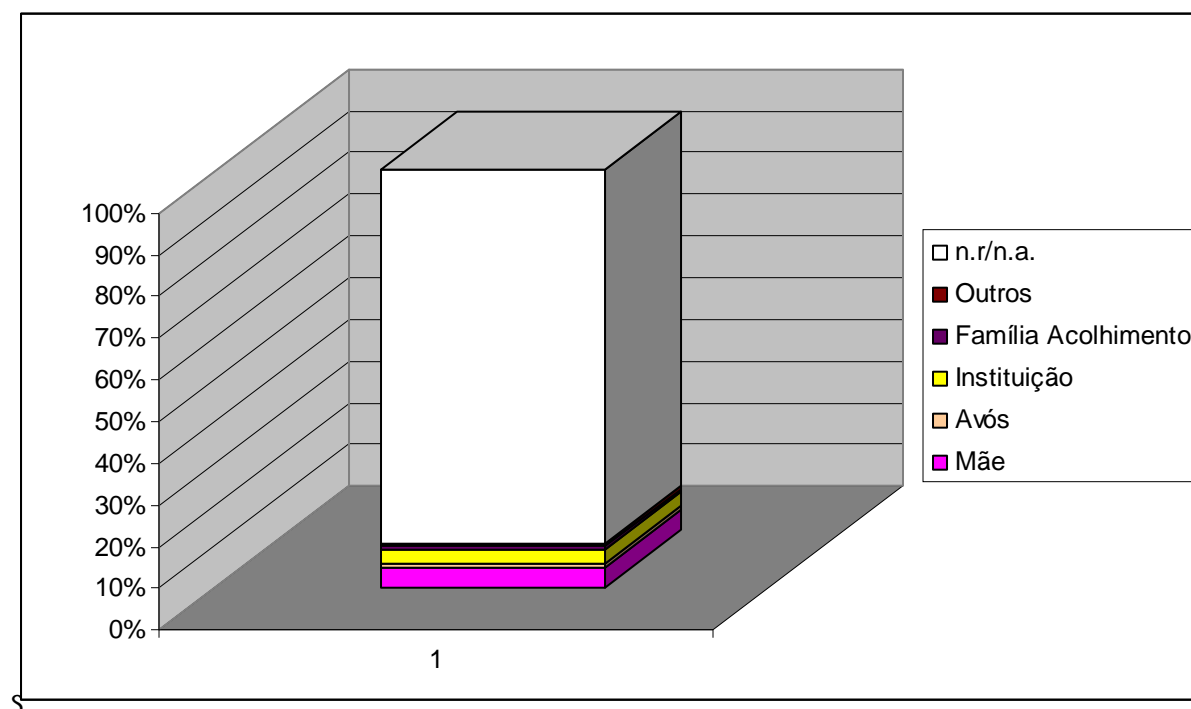
Os dados apresentados são reveladores: apenas numa percentagem pequena de casos há referência ao menor a tal ponto de se saber com quem ele vive. Esta

informação apenas surge em 10% dos processos sendo que, em 90% deles, não é feita qualquer referência ao menor¹³⁰.

Da análise do gráfico 21, verifica-se que dos 10% em que é feita menção ao menor, sabe-se que em 4,8% dos casos o menor se encontra com a mãe, em 3% dos processos numa instituição, e com os avós, família de acolhimento ou outros em 0,8%, respectivamente.

Estes números indiciam que, embora esta procura da identidade biológica seja feita no supremo interesse do menor, a quase ausência de perguntas e de referência nos processos a este actor, pode indiciar um interesse maior por parte do Estado em manter a família como um pilar central da nossa sociedade do que propriamente o interesse na protecção e defesa do interesse do menor.

Gráfico 21: Situação do Menor



As entrevistas realizadas no âmbito deste estudo, e que abordarei com mais pormenor no último capítulo apontam, de igual modo, neste sentido. Por um lado, os

¹³⁰ Se nos reportarmos aos dados nacionais disponibilizados pela PGR, para o ano de 2001, por exemplo, 96% dos menores envolvidos em processos de AOP viviam com o pai ou com a mãe, tendência que se mantém em 2002 com 97% destas crianças a viverem com um dos progenitores.

actores judiciais em contexto de entrevista, nunca centraram directamente o seu discurso no menor, o que vem reiterar a ideia de que ele, de facto, não é o elemento principal desta busca. Pelo contrário, os sentimentos manifestados pelas mães transmitem a ideia de que, embora a acção seja no interesse do menor, os diferentes actores institucionais lhe dão, aparentemente, pouca relevância.

5.2.4.2. Os Progenitores

5.2.4.2.1. Idade

A idade dos progenitores, embora numa primeira análise possa não ter valor explicativo, foi incluída no estudo na medida em que se entendeu que poderia revelar alguma informação adicional nos processos de AOP, nomeadamente se a idade poderia explicar, de certa forma, a recusa do PP em assumir a paternidade. Podia partir-se da hipótese de que quando a mãe envovia em processo de AOP é muito jovem, o PP tende a não querer perfilhar o menor.

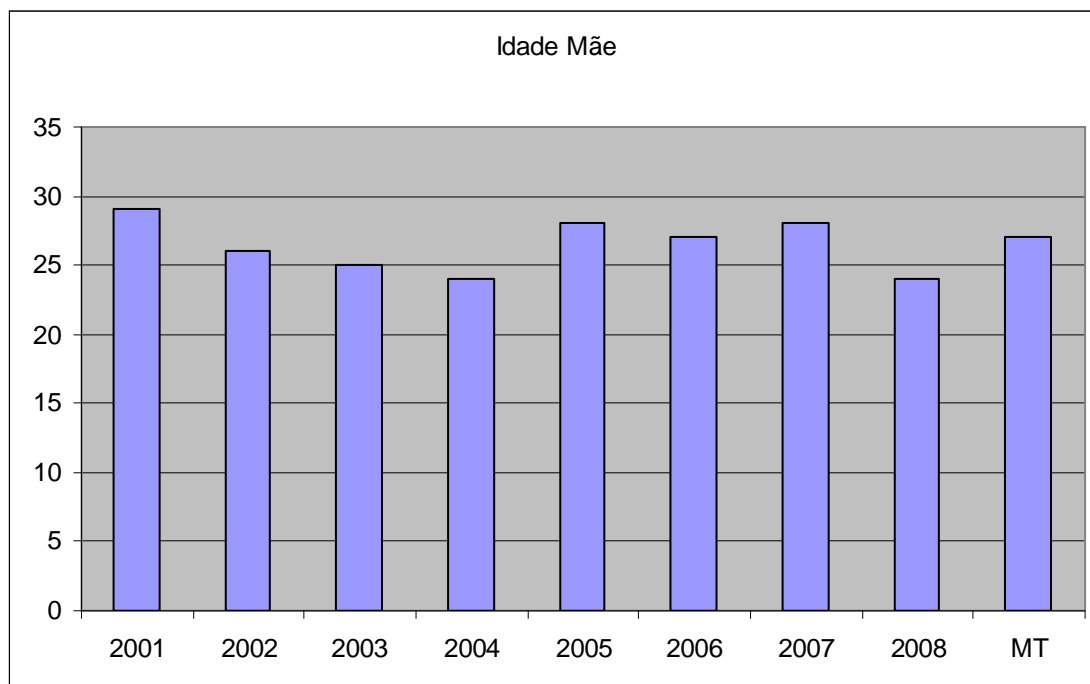
5.2.4.2.1.1. Idade da Mãe

O que os dados nos revelam (Quadro 14/Gráfico 22) é que a média de idade da mãe de 2001 a 2008 situa-se nos 27 anos, sendo que é em 2001 que a média de idade da mãe atinge o valor mais elevado (29 anos em média) e a média mais baixa em 2008 (24 anos).

Quadro 14 : Idade da Mãe – Média

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	MT
Idade Mãe	29	26	25	24	28	27	28	24	27

Gráfico 22: Idade da Mãe – Média



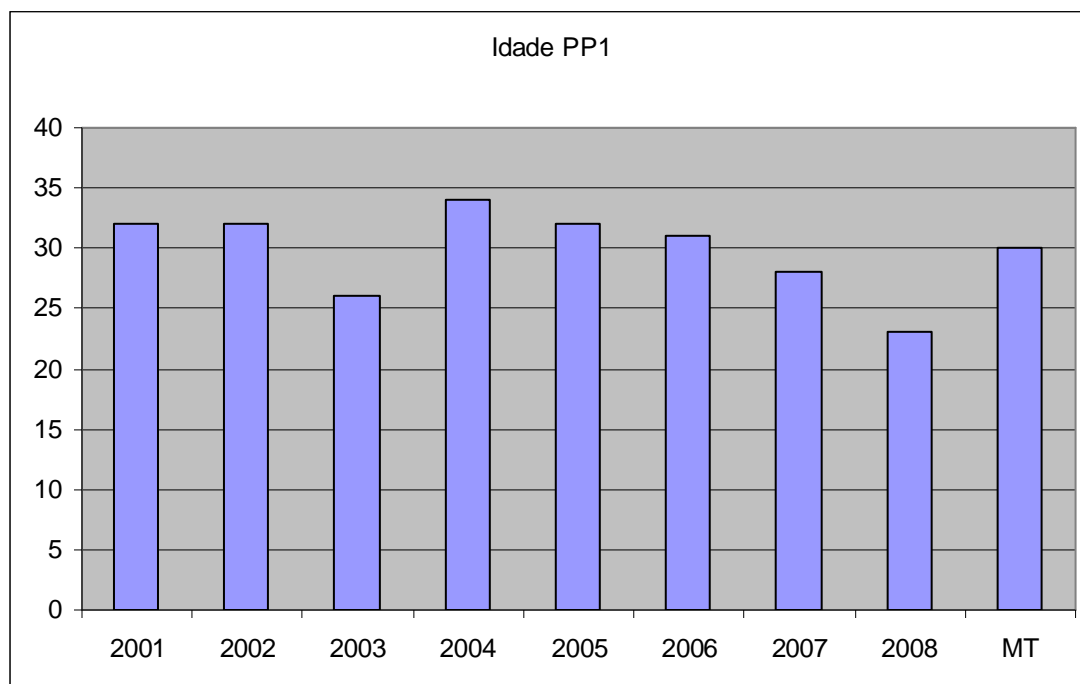
5.2.4.2.1.2. Idade PP1

Já a idade do PP1 sobe ligeiramente em relação à idade média da mãe (Quadro 15/ Gráfico 23). A média de idade do pretense pai 1 é de 30 anos, sendo em 2004 a média de idade do PP1 de 34 anos e em 2008 tendo a média de idade mais baixa – apenas 23 anos.

Quadro 15: Idade do PP1 – Média

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	MT
Idade PP1	32	32	26	34	32	31	28	23	30

Gráfico 23: Idade do PP1 – Média



5.2.4.2.1.3. Idade PP2

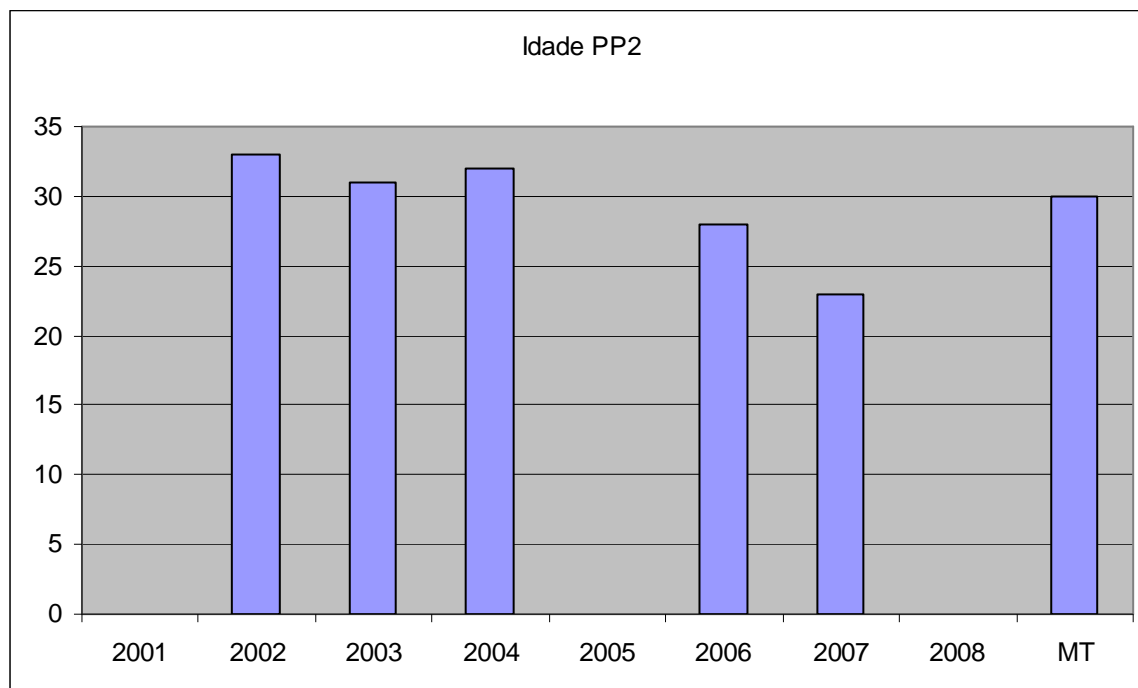
Relativamente ao PP2, os dados são escassos. Ora porque no processo nem chega a existir um PP2, ora porque quando existindo PP2, nem sempre se faz referência à sua idade.

Assim, tomando apenas os casos em que é revelada a idade do PP2, e como se pode verificar pela leitura do Quadro 16 e pela leitura do Gráfico 24 a média de idade deste actor é de 30 anos, tal como relativamente ao PP1.

Quadro 16: Idade PP2 – Média

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	MT
Idade PP2	n.a.	33	31	32	n.a.	28	23	n.a.	30

Gráfico 24: Idade PP2 – Média



Em suma, olhando para a média de idade dos progenitores, a mãe é ligeiramente mais nova do que o PP, no entanto, não é detectável uma diferença de idade significativa entre ambos, ou uma mãe muito jovem que a levasse a não assumir o pai do seu filho ou, pelo contrário, um pai que fugisse às suas responsabilidades por ter engravidado uma mãe muito jovem ou por ser, ele próprio, muito jovem.

5.2.4.2.2. Estado Civil

Outra variável associada à caracterização dos progenitores utilizada tem a ver com o seu estado civil.

Segundo os dados da PGR 82% das crianças envolvidas em processos de AOP foram concebidas fora do matrimónio em 2001 e 79% em 2002. Assim, tornava-se importante perceber se o estado civil dos progenitores influenciava directamente o processo de AOP.

Com esta variável pretendeu-se perceber se, havendo mais mães solteiras indiciava maior número de AOPs ou se, pelo contrário, era nas mães casadas onde as AOPs estão mais presentes.

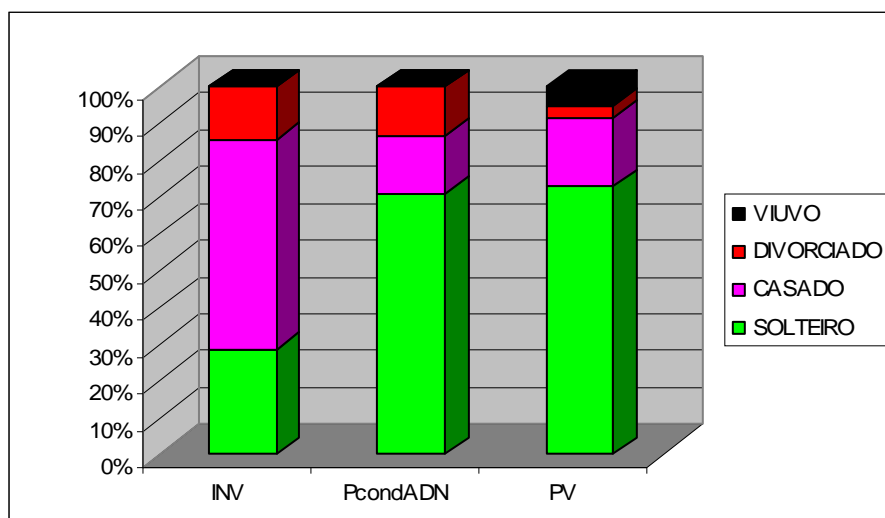
5.2.4.2.2.1. Estado civil da Mãe

Dos processos analisados verifica-se que a grande maioria das mães envolvidas em processos de AOP são solteiras (73%), 15% são casadas, 10% são divorciadas e 2% viúvas.

O facto de haver uma percentagem muito elevada de mães solteiras pode estar associada ao facto de muitas mulheres engravidarem de relações pouco estáveis mas, certamente, muitas delas estarão também associadas ao facto de haver neste grupo de processos analisados muitos casais que, embora vivendo maritalmente, não estão casados, como serão exemplo aos uniões de facto e que veremos mais à frente.

Tendo em conta a conclusão do processo (Gráfico 25) percebe-se que a mãe é mais vezes solteira em todas as situações, não parecendo que o seu estado civil tenha qualquer interferência na perfilhação pelo PP. No entanto, o facto de ser solteira pode justificar a instauração do processo e também a “tentativa de fuga” do PP em assumir o menor.

Gráfico 25: Estado Civil da mãe/conclusão do processo



5.2.4.2.2.2. Estado Civil PP1

O PP1 também é maioritariamente solteiro (60%), sendo casado em 17% dos casos. Se atentarmos à percentagem de mães casadas e pais casados (Quadro 17/Gráfico 24) percebemos que o PP é mais vezes casado do que a mãe (15% contra

17%). Assim sendo, neste caso, pode acontecer que o facto de o PP ser casado (mais do que a mãe) levantar alguns problemas no seio doméstico para registar e perfilhar o menor.

Já relativamente ao número de divorciados o número é mais baixo para o PP1 (6,5%), enquanto que nas mães sobe para os 10%.

Curiosamente, relativamente ao estado de viuvez o número é igual quer para as mães, quer para os pretendidos pais (2,4%).

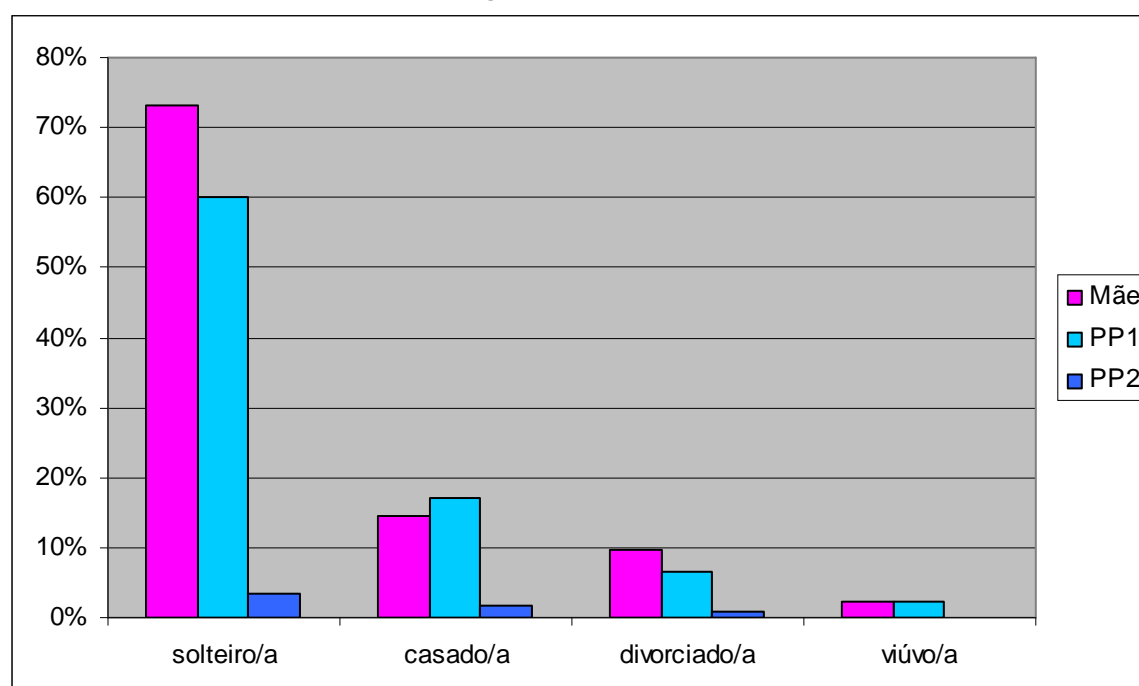
5.2.4.2.2.3. Estado Civil PP2

Por último e no que respeita ao PP2, embora em número relativo bastante inferior, a tendência mantém-se havendo mais PP2 solteiros (3,3%), uma percentagem mais pequena de PP2 casados (1,6%) e os divorciados não indo além de 1%.

Quadro 17: Estado civil dos progenitores

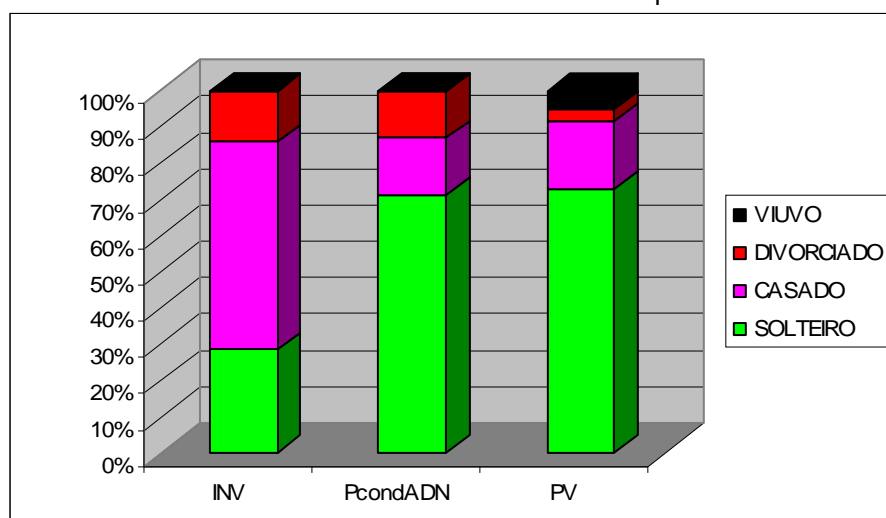
Estado Civil dos Progenitores			
	Mãe	PP1	PP2
Solteiro/a	73,2%	60,2%	3,3%
Casado/a	14,6%	17,1%	1,6%
Divorciado/a	9,8%	6,5%	0,8%
Viúvo/a	2,4%	2,4%	0%

Gráfico 26: Estado Civil dos Progenitores



Comparando com a conclusão do processo (Gráfico 27), também o PP é maioritariamente solteiro. As PV ocorrem mais em PP solteiros, no entanto, as inviabilidades são transversais ao estado civil do PP. Por último, e no que respeita às perfilhações condicionadas pelo ADN, estas são mais frequentes nos PPs solteiros e, em menor número nos PPs casados.

Gráfico 27: Estado Civil do PP/Conclusão do processo



5.2.4.2.3. Nacionalidade

Outra variável que se entendeu relevante neste estudo diz respeito à nacionalidade dos intervenientes principais nos processos de AOP.

Uma das hipóteses que se pode colocar é o número de inviabilidades ser maior ou menor em função do pai ou da mãe serem de origem estrangeira. Sobretudo, quando pensamos no PP, pode acontecer que sendo o PP de nacionalidade estrangeira, se torne mais difícil chegar ao seu paradeiro e, nesse sentido, tornava-se importante perceber de onde vêm estes pretendidos pais e estas mães para compreender se a sua origem condiciona directamente a conclusão dos processos.

Para além disso, e tendo em conta alguns indicadores nacionais (produzidos pelo Instituto Nacional de Estatística), sabe-se que houve um acréscimo significativo da população residente em Portugal, aumentando em quase cinco milhões de residentes entre 1992 e 2001 (passando de 9.859.600 para 10.335.559 habitantes).

A estes dados não é alheio o número de estrangeiros em Portugal que passou de 122.348 em 1992 para 226.715 – quase duplicando em menos de dez anos o número de estrangeiros a viver em Portugal.¹³¹

5.2.4.2.3.1. Nacionalidade da mãe

Embora numa percentagem elevada de casos não seja feita menção à nacionalidade das mães (50%), verifica-se que em 37% dos processos a mãe é de origem portuguesa, como o revela o quadro 18 e o Gráfico 28. O número de mães estrangeiras envolvidas em processos de AOP é de 12%.

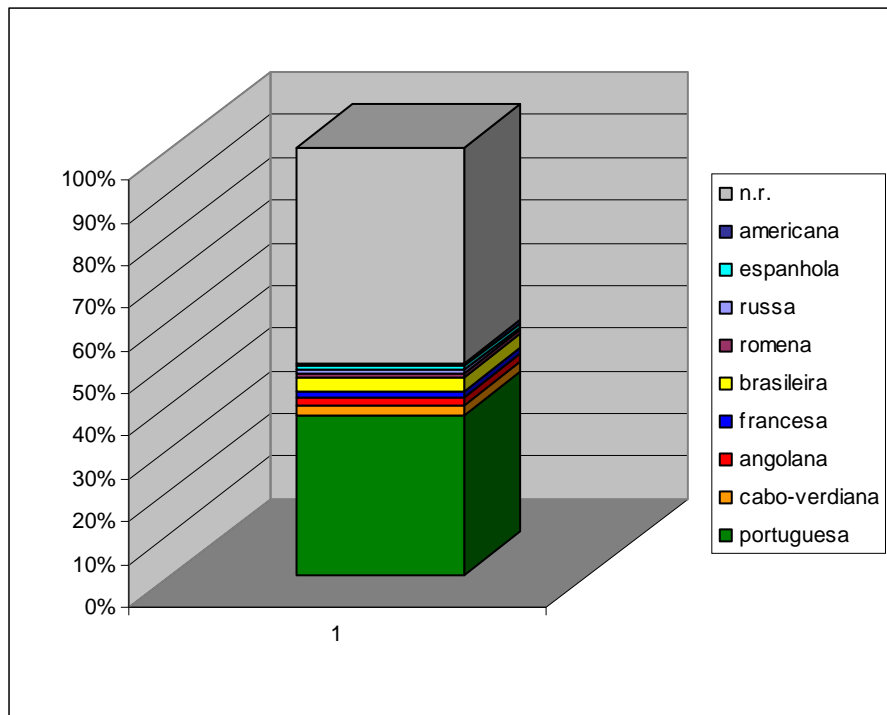
Dentro das que apresentam nacionalidade estrangeira, 2,4% são de origem cabo-verdiana, 1,6% são angolanas, 1,6% têm nacionalidade francesa, 3,25% são brasileiras e ainda se encontram 0,8% de mães de nacionalidade romena, 0,8% de nacionalidade russa, 0,8% espanhola e 0,8% de nacionalidade americana.

Quadro 18: Nacionalidade da mãe

	Nacionalidade Mãe
Portuguesa	46
Cabo-verdiana	3
Angolana	2
Francesa	2
Brasileira	4
Romena	1
Russa	1
Espanhola	1
Americana	1
n.r.	62

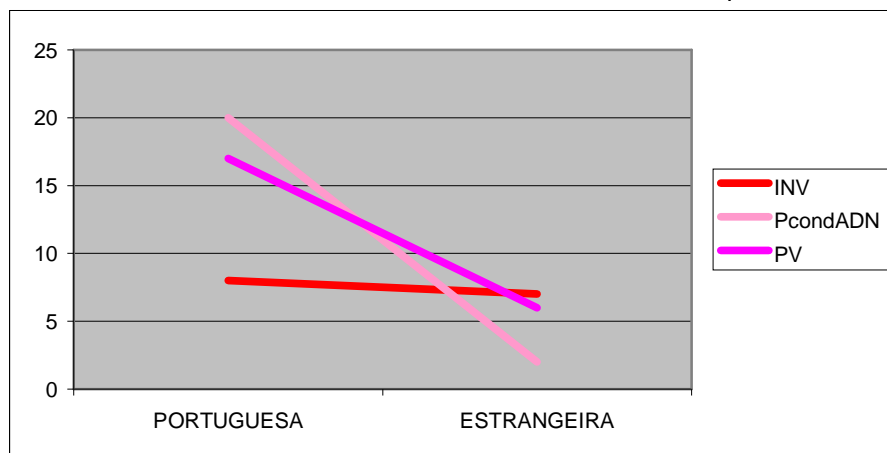
¹³¹ Quanto às suas origens constata-se, segundo os dados do INE, uma grande incidência de imigrantes vindos das ex-colónias, tendência essa já frequente desde o 25 de Abril de 1974. Porém, verifica-se um claro incremento de imigrantes vindos da Europa, sobretudo do leste, fruto da situação económico-política vivida nos seus países. Entre 1992 e 2001 o número de africanos legalizados duplicou, passando de 52.148 em 1992 para 106.878 em 2001; da América Central e do Sul, sobretudo Brasil, o aumento também é significativo, passando de 20.310 em 1991 para 28.985 e, 2001; os asiáticos começam também a surgir no nosso país, começando já a delinear-se uma tendência crescente deste povo no nosso país (passando de 4.805 asiáticos em Portugal em 1992 para 9.623 asiáticos legalizados em 2001); mas são, definitivamente, os estrangeiros vindos da Europa que merecem destaque na última década do século XX, passando de 34.732 cidadãos europeus legalizados em Portugal para 66.973 no ano de 2001. A estes dados poder-se-iam somar as cifras negras.

Gráfico 28: Nacionalidade da mãe



Atendendo à forma como termina o processo e a nacionalidade da mãe (Gráfico 29) verifica-se que as inviabilidades são transversais à nacionalidade da mãe havendo mais perfilhações condicionadas pelo ADN em mães de nacionalidade portuguesa do que de nacionalidade estrangeira. Quanto às perfilhações voluntárias, o valor também é superior entre as mães portuguesas. O que significa que é com as mães estrangeiras que parece haver mais inviabilidades.

Gráfico 29: Nacionalidade da mãe/conclusão do processo



5.2.4.2.3.2. Nacionalidade PP1

Relativamente ao PP1 a diversidade é menor, como se verifica pela análise do quadro 19 e do gráfico 30. Tal como na análise da nacionalidade da mãe, também no PP se verifica um número muito elevado de casos em que “não se sabe” ou “não se aplica” a nacionalidade do PP (48%) mas, nos casos em que é referida a nacionalidade do PP1 ele é maioritariamente de origem nacional (47%). Apenas em 2,4% dos processos o PP surge como tendo nacionalidade estrangeira, o que mostra que, ao contrário do que se passa com a mãe, há menos PPs com nacionalidade estrangeira e também menos diversificada do que no caso das mães.

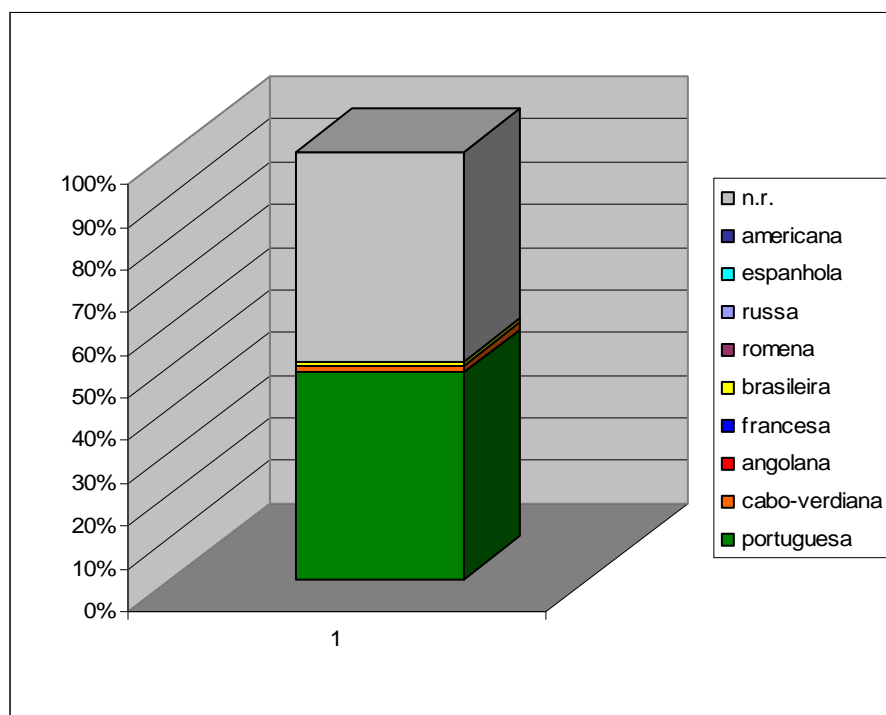
Assim, se dentro das cidadãs estrangeiras envolvidas em processos de AOP se contam cidadãs angolanas, cabo-verdianas, francesas, espanholas, russas, americanas, brasileiras e romenas, quanto ao PP1 verifica-se apenas a presença de cidadãos brasileiros ou cabo-verdianos.

Se seria espectável que uma das razões explicativas das inviabilidades fosse o facto do PP se encontrar ausente, ser de nacionalidade estrangeira e, por isso, ser difícil localizar o seu paradeiro parece, numa primeira análise, que tal não acontece dado o número significativo de PPs de nacionalidade portuguesa (47%), contra o escasso número de cidadãos estrangeiros (2,4%) envolvidos neste tipo de processo judicial.

Quadro 19: Nacionalidade PP1

	Nacionalidade PP1
Portuguesa	58
Cabo-verdiana	2
Angolana	0
Francesa	0
Brasileira	1
Romena	0
Russa	0
Espanhola	0
Americana	0
n.r.	62

Gráfico 30: Nacionalidade PP1

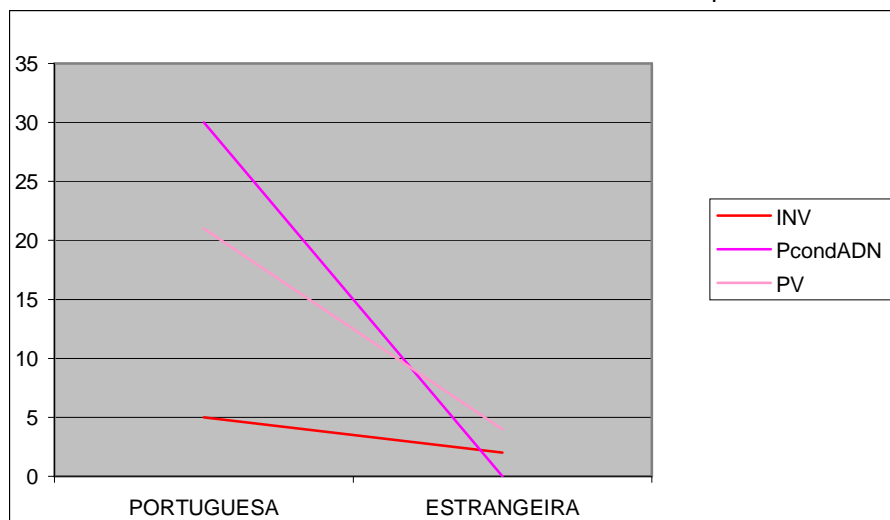


5.2.4.2.3.3. Nacionalidade PP2

O PP2 é 100% de nacionalidade portuguesa, não havendo nenhum processo onde surja o PP2 como cidadão estrangeiro, no entanto, há que ter em linha de conta que, por um lado, nem sempre se sabe quem é o PP2, e, nesse sentido, também não é possível aceder a informação sobre a sua nacionalidade e, por outro lado, são poucas as situações estudadas em que há referência a este elemento.

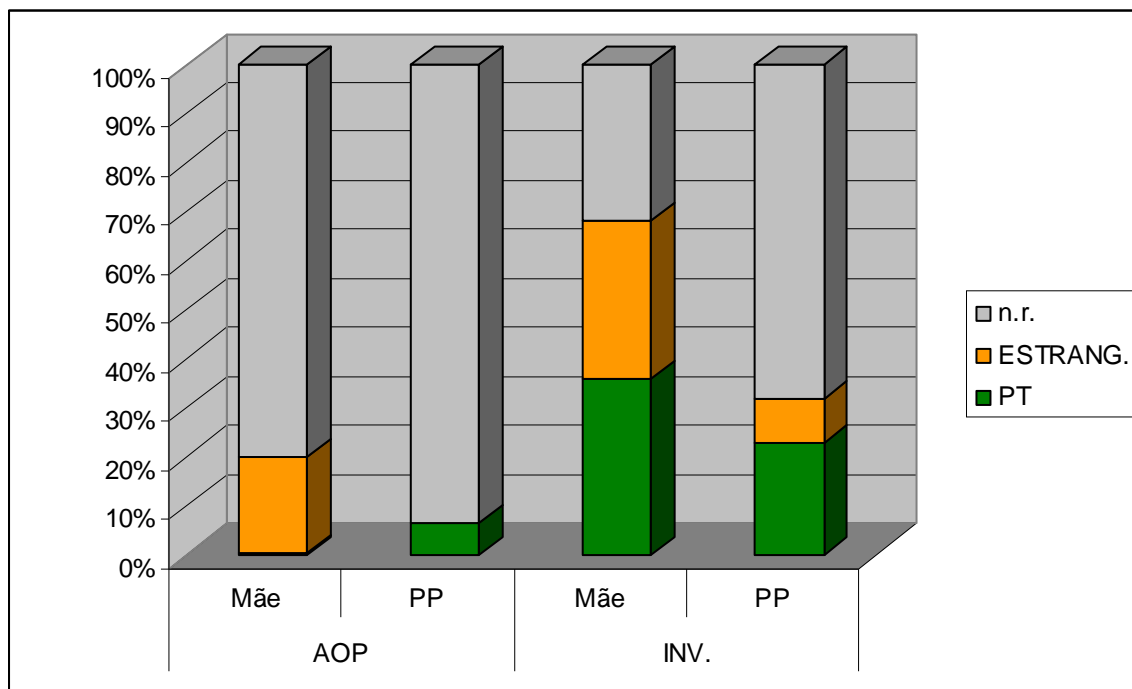
Cruzando a nacionalidade do PP com a forma como termina o processos (Gráfico 31) é-nos permitido verificar que há mais perfilhações condicionadas pelo ADN em PPs de nacionalidade portuguesa do que de nacionalidade estrangeira e também mais PV de PPs portugueses do que de PPs estrangeiros. Apenas relativamente às inviabilidades é que a linha se torna mais homogênea concluindo-se que nas situações em que o PP é estrangeiro as inviabilidades são superiores.

Gráfico 31: Nacionalidade do PP2/conclusão do processo



Nos processos terminados por inviabilidade é mais significativo o número de progenitores de nacionalidade estrangeira, quer falemos da mãe, quer falemos do PP, o que pode ser melhor visualizado no gráfico 32 que a seguir se apresenta.

Gráfico 32 – Nacionalidade dos progenitores – comparação entre as AOP e os casos inviáveis



5.2.4.2.4. Freguesia

Olhar apenas para a nacionalidade, porém, não parecer ser suficiente. O facto de ser cidadão português ou estrangeiro, por si só, não explica tudo. Quer o pai, quer a mãe podem ser de origem nacional, mas estarem ausentes no estrangeiro e, uma tal situação, poderia ajudar a explicar os insucessos.

Nesse sentido, determinou-se que a freguesia a tomar em consideração neste ponto, seria a declarada pela mãe no registo de nascimento da criança, correspondendo esta freguesia, à da morada na altura do registo e, relativamente ao pai, sempre que este foi identificado, considerou-se a morada a que o Ministério Público chegou para efeitos de notificação.

Dentro da freguesia, interessava perceber se a mãe ou o PP pertenciam à freguesia do tribunal que detém o processo – o Tribunal do Senhor da Pedra – ou se a freguesia dos progenitores, não sendo na freguesia do tribunal, se encontrava dentro do mesmo distrito judicial, noutra distrito judicial ou até se pertencia a um local fora de Portugal.

A hipótese que se colocava era saber se os casos em que os progenitores vivem na freguesia onde decorre o processo permite uma mais fácil identificação e resolução do caso.

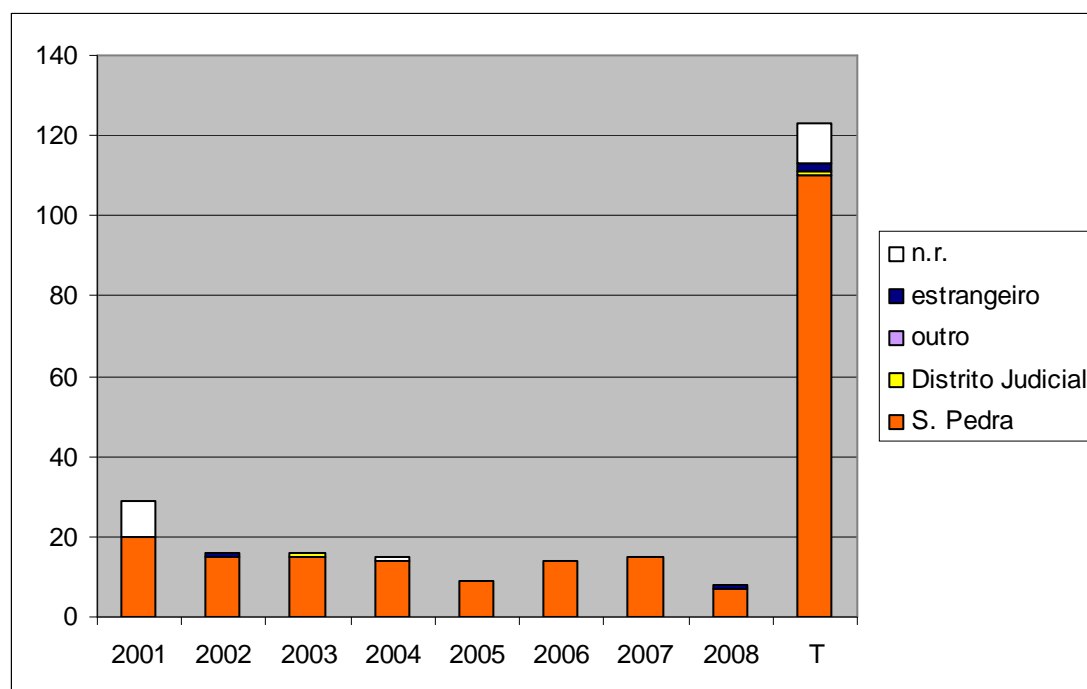
5.2.4.2.4.1. Freguesia da Mãe

Da leitura do quadro 20 e do gráfico 33 concluiu-se que no caso das mães, 89% delas residem na freguesia do tribunal que abriu o processo, 0,8% pertencem a uma freguesia dentro do distrito judicial, mas que se encontra fora do âmbito de jurisdição deste tribunal e 1,6% das mães residem no estrangeiro. Em 8% dos processos “não refere” a freguesia da mãe.

Quadro 20: Freguesia da Mãe

	Sr. Da Pedra	Distrito Judicial	Outro	Estrangeiro	n.r.
T	110	1	0	2	10

Gráfico 33: Freguesia da Mãe

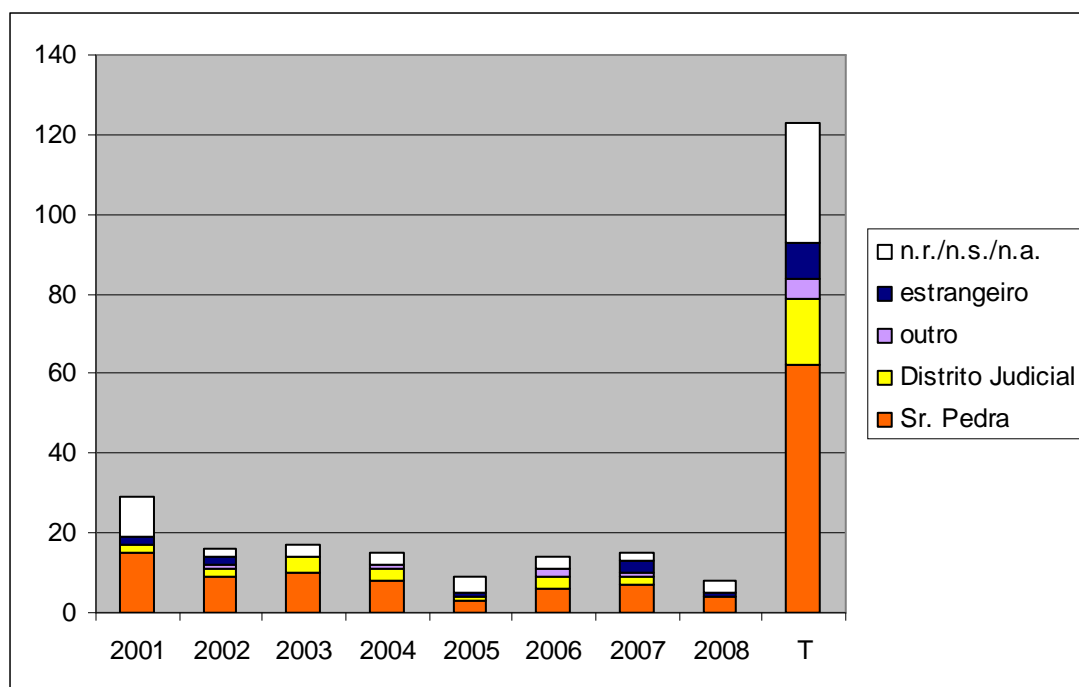


5.2.4.2.4.2. Freguesia do PP1

Relativamente ao Pretenso Pai (PP) encontramos um quadro ligeiramente distinto: ainda que em larga maioria o PP pertença a uma freguesia dentro da área de jurisdição do Tribunal do Senhor da Pedra (50%), também é possível encontrar 14% de PP1 que residem dentro do mesmo distrito (mas fora da área de competência deste tribunal) 4% que se encontram a residir noutro distrito do País e 7% que se encontram ausentes no estrangeiro, como pode ser verificado no gráfico 34.

Agrupando categorias podemos verificar que se metade dos PP1 se encontram a residir dentro da área de jurisdição deste tribunal, em ¼ dos processos o PP1 encontra-se noutro distrito, o que pode tornar mais difícil chegar ao paradeiro do pai ou, pelo menos, tornar o processo mais moroso, ou, ainda, exigindo um número maior de diligências.

Gráfico 34: Freguesia do PP1



5.2.4.2.4.3. Freguesia do PP2

No que respeita ao PP2 também se verifica uma certa diversidade de locais onde este é dado como residente, como conta do quadro 21. Em 2,4% dos processos surge como residindo na área de jurisdição do tribunal competente e em 4% dos processos surge fora da área de jurisdição deste tribunal; em 1,6% dentro do distrito; igualmente em 1,6% dos processos noutra distrito e em 0,8% dos casos no estrangeiro.

Quadro 21: Freguesia do PP2

	Sr. Da Pedra	Distrito Judicial	Outro	Estrangeiro	n.r.
T	3	2	2	1	115

5.2.4.2.5. Residência

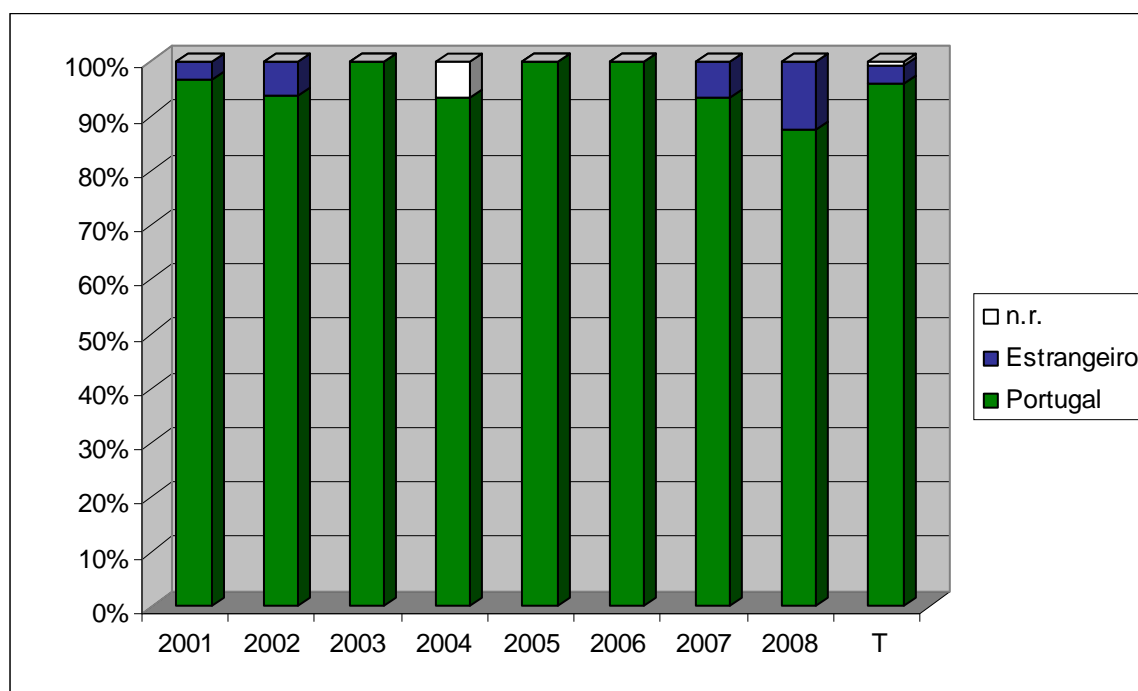
Outro olhar diz respeito já não à freguesia declarada, mas se a mãe ou o PP ou PPs se encontram a residir dentro ou fora de Portugal.

Nesta visão dicotómica, podemos perceber pela análise do quadro 22/gráfico 35 que em 96% dos casos a mãe vive em território nacional, apenas contra 3% de mães que se encontram a residir no estrangeiro.

Quadro 22: Residência da Mãe

Residência Mãe			
	Portugal	Estrangeiro	n.r.
2001	28	1	0
2002	15	1	0
2003	17	0	0
2004	14	0	1
2005	9	0	0
2006	14	0	0
2007	14	1	0
2008	7	1	0
T	118	4	1

Gráfico 35: Residência da Mãe

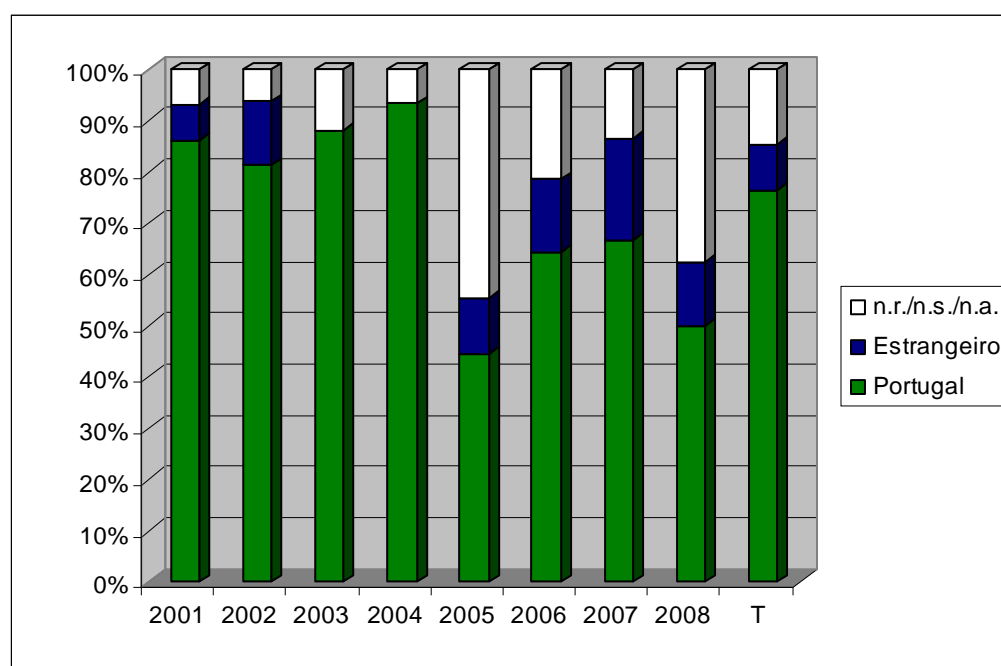


Já no que respeita ao PP1, por exemplo, apenas 76,4% residem no território português, contra 9% residentes além fronteiras, como mostra o quadro 23/gráfico 36.

Quadro 23: Residência do PP1

Residência PP1			
	Portugal	Estrangeiro	n.r.
2001	25	2	2
2002	13	2	1
2003	15	0	2
2004	14	0	1
2005	4	1	4
2006	9	2	3
2007	10	3	2
2008	4	1	3
T	94	11	18

Gráfico 36: Residência do PP1

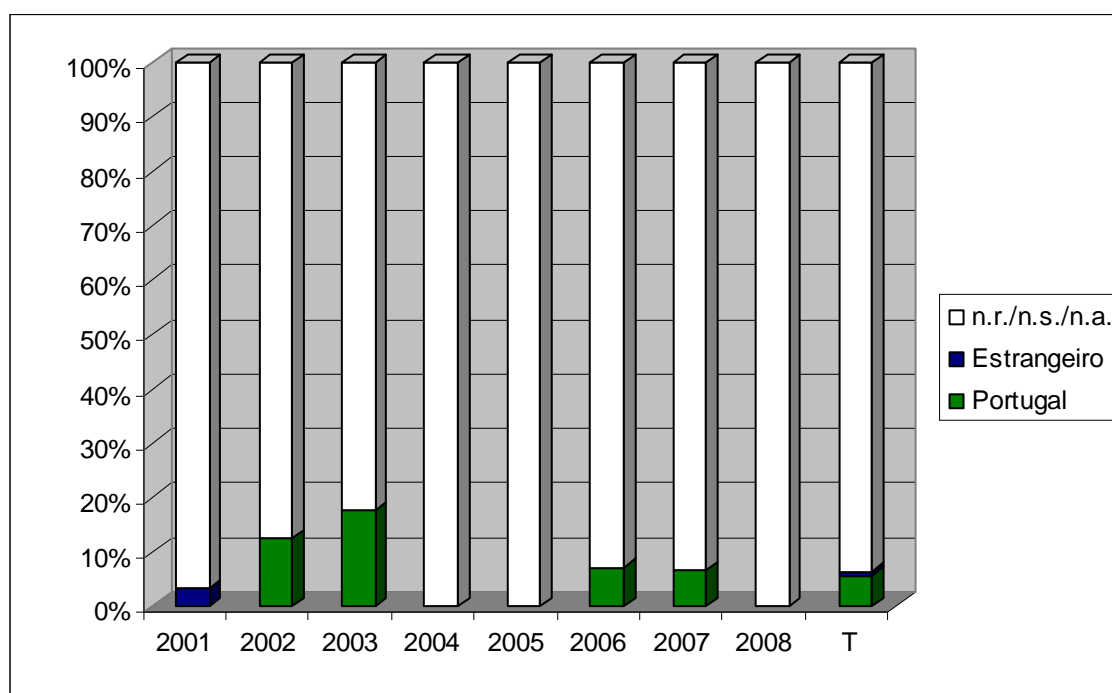


Relativamente ao PP2, pela análise do quadro 24/gráfico 37, para além do elevado número que respeita ao grupo “não se aplica”, “não refere” ou “não se sabe”, nos restantes em 6% dos casos os PP2 residem no país, e em 0,8% residem no estrangeiro.

Quadro 24: Residência PP2

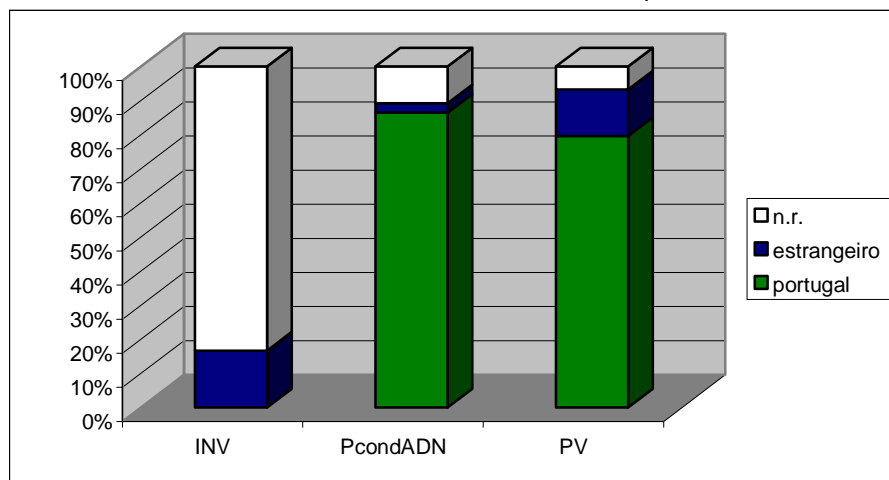
Residência PP2			
	Portugal	Estrangeiro	n.r.
2001	0	1	28
2002	2	0	14
2003	3	0	14
2004	0	0	15
2005	0	0	9
2006	1	0	13
2007	1	0	14
2008	0	0	8
T	7	1	115

Gráfico 37: Residência PP2



Cruzando a residência dos progenitores com a conclusão do processo, como evidenciado no gráfico 38, verifica-se que é no PP que reside no estrangeiro onde as inviabilidades surgem mais. No entanto, existem casos de PP com residência no estrangeiro e que perfilham voluntariamente os menores não parecendo que, só por si, possa justificar a não perfilhação.

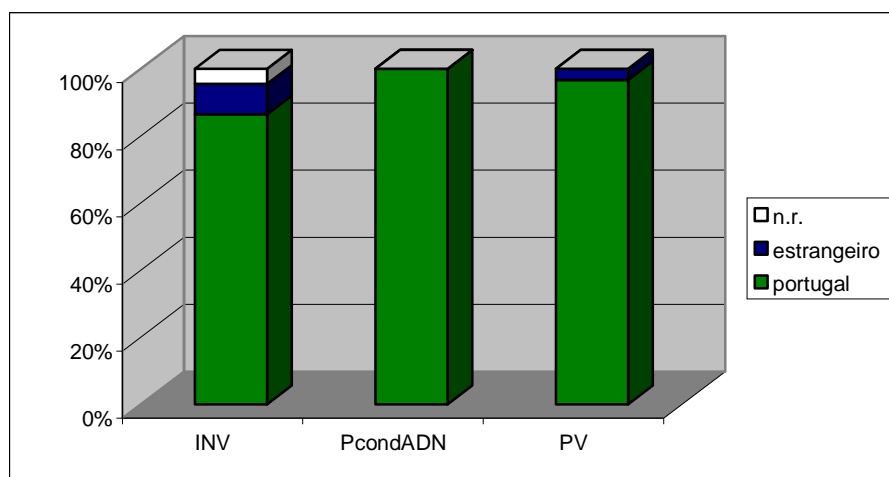
Gráfico 38: Residência do PP/conclusão do processo



Mas é também nas mães com residência no estrangeiro onde as inviabilidades surgem mais (Gráfico 39). Cerca de 50% das mães com residência no estrangeiro vêem os processos de AOP concluírem por inviabilidade.

Estes dados permitem-nos aceitar como verdadeira a hipótese de que o facto de os progenitores se encontrarem ausentes (do país ou da freguesia) condiciona o apuramento da verdade.

Gráfico 39: Residência da Mãe/Conclusão do Processo



Como referido anteriormente, o facto de um dos progenitores residir fora do país, poderia limitar a busca da verdade. De facto, pode constatar-se que nos processos

que terminam por “inviabilidade” existem mais progenitores a residir no estrangeiro do que nos restantes casos.

5.2.4.2.6. Profissão

Como demonstrou Helena Machado no seu estudo, por diversas vezes mencionado em capítulo anteriores, a profissão da mãe poderia estar associada, directa ou indirectamente, aos processos de AOP não só por levar a mais processos desta natureza, como pela conclusão do processo em função da profissão declarada pela mãe.

5.2.4.2.6.1. Profissão da Mãe

Não é ainda chegada a altura de perceber se existe ou não relação entre a profissão da mãe e a conclusão do processo, no entanto, pode desde já avançar-se que, em termos de profissão declarada, apenas em 0,8% dos casos estudados a mãe assume ser empregada de bar de alterne. Em todos os outros casos, a profissão da mãe, embora maioritariamente, profissões de pouca especialização, a prostituição não surge como profissão declarada (embora tenham surgido casos, como veremos mais adiante, quando analisarmos o tipo de relação mantida com o progenitor).

Como se verifica pela análise do quadro 25 as profissões declaradas pela mãe são maioritariamente ligadas às lides domésticas e de limpeza. As mães que declaram ser domésticas representam neste universo 15%, a par das que declaram estar desempregadas. Surgem, de seguida, as empregadas de limpeza e as estudantes representando, respectivamente, 4% das profissões declaradas pelas mães em processo de AOP.

Dentro das profissões mais qualificadas, 0,8% são instrutoras de condução; 0,8% formadoras; 1,6% professoras do ensino secundário e 0,8% médicas.

O número significativo de casos em que não é referida a profissão da mãe (41%) poderá indiciar, ao contrário do estudo de Helena Machado, que a profissão da mãe pode não ser relevante para a prossecução do caso. Mas a análise dos dados da profissão da mãe também permite verificar que, ao contrário da ideia manifestada por vários autores que a mãe em processo de AOP é social e economicamente

desprotegida, também permite verificar que estamos na presença de mães de capital cultural e económico elevado. O que deixa antever que, ao contrário de outrora, estaremos na presença de AOPs que começam a ser transversais aos grupos sociais.

Quadro 25: Profissão da mãe

	Profissão Mãe
Doméstica	18
Empregada Limpeza	5
Empregada Balcão	2
Empregada Bar	2
Empregada Copa	1
Empregada Refeitório	2
Empregada Bar alterne	1
Cozinheira	1
Operadora de Caixa	1
Repositora	1
Caixeira Adjunta	1
Operadora Supermercado	1
Operadora Telemarketing	1
Empregada Fabril	2
Carpinteira	1
Cabeleireira	1
Costureira	1
Vendedora	1
Telefonista	1
Ajudante Lar	1
Instrutora Condução	1
Formadora	1
Estudante	5
Professora	2
Médica	1
Desempregada	18
n.r.	50

5.2.4.2.6.2. Profissão do PP

Se relativamente à progenitora se revela um número significativo de mães que se declaram domésticas, já relativamente ao PP1 a profissão mais vezes declarada diz respeito a actividade relacionada com a construção civil, representando 21% das

Quadro 26: Profissão PP1

	Profissão PP1
Construção Civil	26
Esticador	1
Pintor	1
Operador Máquinas	1
Pintor Auto	1
Empregado Limpeza	1
Supervisor Limpezas	1
Empregado Mesa	4
Barman	1
Militar	1
Guarda Prisional	1
Mecânico	2
Panificador	2
Electricista	2
Motorista	2
Jardineiro	2
Cantoneiro	1
Metalúrgico	1
Coveiro	1
Vigilante	1
Auxiliar de Acção Médica	1
Estudante	3
Vendedor	1
Vendedor Ambulante	1
Técnico Comercial	1
Técnico Informática	1
Gerente Industrial	1
Gerente	1
Jogador Futebol	1
Engenheiro Informático	1
Funcionário Público	1
Detido	1
Reformado	1
Desempregado	8
n.r./n.s./n.a.	47

profissões declaradas pelos PP1, como se verifica pela análise do quadro 26. O número de desempregados é, tal como para as mães, de valor considerável atingindo os 6,5% e os PP1 que se declaram estudantes é de 2,4%¹³².

Por último, caberá ainda realçar que, tal como para as mães, as profissões mais qualificadas, não escapam a este tipo de processos e, nesse sentido, embora seja dentro das profissões menos qualificadas onde surge este tipo de processos, o capital cultural nem sempre evita que estes casos surjam. Note-se, a este propósito a presença dos engenheiros informáticos (0,8%), ou os gerentes (1,6%). E, uma vez mais, note-se o elevado número de processos em que nada é dito sobre a profissão do PP1 (38%).

5.2.4.2.7. Rendimentos

O nível de rendimentos auferidos pelos progenitores poderia ajudar a perceber se os intervenientes neste tipo de processo com mais capital cultural e, portanto, em princípio, com profissões mais qualificadas e melhor remuneradas poderia influir, de alguma forma, neste tipo de processos. Segundo o estudo de Machado, as AOP ocorrem, sobretudo, em mães de fracos recursos económicos e de baixo capital cultural (Machado 2002; 2008)¹³³. No mesmo sentido, encontrámos, ao longo deste estudo vários autores (Eaton, 1986; Monson, 1997; Kaebnick and Murray, 2005, Parness, 2007) que analisam a intervenção do Estado como uma forma de ajudar mães carenciadas e, onde a ausência do elemento masculino as coloca em situação de risco potencial e passíveis de comportamentos desviantes. Porém, a escassez de informação dada a este respeito nos processos não nos permite verificar essa hipótese.

O número de processos em que essa informação é omitida é significativo, quer no caso da mãe, quer no caso do PP. No entanto, dos casos em que é referido o rendimento da mãe, por exemplo, sabemos que os seus rendimentos médios se

¹³² De notar, a título de curiosidade, a expressão dos vendedores ambulantes (2,4%) e o jogador de futebol (0,8%).

¹³³ Não só Helena Machado o confirmou na população estudada, havendo uma presença diminuta de profissões altamente qualificadas, como também sugere que a própria jurisprudência "(...) frequentemente aponta as condições de pobreza dos participantes, especialmente a mãe da criança, com vista a reforçar o papel protector do Estado que, ao identificar o pai tenta assegurar o sustento económico da criança" (Machado, 2008: 228)

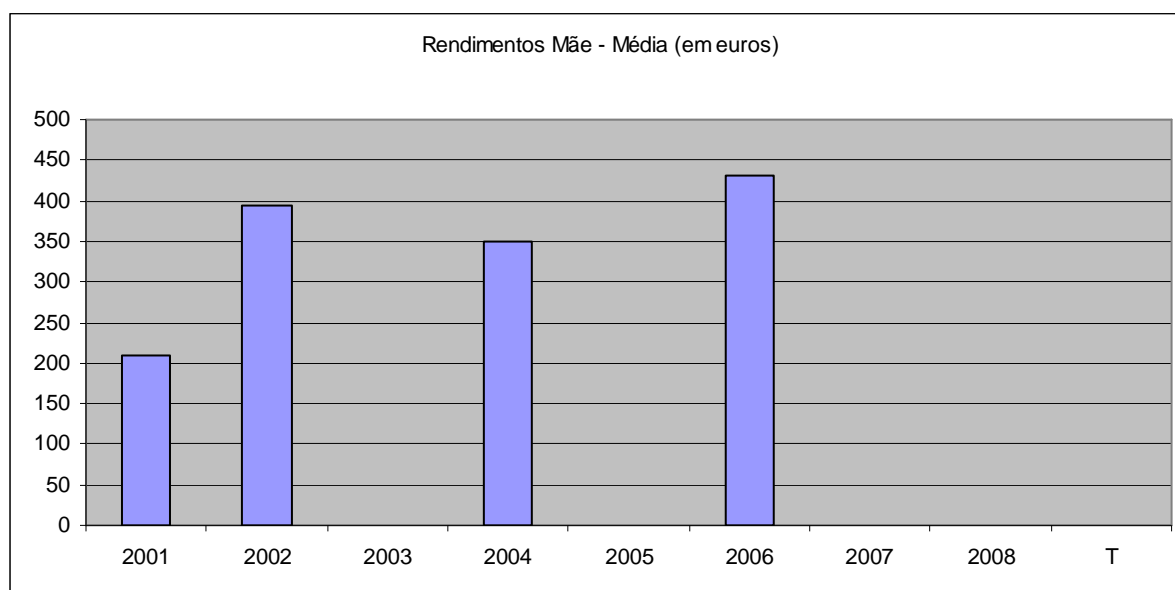
encontram nos 371 euros mensais (Quadro 27/Gráfico 40), enquanto os rendimentos médios do PP1 se encontram ligeiramente abaixo (340 euros mensais) (Quadro 28/Gráfico 41) e, no caso do PP2, nos 400 euros mensais.

Embora pouco informativo sabemos que o PP1 é o que declara menores rendimentos, o que pode ter a ver com o facto de temer ter que vir a participar com as despesas inerentes ao processo. Para além disso, o facto de em grande número de processos não ser perguntado o volume de rendimentos pode dever-se, por um lado, ao facto de raramente se cobrarem custas aos intervenientes (como veremos mais adiante) ou, pelo facto, de o capital económico dos intervenientes não ser relevante para o Ministério Público em termos de decisão final.

Quadro 27: Rendimentos da Mãe – Média

Rendimentos Mãe – Média (em euros)	
2001	210
2002	395
2003	n.r.
2004	350
2005	n.r.
2006	430
2007	n.r.
2008	n.r.
T	371

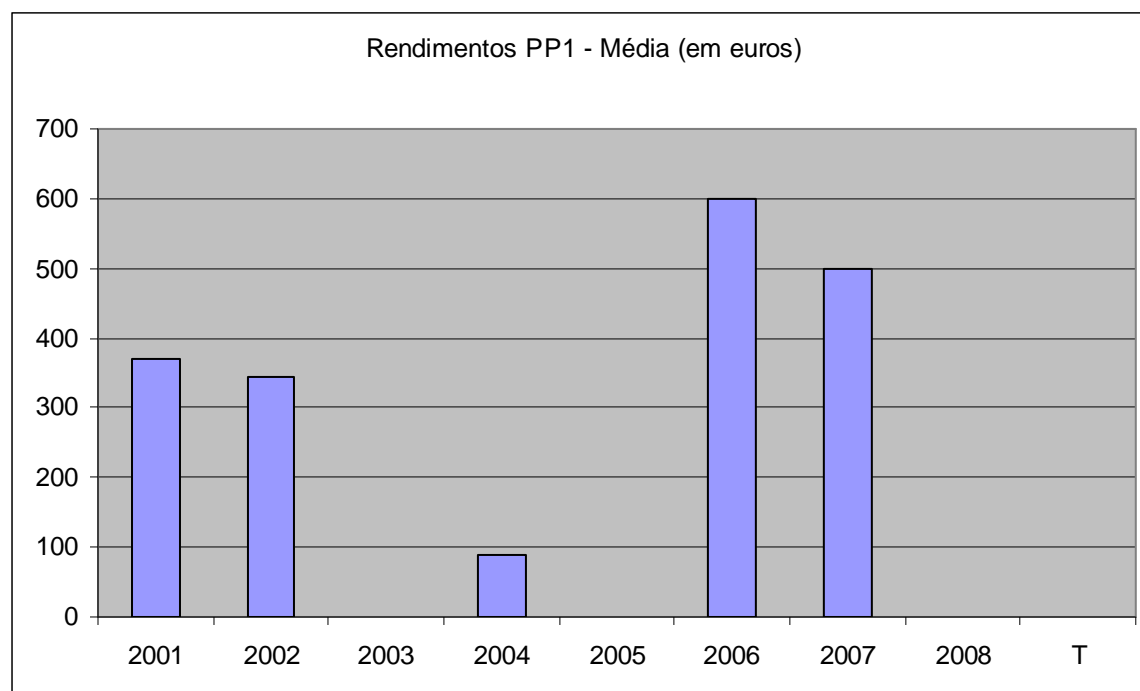
Gráfico 40: Rendimentos da Mãe – Média



Quadro 28: Rendimentos do PP1 – Média

Rendimentos PP1 – Média (em euros)	
2001	370
2002	343
2003	n.r.
2004	90
2005	n.r.
2006	600
2007	500
2008	n.r.
T	340

Gráfico 41: Rendimentos do PP1 – Média



De notar, ainda, que relativamente aos rendimentos declarados pela mãe, eles sofrem um aumento significativo de 2001 para 2002 (para o dobro), enquanto que no caso do PP1 este declara sensivelmente a mesma quantia em 2001 e 2002, subindo consideravelmente em 2006 e 2007.

5.2.4.2.8. Tipo de Relação

Para Machado “[n]ão obstante a crescente importância assumida pela “prova científica”, não desapareceu o impacto provocado pelos elementos de exclusividade das relações sexuais” (Machado, 2002: 341).

Uma vez mais, interessa aferir o comportamento sexual da mulher. Afigura-se testar se o comportamento da mãe continua a prevalecer ao critério científico, como mostrou Helena Machado (2002) e se há mulheres merecedoras de crédito por parte da instituição judicial e outras que, pelo seu comportamento, não serão tão merecedoras desse respeito e credibilidade.

Um pouco atrás, fez-se a caracterização do estado civil dos progenitores. O estado civil declarado pode ter alguma importância mas não é suficiente para se perceber o tipo de relação que se mantém com outra pessoa. Assim, e porque se tornava necessário perceber se, independentemente de os progenitores serem ou não casados, se mantinham uma relação conjugal ou, inversamente, sendo um dos membros casados, se poderia ter ocorrido um filho fora do casamento, tornou-se necessário perceber que tipo de relação o PP1 e o PP2 mantêm com a mãe do menor.

Naturalmente, esta informação não vem explícita no processo. Apenas surge, em termos formais, o estado civil dos intervenientes, no entanto, pelos autos de declarações quer das mães, quer dos pretensos pais, pode-se inferir o tipo de relação mantida.

Assim, decidi que o tipo de relação mantida entre a mãe e o PP (ou PPs) poderia ser uma relação de tipo *marital*, quando os intervenientes são, de facto casados um com o outro ou quando assumem que vivem como marido e mulher, coabitando no mesmo espaço – “em comunhão de cama e mesa”¹³⁴; uma relação *amorosa* ou de namoro quando os actores envolvidos assumem ter uma relação séria, mas não são casados nem coabitam; uma relação *esporádica* ou *pontual*, sempre que um dos intervenientes (ou ambos) assumem apenas terem-se relacionado por uma vez; relação de *incesto*, quando se assume que o menor nascido é fruto de uma relação

¹³⁴ É esta a expressão que, ainda hoje, se utiliza pelos actores do sistema judicial.

com um familiar (pai ou irmão)¹³⁵; relação *tecnológica* quando assumido que o menor foi concebido mediante uso de tecnologia de reprodução medicamente assistida e, finalmente, *outra*, que pode abarcar, simplesmente, uma transacção económica, envolvendo a compra e venda de sexo.

5.2.4.2.8.1. Da mãe com o PP1

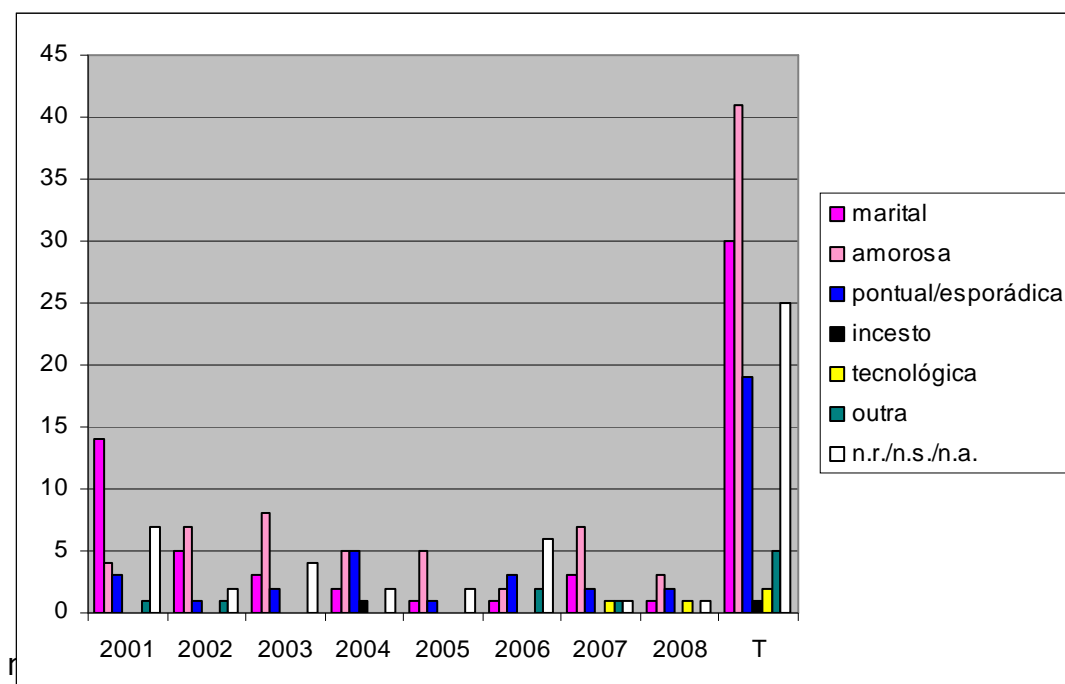
Da leitura do quadro 29 percebe-se, claramente, que a relação marital tem um forte peso no conjunto de todos os anos correspondendo a 24% das relações mantidas entre os progenitores. No entanto, se para o ano de 2001 este tipo de relação é muito forte, verifica-se que ao longo dos anos a relação marital vai perdendo força começando a surgir a relação amorosa com maior destaque, mas, simultaneamente, também outras formas de relação surgem. De realçar a presença quase constante das relações esporádicas e também o aparecimento a partir do ano de 2007 de casos que envolvem menores fruto de inseminação artificial.

Quadro 29: Tipo de relação da mãe com o PP1 – evolução (2001/2008)

Tipo de Relação com a mãe (PP1)									
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	T
Marital	14	5	3	2	1	1	3	1	30
Amorosa	4	7	8	5	5	2	7	3	41
Pontual	3	1	2	5	1	3	2	2	19
Incesto	0	0	0	1	0	0	0	0	1
Tecnológica	0	0	0	0	0	0	1	1	2
Outra	1	1	0	0	0	2	1	0	5
n.r./n.s./n.a.	7	2	4	2	2	6	1	1	25

¹³⁵ O incesto não é criminalmente punido em muitas sociedades, mas antes, moralmente condenado. No nosso código penal não existe qualquer referência ao incesto como crime. No entanto, a relação incestuosa pode estar (e muitas vezes está) relacionada com crime de abuso sexual, esse sim, criminalmente punido. No contexto aqui em análise, o incesto em termos jurídicos apenas se torna relevante pelo facto de em AOP não ser possível prosseguir a investigação de casos que resultem de relações incestuosas, mostrando, uma vez mais, que escondida por detrás desta proibição moral se encontra a ideia de protecção e dignidade da família e dos bons costumes, protecção da intimidade e protecção contra doenças genéticas hereditárias.

Gráfico 42: Tipo de relação da mãe com o PP1 – evolução (2001/2008)

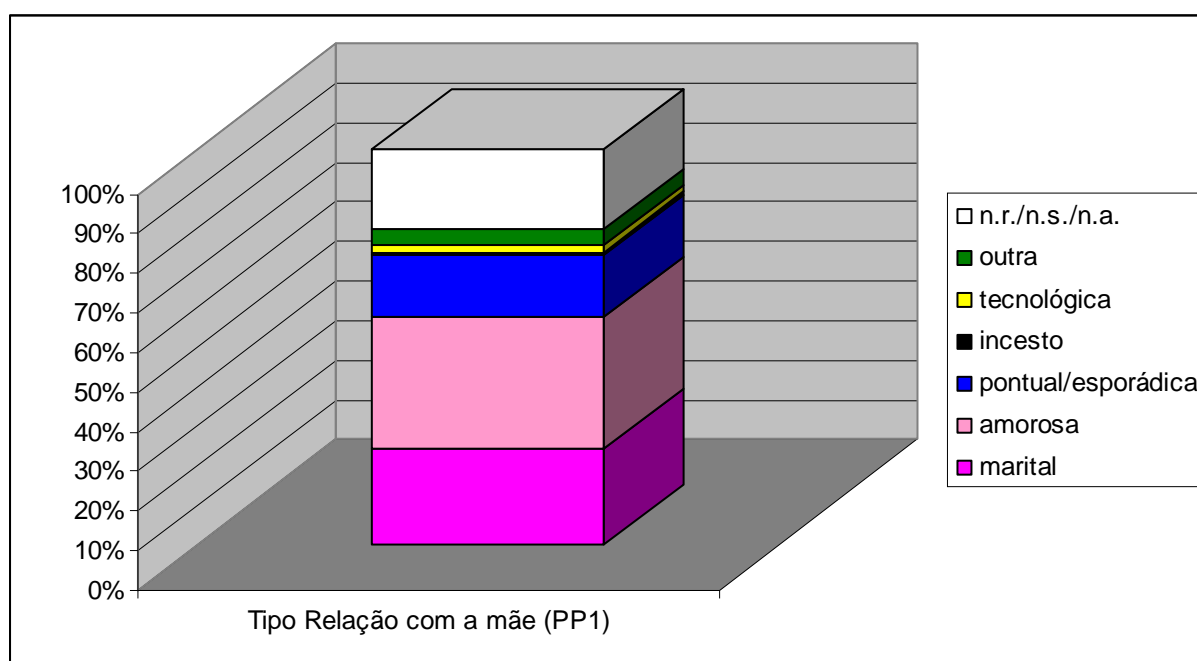


Em termos globais, pela leitura do quadro 30/Gráfico 43 pode dizer-se que 33% das mães mantêm uma relação amorosa com o PP1, ao passo que 24% têm com o PP1 uma relação marital (que, como vimos, pode ser uma relação marital, de papel assinado, ou não); em 15% dos processos existiu uma relação pontual entre a mãe e o PP do menor; 4% diz respeito a outras situações; 0,8% diz respeito a relações de incesto que, no estudo em concreto e em termos absolutos, respeita a uma relação sexual, supostamente, mantida entre irmãos; e finalmente, os casos em que a mãe declara ter sido submetida a inseminação artificial de dador anónimo, correspondendo a 1,6% dos processos. De referir ainda que em 20% dos processos não há menção a estes dados.

Quadro 30: Tipo de relação da mãe com o PP1

	T
Marital	30
Amorosa	41
Pontual	19
Incesto	1
Tecnológica	2
Outra	5
n.r./n.s./n.a.	25

Gráfico 43: Tipo de relação da mãe com o PP1



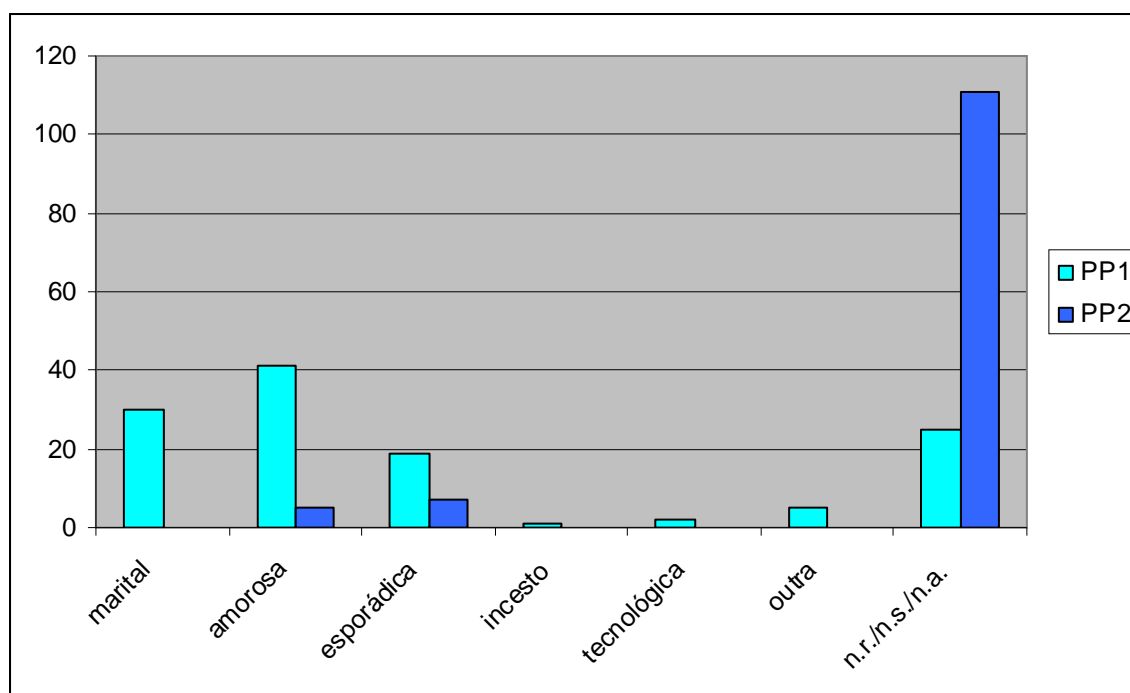
5.2.4.2.8.2. Da Mãe com o PP2

Se assim se passa relativamente ao tipo de relação mantida entre a mãe e o PP1, quando passamos para o tipo de relação mantida entre a mãe e o PP2 (nos casos em que este existe) deixamos de contar com a presença da relação marital, distribuindo-se os valores pela relação amorosa ou pela relação esporádica (Quadro 31/Gráfico 44). Em 4% dos casos existe uma relação amorosa entre o PP2 e a mãe do menor e em 6% dos casos trata-se já de uma relação esporádica ou pontual.

Quadro 31: Tipo de relação da mãe com o PP1 e com o PP2

	PP1	PP2
Marital	30	0
Amorosa	41	5
Pontual	19	7
Incesto	1	0
Tecnológica	2	0
Outra	5	0
n.r./n.s./n.a.	25	111

Gráfico 44: Tipo de relação da mãe com o PP1 e com o PP2



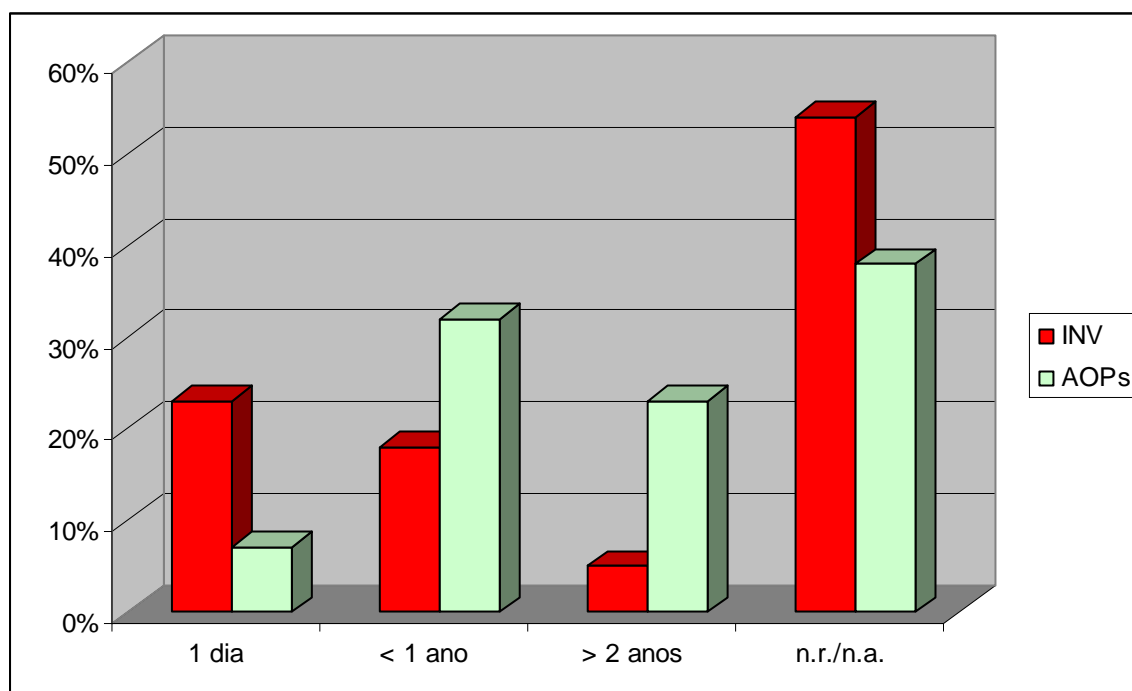
A relação amorosa ou a relação esporádica surge, quer na relação mantida entre a mãe e o PP1 ou entre a mãe o PP2, mas, relativamente à relação marital ela só surge associada ao PP1.

5.2.4.2.9. Tempo da Relação entre progenitores

No que se refere ao tempo da relação, pode verificar-se pela leitura do gráfico 45 que nos processos que terminam por inviabilidade não só as relações são menos duráveis como os parceiros mais distantes são mais significativos, existindo um número

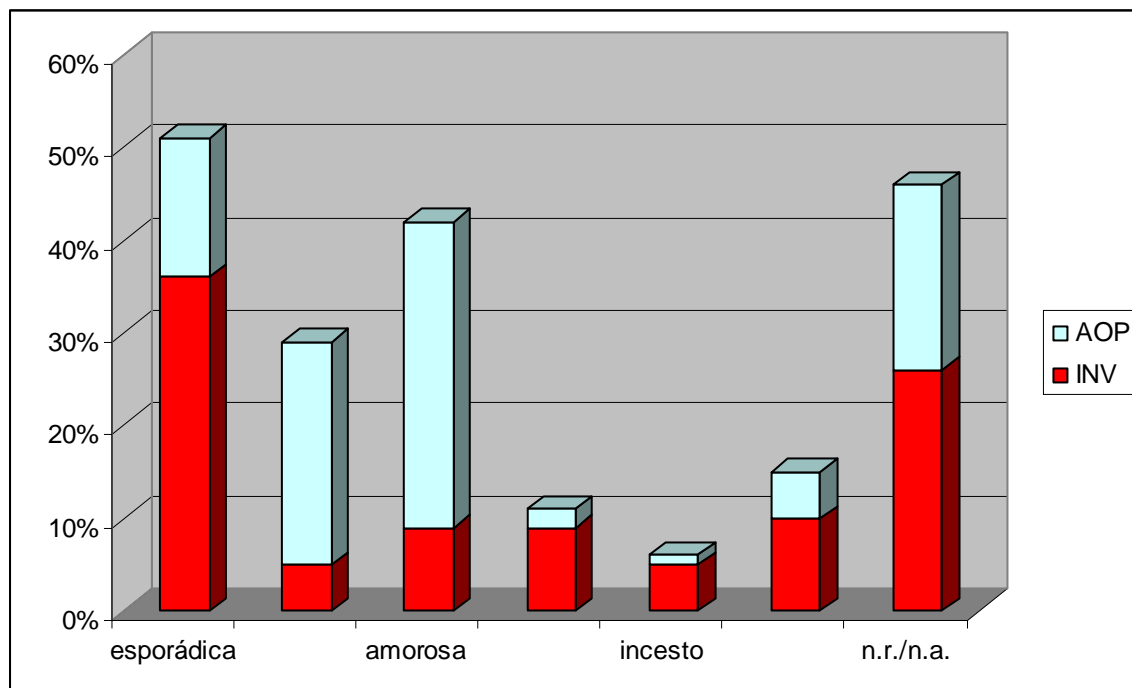
superior de relações esporádicas e de parceiros ocasionais relativamente ao apresentado para os restantes casos de AOP em análise.

Gráfico 45 – Tempo da Relação – Comparação entre as AOPs no seu conjunto e os casos inviáveis



Cruzando a informação respeitante ao tipo de relação com os processos que terminam por inviabilidade podemos perceber que há mais mães estrangeiras em processos de AOP que findam por inviabilidade da acção. É também nos processos declarados inviáveis onde aparece a maior percentagem de profissões mais especializadas: 9% professoras; 5% médicas. As relações pontuais/esporádicas têm um peso maior nas inviabilidades (36%). E é nos processos considerados inviáveis que nos surgem os casos de inseminação artificial, o de incesto e também de prostituição, o que pode deixar antever que o ADN é valorado de forma diferente consoante as situações e que o quadro normativo parece, em determinados casos, ser diferente do quadro das práticas.

Gráfico 46 – Tipo de Relação – comparação entre as AOPs e os casos inviáveis



É também nas inviabilidades que surgem as relações mais distantes (onde predominam os relacionamentos furtivos e esporádicos ou relações amorosas pouco consolidadas), mas também as de maior proximidade abrangendo, por isso, os extremos (os casos das relações com desconhecidos ou, inversamente, os casos com familiares), enquanto que nas AOPs os relacionamentos sérios e duradouros são mais notórios.

De igual forma e reiterando o que acaba de se constatar, o tempo da relação de uma noite (ou de um dia) é de 23% quando estamos na presença de processos que terminam por inviabilidade da acção, enquanto que no conjunto das AOPs é de apenas 7%. Nesse sentido, também se percebe que nas AOPs a mãe identifique menos vezes o PP ou que conte menos vezes a gravidez ao PP. As dúvidas são aqui também maiores do que em relação à AOPs em geral aparecendo os progenitores mais vezes separados em casos que terminam por inviabilidade do que nos restantes casos da amostra.

5.2.4.2.10. Tipo de ligação com a mãe

Embora não com muito relevo em termos gerais e apesar de cerca de 99% dos nascimentos em Portugal entre 1992 e 2001 não haver consaguineidade entre os progenitores, continuam a verificar-se, segundo os dados nacionais, laços familiares entre os progenitores, representando cerca de 1% do total de nascimentos¹³⁶.

É sabido que a lei não permite a AOP quando existem laços de sangue entre os progenitores e, conseqüentemente, tornava-se importante testar esta hipótese: nas situações em que existem laços de sangue entre os progenitores a acção é declarada inviável, não tendo o menor, nesta situação, o direito a ver reconhecida a sua paternidade.

Se analisarmos o tipo de ligação do PP com a mãe (Quadro 32/Gráfico 47) percebemos que vem ao encontro do ponto anterior. E, como tal categorizou-se de forma semelhante.

5.2.4.2.10.1. Tipo de ligação do PP1 com a mãe

Como referido, à semelhança do que se passa com o tipo de relação mantida com a mãe, da mesma forma que o PP maioritariamente mantém uma relação amorosa ou marital com a mãe do menor, também aqui podemos verificar que maioritariamente o PP1 é namorado da mãe (31%) ou seu companheiro (24%).

Isto significa que em 55% dos casos estamos perante relações estáveis, no entanto, envolvendo dúvidas na tomada de decisão de perfilhação dos menores. A este número haverá ainda de acrescentar os casos em que o PP1 é "ex" da mãe: ex-marido, ex-companheiro ou ex-namorado, o que não deixa de ter alguma relevância porque, apesar de ao momento não manter nenhum laço afectivo com a mãe, já o manteve no passado e, com alguma naturalidade, poderia surgir o nascimento de um

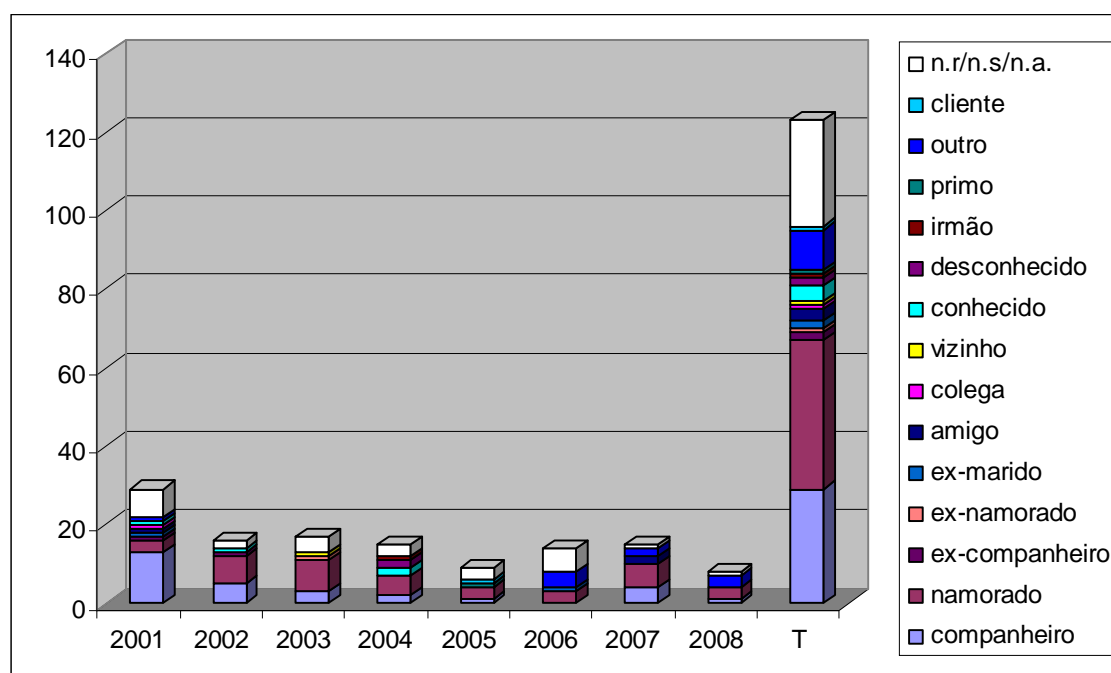
¹³⁶ Note-se que o número de nascimentos de progenitores sem parentesco tem vindo a diminuir, mas os nascimentos de casais constituídos por tio e sobrinha tem aumentado: de 16 casos em 1992 aumentou para 110 casos em 1997, estando este valor em 69 casos em 2001. Os casos de nascimentos cujos progenitores são tia e sobrinho são muito raros, mas entre os progenitores primos entre si já é mais significativo, passando de 91 casos em 1992 para 122 em 1995 e estando em 68 casos em 2001. Entre cunhados também tem vindo a aumentar, passando de 17 casos em 1992 para 55 em 199 e 33 em 2001.

filho. Nessa situação estão mais 4% do total de processos. Uma vez mais, fazendo o somatório das três situações verificamos que em 59% dos processos de AOP os progenitores mantêm ou mantiveram relações sérias entre si.

Quadro 32: Tipo de ligação do PP1 com a mãe

Tipo de ligação com a mãe (PP1)									
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	T
Companheiro	13	5	3	2	1	0	4	1	29
Namorado	3	7	8	5	3	3	6	3	38
Ex-companheiro	1	1	0	0	0	0	0	0	2
Ex-namorado	0	0	1	0	0	0	0	0	1
Ex-marido	1	0	0	0	0	1	0	0	2
Amigo	1	0	0	0	0	0	2	0	3
Colega	1	0	0	0	0	0	0	0	1
Vizinho	0	0	1	0	0	0	0	0	1
Conhecido	1	1	0	2	0	0	0	0	4
Desconhecido	0	0	0	2	0	0	0	0	2
Irmão	0	0	0	1	0	0	0	0	1
Primo	0	0	0	0	1	0	0	0	1
Outro	1	0	0	0	0	4	2	3	10
Cliente	0	0	0	0	1	0	0	0	1
n.r./n.s./n.a.	7	2	4	3	3	6	1	1	27

Gráfico 47: Tipo de ligação da mãe com o PP1



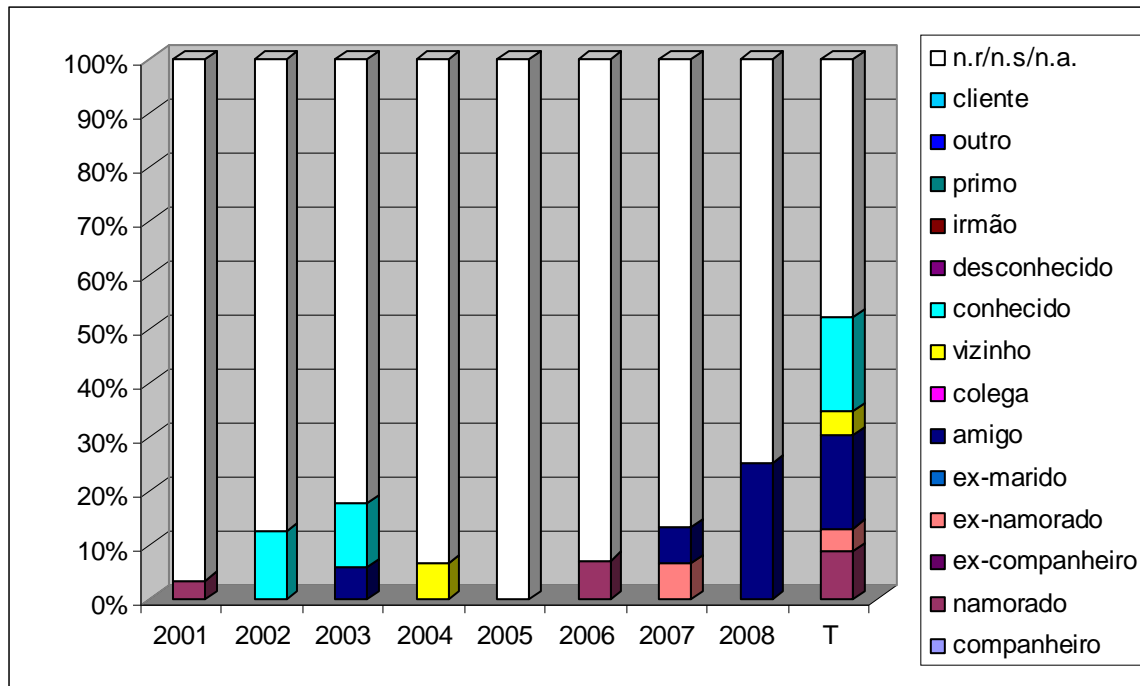
5.2.4.2.10.2. Tipo de ligação da mãe com o PP2

Já no que respeita ao tipo de ligação do PP2 com a mãe (Quadro 33/Gráfico 48) verifica-se situação inversa, aparecendo elementos mais distantes como possíveis pais das crianças como: amigos (3%), vizinhos (0,8%) ou conhecidos (3%). O namorado surge apenas em duas situações (1,6%), não constando nenhum caso em que o tipo de ligação do PP2 com a mãe seja de companheiro. Mas, curiosamente, também não é nos casos em que é necessário ir a uma segunda hipótese (ou seja, ao PP2) que os casos de clientes ou de meros desconhecidos surgem.

Quadro 33: Tipo de ligação da mãe com o PP2

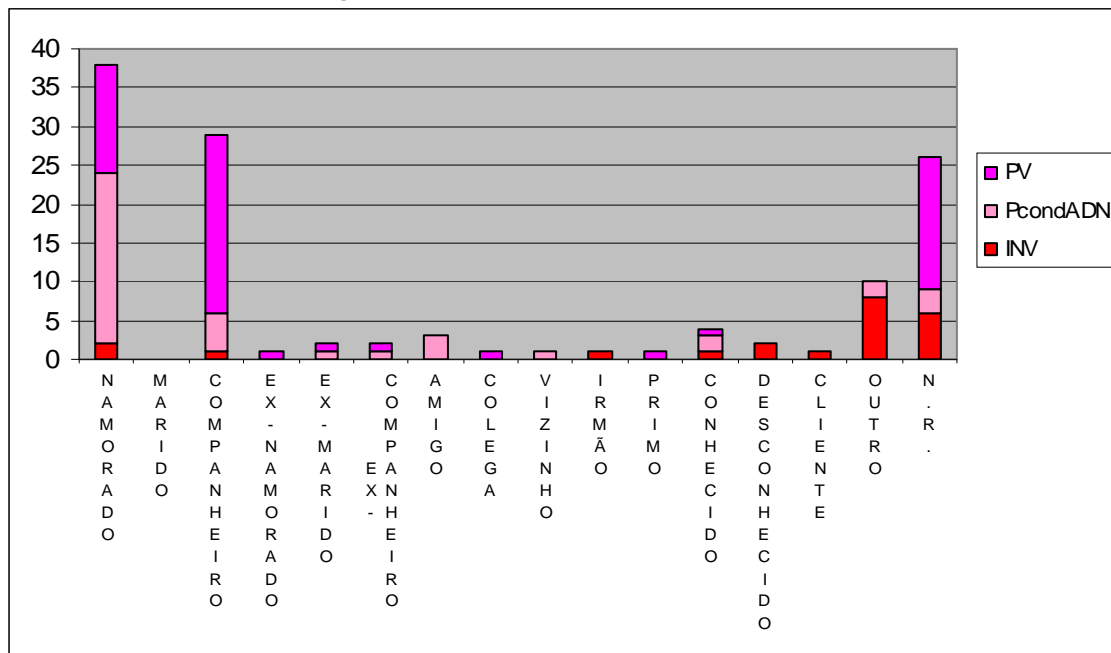
Tipo de ligação com a mãe (PP2)									
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	T
Companheiro	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Namorado	1	0	0	0	0	1	0	0	2
Ex-companheiro	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ex-namorado	0	0	0	0	0	0	1	0	1
Ex-marido	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Amigo	0	0	1	0	0	0	1	2	4
Colega	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Vizinho	0	0	0	1	0	0	0	0	1
Conhecido	0	2	2	0	0	0	0	0	4
Desconhecido	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Irmão	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Primo	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Outro	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Cliente	0	0	0	0	0	0	0	0	0
n.r./n.s./n.a.	28	14	14	14	9	13	13	6	11

Gráfico 48: Tipo de ligação da mãe com PP2



Estes dados são reiterados pela análise cruzada entre o tipo de ligação e a conclusão do processo, que consta do gráfico 49.

Gráfico 49: Tipo de ligação com a mãe/Conclusão do Processo



As perfilhações voluntárias surgem maioritariamente pelos namorados ou companheiros, mas nunca pelo marido (curiosamente, também o ex-namorado, ou o ex-marido, ou ex-companheiro). As perfilhações condicionadas pelo ADN nos namorados e companheiros, ex-marido, ex-companheiro, amigos e colegas. Quanto às inviabilidades surgem associadas aos namorados e companheiros, mas também a irmãos, conhecidos, desconhecidos, clientes e outros. Ou seja é, sobretudo, nos relacionamentos muito próximos ou muito distantes, relacionamentos proibidos (irmãos) ou mal vistos pela sociedade (cliente) que as inviabilidades são mais notórias.

5.2.4.2.11. Tempo da Relação declarado pela mãe ou pelo PP

Para além do estado civil, ou até mesmo do tipo de relação que os progenitores mantêm entre si, decidi utilizar o tempo da relação¹³⁷ para avaliar de que tipo de relação falamos nos actores envolvidos em AOPs. Numa análise do quadro 34/gráfico 50 pode verificar-se que apenas 7% dos menores nascem de relações pontuais ou esporádicas, isto é, em que um ou os dois progenitores afirmam que só se encontraram dessa vez. Em 15% das situações há um relacionamento, de facto, mas pouco durável, que termina antes da relação completar os seis meses.

Quadro 34: Tempo da relação

Tempo da Relação									
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	T
1 dia	0	0	2	3	1	1	0	2	9
< 6 meses	1	3	5	3	0	1	3	2	18
6 meses/1 ano	6	4	2	2	1	2	3	1	21
½ anos	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2/3 anos	6	0	0	0	0	2	1	0	9
3/6 anos	3	1	1	2	3	1	0	0	11
6/10 anos	1	1	1	1	0	0	0	0	4
> 10 anos	1	0	0	0	0	0	0	0	4
n.r./n.a.	11	6	6	4	4	7	8	3	47

¹³⁷ Esta informação pode ser extraída dos autos de declarações produzidos quer pela mãe quer pelo pretenso pai.

Gráfico 50: Tempo da relação – evolução (2001/2008)

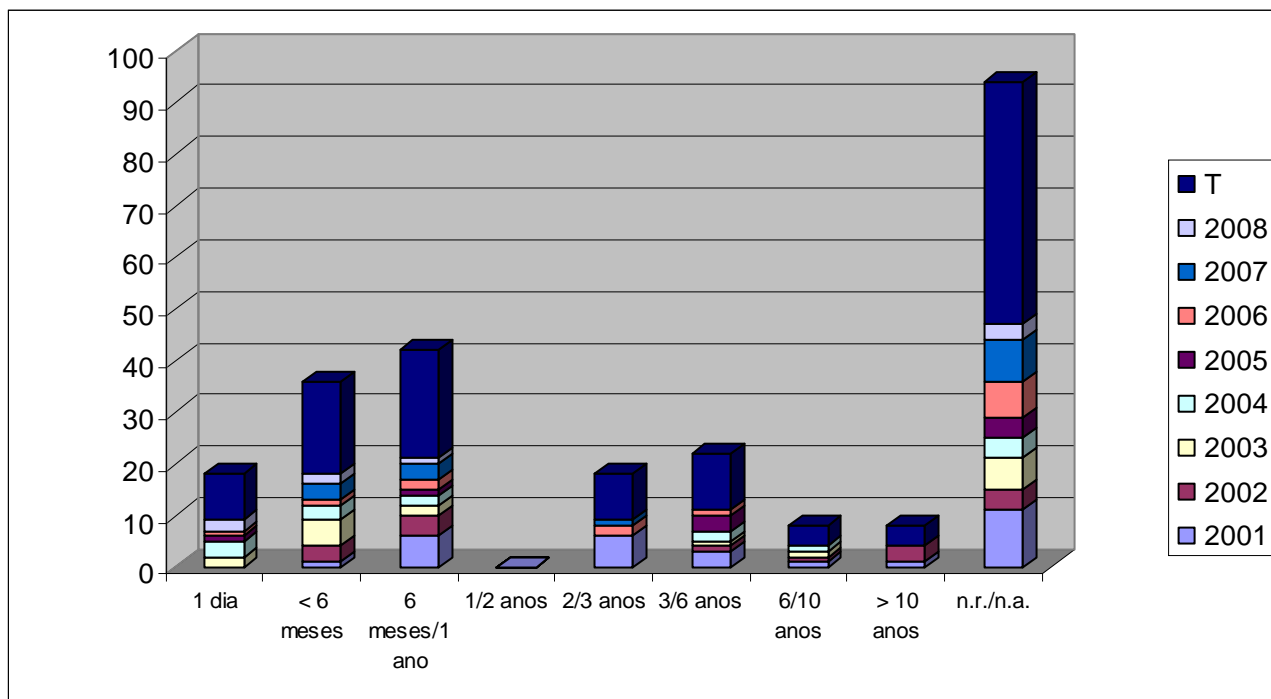
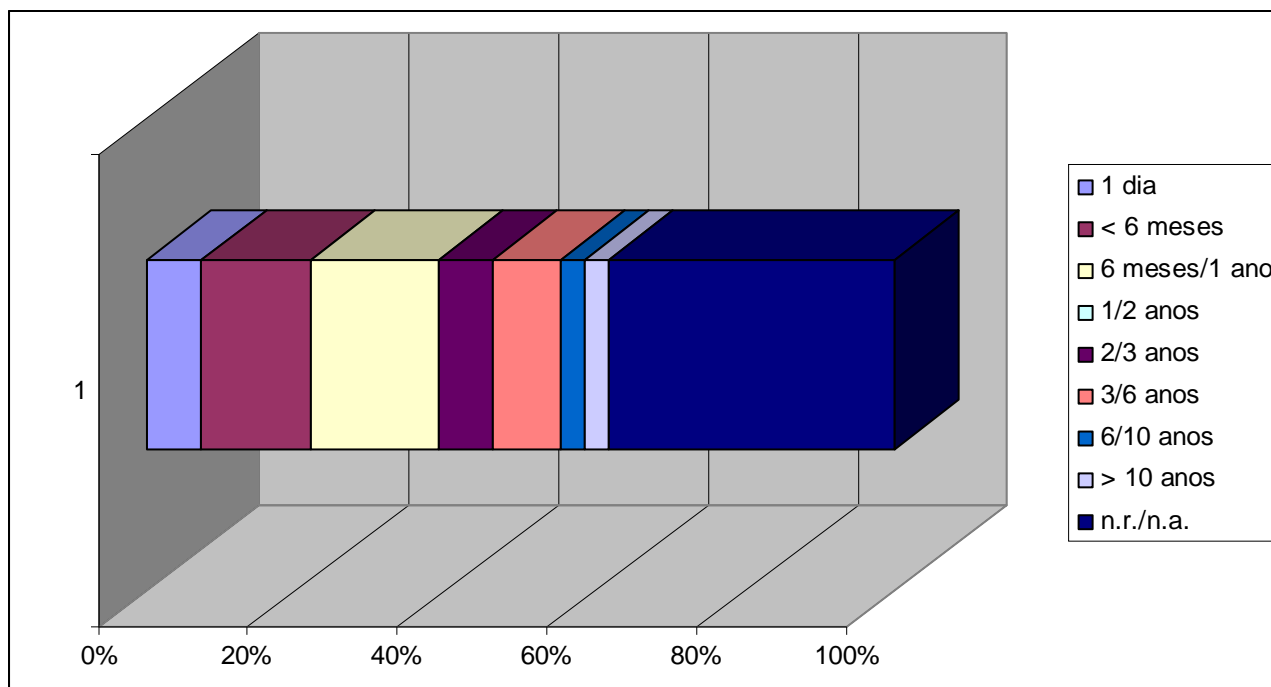


Gráfico 51: Tempo da relação (%)



Ainda segundo o gráfico 51, pode verificar-se que as relações que duram entre seis meses e um ano registam 17% dos casos estudados. E, note-se, em 23% dos processos as relações são duradouras, indo desde os dois anos aos dez anos de envolvimento entre os progenitores.

Ora, se apenas uma pequena percentagem de casos respeita a relações curtas e pouco sólidas, significa isto que encontramos aqui muitos casais (coabitando ou não) que mantêm relações de longa data e que, mesmo assim, se vêm envolvidos em dúvidas quando ocorre o nascimento de um menor.

5.2.4.2.12. Local onde se conheceram

À *mulher séria não basta sê-lo, tem que parecê-lo*, diz um velho ditado popular. Com o objectivo de testar se, no caso em estudo o comportamento moral da mulher/mãe é importante para o desenrolar do processo e, em particular para o MP, tornava-se necessário saber se, por um lado, essa era uma das questões colocadas pelo MP e se, por outro lado, nos casos em que isso é perguntado, que tipo de lugares a mãe declara como o local onde conheceu o PP ou o local onde a gravidez foi consumada.

Quanto ao local onde se conheceram, em 5% das situações as mães afirmam ter sido num café ou restaurante, 2% no local de trabalho, 2% numa festa, 2% num bar de alterne ou *night club*¹³⁸ e 6% através de amigos, vizinhos ou familiares.

5.2.4.2.13. Local do encontro

Da leitura dos dados analisados não parece que para o MP o local do encontro amoroso seja um elemento relevante a tomar em consideração, visto que em 76% dos casos essa questão não é colocada. No entanto, quando o magistrado do MP aborda essa temática, em 10% dos casos a mãe refere que a relação sexual ocorreu em casa, em 8% dos casos numa residência, num motel ou numa pensão, em 5% dos casos numa viatura automóvel e em 0,8% dos casos num pinhal.

¹³⁸ Distinto de discoteca.

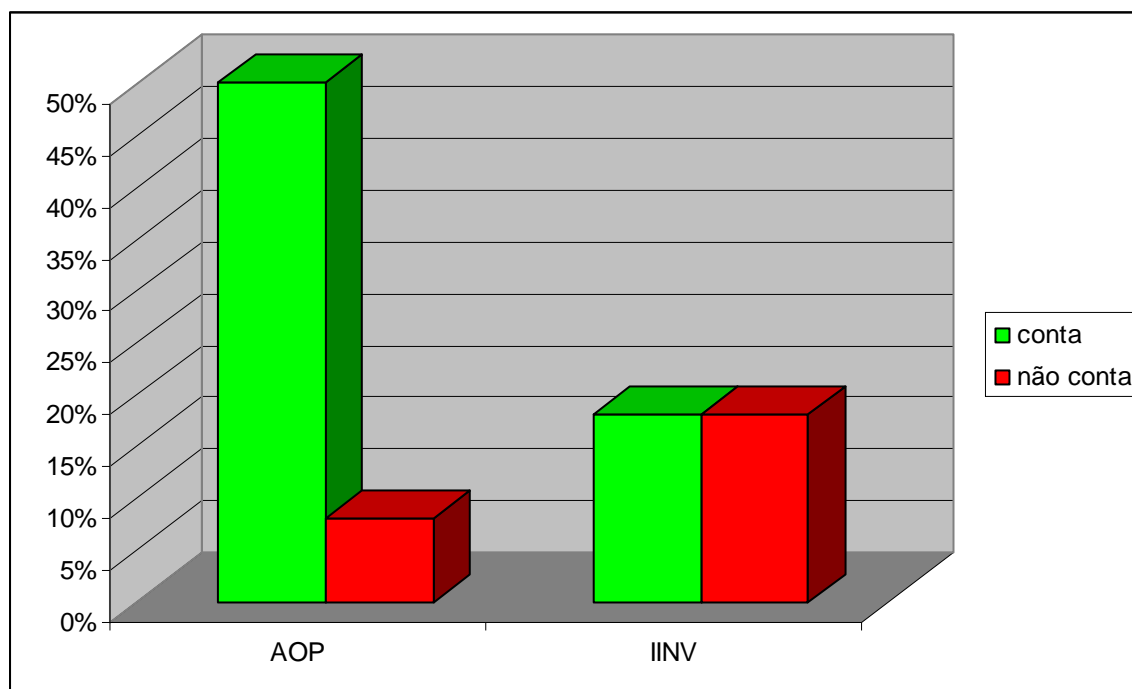
5.2.4.2.14. Mãe conta gravidez

Tentou-se perceber pela na análise dos 123 processos em estudo se as falhas na identificação do PP poderiam passar pela falta de conhecimento do mesmo. Poderia acontecer que a mãe engravidasse e não desse conhecimento ao progenitor.

Os processos estudados indicam uma percentagem confortável de casos em que a mãe informa o PP do seu estado em 50% dos casos, apenas não o informando em 8% das situações. Note-se, porém, que em 42% dos casos não há referência no processo a essa informação.

Enquanto na totalidade dos processos analisados, na grande maioria das vezes, a mãe conta ao PP sobre o seu estado, já quando olhamos para os casos que terminam por “inviabilidades” (Gráfico 52), essa percentagem diminui consideravelmente, surgindo 18% de casos em que a mãe conta a gravidez, e 18% de casos em que a mãe não conta a gravidez, o que também pode indiciar que é nos casos em que, de facto, não se chega ao verdadeiro pai biológico que a mãe não revelou a gravidez por não saber identificar o pai.

Gráfico 52 – Conhecimento da gravidez



5.2.4.2.15. Relação dos progenitores após conhecimento da gravidez

Importava perceber que tipo de atitude têm os progenitores face ao conhecimento da gravidez. Tornou-se relevante perceber se a mãe consegue ou não identificar o PP, de que forma é que o conhecimento do estado da mãe altera o comportamento do pai biológico, se após conhecimento da gravidez o PP mantém ou não o seu relacionamento com a mãe, se o PP faz alguma proposta à mãe e se o PP manifesta dúvidas quanto à sua paternidade.

Pela análise dos processos em estudo sabe-se que em 50% dos casos a mãe conta ao PP o seu estado, não o fazendo apenas em 8% e em 42% não se pode chegar a essa conclusão pela análise dos processos (n.r./n.a.), como vimos no gráfico 50.

Da análise dos processos também nos é dado a concluir que em 22% dos casos, os progenitores mantêm-se juntos após a gravidez, mas em 35% dos casos os progenitores separam-se após o conhecimento da gravidez.

Estes elementos, associados aos anteriores, poderão permitir concluir que a gravidez é, num número significativo de casos, motivo da separação dos progenitores e, daí, poderá justificar a renitência do PP em perfilhar o menor, que chega a propor à mãe que faça um aborto em 7% das situações ou ameaçando-a em 0,8% de casos declarados. No entanto, não explica porque é que em 50% dos casos desconfia da sua paternidade.

5.2.4.2.16. Quanto tempo de gravidez?

Se atentarmos à altura da gravidez em que a mãe informa o PP, apesar de na grande maioria dos casos essa informação não ser fornecida (83%), quando esta informação é mencionada, sabe-se que em 10% dos casos a mãe dá conhecimento ao PP da gestação no decurso do primeiro trimestre de gravidez: em 6% dos casos a mãe conta a gravidez logo no início da mesma e apenas em 2% dos casos a mãe revela ao PP a gravidez no segundo trimestre da gravidez e em 2% após o nascimento do menor.

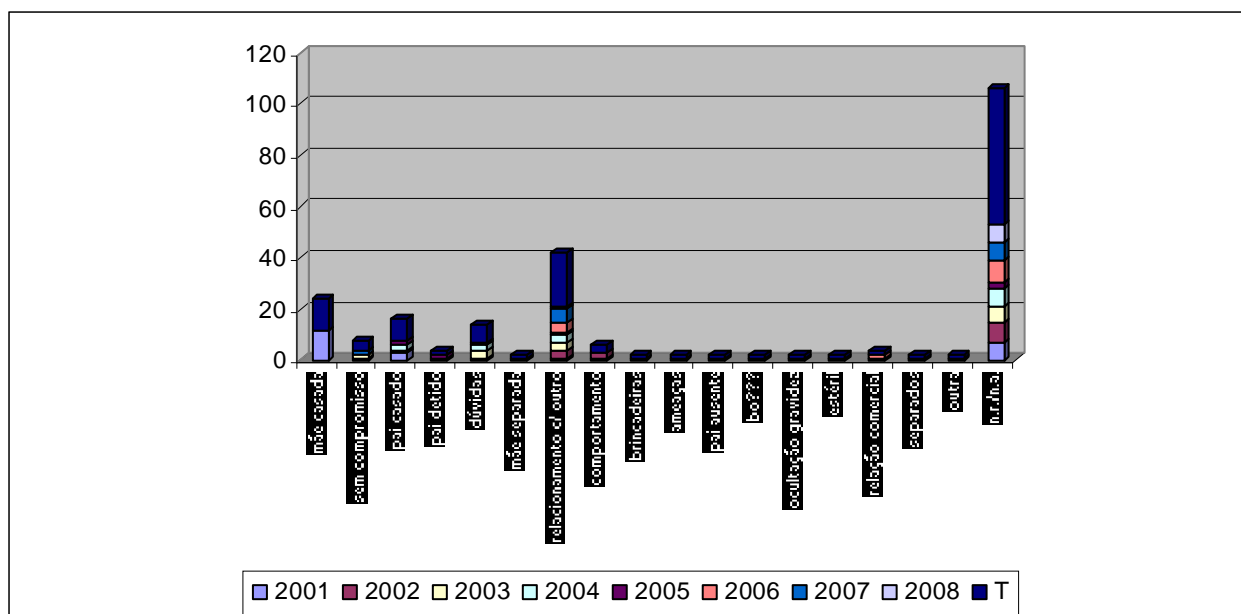
Estes dados podem mostrar que a mãe, na grande maioria das vezes, não tem dúvidas de quem é o pai do seu filho e conta-lhe sobre a gravidez. No entanto, o PP,

duvidando do seu comportamento, alega dúvidas e, por isso não quer perfilhar o menor¹³⁹.

5.2.4.2.17. Razões do PP

Quanto ao PP, e pela análise do gráfico 53, uma das razões mais fortes que pode justificar a renitência em perfilhar de imediato o menor deve-se ao facto de em 20% dos casos o PP alegar mau comportamento da mãe ou relacionamento com outro (ou outros) homens. Em 10% dos processos o PP afirma que a mãe é casada e em 7% as razões alegadas pelo PP devem-se ao facto de ele próprio ser casado. E, com menor expressão, em 2% dos casos o PP não perfilha por estar detido, noutros 2% de casos não perfilha alegando ter-se tratado de uma relação comercial e em 0,8% o PP não perfilha pelo facto de ter sido considerado estéril.

Gráfico 53: Razões do PP



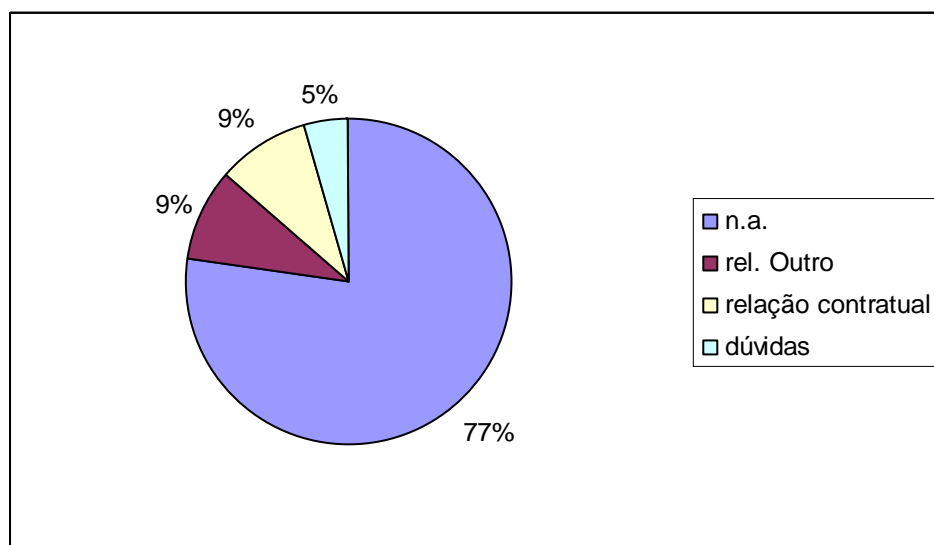
Estes dados podem querer mostrar que a mulher é neste contexto, tida como objecto sexual. O facto de estarmos na presença de relações amorosas ou maritais

¹³⁹ O que vem ao encontro dos discursos proferidos pelos diferentes actores em contexto de entrevista que consideram que a mãe raramente não é capaz de identificar o pai.

relativamente duradouras, de a mãe dar conhecimento ao PP do seu estado e de identificar com clareza o PP, por um lado, mas este, alegar dúvidas relativamente ao seu comportamento sexual e eventual relacionamento com outros parceiros, coloca a mulher/mãe, numa posição fragilizada em que a falta de confiança do homem na mulher é notória.

Se atentarmos às razões alegadas pelo PP para não ter perfilhado o menor na altura devida, os argumentos parecem ser semelhantes quer no conjunto total dos processos de AOP estudados, quer quando olhamos apenas para os processos que terminaram por inviabilidade (Gráfico 54). De facto, a razão mais forte apontada pelo PP, permanece a mesma, ou seja, relacionamento com outros homens, embora com pesos diferentes: nas AOP, no seu conjunto, esta razão é apontada em 19,5% dos casos, mas se atentarmos apenas aos processos terminados por inviabilidade é de 9%.

Gráfico 54: Razões do PP nos casos inviáveis



5.2.4.2.18. Apelido

Interessava perceber se, independentemente de se tratar de uma perfilhação voluntária ou de uma perfilhação condicionada pelo ADN, de que forma é que tal facto altera a relação que, daí para a frente aquele pai desenvolve com o menor. Uma forma, embora meramente quantitativa de o poder verificar é saber se no

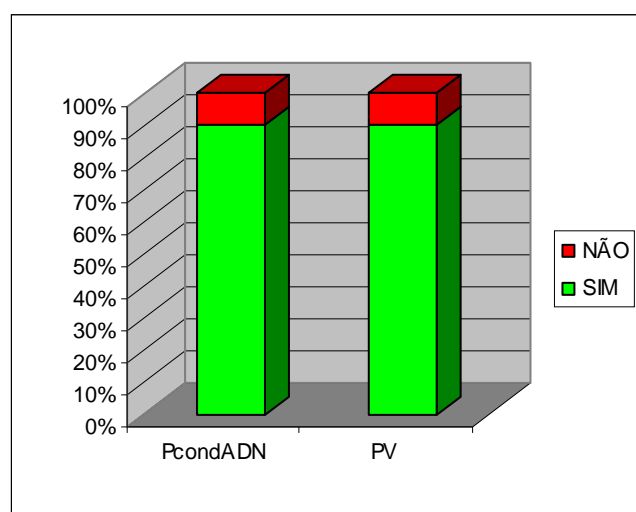
momento da assinatura do Termo de Perfilhação o pai pretende dar o seu apelido ao menor ou não.

Parte-se da hipótese que, quando este pai não está interessado em assumir as suas responsabilidades, apenas o fazendo por ter sido judicialmente compelido, tenderá a não querer dar o seu apelido ao menor, evidenciando que, as relações que manterá com o menor no futuro serão escassas.

Verifica-se que quando o PP perfilha o menor, em 39% dos casos acaba por lhe dar o seu apelido, no entanto, em 4% dos processos, mesmo após reconhecer que, efectivamente é o pai biológico daquela criança, continua a não pretender dar o seu apelido ao menor. Esta situação, pode levar-nos a concluir que, nestes 4% (pelo menos) estarão pais pouco confiantes da decisão que tomaram e por isso, não pretendem ver o seu nome associado ao menor.

Na verdade, se olharmos em simultâneo para o tipo de conclusão do processo (Gráfico 55) verifica-se que é nas Perfilhações voluntárias onde mais vezes o PP deseja acrescentar o seu apelido ao menor. No entanto, se em 90% dos casos o PP pretende fazê-lo, em 10% dos casos não parece ser sua intenção ver o seu nome associado ao do menor. Nas perfilhações condicionadas pelo ADN o PP acaba também por dar o seu apelido ao menor em 90% dos casos, não o fazendo em 10%.

Gráfico 55: Apelido



Em paralelo, também se verifica que em 9% das situações o PP não teve, até à data da sua inquirição, qualquer contacto com o seu pretenso filho e em 7% o PP já teve contacto com o menor à data dos autos de declarações.

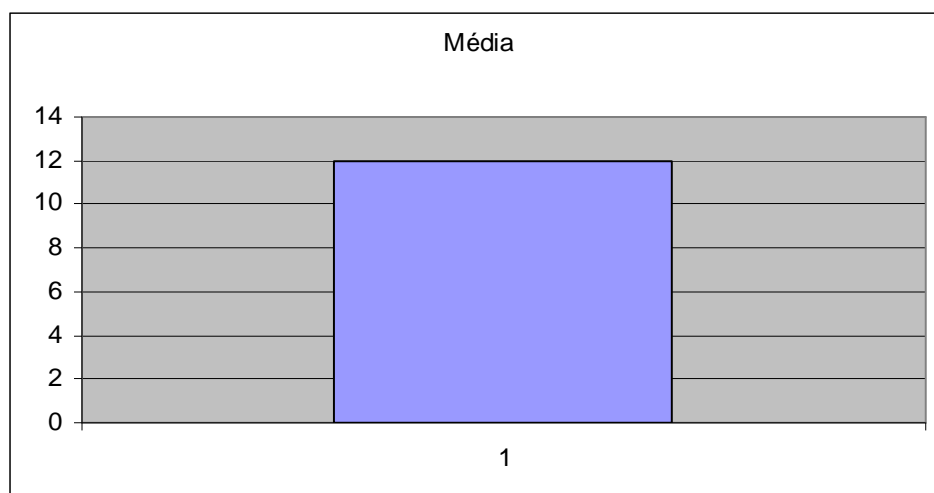
5.2.5. O Laboratório

5.2.5.1. Tempo médio de realização dos exames

O passo seguinte passa por perceber o tempo médio de realização dos exames de ADN, nos casos em que estes são solicitados.

O recurso a técnicos fora do tribunal é apontado (Santos, 1995) como causador de morosidade quando se verifica, por um lado, a inexistência de um corpo social que apoie o Tribunal nas decisões sobre menores e, por outro lado, a longa espera pelos resultados dos exames médicos e periciais dos hospitais e Instituto de Medicina Legal. Parte-se da hipótese que uma das causas que pode explicar os insucessos nas AOP's se relaciona com o tempo de realização dos exames.

Gráfico 56: Média de realização dos exames



Assim, dos processos em que foi solicitado exame pericial, verificou-se que a média entre a realização dos exames e o envio do relatório ao tribunal é de 12 dias. Esta média do trabalho laboratorial mostra-nos que a morosidade processual não passa pelo trabalho efectuado ao nível do laboratório, apresentando este um valor médio bastante aceitável, tendo em conta que: estamos perante uma situação em

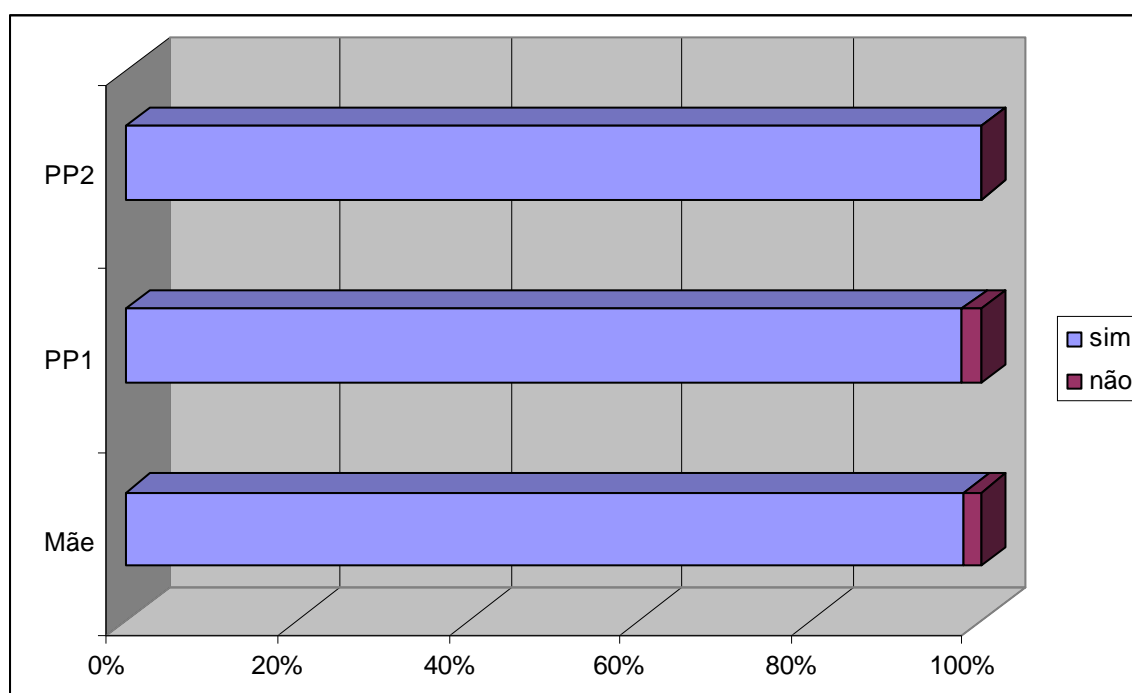
que é necessário a colheita a três actores (Mãe, PP e menor); e nalguns casos não são submetidos à colheita no mesmo dia; pode estar-se perante a necessidade de nova perícia, entrando aqui o PP2; os procedimentos técnicos exigem algumas horas para produzir resultados e dependem da interpretação dos mesmos e da elaboração do seu relatório final. Atendendo a esses factores, pode mesmo dizer-se que a eficiência do laboratório, de forma alguma, poderá ser beliscada.

5.2.5.2. O consentimento

Poderia acontecer que os insucessos nas AOPs se devessem a falta de consentimento de alguma das partes para a realização de exames de sangue. No entanto, verifica-se que na generalidade, quer a mãe, quer o PP1 quer o PP2 consentem na realização dos exames.

No que respeita à mãe, nos casos em que essa informação é referida, 49 em 50 delas consentem na realização dos exames. Quanto ao PP1, a proporção é semelhante: em 47 casos em que a informação é facultada, 46 estão disponíveis para a realização dos referidos exames; e quanto ao PP2 em todos os casos em que é dada a informação respeitante ao consentimento, na totalidade dos casos o PP2 acede na realização dos exames.

Gráfico 57: Consentimento



Desta forma, conclui-se que não é por falta de consentimento que os referidos exames não se realizam.

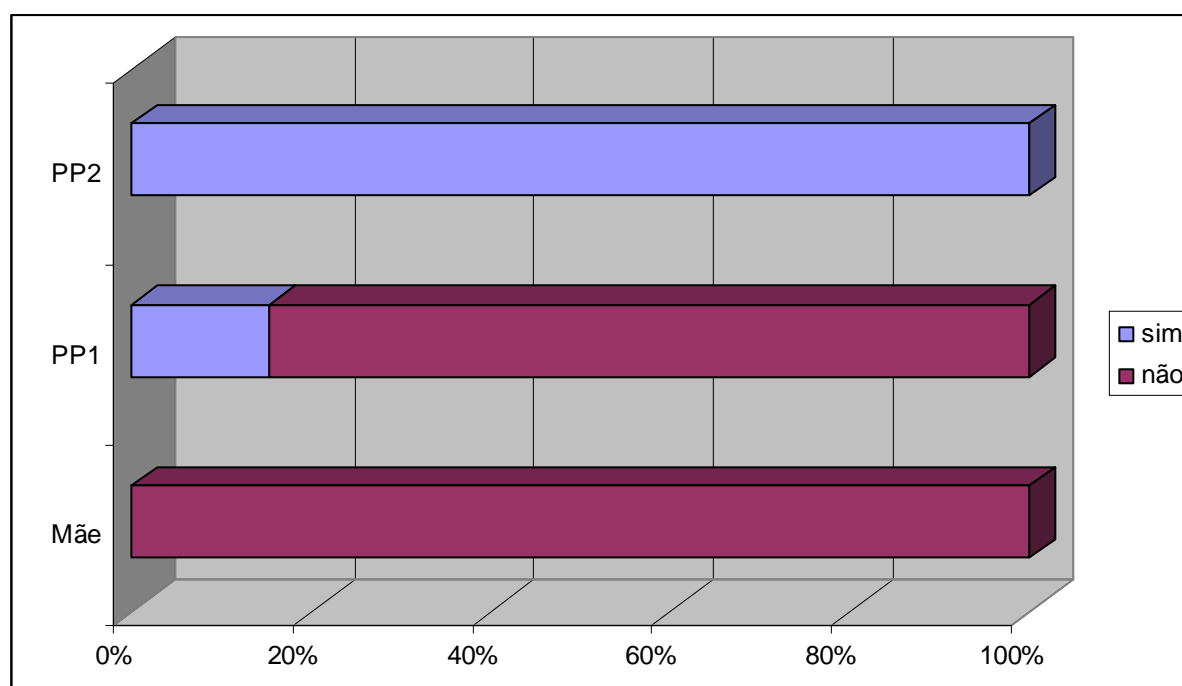
5.2.5.3. O custo dos exames

Talvez o custo dos exames ajude a explicar esta questão.

Enquanto que relativamente ao consentimento, na grande maioria dos casos, como vimos, há uma forte adesão ao exame, já quando aos progenitores é perguntado se podem custeá-lo, a resposta é oposta à anterior.

De facto, a totalidade das mães a quem foi colocada a questão responde não poder custear o exame, como atesta o gráfico 58. Quanto ao PP1, embora a maioria refira não poder custear o exame (85%), 15% refere estar disposto a custeá-lo. Já quanto ao PP2 a situação revela-se semelhante à da mãe – nenhum PP2 está disposto a custear os exames.

Gráfico 58: Custo dos exames



5.2.5.4. Os processos com e sem ADN

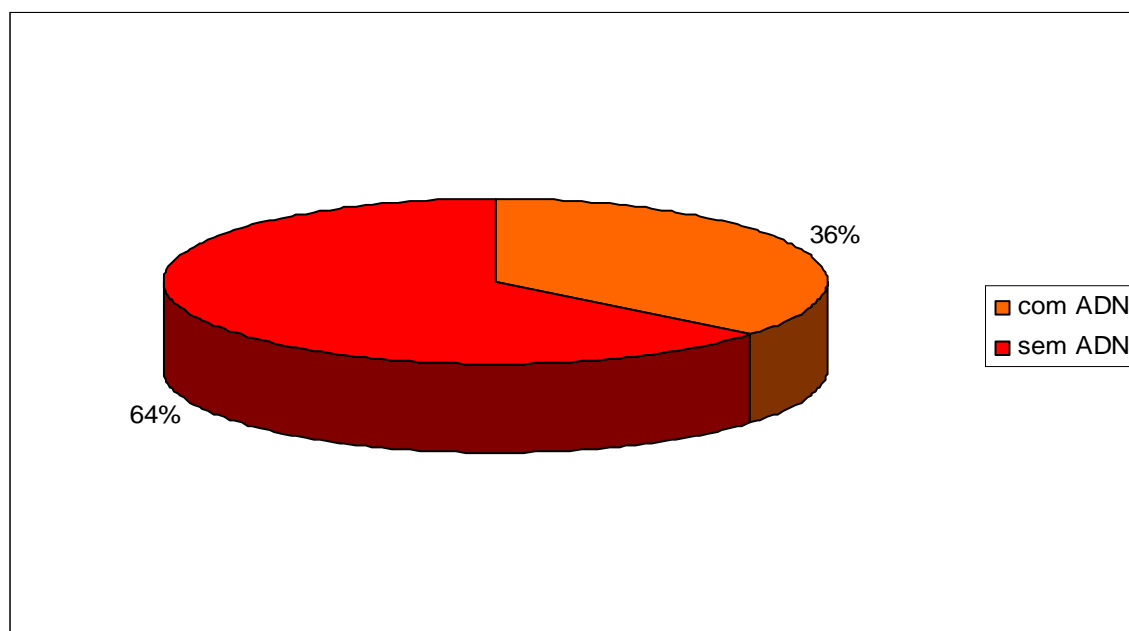
Uma questão central e que permite verificar uma das hipóteses centrais deste trabalho refere-se ao uso do ADN. Importa perceber que tipo de uso é feito pelos magistrados da ciência, em que casos o utilizam e de que forma é que a prova científica é pesada no conjunto de todas as provas.

Embora não possamos, apenas pela análise destes dados, chegar a uma conclusão, estes dados permitirão, certamente, ter já uma primeira perspectiva desse uso, embora apenas possa ser complementada com outro tipo de informação que será abordada nos dois próximos capítulos.

Como pode ser verificado pela análise do gráfico 59 em 86% dos processos de AOP não houve recurso ao teste de ADN, apenas tendo o mesmo sido utilizado em 14% dos processos.

Esta elevada percentagem de processos em que não houve recurso ao ADN pode, em parte, explicar-se pelo facto de o número de perfilhações voluntárias ser também muito elevado, como vimos atrás.

Gráfico 59: Processos com e sem uso de ADN



No entanto, esta razão não será certamente suficiente e será necessário procurar outras causas que expliquem que, em pleno século XXI, o ADN seja tão poucas vezes

chamado a colaborar com a justiça o que, aliás, vem confirmar as conclusões do estudo de Machado (2002), segundo o qual “[a]tendendo a que a técnica de identificação de paternidade biológica, principalmente depois da generalização da análise de ADN, ganhou uma elevada reputação no seio da magistratura portuguesa, não deixa de ser intrigante o facto de se realizarem relativamente “poucos” exames, ainda que, por um lado, a esmagadora maioria das mães, indique a identidade do o pretense pai e, por outro lado, quase sempre as pessoas envolvidas compareçam ao local da realização do exame” (Machado, 2002: 390).

Olhemos para os casos que recorreram a ADN.

Um dos indicadores que nos podem levar a presumir, ainda hoje, a desconfiança dos magistrados face à prova científica diz respeito ao facto de os testes genéticos na investigação de paternidade serem utilizados na fase de AIP. “ É de salientar o facto de os testes genéticos de Investigação de Paternidade se efectuarem sobretudo no contexto das Acções de Investigação de Paternidade o que, a meu ver, pode indiciar que os magistrados portugueses apenas recorrem à denominada “prova científica” quando na fase de Averiguação Oficiosa de Paternidade já foram reunidos elementos que indiciam um “bom comportamento sexual e moral” por parte da mãe do menor investigando” (Machado, 2002: 386).

Assim, interessava perceber em que tipo de casos é que é solicitada prova científica, quem realiza esses exames e as consequências produzidas pela existência de uma certeza científica.

Como referido, apenas em 14% dos processos se recorreu ao ADN.

Destes, em todos os casos em que o teste indica uma probabilidade muito elevada de o PP ser o pai biológico do menor segue-se a perfilhação, aquilo a que designei por perfilhação condicionada pelo ADN. O que significa que, se até à realização do teste de ADN o pretense pai podia ter dúvidas em perfilhar a criança, após a certeza científica essa dúvida desvanece-se e o PP perfilha o menor.

5.2.5.4.1. Quem se submete aos exames?

Uma das hipóteses que se pode colocar é que na falta de um elemento aos exames laboratoriais, se torna inviável a descoberta da verdade.

O que os dados analisados nos mostram é que os exames de ADN são, na sua maioria, efectuados em sangue no trio, ou seja, à mãe, PP1 e menor (88%). Em 14% dos casos à quadra (mãe, PP1, PP2 e menor) e, em menor percentagem - 2% das análises - são feitas apenas à mãe e ao menor.

Dos dados produzidos parece estarmos na presença de casos em que, na generalidade, os progenitores colaboram com a autoridade científica, não parecendo que seja por esta via que a descoberta da verdade é impossibilitada.

5.2.5.4.2. Que entidade realiza os exames?

Interessava, de igual forma, perceber se existe mais do que uma entidade a proceder à elaboração dos exames e se os resultados apresentados por elas são distintos.

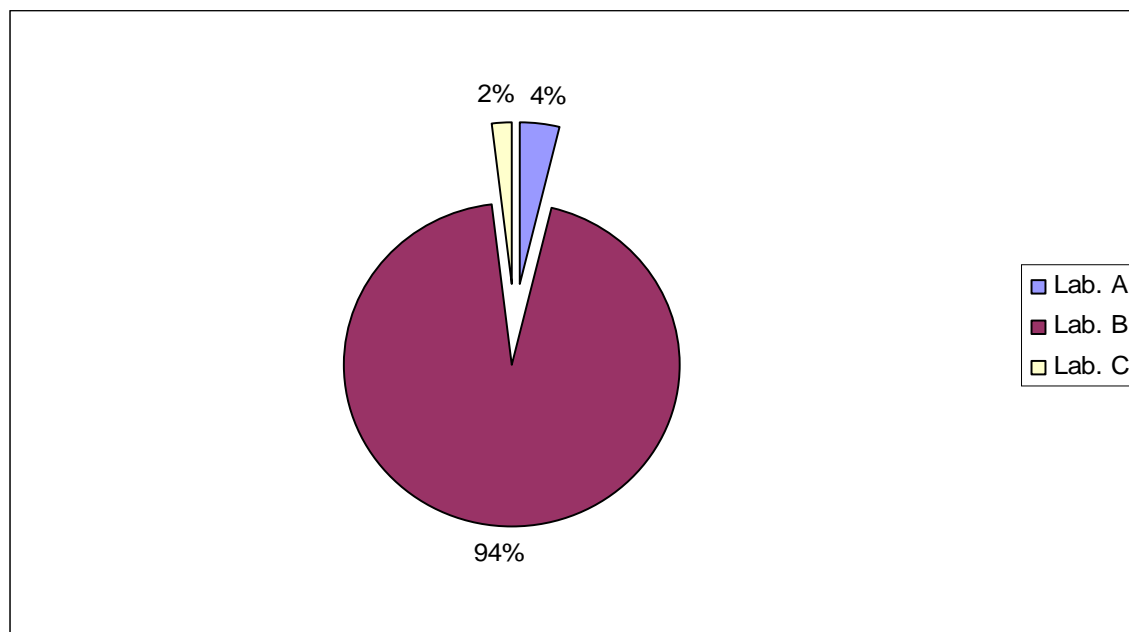
Estes exames são realizados em 93% dos casos pelo Laboratório B¹⁴⁰, e apenas em 4% dos casos pelo Laboratório A e em 2% dos casos pelo laboratório C.

Este facto torna-se um pouco estranho já que, atendendo ao critério jurídico, caberia ao laboratório A a obrigatoriedade de proceder aos exames¹⁴¹. No contexto estudado, no entanto, não parece ser isso que sucede. O laboratório B, na generalidade das situações, efectua os exames, entrando aqui o laboratório A apenas em situação de recurso. Apenas em casos em que um dos intervenientes se encontra fora desta área é solicitado ao laboratório A da área competente para proceder à colheita. Ainda assim, após efectuada a colheita, o material segue para ser analisado pelo laboratório B.

¹⁴⁰ Decidi utilizar esta nomenclatura para nomear os diferentes laboratórios, com vista a preservar a identidade dos mesmos, sendo que aquele que designei por laboratório A, teoricamente, deveria ser aquele que deveria produzir estes exames para a justiça.

¹⁴¹ A lei nº 45/2004, de 19 de Agosto estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses. No seu artigo 2º diz-se "1 - As perícias médico-legais são realizadas, obrigatoriamente, nas delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal, adiante designado por Instituto, nos termos dos respectivos estatutos. 2 - Excepcionalmente, perante manifesta impossibilidade dos serviços, as perícias referidas no número anterior poderão ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas para o efeito pelo Instituto (www.inml.mj.pt).

Gráfico 60: Laboratório que realiza os exames



Nas mesmas circunstâncias está o laboratório C, a quem foi solicitada uma colheita, devido ao facto de um dos progenitores se encontrar geograficamente distante e, conseqüentemente, ter sido solicitado a este organismo para proceder à colheita de sangue e posterior envio ao laboratório B para análise¹⁴².

5.2.5.4.3. Os resultados dos exames

No conjunto, pode dizer-se que o laboratório B apresenta mais sucessos nos exames. Em 90% dos casos que lhe foram entregues foram considerados viáveis 90% dos casos e apenas 10% terminaram em “paternidade praticamente nula” e, conseqüentemente, dados como inviáveis pelo MP.

Quanto ao laboratório A apresenta 50% de viáveis e 50% de inviáveis e o laboratório C (representado na amostra por um único caso) teve viabilidade.

5.2.5.4.4. Mais certezas científicas menos dúvidas

Era ainda necessário perceber em que medida é que a realização do teste de ADN influenciava a decisão dos PPs. Assim, da análise do gráfico 58 verifica-se que o teste de ADN vem conferir certezas científicas às incertezas humanas mostrando que,

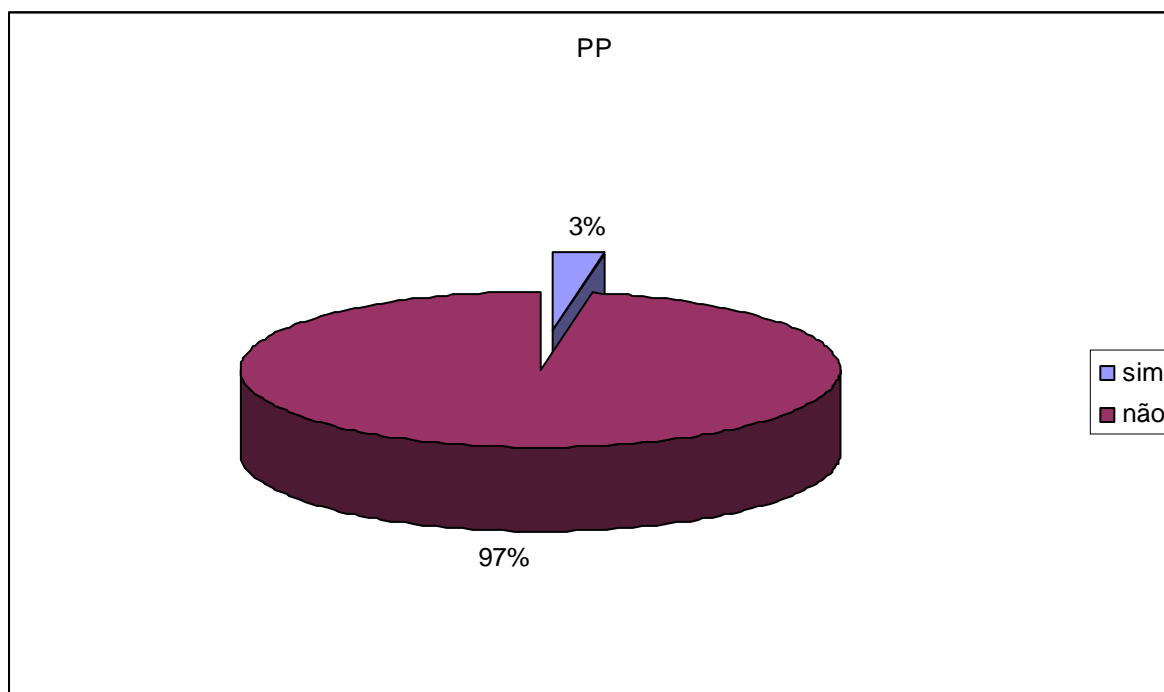
¹⁴² Remete-se mais para a frente uma discussão mais pormenorizada desta situação.

na verdade, se constitui como uma poderosa arma ao serviço da identidade biológica.

A reiterá-lo está o facto de, após a realização do teste só numa ínfima percentagem de casos, ainda permanecerem dúvidas ao PP.

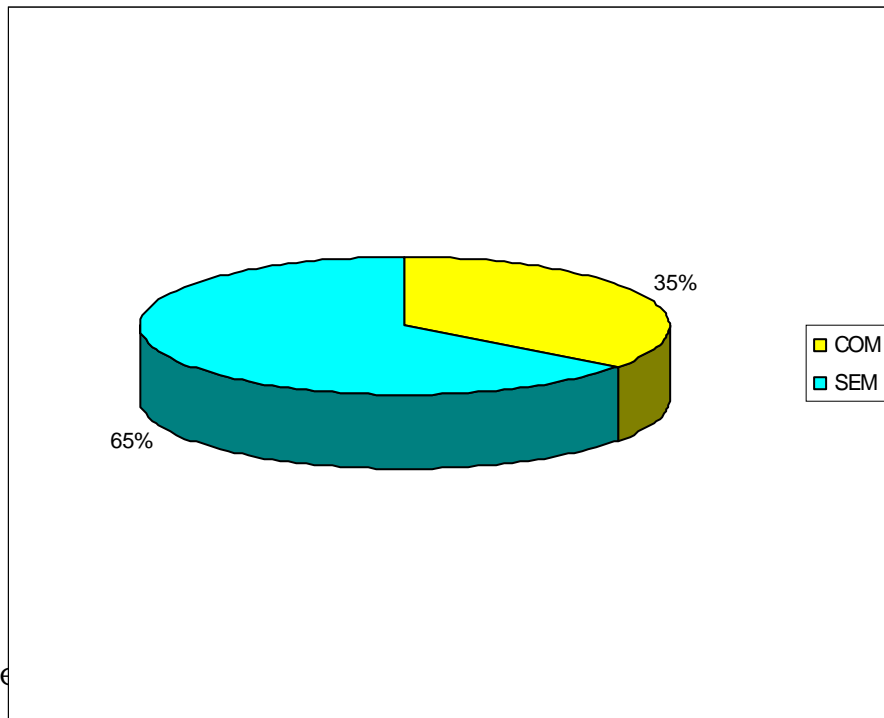
Em 37 casos, apenas num o PP mantém dúvidas após a realização do teste de ADN.

Gráfico 61: Dúvidas do PP



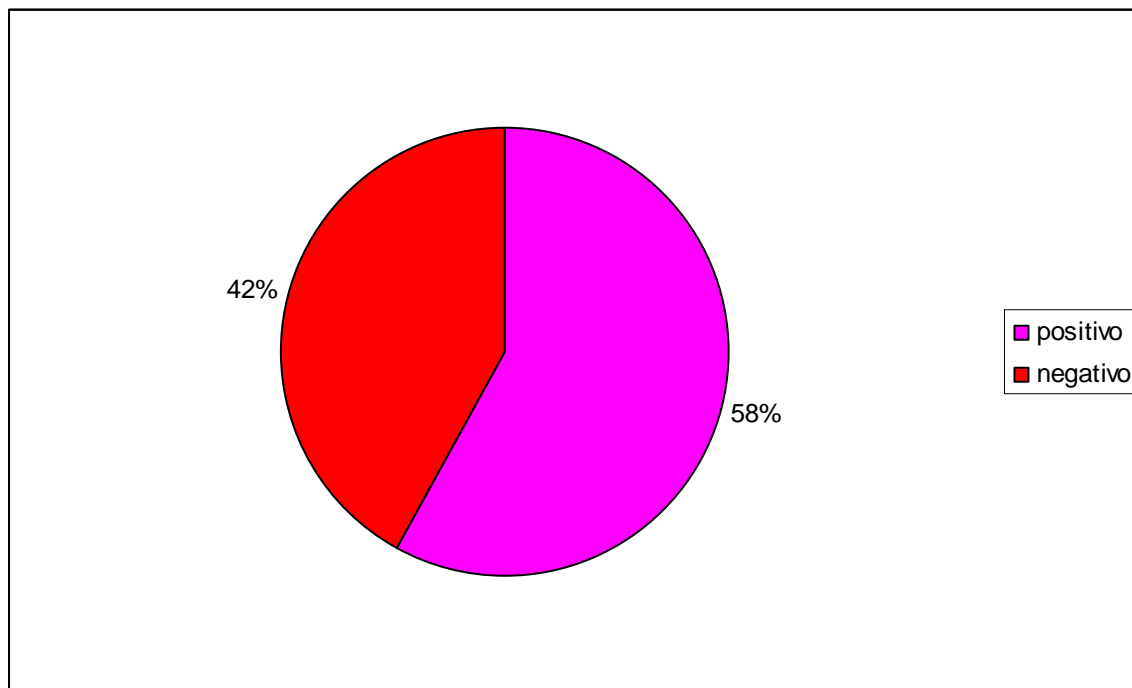
Se atentarmos ao uso do ADN nos diferentes processos analisados, dos 123 processos em apenas 35% deles foi utilizado teste de ADN e em 65% não houve recurso à genética.

Gráfico 62: Processos com e sem uso de ADN



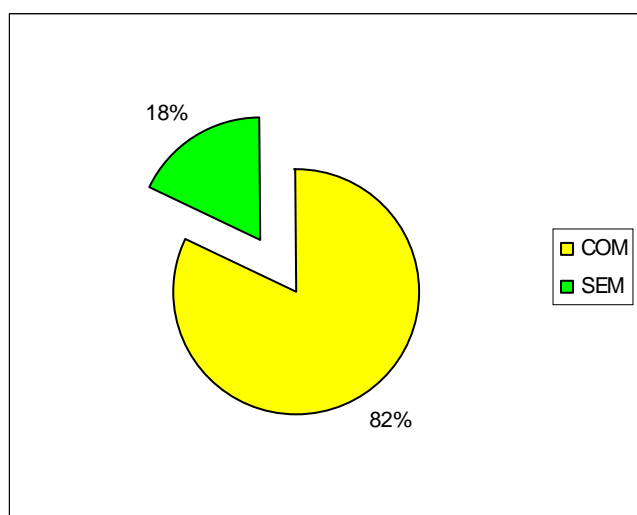
Dos 43 processos (35% do total) em que o teste de ADN foi realizado, 18 (42%) deram negativo e 25 deram positivo (58%).

Gráfico 63: Processos com teste positivo e com teste negativo



No entanto, se olharmos para os processos que terminaram como inviáveis (Gráfico 64) verificamos que apenas 18% deles utilizaram o ADN e em 82% dos processos declarados inviáveis pelo tribunal não houve uso do ADN.

Gráfico 64: Processos inviáveis com ADN e sem ADN

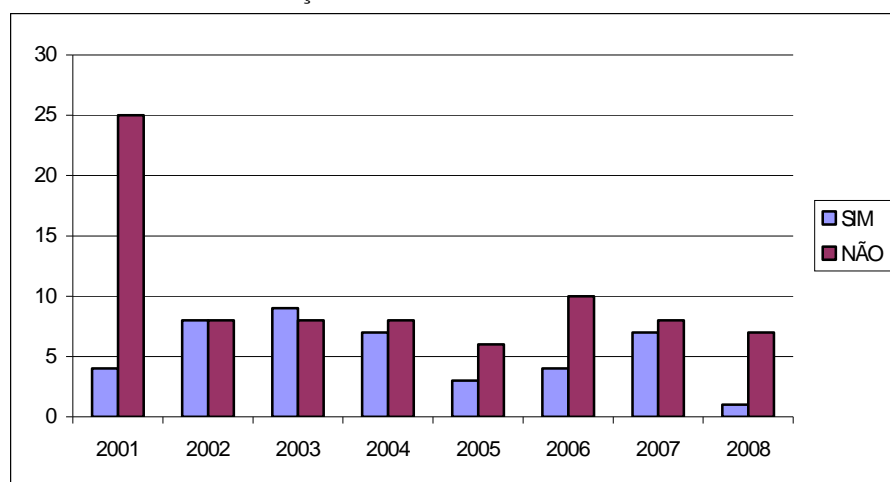


Quadro 35: Evolução do uso de ADN

		ADN							
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	
Sim	4	8	9	7	3	4	7	1	
Não	25	8	8	8	6	10	8	7	

Ora, nesta situação, poderemos estar perante outra hipótese que merece ser testada. Não se consegue identificar o pai do menor porque a tecnologia, em alguns casos, não é colocada ao serviço da justiça.

Gráfico 65: Evolução do uso do ADN



Por referência ao gráfico 65, onde se pode observar a evolução do uso do ADN de 2001 a 2008 percebe-se que os casos que não usavam ADN tem vindo a diminuir, no entanto, ainda assim, os casos que não recorrem à tecnologia, no total, continuam a ser superiores aos casos que a usam.

De facto, parece poder concluir-se nesse sentido, mas, interessa perceber as razões que estão por detrás de nem sempre se recorrer à genética.

Outra hipótese que se coloca é estarmos perante um uso discricionário do ADN por parte dos actores judiciais. Mas também há que tomar em linha de conta que, em determinados casos, o MP não pode fazer o teste de ADN porque não consegue contactar o PP ou, simplesmente porque a mãe não o indica.

5.2.6. O Tribunal

Parti de uma hipótese central de que o MP está a cuidar mal dos interesses do menor.

Para a testar, vimos já de que forma é que o menor é abordado pelos actores judiciais neste processo. Porém, tal não apreço ser suficiente para retirar ilacções.

Para aferir o desempenho dos actores judiciais era importante perceber que tipo de diligências são feitas para identificar o pai biológico de um menor e o número de diligências efectuadas.

Segundo Machado (2002) cerca de 40% das investigações de paternidade demoram mais de dois anos a serem concluídas, sendo, pelo contrário, os casos inviáveis os que apresentam maior eficiência na apresentação dos resultados.

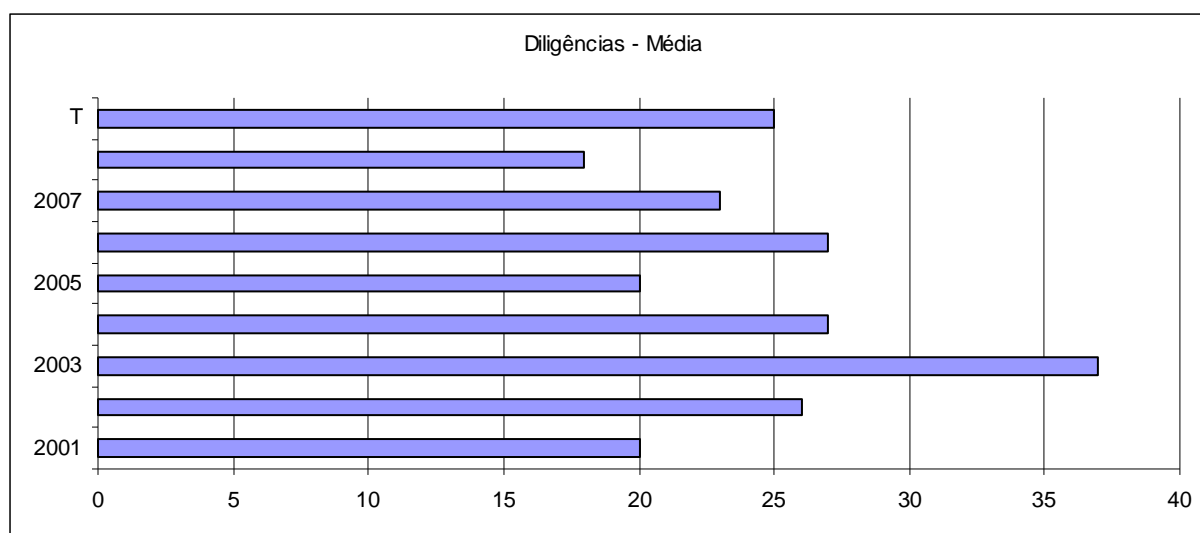
Isto significará que os processos vão ser arquivados por incumprimento do tempo legal para a sua resolução (prescrição de prazos), porém, existindo uma imposição legal que determina que, ao nível da AOP os processos não possam ser prolongados por um período superior a 24 meses, em defesa do interesse do menor.

Assim, a primeira hipótese que parto em relação aos tribunais é que a lentidão da justiça pode levar a que os processos de AOP prescrevam sem que seja encontrado o pai biológico. Importa perceber, igualmente, se os casos disparam em função do tipo de delegado que está à frente do caso.

5.2.6.1. Diligências

Fazem-se 25 diligências, em média, por processo, sendo que, o ano com menor número de diligências foi o de 2008, com apenas 18 diligências por processo, em média, e o ano com maior número de diligências foi 2003, com uma média de 37 diligências verificando-se, porém, uma grande flutuação ao longo dos oito anos em análise.

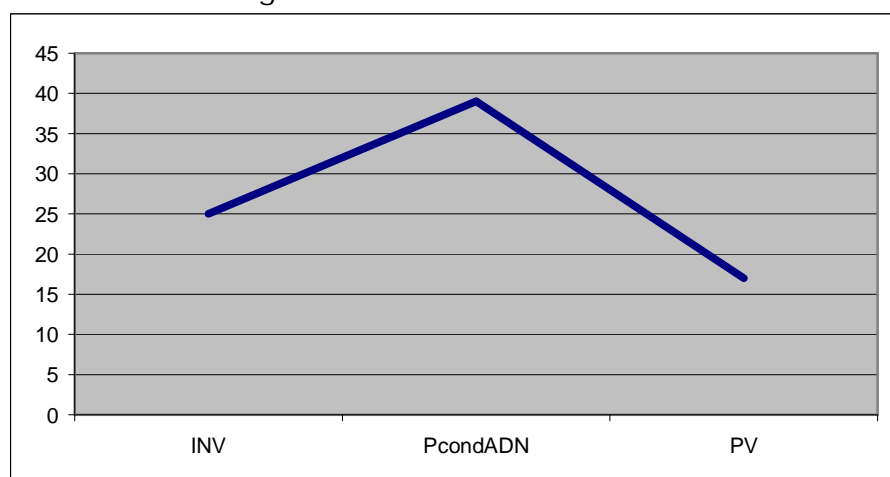
Gráfico 66: Evolução das diligências – Média (2001/2008)



5.2.6.1.1. Diligências por conclusão do Processo

Se analisarmos com mais detalhe, e se cruzarmos as diligências com a conclusão do processo em AOP (Gráfico 67) sabemos que são os processos de perfilhação condicionada pelo ADN que têm maior número de diligências – 39. Curiosamente, os processos considerados inviáveis ficam-se apenas pelas 25 diligências por processo, em média. Por último, são as perfilhações voluntárias que têm o menor número de diligências, mas, ainda assim, tendo um valor significativo (17 diligências por processo, em média), atendendo a que são situações em que os progenitores consentem voluntariamente à perfilhação.

Gráfico 67: Diligências/ Conclusão do Processos

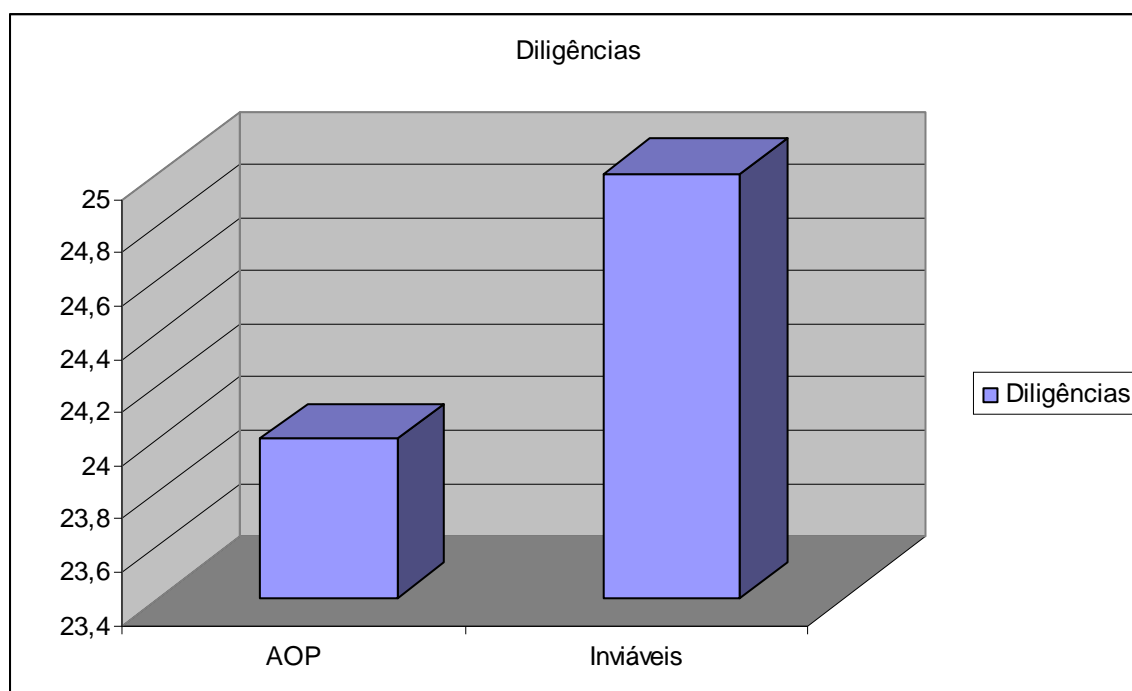


Seria espectável que os processos que terminam como inviáveis fossem alvo de mais esforços para localizar o PP do que os processos terminados por perfilhação condicionada pelo ADN, por exemplo.

No entanto, tal não se verifica. Se olharmos para o número médio de diligências efectuadas para as AOPs o número médio de diligências é de 24 e, quando apenas olhamos para o número médio de diligências nos processos de AOP que terminam por inviabilidade, o número médio de diligências é de 25.

Embora a diferença não seja muito significativa, ainda assim, as AOPs inviáveis acabam por ser alvo de menos diligências do que os restantes casos, como mostra o gráfico 68.

Gráfico 68 – Diligências em AOP e nos inviáveis



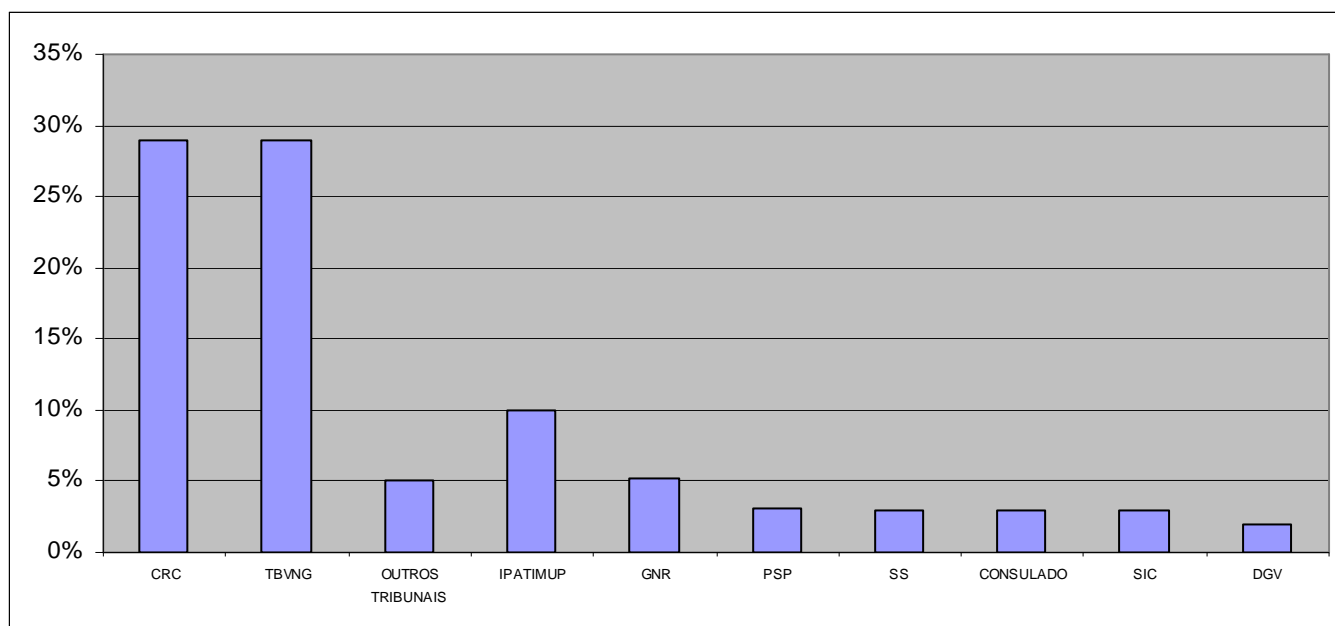
5.2.6.1.2. Actores intervenientes nas diligências

Para tentar perceber o volume de diligências efectuadas, bem como os processos burocráticos associados às AOPs, analisou-se no gráfico 69 os actores intervenientes em AOP.

Alguns actores são presença constante em todos os processos, como o Tribunal do Senhor da Pedra (a quem compete a instauração do processo) e que é responsável por 29% dos actores que se identificaram neste estudo; e a Conservatória do Registo Civil (igualmente, responsável por 29% dos actores neste estudo). Estes dois actores são cruciais para que a máquina judicial neste tipo de processos possa funcionar.

Com menor peso, surgem-nos outros tribunais que, no conjunto de todos os actores intervenientes, perfazem 5%, o Laboratório B 10%, a GNR 5%, a PSP 3%, a Segurança Social 3%, o Consulado 3%, os Serviços de Identificação Civil¹⁴³, e, finalmente, a Direcção Geral de Viação 2%, respectivamente.

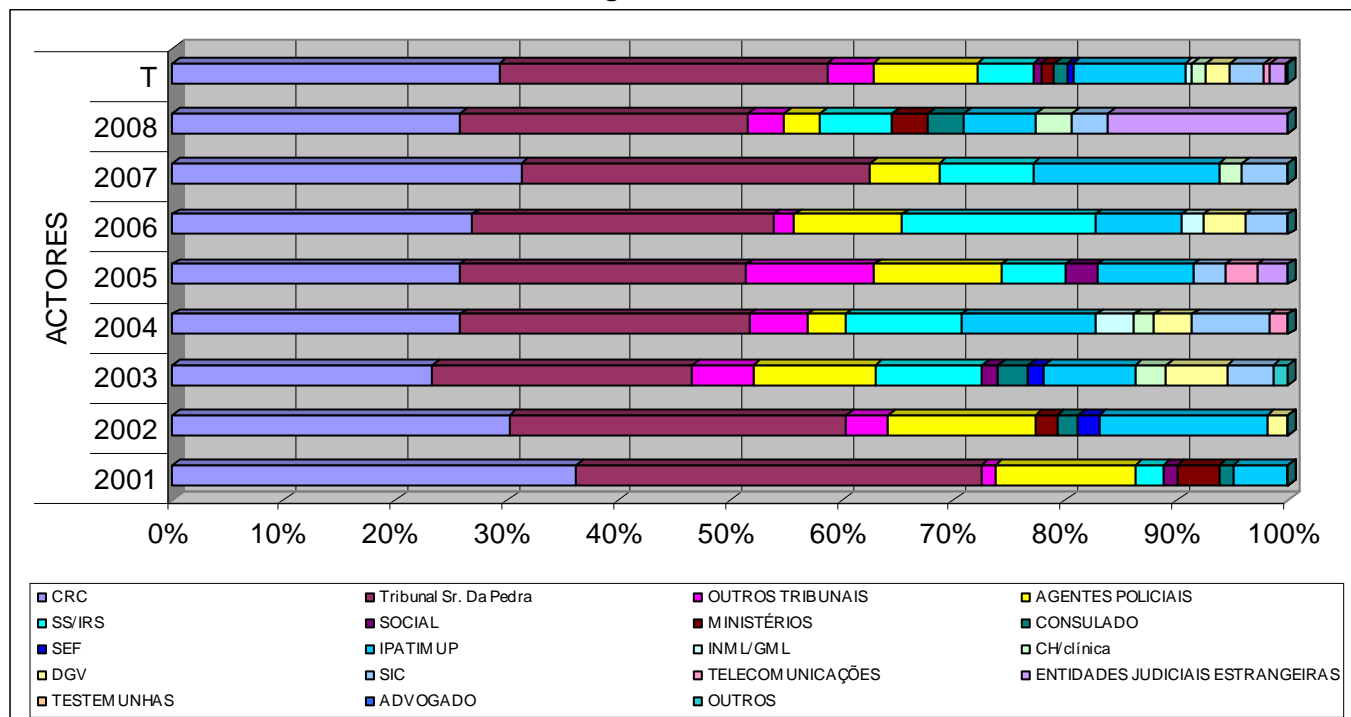
Gráfico 69: Actores intervenientes nas diligências



Outros actores podem ser encontrados nos processos de AOP, embora aqui sejam destacados estes por serem os que mais peso têm no conjunto de todos os actores.

¹⁴³ Serviço de Identificação Civil foi abreviado para SIC.

Gráfico 70: Actores intervenientes nas diligências (%)



Uma análise pormenorizada de todos os actores intervenientes em processos de AOP permite verificar que em determinados casos em que há pouca informação sobre o paradeiro dos progenitores, se encetam esforços consideráveis para os localizar, daí a presença consular, empresas de telecomunicações¹⁴⁴, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras¹⁴⁵ e, até mesmo, autoridades judiciais estrangeiras.

Noutra óptica, refira-se ainda a presença discreta de organismos ligados à Segurança Social e Instituto de Reinserção Social, outrora muito solicitados neste tipo de casos, apresentam percentagens muito diminutas no período analisado. A presença dos Serviços de Identificação Civil, ou Direcção Geral de Viação como instrumentos considerados legítimos para tentar localizar o paradeiro de um ou dos dois progenitores merece também destaque.

A presença de todos estes actores em contexto de AOP parece querer mostrar que o MP tem ao seu alcance muitos mecanismos para conseguir localizar o PP, no

¹⁴⁴ Servindo para aceder ao número de telefone de determinado progenitor, com vista à sua localização.

¹⁴⁵ Abreviado por SEF.

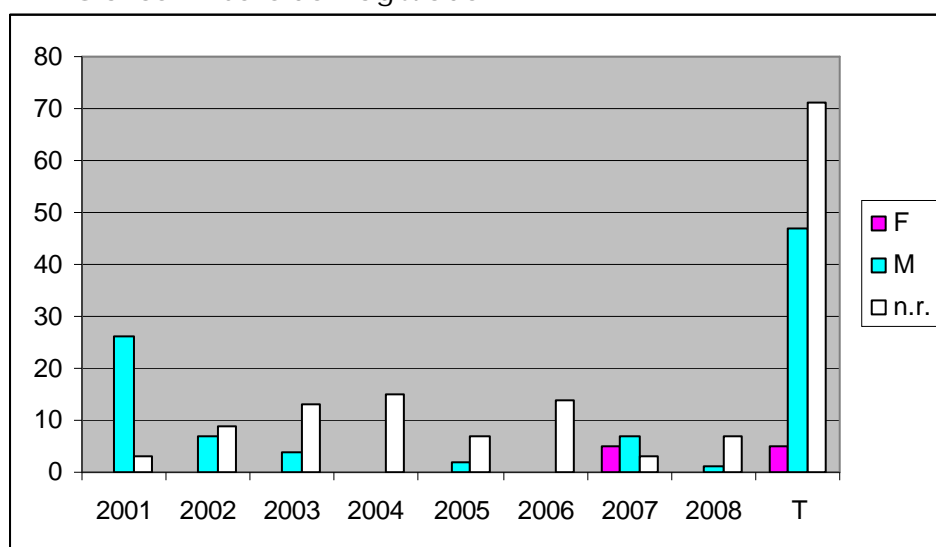
entanto, apenas em algumas situações estes mecanismos são accionados, como veremos mais à frente.

5.2.6.1.3. Sexo do Magistrado do MP

Saber se o magistrado responsável pelos processos de AOP é homem ou mulher, tornava-se relevante no sentido de tentar perceber se a variável sexo teria importância ou não na decisão final ou, até mesmo, no tipo de abordagem dada, ou das diligências pedidas.

Numa primeira análise, verifica-se que a percentagem de magistrados do sexo masculino é muito superior à de magistrados do sexo feminino.

Gráfico 71: Sexo do Magistrado



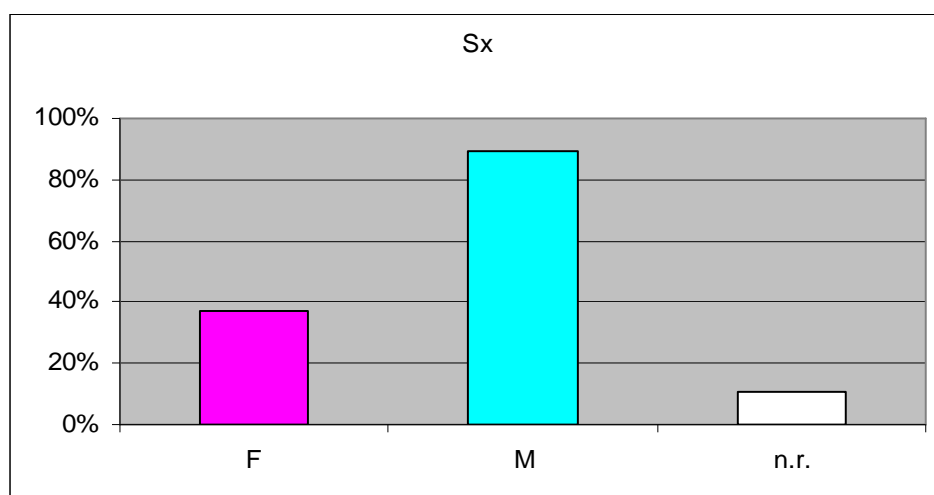
Assim, 38% dos magistrados a quem foi entregue o processo são de sexo masculino e apenas 4% são do sexo feminino. Note-se, porém, que em 58% dos processos não há menção ao magistrado responsável, o que seria uma informação relevante, no sentido de saber a quem compete essa responsabilidade e numa lógica de *accountability*.

No entanto, quando analisando o sexo do autor das diligências, o panorama altera substancialmente (gráfico 72).

5.2.6.1.4. Autor das diligências

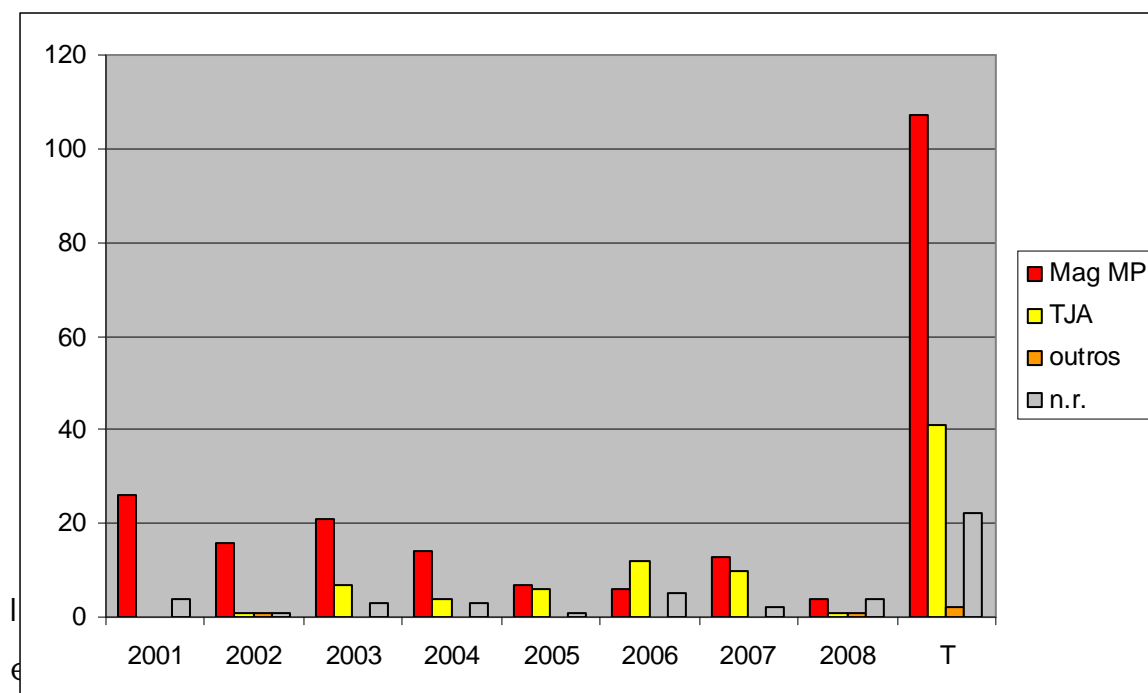
Se isto em termos de magistrado responsável pelo processo propriamente dito há, no entanto, que distinguir dos actores que se encarregam das diligências. E, aí, encontramos que o número de diligências efectuadas pelo sexo feminino aumenta para 27%, muito graças ao contributo dos funcionários judiciais que auxiliam ou executam determinadas tarefas. Quanto às diligências efectuadas pelo sexo masculino sobe para 65%. Nos casos em que não refere o autor das diligências o valor é mais diminuto, não indo além dos 8%. Parece, assim, tornar-se mais importante identificar os autores das diligências, sendo aparentemente menos relevante o responsável máximo por elas, levando a que, em caso de dúvidas que se levantem no processo, ser difícil saber a quem se pedem e a quem se prestam contas.

Gráfico 72: Sexo do autor das diligências



Ainda que os processos continuem a evidenciar uma forte presença masculina, quando se analisa o autor das diligências pode perceber-se, não só que os magistrados não são os únicos elementos responsáveis pela execução das tarefas como ainda, as mulheres (não magistradas) terem um peso significativo.

Gráfico 73: Autor das diligências



A leitura do gráfico 73 permite retirar algumas conclusões relevantes.

Embora 69% das diligências sejam efectuadas por magistrados do MP, muitas das vezes, auxiliados por técnicos de justiça ou funcionários judiciais, ao contrário do que seria de esperar, também encontramos em 20% dos processos diligências efectuadas apenas por técnicos de justiça, sem que um magistrado do MP as presencie e, ainda, mas com pouco relevo estatístico, 1% de diligências efectuadas por outros actores. Uma vez mais, em 11% dos casos não há referência ao actor que procedeu às diligências, o que vem reiterar a ideia de falta de *accountability* neste tipo de processos e, por outro lado, a entrega de funções especializadas a funcionários com fraca especialização¹⁴⁶.

Finalmente, sabemos que a maioria dos autos de declarações passam apenas pelas mãos de uma pessoa (em 61% dos casos)¹⁴⁷, por dois actores em 19% dos

¹⁴⁶ Muitos dos funcionários judiciais têm, ainda hoje, poucas habilitações. Os funcionários mais antigos, muitos deles, apresentam habilitações ao nível do quarto ano de escolaridade. Este aspecto foi mencionado, em conversa informal por um procurador do Ministério Público em funções.

¹⁴⁷ Significa que apenas um actor preside a todos os autos de declarações efectuados para aquele caso.

casos¹⁴⁸; por 3 pessoas em 7% dos casos: por 4 pessoas em 1,6% e por 6 pessoas¹⁴⁹ também em 1,6% dos processos.

5.2.6.2. A duração processual

Dos vários estudos que têm abordado a justiça no nosso país (Santos, 1995; Gomes, 2003; Pedroso *et al*, 2003; Santos *et al*, 2006) não haverá nenhum que não aborde a questão da duração processual e a morosidade da justiça.

De há muitos anos a esta parte a dificuldade em lidar com esta questão tem sido grande e as soluções que se encontram parecem nunca colmatar eficazmente este problema.

Na perspectiva de Conceição Gomes, " *[a] lentidão da justiça, consensualmente reconhecida como uma das principais disfunções do sistema judicial português, é também, grande responsável pelo crescente desprestígio e mesmo perda de legitimidade social dos tribunais como instância de resolução dos litígios*" (Gomes, 2003: 14).

Interessava testar a hipótese se nas AOPs a lentidão da justiça é também uma característica e em que medida é que os atrasos verificados condicionam a decisão final, o que pode ser conseguido olhando para os tempos processuais das principais diligências efectuadas.

5.2.6.2.1. Data Nascimento/Data Entrada

Para tentar perceber se há morosidade entre o nascimento do menor e a data de entrada do processo no tribunal cruzaram-se estas duas variáveis.

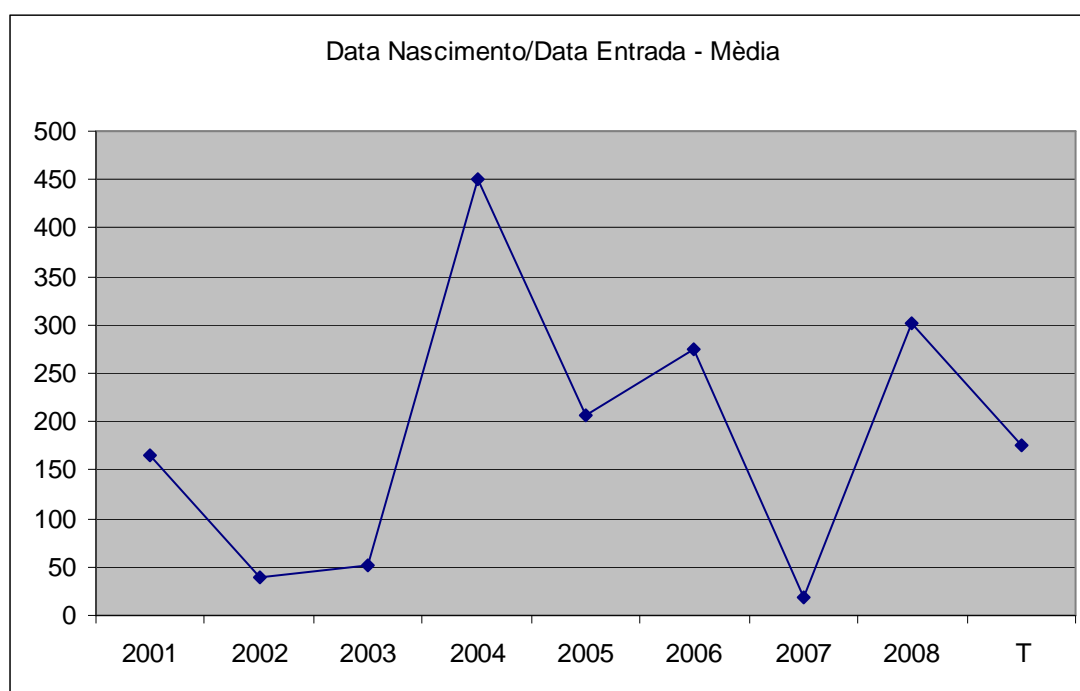
A sua análise permite concluir que a média, desde o nascimento do menor até à entrada do processo no tribunal é de 175 dias.

Este valor revela-se bastante significativo, evidenciando que, em termos médios, cada AOP leva quase meio ano a dar entrada no tribunal. Se atendermos ao facto de

¹⁴⁸ Significa que diferentes autos de declarações foram tomados por diferentes actores, ou que para a mesma declaração estiveram presentes dois actores.

o MP ter apenas dois anos para concluir o processo conclui-se que este passo inicial é muito moroso.

Gráfico 74: Data de Nascimento/Data de Entrada (média)



Este movimento, porém, tem sido bastante inconstante, como o demonstra o gráfico 74, podendo encontrar-se anos em que a média de entrada é pouco significativa (como os anos de 2002, 2003 e 2007) mas, por contraste, anos em que a média desde o nascimento à entrada do processo no tribunal foi muito elevada: como é o caso de 2004, com uma média de 450 dias; o ano de 2005 (superior a 250 dias); ou o ano de 2008, atingindo os 10 meses.

Coloca-se, então uma questão: será a mãe que demora a fazer o registo de nascimento do menor, ou será a Conservatória do Registo Civil que demora a enviar ao tribunal?

5.2.6.2.2. Data de Nascimento/Data do Registo

Com vista a responder a essa questão cruzou-se a data de nascimento do menor com a data do registo e chegou-se uma média 161 dias. Assim, se compararmos as

médias entre a data de nascimento e a data de entrada do processo (175 dias) e a data de nascimento com a data do registo (161 dias) percebe-se que a morosidade nesta questão se coloca do lado da mãe e não do sistema. É a mãe que tardiamente regista o menor que leva a que, desde o início do processo, o tempo comece a jogar contra o menor. E, desta forma, quando o processo chega às mãos do MP o tempo já se encontra em contagem decrescente. Se a mãe regista o menor cinco meses após o nascimento, significa que ao MP apenas lhe restam 19 meses para cumprir a sua função.

Quanto à Conservatória do Registo Civil, como se deriva dos números anteriores, a média desde o registo de nascimento do menor ao envio ao Tribunal competente é de 14 dias não parecendo, pelo menos, numa primeira análise, que a sua actuação possa condicionar o resultado do processo.

Então, se a CRC está isenta de responsabilidade nesta longa demora, à qual o tribunal também é alheio e que, aparentemente, busca a sua razão no facto de a mãe tardar em efectuar o registo, parece óbvio concluir-se pela inexistência de qualquer mecanismo alternativo que permita à CRC chegar ao conhecimento daquele nascimento, enquanto a mãe não o fizer. Seria de esperar que a CRC pudesse ter mecanismos alternativos de controlo dos nascimentos que, eventualmente, com a introdução dos registos de nascimento nas maternidades¹⁵⁰ e, talvez, uma informação obrigatória dos serviços neo-natais à CRC, poderia vir colmatar.

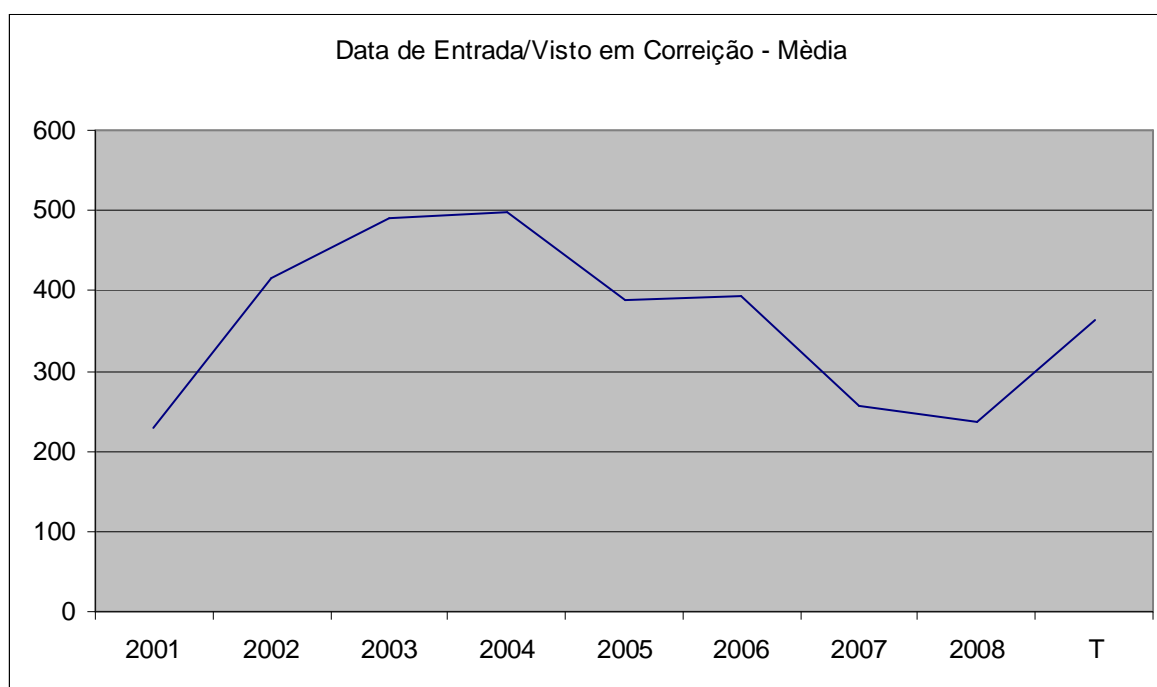
Num olhar para a duração do processo na sua totalidade, podemos analisá-lo por dois prismas, por um lado, cruzando a data de entrada do processo no tribunal e o visto em correição (isto é, a derradeira operação no processo) ou, por outro lado, e tendo em conta o que a lei prevê, cruzar a data de nascimento do menor com a conclusão do processo em AOP.

¹⁵⁰ O projecto "Nascer Cidadão", no artigo 96º, nº 1 do CRC, despacho nº 40/2008, veio permitir o registo de nascimento dos menores nas maternidades. Inicialmente apenas foram seleccionadas algumas instituições de saúde-piloto (Hospital de Santa Maria, Hospital São-Francisco-Xavier, Hospital Padre Américo, Hospital de São João, Maternidade Alfredo da Costa, Maternidade Júlio Diniz, Maternidade Bissaya Barreto, Hospital de Faro e Hospital Garcia da Orta, pretende estender-se este projecto a todas as unidades de saúde do país. Mais tarde, alargou-se à Maternidade Daniel de Matos, Hospital de Braga e Hospital de Guimarães. Prevendo-se o seu alargamento a todas as unidades de saúde do país.

5.2.6.2.3. Data entrada/Visto em correição

Na primeira situação, em média o processo demora 538 dias.

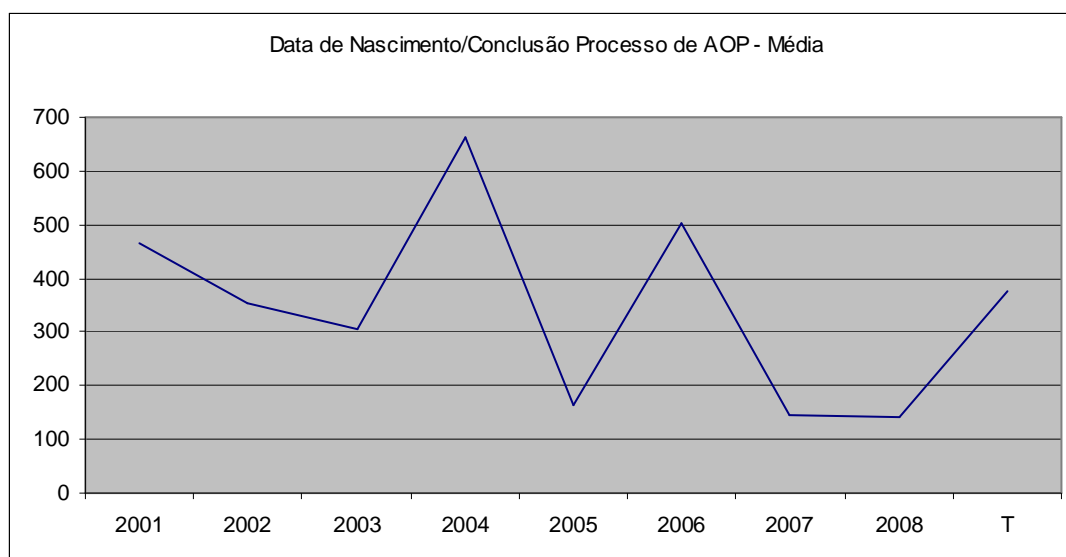
Gráfico 75: Data de Entrada/Visto em correição (média)



5.2.6.2.4. Data de Nascimento/Conclusão do Processo

E na segunda situação, que é a que se aproxima mais do enquadramento legal, a média é de 377 dias.

Gráfico 76: Data de Nascimento/Conclusão do Processo em AOP



De uma forma ou de outra, afigura-se claro que nenhuma delas se aproxima do limite imposto de 24 meses, parecendo que o MP está a cumprir bem a sua função, no que respeita a prazos, não deixando que a morosidade leve a que os processos de AOP terminem por prescrição¹⁵¹.

De notar ainda que, no que respeita ao tempo total do processo, ou seja, data entrada/visto em correição, a média atinge o seu máximo em 2004, vindo a decrescer consideravelmente desde então. Quanto à data de nascimento/conclusão do processo as flutuações são maiores, atingindo picos altos em 2004 e 2006 e sendo mais baixo nos anos de 2005, 2007 e 2008.

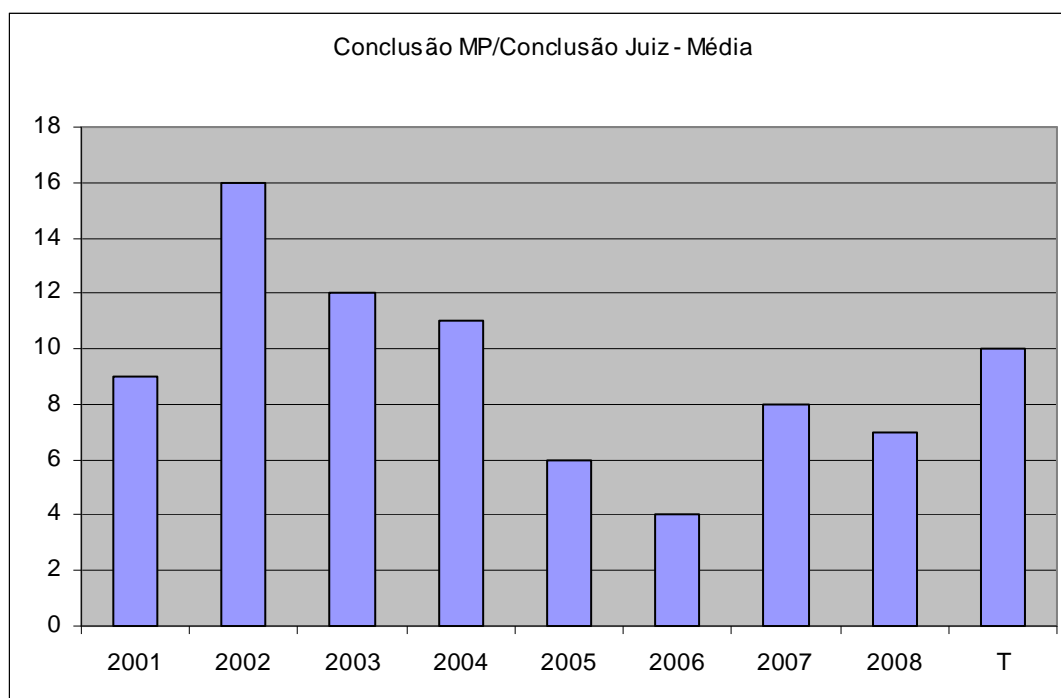
5.2.6.2.5. Conclusão do MP/ Conclusão do Juiz

Por último, no que à morosidade respeita, restava perceber o tempo que medeia entre o parecer do MP e a decisão do juiz. Poderia acontecer que o MP enviasse de imediato o despacho ao juiz e este, demorasse a produzir uma conclusão.

Pela análise do gráfico 77 verifica-se que a média é de 10 dias entre o parecer do MP e a decisão do juiz, o que parece ser também um prazo aceitável, se comparado com o panorama da justiça em Portugal, em termos genéricos.

¹⁵¹ Note-se que outro dos grandes bloqueios apontados ao actual sistema de justiça em Portugal é o elevado número de prescrições. Conceição Gomes considera mesmo que “[e]ntre nós, a justiça criminal tem recentemente, revelado a face mais dramática do colapso dos tribunais, as prescrições” (Gomes, 2003: 12).

Gráfico 77: Conclusão do MP/Conclusão do Juiz (Média)



5.2.6.2.6. Mês de saída

Finalmente, e no que a este assunto diz respeito, uma última hipótese se afigurava testar: se o factor tempo, imposto pela lei, seria ou não directamente responsável pela altura do ano em que o processo é dado como findo.

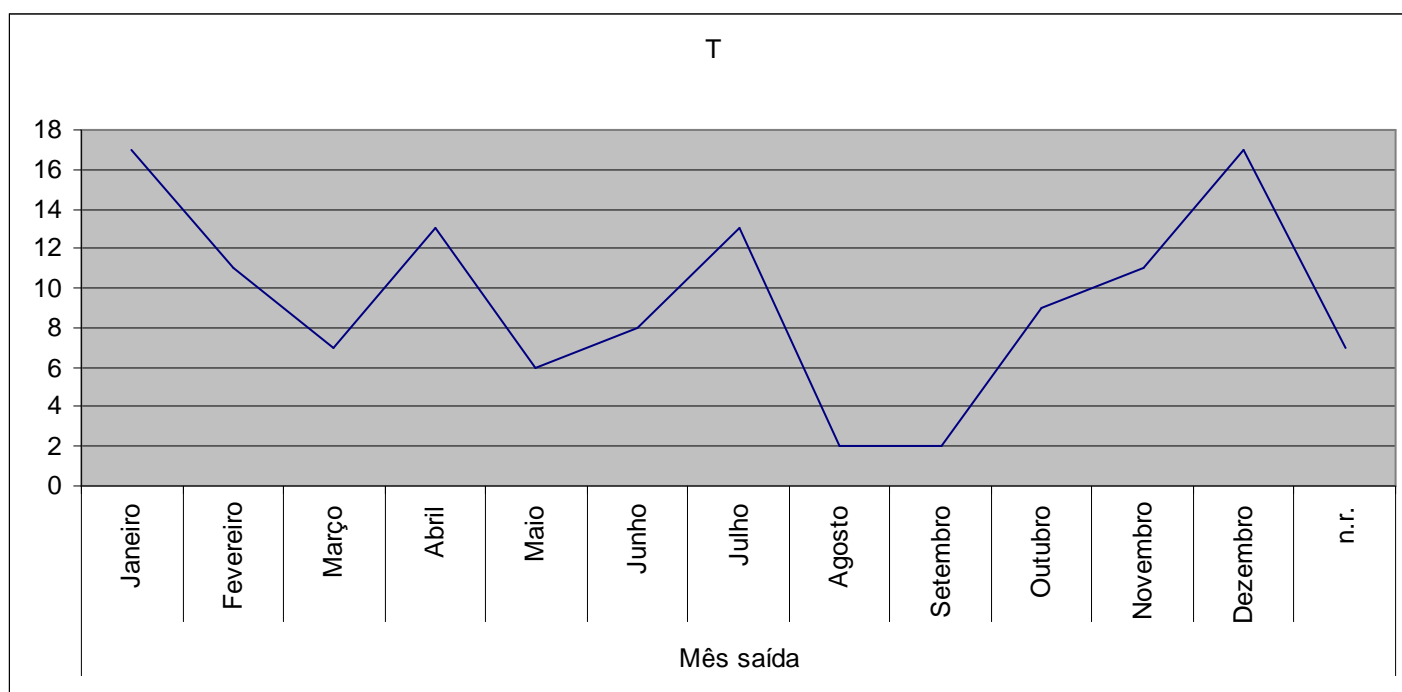
Sabendo que a lei impõe, desde o nascimento do menor até à conclusão do processo em AOP, dois anos, importava saber se a morosidade da justiça era aqui relevante e, por outro lado, perceber se existiria um número significativo de processos a terminar nas proximidades do final do ano para combater as pendências processuais, tão comuns também à justiça portuguesa em geral (Santos, 1995; Santos *et al*, 2006; Gomes, 2003; Dias, 2004; Dias, 2005; Duarte, 2007; Pedroso *et al*, 2003).

Da análise (gráfico 78), e como já mencionado, apenas 2% dos processos estudados prescrevem, significando que ultrapassam a imposição legal dos dois anos. Ainda assim, da análise efectuada desses processos prescritos verificou-se que a morosidade não teve na sua origem o procedimento jurídico propriamente dito, mas o facto de a mãe/progenitora ter registado tardiamente o menor.

Assim, ao analisarmos o factor tempo, podemos concluir que a morosidade processual não está aqui em causa. Quando olhamos para a data de saída dos processos percebe-se que, apesar de tudo, se denota alguma tendência para os processos findarem próximo do final do ano, provavelmente, numa tentativa de concluir processos e minimizar o número de pendências para o ano seguinte.

A isto não será alheio o facto de, como João Paulo Dias (2001) no seu estudo mostrou de alguns inspectores darem mais relevância aos aspectos qualitativos, e outros darem mais importância aos aspectos quantitativos, seguindo a máxima que, muitos processos julgados é sinónimo de bom desempenho por parte deste agente, o que nem sempre acontece.

Gráfico 78: Mês de saída do processo em AOP



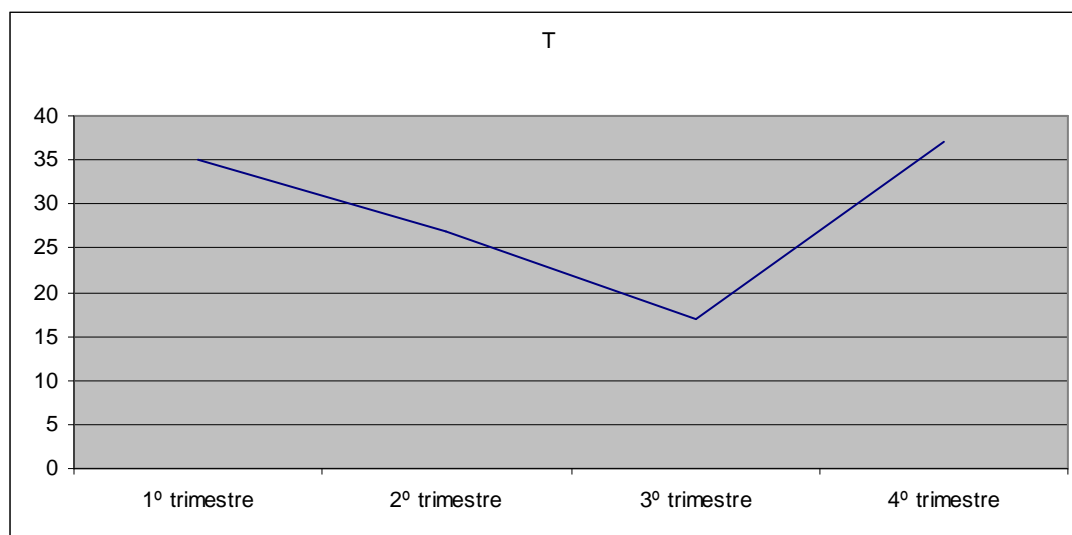
Aliás, segundo João Paulo Dias avaliar os agentes judiciais apenas pelo número de processos resolvidos conduz " (...) à protecção e defesa dos interesses dos magistrados enquanto grupo profissional em detrimento do interesse público" (Dias, 2001: 91).

Observa-se nos processos estudados um pico de finalização dos processos que se encontra no mês de Dezembro e no mês de Janeiro.

O mês de Julho, que antecede as férias judiciais, também regista um aumento significativo de processos concluídos, por contraste com o mês de Agosto e Setembro com um escasso número de processos findos¹⁵².

O último trimestre do ano e, muito particularmente o mês de Dezembro é, assim, o período do ano com mais processos de AOP finalizados, dando a ideia da necessidade de findar o maior número possível de casos, evitando o acumular de processos para o ano seguinte.

Gráfico 79: Trimestre de saída do processo em AOP



5.2.6.3. As imposições legais

Outro dos factores explicativos da morosidade processual refere-se à excessiva burocratização dos procedimentos sendo, talvez, o grande obstáculo a uma justiça mais célere (Dias, 2005; Dias, 2007; Duarte, 2007).

Este excesso burocrático pode ser visível não apenas nos procedimentos processuais, como são exemplo amplo a troca de ofícios em demasia entre os actores em detrimento do uso de novas tecnologias que permitiriam uma resposta mais

¹⁵² A alteração recente às férias dos magistrados judiciais teve em vista colmatar os atrasos que se verificam causados por este período do ano em que a produtividade é escassa e se verifica um fraco andamento processual.

rápida. *“A forma burocrática como o sistema comunica, interna e externamente, é largamente responsável pelo atraso da justiça. A ausência de meios expeditos de comunicação obriga, não só a paragens dos processos, muitas vezes por largos períodos de tempo, como leva a desperdícios significativos de tempo, de vinculação de ofícios entre entidade requerente e requerida”* (Gomes, 2003: 291; Duarte, 2007).

Este excesso burocrático, segundo Gomes, não só não permite eficiência ao sistema como faz com que os seus principais intervenientes tenham que lidar constantemente com questões que só indirectamente dizem respeito ao processo, faltando tempo para as questões que realmente se relacionam com o processo (Gomes, 2003).

O andamento aparente do processo, a que alude Conceição Gomes (2003) pode, no caso das AOPs, verificar-se nas excessivas notificações de ordem vária que são solicitadas ao longo de todo o processo.

Interessa, no entanto, perceber se esse excesso burocrático se traduz em eficiência e, por outro lado, em que medida é que essas notificações e imposições legais revelam incumprimento por parte de algum dos actores que possa ajudar a explicar a conclusão dos processos.

5.2.6.3.1. Notificações, faltas e intervenção policial

Interessa aqui perceber se a mãe é responsável pelos atrasos processuais, ou se existe alguma falta de vontade da sua parte em ver a situação resolvida ou se, pelo contrário, se denota colaboração com o MP na averiguação da identificação do PP.

5.2.6.3.1.1. A mãe

Da análise conclui-se que a mãe falta pouco e que aceita, na generalidade, as notificações enviadas pelo MP, poucas vezes sendo alvo de intervenção policial.

Em 78% dos casos a mãe não falta às diligências solicitadas pelo MP, embora em 16% dos processos a mãe falte uma vez às diligências solicitadas pelo MP. No entanto, parece que esta situação não evidencia fuga à justiça ou à descoberta da verdade. Esses casos poderão estar presentes em situações de maior número de faltas por parte

da mãe que, apesar de tudo, apresenta um número pouco expressivo: em 3% dos casos a mãe falta entre duas e quatro vezes às diligências solicitadas pelo MP.

Relativamente às faltas a exame, também aqui se denota a tendência encontrada para as faltas nas diligências de tribunal. A mãe comparece sempre em 64% das situações, faltando por uma vez a exame em 4% dos casos. Só numa ínfima percentagem de casos (0,8%) a mãe falta duas vezes a exame, não se registando nenhum caso em que a mãe não tenha comparecido em laboratório por mais que duas vezes.

No que respeita às notificações enviadas à mãe, em 69% dos casos, esta aceita a notificação enviada pelo MP (via CTT) e apenas em 15% dos casos a notificação é devolvida à procedência (MP), em 10% dos casos devolvida por duas vezes e em 4% dos casos devolvida por três vezes ao MP.

Em 83% dos casos não é necessário intervenção policial, seja para fazer entrega da notificação à mãe, seja para a coagir a dirigir-se ao Tribunal. Nos restantes casos em que esta informação é prestada, sabe-se, porém, que em 8% dos casos é necessária a intervenção dos agentes policiais (GNR ou PSP) uma vez, em 4% os agentes de autoridade intervêm por duas vezes, em 0,8% três vezes e em 2% dos casos a autoridade policial precisa de intervir por quatro vezes.

5.2.6.3.1.2. O PP

Quanto ao PP, embora os números não sugiram grandes discrepâncias em relação à mãe, pode perceber-se que o PP é mais faltoso, necessita em maior número de vezes de intervenção policial e aceita em menor número de vezes as notificações dos CTT.

Em 68% dos casos o PP não falta às diligências solicitadas pelo MP. Nos casos em que não comparece, em 11% das situações falta apenas a uma diligência e em 2% dos casos a duas diligências.

Quanto às faltas a exame o PP cumpre em 34% dos casos, faltando por uma vez a exame em 4% dos processos e em 2% dos casos o PP falta por duas vezes a exame.

Tanto a mãe como o PP, na generalidade, comparecem às notificações do Tribunal ou do laboratório, no entanto, a mãe é mais cumpridora do que o PP,

faltando menos, quer às diligências dentro do tribunal quer às diligências externas, como a comparência no laboratório. A mãe é mais faltosa no que respeita às notificações de comparência no tribunal – 19% de faltas, contra 13% de faltas do PP.

Sabe-se, ainda que o PP1 é mais faltoso nos casos de perfilhação condicionada pelo ADN do que nas perfilhações voluntárias ou nas inviabilidades. Tal, pode permitir concluir que nos casos que se concluem como inviáveis o PP comparece às diligências porque não terá receio de ser identificado como pai do menor. Pelo contrário, quando não quer assumir a paternidade, sabendo que o pode ser, tende a faltar mais.

Relativamente às notificações enviadas pelo MP ao PP sabe-se que, tal como no caso da mãe, também o PP na generalidade dos casos aceita a notificação entregue pelos CTT (64%). Apenas em 11% dos casos não recebe uma notificação, e em 4% dos casos duas ou três notificações são devolvidas pelos CTT ao MP.

Quanto à intervenção policial, ela é desnecessária em 69% dos processos estudados, mas sendo necessária em 9% dos processos por uma vez, em 2% dos casos por duas vezes, em 3% dos casos por três vezes e em 50,8% dos casos por cinco vezes ao mesmo indivíduo.

Em suma, a mãe recebe menos notificações e o PP é mais vezes alvo de intervenção policial.

É aqui que, na verdade, se evidencia a maior discrepância e que revela, provavelmente, o maior desinteresse do PP em ver resolvida a questão e que denota, a “tentativa de fuga” à justiça ou, pelo menos, a ideia de compulsividade. O PP não se apresenta por livre e espontânea vontade às diligências solicitadas, apenas o faz, quando a isso é obrigado.

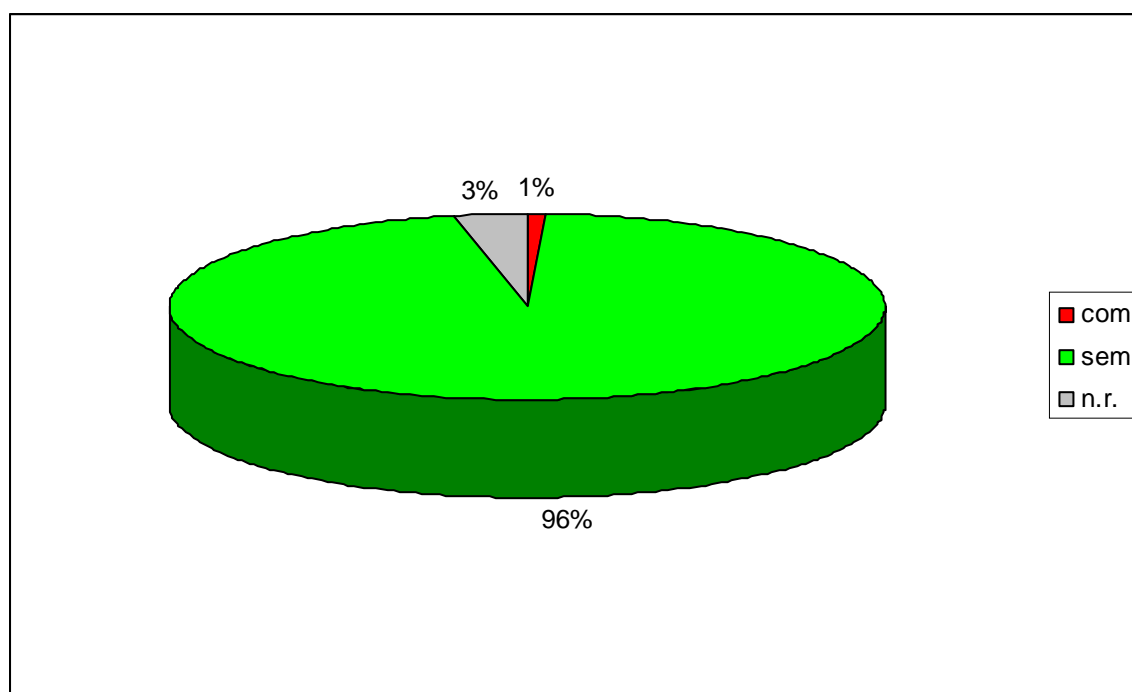
5.2.6.3.2. A multa

Finalmente, se, como vimos, em 31% dos processos analisados, só após investigação compulsiva por parte do MP se consegue chegar à identificação biológica do PP do menor, então, segundo a lei, tal deveria levar a que, pelo menos, neste tipo de casos, o PP fosse multado por se provar que havia fugido à verdade. Embora a legislação das AOPs faça menção a esta penalização (no artigo 519º do

CPC)¹⁵³, a verdade é que na prática ela não é aplicada. Se olharmos para a argumentação dada para o facto percebemos que o interesse do legislador se centra na identificação do pai biológico, e não na identificação de um culpado. Assim, não interessa ao sistema multá-lo por não colaborar, mas antes que ele colabore.

No entanto, da análise dos processos verifica-se que a multa é instrumento quase acessório na prática quotidiana nas AOPs já que, dos processos consultados em AOP, apenas num deles o pretense pai foi sujeito a multa, como revela o gráfico 80.

Gráfico 80: A multa



5.2.6.3.3. Custas Judiciais

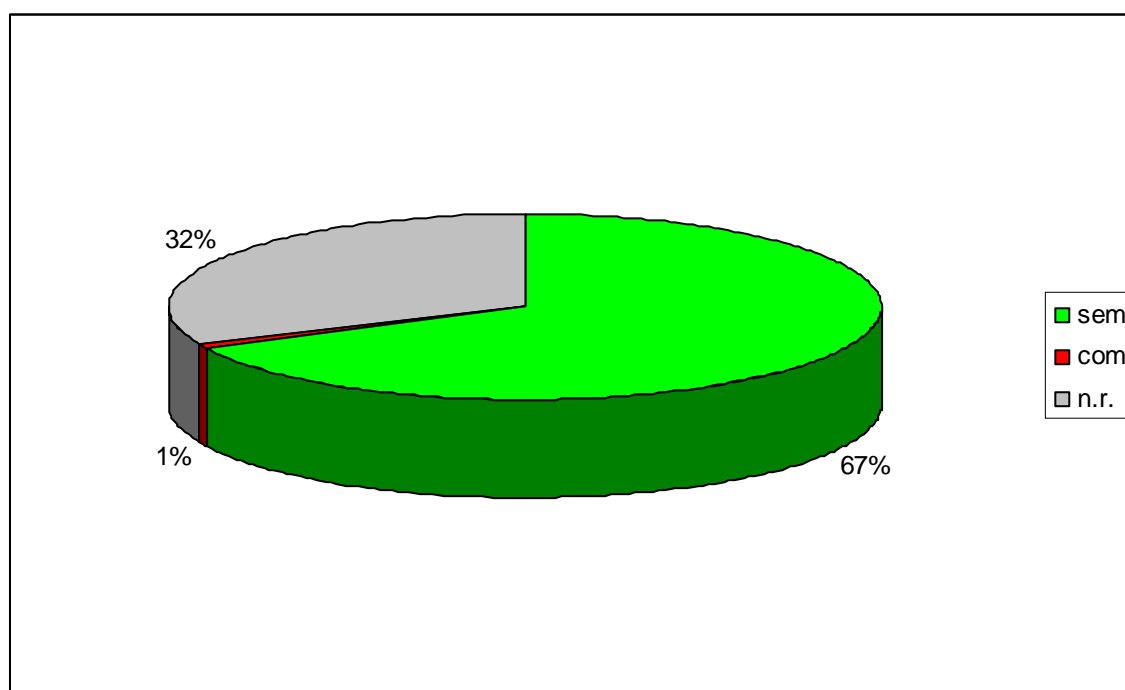
O mesmo é válido quanto às custas judiciais do processo. Seria igualmente de esperar que as custas judiciais do processo de AOP, nos casos em que o PP tenta iludir

¹⁵³ O artigo 519º do CPC refere-se ao dever de cooperação para a descoberta da verdade. Segundo o nº 1 " Todas as pessoas (...) têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. 2 - Aqueles que recusarem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis (...)" (Artigo 519º do CPC).

a justiça, lhe coubessem. No entanto, uma vez mais, tal não se verifica, já que apenas num processo foram cobradas as custas ao PP¹⁵⁴.

O facto de por raras vezes se encontrarem custas associadas ao processo de AOP, torna-se ainda mais difícil de compreender quando atentamos ao facto de, cada vez mais, os tribunais neste tipo de casos trabalharem de mãos dadas com a ciência. Assim, sendo a tecnologia um instrumento poderoso ao serviço da justiça, mas também oneroso, será de difícil compreensão esta ausência de cobrança aos responsáveis.

Gráfico 81 – As custas judiciais



De facto, embora se encontre nos processos uma nota de despesas que, em média, é de 1103 euros por processo, esta não se materializa na prática, no sentido de a fazer pagar quem provocou a situação. Assim, parece estar-se na presença de uma situação em que o progenitor que se desvia das suas responsabilidades, acaba impune neste processo.

¹⁵⁴ Embora, neste caso, os casos em que não refere se existem custas associadas ao processo ou não é bastante superior ao caso da multa. No entanto, presume-se que a possibilidade de não estarem associadas custas ao processo nos casos englobados na categoria "n.r." é maior, dado que, se houvesse custas elas estariam, provavelmente, explícitas no processo, bem como o seu valor.

Mais, se a nota de despesas, em média, ronda os 1103 euros por processo, se atentarmos aos casos em que a ciência é convidada a auxiliar na busca da verdade, fazendo-se testes de ADN, então, estamos na presença de casos em que a média da factura do laboratório ronda os 1400 euros que, uma vez mais, parece que não incidem sobre os actores do processo.

Esta situação, de novo, alerta-nos para a questão da *accountability* (responsabilidade e da prestação de contas). Se o PP que não perfilha o menor, no final, é dado como pai biológico, então (e a lei prevê essa situação)¹⁵⁵ deveria caber-lhe as custas de todo o processo, bem como as despesas inerentes aos testes de ADN¹⁵⁶. No entanto, o que se verifica é que o juiz acaba por fazer pender na administração da justiça esse ónus, ilibando o PP ou a mãe dessa factura. No entanto, a cultura profissional adoptada, no que a este domínio diz respeito, parece centrar-se mais no forte argumento de que será mais importante que o PP perfilhe aquele menor, do que o valor económico que o processo desencadeado possa ter.

Em suma, pode dizer-se que o comportamento da mãe/mulher continua ainda a ser alvo de dúvidas por parte do homem.

No entanto, da análise dos dados, é-nos permitido concluir que a mãe não mente! A mãe identifica o PP, conta a gravidez e raramente falha. O PP, por seu turno, tende a fugir mais à justiça nas situações de perfilhação condicionada pelo ADN do que nas perfilhações voluntárias ou nas inviabilidades. O PP duvida, em número significativo de vezes, da mulher, muitas vezes, sua companheira de anos, precisando do auxílio da ciência para perfilhar o menor. Um aspecto curioso aqui é o facto de o PP duvidar da mãe mas não duvidar do ADN.

As mulheres estrangeiras apresentam maior dificuldade em provar a paternidade do pai e os pais estrangeiros são mais difíceis de localizar e de assumir a paternidade.

¹⁵⁵ Artigo 519º do Código do Processo Civil.

¹⁵⁶ "A multa sublinha a falta de cumprimento do dever de cooperação, em situações em que a colaboração envolveria para a pessoa um dano mínimo, ou nenhum dano, mas em que o faltoso invoca direitos fundamentais de uma forma excessiva para se furtar às suas responsabilidades" (Coelho e Oliveira, 2006: 44).

Relativamente ao ADN é-nos dado a concluir que estes testes permitem identificar o PP numa grande percentagem de casos. No entanto, existem ainda muitas situações em que o teste não é, sequer, aplicado. As inviabilidades, por exemplo, poderiam ser menores se realizados testes de ADN em maior número já que, como vimos, em 82% dos casos considerados inviáveis não houve teste de ADN.

O facto de haver muitas mães solteiras, mas que até podem viver maritalmente com o companheiro ou namorado, leva à instauração de um número muito elevado de processos de AOP que acabam em Perfilhação voluntária, aparentemente desnecessária.

O facto de haver muitas mães ou PPs cujo estado civil é casado, mas sendo o cônjuge um terceiro elemento, leva a muitos processos de AOP. Esta situação, em parte foi colmatada com o afastamento da presunção de paternidade presumida¹⁵⁷, mas ainda não resolve todas as situações: resolve a situação do ex-marido da mãe, mas não resolve a do PP do menor que também pode ser casado.

5.3. As Averiguações Oficiosas de Paternidade e as Acções de Investigação de Paternidade – Da fase pré-judicial à judicialização da Paternidade

Não cabe no âmbito deste estudo analisar com detalhe as acções de investigação de paternidade. Porém, na realização do trabalho empírico, a tentação de espreitar estes processos foi grande e venceu.

Assim, embora não pretendendo fazer uma análise exaustiva das AIPs, tentar-se-á fazer uma abordagem a elas sobretudo, de uma forma comparativa com as AOPs.

O facto de não terem surgido na amostra recolhida para as AOPs processos que seguissem para AIP é já, de certa forma, revelador da percentagem de casos deste tipo que são, efectivamente, judicializados.

A AOP é uma fase preliminar em que ao MP cabe investigar se há ou não viabilidade para ser instaurada a Acção de Investigação de Paternidade. No entanto, o facto de na amostra recolhida não haver nenhum processo que seguisse para o judicial parece mostrar que serão escassos os processos judicializados.

¹⁵⁷ Após um Acórdão do Tribunal Constitucional nº 609/2007 e publicado em Diário da República em 07/03/2008 (www.inverbis.net).

Este dado é reiterado pelas entrevistas realizadas, que mostram claramente que os próprios actores do sistema judicial têm clara noção da pouca judicialização deste tipo de casos e a que voltaremos mais à frente.

Esse facto levou a algumas reformulações metodológicas. Havia sido pensado constituir uma amostra de 30% de processos na fase de AOP e, posteriormente, acompanhar os processos que seguissem para a fase de acção de investigação judicial da paternidade. A selecção dos processos de AIP seria natural. Como não foram detectados processos que prosseguissem para AIP, tornou-se indispensável formular outra estratégia metodológica, tendo decidido pedir nova amostra de processos mas, desta feita, da fase de AIP tendo contemplado, igualmente, 30% dos processos em fase de AIP e no mesmo período.

Ressalve-se, porém, que tratando-se de um número muito inferior de processos nesta fase, os reflexos na amostra são evidentes. E, assim, se em fase de AOP, uma amostra de 30% contempla 123 processos, em fase de AIP 30% de processos acaba por contemplar um número muito diminuto de processos (9 processos) mas, ainda assim, permitindo fazer algumas comparações.

Embora não tencionando deter-me exaustivamente sobre todos os seus aspectos, referirei alguns que me parecem relevantes.

Em primeiro lugar, de salientar que, ao contrário do que se passa em AOP, em AIP, sendo uma fase judicializada, são introduzidos novos actores. Assim, o PP continua a ser um actor relevante em todo este processo, no entanto, passando a designar-se réu. Mas nem sempre o réu é o pretense pai (PP). Situações há, como veremos, que por manifesta impossibilidade do PP (por falecimento, por exemplo), o Estado interpõe a acção contra outrém (em princípio, da linhagem do PP, como a sua mãe, ou irmã, ou de seus familiares directos, como mulher do PP ou filhos do PP). Assim, nos processos de AIP, apesar de na maioria dos casos ser o PP o réu (46%), em 8% dos processos o réu é a avoenga paterna¹⁵⁸, em 15% a tia paterna, em 8% a mulher do PP e em 23% os filhos do PP¹⁵⁹.

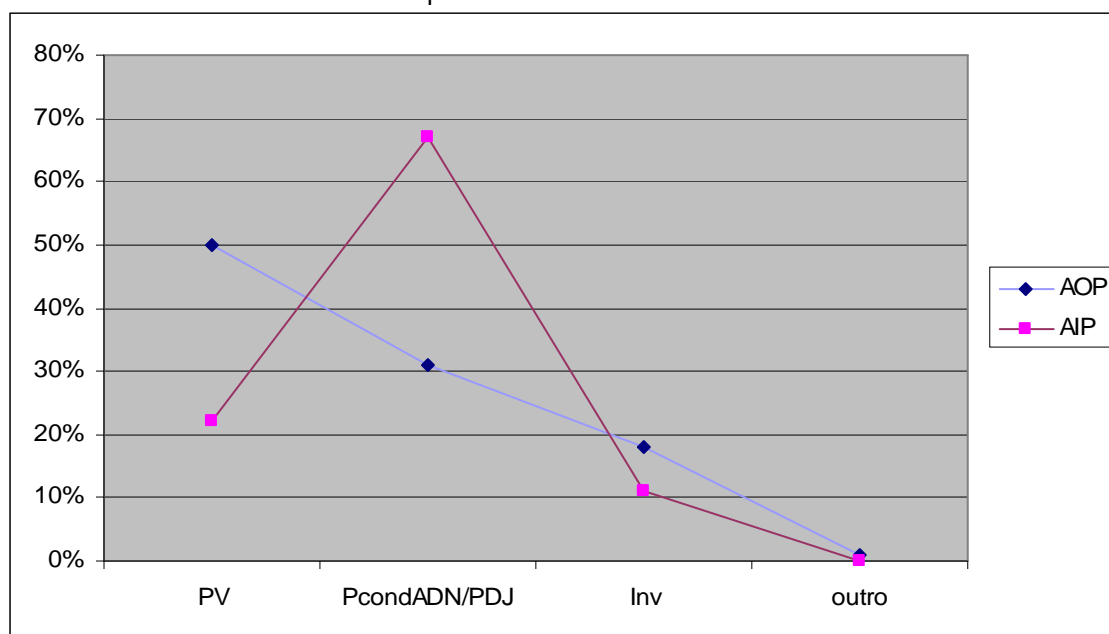
¹⁵⁸ É o termo jurídico utilizado, que na prática, respeita aos avós paternos do menor.

¹⁵⁹ Podendo até ser vários em simultâneo. Por exemplo, podem ser réus na mesma acção, a mulher do PP e seus filhos.

Também outra *nuance* encontrada nos processos de AIP distinta das AOPs diz respeito à faculdade dada pela lei de contestar. Em AIP é dada a possibilidade ao réu de “contestar a petição inicial, querendo”¹⁶⁰. Ainda assim, e dos processos analisados, na grande maioria o réu não contesta (67%), apenas em 33% dos casos o réu (seja o PP ou não) contesta a petição inicial de investigação da paternidade.

Se olharmos para a forma como são concluídos os processos (Gráfico 82), em AOP as perfilhações voluntárias são de 50% enquanto que em AIP apenas atingem os 22%. Já as perfilhações condicionadas pelo ADN (em AOP) ou as perfilhações por decisão judicial (AIP) passam dos 31% para 67%. Finalmente, os processos inviáveis decrescem substancialmente de uma fase para a outra – em AOP são de 18% enquanto que em AIP são na ordem dos 11%.

Gráfico 82 – Conclusão do processo em AOP e em AIP



Assim, no conjunto geral de AOPs e AIPs continua a verificar-se um claro predomínio de casos em que o menor vê o seu pai reconhecido na lei, quer tal aconteça pela perfilhação voluntária, por perfilhação condicionada pelo ADN, ou por decisão judicial, sendo superior a 80% dos casos analisados. Porém, no conjunto total

¹⁶⁰ É também esta a expressão exacta que se utiliza.

de casos analisados (em AOP e em AIP) verifica-se que em 17% dos casos, nem em fase de AOP nem em fase de AIP, se consegue chegar ao verdadeiro pai biológico.

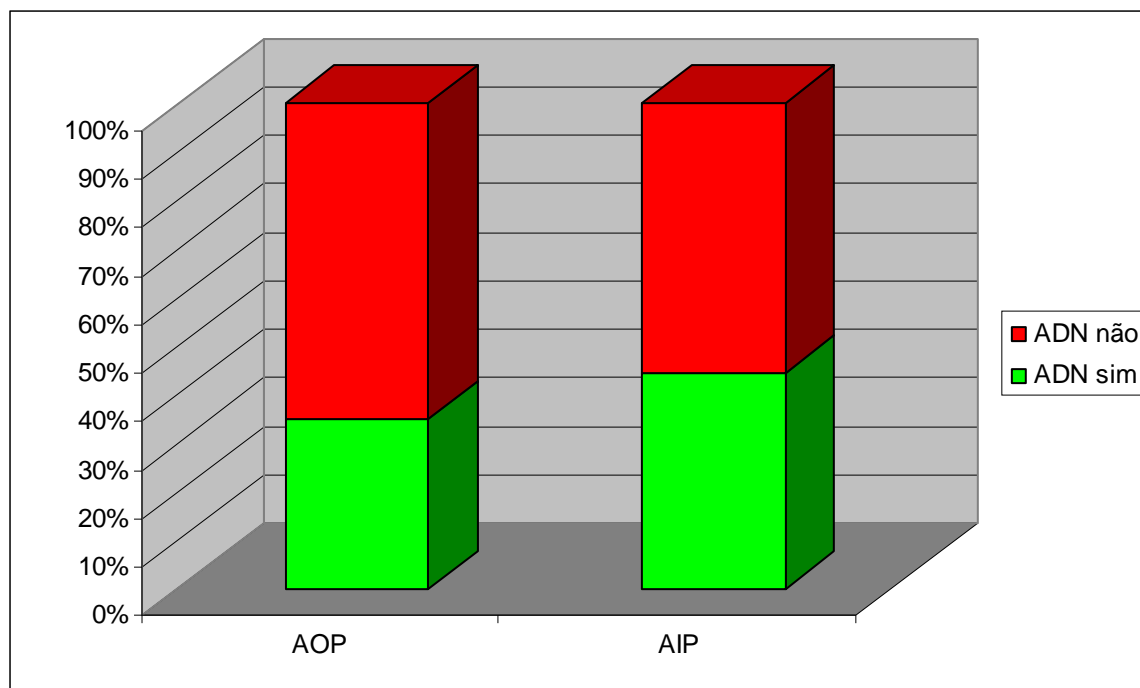
Enquanto que em AOP a Perfilhação Voluntária é esmagadora, no caso das AIP's esta decresce fortemente. Em AIP é a "perfilhação por decisão judicial" que prepondera, muitas vezes, não porque o pai queira assumir a paternidade do menor, mas porque o tribunal assim o determina.

No entanto, se olharmos para os processos em que há perfilhação condicionada pelo ADN e perfilhações por decisão judicial, o ADN continua a não estar presente em 75% dos casos de AIP, contra apenas 25% dos processos de AIP em que há recurso ao ADN. Ora, isto vem mostrar precisamente que, se os casos foram inviáveis em AOP, na grande esmagadora maioria deles, por não ter havido possibilidade de fazer o teste de ADN, em AIP o teste continua a não ser feito em grande parte das situações, no entanto, a lei possibilita que nesta fase o juiz decida pela perfilhação judicial, atendendo a outros elementos de prova, o que não parece acontecer em AOP.

Assim, desde logo pode perceber-se que enquanto em AOP o vínculo biológico está muito dependente da prova científica em AIP, pelo contrário, o vínculo biológico passa de novo a estar dependente das provas ditas tradicionais (baseadas, sobretudo, na prova testemunhal e documental).

Esta ideia remete-nos então para outro campo em que se tornava necessário indagar sobre o tipo de casos que chegavam a esta fase e, assim, através das petições iniciais, foi possível aceder ao objecto da acção e perceber o que mudava de uma situação para a outra para o ADN ser aqui colocado em 2º plano, dando origem às provas tradicionais.

Gráfico 83 – ADN em AOP e em AIP



Analisando as petições iniciais dos processos de AIP verificou-se que em 38% dos processos se tratava de casos em que o PP tinha falecido, entre a gravidez da mãe e o nascimento da criança, não tendo havido tempo para que perfilhasse o menor e, conseqüentemente, estamos perante situações em que mais do que o vínculo biológico se reclama, simultaneamente, a herança a que o menor tem direito. Mas, em 63% dos casos, continuamos na presença de situações em que é o vínculo biológico que a petição inicial continua a afirmar defender. E nestes, apenas em dois casos o teste de ADN foi realizado, como demonstra o gráfico 83.

O número de diligências feitas em AOP e em AIP é substancialmente diferente. Enquanto que em AOP se fazem, em média 25 diligências, em AIP o número médio aumenta quase para o dobro (49). Este facto pode explicar-se pelo facto de em AIP estarem não apenas as diligências efectuadas nesta fase concreta, mas também as diligências efectuadas na fase preliminar, ou seja, as 25 das AOP, mais 24 da fase de AIP.

No entanto, se nos debruçarmos um pouco mais neste ponto, também percebemos que o conjunto relevante de diligências terão sido efectuadas na fase de

AOP e, portanto, seria de esperar que na fase de AIP as diligências a efectuar fossem em menor número, o que não se verifica.

Daqui talvez possamos concluir que as diligências efectuadas em fase de AIP (fase judicializada propriamente dita) os procedimentos sejam mais burocráticos e, portanto, obriguem a um número maior de diligências.

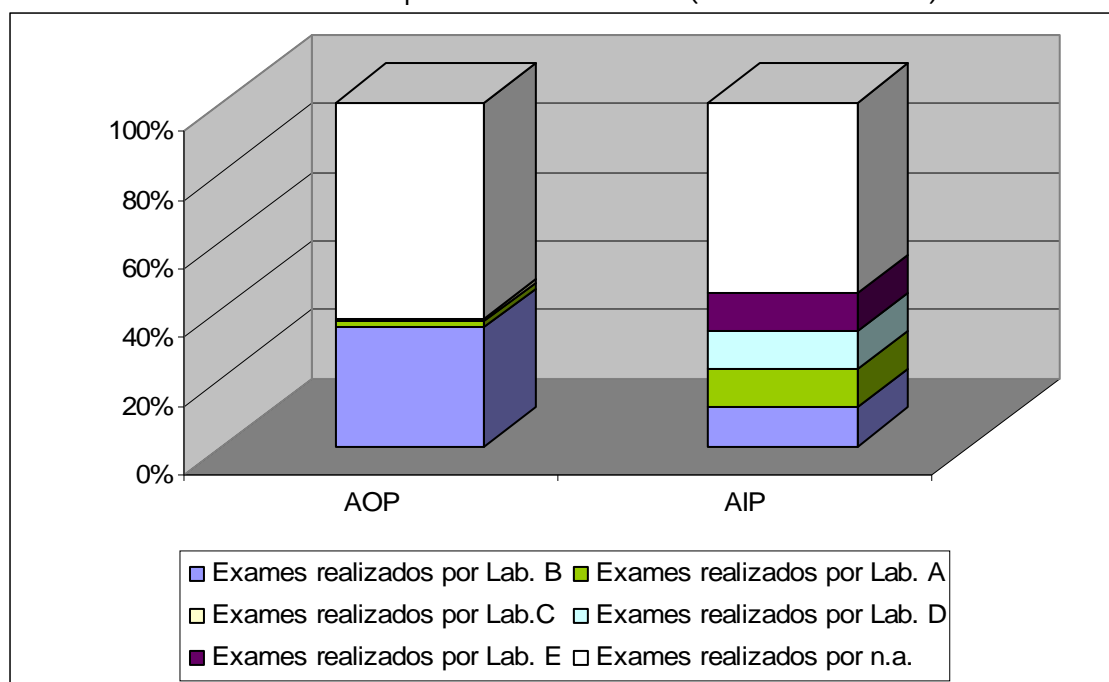
Se olharmos para os actores que intervêm nas duas fases, podemos perceber claramente que entram na fase judicial outros actores que, em fase de AOP tinham pouca relevância. Por exemplo, a existência de outros tribunais (que não o TFM do Senhor da Pedra) surge com maior ênfase. Enquanto que em AOP a presença de outros tribunais é de 5% no total de actores envolvidos, em AIP os outros tribunais surgem em 13% dos casos.

Ora, o facto de os processos necessitarem da intervenção de mais do que um tribunal, por si só, acaba por justificar a presença de mais diligências, através das cartas rogatórias¹⁶¹ que vão saltitando de um tribunal para outro mostrando, uma vez mais, o excesso burocrático que também nestes processos está presente.

Mas, não são só os tribunais que apresentam maior incidência em processo de AIP, os laboratórios também surgem aqui com maior incidência quanto à sua diversidade. Se, como vimos, em AOP o Laboratório B acaba por ter praticamente o monopólio das análises de ADN, representando 10% de todos os actores intervenientes, em AIP o este laboratório representa apenas 6% e outros laboratórios 19%.

¹⁶¹ Pedido de auxílio judiciário.

Gráfico 84 – Laboratório que realiza as análises (em AOP e em AIP)

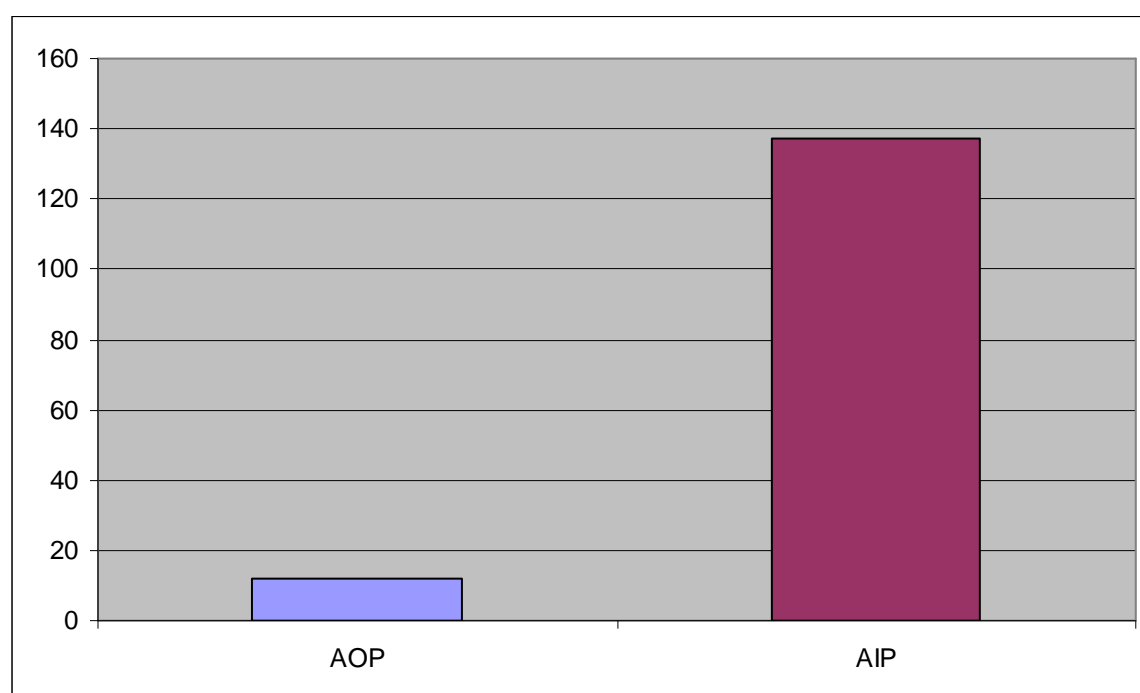


Atentando aos exames laboratoriais com mais pormenor, enquanto que em AOP os exames eram maioritariamente realizados pelo Laboratório B (35% e apenas 0,8% pelo laboratório C, 1,6% pelo laboratório A, em AIP surgem mais laboratórios a fazer exames: 11% Laboratório B; 11% Laboratório A; 22% outros laboratórios (privados).

Esta diversidade de laboratórios que surgem em fase de AIP é estranha, mas tão estranha como o facto de em AOP surgir o Laboratório B como o grande detentor dos exames de sangue quando, em termos legais, se esperaria que coubesse ao laboratório A essa tarefa¹⁶², como abordado anteriormente. No entanto, e curiosamente, o facto de haver mais laboratórios a procederem aos exames científicos não parece trazer mais celeridade ao sistema. De facto, enquanto que em AOP a média transcorrida entre a data do exame laboratorial e a entrega do relatório rondava os 12 dias, em fase de AIP a média sobe substancialmente para os 137 dias. Se o laboratório B entrega os seus relatórios em menos de duas semanas. Parece ficar claro que os outros laboratórios são mais morosos que o anterior chegando a precisar, em média, mais de 4 meses para produzir o relatório científico.

¹⁶² Cf. lei nº 45/2004, já mencionada anteriormente.

Gráfico 85: Data de exame/Entrega do relatório em AOP e em AIP (média)



Tanto em AOP como em AIP a mãe identifica o PP ao Ministério Público e conta a gravidez ao PP. Em ambas as situações a relação marital ou amorosa predomina. No entanto, enquanto que em AOP também se podia encontrar outro tipo de relação, no caso das AIPs só estas duas surgem. O tempo da relação em AIP, porém, é menor.

Em termos de faltas (faltas às diligências marcadas pelo MP: inquirições, comparência a exame), se em AOP a mãe era já considerada pouco faltosa, em AIP ainda dá menos faltas que em AOP (0,2). No entanto, enquanto que em AOP o PP na grande maioria consente o exame, em AIP em 22% dos processos o PP¹⁶³ não dá o seu consentimento à realização do exame. Como já tivemos oportunidade de aprofundar, não é pelo facto de o PP ou o réu não consentirem na realização dos exames que a paternidade deixará de ser declarada podendo, porém, justificar a percentagem de não recurso ao ADN em fase de acção de investigação.

¹⁶³ Fala-se aqui, em termos gerais no PP, no entanto, nalguns casos analisados em AIP, nem sempre o réu é o PP, pois situações há em que o PP é falecido e, conseqüentemente, tanto podemos estar aqui a falar no consentimento do PP, como no consentimento de quem está a defender os interesses do pai (avoenga paterna, meios-irmãos do menor, mulher do PP, etc):

Em AOP 96% dos processos não estavam sujeitos a multa e em AIP a variação não parece significativa, encontrando-se aqui 89% de processos em que também não é aplicada multa ao réu. Porém, se analisarmos as custas judiciais percebemos que, ao contrário do que se passa com a multa, em 67% dos casos são cobradas custas judiciais¹⁶⁴.

Relativamente a outros dados mais difusos constata-se que, por comparação às AOPs, o sexo do menor é semelhante para ambos os casos: os rapazes em AIP são 54% e as raparigas 46%. Quanto à situação do menor verifica-se, tal como acontecia em AOP, a existência de pouca informação sobre este dado. Em AOP os processos não referem informação sobre a situação do menor em 90% dos casos e em AIP em 78% dos casos também nada referem, o que pode ainda ser mais significativo em fase de AIP, dado estarmos na presença de processos judicializados, e da presença de audiências em tribunal.

Quanto às razões apontadas pelo pretense pai para não perfilhar o menor, enquanto que em AOP as razões do PP incidiam maioritariamente nas dúvidas acerca do comportamento da mãe e relacionamento com outros companheiros (19,5%), em AIP a razão do processo prende-se em muitos casos, como o falecimento do PP (33%).

Um outro dado digno de registo diz respeito ao período legal de concepção. Tanto em AOP como em AIP há referência ao período legal de concepção. No entanto, enquanto que em AOP em 22% dos processos há referência a esse período, contra 35% em que não é feita qualquer referência (e nunca discriminando os dias exactos) em AIP, para além de na totalidade dos processos ser mencionado o período legal de concepção, também se precisa os dias concretos.

Por último, atentemos a alguns aspectos que nos podem remeter para algumas conclusões no que respeita à morosidade processual.

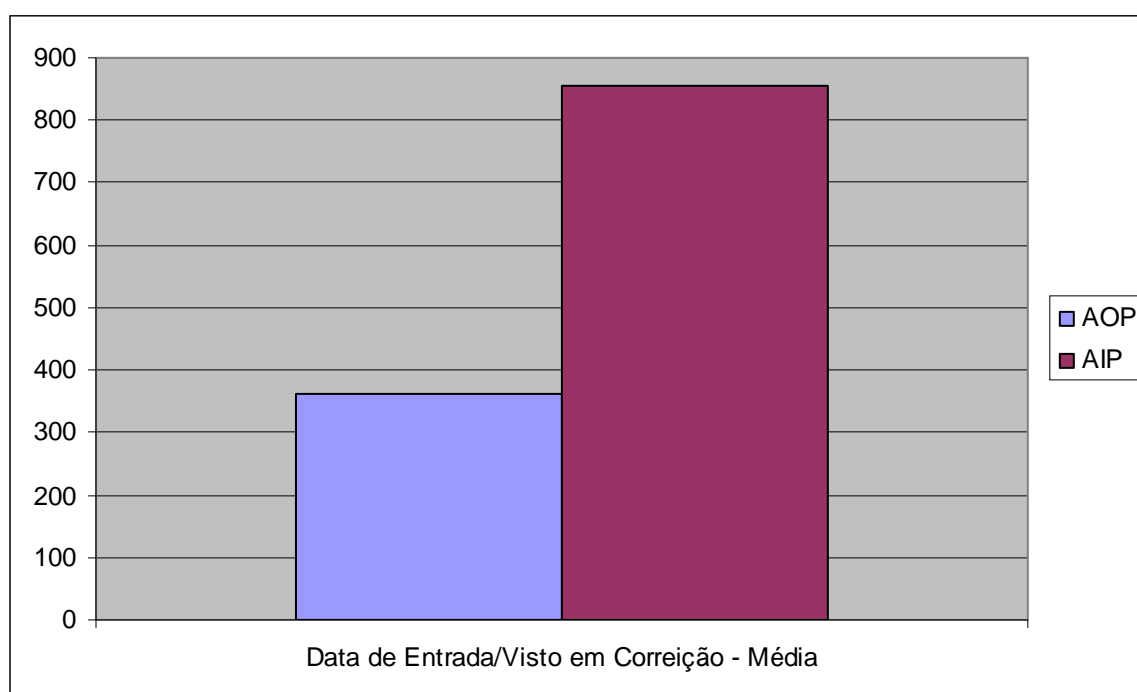
Se olharmos ao mês de saída dos processos, enquanto que em AOP a maioria dos processos têm o seu pico de saída no último trimestre do ano e, particularmente no

¹⁶⁴ O facto de serem cobradas custas judiciais ao PP ou réu não significa que a justiça consiga efectivamente cobrá-la. Na verdade, em nenhum processo se conseguiu aceder a informação que nos permita saber se as custas foram cobradas ou não. Apenas foi possível ter acesso a documentos pedidos pelo tribunal aos agentes de autoridade no sentido de saber os rendimentos do PP e bens penhoráveis.

mês de Dezembro, nos processos em AIP o pico de saída encontra-se em Maio, levando a concluir que, por um lado o factor tempo não é determinante, eliminando-se a pressão dos *timings* a cumprir, mas evidenciando que, em AOP, a pressão de terminar processos não apenas dentro do tempo previsto por lei, mas também antes do final do ano é relevante.

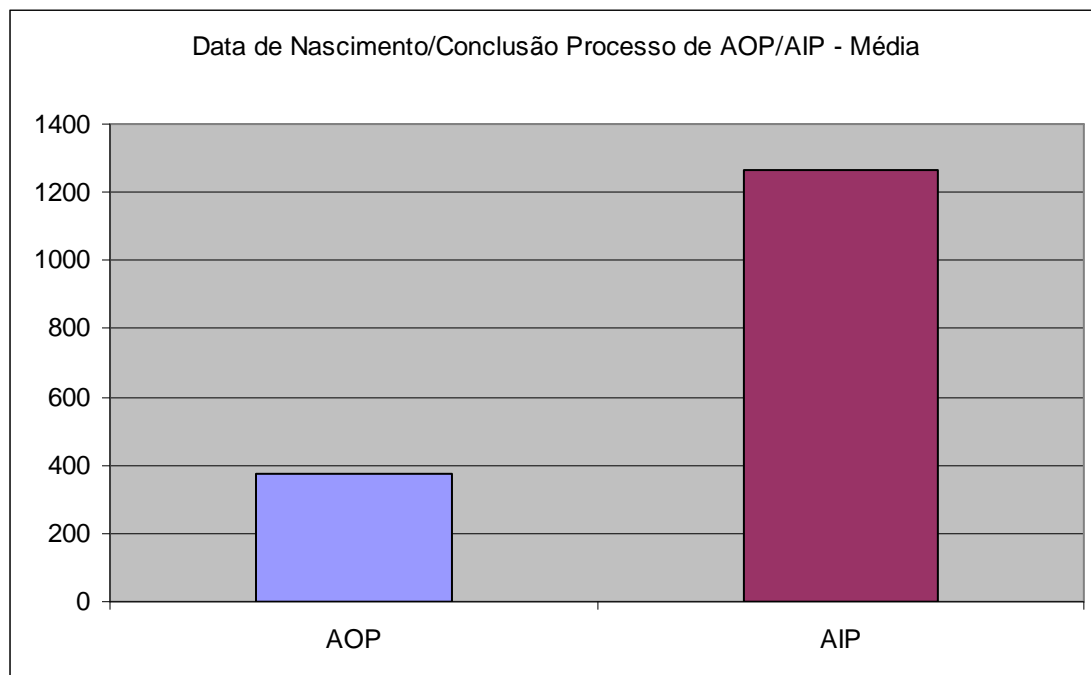
Esta ideia é reiterada pelo gráfico 86: enquanto em AOP a data de entrada do processo e o visto em correção ser de 363 dias (praticamente um ano), em AIP a média sobe significativamente para 856 dias (para mais de dois anos).

Gráfico 86: Data de entrada/Visto em correção em AOP e em AIP



Também se compararmos a data de nascimento do menor e a conclusão do processo, verificamos que em AOP a média é de pouco mais de um ano (377 dias) e em AIP passa para três anos e meio (1264 dias), levando a que o menor acabe por passar os seus primeiros anos de vida sem ver o seu pai reconhecido na lei ou, em muitas situações analisadas, sem que mantenha contacto com ele.

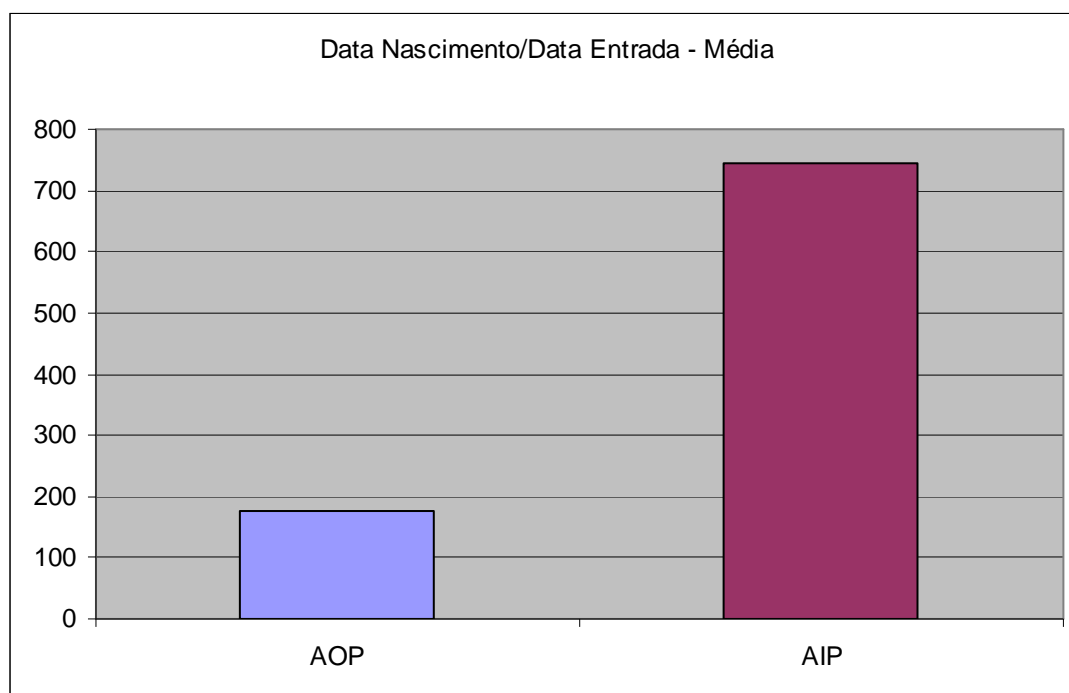
Gráfico 87: Data de Nascimento / Conclusão do Processo em AOP e em AIP



Assim, parece que o supremo interesse da criança em fase de AOP surge camuflado pelo imperativo legal dos dois anos para conclusão do processo, mas quando em fase de AIP, não havendo esse imperativo legal, o supremo interesse da criança (também em ver a situação esclarecida com a maior brevidade possível) passa para um plano secundário.

No que concerne à data de nascimento e a data de entrada do processo (Gráfico 88) também aqui se verifica uma clara discrepância em relação às AOPs. Enquanto que na fase preliminar a média é de 175 dias, em AIP é de 746 dias o que vem justificar que estes processos que se encontram em AIP deveriam ter sido tratados na fase preliminar mas, dado que o enquadramento jurídico português, por um lado, prevê apenas dois anos para a AOP, e se quando o menor é registado já terminou esse prazo de dois anos, então, tal significa que o processo tem que seguir de imediato para a justiça, não podendo passar pela fase anterior.

Gráfico 88: Data de Nascimento/Data de Entrada em AOP e em AIP



Desta comparação percebe-se que, em primeiro lugar, a grande maioria dos casos em que o pai não está identificado no registo de nascimento da criança dá origem a uma AOP. Esta deveria ser apenas de um procedimento preliminar à fase judicial mas que acaba, na grande maioria das vezes, por fechar o caso, sem que os processos tenham que ser judicializados.

Desta forma, outra conclusão que parece legítima tirar é que, cada vez mais se assiste a uma desjudicialização deste tipo de processos, com uma clara tendência à sua resolução na fase preliminar.

No entanto, se na fase preliminar a prova científica parece ter um peso significativo na obtenção do despacho de viabilidade ou de inviabilidade, em fase judicial a prova científica perde valor em detrimento da prova documental ou testemunhal que passam a valer como rainhas, à falta de dados científicos que a possam validar. Porém, tal não significa que menos crianças vejam o seu pai identificado pelo facto de não se conseguir a prova científica. Na verdade, e embora o ADN tenha aqui presença pouco significativa, a verdade é que a justiça consegue em 67% dos processos de AIP a perfilhação por decisão judicial, levando a que,

através das provas ditas tradicionais o PP perfilhe o menor: perfilhação por decisão judicial (PDJ).

Capítulo VI

Dos casos tipificados na lei aos “fora da lei”: estudos de caso

6.1. Os casos tipificados na lei

A análise quantitativa das AOPs (ou mesmo das AIPs) é, sem dúvida, importante, mas continua a não nos permitir uma noção abrangente da realidade sociológica que aqui se pretende explorar.

Torna-se importante uma perspectiva que aborde as especificidades concretas dos casos e que permita perceber as ligações existentes nesta teia de actores que se entrecruzam nos processos de AOP. A análise quantitativa dos processos de AOP teria que ser complementada com outras técnicas de investigação, tendo sido adoptado para “Filhos da (sua) mãe” o método de caso alargado (Burawoy *et al*, 1991, 2000), que se baseia na análise aprofundada de um conjunto de casos que concentram de forma densa e exemplar características que permitem elucidar os aspectos cruciais do problema em estudo. Será este método que seguirei nos próximos dois capítulos, sendo ainda complementado, no capítulo VII com entrevistas a cientistas e técnicos do laboratório, mães que passaram por processos de AOP, magistrados judiciais, magistrados do Ministério Público e, ainda, técnicos de serviço social.

Quando analisamos as AOPs encontramos diferentes tipos de casos: os casos que estão tipificados pela lei, mas também os casos que a lei não contempla, que fogem ao padrão normativo e que analisarei com mais detalhe no capítulo VI.

Olhemos para alguns casos que podem ser considerados típicos nos processos de AOP e que, no fundo, são os que ocorrem mais frequentemente. Começarei, em todos eles, por fazer uma descrição do caso, limitando-me apenas a relatar o que ocorreu tendo por base os documentos processuais a que tive acesso. Feita essa descrição, para cada um dos casos em concreto haverá lugar a considerações

específicas sobre cada caso em particular, fazendo no final considerações que possam relacionar todos os casos abordados.

Os casos de perfilhação voluntária, como analisado, são os mais frequentes e também sociologicamente pouco interessantes. No entanto, os casos típicos de perfilhações condicionadas pelo ADN e os processos inviáveis são já interessantes do ponto de vista que aqui se pretende abordar.

6.1.1. A perfilhação voluntária – Uma declaração de vontade

Começamos, então, por olhar para um caso de perfilhação voluntária.

Trata-se de um processo relativo a uma criança, do sexo feminino, nascida em Julho de 2001, filha de mãe casada de 28 anos. O registo de nascimento foi efectuado um mês após o seu nascimento e deu entrada no tribunal dois dias depois de dar entrada na CRC o assento de nascimento incompleto.

A mãe é então notificada pelos serviços do MP para prestar declarações e, em finais de Outubro, às inquirições a mãe refere¹⁶⁵:

“Que o pai da sua filha DISB é o seu actual companheiro, MJMB, viúvo, assentador de cerâmica, com quem vive há cerca de dois anos. Disse também que está a correr o processo de afastamento da presunção da paternidade na CRC de ...” (Auto de Declarações da Mãe, 25/10/2001)¹⁶⁶.

No mesmo dia, o PP é ouvido e confirma as declarações prestadas pela mãe.

“Confirma as declarações prestadas pela DGSB e aceita perfilhar a menor DISB por a reconhecer sua filha, não desejando acrescentar nenhum apelido.” (Auto de Declarações do PP, 25/10/2001).

E, seguidamente, é lavrado Termo de Perfilhação.

Apurada a verdade, resta ao MP aguardar pelo evoluir do processo de afastamento da presunção de paternidade presumida, visto tratar-se de uma mãe casada.

¹⁶⁵ Todas as caixas de texto, referem-se a citações extraídas dos processos analisados e, como tal, respeitam na íntegra, a sua versão original, não sendo da minha responsabilidade os erros ou incongruências que neles possam ser encontrados. Para preservar o anonimato do autor das declarações, é referido na citação o actor responsável pelas declarações, mas nunca revelando o seu nome.

No início de Dezembro é atestado pela CRC que " (...) a registada não beneficiou de posse de estado em relação à mãe e ao marido desta" (CRC, 05/12/2001), levando o MP a promover ao juiz que se *declare extinta a instância*¹⁶⁷ e o respectivo arquivamento dos autos, o que vem a acontecer, por decisão do juiz, em finais de Janeiro de 2001.

Estamos perante um caso que nos sugere algumas reflexões porque, para além de se tratar de um caso típico de AOP, permite-nos perceber a forma como estes casos são encaminhados e a sua pertinência, por um lado, e o que distingue estes casos, vulgares, de outros casos mais complexos, por outro.

Em primeiro lugar, pode considerar-se que os processos de AOP, são, na sua maioria, casos semelhantes a este. Casos em que, ou a mãe é casada com outra pessoa e, por isso, é necessário o afastamento da paternidade presumida para que o verdadeiro pai biológico possa perfilhar o menor, ou, então, casos em que os progenitores não são casados entre si e que obriga à investigação por parte do MP.

Estes casos, como vimos, constituem cerca de metade dos processos do Tribunal estudado.

Como a lei determina que o pai é o marido da mãe ("*pater ist est quem nuptiae demonstrat*"), caso a mãe ou o pai sejam casados com uma terceira pessoa, é necessário atestar que não existe posse de estado em relação àquele menor. No entanto, nestes casos, não há recurso a prova científica, apenas a palavra da mãe e do PP valem como verdadeiras. Basta o PP anuir com as declarações da mãe, aceitando perfilhar o menor, e nada mais lhe é pedido. Não há, digamos assim, uma declaração da ciência e, nesse sentido, embora com o nome de dois progenitores no registo de nascimento, não é possível provar que sejam, realmente, aqueles os pais biológicos daquela criança, assentando numa declaração de vontade, não sujeita a qualquer escrutínio científico mas que vale como prova¹⁶⁸. Saliente-se, que cerca de metade dos processos de AOP instaurados concluíram por perfilhação voluntária e,

¹⁶⁷ Termo jurídico utilizado.

¹⁶⁸ A este propósito cf. Coelho e Oliveira, 2006: "*Quando (...) as perfilhações pelo progenitor, fora do casamento, assentavam fundamentalmente na sua vontade soberana de assumir o estatuto de pai, parecia que o vínculo biológico era o menos... na economia dos regimes*" (Coelho e Oliveira, 2006: 23).

como tal, sendo difícil de aferir se, serão aqueles os verdadeiros progenitores do menor, ou não.

6.1.2. A perfilhação condicionada pelo ADN – Uma declaração da ciência

O mesmo já não se passa relativamente a situações mais conflituais, ou seja, em relação aos casos em que existe perfilhação voluntária, mas após a execução do teste de ADN, após o apuramento da verdade científica, ou daquilo a que designei por perfilhação condicionada pelo ADN.

A perfilhação condicionada pelo ADN já implica um número maior de diligências e um cuidado maior de análise.

Analisemos um processo entrado em 2003.

Trata-se de um caso de um menor nascido em Setembro de 2002, do sexo feminino, cujo registo foi feito pela sua mãe sensivelmente três meses e meio após o nascimento.

A mãe é solteira, de nacionalidade portuguesa e tem 21 anos.

No próprio dia em que é feito o registo a CRC envia ao Tribunal a Certidão de Nascimento incompleta da menor e uma semana após a remessa dos autos o magistrado responsável pelo processo pede as primeiras diligências – a inquirição da mãe para três semanas depois.

No dia para o qual foi notificada a mãe não comparece tendo, porém, justificado a falta no prazo legal. A sua justificação, no entanto, não terá sido o bastante para o MP que solicita à GNR para proceder à sua notificação.

Um mês após a data inicialmente pedida a mãe é ouvida no Ministério Público.

“O pai da sua filha M é PMPS, cozinheiro, que trabalhou no restaurante denominado “P... P...” sito no Largo do P... nº ... Porto, nascido provavelmente a ... de Outubro de 1979, natural da Maia, e que tem o telefone nº ...

Que manteve namoro com o PM, desde 16 de Setembro de 2001, passando, pouco depois, a incluir um relacionamento sexual. Isto manteve-se até fins de Janeiro de 2002, altura em que a declarante ficou a saber que estava grávida e contou ao PM, que reagiu mal e acabou por romper com a declarante.

Durante o período de gravidez o PM ainda se encontrava com a declarante mas, apenas, como amigo e telefonava para saber como estava a correr a gravidez. Quanto à hipótese de perfilhar voluntariamente a criança que iria nascer, disse que tinha algumas dúvidas sobre se era o pai mas, a declarante julga, que só assumiu essa posição por birra.

Se for necessário está disposta a fazer exames ao sangue para aferir a paternidade da, menor M. Caso o PM perfilhe voluntariamente deseja que, ao nome da menor, seja acrescentado o apelido “da S.”.

Como testemunhas do relacionamento com o PM indica:

MFLS e CAMM, ambas trabalhadoras no restaurante "P...P..." sito no Largo do P..., nº ..., 4050 Porto." (Auto de Declarações da mãe, 07/03/2003)

Após testemunho da mãe o MP notifica o gerente do restaurante onde o PP trabalha para comparecer nos serviços¹⁶⁹.

No mês seguinte à inquirição da mãe, esta informa o MP de alteração da sua residência¹⁷⁰.

No prazo estipulado, o gerente informa que:

"não temos dados ... [imperceptível] sobre PMPS sabemos apenas que anteriormente tinha trabalhado no Restaurante T... em Espinho e no Restaurante V... da B... na Foz" [manuscrito] (Gerente MFLS, 04/04/2003)

Perante a informação prestada, o MP notifica o gerente do Restaurante T... e do Restaurante V... da B... para comparecerem. E, quase em simultâneo, notifica também as testemunhas apresentadas pela mãe, que trabalham no restaurante "P...P..." para serem ouvidas no mês de Maio. Porém, a notificação não foi entregue pelos CTT¹⁷¹.

Entretanto, os serviços procediam já a diligências no sentido de encontrar elementos de identificação do PP, tendo um funcionário judicial entregue o seguinte documento ao magistrado.

"com informação que com o nome do indigitado progenitor, PMPS, aparecem cerca de 2000 registos, pelo que é impossível, só com a informação constante dos autos, saber qual é o respectivo registo, quer na base de dados da Identificação Civil, DGV ou Segurança Social." (Funcionário judicial, 09/05/2003)

Apesar de surgirem cerca de 2000 registos, o MP decide notificar um deles, não tendo comparecido às diligências, nem tendo recebido a notificação.

Chegado o dia de ouvir as testemunhas notificadas, estas não compareceram, nem justificaram a falta. E, em consequência disso, dado tratar-se de um restaurante no Porto, o MP solicita ao TFM do Porto para ouvir as testemunhas.

¹⁶⁹ Neste caso, o MP não estabelece um dia concreto, mas notifica a comparecer no prazo de dez dias.

¹⁷⁰ Este pormenor pode indiciar que a mãe está tão interessada quanto o MP em que o pai assuma a paternidade da menor.

¹⁷¹ O motivo da não notificação das testemunhas registado no envelope: "Não atendeu".

Devido ao facto de o PP também ter faltado às diligências o MP solicita ao TFM do Porto para notificar e ouvir também o PP, cuja notificação, uma vez mais, viria devolvida.

CERTIDÃO

Certifico e dou fé que não procedi à notificação/identificação de MFLS, conforme processo nº ..., do/da Tribunal de Família e Menores do Porto, com o Ofício nº ..., em virtude de me ter deslocado ao Largo do P... nº ..., nesta cidade, e ali ter constatado que o Restaurante denominado "P...P..." se encontra encerrado, com um aviso na porta, referindo, "fechado por motivo de obras". Feitas varias diligencias no sentido de localizar a pessoa a notificar as mesmas foram infrutíferas. Por tal motivo junto se devolve o referido mandado para os fins julgados convenientes." (PSP ao TFM Porto, 24/07/2003)

Entretanto, quando o pedido ao outro tribunal já havia sido feito, uma das testemunhas apresenta-se no TFM do Senhor da Pedra a informar alteração da morada de ambas. Só que, nessa altura, o TFM do Porto já havia procedido à notificação das testemunhas para a morada que possuía, o que levou a que, uma vez mais, não comparecessem à diligência marcada para dia 01 de Julho.

Perante a falta de ambas, o MP do Porto solicita a intervenção da PSP para notificar as testemunhas a comparecer a 7 de Outubro¹⁷² mas, uma vez mais, em vão, porque a PSP não consegue notificar as testemunhas, tendo emitido certidão idêntica relativamente à outra testemunha no processo.

CERTIDÃO NEGATIVA

"Em cumprimento do solicitado no presente ofício, informo V. Exa, que não foi possível notificar, PMPS, em virtude de me ter deslocado Rua E...G..., nº ..., r/c dtº - Porto, onde fui atendido AMC, a qual informou que a pessoa a notificar era namorado da sua filha e que em tempos tinha ali residência, mas à alguns meses a esta parte deixou de ter ali domicilio desconhecendo o seu actual paradeiro bem como qualquer outro contacto, motivo pelo qual não foi possível o seu cumprimento positivo." (PSP, 01/10/2003)

Perante isto o TFM do Porto decide não lhe caber mais nenhuma diligência e remete os autos ao TFM do Senhor da Pedra. Menos de uma semana depois o Tribunal do Senhor da Pedra solicita ao TFM Porto para informar sobre a Carta Precatória que lhe havia sido enviada, informando o Porto que a referida Carta teria sido já devolvida.

¹⁷² Note-se o período extenso que decorre entre a notificação e a data marcada para a diligência.

Entretanto, a Carta Precatória¹⁷³ enviada ao Porto, relativa à notificação do PP, que havia sido devolvida ao Sr. da Pedra em 6 de Outubro, vem a ser reclamada por uma das testemunhas em 5 de Novembro.

E, finalmente, dia 11 desse mesmo mês uma das testemunhas comparece no tribunal, tendo de imediato prestado declarações.

“Trabalhava no Restaurante “P...P” quando conheceu o PMPS e, mais tarde, o apresentou à sua amiga MC. Pensa que eles terão começado a namorar em meados de Setembro de 2001 e terminado em Novembro do mesmo ano. Na passagem de ano ele apareceu em casa da MC e eles voltaram a reatar o namoro terminando em Fevereiro de 2002. Quando o P sobre que a MC estava grávida, reagiu muito mal pois não queria o bebé mas, no entanto, não tinha dúvidas de que era seu. Durante a gravidez o P esteve algumas vezes com a MC e ia sabendo do estado dela através da declarante. Quando a M nasceu, a declarante comunicou-lhe e ele disse que não queria falar sobre o assunto.

Sabe que, eventualmente, o PM estará a trabalhar em Santa Maria da Feira, na Pizzaria S...”. (Auto de declarações testemunha 1, 11/11/2003)

Nesse mesmo dia o funcionário judicial apresenta ao magistrado uma listagem de nomes constantes nos ficheiros da Segurança Social, tendo sido assinalado um dos nomes, por corresponder a um nome e apelidos iguais aos do PP, revelando a data de nascimento e a morada constante nos referidos registos (no Peso da Régua).

Menos de uma semana após a descoberta da possível identificação do PP o MP solicita à GNR da área de residência informação de domicílio ou paradeiro do PP.

No mesmo dia, o MP do Senhor da Pedra volta a pedir ao TFM Porto devolução da Carta Precatória, a qual chegaria onze dias após este novo pedido.

Três dias depois o MP solicita também ao Centro Distrital de Segurança Social do Porto informação sobre possíveis descontos do PP e entidade para quem faz esses descontos e, ainda, se o PP beneficia de alguma prestação social.

Em 10 de Março, os serviços do MP informam o magistrado sobre um dado já fornecido pela mãe há muito – o número de telefone do PP. Segundo informação prestada, o número apresentado pela mãe, pertence a ASPC, residente na Rua..., Porto. Esta morada, agora identificada, corresponde a uma das moradas para onde havia sido já notificado e tendo a PSP informado o MP “ (...) que a pessoa a notificar

¹⁷³ A carta precatória é um instrumento processual utilizado pela Justiça quando existem indivíduos em comarcas diferentes. Pedido efectuado por um juiz a outro juiz de outro tribunal.

era namorado da sua filha e que em tempos tinha ali residência, mas à alguns meses a esta parte deixou de ter ali domicilio desconhecendo o seu actual paradeiro". (PSP, 01/10/2003)

A 8 de Outubro o MP do Porto decide notificar de novo as testemunhas, que são, uma vez mais, devolvidas levando a novo pedido às autoridades policiais sendo o MP posteriormente informado que a notificação foi bem sucedida.

No entanto, ora as diligências sendo pedidas por um tribunal, ora sendo pedidas pelo outro, as testemunhas acabaram por se dirigir ao TFM do Senhor da Pedra em vez de se dirigirem ao TFM do Porto, tendo sido ali ouvidas.

No início do mês de Dezembro a Segurança Social informa então o MP que o PP não consta como beneficiário daquele Centro Distrital, porém possuindo um número (que foi facultado) e estando registado no Centro Distrital de Segurança Social de Aveiro, levando o MP a pedir informações a esse Centro, que cerca de uma semana após o pedido informa o MP.

" (...) tem o BI nº ... e que o beneficiário consta das folhas de remunerações enviadas pelo contribuinte nº ... AVMS, com sede em Av. C., F., ..., Ovar, reportando-se o último mês transcrito a Nov/2003. (...) Não se encontra a receber qualquer subsídio ou pensão." (CDSS Aveiro, 15/01/2004)

A terminar o ano de 2003, a PSP do Peso da Régua dá informações sobre o paradeiro do PP.

"ausentou-se há cerca de 4 anos para parte incerta do Porto, desconhecendo-se o seu paradeiro segundo informações do seu avô EP". (PSP Peso da Régua, 29/12/2003)

No final de Janeiro de 2004, o MP decide notificar a entidade patronal do PP e solicita à Segurança Social do Porto a morada do PP.

Dias depois, a entidade patronal do PP confirma, via fax, que o PP presta ali serviços e a SS também informa o MP sobre o número de beneficiário do PP e respectiva morada (na M...M..., em Ovar).

É então enviada Carta Precatória, desta vez, ao Tribunal Judicial de Ovar para ouvir em declarações o PP.

Após todas estas diligências o PP é, por fim, ouvido pelo Tribunal Judicial de Ovar.

“Que não chegou a namorar com a mãe da menor MM, de nome MCRM, apenas teve com ela um relacionamento sexual em um mês que não sabe indicar ao certo, mas que terá sido pelo mês de Outubro ou Novembro do ano de 2001. Nessa altura o declarante trabalhava no restaurante “P...P...” em Cedofeita na cidade do Porto e era colega de uma amiga de MC. Foi através desta amiga que conheceu a MC e, então, na altura referida manteve com ela, três ou quatro vezes relações sexuais, na residência dela em ... do concelho de Apesar disso o declarante tem muitas dúvidas que a menor MM possa ser sua filha, pelo facto de nessa altura conhecer mal a MC e, pensa que ela teria, nessa altura mais alguém que com ela se relacionasse sexualmente. Em vista do que acaba de referir, pretende que seja efectuado exame hematológico, não tendo possibilidades económicas para o custear. Mais declara que fará a respectiva perfilhação, caso se venha a confirmar ser o pai da menor MM.” (Auto de Declarações do PP, 05/03/2004).

Sendo depois enviados os autos ao TFM do Senhor da Pedra, uma semana depois.

Passados cinco dias o MP solicita ao laboratório B¹⁷⁴ marcação dos exames hematológicos (marcados cinco semanas depois).

A mãe e o PP são notificados da data em que devem comparecer no laboratório, mas tendo a mãe informado o MP de nova alteração da sua morada, o MP acaba por notificá-la pessoalmente. Chegado o dia dos exames, é o PP que acaba por faltar, tendo sido efectuada colheita de sangue à mãe e à menor.

Perante a não comparência do PP o MP volta a solicitar ao Tribunal de Ovar a sua notificação, que, por sua vez, pede esta notificação à PSP de Ovar que, por sua vez, o pede à GNR de S. João da Madeira.

O PP é finalmente notificado e submetido a colheita de sangue e a 22 de Junho o Laboratório B envia relatório.

Comprovada a paternidade o Laboratório B envia factura ao Tribunal, no valor de 1468.50¹⁷⁵

A 1 de Julho, o MP do Senhor da Pedra pede ao Tribunal Judicial de Ovar o envio urgente da Carta Precatória, dado o prazo para terminar a investigação estar prestes a terminar (27/09/2004).

A 13 de Julho o Tribunal de Ovar envia ofício:

“(..) informando V. Ex^a que averigui telefonicamente na morada referida nos autos, mas no nº ..., que corresponde à Pizzaria S, através da proprietária da mesma, D^a J, que o referido PM, era funcionário daquela Pizzaria, onde também residia, mas segundo aquela senhora o mesmo ausentou-se do seu local de trabalho em 11.6.04, deixando de ali trabalhar, tendo levado todos os seus pertences, para local que aquela senhora desconhece.

¹⁷⁴ No capítulo anterior foi já explicado o motivo da utilização desta nomenclatura.

¹⁷⁵ Quantia estipulada para exames hematológicos ao trio: mãe, PP e menor.

Averigui ainda, através da Srª Agente da PSP desta cidade, Dª F, a qual me confirmou, que o referido indivíduo ter-se-á ausentado desta comarca, conforme informação por aquela prestada no processo.... " (TBOVAr, 13/07/2004)

A 14 de Julho, após devidamente notificada, a mãe comparece no tribunal para ser informada do resultado dos exames. Quanto ao PP, o MP vê-se de novo obrigado a pedir informações sobre o seu paradeiro, desta feita à DGSIC (Direcção Geral de Informação sobre Identidade Civil). E, embora o contacto tenha sido verbal, e tendo sido solicitado urgência, a DGSIC informa o MP que o pedido, segundo o próprio magistrado,

" (...) deveria ser feito através do modelo 37 e endereçado para o DSIC de Lisboa" (informação prestada pelo DSIC ao Magistrado do MP, 26/07/2004)

A DGSIC envia alguns dias depois (em documento não datado) os elementos relativos ao PP, onde consta: nome, data de nascimento, estado civil e número do Bilhete de Identidade.

Após receber estas informações o MP pede à Direcção Geral de Registo e Notariado (DGRN) morada completa do PP, ao que essa entidade, em ofício enviado em 22 de Julho informa:

" (...) que não é da competência desta Delegação o assunto em referência, devendo ser reencaminhado para a DSIC em Lisboa. Os pedidos devem ser formulados em impresso próprio, modelo 37." (DGRN, 22 /07/2004)

Em 10 de Agosto, o MP decide entrar em contacto com a DSIC (Direcção dos Serviços de Identificação Civil) insistindo na resposta. Segundo o próprio funcionário encarregue da diligência,

" (...) tendo-me sido dito que o pedido, devido à urgência, deveria ser feito por fax, o que fiz de imediato, juntando comprovativo do mesmo aos presentes autos." (funcionário judicial, 10/08/2004)

Mas um dia antes a DSIC havia já enviado a informação pedida, confirmando a morada do PP como sendo a já aludida pela mãe nos seus autos de declarações.

Perante a confirmação desta informação o MP do Senhora da Pedra pede ao TFM do Porto para audição do PP da menor, alertando para a urgência da diligência:

"(...) se digne proceder a uma nova audição do pretense pai do menor, com a máxima urgência possível, uma vez que completa dois anos em 27/09/2004 (...)" (MP do SR. Da Pedra, 17/08/2004)

A 6 de Setembro, dada a demora do TFM do Porto, o MP do Senhor da Pedra pede informação urgente. No entanto, a essa data, o MP do Porto já havia notificado o PP (27/08) e também havia notificado PSP (18/08).

É, finalmente, a 23 de Agosto que o PP comparece nas instalações do TFM Porto.

"com informação que encontra-se presente neste Tribunal o indigitado progenitor – PMPS, o qual se deslocou a estes Serviços porque teve conhecimento, através de um amigo, que o Tribunal Judicial de Ovar tinha enviado uma carta para a sua antiga morada no Furadouro, a qual já não se encontrava nos Correios, após várias diligências, entrou em contacto telefónico com estes Serviços e comprometeu-se a comparecer nos mesmos nesta data". (TFM Porto, 23/08/2004)

De imediato, é ouvido em declarações.

" Face ao resultado dos exames hematológicos, que neste acto tomou conhecimento, deseja perfilhar a menor MM. Deseja também acrescentar ao nome da menor o seu apelido "da S". " (Auto de Declarações PP, 23/08/2004)

E, logo após declarações tomadas, o Termo de Perfilhação é assinado pelo pai.

Após mais algumas diligências complementares a este processo a mãe é novamente ouvida.

" Concorda que ao nome da sua filha M seja acrescentado o sobrenome do pai desta "da S", passando a contar "MMda S". (Auto de Declarações da Mãe, 20/09/2004)

Segue-se, depois, o Termo de Desentranhamento¹⁷⁶ do Processo para ser pedido à CRC o novo assento de nascimento com a identificação do pai biológico, o que acontece em 24 de Setembro. Por último, no último dia do mês de Setembro o MP promove se declare extinta a instância e arquivamento dos autos, tendo o juiz

¹⁷⁶ O termo de desentranhamento é uma nota utilizada para informar sobre a retirada de uma peça de um processo.

declarado a *extinção por inutilidade superveniente da lide*¹⁷⁷ em 11 de Outubro de 2004, embora, sem custas.

Este caso é bastante elucidativo da forma como o PP tenta “fugir à justiça”, não assumindo as suas responsabilidades. Mas, é também elucidativo da burocracia excessiva que norteia as AOPs e das dificuldades em fazer chegar a informação de uns actores para outros.

Embora atípico pelo facto de ter sido alvo de um número muito elevado de diligências (128 diligências) é particularmente interessante a vários títulos.

Em primeiro lugar, o facto de apresentar um número elevado de diligências revela ter havido aqui um esforço considerável no apuramento da verdade. De realçar que neste caso em concreto, o MP pede a um número significativo de actores a sua colaboração com o objectivo de apurar dados sobre a identificação e o paradeiro do PP. Se comparado com outros casos, que veremos mais adiante, ou mesmo com a análise quantitativa efectuada, percebe-se que, na verdade, foi a persistência do MP que levou a que a verdade biológica fosse apurada, ao contrário de outros casos em que não se denota por parte do MP esse mesmo esforço.

Ainda assim, e dado que a intenção do legislador é a identificação do pai biológico, o MP, neste caso, acaba por ser bem sucedido, diga-se, graças a uma elevada persistência no sentido do apuramento dos factos e da descoberta da verdade biológica. Outros casos há em que a persistência por parte do MP é elevada, porém, o sucesso não é alcançado. Por isso, proponho que olhemos para um caso em que o MP não consegue identificar o PP.

6.1.3. A inviabilidade – Outra declaração de ciência

Embora não querendo entrar em tantos detalhes como no processo anterior tentarei mostrar as particularidades deste tipo de caso e as similitudes com o anterior, sendo que, a grande diferença que os separa é o facto de num o MP ter conseguido a perfilhação do menor pelo pai e neste não.

¹⁷⁷ Termo jurídico utilizado.

Trata-se de um processo relativo a uma criança do sexo masculino, nascido em Janeiro de 2004 e cujo registo de nascimento foi efectuado pela mãe cerca de um mês após o seu nascimento, tendo dado entrada no TFM do Senhor da Pedra cinco dias após registo.

No decurso da mesma semana, o magistrado do MP convoca a mãe para comparecer (sensivelmente um mês depois), tendo a mãe faltado à diligência.

Uma semana depois o MP solicita aos serviços externos para notificarem novamente a mãe, sem sucesso, justificando os serviços externos nos seguintes termos:

" (...) desconhecendo-se se o notificando ali continua a residir" [manuscrito] (serviços externos, 21/05/2004)

Perante a certidão negativa enviada pelos serviços externos é pedido à GNR de Valadares informações sobre o paradeiro da mãe e feita pesquisa na base de dados da segurança social.

Da pesquisa efectuada o MP consegue obter a morada da mãe e data de nascimento. Confrontada esta informação com a do registo de identificação a morada coincide, informação que também é confirmada pela GNR.

Perante essas informações é pedido à GNR para notificar a mãe, desta vez, com sucesso¹⁷⁸.

E no dia marcado a mãe comparece nas instalações do MP e declara que:

"O pai do seu filho MJJA é um tal F, individuo que conheceu por acaso e por brincadeira, por se ter enganado numa chamada telefónica feita do seu telemóvel, tendo ligado para ele que era um desconhecido, em lugar de para o seu irmão e passando depois a trocar mensagens com ele, até que um dia se encontraram num café em Valadares. O individuo apareceu-lhe de Táxi. Encetaram um breve namoro que culminou em dois encontros, realizados em casa da declarante, durante os quais mantiveram relações sexuais. Isto sucedeu cerca de duas semanas depois da Páscoa de 2003. Depois do segundo encontro o F não voltou a aparecer. Julga que ele seria casado pois a declarante chegou a receber chamadas no seu telemóvel provenientes do numero que julgava ser o do F e era uma mulher que a ameaçava e insultava, por causa da declarante telefonar para esse telemóvel à procura do F. Perguntada esclarece que ele lhe disse que trabalhava em Santo Tirso, mas não sabe em que ramo. Perguntada refere que, com a raiva, apagou do seu telemóvel o numero do F mas que o tem escrito num papel em casa e, oportunamente, o virá indicar a este processo. Refere que apenas não o trouxe hoje porque ontem teve que ir com o bebé ao médico e, na confusão, não sabe onde pôs o papel com o número". (Auto de Declarações da Mãe, 15/07/2004).

¹⁷⁸ Sendo enviado pelo agente de autoridade o comprovativo da mesma notificação ao MP.

Em meados de Outubro, dado o silêncio da mãe relativamente à informação que ficou de dar ao tribunal (sobre o número de telefone do indigitado pai), o MP pede a sua notificação. E em Novembro a mãe desloca-se ao tribunal fornecendo o número de telemóvel do PP, informando ainda não conhecer *“qualquer outro elemento de identificação do mesmo”* (Declarações adicionais prestadas pela mãe ao Tribunal (02/11/2004).

O MP começa então a fazer buscas no sentido de obter informações sobre o PP. Através de pesquisa na base de dados da Segurança Social encontra 11 registos com o mesmo nome, tendo assinalado um deles, e respectiva data de nascimento e área de residência. E, por intermédio desta informação agora recolhida, cruza com a informação fornecida no Registo de Identificação e obtém a morada do PP.

O PP, segundo as pesquisas agora efectuadas, tem morada habitual em Seia.

Os funcionários judiciais, entretanto, tentam entrar em contacto com o número de telemóvel fornecido pela mãe e obtêm a seguinte informação:

“com informação que estabeleci contacto, através do nº fornecido, com um indivíduo de nome F de Seia, dizendo que deveria ser engano e que nunca esteve em ... Contactados os serviços da lista telefónica da Vodafone fui informado que era titular do referido nº um sr. De nome FJSO. Consultada a base de dados foram encontrados os resultados que se juntam em anexo, relativos ao indivíduo em causa. ” (Funcionário judicial quando entra em contacto telefónico com o PP, 12/11/2004)

É então que o magistrado do MP solicita aos serviços registo fotográfico do PP, através da base de dados da DGV, e da Direcção dos Registo e Notariado, com vista a certificar-se de que se trataria da mesma pessoa.

A informação e respectivo registo fotográfico são facultados, porém, as quatro reproduções enviadas têm pouca qualidade (sendo tal facto valorado).

Nos primeiros dias do mês de Janeiro de 2005, o MP volta a notificar a mãe para informar se as fotografias conseguidas correspondem ao indivíduo por ela identificado o que se vem a confirmar.

“ Pode afirmar que indivíduo constante nas fotografias de fls. 41 a 44 é realmente o pai do seu filho M. (Auto de Declarações da mãe, 12/01/2005)

Perante a confirmação, o MP envia Carta Precatória ao Tribunal Judicial de Seia para notificar PP.

A diligência dos magistrados de Seia é bem sucedida e o PP é ouvido em declarações a 7 de Março de 2005.

“ Ser divorciado há mais de oito anos, Que de nome não conhece a MRJA. Contudo, refere ter conhecido uma senhora não sabe precisar se no ano de 2003 ou 2004 através de uma chamada telefónica para o seu telemóvel. Que esse conhecimento se traduziu apenas num encontro, a um Sábado. Encontraram-se na Rodoviário do Porto, tendo depois seguido de táxi para casa da referida senhora. Passou lá a noite de Sexta para Sábado, tendo regressado a Seia, no Sábado, no Expresso das 14 horas. Que nunca trabalhou em Santo Tirso, trabalhando sim há cerca de oito anos na Câmara Municipal de Seia. Que no período em que se manteve em casa da referida senhora, teve a oportunidade de conhecer os dois filhos menores da mesma. Que nesse pequeno relacionamento, onde tiveram relações sexuais, a referida senhora, nunca o informou sobre o seu estado civil (casada, divorciada ou outro). Não consegue precisar se as relações sexuais foram mantidas junto à Páscoa de 2003. Que não pretende engeitar a sua responsabilidade caso se venha a provar que de facto é o pai do menor. Uma vez que não teve tempo suficiente para conhecer aprofundadamente a mãe do menor MJ e dada a rapidez com que os factos se passaram. O declarante não sabe se a MR mantinha ou não relações íntimas com outros, facto esse que o mantém desconfiado e não lhe dá a certeza absoluta de ser ele o progenitor. Contudo pretende disponibilizar-se para ser submetido a exame hematológico, sem que, para tal, tenha de pagar os referidos exames. Que gostaria de fazer a recolha de sangue em Seia ou perto de Seia (Gabinete-Médico Legal da Guarda), uma vez que a deslocação ao Porto é incomportável com os seus recursos económicos.” (Auto de Declarações do PP, 07/03/2005)

E, no dia seguinte, a Carta Precatória é remetida novamente ao Senhor da Pedra.

Alguns dias passados, é pedido ao Laboratório B a marcação de data de exames hematológicos a realizar à mãe e ao menor, bem como o procedimento a seguir para colheita ao PP.

“Mais solicita que nos enviem as instruções e o recipiente para recolha de sangue ao pretenso pai no Gabinete Médico-Legal da Guarda, uma vez que ele reside na Avº Dr. G... nº ..., Seia e terá dificuldades económicas em deslocar-se ao Porto. (MP, 17/03/2005)

O Laboratório B responde, informando a data da colheita à mãe e ao menor e informando os procedimentos a seguir na colheita ao PP.

“Em resposta à solicitação acima referenciada, junto envia-se material para colheita de sangue ao indigitado pai e ficha de identificação.

A colheita poderá ser efectuada por picada num dedo e o sangue transferido directamente para o papel apropriado, não sendo necessário cobrir a totalidade do espaço designado para a mancha.

Não é necessário que a colheita seja realizada em jejum.

Após a colheita, a mancha deverá secar à temperatura ambiente durante, pelo menos, 24 horas e poderá ser enviada por correio azul, juntamente com a ficha de identificação preenchida e assinada.

(...)” (Laboratório B, 21/03/2005)

A Carta Precatória é enviada a Seia e as notificações são entregues ao PP e à mãe. No entanto, chegado o dia dos exames de sangue à mãe e ao menor, estes não comparecem, sendo, de imediato, marcada nova data.

A 6 de Maio é a mãe notificada via telefone e o MP recebe informação que o PP já terá sido submetido à respectiva colheita, informação essa confirmada pelo Laboratório A, que após colheita deveria reenviar ao Laboratório B para subsequente análise.

É, finalmente, após estarem recolhidas as três amostras que o Laboratório 2 envia o relatório, cuja conclusão abaixo se transcreve.

*“ O conjunto de resultados obtidos permite concluir que a probabilidade de paternidade de FJSO relativamente a MJJA, filho(a) de MRJA, é praticamente nula. De facto, a presença dos produtos dos genes CSF1PO*10, D2S1338*25, D7S820*9, D13S317*8, D16S539*13, D19S433*13, FGA*23 e PD*11, bem como a ausência dos produtos dos genes D18S51*12 ou D18S51*17, D21S11*29 ou D21S11*30.2 e TH01*9.3 em MJJA~, só seriam compatíveis com a hipótese de paternidade em causa, invocando a ocorrência de fenómenos por si raros e cuja conjugação simultânea seria, em termos práticos, impossível.*

Ass: CA, AA, LG, LP” (Laboratório B, 27/06/2005)

Ficha identificação Laboratório 1 (Delegação de Coimbra)

Data da Colheita 05/05/2005 ... Proc. Nº ____

Tribunal Judicial Seia Proc. Nº ____

SUPOSTO PAI FJSO

Residência Rua Dr. G. nº ... – Seia

Telefone ... BI nº ... emitido por ... em ...

Idade 46 anos Data de nascimento .../12/1958

Naturalidade Seia p

Profissão Funcionário Público

Estado Civil Divorciado G. Étnico: caucasiano

G. étnico do pai: Caucasiano G. Étnico da mãe: caucasiano

Naturalidade do pai Seia Naturalidade da mãe Seia

Exame de i.b.p. anterior não

1. Reconheço a mãe presente a exame
2. Declaro que não recebi transfusão de sangue e/ou transplante de órgãos ("há mais de sete anos")
3. Declaro que sou a pessoa identificada, que dou o meu consentimento para a colheita de amostras biológicas e para a elaboração de relatório com a identificação genética
4. Declaro que autorizo que me seja tirada uma fotografia, bem como sejam registados os meus dados pessoais relevantes para a perícia, salvaguardado o segredo de justiça.
5. Parentesco entre suposto pai e mãe _____
6. Assinatura do suposto pai (igual à do Bilhete de Identidade)

Colheita efectuada por MG Dados recolhidos por _____

Impressão digital (com)

Assinatura PP

IDENTIFICAÇÃO CRIMINALÍSTICA

Ficha de Identificação

Entidade Requisitante ...

Processo nº ...

Colheita 5/5/2005

Nome: FJSO

Residência...

Telefone ... BI nº ... emitido por ... em ...

Data de nascimento ... Naturalidade ... Grupo étnico caucasiano

Estado civil divorciado Profissão: Funcionário Público

Naturalidade do pai ... Grupo étnico ...

Naturalidade mãe ... Grupo étnico ...

Origem do Processo: Investigação de Paternidade

Material colhido/enviado: Amostra sangue e zaragatoa bucal

Observações: _____

É a 1ª vez que vem a exame de GF Outras vezes Lab : _____ Data 5/5/2005

1- Declaro que sou a pessoa acima identificada e dou consentimento para a colheita ede sangue e/ou saliva

2- Declaro que **não** fui submetido a transfusão de sangue ou dos seus componentes, ou transplante ("há mais de sete anos")

Assinado e impressão digital

Para além de todos os elementos que surgem sempre nos relatórios apresentados pelo Laboratório 2, neste processo, tratando-se de uma colheita feita por outra entidade, é anexado ao processo os dados recolhidos pelo Laboratório 1.

Perante os resultados periciais, o PP é informado pelo MP de que foi excluído da paternidade biológica do menor e a mãe é notificada para comparecer de novo no tribunal dia 1 de Agosto, porém, tendo faltado.

É então solicitada a intervenção da GNR, tendo esta notificado e apresentado comprovativo dessa mesma notificação.

A 23 de Setembro a mãe é novamente ouvida.

" Foi informada do resultado dos exames hematológicos e pediu prazo até segunda-feira para se tentar recordar de qualquer outro namorado que tenha tido e que possa ser o pai biológico do menor MJ." (Auto de Declarações da Mãe, 23/09/2005)

Mais de um mês passado sobre estas declarações, o MP notifica de novo a mãe, que falta e só após notificação pela GNR ela compareceu perante o Tribunal.

“ Pensando bem lembrou-se de outra pessoa que poderá ser o pai biológico do MJ, um senhor que conhece pelo nome de Quim e que foi seu amigo de infância. Falou com ele ao telefone mas este diz que acha que não é possível ser o pai biológico do menino. O número de telemóvel do Q. é o Sabe que o Quim mora em P...nas casas da Câmara. A declarante vai tentar saber o nome e a morada completos do Q. e telefonará para este Tribunal para os indicar.” (Auto de Declarações da Mãe, 12/12/2005)

Após pedido de averiguação aos serviços sobre o número mencionado os serviços informam que:

“ (...) o nº mencionado a fls. 119, encontra-se registado na lista telefónica da “Vodafone”, mas o seu titular é confidencial, só por ordem judicial poderão fornecer a sua identidade”.(serviços do MP, 02/02/2006)

E, perante essa informação o MP solicita à operadora telefónica a identificação do titular daquele número. Ao pedido efectuado, três semanas depois a Vodafone dá resposta, informando o nome e a morada do seu titular, correspondendo à área de residência identificada pela mãe.

O PP2 é então notificado e comparece nos serviços do MP. Aos autos declarou que:

“ Conhece a MR por esta ter sido sua vizinha.

Que há cerca de 2 anos, realmente, se envolveu sexualmente com a MR, apenas por uma vez, em data que não sabe precisar, pelo que não exclui a possibilidade de o menor M ser seu filho, apesar de achar pouco provável pois utilizou o método do coito interrompido.

Está disposto a fazer exames de sangue para aferição da paternidade do menor, não os podendo custear, pois trabalha como biscateiro, o que lhe rende pouco dinheiro”. (Auto de Declarações PP2, 28/03/2006)

São pedidos novos exames ao Laboratório 2 que se realizam no dia 03 de Maio e no dia 15 o laboratório envia relatório ao Tribunal, transcrevendo-se aqui apenas as conclusões chegadas.

*“O conjunto de resultados obtidos permite concluir que a probabilidade de paternidade de JCSM relativamente a MJJA, filho(a) de MRJA, é praticamente nula. De facto, a presença dos produtos dos genes D2S1338*25, D7S820*9, D8S1179*15, D16S539*13, D19S433*13, FGA*23, PD*11, PE*14, TPO*11 E VWA*18, bem como a ausência dos produtos dos genes D18S51*14 ou D18S51*15 e TH01*6 ou TH01*8 em MJJA, só seriam compatíveis com a hipótese de paternidade em causa, invocando a ocorrência de fenómenos por si raros e cuja conjugação simultânea seria, em termos práticos, impossível.*

Ass. CA, AA, LG, LP" (LABORATÓRIO B; 15/05/2006)

Perante os resultados científicos o MP profere o seguinte despacho:

" Em 12/1/2004 nasceu MJJA, que foi registado como sendo apenas filho da sua mãe¹⁷⁹, MRJA.

Convocou-se esta para vir prestar declarações a este Tribunal, a fim de indicar quem seria o pai biológico do menor, tendo a snr^a MR declarado que este seria filho de um tal "Fernando", indivíduo com o qual mantivera um breve relacionamento, o qual incluiu a prática de relações de cópula sexual por duas vezes, em sua casa, cerca de duas semanas antes da Páscoa de 2003; desde então o tal "F." não voltou a aparecer-lhe e o único contacto que dele possuía era um número de telemóvel, que posteriormente indicou nos autos.

A partir desse número de telemóvel e de várias averiguações efectuadas apurou-se que o dito indivíduo era o snr. FJSO, residente em Seia e que prestou declarações nessa comarca, solicitadas por carta-precatórias; reconheceu ter tido, mas por uma única vez, relações sexuais com uma senhora que conhecera na "Rodoviária do Porto" e que poderia ser a MR e aceitou submeter-se a exame pericial de investigação de paternidade do menor MJ, o qual veio a ser realizado no "LABORATÓRIO B – Instituto de Patologia e Imunologia Molecular da Universidade do Porto".

Contudo das conclusões do relatório do referido exame consta que a probabilidade de paternidade do FJSO em relação ao menor MJJA, filho de MRJA, é praticamente nula (cfr. Fls. 94-97).

Novamente convocada para prestar declarações neste tribunal, a snr^a MR faltou numa primeira data, numa segunda data pediu prazo para se conseguir recordar de outro namorado que tivesse tido e pudesse ser o pai biológico do pequeno MJ e, finalmente, numa terceira data, afirmou que se lembrara de um outro homem que poderia ser o pai do MJ, um tal "Q.", que era seu amigo de infância e cujo número de telemóvel também indicou.

A partir desse número de telemóvel e de várias averiguações efectuadas apurou-se que o dito indivíduo era o snr. JCSM, residente em P... e que prestou declarações neste tribunal; reconheceu ter tido, mas por uma única vez, relações sexuais com a MR, há cerca de dois anos e aceitou submeter-se a exame pericial de investigação de paternidade do menor MJ, o qual veio a ser realizado no "LABORATÓRIO B – Instituto de Patologia e Imunologia Molecular da Universidade do Porto".

Contudo das conclusões do relatório do referido exame consta que a probabilidade de paternidade do JCSM em relação ao menor MJJA, filho de MRJA, é praticamente nula (cfr. Fls. 134-135 e 141-142)

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 MJJA, quer porque a paternidade biológica dos dois indivíduos que a mãe do menor apontou sucessivamente como possíveis pais do seu filho foi excluída em exames periciais de investigação de paternidade, quer porque as sucessivas faltas dadas pela mãe do menor quando convocada para vir depor a este tribunal, e as informações vagas e incompletas que fornecia e que careciam sempre de averiguações posteriores, fizeram esgotar o prazo de dois anos após o nascimento do menor que o disposto no artº 1886º, alínea "b", do Código Civil, estabelece como limite para a admissibilidade –legal da propositura da acção de investigação da paternidade.

Concluem-se os autos ao snr. Juiz, para apreciação e decisão, nos termos do preceituado no artº 205º da OTM" (MP, 19/05/2006)

E seis dias após receber o despacho o juiz conclui.

"Tem razão o Ministério Público

Com efeito o menor MJJA nasceu em 12.01.2004 pelo que se mostra ultrapassado o prazo de 2 anos a que alude o artº 1866º, al.b) do Código Civil, cujo termo inicial é, tal como neste se dispõe expressamente, a data do facto do nascimento e não do seu registo formal.

¹⁷⁹ É esta expressão, sempre usada nos despachos proferidos pelo MP que dá origem ao título escolhido para esta dissertação.

Por outro lado, e não obstante as diligências realizadas, não foram possível proceder à indicação que seja do possível progenitor, já que ambos os exames efectuados nos sucessivos pretensos pais indicados pela mãe dão tal probabilidade como praticamente nula.

Assim e por ser inútil a continuação dos presentes autos para investigação de paternidade do menor ordeno o arquivamento dos mesmos – art. 205º da Organização Tutelar de Menores.

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

Notifique". (Juiz, 25/06/2006)

Tendo o PP2 e a mãe do menor sido notificados da sentença.

Como referi, trata-se de um caso em que, embora tenha sido feito uso da ciência no auxílio à justiça, não foi possível apurar a verdade e, embora alvo de inúmeras diligências para identificar o pai biológico do menor, ao contrário do anterior, acaba por ser mal sucedido.

Aparentemente, tal deveu-se ao facto de a mãe não saber, de facto, quem é o verdadeiro pai do seu filho. Nesse sentido, o MP entende que após duas tentativas mal sucedidas para identificar o verdadeiro pai, não cabe fazer mais diligências no sentido do apuramento da verdade.

Parece, assim, e também por comparação com outros processos analisados neste estudo, que o MP tenta, no máximo, a identificação de dois pretensos pais. Se nenhum dos dois se revelar o verdadeiro pai biológico, o processo acaba por ser arquivado com despacho de inviabilidade.

Por outro lado, de realçar que o MP pode fazer uso de uma diversidade de meios para aceder à identificação dos progenitores, embora, nem sempre o faça. Note-se que, no caso em concreto, a mãe tinha em sua posse o número de telemóvel do PP e foi usada essa informação para tentar localizá-lo, socorrendo-se o MP da operadora telefónica para lhe fornecer os elementos pretendidos. No entanto, e como veremos, esta forma de actuar do MP não é igual para todos os casos, deixando notar uma atitude algo discricionária, sendo avaliados os critérios de actuação em função dos casos.

Ao nível do laboratório, realce-se a incorporação da informação laboratorial no processo que permite servir como salvaguarda dos actores judiciais perante a autoridade da ciência. Por outro lado, o laboratório, ao pedir e anotar todos estes elementos de identificação dos intervenientes, assegura, assim, a realização dos

exames periciais em condições consideradas de boa prática científica, permitindo desta forma, salvaguardar a actividade científica dos procedimentos a montante a juzante da colheita sanguínea (Costa, 20001; Costa, 2003).

De notar, ainda que no caso do PP1 é revelado na ficha de identificação do laboratório que o PP1 teria sido submetido a uma transfusão de sangue, há menos de sete anos. Esta situação, poderia conduzir a que o teste de ADN surgisse falseado, no entanto, nada no processo é revelado que indique que uma tal situação causou dúvidas aos actores do sistema judicial¹⁸⁰.

Por último, refira-se a expressão usada no despacho do MP ao juiz " Em 12/1/2004 nasceu MJJA, que foi registado como sendo apenas filho da sua mãe, MRJA" expressão essa que sendo reiteradamente utilizada em todos os despachos do MP, acabaria por dar origem ao título desta dissertação.

6.1.4. Viabilidade a dois tempos - A perfilhação por decisão judicial

Restar-nos-á, então, olhar para um caso em que o despacho proferido pelo MP é de viabilidade e no qual, não tendo havido perfilhação voluntária em fase de AOP, mas havendo um despacho de viabilidade, segue para a fase judicial de acção de investigação de paternidade. Este caso, permite-nos perceber o que muda quando o processo é judicializado e que consequências tem para o menor.

Trata-se de uma AIP, de um menor nascido em Novembro de 2001, do sexo masculino, registado apenas com o nome da mãe, solteira, de 22 anos de idade, empregada num supermercado.

Assim, e ao contrário do que se passa na fase preliminar (AOP), na AIP há lugar a uma petição inicial do Ministério Público ao Juiz de Direito que, no caso em apreço, é feita nos seguintes termos:

" O Magistrado do Ministério Público, nesta comarca vem instaurar a presente Acção Oficiosa de Investigação de Paternidade, com processo ordinário, contra:

¹⁸⁰ Por intermédio de especialistas da área da genética fui informada que, na verdade, a transfusão sanguínea só pode alterar o resultado do teste de ADN quando ocorreu há menos de dois anos. Neste caso, portanto, não teria influência no resultado, porém, e como referi, nada no processo leva a suspeitar que o magistrado do MP tentou esclarecer essa dúvida o que, pode levar a pressupor que, esse facto, nem sequer foi por ele valorizado ou colocado em dúvida.

TMNRV, solteiro, nascido em 03.11.1978 em P... – Porto, filho de ... e ..., residente na Alameda da ..., nº ... - 2º corpo - ... esquerdo, S..., Vila Nova de Gaia e com domicílio profissional no Supermercado "M" sito na Avenida da ..., ..., M- ...;

Nos termos e com os fundamentos seguintes:

1º

No dia 16 de Novembro de 2001, na freguesia de P..., concelho da Maia, o menor JPT, que apenas foi registado como filho de ECVT (doc. Nº 1);

2º

Mas o menor é também filho do Réu TMNRV.

3º

O Réu e a mãe do menor conheceram-se em Março de 2000 no local de trabalho.

4º

A partir de Dezembro de 2000 e até Março de 2001 a mãe do menor e o Réu viveram um namoro e relacionamento amoroso, no âmbito do qual mantiveram entre si relações de cópula completa.

5º

Desde Dezembro de 2000 e até ao nascimento do menor, a mãe deste não se relacionou com qualquer outro homem a não ser com o Réu TM.

6º

Nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do menor, situados concretamente entre os dias 20 de Janeiro e 19 de Maio de 2001, a mãe do menor apenas com o Réu manteve relações sexuais.

7º

Das relações sexuais havidas entre a mãe do menor e o Réu resultou a gravidez daquela e, dessa gravidez, o nascimento do menor JPT.

8º

As pessoas que conhecem e privam com a mãe do menor atribuem a paternidade deste ao Réu.

9º

Embora devidamente convocado para o efeito, o Réu, sem qualquer justificação, faltou três vezes à colheita de sangue designada para ter lugar no LABORATÓRIO B no Porto para investigação de paternidade (doc. Nº2, 3 e 4).

10º

Entre a mãe do menor e o Réu não existem relações de parentesco ou afinidade que obstem ao reconhecimento da paternidade nesta acção (doc. Nº 5 e 6).

11º

A viabilidade da acção de investigação de paternidade foi reconhecida por despacho judicial proferido nos autos de Averiguação Oficiosa de Paternidade nº .../2001 que correu termos na 1ª Secção do 3º Juízo do Tribunal de Família e Menores do Porto (doc. Nº 7).

12º

Na falta de perfilhação, o reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimónio, efectua-se por meio de decisão judicial em acção de investigação – art. 1796º nº 2 e 1847º do Código Civil.

13º

A acção é proposta de acordo com o disposto nos art. 1798º, 1819º, 1865º nº 5, 1866º, 1873º do Código Civil e art. 205º nº 1 da Organização Tutelar de Menores.

Nestes termos, deve a presente acção ser julgada procedente por provada e, conseqüentemente, ser o menor JPT reconhecido judicialmente como filho do Réu TMNRV, para todos os efeitos legais, ordenando-se o averbamento da respectiva paternidade e avoenga paterna.

Para tanto, deverá o Réu ser citado para contestar, querendo, seguindo-se os ulteriores trâmites legais até final.

Valor: 14.963,95 (catorze mil novecentos e sessenta e três euros e noventa e cinco cêntimos)

Junta: Sete documentos e duplicados legais.

Prova Testemunhal:

ECVT...

SRSS...

MRSMP

Prova Pericial:

Requer-se, de harmonia com o disposto nos art. 1801º do Código Civil, e art. 568 nº 1 e nº 3 do Código do Processo Civil e 31º do DL 11/98 de 24.01, que oportunamente seja requisitado ao Laboratório A exame de investigação biológica de filiação, através do exame de sangue nas pessoas do menor, mãe e Réu. Ou que tal exame tenha lugar no LABORATÓRIO B sito na Rua Dr. ..., s/n 4200-465 Porto, uma vez que ali foram já realizadas as necessárias colheitas ao menor e sua mãe como resulta do documento nº 2 junto. " (MP, 14/03/2003)

Atendendo à petição inicial cabe nestes casos, como referi anteriormente, citar o réu para contestar, querendo¹⁸¹. Essa citação é feita em carta registada com aviso de recepção. O aviso foi recebido pelo réu e não houve lugar a contestação. Consequentemente, o PP é notificado para comparecer no Laboratório B para se submeter a exames hematológicos, no entanto, uma vez mais, e à semelhança do que já tinha ocorrido por diversas vezes em AOP, a notificação é devolvida pelos CTT¹⁸².

Por seu turno, o Laboratório B informa o MP da não comparência do indigitado pai e marca nova data para os exames. A segunda vara mista do Tribunal do Senhor da Pedra pede aos serviços externos a notificação urgente do PP, que é bem sucedida.

Entretanto, o Laboratório B informa que a mãe e o menor foram já submetidos à colheita sanguínea, faltando apenas igual procedimento ao PP que não compareceu.

Perante as faltas dadas pelo PP, o Tribunal multa-o em 4UC¹⁸³. A audiência de julgamento é marcada e os diversos actores notificados: as testemunhas do processo,

¹⁸¹ Expressão jurídica utilizada nos processos de AIP.

¹⁸² "Condomínio fechado – não reclamado" (nota informativa dos CTT, 21/11/2003)

¹⁸³ 4 UC = 89 euros.

a mãe (cuja notificação veio devolvida¹⁸⁴) e o PP (cuja notificação veio também devolvida¹⁸⁵).

Independentemente da ausência de notificação do réu (PP) e da mãe, a audiência de julgamento mantém-se e tem lugar no dia 15/06/2004.

ACTA DE AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO

DATA

HORA: 14.30 HORAS

PROCESSO:

AUTOR: MP

RÉU: TMNRV

MAGISTRADOS JUDICIAIS

JUIS DE DIREITO: JPNM (MASC)

MAGISTRADO MP: AATA (masc)

OFICIAL DE JUSTIÇA EM (fem)

PRESENTES: Encontravam-se presentes as testemunhas arroladas pelo Ministério Público: ECVT e SRSM

FALTOSOS: O Réu TMNRV, devidamente notificado e a testemunha arrolada pelo Ministério Público MRSMP, não notificada a carta veio devolvida com a indicação de não reclamada.

DECLARADA ABERTA A AUDIÊNCIA, o Mmo Juiz iniciou a inquirição das testemunhas.

TESTEMUNHAS ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

ECVT, Prestou juramento legal e aos costumes disse mãe do menor cuja paternidade está a ser investigada. Respondeu a toda a matéria.

SRSS... Prestou juramento legal e aos costumes disse ser colega de trabalho da mãe do menor e do Réu. Respondeu a toda a matéria.

Neste momento, pelo Digno Procurador da República foi pedida a palavra, e no uso desta, declarou prescindir da testemunha MRSMP, bem como da discussão, por escrito, do aspecto jurídico da causa.

De seguida, pelo Mmo Juiz foi concedida a palavra ao Digno Procurador as República para as alegações orais finais, tendo logo após, proferido o seguinte:

DESPACHO

Para resposta sobre a matéria de facto designo o próximo dia 16 de Junho de 2004 pelas 15.00 horas.

Notifique.

De imediato notifiquei todos os presentes.

Lida e revista vai a presente acta assinada. Encerramento pelas 16.00 horas.

¹⁸⁴ "Não reclamado" (CTT, 11/05/2004)

¹⁸⁵ "Não atendeu. Não reclamado" (CTT, 24/05/2004)

Conclusão

Nos presentes autos de processo declarativo, sob a forma ordinária, que o M^oP^o intentou contra TMNRV, o tribunal aprecia a matéria de facto vertida na petição inicial da seguinte forma:

- artigos 3^o, 4^o, 5^o, 6^o e 7^o provada;

O Tribunal formou a sua convicção:

1. no depoimento de ECVT, mãe do menor, que depôs de forma racional, com um notável distanciamento emocional em relação aos factos;

2. no depoimento de SRS, colega de trabalho da mãe do menor e do Réu, relativamente ao comportamento social de ambos,

3. na recusa do Réu em submeter-se a recolha de sangue para realização de investigação de paternidade.

Em reclamação. (TBSrPedra, 16/06/2004)

E no dia seguinte conclui-se.

ACTA DE LEITURA DE DESPACHO DE RESPOSTA À MATÉRIA DE FACTO

DATA

HORA: 15.00 horas

PROCESSO:

AUTOR: Ministério Público

RÉU: TMNRV

MAGISTRADOS JUDICIAIS

JUIZ DE DIREITO: JPNM (masc)

MAGISTRADO DO MP: AATA (masc)

OFICIAL DE JUSTIÇA: em (fem)

Presentes: Todas as pessoas convocadas

Declarada aberta a audiência, o Mmo Jiz deu início à leitura da decisão sobre a matéria de facto, que antecede, a qual não foi objecto de qualquer reclamação, ordenando que oportunamente os autos lhe fossem conclusos.

Lida e revista vai a presente acta assinada.

Encerramento pelas 15. 20 horas (16/06/2004)

Conclusão

I.O M^oP^o intentou contra TMNRV, residente na Alameda da ..., ...,, S..., a presente acção declarativa, sob a forma ordinária do processo comum, pedindo que o tribunal declare ser o menor JPT filho do Réu e que ordene o averbamento de tal facto no registo de nascimento. Alega, para tanto, que o Réu é o pai biológico do menor. Regularmente citado, o Réu não contestou.

A audiência de discussão e julgamento decorreu perante juiz singular.

II.Foram demonstrados os seguintes factos.

No dia 16 de Novembro de 2001 nasceu, na freguesia de P..., concelho da Maia, JPT, registado como filho de ECVT.

O Réu e a mãe do menor conheceram-se em Março de 2000 no local de trabalho.

A partir de Dezembro de 2000 e até Março de 2001 a mãe do menor e o Réu viveram um namoro e relacionamento amoroso, no âmbito do qual mantiveram entre si relações de cópula completa.

Desde Dezembro de 2000 e até ao nascimento do menor, a mãe deste não se relacionou com qualquer outro homem a não ser com o Réu TM.

Nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do menor, situados concretamente entre os dias 20 de Janeiro e 19 de Maio de 2001, a mãe do menor apenas com o Réu manteve relações sexuais.

Das relações sexuais havidas entre a mãe do menor e o Réu resultou a gravidez daquela e, dessa gravidez, o nascimento do JPT.

III. Nos termos do artigo 1871º, nº 1, aliena e) do Código Civil, presume-se a paternidade quando durante o período legal de concepção se prove que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe.

Nos termos factuais apurados logrou o A. Demonstrar os factos presuntivos não tendo surgido qualquer dúvida, sequer séria, quanto a tal paternidade, que será declarada e objecto de registo (artigos 69º, nº 1, aliena b), e 78º do C.R. Civil).

IV. Nos termos expostos, julgo procedente, por provada a acção e, em consequência, declaro que o menor JPT é filho de TMNJRV (filho, por sua vez, de ... e ...), ordenado o averbamento de tal facto no assento de nascimento do menor.

Custas a cargo do réu.

Notifique e registe

(...) (17/06/2004)

Três semanas depois, é notificada a mãe, o réu e o Ministério Público. E, uma vez mais, a notificação ao PP vem devolvida.

Entretanto, o Tribunal informa o Laboratório B que, por falta de esclarecimentos, o processo é encerrado. E o PP é notificado das custas judiciais do processo (951.49 euros).

No entanto, para tal, tornava-se necessário localizar o PP, sendo novamente pedido à GNR averiguação sobre existência de bens.

A este pedido GNR informa que PP

“Trabalha como mandarete no Hotel PP, sito na Avª ... – Porto, onde auferе mensalmente (379€), habita casa própria e não lhe são conhecidos outros bens. (GNR, 18/02/2005)

Este caso apresenta algumas características distintas dos anteriores e, nesse sentido, torna-se relevante tecer algumas considerações sobre ele.

Trata-se de um caso, como pode ser deduzido da Petição Inicial, em que após uma AOP em que o MP dá como provados determinados factos, não se consegue, todavia, que o PP se submeta a exames hematológicos. Consequentemente, este caso permite-nos ver que, sempre que em fase de AOP o teste de ADN é solicitado, realizado e o seu resultado positivo, o MP encontra-se em condições para concluir

pela viabilidade da acção, regra geral, levando à consequente perfilhação por parte do progenitor. No entanto, em casos em que os elementos de prova recolhidos indiciam que determinado indivíduo é o pai do menor, mas este se recusa na realização dos exames, então, pode estar-se em condições para remeter o caso para a fase de AIP.

A petição inicial apresentada revela-nos, na verdade, alguns dos factos que em fase de AOP, segundo o MP foram apurados. Desses factos apurados saliente-se os que pesam mais na perspectiva do MP e que o juiz, posteriormente, deverá tomar em consideração. Através deste instrumento é dado como provada, não apenas a data de nascimento do menor, bem como a filiação materna do menor (nº 1 e nº 2 da petição inicial). Nessa petição surge como provado que o réu (o PP) e a mãe do menor se conhecem e que mantiveram relações de cópula completa durante o período legal de concepção mencionando, ainda, a exclusividade dessas relações (nº 3, a 7º da PI¹⁸⁶). O facto de haver testemunhas que confirmam a paternidade do menor ao Réu é também valorizado na Petição (nº 8 da PI) bem como o facto de o PP ter faltado, em fase de AOP, por três vezes aos exames sanguíneos. Por fim, realce-se o afastamento de laços de consaguineidade que invalidem a propositura da acção.

Perante a Petição Inicial formulada pelo MP, cabe ao juiz prosseguir com as diligências. E, embora os exames de sangue, aparentemente, o único elemento de prova em falta, tenham sido solicitados, o réu continua a faltar, porém, a audiência de julgamento, ainda que sem a prova científica realizada pelo réu, acabaria por ser designada e o julgamento acabaria por ter lugar, mesmo sem a prova científica a ele respeitante ou, mesmo sem a sua presença em tribunal.

Da acta de audiência de julgamento transcrita, realce-se que o juiz deu como provados os artigos 3º, 4º 5º, 6º e 7º da Petição Inicial, todos eles respeitantes ao relacionamento mantido entre a mãe do menor e o réu, sendo ainda mencionado que o Tribunal formou a sua convicção baseado no depoimento da mãe, chegando mesmo a realçar-se a *"forma racional"* como o fez, " e o *notável distanciamento emocional em relação aos factos"*, no depoimento de uma colega de trabalho e

¹⁸⁶ Petição Inicial.

tendo ainda sido pesado pelo Tribunal o facto de o Réu se ter recusado a submeter-se aos exames hematológicos.

Perante isto, o juiz determina que o menor seja declarado judicialmente filho do Réu, dando como provado o relacionamento mantido entre a mãe e o réu (artigo 3, 4º 5, 6º e 7º eda PI, como referido).

O juiz declara judicialmente a paternidade nos termos do artigo 1871º nº 1 e) do Código Civil, baseando-se no postulado de que o Réu e a mãe mantiveram entre si relações sexuais, chegando mesmo no ponto III da “Acta de Leitura de Despacho de Resposta à Matéria de Facto” a referir que *“logrou o A. demonstrar os factos presuntivos não tendo surgido qualquer dúvida, sequer séria, quanto a tal paternidade (...)”*. Esta sentença, baseada nas declarações da mãe e outra prova de carácter testemunhal vem mostrar que, ao contrário do que se passa nos processos de AOP, em AIP a prova científica pode não ser determinante para o apuramento dos factos.

No entanto, embora tendo sido o Réu judicialmente declarado como o pai do menor, nada mais se sabe sobre o processo: se o pai/réu terá pago as custas judiciais; se, perante a perfilhação por decisão judicial, que tipo de relação manteve, a partir desse momento, com o seu filho; ou que consequências essa determinação judicial acarretou na vida do menor e da mãe.

Por outro lado, saliente-se que, na falta da prova científica que sustente a decisão, as provas tradicionais ganham relevo, indo desde a prova da cópula completa, à exclusividade das relações sexuais, à credibilidade que a mãe demonstrou ao juiz.

6.2. Os “fora da lei”

Os casos até agora analisados permitem-nos perceber os procedimentos comuns a processos que envolvem a identificação dos pais biológicos de menores. Os procedimentos aqui retratados até, de certa forma, são levados à exaustão pelos actores judiciais, demonstrando, apesar da burocracia envolvida, uma eficácia elevada. No entanto, casos há em que tal não acontece, levando a que mereçam tratamento autónomo pelas suas peculiaridades. São aquilo a que podemos designar os casos que constituem a excepção à lei e que culminam, na grande generalidade,

pelo insucesso do MP na busca da identidade do menor. Tal como para os casos anteriormente analisados, também para os que a seguir apresento, optei por começar por fazer a sua descrição, baseando-me apenas na sua evolução cronológica dos registos processuais para, em fase posterior, tecer alguns comentários sobre cada um dos casos em concreto.

As excepções à lei que a AOP contempla referem-se, apenas, aos casos em que os progenitores são parentes ou se tiverem decorrido mais de dois anos após a data de nascimento do menor¹⁸⁷. No entanto, é possível, em termos práticos, encontrar outras excepções à lei. Assim, a lei contempla que a AOP não possa ter lugar em situações de incesto¹⁸⁸ ou nos casos em que tenham decorrido já mais de dois anos sobre o nascimento do menor. Porém, ficam de fora outras situações como, por exemplo, as situações decorrentes de procriação medicamente assistida, ou situações derivadas de relações homossexuais.

¹⁸⁷ Artigo 1866º do CC.

¹⁸⁸ Abordarei esta questão mais à frente, no primeiro estudo de caso.

Estudo de caso 1

Incesto: Os tiques de cegueira

Comecemos por analisar um caso de incesto. Estamos perante uma situação que não será tão rara no nosso país, embora neste estudo em concreto, apenas tenha surgido um caso. Será, por certo, um desses casos de excepção à lei, em que a prática judicial difere da teoria judicial.

Como referi, estamos perante um processo de AOP derivado de um caso de incesto que entrou no TFM do Senhor da Pedra em 2003. Respeita a um menor, nascido em finais de Dezembro do ano de 2003, com progenitora solteira, de 19 anos de idade, portuguesa e empregada de balcão.

O menor foi registado cinco dias após o seu nascimento e o processo deu entrada no Tribunal, 19 dias após o registo.

Uma semana depois da distribuição dos autos o Magistrado do Ministério Público a quem foi entregue o processo pede aos serviços a notificação da mãe para comparecer no dia 23 de Fevereiro de 2004. Porém, a mãe antecipa-se, e no dia 20 de Fevereiro de 2004 comparece no Ministério Público e presta as seguintes declarações:

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

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

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

O JF sempre negou ser o pai do T, dizendo que a declarante se relacionou com outros homens. Perante essa atitude do JF 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 JP o pai de T.

O JF 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 JF 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 JF encontra-se novamente na Alemanha, para onde se deslocou no início do passado mês de Janeiro. Desconhece onde o seu irmão trabalha e vive, sabendo apenas que é em Frankfurt.

Refere que vive na companhia dos pais, com mais quatro irmãos: FMSS de 14 anos de idade; CASS de 11 anos de idade; MASS de 17 anos de idade e CMSS 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 JF.

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.” (Auto de Declarações/Inquirição da mãe, 20/02/2004).

Neste caso, o MP não se contenta com a versão dos factos apresentados pela mãe e toma as declarações da avó materna do menor¹⁸⁹.

Aos autos, a avó materna declara que:

“ 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 MA, a declarante teve conhecimento de que a S afirma que o pai do T é o JFSS, nascido a 14 de Fevereiro de 1976, também filho da declarante.

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

Entre o Natal de 2002 e o dia 28 de Abril de 2003, o JF 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 JF encontra-se na Alemanha, desconhecendo a declarante onde o mesmo vive. Tem conhecimento de que o JF 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 JF, 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/Inquirição da avó materna, 20/02/2008).

Perante os dois testemunhos acima transcritos o MP, pede então à Conservatória do Registo Civil o assento de nascimento da mãe e o assento de nascimento do indigitado pai, como forma de comprovar os laços biológicos existentes entre ambos.

Comprovado pelos serviços da Conservatória a irmandade dos progenitores o MP remete ao juiz com a seguinte argumentação:

¹⁸⁹ Este facto, porém, pode dever-se, presumo, ao facto de a avó materna ter ido acompanhar a mãe do menor, e, por isso, o MP, a ter chamado para que prestasse declarações, porque, formalmente, nada no processo permite concluir que a avó materna tivesse sido notificada para prestar declarações.

“Em 25/12/2003 nasceu TJS, que foi registado como sendo apenas filho da sua mãe, SCSS.

Convocou-se esta para vir prestar declarações a este Tribunal, a fim de indicar quem seria o pai biológico do menor, tendo a snr^a SC declarado que durante os primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do menor TJ (período legal de concepção, estabelecido pelo disposto no artº 1798º 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 JFSS, 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 vez. E que o JF, 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 TJ.

Tomaram-se também declarações à avó materna do menor, MCTS, a qual esclareceu que o seu filho e pretense pai do sei neto, JF, 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, SC, residiu também na habitação da declarante. Disse ainda que acreditava na sua filha quanto à alegada paternidade do pequeno TJ, 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 JFSS 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 TJS, 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.

Conclua-se os autos ao snr. Juiz, apara apreciação e decisão, nos termos do preceituado no artº 205º da OTM. “ (MP, SrPedra, 08/03/2004)

E, por último, o juiz, no seguimento da argumentação do MP, acaba por concluir da seguinte forma:

“ 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 oficiosamente 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 TJS, 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, TFMsrPedra; 22/03/2004)

Este caso mostra-nos alguns aspectos dignos de serem analisados com algum detalhe.

Há semelhança de outros casos que veremos à frente, o MP acredita na versão dos factos contada pela mãe não se apoiando em qualquer prova documental que pudesse servir para alimentar o caso.

A mãe refere que o pai do menor é um seu irmão e que este se recusa a perfilhar por ela ter tido relacionamento com outros homens. Mas, ainda que certa das afirmações que profere, não sabe, porém, indicar com precisão a idade deste seu irmão/PP: *“Pensa que o JF tem 27 ou 28 anos”* (auto de declarações da mãe, 20/02/2004). No entanto, quando questionada sobre os outros irmãos com quem vive, identifica as suas idades: *“FMSS de 14 anos de idade; CASS de 11 anos de idade; MASS de 17 anos de idade e CMSS de 30 anos de idade aproximadamente”* (auto de declarações da mãe, 20/02/2004). Há excepção deste último, que poderia ele próprio, ser o PP do menor. A mãe refere que o PP se encontra no estrangeiro a trabalhar, tendo sido numa das suas vindas de férias a Portugal que a gravidez terá ocorrido, o que poderia levar o MP a entender que seria então mais provável que o filho pudesse ser de outro. Para além disso, refere a mãe que o PP trabalha em Frankfurt, na Alemanha, mas não sabendo morada, nem nenhum dado que possa levar à localização do PP.

Quanto à avó materna as suas declarações vão no sentido de uma clara protecção à versão dada pela filha. Apesar de apenas ter tomado conhecimento da gravidez aos sete meses de gestação, não terá tido conhecimento de nenhum relacionamento da filha e, considerando não ter motivos para não acreditar na sua versão.

A ideia de que as testemunhas ouvidas podem estar a dizer apenas aquilo que à mãe interessa que seja dito é, na realidade, apontada por um dos actores judiciais entrevistados como uma diligência que poucos frutos pode trazer à investigação¹⁹⁰.

Ora, mas se esta avó não conheceu nenhum namorado à sua filha, mas se dentro da própria casa se passava esta situação e se a filha lhe terá escondido a gravidez

¹⁹⁰ No capítulo seguinte abordaremos esta questão.

até aos sete meses de gestação, parece que haveria motivos suficientes para que o MP colocasse algumas reservas a estas duas versões e fosse investigar.

Porém, tal não aconteceu. Nenhuma diligência foi efectuada no sentido de saber se o indigitado pai se encontraria, de facto, a trabalhar no estrangeiro, nem foi notificado para a residência dos pais para prestar declarações. A possibilidade de esperar uma vinda sua a Portugal ou até uma tentativa de o localizar no estrangeiro, também não se afigurou como hipótese ao MP.

Quanto às dúvidas do pretense pai de que a mãe teria outros relacionamentos (dúvidas do PP manifestadas pela própria mãe), nada foi feito pelo MP para tentar indagar a possibilidade de o PP ser outro que não o indicado pela mãe.

Parece claro que o facto de a mãe ter indicado como PP do menor um seu irmão, levou a que o MP considerasse de imediato tratar-se de uma situação de incesto e, como tal, não deveria aprofundar-se mais o caso.

Tal como a lei o determina, o superior interesse da criança é manifesto no sentido de repor a ordem natural e tradicional da família. Neste caso concreto, tratando-se de uma situação que contraria a reputação da família, o interesse do menor passa para um plano secundário, não tendo este menor o direito de ver o seu pai identificado na lei, mesmo que, no final, esse indigitado pai (seu tio também) se revelasse o verdadeiro pai biológico da criança.

Na verdade, quer a argumentação do MP, quer a conclusão do juiz só nos podem levar a concluir que o processo é considerado inviável e arquivado pelo simples facto de se presumir e aceitar como verdade que o PP do menor é também seu tio. *"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 oficiosamente uma relação de incesto, restará mais tarde ao menor eventual propositura de pertinente acção de investigação de paternidade. (...)"* (Juiz, TB do Sr da Pedra, 22/03/2004).

Se assim não fosse, parece óbvio que teria havido nas declarações prestadas pela mãe e pela avó materna, muitos factos susceptíveis de averiguação pormenorizada, o que não sucedeu.

Assim, parece claro que assumindo como verdadeiras as declarações prestadas pela mãe, e que o seu filho seria fruto de uma relação incestuosa com um seu irmão, a lei não permite a perfilhação de parentes em linha colateral. A inviabilidade da acção tornava-se clara e, portanto, qualquer diligência suplementar tornava-se supérflua.

Guilherme de Oliveira explica as razões de o legislador limitar a busca da verdade biológica neste tipo de casos: *“O legislador de 1977 sentiu-se obrigado a não limitar o estabelecimento da filiação que resulte da vontade e da iniciativa dos interessados – pai, mãe e filho – mas não quis impor aos particulares a revelação do incesto através de um procedimento oficioso, com risco de produzir traumatismos que o culto da verdade biológica não compensaria. Por outro lado, se a revelação do incesto através do reconhecimento jurídico dos dois progenitores não ofende um princípio de ordem pública, pode dizer-se também que não satisfará qualquer interesse social que valha a pena defender e promover oficiosamente”* (Oliveira, 2003: 148).

Este caso, revela que as paternidades fruto de relações incestuosas continuam a não ser contempladas na lei, condenando-as à inexistência. E, ainda assim, falamos de situações que passam pela Conservatória do Registo Civil. Na verdade, outros casos haverá, por certo, que se a mãe declarar na CRC que o filho é fruto de uma relação incestuosa, o processo não chega a ter início.

Assim, embora o incesto não seja criminalmente punido em muitas sociedades, mas antes, moralmente condenado, a relação incestuosa pode estar (e muitas vezes está) relacionada com crime de abuso sexual, esse sim, criminalmente punido. No contexto aqui em análise, o incesto em termos jurídicos apenas se torna relevante pelo facto de em AOP não ser possível prosseguir a investigação de casos que resultem de relações incestuosas, mostrando, uma vez mais, que escondida por detrás desta proibição moral se encontra a ideia de protecção e dignidade da família e dos bons costumes, protecção da intimidade e protecção contra doenças genéticas hereditárias.

Estudo de caso 2

Provas Científicas Contraditórias

Este caso, embora viável, tem contornos interessantes pondo em confronto as regras da ciência e as regras do direito e sendo notório que as decisões científicas podem ser diferentemente valoradas.

Trata-se de um caso de um menor, do sexo feminino, nascido em Outubro de 2004, de uma mãe solteira, de 25 anos de idade, portuguesa.

O menor foi registado dez dias após o nascimento e uma semana depois o processo dava entrada no tribunal competente.

No dia seguinte ao envio da remessa ao MP, o magistrado do MP solicitava as diligências aos serviços, pedindo a notificação da mãe para comparecer no tribunal a fim de prestar declarações.

No dia determinado a mãe comparece e informa o MP no auto de inquirição das circunstâncias que envolveram a gravidez e o nascimento do seu filho.

“O pai da sua filha EFG é VTFG, nascido a 22/07/1978, com domicilio profissional na firma “A...R...”, na Rua do ..., nº ..., S. Paio de Oleiros, com o qual teve um relacionamento esporádico, no âmbito do qual, e por uma única vez, em 17/01/2004, mantiveram relações sexuais numa residencial. Durante os primeiros 120 dos 300 que precederam o nascimento da menor E não se relacionou intimamente com mais nenhum homem senão como VT. Este, quando soube que a declarante estava grávida, ao principio mostrou-se entusiasmado mas, mais tarde, ter-se-á reconciliado com a sua mulher e negando-se a perfilhar a bebé porque dizia que era estéril.

Caso seja necessário indicará testemunhas acerca do seu relacionamento com o VT.

Não se opõe à realização de exames hematológicos para aferição da paternidade da sua filha E.” (Auto de Declarações da mãe, 29/11/2004)

Perante as declarações prestadas pela progenitora o MP pede aos serviços o registo de identificação do PP e, dado que a mãe indicou que a morada do PP seria fora da competência deste tribunal, foi enviada Carta Precatória ao Tribunal de Santa Maria da Feira, para proceder à notificação do PP e posterior audição.

O PP comparece no local e hora marcada e, aos costumes disse que:

“ Se relacionou sexualmente com a PMSG uma única vez.

O depoente refere que nessa altura estava recentemente divorciado.

Em 2002, ainda casado, resolveu juntamente com a sua esposa, fazer testes para averiguar eventual esterilidade de algum dos elementos do casal.

Esses testes deram como resultado, uma percentagem de 0% de espermatozóides normais, o que tornaria a fecundação impossível, só através de microinjecção seria possível e com uma percentagem de sucesso de 30%.

Depois do relacionamento ocasional com a PG, e de lhe ter informado que estava grávida e que seria ele o pai da criança, o depoente ficou confuso, pois estava convencido da sua esterilidade.

Em Setembro ou Outubro de 2004, voltou a fazer os testes de esterilidade, desta vez no Hospital de S. Sebastião, tendo novamente como resultado a incapacidade total de gerar filhos.

O depoente perante esta situação tem algumas dificuldades em acreditar que é o pai da criança.

No entanto, não se opõe à realização de testes para averiguar a eventual paternidade.

Neste acto junta resultado de exames ao esperma, realizados na Clínica Obstétrica e Ginecológica de ... – Apartado ... - ... -” (Auto de Declarações do PP, 18/01/2005)

E, como mencionado nos autos, apresentando a seguinte prova científica a atestar a sua infertilidade.

Nome: VTFG

Req. Dr. RF

ESTUDO CITOBIOQUÍMICO DO ESPERMA

		Valores de referência
Volume	2,1 ml	2-6 ml
Liquefacção	Completa	Completa aos 60'
PH	7,9	7,2 – 8,0
Cheiro	Sui generis	Sui generis
Viscosidade	Aumentada	Normal
Cor	Normal	Amarelo-grisalho
CONCENTRAÇÃO		
Nº espermatozóides/ml	87,000 milhões	>20<250x10 (elevado a 6)
Nº ejaculado	182,700 milhões	
MOTILIDADE AOS 30'		
Nula	62,9%	
In situ	13,6%	

Progressiva lenta	17,4%	
Progressiva rápida	6,1%	> 25%
Vitalidade	43%	> 60%
Hipoosmolaridade	36%	> 60%
MORFOLOGIA		
Normais	0%	> 14%
Macrocéfalos	0%	Cabeça em lise 5%
Microcéfalos	1%	Anomalia do colo 3%
Acéfalos	0%	Anom. Peça intermediária 0%
Bicéfalos	0%	Acaudados 0%
Alongados	6%	Bicaudados 0%
Pontiagudos	1%	Cauda curta 0%
Sem axcrossoma	1%	Cauda enrolada 0%
Com microssoma	2%	Imaturos 5%
Cabeça amorfa	50%	C/ restos citoplasmáticos 16%
Espermatogónias	0/100 espermatozóides	Espermatogónias
Espermatócitos I	0/100 espermatozóides	Espermatócitos I e II
Espermatócitos II	0/100 espermatozóides	Espermátides/100 Ez < 3
Espermátides	0/100 espermatozóides	
Leucócitos/ml	0/ml	< 10 (elevado a 6)
Aglutinação	Ausente	Ausente

A caracterização morfológica dos espermatozóides está definida segundo os critérios estritos (de Kruger) – valor normal: espermatozóides morfológicamente normais > 14%.

Os autos regressam então ao MP do Senhor da Pedra.

Recebido o auto de inquirição do PP, não obstante a prova científica apresentada pelo PP, o MP não abdicou de pedir uma outra prova científica, baseada no teste de ADN, já que o PP também não se opôs.

Três dias após a remessa da Carta Precatória o MP solicita ao LABORATÓRIO B marcação dos respectivos exames hematológicos, que tiveram lugar

aproximadamente um mês após o pedido efectuado, sem que nenhum dos intervenientes tivesse faltado à diligência pedida.

Relatório			
Investigação De Paternidade			
Nº 19/2005			
Os Serviços do Ministério Público...			
Execução Técnica			
No dia 2 de Março de 2005 compareceram ...			
Resultados			
Discriminam-se na Tabela 1.			
Conclusões			
O conjunto de resultados obtidos permite concluir que a probabilidade de paternidade de VTFG relativamente a EFG, filho(a) de PMSG, é de 99,99%, tendo o índice de paternidade o valor de 23290665,878.			
Ass. CA: AA, LG, LP			
TABELA 1			
LOCI	PP	MÃE	MENOR
CSF1PO	11-12	10-11	11-12
D2S1338	19-20	24	19-24
D3S1358	16-17	15-17	15-16
D5S818	13	11-12	12-13
D7S820	8-10	9-11	9-10
D8S1179	11-12	10-13	10-12
D13S317	11	11	11
D16S539	11	9-13	11-13
D18S51	13-16	12-14	13-14
D19S433	13-15	13-14	13-14
D21S11	29-30	28-31	30-31
FGA	23-24	24	23-24
PD	13-14	9-10	9-13
PE	12-17	7-12	12
TH01	9-9.3	9.3	9-9.3
TPO	11	8	8-11
VWA	15-18	14-17	17-18

Uma semana após a colheita sanguínea, o laboratório envia o relatório¹⁹¹.

¹⁹¹ Note-se que, juntamente com esta folha principal, onde não só se identificam os intervenientes, mas também se apresentam os marcadores estudados e resultado obtidos, o relatório é ainda acompanhado de dois anexos técnicos, bem como fichas de identificação da mãe, PP ou PPs e menor, assinadas, com fotografia e impressão digital. Como referido anteriormente, a inclusão destes

A prova científica viria a dar razão à mãe, que havia identificado correctamente o pai do seu filho, contrariando a prova científica apresentada pelo PP, que revelava ausência de espermatozóides.

O MP prossegue as diligências notificando de novo a mãe para tomar conhecimento dos resultados dos testes de ADN e reenviando Carta Precatória ao tribunal competente para nova inquirição ao PP. Tornava-se necessário confrontar o PP com o resultado dos exames e saber qual seria a sua decisão.

No entanto, antes que o Tribunal Judicial da Feira procedesse à sua notificação o PP voluntariamente dirige-se ao TFM do Senhor da Pedra, pretendendo prestar declarações. Confrontado com os resultados dos exames informou que

“ Tomou conhecimento dos resultados dos exames sanguíneos. Neste momento não vai perfilhar já a menor pois não estava preparado psicologicamente para estes resultados e ainda quer pensar no assunto.” (Auto de Declarações PP, 03/05/2005)

O PP perante duas provas científicas fica com dúvidas e rejeita, por enquanto, perfilhar o menor cuja paternidade lhe é imputada.

Duas semanas após ter prestado estas declarações é novamente ouvido acedendo, então, a perfilhar o menor e aceitando assim o veredicto científico, no entanto, não querendo acrescentar o seu apelido ao nome do menor.

“ Perante o resultado do teste de ADN pretende perfilhar a menor EFG, não desejando acrescentar o seu apelido ao nome da menor”. (Auto de Declarações do PP)

Segue-se a realização do Termo de Perfilhação e subsequentes procedimentos burocráticos que culminam no início de Junho com o MP a pedir que se declare extinta a instância e arquivamento dos autos, dado ter sido cumprido na íntegra a

documentos laboratoriais no relatório funcionam como uma salvaguarda quer do trabalho dos técnicos do laboratório, quer como salvaguarda dos magistrados. Porém, a informação aí facultada, acaba por se revelar complexa aos olhos do tribunal, levando a que, na maioria das vezes, o magistrado se interesse por centrar a sua atenç^o na conclusão produzida pelo laboratório.

finalidade do processo, sendo aceite pelo juiz que *declara extinta a instância por inutilidade superveniente da lide*.

Neste caso, embora o PP faça prova científica da sua condição: esterilidade cientificamente provada, o MP teve dúvidas acerca dessa prova apresentada e pediu uma contra-análise que poderia ser consubstanciada pelo ADN.

Essa actuação do MP veio a revelar-se sensata e mostrando que, se em muitas situações, a reverência à ciência é notória, neste caso o MP não mostrou plena confiança nessa prova tendo exigido uma comprovação dos factos alegados e documentados.

No entanto, talvez seja de admitir que o MP só o tenha feito devido ao facto de nas AOPs, nos casos em que não há perfilhação voluntária, isto é, uma declaração de vontade por parte do progenitor, os números mostrarem que nas restantes situações há lugar a termo de perfilhação se o teste de ADN revelar uma elevada probabilidade daquele indivíduo ser o pai da criança. Assim, parece estarmos na presença de um caso em que o MP não confiou em absoluto na ciência. Ainda que na presença de uma declaração de ciência, pressupondo-se que determinados procedimentos de rotina fossem executados neste tipo de caso – o exame hematológico e dado que o PP a este procedimento não se opôs, então, seguiu-se pela via da contra-prova.

Uma dúvida, no entanto, fica no ar: seria a sua infertilidade temporária e, portanto, essa prova científica poderia ser reversível ou terá falhado o ADN?

Perante esta situação, também seria legítimo que o PP, pesando as duas provas científicas, ficasse com dúvidas de qual estaria correcta e qual lhe permitiria ter a certeza da sua condição perante aquela criança. No entanto, embora tivesse manifestado alguma hesitação e confusão quando tomou conhecimento do resultado, a verdade é que não colocou a hipótese de novo exame, fosse ao esperma fosse ao ADN para confirmar ou refutar uma das hipóteses que, claramente, estavam em contradição.

Estudo de caso 3**“Vaca que anda no monte não tem boi certo”¹⁹²**

No início do mês de Novembro de 2005 nasceu um menor do sexo feminino, filho de uma mãe solteira, portuguesa, de 27 anos. Cinco semanas após o seu nascimento foi registada, apenas com o nome da mãe levando a CRC, ainda no próprio dia, a remeter o processo incompleto ao TFM de Matosinhos. Uma semana depois a remessa dos autos é entregue ao MP e dois dias passados o magistrado responsável pelo processo solicita as primeiras diligências.

A mãe é então notificada para comparecer num dia da segunda semana de Janeiro de 2006 prestando as seguintes declarações:

“ Ignora a identidade ou o paradeiro do pai da sua filha JM. O mesmo não era seu conhecido nem seu namorado. Manteve relações sexuais com ele uma única vez, num pinhal. Diz que manteve esse relacionamento a troco de dinheiro, depois de ter sido, várias vezes, abordada pelo individuo em questão, que a tentou convencer até que, uma vez conseguiu. Depois disso nunca mais o viu.” (Auto de Declarações da mãe, 11/01/2006)

Perante as declarações prestadas pela mãe o magistrado solicita à GNR da área competente uma averiguação junto dos vizinhos da mãe “no sentido de apurarem quem consta que será o pai biológico da menor JMPC, filha de AMPC, nascida a 01/11/2005”. (Magistrado MP, 16/01/2006)

Em resposta ao pedido do MP alguns dias depois, a GNR informa que

¹⁹² Este ditado popular, é aqui recuperado, por analogia à utilização que Helena Machado fez dele no seu estudo, ao mostrar, precisamente, que a mulher tem que provar o seu bom comportamento moral e sexual, havendo, mulheres dignas de credibilidade por parte da autoridade judicial e outras não. As mães prostitutas inserem-se, certamente, no grupo de mulheres/mães que não apresentam credibilidade aos olhos do juiz.

“Feita averiguação discreta junto de vizinhos, os mesmos informaram que por várias vezes em conversas informais, perguntaram à Srª A quem era o pai do seu filho nunca tendo esta dito nada sobre o assunto. Apurou-se também que a mesma terá tido relações com vários homens e até com os próprios irmãos, motivo pelo qual a mesma poderá desconhecer o pai biológico da criança.” (GNR de Canidelo, 25/01/2006)

Perante as informações prestadas pela entidade policial, o MP decide proferir despacho nos termos que abaixo se transcrevem.

“Em 1/11/2005 nasceu JMPC, que foi registada como sendo apenas filha da sua mãe, AMPC.

Convocou-se esta para vir prestar declarações a este Tribunal, a fim de indicar quem seria o pai biológico da menor, tendo a snrª AM declarado que ignorava de todo a identidade do pai da sua filha, pois esta era fruto de uma relação esporádica mantida com um desconhecido num pinhal, a troco de uma pequena quantia em dinheiro e que depois disso nunca mais o viu.

Solicitou-se à GNR a realização de uma averiguação discreta junto da vizinhança da mãe da menor, com o objectivo de se tentar apurar a quem, nesse meio social, era atribuída a paternidade da pequena JM.

Em resultado dessas diligências foi-nos comunicado que na vizinhança ninguém tem o mínimo indício sobre a identidade do pai da menor, e que aí atribuem à mãe desta envolvimento íntimo com vários homens e, até, com os seus próprios irmãos (cfr. Fls. 11)

Perante o que ficou exposto sou de parecer que não há qualquer viabilidade na propositura de uma acção de investigação da paternidade da menor JMPC, afigurando-se inútil o prosseguimento deste processo pois não se vislumbra qualquer diligência suplementar que pudesse efectuar-se, com um mínimo de sentido útil, para se obter a identificação completa e o conhecimento da exacta localização do indivíduo que será o seu pai biológico.

Conclua-se os autos à snrª Juíza, para apreciação e decisão, nos termos do preceituado no artº 205º da OTM.” (MP, 02/01/2006)

E, perante o despacho do MP cumpre ao juiz decidir.

“Respeita a presente acção de averiguação oficiosa da paternidade à menor JMPC, nascida em 01.11.2005, na freguesia de M, concelho de . . . , filho de AMPC, solteira.

Conforme resulta do assento de nascimento da menor de fls. 3, não se encontra averbada a identidade do pai.

Ouvida a mãe, a mesma disse que desconhecia por inteiro a identidade e morada do pai da J, por ter-se relacionado sexualmente com ele uma só vez, a troco de dinheiro, e que nunca mais o viu.

Tendo-se procedido a averiguação policial na área de residência da mãe sobre se aí constava quem pudesse ser o pai da J, não se obteve qualquer elemento adicional.

Perante o exposto, é por demais evidente a falta de viabilidade da acção de investigação de paternidade, pelo que, nos termos do art. 205º, nº 1, da OTM, determino que os autos de investigação de paternidade sejam arquivados.

Sem custas.” (Juiz, TBSrPedra, sem data)

Da análise deste caso resultam algumas considerações. Em primeiro lugar, trata-se de um caso que foi tomado como sendo prostituição, dado que a mãe se envolveu como um indivíduo a troco de dinheiro. Em segundo lugar, o facto de a GNR ter informado o MP que junto da vizinhança ninguém sabia quem era o pai da criança e

que, inclusivamente, a mãe se poderia ter relacionado com irmãos seus, acaba por tornar, aos olhos do MP, o processo inviável.

Daí, três hipóteses se afiguram para o despacho de inviabilidade. 1º) ou o MP percebeu que a mãe não queria revelar quem era o pai do menor e aceitou a sua posição; 2º) ou o facto de se tratar de um caso de prostituição leva o MP a considerar o caso inviável; 3º) ou, perante a suspeita de relacionamento sexual com um irmão, pode ter levado o MP a encerrar o processo.

Por outro lado, se atentarmos à argumentação dada pelo MP e a argumentação do juiz, estas não são inteiramente coincidentes. Enquanto o MP dá relevância ao facto de ninguém identificar o PP e de existirem relacionamentos com vários homens, incluindo irmãos: " *Em resultado dessas diligências foi-nos comunicado que na vizinhança ninguém tem o mínimo indício sobre a identidade do pai da menor, e que aí atribuem à mãe desta envolvimentos íntimos com vários homens e, até, com os seus próprios irmãos (...)* " (MP, 02/01/2006); o juiz, por seu lado, parece justificar a inviabilidade pelo facto da mãe não identificar o PP e, em simultâneo, referir " (...) *ter-se relacionado sexualmente com ele uma só vez, a troco de dinheiro, e que nunca mais o viu.*" (Juiz, sem data). Quanto ao facto de os agentes policiais terem referido a existência de relacionamentos múltiplos e, inclusivamente, com irmãos, não é sequer, referido pelo juiz.

A análise deste processo sugere que esta mãe, em concreto, ou pelo facto de ter tido relações sexuais a troco de dinheiro, ou pelo facto de se ter relacionado sexualmente com vários parceiros, não mereceu credibilidade aos olhos da lei, mostrando, uma vez mais, tal como Helena Machado (2001) ou Susana Silva (2007; 2008; 2009) o mostraram que a exclusividade das relações sexuais e o bom comportamento moral e sexual da mãe são ainda nos nossos dias factores importantes a ter em consideração.

Estudo de caso 4

“À mulher séria não basta sê-lo, tem que parecê-lo”

Trata-se de um caso de uma menina nascida em Maio de 2008, de uma mãe divorciada de 40 anos, desempregada e de nacionalidade portuguesa.

Doze dias após o seu nascimento, é registada na Conservatória do Registo Civil e duas semanas depois é enviado o registo de nascimento incompleto ao tribunal.

A mãe é notificada pelos serviços do MP nos primeiros dias do mês de Julho para prestar declarações na segunda semana de Setembro.

No dia marcado a mãe presta declarações dizendo que:

“Não sabe quem é o pai do seu filho, pois numa fase má da vida, por altura do falecimento dos seus pais vítimas de “cancro”, a declarante um dia à noite saiu de casa, foi até Espinho e conheceu um indivíduo, num dos cafés ali existentes que não sabe precisar, “palavra puxa palavra” e acabou por ter relações sexuais com o dito indivíduo no carro, tendo ele depois levado a depoente a casa. Não conhece a pessoa de lado nenhum, nem sabe precisar nenhum elemento que possa levar à sua identificação. Não decorou nem a marca, nem a matrícula do automóvel que ele se fazia transportar. Nunca mais viu o referido indivíduo.

Refere que as relações foram sem protecção pois que a depoente há cerca de dois anos teve um problema de saúde num ovário, tendo feito quimioterapia, tendo-lhe sido dito que não podia ter filhos, aliás a médica no hospital ficou admirada do facto da depoente estar grávida.

A depoente reafirma que não tem elementos que possibilitem a identificação do presumível pai do seu filho, uma vez que resultou de uma relação esporádica e resultante de uma fase de depressão.” (Auto de Declarações Mãe, 09/09/2008)

Perante as declarações prestadas pela mãe da menor o MP não tem dúvidas em concluir:

“Os presentes autos tiveram origem na remessa pela 2ª Conservatória do Registo Civil de ... do assento de nascimento respeitante ao menor DFN, nascido a 29 de Maio de 2008, filho de LMMN e sem menção de maternidade (alterado) Paternidade.

Ouvida em primeiras declarações a progenitora do menor D, referiu a mesma o seguinte: que não sabe quem é o pai do seu filho; que por ocasião do falecimento dos seus pais, vítimas de cancro, tendo sido esse um período de grande perturbação emocional para si, saiu um dia à noite e conheceu num café de Espinho um indivíduo que nunca tinha visto antes e ainda nessa noite, no interior do veículo automóvel do dito sujeito, acabou por manter com ele relações sexuais de cópula completa; nunca mais viu tal indivíduo, não tem qualquer referência sobre o seu nome, a sua actividade

profissional ou qualquer outro dado que leva à sua identificação ou localização, não se lembrando sequer da marca, modelo ou matrícula do veículo conduzido pelo mesmo.

A progenitora não apresentou qualquer outro possível pai do seu filho D.

Perante o teor das declarações da progenitora do menor não é possível efectuar, com qualquer margem de eficiência, diligências no sentido da identificação do possível progenitor do menor D, dado que a progenitora nenhum elemento ou pista forneceu aos autos que permitisse levar a cabo tal averiguação.

Assim, por total ausência de prova, é manifesta a inviabilidade da acção de investigação de paternidade relativa ao menor DFN.

Remetam-se os autos a juízo com vista a ser proferido despacho judicial, nos termos do art. 205 da OTM. " (MP, 19/09/2008)

E em menos de uma semana o juiz profere a seguinte decisão:

" Foi instaurada a presente averiguação oficiosa da paternidade de DFN, nascido a 29.05.2008, uma vez que, lavrado o seu assento de nascimento, do mesmo não havia menção dessa paternidade.

Foram então efectuadas as necessárias diligências, concluindo-se como no parecer de fls. 11.

A ser assim, concordando na íntegra com o douto parecer que antecede, pelos seus fundamentos de facto e de direito, que aqui reproduzo para todos os efeitos legais, mostrando-se concretizados os objectivos visados com os presentes autos, afigura-se inútil o prosseguimento dos mesmos.

Nestes termos, em conformidade com o disposto no art. 205º da OTM, determino o arquivamento dos autos. MSN" (25/09/2008)

Neste caso, embora não existam dados que remetam para essa conclusão, poder-se-ia estar a falar de um caso de prostituição, ainda que camuflada. No entanto, não existem em todo o processo elementos suficientes que nos permitam tirar essa conclusão. Podemos, contudo, avaliar a forma como este caso é tratado e compará-lo com o anterior ou com outros casos.

Neste caso o MP confiou na versão dos acontecimentos dada pela mãe, não tendo procurado averiguar a veracidade destes dados junto de testemunhas próximas da mãe ou junto de outros actores. Parece que o facto de a mãe viver, na altura em que a gravidez ocorreu um momento de depressão, derivado de mortes no seio familiar, levam o MP a dar como credível a sua versão. No entanto, ao contrário do que se passa no processo de esterilidade masculina (estudo de caso 2) em que ao PP não foi suficiente fazer prova de que a sua esterilidade estava cientificamente provada, neste caso, o facto de a mãe referir ter sido submetida a processos terapêuticos com uso de quimioterapia e de, alegadamente, ter ficado impossibilitada de procriar não foi contestado pelo MP nem foi pedido à mãe a confirmação da sua doença e dos tratamentos a que se submeteu.

Assim, a mãe acaba por justificar a sua gravidez no facto de estar convencida de que não poderia ter filhos, de atravessar um período mau da sua vida e numa forte depressão que acabam por justificar o facto de não saber identificar o PP do seu filho.

Este caso mostra, uma vez mais, a existência de vários critérios na actuação quer do MP quer do juiz, parecendo que umas histórias soam mais a verdadeiras do que outras, o que acaba por ser corroborado pelos próprios actores judiciais que neste tipo de situação sustentam que quando a mãe não quer falar, não há maneira de o fazer¹⁹³.

No entanto, este argumento acaba por ser utilizado de forma discricionária em função das situações concretas com que o MP se debate. Para além disso levanta uma outra questão, por um lado, o critério jurídico da paternidade que em termos legais, exige ao MP que desencadeie todas as diligências necessárias com vista ao apuramento da verdade biológica, mas, por outro lado, o critério jurídico confronta-se com as sensibilidades pessoais de cada interveniente no processo. Para um magistrado, ou perante uma determinada situação, unem-se esforços para encontrar a verdade, noutros casos, essa identificação deixa de fazer sentido se a mãe não quiser colaborar.

¹⁹³ Esta questão também será alvo de tratamento específico no capítulo seguinte.

Estudo de Caso 5

A Galinha canta mas não interessa quem pôs o ovo

Trata-se de um caso de um menor, do sexo masculino, nascido em Janeiro de 2002, e registado muito tardiamente (05/06/2006).

Este menor foi registado pela mãe, solteira, de 22 anos, portuguesa.

Do PP sabe-se que é casado, que tinha na altura do nascimento, 57 anos de idade, nacional de Portugal e residente em Guimarães.

Três dias após o registo do menor a CRC envia ao Tribunal a certidão de nascimento incompleta e dois dias após a remessa do expediente e respectiva distribuição dos autos o delegado do MP responsável pelo processo pede as respectivas diligências aos serviços, tendo sido a mãe notificada para comparecer no mês seguinte.

No dia notificado a mãe compareceu e disse:

“O pai do seu filho, RGB é ESD, casado, residente algures em Guimarães. E que trabalha numa empresa denominada “G...S...”, localizada em Guimarães.

Teve um envolvimento amoroso com o E, entre Janeiro de 2000 e Fevereiro de 2002, já depois do nascimento do RG. Não chegaram a coabitar mas mantiveram múltiplas vezes relações sexuais, a partir de alguns meses depois do início do seu relacionamento, o que sucedeu pelo menos até ficar grávida. Durante todo esse período e, designadamente, nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do RG não manteve relações íntimas com mais nenhum homem senão com o ESD.

Este apenas não assumiu a paternidade do filho na Conservatória porque tem filhos do casamento e alegou que, se perfilhasse o RG, poderia ter problemas familiares. Foi também por causa dessas hesitações do pai do menor que a declarante retardou a declaração do nascimento na Conservatória do Registo Civil o que veio a acontecer quando o menor tinha 4 anos.

Está disposta a fazer exames ao sangue, para certificação da paternidade do seu filho.

Oportunamente e se for necessário indicará nomes e moradas de testemunhas do seu relacionamento com o E”.
(Auto de Declarações da mãe, 19/07/2006)

Após as declarações prestadas pela mãe do menor o MP decidiu averiguar na base de dados da Segurança Social e no Registo de Identificação Civil a morada do indigitado pai, tendo chegado a duas moradas distintas (ambas em Guimarães).

Em 19 de Julho de 2006, confirmando-se ser a residência do PP em Guimarães, é enviada Carta Precatória ao Tribunal Judicial de Guimarães para tomar as Declarações ao PP. Os autos são então remetidos a esse tribunal em 19 de Julho e no dia 26 do mesmo mês o magistrado do MP do tribunal competente solicita a notificação do PP aos serviços, sendo o PP notificado para comparecer no dia 14 de Setembro. A notificação, porém, não é entregue ao PP devido, segundo informação prestada pelos CTT, o número da porta não existir.

Decide então o magistrado do MP de Guimarães pedir a intervenção da PSP para notificação do PP, no entanto, a PSP também não consegue notificá-lo¹⁹⁴ e, chegado o dia da diligência, o PP não comparece.

Após estas tentativas fracassadas de notificação do PP o MP de Guimarães decide remeter a Carta Precatória ao TFM do Senhor da Pedra.

É então que o Magistrado do MP encarregue do caso decide pedir à “Portugal Telecom” o contacto do PP, cujo resultado foi que “ (...) tendo entrado em contacto com o serviço de informações da Portugal Telecom, foi-me dito não existir qualquer registo em nome de “G...S...”, em Guimarães” (04/10/2006).

Dois dias depois é novamente enviada Carta Precatória a Guimarães para inquirição do PP.

A 23 de Outubro o MP de Guimarães notifica novamente o PP para comparecer cerca de um mês depois e, finalmente, o PP comparece e presta as seguintes declarações:

“Confrontado com as declarações prestadas pela mãe do menor – RMAB, juntas aos autos a fls. 5, que lhe foram lidas, diz que as mesmas não correspondem à verdade. Que é mentira que tivesse mantido um relacionamento amoroso com a RM, nomeadamente entre Janeiro de 2000 e Fevereiro de 2002.

Refere que a RM era uma prostituta e o depoente admite que por várias vezes manteve relações sexuais com a mesma, usando sempre preservativo, pagando pelos serviços prestados. Não sabe precisar as datas em que tais encontros ocorreram, mas poderão ter acontecido no período compreendido entre Janeiro de 2000 e Fevereiro de 2002.

¹⁹⁴ Justificação da PSP – “morada desconhecida”.

Que conheceu a RM num bar, denominado "P...A...", sito na Rua da ..., por volta do ano 2000, bar esse que a RM frequentava para "angariar clientes". Que o depoente foi apenas um dos muitos clientes com quem a RM saía habitualmente. Que pagava cerca de 100,00 € por cada relação sexual que mantinha com a RM.

Que a sua relação com a RM resumia-se apenas a manter relações sexuais com a mesma, quando se deslocava em trabalho à cidade do Porto, o que acontecia no máximo três vezes por mês. Que a relação de ambos nunca passou disso.

Refere que chegou a estar com a RR mesmo depois desta se encontrar grávida e esta nunca lhe mencionou que seria o pretense pai do menor, nem tão pouco depois do nascimento do mesmo, pelo que ficou deveras surpreendido com as declarações prestadas pela mesma. Que nunca foi confrontado pela R sobre a paternidade do menor lhe ser atribuída, não sendo verdade que não o tenha assumido a mesma pelo facto de ter filhos do seu casamento, já celebrado no ano de 1969, não tendo portanto qualquer hesitação, em assumir ou não a paternidade, pelo facto de nunca ter sido confrontado com a mesma.

Que pode afirmar com certeza que a RM se relacionou sexualmente com vários homens, no período que antecedeu o nascimento do menor, pelo facto de ter como profissão a prática da prostituição, facto de que a mesma se gabava, afirmando que das mulheres que frequentavam o bar "era a que mais facturava".

Que não está na disposição de perfilhar o menor e está disponível apenas para assumir as suas obrigações resultantes da lei, ou seja, não está disposto a submeter-se voluntariamente, à realização dos exames hematológicos." (Auto de Declarações do PP, 17/11/2006)

Tomadas as declarações do PP pelo Tribunal de Guimarães, os autos são devolvidos ao Tribunal do Senhor da Pedra, sendo a mãe notificada para comparecer, indicando quatro testemunhas do seu relacionamento com o PP.

Todas elas são notificadas e, embora duas não tenham recebido a notificação, todas se apresentam ao MP a 9 de Janeiro de 2007.

Auto Declarações Testemunha 4

" Conhece a R desde Dezembro de 2001, por ela frequentar o cabeleireiro onde a declarante trabalha e por fazer limpezas em casa da sua sogra.

Pensa que a R conhecerá o indigitado progenitor há cerca de 6 anos, tendo-o conhecido num bar, onde ambos andavam a "tomar um copo".

Só conhece o indigitado progenitor por ele ir levar a R ao cabeleireiro, nunca o tendo visto fora do carro, mas tendo visto que os mesmos se despediam com um beijo na boca, como se de dois namorados se tratassem.

Sabe que o menino nasceu com Lúpus, uma doença que é transmitida por um dos progenitores, a R não é portadora de tal doença mas o indigitado progenitor tem essa doença. A R chegou mesmo a contar à declarante que o indigitado progenitor terá pago uma das consultas de dermatologia a que o menino terá ido.

Várias vezes, no seu salão, a R atendia telefonemas que dizia serem do indigitado progenitor a perguntar pelo menino." (Auto de Declarações Testemunha2, 09/01/2007)

Auto Declarações Testemunha 1

"Conheceu a R em finais de 2000, por aquela ter ido trabalhar para o "CV", um bar de alterne, na Rua da C..., onde a declarante já trabalhava.

As meninas que trabalham nesse estabelecimento só lhes compete fazer companhia aos homens que o frequentam enquanto aqueles tomam e lhes oferecem bebidas. Entre as 20 e as 22 horas, hora de jantar das meninas, estas são livres para saírem com quem desejassem.

O Sr. E era um dos homens que frequentava esse bar, estando sempre na companhia da R e saindo, por diversas vezes, para jantar juntos. Por vezes, às 2 horas, hora de fecho do bar, a declarante via o E ir buscar a R.

Quando a R estava grávida de um mês deixou de trabalhar no bar, mas como se criou uma amizade entre as duas, a declarante continuou a acompanhar a gravidez da mesma, falando por diversas vezes telefonicamente, dizendo a R que continuava a manter um relacionamento com o E e que aquele chegou mesmo a ir buscá-la à porta de casa daquela.

Está mesmo convencida que o Sr. E é o pai do RG, pois nunca viu sair a R com mais nenhum homem e sabia que ela só mantinha um relacionamento do trato carnal com aquele.” (Auto de Declarações testemunha 4, 09/01/2007)

Auto Declarações Testemunha 3

“ É mãe da R, onde aquela vive com o seu filho RG.

Que em meados de 2000, a R começou a sair com um senhor que a ia buscar a casa, num Mercedes cinzento, que ela dizia, de início, ser seu amigo e que tinha conhecido num “barzinho” no Porto.

Quando a R estava grávida de dois meses, disse à declarante que o pai era o referido E.

Durante o decurso da gravidez o E continuou a manter uma relação com a R que só terminou nos finais da mesma, quando eles tiveram um desentendimento por aquele dizer que não queria perfilhar o menor.

A R ainda chegou a dizer à declarante que o E lhe disse que para perfilhar o menino ela teria que ir trabalhar como empregada interna em casa da esposa daquele, o que a R declinou.

Não tem dúvidas que o E é o pai do seu neto RG, pois, desde que a R iniciou um relacionamento com aquele, não manteve qualquer relação íntima com mais nenhum homem.” (Auto de Declarações Testemunha 3, 09/01/2007)

Auto Declarações Testemunha 2

“ Conhece a R por ser amiga da família à vários anos.

Que em 2000 começou a ver um Mercedes que ia buscar a R e com quem aquela ia sair. Quando perguntava à R quem era, ela dizia que era o E, seu namorado. A declarante chegou mesmo a ver o indigitado progenitor no carro, embora nunca tenha falado com ele.

Quando a R engravidou disse à declarante que era do E. E a declarante, durante a gravidez, continuou a ver o E ir buscá-la, só no final da gravidez é que deixou de o ver. Quando perguntou à R que tinha acontecido, ela disse que se tinham chateado porque o E não queria assumir o filho que ia nascer.

Quando o menino nasceu, tinha um problema de pele que a R disse à declarante que o indigitado pai também tem.

Não tem dúvidas que o E é o pai do RG, pois desde que a R se começou a relacionar com ele não voltou a ver ter qualquer tipo de relação amorosa com outro homem”. (Auto de Declarações Testemunha 1, 09/01/2007)

Ouvidas as testemunhas, no dia seguinte o MP profere o seguinte despacho:

“Em 27/1/2002 nasceu RGB, que foi registado como sendo apenas filho da sua mãe, RMAB.

Convocou-se a mãe do menor para vir prestar declarações a este Tribunal, a fim de indicar quem seria o pai biológico do RG, tendo a snr^a RM declarado que este seria filho de um tal ESD, indivíduo casado com o qual mantivera um relacionamento amoroso que durou de Janeiro de 2000 a Fevereiro de 2002, tendo então terminado quando o menor RG já nascera,

Tal relacionamento incluiu a prática frequente de relações de cópula sexual entre a RM e o ESD os quais, contudo, não chegaram a residir maritalmente.

Em todo esse período e, designadamente nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do menor RG, a RM assegura não ter tido relações sexuais com mais nenhum homem senão como o ESD, que apenas se terá recusado a perfilhar o menor RG por ter filhos do seu casamento e receio de, em consequência disso, ter problemas familiares caso perfilhasse este menor.

A RM explicou que apenas registou o seu filho quando este já tinha quatro anos na esperança de que, entretanto, o pai do menor reconsiderasse e perfilhasse voluntariamente o RG.

Mas tal não sucedeu.

Ouvido em declarações o ESD reconheceu que mantivera relações sexuais múltiplas vezes com a RMAB, entre data incerta do ano de 2000 e uma altura em que ela se encontrava já grávida, mas que se tratava de relações remuneradas pelo que acha que não se enquadram no conceito de “relacionamento amoroso”. Acrescentou que nessa época ela se relacionava intimamente com outros indivíduos e que por isso não se considera pai do menor RG, não o perfilhando nem aceitando submeter-se voluntariamente, a exames de aferição da paternidade.

Quatro testemunhas ouvidas neste processo, a avó materna do menor, MNSAA (id. A fls. 55), duas amigas da mãe do menor, ACSC (id. A fls. 54) e MCJL (id. A fls. 53) e uma empregada do salão de cabeleireiro frequentado pela mãe do menor, SSSV (id. A fls 52), confirmaram o relacionamento mantido com o ESD e a sua duração no tempo, acrescentando que a mãe do menor se lhe referia como “namorado”.

Apesar do que ficou exposto sou de parecer que não há qualquer viabilidade legal na propositura de uma acção de investigação de paternidade do menor RGB, por estar esgotado o prazo de dois anos após o nascimento do menor que o disposto no artº 1866º, alínea “b”, do Código Civil, estabelece como limite para a admissibilidade legal da propositura da acção de investigação da paternidade, uma vez que mãe do menor só registou o seu nascimento quando ele já tinha quatro anos.

Prosseguiu-se com a tramitação do processo apenas na esperança de que o pretense pai se dispusesse a perfilhar o menor, ainda que pretendendo antes confirmar a sua paternidade com exame ao ADN.

Mas tal não sucedeu, conforma acima referimos.

Restará futuramente a hipótese da propositura de reconhecimento judicial, que não está dependente do prazo acima aludido (cfr. Os art.sº 1869º, 1873º e 1817º, do Código Civil).

Conclua-se os autos à snrª Juíza, nos termos do preceituado no art.º 205º da OTM, para apreciação e decisão.” (MP, 10/01/2007)

E, finalmente, cinco dias após o despacho de inviabilidade do MP pronuncia-se o juiz.

“ Tendo sido instaurada a presente acção de averiguação oficiosa de paternidade, por informação do Sr. Conservador da 1ª Conservatória do Registo Civil de VN Gaia, e relativo ao menor RGB veio a Digna Magistrada do Ministério Público emitir o parecer segundo o qual é inviável a propositura de acção de investigação.

Cumpra decidir.

Em 27 de Janeiro de 2002 nasceu, no concelho de . . . , RGB, com a maternidade registada em nome de RMAB.

O assento foi lavrado em 05 de Junho de 2006.

Ouvida a mãe – fls. 8 e 9 – esta declarou que o pai é ESD. Mais afirmou que teve uma relação amorosa com o mesmo entre Janeiro de 2000 e Fevereiro de 2002. Até, pelo menos à gravidez, manteve relações sexuais com e apenas com o mesmo.

Refere ainda que o mesmo é casado razão pela qual não assumiu a paternidade do menor.

Ouvido o pretense pai – fls. 39 e 40 – o mesmo afirmou que conheceu a progenitora num bar sendo a mesma prostituta.

Admite que manteve com a mesma relações sexuais pagas no período indicado pela mãe do menor, mas usou sempre preservativos. Mais afirmou que, durante esse período, a mãe do menor manteve relações sexuais com muitos outros homens.

Chegou a estar com a mãe do menor já depois desta estar grávida nunca tendo esta indicado que seria o mesmo o pai.

Afirmou não estar disponível para a realização de exames hematológicos.

. Foram ouvidas as testemunhas indicadas pela progenitora sendo que a S afirmou conhecer o pretense pai por este levar a mãe do menor ao cabeleireiro que frequentava, despedindo-se com um beijo na boca – fls 52; a M afirmou ter conhecido a progenitora num bar de alterne onde ambas trabalhavam, conhecendo do mesmo o pretense pai que com

aquela saía regularmente, achando mesmo que só este manteve relacionamento sexual antes de estar grávida – fls. 53; A A afirmou ser amiga da progenitora sendo que, desde 2000, passou a ver o pretense pai a ir buscar aquela a sua casa sendo que, durante esse período, não a viu com mais nenhum outro homem – fks. 54; MN, avó materna do menor, confirmou as declarações da anterior testemunha – fls 55.

Nos termos do artigo 1866º, b) do Código Civil a acção de investigação de paternidade apenas pode ser intentada até 2 anos após o nascimento do menor prazo esse que, conforme resulta e claro vem referido no duto parecer que antecede, já foi largamente ultrapassado.

Assim sendo, não se mostra viável instaurar a correspondente acção de investigação pelo que determino o arquivamento dos autos,

Notifique.

Sem custas (juiz, TBSrPedra, 15/01/2007)

A prescrição do processo parece normal devido ao facto de a mãe ter registado muito tardiamente o menor (mais de quatro anos após o seu nascimento). “A RM explicou que apenas registou o seu filho quando este já tinha quatro anos na esperança de que, entretanto, o pai do menor reconsiderasse e perfilhasse voluntariamente o RG”. (MP, sobre o Auto de Declarações da mãe, 10/01/2007). Em consequência, o processo dá entrada no MP muito tempo após o prazo legal para a instauração do processo de averiguação de paternidade.

No entanto, e ainda assim, mesmo estando o MP ciente de que já nada poderia ser feito, em termos de AOP, a verdade é que foi feito um esforço para que o PP perfilhasse o menor, tendo sido efectuadas diligências várias para o localizar “Prosseguiu-se com a tramitação do processo apenas na esperança de que o pretense pai se dispusesse a perfilhar o menor, ainda que pretendendo antes confirmar a sua paternidade com exame ao ADN. Mas tal não sucedeu, conforme acima referimos.” (MP, 10/01/2007). Tendo-se chegado mesmo a inquirir diversas testemunhas que confirmaram a relação.

Saliente-se também o facto de estarmos, aparentemente, perante um caso de prostituição em que o PP alega que pagou pelo serviço prestado, parecendo que, perante isto, se torna imune a qualquer responsabilidade quanto à paternidade daquele menor. “ Refere que a RM era uma prostituta e o depoente admite que por várias vezes manteve relações sexuais com a mesma, usando sempre preservativo, pagando pelos serviços prestados.” (Auto de Declarações do PP, 17/11/2006). Destaque-se, ainda, na posição assumida pelo PP, a renitência em se submeter a exames hematológicos, apenas admitindo fazê-los se a tal for por lei obrigado.

Este processo, torna-se interessante quando analisadas as declarações das testemunhas apresentadas pela mãe e que comprovam o seu relacionamento com o PP.

Uma das testemunhas, chega mesmo a referir um dado cientificamente importante e ao qual o MP parece não dar grande relevo. O menor nasceu com lúpus¹⁹⁵ e o PP também é portador dessa doença. Este dado científico, acrescido das provas testemunhais apresentadas, pareciam dar credibilidade à identificação feita pela mãe.

No entanto, dada a fase tardia em que a mãe registou o menor, leva a que a prescrição do processo se imponha mas, ainda assim, levando o MP a sugerir ao juiz que em fase posterior o processo siga os trâmites previstos na lei: "*Restará futuramente a hipótese da propositura de reconhecimento judicial, que não está dependente do prazo acima aludido (cfr. Os art.sº 1869º, 1873º e 1817º, do Código Civil)*" (MP, 10/01/2007).

Finalmente, o juiz pronuncia-se aceitando o despacho de inviabilidade do MP. No entanto, da leitura da conclusão proferida pelo juiz, não se denota aqui qualquer sinal de que não fosse a prescrição, a viabilidade do processo seria possível. Toda a fundamentação produzida pelo juiz vai no sentido de dar relevo à condição em que a mãe gerou este menor, nem sequer havendo referência à doença do menor que o PP também é portador.

O juiz dá relevo ao facto de o PP ter declarado tratar-se de uma prostituta, facto nunca mencionado explicitamente pela mãe nem pelas testemunhas, dá relevo ao facto de ter-se tratado de uma relação contratual, um serviço prestado pela mãe e pago pelo PP (100 euros), dá relevo ao facto de o PP ser casado e isso ter justificado a não perfilhação do menor; e, por último, atendendo às provas testemunhais, dá relevo ao facto de todas elas atestarem que existiu uma relação amorosa entre ambos, atestada pelo "beijo na boca" com que se despediam.

¹⁹⁵ O lúpus é uma doença crónica auto-imune de causa desconhecida. Surge em indivíduos cujos familiares já foram diagnosticados (informação recolhida na wikipédia).

Parecia ter-se conseguido o mais difícil na investigação. Restaria apenas comprovar a paternidade com o teste de ADN, ao qual o PP recusou ser submetido voluntariamente.

Este caso apenas nos pode permitir fazer algumas suposições, pois que tendo terminado o prazo legal para instauração do processo de AOP, nada nos pode levar a concluir que, caso não tivesse expirado o prazo, o seu desfecho teria sido diferente.

Servirá, certamente como referência e, sobretudo para comparação com outros casos semelhantes. Não pode, porém, deixar de se ressaltar o facto de o MP ter feito algumas tentativas para chegar à verdade, ainda que, para efeitos práticos, nada tenha vindo a resolver. Porém, este caso também nos permite perceber que, uma vez mais, a prova científica foi colocada para segundo plano, face ao comportamento moral e sexual da mãe. Também as outras provas científicas apresentadas pelas testemunhas acabaram por não merecer atenção dos actores judiciais que, desta forma, preferiram dar maior relevância à manutenção do casamento do pai, à situação sócio-profissional da mãe e seu comportamento moral e sexual.

Estudo de caso 6

Síndrome do Patinho Feio

Este caso tem o seu início com o nascimento de um menor, de sexo masculino, nascido em finais de Fevereiro de 2001, em cujo assento de nascimento estava omissa o nome paterno.

Duas semanas após o seu nascimento a mãe dirige-se à CRC onde procede ao registo do menor dando entrada no tribunal três dias depois.

Ouvida em declarações em Abril, após devidamente notificada, aos costumes diz:

“ Não sabe quem é o pai do seu filho D, dizendo saber apenas que se chama M, é alto, moreno e de cabelos pretos, e terá cerca de dezoito anos. Conheceu-o num dia do mês de Maio ou Junho do ano passado, numa altura em que, num café situado nos Carvalhos, esperava que o seu pai a fosse buscar. O M abordou-a dizendo que gostava de a conhecer melhor. Na sequência desse primeiro contacto, voltaram a encontrar-se por diversas vezes no jardim dos Carvalhos, sempre sem os seus pais saberem. Previamente acordavam a hora desses encontros pelo telefone, sendo que foi sempre o M que telefonou para sua casa. Ele utilizava um veículo da marca Renault branco, cuja matrícula ignora para aí se deslocar. Tiveram relações sexuais uma única vez no automóvel dele e, depois desse momento, nunca mais o M a procurou. Não tem qualquer razão para explicar este comportamento dele. Chamada a atenção para o facto desta versão não ser muito defensável, reafirmou que foi assim que as coisas se passaram e, que neste momento, não é capaz de fornecer ao Tribunal quaisquer outros elementos referentes aquele indivíduo. Escondeu a gravidez de toda a gente, inclusive de seus pais, que só no dia do parto tiveram conhecimento do seu estado. Quem cuida do seu filho são os avós maternos uma sua irmã mais velha, que já é casada. Está presente neste Tribunal a sua mãe que a acompanhou na diligência.” (Auto de Declarações da Mãe, 24/04/2001)

Pelo facto de a estar a acompanhar a sua mãe (avó materna do menor) é de imediato ouvida.

“Que é mãe da FM e, relativamente à paternidade do seu neto DF, nada de relevante pode assinalar pois a versão dos factos agora apresentada pela sua filha foi a que esta lhe comunicou desde que a declarante soube que ela estava grávida, o que só ocorreu no dia do nascimento do menino. Nunca conheceu nenhum namorado à sua filha, pelo que não faz a mínima ideia de quem possa ser o pai da criança. O D está a cargo da declarante e do seu marido, a quem prestam todos os cuidados.” (Auto de Declarações da avó materna, 24/04/2001)

Perante as declarações de ambas e a teoria que, segundo o magistrado do MP, parece "pouco defensável", o magistrado decide pedir (em 26 de Abril) ao Centro Regional de Segurança Social a elaboração de um inquérito social à mãe do menor.

"Solicita ao ISSS a realização de inquérito sobre as circunstâncias em que foi concebido e gerado o menor dos autos, importando junto do meio familiar e social saber a quem é imputada a paternidade de DF.

Refira que a versão apresentada pela mãe da criança, aparentemente não é credível, tentando-se averiguar se está incoberta qualquer relação que ela e os familiares não querem que seja conhecida.

Prazo: 20 dias" (MP, 26/04/2001)

Um mês após o pedido, o MP insiste com a entidade responsável para envio do inquérito, tendo esta entidade remetido um fax explicando a demora (em Junho).

"ainda não nos foi possível dar cumprimento ao referido despacho, uma vez que, ainda não possuímos elementos suficientes para proceder à elaboração de um Relatório Social suficientemente fundamentado". (CRSS, 04/06/2001)

Um mês passado sobre o envio deste esclarecimento e o inquérito social ainda não está na posse do MP, o que o leva a nova insistência junto dos serviços competentes da Segurança Social.

A Segurança Social, por fim, envia a 19 de Julho um parecer jurídico datado de 28 de Junho.

"(...) cumpre-nos informar o Tribunal do seguinte:

- relativamente à elaboração do Inquérito Social, no P.A supra referido, não nos é possível a realização do mesmo, na medida em que não somos a entidade responsável pela execução desse tipo de informação.

No entender destes serviços, e face à legislação vigente, essa competência é do foro do Instituto de Reinserção Social.

Conforme, aliás, resulta da lei orgânica do Instituto de Reinserção Social (Decreto-Lei nº 58/95 de 31 de Março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 552/99 de 15 de Dezembro) no seu art. 5º (Assessoria técnica aos tribunais), de forma expressa prevê, no nº 1 do citado artigo, que "a assessoria técnica a prestar pelo Instituto aos tribunais abrange ... o apoio a decisões judiciais dos tribunais com competência em matéria penal, de execução de penas, de menores e de família e a intervenção na execução de medidas judiciais aplicadas a menores e de penas e medidas executadas na comunidade e privativas de liberdade".

Por outro lado, o mesmo artigo, no seu nº 2, afirma, que ao IRS, no âmbito da jurisdição da família, cabe a assessoria técnica aos Tribunais (redacção do Decreto-Lei nº 552/99 de 15 de Dezembro), fazendo remissão expressa para as matérias contidas nas alíneas a), b), c), d), f) a l) do artigo 82º (Competência relativa a menores e filhos maiores), da Lei nº 3/99 de 13 de Janeiro (Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais). Ora, na alínea j) do referido artigo, está disposto "Proceder à averiguação oficiosa de maternidade, de paternidade ou para impugnação da paternidade presumida".

Se dúvidas ainda houvesse bastaria referir que, no artigo 6º sob a epígrafe "Apoio a decisões judiciais" (na redacção do já citado Decreto-Lei 552/99 de 15 de Dezembro), na sua alínea a) reafirma-se a competência do Instituto de

Reinserção Social para a "elaboração de relatórios e outras informações sobre a situação de menores, seus progenitores ou outras pessoas a quem sejam confiados".

Concluimos assim que, destas normas, resulta que é da competência dos serviços de IRS a realização de relatórios/informações relativos às matérias supra indicadas, onde expressamente se inclui a que diz respeito à averiguação oficiosa de paternidade.

Para além disso, cumpre-nos ainda informar que as recentes alterações, no campo do direito de menores, em nada alteraram essas competências específicas (processos tutelares cíveis dos Serviços do IRS, excepto as referidas ao incumprimento de regulação do poder paternal, no que à prestação de alimentos a menores diz respeito (de acordo, com o previsto na Lei nº 75/98 de 19 de Novembro e no Decreto-lei nº 164/99 de 13 de Maio.

(ASSINADO)" (Parecer Jurídico da Segurança Social, 28/06/2001)

Entrado o parecer nos serviços do Ministério Público, entende o magistrado responsável pelo processo, enviá-lo ao juiz.

Em finais de Setembro, o MP solicita então ao Instituto de Reinserção Social para mandar proceder ao referido inquérito social sobre as circunstâncias em que foi concebido e gerado o menor. E, novamente em Novembro, volta a ter que pedir informações sobre o estado do pedido efectuado àquele organismo.

É, por fim, no início do mês de Dezembro que o relatório chega às mãos do MP.

Relatório do IRS -03/12/2001

1. Identificação

Nome: FMCS

Filiação

Data de Nascimento

Naturalidade

Residência

2. Fontes/Metodologia da Recolha de Informação

- Entrevista com a própria

- Entrevista com a mãe

- Deslocação a casa e entrevista com I...C..., irmã e madrinha de FM.

- Contacto anónimo efectuado com um residente do lugar.

3. Enquadramento socio-familiar

3.1. Agregado

A - JS, 55 anos, casado, pai, 4ª classe, pedreiro;

B - MJS, 50 anos, casada, mãe, 4ª classe, empregada doméstica;

C - TS, 19 anos, solteiro, irmão, trabalhador-estudante, frequenta o 12º ano;

D - PS, 15 anos, irmão, frequenta o 7º ano;

E - JS, 14 anos, irmão, frequenta o 7º ano;

F - FMCS

G - DFCS, filho de "F"

3.3. Situação habitacional e socio-económica

O agregado familiar reside numa zona de características rurais, situando-se o imóvel num terreno um pouco recuado das restantes habitações próximas.

Trata-se de um imóvel térreo, construído pelos próprios, composto por quatro quartos, sala, cozinha e quatro de banho completo. Dispõe das infra-estruturas básicas e, segundo FM e sua mãe, oferece adequadas condições de habitabilidade e conforto.

Construída também nesse terreno, situa-se a habitação da irmã e madrinha da F, a qual constituiu já agregado familiar próprio.

Do ponto de vista económico não existem dificuldades. O pai exerce desde o início do seu matrimónio a profissão de padeiro e a mãe executa serviços de limpeza, auferindo respectivamente 150.000\$00 e 80.000\$ líquidos mensais. Usufruem ainda de subsídio familiar no valor de 30.000\$00 aproximadamente. O filho mais velho estuda e trabalha, pretendendo tirar um curso superior, não constituindo já inteira sobrecarga para o agregado.

4. Dados relevantes da história pessoal/situação actual

FM insere-se numa família coesa e estruturada, em que são veiculados e transmitidos os valores de uma educação tradicional.

Referenciada pela sua família e meio como uma jovem reservada e de conduta pacata, FM, que também era cumpridora das suas obrigações, nomeadamente com os estudos, foi ganhando alguma autonomia, sendo-lhe permitido pelos 15, 16 anos de idade sair um pouco à tarde, ao fim de semana, e acompanhar com algumas amigas.

Ainda com 15 anos de idade, veio a conhecer um rapaz de 19 anos, residente algures nos Carvalhos, que identifica apenas pelo nome de Manuel e com o qual refere ter namorado cerca de cinco meses, tendo segundo a própria sido ela a tomar a iniciativa de terminar com esse relacionamento.

FM passou toda a gravidez sem dar conhecimento do seu estado aos pais ou mesmo à sua irmã IC que, além de sua madrinha é uma irmã próxima em termos de conviviabilidade.

Esta refere-nos ter tido conhecimento deste único relacionamento de namoro de FM apenas porque ela recebia alguns telefonemas ao Domingo. Por diversas vezes a F foi convidada pela irmã a apresentar-lhe o namorado o que nunca fez. IC afirma desconhecer a identificação do rapaz, bem como a sua morada, dando no entanto a referência de que se trata de um rapaz de raça negra.

Tanto quanto nos foi possível apurar, FM teve bastante dificuldade em gerir quer a sua relação de namoro, quer a sua gravidez e posteriormente em assumir a sua maternidade, não a tendo dado a conhecer também no meio escolar, nem mesmo no presente ano lectivo, em que frequenta o 10º ano de escolaridade.

F tem recebido todo o apoio da sua família que a vem preparando e responsabilizando aos poucos para a sua função maternal, verificando-se que apesar de afectiva com o filho, FM continua a denotar impreparação e imaturidade para assumir adequada e inteiramente as suas responsabilidades maternas.

O menor, DF, fica entregue durante a manhã à tia IC, residente no mesmo terreno, e posteriormente ao avó materno, até que a Filipa ou a avó cheguem a casa.

As saídas de caso do menor são efectuadas de automóvel, com a F nos momentos de lazer da família ou quando este vai ao médico.

O contacto efectuado no meio apontou unicamente no sentido de estarmos perante uma jovem que integra uma família organizada e normativa, não existindo referência à maternidade de F, nem mesmo a existência de do menor filho no seio daquele agregado familiar.

5. Conclusão

Do estudo do presente caso, tudo indica estarmos perante uma jovem que teve o seu primeiro e único relacionamento sexual com um indivíduo de raça negra.

Essa circunstância, bem como o factor idade da jovem mãe, parecem-nos jogar para o pouco investimento da própria e sua família em chegar à identificação do presumível pai da criança, afigurando-se-nos mesmo existir uma atitude de protecção relativamente à F, bem como a sua expectativa de que esta venha um dia a constituir família e nessa altura a criança venha a ser perfilhada por essa pessoa.

Três dias após recepção do relatório social enviado o MP profere despacho de inviabilidade baseado nos seguintes argumentos:

“Averigua-se, nos presentes autos, a paternidade do menor DFCS, nascido a 25 de Fevereiro de 2001, filho de FMCS.

Pesem embora as diligências efectuadas nesse sentido, não foi possível apurar a paternidade biológica do menor.

Efectivamente, a mãe do D refere o progenitor como sendo um tal de “M”, com o qual manteve uma relação de namoro durante cerca de 5 meses, não fornecendo, no entanto, nenhum elemento que possibilite identificá-lo ou localizá-lo.

Como as diligências de investigação, tomaram-se, também, declarações à avó materna do menor e realizou-se inquérito social, através do Instituto de Reinserção Social, nada de relevante tendo sido recolhido que permita identificar o indigitado progenitor.

Assim sendo e porque não se vislumbra qualquer diligência útil a efectuar, sou de parecer que não é viável a acção de investigação de paternidade do menor DFCS.

Vão os autos ao Mmo Juiz, para apreciação e decisão, nos termos do artigo 205º, da OTM.” (MP, 06/12/2001)

Dando o juiz razão ao MP e solicitando o arquivamento dos autos.

Este caso, uma vez mais, vem dar-nos conta de algumas similitudes com outros processos analisados mas, de igual forma, de algumas características que o torna diferente dos outros.

Em primeiro lugar, estamos perante um caso em que a mãe não sabe, ou não quer identificar o pai. Ao contrário de outros casos, o MP não confia nas declarações prestadas pela mãe e pretende averiguar. Para tal, ouve em declarações a avó materna do menor e pede ao Instituto de Reinserção Social a elaboração de um relatório.

No que a este último diz respeito saliente-se, por um lado, os desencontros e burocracias inerentes ao pedido e também o tempo que demora a obter o relatório. Por outro lado, salientem-se os dados que são fornecidos e revelados no relatório e que entram na privacidade não só da mãe em causa, mas também de toda a sua família.

Por último, refira-se que, embora o relatório social não tenha acrescentado elementos significativos para o apuramento da verdade, acaba por revelar um elemento que pode ter determinado o desfecho do processo – o facto de ser mencionado no relatório a raça do pretense pai, que em nenhum dos autos de declarações constava.

Este caso vem-nos mostrar, uma vez mais que, “Se a Galinha não conta, ninguém sabe quem pôs o ovo”. No entanto, neste caso, o MP não adopta a postura de

respeitar a posição da mãe e entende que a sua versão dos factos não é consistente e decide pedir um relatório social às entidades competentes.

Note-se que este procedimento, actualmente, se encontra em total desuso. À medida que o ADN se foi consolidando no meio judicial, as provas tradicionais e, em particular, a colaboração do serviço social tornou-se obsoleta. Aliás, dos 123 processos analisados, este foi o único em que os magistrados pediram a colaboração do IRS para realização de inquérito social. No entanto, a forma como diferentes actores sociais encaram esta situação é diferente. Para uns, a sua presença continua a fazer sentido, outros, porém, entendem as razões para o recurso cada vez menor ao relatório social.

Para os agentes da justiça o desaparecimento deste instrumento deve-se ao facto de os agentes sociais poderem, de certa forma, invadir em demasia a privacidade das pessoas, em questões que não interessam ao processo. No entanto, como mostra este caso, foi precisamente pelas informações fornecidas pelo inquérito social que o MP pôde chegar a uma conclusão.

Este processo mostra as relações, nem sempre fáceis, muitas vezes altamente burocratizadas e lentas, entre o social e o tribunal. Mostra-nos também que, em determinadas situações, os relatórios sociais entram em pormenores excessivos que em nada adiantam ao caso. Porém, certamente evidenciam preocupações de índole social para as quais o Tribunal não está obrigado a atender. Mostra, por último, que os preconceitos estão ainda bem presentes na ponderação das provas. E, se até ao momento, tinhamo-nos deparado já com o preconceito sócio-profissional, e com o preconceito da família tradicional, este caso sugere o preconceito racial como entrave à busca da verdade biológica¹⁹⁶.

¹⁹⁶ cf. estudo de Susana Silva (2007, 2008). Relacionando as averiguações de paternidade e a prostituição feminina, considera a autora que estes relatórios sociais avaliam a "situação sócio-familiar" destas mães por três vias: "(...) a composição do agregado familiar; a caracterização da habitação; a situação económica (despesas e receitas fixas mensais). A referência ao número de elementos do agregado familiar surge, frequentemente, associada às características da própria habitação. Pretende-se, assim, evidenciar a tendência para a conjugação de famílias numerosas e da falta de condições de habitabilidade, o que, por sua vez, tornará estas mulheres propensas à «promiscuidade», num cenário profundamente marcado pela pobreza" (Silva, 2007: 805 – 806).

ESTUDO DE CASO 7

O preconceito de nacionalidade I

Estamos agora perante um caso de um menor, do sexo feminino, nascido em meados de Dezembro de 2004, filho de uma mãe de nacionalidade russa, residente em Portugal, solteira, com 22 anos.

Uma semana após o seu nascimento foi registada na CRC e duas semanas depois o processo dava entrada no tribunal.

A mãe é então notificada para comparecer, para prestar declarações. Porém, sendo a progenitora de nacionalidade russa e não falando outra língua, solicita a presença do seu padrasto (português) para ser seu intérprete. O magistrado do MP assina um Auto de Compromisso¹⁹⁷ onde aceita que o referido padrasto seja intérprete nas declarações.

Resolvidas estas questões a mãe é ouvida em declarações.

“O pai da sua filha C é um cidadão russo, de nome RA, que vive na Rússia, país onde a declarante também regressará neste mês, levando consigo a sua filha C, sendo certo que não fazem tenções de viver futuramente em Portugal. De resto apenas veio a este País para visitar a sua mãe que está casada com um cidadão português, e acabou por ter cá a sua filha.” (Auto de Declarações da Mãe, 31/05/2005)

Perante as declarações da mãe o MP profere o despacho de inviabilidade, para subsequente apreciação pelo juiz de direito.

“ Em 14/12/2004 nasceu a menor CD, que foi registada como sendo apenas filho da sua mãe, OD.

Convocou-se esta para vir prestar declarações a este Tribunal, onde esclareceu, através de intérprete nomeado para o acto: que eras cidadã Russa e apenas viera episodicamente a Portugal, visitar a sua mãe, senhora casada com um português e que cá reside; em consequência do seu estado de gravidez a snr^a O veio, assim, a ter em Portugal a sua filha C, cujo pai biológico será um cidadão russo, de nome RA, que reside nesse país e não é previsível que se desloque a Portugal; de resto também a mãe da menor tenciona, por estes dias, regressar ao seu país natal, levando consigo a pequena C.

¹⁹⁷ O Auto de Compromisso surge como mais um elemento a engrossar a burocracia judicial, juntamente com as Cartas Rogatórias, o Termo de Desentranhamento ou os ofícios, notificações e certidões várias que se podem encontrar em AOPs.

Perante o que ficou exposto sou do parecer que não há viabilidade, nem sequer interesse processual, na propositura de uma acção de investigação da paternidade da menor CD, pois apenas nasceu acidentalmente em Portugal e vai brevemente viver para a Rússia, país de que são naturais e onde habitualmente residem quer a sua mãe, quer o indivíduo que esta apontou como sendo o pai biológico da menor, os quais, presumivelmente, não se deslocariam a Portugal só por causa da pendência de uma acção desse tipo; regressada à Rússia, a mãe do menor accionará, certamente, todos os procedimentos legais e regulamentares necessários à concessão da nacionalidade russa à sua filha e à investigação da paternidade daquela, caso o pretense pai não a perfilhe voluntariamente.

Concluem-se os autos ao snr. Juiz, para apreciação e decisão, nos termos do preceituado no artº 205º da OTM. (via electrónica)" (MP, 02/02/2005)

E, alguns dias depois, o juiz vem dar razão ao MP, pedindo o arquivamento dos autos.

"Tem razão o Ministério Público.

Com efeito desde a instauração dos presentes autos não foi nem se mostra possível o pretense pai biológico da menor CD.

Também pela nossa parte não se vislumbra diligências suplementares a efectuar com vista a localização do mesmo. Assim e por ser inviável qualquer acção de investigação de paternidade do menor, ordeno o arquivamento dos presentes autos – art. 205º da Organização Tutelar de Menores.

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

Notifique." (Juiz, 07/02/2005)

Uma vez mais, o MP confia nas declarações prestadas pela mãe e não enjeita nenhuma outra diligência para apurar a veracidade dos factos. Nem o próprio padrasto, ali na qualidade de intérprete, é ouvido em declarações.

Trata-se, como vimos, do caso de uma mãe de nacionalidade russa que, supostamente, se encontrava em Portugal apenas de visita à sua mãe.

No entanto, fica por apurar se apenas se encontrava em Portugal de férias ou se, eventualmente, estaria ilegal no nosso país. Esta situação poderia ter sido facilmente averiguada pelo MP, como o fez noutros casos semelhantes, nomeadamente, através de um pedido de informação ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras ou ao Consulado da Rússia.

Por outro lado, a mãe alega ser o pai do seu filho um cidadão de nacionalidade russa, mas nada é pedido para provar tal facto. Nenhuma diligência é feita no sentido de tomar declarações ao PP na Rússia.

Apenas se presume a veracidade das palavras da mãe e, alegadamente, tratando-se os progenitores de nacionalidade estrangeira, o MP presume que o caso será tratado de boa fé, pela mãe, quando regressar ao seu país de origem.

Estamos perante mais uma situação encoberta por um raciocínio de boa fé, mas que, poderá ser considerada apenas uma roupagem encontrada para esconder o facto de se tratar de uma cidadã estrangeira, mostrando, uma vez mais, o conjunto de preconceitos associados às AOP que escapam aos ditames da lei¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Um caso envolvendo uma mãe de nacionalidade russa num processo que envolve a questão da família biológica e família social tem sido, nos últimos tempos, bastante mediatizado.

ESTUDO DE CASO 8

Preconceito de nacionalidade II

Estamos perante um processo que envolve um menor, do sexo feminino, nascido em Junho de 2004, tendo sido registado apenas com o nome da sua mãe, entrando o processo no tribunal três semanas após o seu nascimento.

Embora notificada para comparecer nos serviços do MP a 1 de Outubro, a mãe acaba por comparecer uns dias antes sendo inquirida de imediato. Às condições em que foi gerada esta criança refere que:

“Do pai da sua filha JS só sabe o seu primeiro nome “Peter”, e que é inglês. Conheceu-o em meados de Setembro de 2003, na praia de L..., quando este “meteu conversa” com a declarante. Encontrou-se com ele três vezes, nessa mesma praia, onde, por duas vezes, mantiveram relações sexuais. Pelo que o Peter disse, pensa que ele estaria no Parque de campismo de L..., onde estava a passar férias.

Após as três vezes em que se encontrou com o Peter, não voltou à praia, pois sentia-se bastante deprimida e sem vontade de sair de casa.” (Auto de Declarações da Mãe, 27/08/2004)

Perante os factos apresentados pela mãe o MP decide proferir despacho ao juiz, fundamentando a inviabilidade da AOP nos seguintes termos:

“Em 22/6/2004 nasceu JSGA, que foi registada como sendo apenas filha da sua mãe, SMGAF.

Convocou-se esta para vir prestar declarações a este Tribunal, a fim de indicar quem seria o pai biológico da menor, tendo a snrª SM afirmado que o pai da sua filha era um tal “Peter”, indivíduo de nacionalidade inglesa com o qual mantivera um envolvimento esporádico, que incluiu a prática de relações sexuais em duas ocasiões diferentes, depois de o haver conhecido na Praia de L..., durante o mês de Setembro de 2003, quando ele se encontrava acampado no Parque de Campismo daquela localidade.

Devidamente instada a fornecer mais dados identificativos acerca desse indivíduo a snrª SM manteve a versão supra exposta e declarou mais nada saber dele, até porque depois dos contactos acima referidos terá ficado deprimida durante uns dias e não voltou àquela praia.

Perante o que ficou exposto sou de parecer que não há qualquer viabilidade na propositura de uma acção de investigação de paternidade da menor JSGA, afigurando-se inútil o prosseguimento deste processo pois não se vislumbra qualquer diligência suplementar que pudesse efectuar-se, com um mínimo de sentido útil, para se obter a identificação completa e o conhecimento da exacta localização do tal “Peter”, que será o seu pai biológico.

Concluem-se os autos ao snr. Juiz, para apreciação e decisão, nos termos do preceituado no artº 205º da OTM.” (MP, 28/09/2004).

E, em conclusão proferida pelo juiz, em documento não datado, este acaba por dar razão ao MP:

"Respeitam a presente acção de averiguação oficiosa da paternidade à menor JSGA, nascida em 22.06.2004, em M..., Porto, filha de SMGAF.

Conforme resulta do assento de nascimento da menor de fls. 3, não se encontra averbada a identidade do pai.

Ouvida a mãe, a mesma atribuiu a paternidade da menor a um tal de "Peter" pessoa que conheceu em Setembro passado e com manteve esporádicas relações sexuais, nada mais se sabendo sobre a identidade do pretense pai, para além de que se tratará de um cidadão de nacionalidade inglesa.

Perante todo o exposto, é por demais evidente a falta de viabilidade da acção de investigação de paternidade, pelo que, nos termos do art. 205º, nº 1, da OTM, determino que os autos de investigação de paternidade sejam arquivados.

Sem custas." (juiz, s/ data).

De novo, parece estarmos perante uma de duas hipóteses: ou o magistrado do MP acreditou na versão contada pela mãe e, por conseguinte, não encontrou forma de apurar a identidade do pai biológico do menor ou, então, o MP ao perceber que, em determinadas situações a mãe não quer identificar o PP, acaba por aceder e proferir despacho de inviabilidade.

Na primeira hipótese colocada, porém, algumas diligências poderiam ter sido pedidas pelo MP. A tomada de declarações a elementos próximos da mãe, provavelmente, poderia ter sido uma delas, e, dessa forma, averiguar se a versão contada pela mãe a outras pessoas ia ao encontro da versão contada ao MP. Outra diligência que poderia ter levado à identificação do PP, seria ter contactado com o Parque de Campismo e verificar nos seus registos se esse indivíduo teria estado ali instalado. Caso constasse no registo do parque de campismo, por certo, existiriam informações adicionais sobre a sua identificação que poderia permitir contactá-lo.

Parece, pois, que nos casos em que a mãe não quer ou não consegue identificar o PP do seu filho o MP acaba por anuir na versão dada pela mãe e, conseqüentemente, estes menores, parece que não terão por parte da lei o mesmo tratamento que os restantes menores envolvidos em processos de AOP reforçando, de novo, o velho ditado popular, "Se a Galinha não canta, ninguém sabe quem pôs o ovo!". No entanto, há situações em que a mãe parece não querer contar quem é o PP mas o MP não desiste de chegar à verdade.

ESTUDO DE CASO 9

A Galinha canta mas não é possível saber quem pôs o ovo I

Este processo, entrado no ano de 2007, refere-se a um menor, do sexo feminino, nascido em Fevereiro. Trata-se de um processo que deu entrada na Conservatória do Registo Civil 25 dias após o nascimento da criança e entrada no tribunal três dias depois.

A mãe, solteira, de 49 anos de idade, nacional de Portugal e professora do ensino secundário, registou a menor sózinha não indicando o nome do progenitor.

Uma semana após entrada do processo o magistrado do MP solicita aos serviços para notificarem a mãe para prestar declarações.

E é no mês seguinte que a mãe é ouvida pelo MP referindo que:

“ 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 ABCFA.

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

Perante as declarações prestadas pela mãe o MP onze dias passados emite despacho de inviabilidade nos seguintes termos:

“ A menor ABCFA nasceu no dia 12 de Fevereiro de 2007, em M... – Vila Nova de Gaia, tendo sido registada como sendo filha, apenas, de AMCFA.

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 AB.

A mãe da menor, a referida AM, afirmou então que engravidou por inseminação 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 AB (...).

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 AB 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 devéssemos – efectuar para se alcançar a identidade do pai biológico da AB, não havendo, pois, viabilidade na propositura de uma Acção de Investigação de Paternidade.

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

E cabe ao juiz concluir.

" Nos presentes autos de averiguação oficiosa de paternidade, relativamente à menor ABCFA, 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 OTM.

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. " (Juiz, TBSrPedra, 04/05/2007)

Estamos perante um caso que foge ao padrão tradicional que se costuma encontrar neste tipo de situações mas que, como analisado no capítulo III, é uma realidade que começa a surgir, cada vez com mais intensidade nas sociedades e para a qual o direito terá que olhar e reflectir.

Toda a argumentação do magistrado do MP segue um raciocínio adequado à evolução da sociedade, tendo mesmo o cuidado de mencionar bibliografia respeitante a este tipo de situações.

Toda a fundamentação do MP parece, de facto, em consonância com aquilo que deve ser o ajuste sistemático das leis às situações 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 espanhola que ateste o facto. 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 próximas da mãe, tentando averiguar a veracidade das suas declarações.

Nada disso foi feito. O MP limitou-se a confiar nas palavras da mãe, não lhe tendo sido exigido nenhum comprovativo dessas afirmações, como sucedeu com o estudo de caso 2, por exemplo.

O MP conforma-se com as explicações dadas pela mãe e emite despacho de inviabilidade, despacho esse aceite pelo juiz.

Neste caso, não poderei deixar de relacionar o facto de o MP ter dado credibilidade às afirmações da mãe e a profissão da mesma. Trata-se de um caso que, pelo menos até ao momento, acedem as classes médias altas e altas e com algum capital cultural e económico. Esse, de facto, parece ser o caso e talvez por isso, o MP confia nas afirmações da mãe, não as colocando em dúvida, conformando-se com as suas declarações.

O mesmo parece passar-se com o juiz que, em momento algum, mostra na sua conclusão que diligências adicionais teriam lugar, em vez de se desistir no primeiro momento.

Saliento, uma vez mais, que noutros casos analisados a versão da mãe não foi suficiente para convencer o MP. Mesmo em situações de alguma dificuldade para identificar o PP ou até mesmo a mãe, o MP seguiu em frente.

Por último, este caso torna-se particularmente interessante não apenas por trazer uma nova realidade aos tribunais – a procriação medicamente assistida, mas também porque vem questionar o sentido da lei geral no que toca à AOP.

Sendo que a lei é muito clara no sentido da protecção e supremo interesse do menor, de que forma é que o direito vai olhar para este tipo de situação? Tratando-se de filho concebido por procriação medicamente assistida, este menor não terá igual direito ao vínculo biológico e a conhecer as suas raízes? Ou, dito de outro modo, porque razão os outros menores e as outras mães não poderão tomar a decisão de identificar o pai biológico do seu filho?

Atendendo ao despacho proferido pelo MP e conivência do juiz parece que não.

Estamos, na verdade, perante as excepções à lei geral em que os casos de procriação medicamente assistida são um caso exemplar de análise e que, futuramente, por certo, terão um peso mais significativo nos processos de AOP no nosso país.

Por fim, de referir, que sendo a mãe solteira, fica por saber se vive só com o menor, se tem um companheiro ou se terá uma companheira.

Estudo de caso 10

A Galinha canta mas não é possível saber quem pôs o ovo II

Trata-se de um caso de um menor nascido em Janeiro de 2008 e registado cinco dias após o nascimento na Guarda e cujo processo deu entrada no Tribunal dez dias após o nascimento do menor. A mãe é solteira, de 38 anos de idade, de nacionalidade portuguesa e médica de profissão.

A Conservatória do Registo Civil da Guarda envia ao Tribunal Judicial da Guarda a Certidão de Nascimento incompleta. Aí se procederam às primeiras diligências que, através do registo de identificação da mãe e, posteriormente, uma pesquisa na base de dados da segurança social viriam a revelar que a competência para a instauração do processo não pertencia a este tribunal mas sim ao TFM do Senhor da Pedra como argumentam os serviços do Ministério Público daquele tribunal.

“ Os presentes autos foram instaurados com vista à averiguação oficiosa da paternidade.

Dos elementos carreados para os autos, constata-se que a menor e a sua progenitora residem em Travessa do ..., ..., 1º esq. Pos., ... -

O Tribunal competente para decretar as providências (AOP) é o Tribunal da residência do menor no momento em que o processo foi instaurado – cfr. 202º, 146º, alínea j) e 155º da OTM.

Assim, nenhuma relação com a comarca da Guarda têm os presentes autos, pelo que, sem necessidade de outras considerações, caso assim não se entenda, ser suscitado conflito de competências.

Face ao exposto e para apreciação do eventual conflito de competências, remeta os autos ao Mmo Juiz”. (MP do Tribunal da Guarda, 2008 (sem data)).

Perante isto, o MP da Guarda envia a remessa dos autos ao TFM do Senhor da Pedra onde deverá prosseguir o processo, o que acontece no final do mês de Julho, seis meses após o nascimento do menor.

A 2 de Setembro de 2008 o Magistrado encarregue do processo solicita as primeiras diligências aos serviços do MP começando, como é comum, pela notificação da mãe para comparecer no tribunal para prestar declarações.

A mãe, porém, não comparece a esta diligência, tendo sido efectuado pedido de notificação ao serviço externo do tribunal para comparecer no dia 6 do mês seguinte. Alguns dias após ter faltado à diligência para a qual havia sido notificada, contacta livremente o tribunal, informando sobre a sua nova morada (também no distrito judicial do tribunal).

É então que o MP notifica de novo a mãe, desta feita, para a nova morada declarada, para comparecer nos serviços no dia 06 de Outubro de 2008 tendo vindo devolvida a notificação pelos CTT¹⁹⁹.

No entanto, e apesar da notificação não ter sido entregue em mão à destinatária, a mãe acaba por comparecer no dia e hora marcada para a diligência.

Tomadas as suas declarações informa o Ministério Público que:

“A sua filha AP é fruto de uma inseminação artificial que a declarante fez numa clínica madrilena conforme documento de que oferece cópia. Por tal razão não pode indicar o nome do pai biológico da menor até porque os dados identificativos dos dadores de esperma são secretos.” (Auto de Declarações mãe, 06/10/2008)

Saliente-se o facto de a mãe ter mencionado a razão da ausência do nome do pai no registo de nascimento do menor e o facto de ter voluntariamente entregue ao MP dados comprovativos da situação que alega e que passo a transcrever:

Informe Clínico

Paciente de 37 anos que açude sin pareja para tratamiento de infertilidad com sémen de donante.

AF. – No antecedentes de CA ginecológico de primer grado. Tia paterna CA de Endometrio. (Clínica Cratocha, sem data).

A. P: Profesión: médico. No alergias conocidas a fármacos. No fumadora. No tóxicos. Grupo O Rh+. Quemaduras en la infancia. Un episodio de depresión leve en tratamiento com fluoxetina. Menarquia 13 años. TM 4/irregular. No se realizo nunca citología vaginal. Un IVE (6 semanas) en Marzo 2006, sin complicaciones.

Exploracion:

Genitales externos y vagina normales, cerviz bien epitelizado. Útero en anteflexión, regular, móvil. No tumuraciones anexiales palpables.

Exploraciones complementarias realizadas en nuestro centro:

Citologia (3T): negativa.

Eografia TV (14º dia): Útero en anteflexion, regular de 67x36mm. Endometrio de 5 mmØ.D.: 27x12mm. OI:30x22mm, ambos de características ecográficas compatibles com PCO.

Se completa el estudio com la siguiente analítica:

Serología: (26/12/2006) HIV negativo, Hep. B y C negativo, Toxoplasmosis negativo, Rubéola IGC positivo.

¹⁹⁹ Com a nota informativa dos CTT de que o destinatário “Não atendeu”.

Hormonas: 4º dia del ciclo: FHS 4,7 mU/mL; LH 13,7 mU/mL; PRL 11,4 ng/mL; Estradiol 60,39 pg/mL. Testosterona libre 1,0 pg/mL; DHEAS-S 1,25 ug/mL; 17-OH Progesterona 0,45 ng/mL.

Se propouso a la paciente realizar ciclo de Inseminación Artificial con semen de donante.

La paciente contactó con nosotros en el primer día del ciclo (17/1/07), realizándose ecografía basal en Portugal que nos refirió como normal. Se le pauta tratamiento con 75u/día de FSH recombinante a partir del 19/1/07, siendo citada para su primer control el 24/1/07 (6º día de tratamiento)(Clínica Catrocha, sem data).

Perante as declarações da mãe e os documentos disponibilizados²⁰⁰ por esta a atestar o tratamento a que foi submetida o Ministério Público propõe o arquivamento dos autos com base na seguinte fundamentação:

“Em 7/1/2008 nasceu APG, que foi registada como sendo apenas filha da sua mãe, CPTG.

Convocou-se esta para vir prestar declarações a este Tribunal, a fim de indicar quem seria o pai biológico da menor, tendo a snrª CP declarado que a sua filha foi fruto de um procedimento de reprodução humana assistida, tendo sido concebida a partir de sêmen extraído de um doador anónimo, no âmbito de um contrato por ela celebrado com uma empresa espanhola, do qual juntou cópia aos autos.

Perante o que ficou exposto sou de parecer que não há qualquer viabilidade na propositura de uma acção de investigação da paternidade da menor APG, afigurando-se inútil o prosseguimento deste processo pois não se vislumbra qualquer diligência suplementar que pudesse efectuar-se, com um mínimo de sentido útil, para se obter a identificação do doador do esperma, que será o seu pai biológico, a fim de lhe serem tomadas declarações, se suscitar a perfilhação da menor ou promover-se a realização de exame pericial de aferição dessa paternidade, pois tal identidade permanece anónima nos termos do contrato estabelecido entre o doador e a empresa receptora e depositária do banco de esperma a que a mãe da menor recorreu.

Concluem-se os autos à snrª Juíza, para apreciação e decisão, nos termos do preceituado no artº 205º da OTM” (MP, TFM do Senhor da Pedra, 07/10/2008)

E, por fim, o juiz reitera a opinião expressa pelo Ministério Público nos seguintes termos:

“ Nos presentes autos de averiguação oficiosa da paternidade, relativamente à menor APG, nascida em 7/1/2008, o MP emite parecer no sentido do arquivamento dos autos uma vez que a mãe da menor em declarações prestadas afirmou ter engravidado por inseminação artificial, efectuada numa clínica espanhola, 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 –artº 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.

²⁰⁰ Nenhum dos casos aqui apresentados mostra essa situação. Porém, de destacar, que encontrei outros casos referentes a PMA em que anexo ao processo se encontra a ficha clínica da paciente em que se incorporam as características biológicas da mãe: como cor da pele, dos olhos, do cabelo, estatura, grupo sanguíneo, grupo étnico, etc, o que segundo Susana Silva evidencia que actualmente, e com o recurso à PMA tenta, de certo modo assegura-se as parecenças físicas entre dador e casal beneficiário. Cf. Silva, 2007; Silva e Veloso, 2009; Silva e Machado, 2009).

Sem custas. D.N. (LV)" (juíza do TFM do Senhor da Pedra, 10/10/2008)

Dado o despacho do juiz, o caso termina, em 13/10/2008, com a notificação da mãe, onde é informada do resultado da AOP.

Este processo, semelhante ao anterior (estudo de caso 9), torna-se interessante a vários títulos.

Desde logo, por se tratar de mais um processo que aponta para uma nova concepção da família e novas formas familiares que, como vimos noutra capítulo, se tornam cada vez mais prementes na sociedade e para cujas situações o direito não está preparado para acolher.

Em segundo lugar, saliente-se o facto de a mãe ter, por iniciativa própria, feito prova do que referiu, porém, nada lhe tendo sido solicitado, não se sabendo se, caso ela não tivesse de forma voluntária, entregue provas documentais, se o MP iria pedir-lhe esse comprovativo ou não. Realce-se que no caso anterior nada foi pedido à mãe.

Em terceiro lugar, saliente-se o facto de, por si só o relatório da Clínica espanhola não provar que esta gravidez ocorreu desta inseminação, pois os elementos informativos prestados pela clínica apenas permitem provar que a mãe se submeteu a técnicas de procriação medicamente assistida.

Em quarto lugar, de salientar que ao contrário de outros casos, em que as declarações da mãe não foram o bastante para as tomar como verdadeiras, neste caso em concreto o MP baseia a sua argumentação nas declarações da mãe e nas provas documentais por estas apresentadas sem que, contudo, tenha feito qualquer tentativa de inquirir testemunhas que pudessem comprovar os factos.

Em quinto lugar, realce-se a prontidão, quer do MP quer do juiz em declarar o caso como resolvido a partir do momento em que se sabe tratar-se de um processo envolvendo procriação medicamente assistida, não havendo espaço a uma pequena reflexão (dada a forma célere com que tanto o MP como o juiz se pronunciaram) sobre se estes casos devem ou não ser contemplados na lei e de que forma o devem ser.

Em sexto lugar, saliente-se o facto de nestes dois últimos casos apresentados estarmos perante mães que se encontram fora dos padrões ditos normais neste tipo de situações, dado estarmos a falar de mães que se apresentam ao MP com profissões altamente reputadas. Este dado pode, na verdade, ter pesado no sentido de conferir mais credibilidade ao seu discurso, o que nem sempre acontece quando estamos perante casos de mães vindas de situações sócio-profissionais ou económicas baixas.

Este caso, como os restantes aqui em análise, levam a pressupor que para o direito, os menores nos casos excepcionais não têm direito à mesma protecção por parte do Estado que os casos ditos normais.

Os dois casos que acabei de analisar, sendo consequência de procriação medicamente assistida, não só analisados cada um por si mas, sobretudo, olhando comparativamente para ambos em conjunto tornam-se ainda mais interessantes.

Desde logo, o facto de se tratar de casos em tudo semelhantes, mas em que num, embora por iniciativa da mãe, é entregue prova documental do procedimento que originou a gravidez (estudo de caso 10), e no outro a mãe nada entrega para o comprovar, mas também nada lhe sendo solicitado (estudo de caso 9).

Quer num, quer noutra caso estamos na presença de mães que se submeteram a processos de fertilização, em clínicas espanholas e que se apresentam como pessoas com elevado capital económico e cultural (médicas e professoras).

Estes aspectos levar-nos-ão a admitir que o MP tendeu a confiar nas versões por elas apresentadas devido ao seu status²⁰¹.

O factor novidade, deveria ter levado o MP a ponderar melhor a decisão a tomar, o que não parece ter acontecido de igual forma nos dois casos. E se, para um deles, o MP ainda teve algum cuidado em argumentar baseado em literatura da especialidade a sua fundamentação, no outro caso, nada disso foi feito nem, tão pouco, remeter a argumentação proferida para outros despachos já proferidos em situações semelhantes.

²⁰¹ Tentando aqui fazer um paralelismo entre o tema que aqui abordo e a questão da doação de gâmetas analisada por Susana Silva cf. Silva, 2007; Silva e Machado, 2009; Silvae Veloso, 2009).

Estes casos, em particular, revelam o choque que o avanço da ciência pode ter com o direito. No entanto, outros casos há e que, de resto, sempre existiram, mas para os quais o direito continua a ter dificuldade em lidar e de se pronunciar sobre eles.

Um comentário a todos estes casos será auxiliado pelo precioso contributo das entrevistas realizadas a diversos actores sociais entrevistados ao longo da realização deste estudo podendo assim, por um lado, ajudar a perceber os seus pontos de vista, mas, por outro lado, permitindo-nos perceber em que pontos se consegue pôr a dialogar os diferentes actores e em que ponto os seus relatos nos indiciam as clivagens existentes entre discursos e práticas de diferentes actores, entre o que é legislado e o que é efectivamente praticado e as consequências que daí provêm.

Os casos analisados permitem-nos desde logo dar conta da grande discricionariedade existente nas decisões tomadas perante situações semelhantes mas com contornos diferentes deixando perceber que a lei, aparentemente pouco flexível, acaba por ser moldada em função de critérios vários.

CAPÍTULO VII

Os diálogos da sociedade, da ciência e do direito. Respostas surdas para verdades inconvenientes

Após a análise quantitativa dos processos da amostra e de uma análise qualitativa de alguns processos que pareciam trazer alguns dados relevantes para o estudo das AOPs em Portugal, em forma de síntese, pretende-se agora evidenciar as questões mais importantes que norteiam as investigações de paternidade e, de igual modo, fazendo dialogar os diferentes actores intervenientes neste processo, tentando mostrar a permeabilidade das fronteiras entre os diferentes campos de saber em confronto, através dos discursos dos diferentes actores, institucionais e não-institucionais, peritos e leigos, sobre a AOP (Machado, 2002;2008).

7.1. Caracterização das entrevistas

No âmbito deste estudo foram realizadas nove entrevistas semi-estruturadas aos principais actores do processo, isto é, a pessoas que regra geral, estão envolvidas em situações deste tipo.

Realizaram-se entrevistas a mães envolvidas em processos de AOP, a técnicos e peritos de um laboratório, a técnicos de serviço social, a procuradores do Ministério Público e, finalmente, a um juiz de um Tribunal de Família e Menores. Embora se tivesse procurado entrevistar pais envolvidos neste tipo de processos não foi possível chegar à fala com nenhum. Mesmo em relação às mães, as dificuldades sentidas foram grandes.

Uma das mães, por exemplo, revelou-se desde logo um contacto privilegiado porque, devido ao meio social em que se inseria, era conhecedora de muitos casos semelhantes ao seu. Terá acedido a falar devido a um contacto feito por um psicólogo no terreno. Ao longo da sua entrevista revelou ter conhecimento de muitos

casos. Parecia uma informante privilegiada e um ponto de contacto relevante para outras mães e até pretensos pais envolvidos em processo de AOP. Porém, após vários contactos feitos por ela a outras mulheres e homens (e outros tantos meus para saber o resultado das suas incursões junto deles) as respostas vieram sempre negativas, mostrando esses progenitores vergonha em prestarem depoimento sobre a forma como experienciaram o processo de averiguação de paternidade. E, embora através do método de bola de neve tivesse sido possível efectivamente, encontrar casos, apenas duas mães se disponibilizaram a falar.

Estando perante um tipo de caso relativamente escasso e opaco, tornava-se difícil chegar aos actores. Uns por vergonha, outros pelo fechamento característico dos seus actores. Nesse sentido, nuns casos foi necessário recorrer a vias informais e, através do método de bola de neve, chegar a outros actores. Noutros casos as vias institucionais foram suficientes.

7.1.1. Os entrevistados²⁰²

7.1.1.1. A Marta

A Marta é uma mãe solteira, jovem, actualmente a viver com um companheiro. Reveladora de algum capital cultural e económico, desde logo mostrou uma grande receptividade em contar-me a sua história de vida mas, deixando perceber as marcas psicológicas deixadas pelo relacionamento com o pai do seu filho.

A entrevista decorreu num café e, dada a delicadeza do tema, a abordagem teve necessariamente que ser informal. Após alguns breves minutos de conversa e de explicar os objectivos do estudo, pedi à Marta que me fosse contando a sua história desde que engravidou do seu filho Tiago.

7.1.1.2. A Cátia

A Cátia é a segunda mãe entrevistada. De fracos recursos económicos e culturais, foi através de um informante privilegiado junto de serviços de apoio à segurança social, que foi possível chegar até ela.

Contactada pelo técnico, acedeu a dar a entrevista em sua casa.

²⁰² Os nomes aqui apresentados são fictícios, para preservar o anonimato dos autores das declarações.

A Cátia mora num bairro social. À minha espera encontrava-se ela, a mãe e a sua filha mais nova. O facto de ambas me esperarem parecia mostrar da sua parte algum receio com a minha presença. Quando entro em casa a sua mãe decide então deixar-nos a sós. Convida-me para entrar para a sala e começo por a alertar que não estou ali ao serviço de qualquer organismo ligado à segurança social ou ao tribunal.

Alertada para o facto e depois de devidamente explicado o objectivo da minha investigação e da importância do seu contributo, demos início à entrevista.

De novo, tratando-se de um tema particularmente complicado de abordar, entrando em questões do íntimo de cada um, e situações de vida dolorosas para as mães, a prudência e as cautelas na abordagem do tema teve, uma vez mais, que estar presente.

Um dos filhos, ainda bebé, esteve sempre presente ao longo de toda a entrevista, ora choramingando a chamar a atenção da mãe, ora mexericando na minha pasta para chamar a minha. Entre algumas pausas para dar atenção à Tatiana, a entrevista foi avançando, mesmo quando a pequena Tatiana precisou de mamar até por fim, adormecer no colo da mãe.

A Cátia é mãe de dois filhos de pais diferentes, mas tendo plena noção de quem são. Ambos sabem que são pais daquelas crianças, mas ambos se encontram ausentes. O pai da pequena Tatiana, aliás, foi quem perfilhou o seu primeiro filho, o Bruno, mesmo sabendo que não era o seu pai biológico²⁰³.

Actualmente, quer o pai biológico do Bruno, com quem apenas manteve uma relação de namoro, quer o pai biológico da Tatiana e pai social do Bruno, com quem chegou a viver e que perfilhou o seu filho mais velho, deixaram a mãe e desinteressaram-se pelos menores.

As entrevistas realizadas aos técnicos do serviço social, como referi, foram duas. Uma das entrevistas foi realizada a uma técnica da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em Risco (CPCJ²⁰⁴) que, embora não trabalhe directamente com

²⁰³ O que vem ao encontro do que anteriormente se disse que, sendo a perfilhaçãoi voluntária uma declaração de vontade, muitos casos haverá em que o vínculo biológico não existe.

²⁰⁴ Sobre CPCJ conferir lei nº 147/99, de 1 de Setembro. As CPCJ's estão distribuídas pelo país e visam promover os direitos das crianças e jovens em risco. A sua actividade é acompanhada pelo Estado e pelo Ministério Público.

este tipo de situações, é especialista em assuntos de menores e diariamente mantém relações com o TFM do Sr da Pedra. A outra técnica de serviço social entrevistada é especialista da Segurança Social há mais de vinte anos tendo no passado trabalhado em casos de AOP, não só através de inquirições às mães, como através dos relatórios sociais que produziam para o tribunal.

Também aos técnicos de laboratório foram realizadas duas entrevistas. Foi decidido entrevistar um técnico com vasta experiência e um técnico mais novo, no sentido de perceber, em particular, se se encontravam discrepâncias quer de prática, quer de discurso nas questões respeitantes ao trabalho laboratorial propriamente dito e as relações mantidas com os tribunais.

No âmbito deste estudo foram ainda realizadas duas entrevistas aos actores judiciais: uma a um magistrado do Ministério Público, com vários anos de experiência, que exerce funções num TFM da zona centro e outra ao Procurador Coordenador do Ministério Público de um TFM da zona norte, onde este estudo se realizou.

Por último, foi ainda realizada uma entrevista a uma juíza de um TFM do norte de Portugal.

7.2. Os temas abordados

Da análise das entrevistas, e após uma categorização dos assuntos mais focados pelos actores que, obviamente, se relacionavam também com as questões que lhes eram formuladas, distribuíram-se os excertos das entrevistas pelas diferentes categorias.

Assim, analisando a categorização dos discursos verifica-se que a mãe, como alvo dos discursos, é a temática mais vezes abordada. Em segundo lugar, surgem as relações entre o social e o tribunal como enfoque. A procriação medicamente assistida, a propósito das novas formas de conjugalidade que começam a surgir nas sociedades, foi o terceiro tema mais abordado pelo conjunto de todos os actores entrevistados. Em quarto lugar, surgiram opiniões acerca dos processos considerados inviáveis e, por último surge o pretenso pai como alvo das opiniões transmitidas pelos entrevistados.

Existem dois ou três temas em que cada um dos actores centra mais o seu discurso. Assim, para as mães entrevistadas, os grandes temas em que se centraram foram, como vimos, a própria condição da mãe em processo de AOP, mas também tendo direccionado muito do seu discurso para as questões que lhe são colocadas pelos actores do meio judicial e social sobre as condições em que foi concebido o menor.

Para os técnicos de serviço social, por seu turno, os temas mais abordados foram as relações entre o social e o tribunal numa perspectiva, sobretudo, das relações mantidas entre as duas instituições, mas também tendo centrado o seu discurso na importância passada e presente do relatório social no processo de AOP. As questões que são colocadas à mãe, quer pelos próprios técnicos do serviço social, quer pelos actores do meio judicial são aprofundadas pelos actores da esfera social.

O discurso dos cientistas focaliza-se, por um lado, numa questão específica e muito técnica, relativa às probabilidades e ao procedimento científico subjacente à atribuição de uma paternidade positiva ou nula, por outro lado, o discurso é também direccionado para a questão da Procriação Medicamente Assistida.

Dos actores da esfera judicial há que distinguir os magistrados do MP, a quem cabe a investigação em AOP e os juizes, a quem compete decidir se o processo é viável ou inviável. E, neste domínio encontramos duas situações: para os magistrados do MP, o discurso centrou-se por um lado, nas consequências subjacentes à perfilhação do menor e, por outro lado, o que acontece nos casos em que não se consegue identificar o pai: os casos inviáveis; Quanto ao discurso do juiz o seu discurso foca-se do lado do PP e, sobretudo, na argumentação acerca das dúvidas do PP e na questão da compulsividade da paternidade.

Analisemos agora as considerações mais relevantes dos discursos de cada actor para cada temática, tentando pôr em diálogo as diferentes perspectivas e relacionando com a análise quantitativa dos dados do tribunal estudado e dos estudos de caso apresentados.

7.2.1. O Menor

Os discursos em relação ao menor são, na sua grande maioria, proferidos pelas mães.

Nos seus relatos salientam-se as preocupações relativas à ausência do pai para o menor e a imagem que têm dele e de como podem explicar-lhes essa ausência.

“ Ele conhece, mas passados os anos ele vai esquecer-se da imagem, porque nem uma foto tenho dele!...” (Cátia, mãe, Julho 2008)

“ Ele lida muito bem, porque nunca esteve ... ele esteve com ele duas vezes na vida!” (Marta, mãe, Julho 2008)

A questão económica, embora afluída pelas mães, não parece ser predominante para elas. Na verdade, o que mais aparece nos seus discursos refere-se a questões práticas da vida quotidiana e não com o sustento dos seus filhos.

“ Tenho pessoas que eu conheço que disseram que o pai foi viajar. Cada vez que o miúdo ia de férias entrava em paranóia, porque, para ele, viajar era nunca mais aparecer. E não faz sentido nenhum! E ela disse-me: Olhe, responda a tudo o que ele perguntar responda! Tudo o que ele não perguntar, não fale! Isto é um equilíbrio muito difícil, mas nas crianças costuma funcionar muito bem. Ou seja: o que é isto? É uma impressora. Se ele perguntar para que é que serve, é para imprimir papéis! Pronto. Então, foi mais ou menos assim. A dada altura ele perguntou-me ... anos depois ... perguntou-me porquê? Porque é que eu ... o que é que eu ... porquê? E não dá pa responder ... E eu tentei-lhe explicar que havia pessoas que não tinham jeito nenhum para ser pais, e que iam ser pais péssimos, e que se calhar era melhor não serem pais!...” (Marta, mãe, Julho 2008)

Os seus discursos no menor relativamente ao processo de AOP respeitam, sobretudo, ao total desinteresse institucional pelo bem-estar diário destas crianças ou das próprias mães. Estes sentimentos manifestados pelas mães, no fundo, transmitem a ideia de que, embora a acção seja no interesse do menor, o seu sentimento é que, na verdade,

“ A criança não é a parte importante.” (Marta, mãe, Julho 2008)

Os números, como vimos, também o revelam já que não se encontram nos processos elementos significativos que apontem para a situação do menor.

Se na perspectiva da mãe não é apenas a questão monetária mas também a perspectiva dos afectos que aqui se encontra em jogo, numa perspectiva dos técnicos do serviço social a questão do menor não pode ser colocada apenas no sentido da dignidade pessoal do menor mas também em termos das necessidades económicas que estas mães e estes menores têm.

“ Dignidade pessoal ... não é tanto uma questão de considerar que é um direito que a criança tem, o direito à identidade, mas que futuramente poderá ter alguma influência, e depois é muito a questão monetária. A maior parte das situações que eu lido são situações de estratos sócio-económicos muito baixos, muito baixos, mesmo muito baixos em que, por exemplo, a questão do abono de família é fundamental.” (Técnica serviço social 1, Julho 2008)

“ (...) como um rendimento... essa questão da dignidade talvez em segundo plano e ... a questão dos direitos ... do direito da criança num terceiro plano. Mas, por vezes, as coisas, misturam-se um bocadinho! Noutros extractos sócio-económicos, penso que é mais a questão da dignidade... da dignidade e ... e ... do direito que a criança tem a essa identidade. ” (Técnica serviço social 1, Julho 2008)

7.2.2. A mãe

Podemos caracterizar a mãe através da amostra como sendo mulheres na casa dos 30 anos, que mantêm ou mantiveram uma relação estável com o pai dos seus filhos. Dos números apresentados anteriormente concluímos que, em grande parte das situações, a mãe sabe identificar o pai do seu filho, colabora com o MP, presta declarações quando solicitada, tem ou teve uma relação estável com o pai do menor e comunica ao PP o seu estado de gravidez.

A mãe aparece-nos, na generalidade das situações, como alguém digno de credibilidade junto dos actores judiciais. No entanto, se olharmos para as representações que os diferentes actores fazem das mães, incluindo as próprias, percebemos que elas são ajuizadas de modos diferentes: ora, como sérias, respeitadoras e que falam a verdade, ora aparecendo nos discursos como alguém que “faz batota”, que não quer ou que não sabe identificar o pai do seu filho.

É na perspectiva do Ministério Público que a mãe aparece mais vezes como digna de credibilidade.

“ Não, digo-lhe que é raro, é raríssimo, há uma mãe que não pretende dizer quem é o pai, raríssimo!” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Não é fácil dizer, agora, a minha convicção, da minha experiência, é de que na maior parte dos casos as mães sabem quem é o pai. Portanto, esse tipo de ... esse tipo de justificação que dão para não identificar, porque foi uma vez por acaso e que não conhecem e que não sabem, eu acho que é uma forma que elas arranjam para não identificar o indivíduo. (...) as razões desse desconhecimento, também podem ser várias, acho eu! Claro que isto também pode ser um pouco resultado da experiência, não tenho nenhum estudo sobre isto.” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Na óptica do juiz, por seu lado, embora, não assumindo de forma clara que pode ter dúvidas quanto à versão da mãe, refugia-se nas dúvidas, segundo o juiz, legítimas, que o pretense pai possa ter.

“ Não é que desconfie das palavras da mãe. O que se quer é provar ao pai que ele não tinha razão! Certo?” (Juíza do Tribunal, Outubro 2008)

Assim, embora no discurso do juiz entrevistado passe a ideia de que não é a credibilidade da mãe que se questiona, mas antes mostrar ao pai que as suas dúvidas não têm fundamento, acaba por assumir que, na grande maioria das situações, a mãe consegue identificar o pai biológico do seu filho.

“ Não sei, nunca tive nenhum processo desses. E, portanto, como nunca tive nenhum processo desses, não sei dizer se, realmente, é conferida aí, nesses casos se se dá mais credibilidade às declarações da mãe do que nos outros processos. Não lhe sei dizer. Agora, aqui nos nossos processos, não é que nós não ... (...) Não é que o tribunal não confira credibilidade às declarações da mãe – não! Aliás, verifica-se que, como a sôtora já fez menção, que em grande, grande ... numa enorme percentagem de situações, verifica-se que a paternidade biológica corresponde à pessoa indicada pela mãe.” (Juíza do Tribunal, Outubro 2008)

É no discurso dos peritos do laboratório, porém, onde se encontra mais presente a ideia de que a mãe faz “batota”.

“ Portanto, tipicamente, nós temos aqui casos em que a mãe indigita um primeiro pai ... falha! Então vem um segundo... às vezes vem um terceiro! E, bom, não faço o tracing! Não estou particularmente atento a isso! Mas suponho que muitos deles esgotam-se! E fica assim! Portanto...” (Cientista 1, Julho 2008)

“ Nesses casos eu suponho que a mãe esconde mesmo ... esconde mesmo o verdadeiro pai. ” (Cientista 1, Julho 2008)

“ Então, H1, no fundo é pensar que a mãe está a fazer batota! (...) ela sabe quem é o pai, portanto está a fazer batota! (...) sabe mais do que nós! Quando não se sabe nada, pode-se calcular de uma maneira muito simples: é um homem ao acaso. Portanto, o que nós apresentamos ao tribunal é a probabilidade do que nós observámos depois de fazer o teste, assumindo que a mãe faz batota, ou a probabilidade assumindo que ela indicou ao acaso. ” (Cientista 1, Julho 2008)

“ Quando muito, daqui pode dizer: “ Ai, é mil vezes mais provável que a mãe seja batoteira, isto é, que a mãe esteja a indicar o verdadeiro pai, porque sabia, do que indicar ao acaso. ” (Cientista 1, Julho 2008)

Esta ideia da “batota” das mães, embora não seja reconhecida pelos actores do Ministério Público como maioritária, acaba por ser reconhecida, havendo clara noção que há casos em que a mãe não conta a verdade. E, não conta a verdade, nuns casos porque não quer mesmo contar, noutros, porque não sabe identificar o pai.

“ Regra geral nada de consistente! Regra geral nada de consistente! Claro que há um ou outro caso que já tivemos aqui senhoras que não acertam à primeira, e depois identificam outras... Já tive aqui uma que foi até há terceira tentativa, não é?” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Conseguimos! Há terceira foi! Mas outro dia passou-me aqui uma coisa de Montemor, passou-me aqui de Montemor para nos pedir para ouvir o ... e já ia no quarto que a senhora indicava e ainda não tinha acertado! Ehhh... Agora, por regra, (...) digo-lhe também que isto são casos que eu me refiro porque são casos completamente marginais! A regra é: a mãe identifica, sabe claramente quem é o pai e isto ser confirmado, isto ser confirmado pelos testes.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Por regra, mesmo que a mãe diga que naquele período teve relações com mais do que uma pessoa, por regra tem uma ideia qual é: tem a sua convicção qual é. E, por regra, mesmo que tenha tido relações com mais alguém, só indica um.

A regra é esta! E depois se aquele dá negativo vem dizer: Ah, de facto, nessa altura, tive relações também com não sei quem!! Porque, por regra, está muito convencida que é um determinado... Por regra é assim, embora, haja casos que pudemos suspeitar que dos vários possíveis escolhem aquele que lhe parece que lhe dá mais garantias! Também há essas situações de cálculo, não é? Mas, por regra, há uma ideia de que será este o pai. Agora, regra geral ela indica só um. Agora, já nos aconteceu indicar dois! Eu neste momento tive relações com este e com aquele. Bem, eu nessa altura mando fazer os exames aos dois.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

Os técnicos de serviço social também identificam estes casos.

“ Às vezes, já me aconteceram casos desses em que eu tinha a plena consciência que me estava a contar uma história. E uma vez eu até disse a uma senhora: A senhora está-me a contar essa história, um dia vai-se arrepender!” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

As mães entrevistadas reconhecem, de igual modo, a existência destas situações e, embora no caso da Marta e da Cátia²⁰⁵, ambas saibam identificar o pai dos seus filhos, pensam que há muitas mães que mentem ao tribunal.

“ Umás são muito agressivas cá fora e, se calhar, entram ali e são ... e são quietinhas, não é? Outras, se calhar, gritaram!... (risos) O que eu acho é que a maior parte mente! Ninguém responde a verdade àquilo...” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Mentem, obviamente! E depois a coisa dá asneira, não é? (risos)” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Metem os homens e não são. Tinha aqui uma à frente ... olhe, eu não sei se a miúda ficou com o nome, mas acho que a miúda não tem nome de pai, porque sei que foi muitos moços da minha idade, muitos mais velhos, a fazer os testes de ADN, porque eles andavam quase todos com ela, ela não sabia quem era o pai e sei que foram quase todos fazer o teste e acho que a miúda até ficou sem nome!” (Cátia, mãe, Julho 2008)

No entanto, sobretudo a Cátia, considera que o apuramento da verdade, no seu caso concreto, teve consequências nefastas acabando por confessar que, se soubesse, teria mentido.

²⁰⁵ Nomes fictícios

“ Mas às vezes também já pensei: se sabia, ia sózinha registar! Não dava nada destas ... Eu detesto ir pa tribunais! É tribunais e hospitais! Detesto! Eu já disse: se eu sabia nunca tinha dado nenhum...; pegava e registava sozinha! Estava feito! Ficavam a saber o mesmo! Eu já disse isso muitas vezes.” (Cátia, mãe, Julho 2008)

“ Olhe, dizia que não sabia quem era!!!! (risos) Aí mentia!! (risos) Há muita gente que faz isso!” (Cátia, mãe, Julho 2008)

“ Na altura eu muitas vezes pensava: se sabia, fazia assim... Chegava lá ... Quem é o pai? Olhe, sei lá! Estava bêbada, estava drogada! Não me lembro!” (Cátia, mãe, Julho 2008)

Estes sentimentos manifestados pelas mães relacionam-se directamente com o procedimento subjacente à AOP, revelando o excesso burocrático e o descrédito dos cidadãos na justiça.

Para o Ministério Público o procedimento é simples.

“ Quando isso acontece é, de facto, aberto uma AOP. (...) Hoje em dia os trâmites da AOP são muito simples! Portanto, as novas capacidades técnicas Ouve-se a mãe, no sentido de dar uma indicação de quem poderá ser o pai. Obviamente que, são raros os casos em que a mãe não pretende, digamos, declarar quem é o pai – são raríssimos! Acontece um de vez em quando! (...) O passo seguinte é, por regra, o pai. Perguntar se ele confirma, se não confirma... A regra também é os pais dizerem que de facto eu tive relações com esta senhora mas eu não sei se sou o pai, tenho dúvidas!” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ A nossa lei assenta no princípio da verdade biológica. Entende-se que é um direito de todos, nomeadamente das crianças saber quem são os seus pais biológicos. O próprio Estado ... o Estado no sentido de acautelar esse direito e a concretização desse direito prevê a organização de um processo que começa oficiosamente; não é requerido nem pela criança, nem pelo pai, nem pela mãe, é oficiosamente. É a própria conservatória onde é feito o registo de nascimento da criança que verificando que apenas sendo mencionada a maternidade no registo da criança que transmite ao Ministério Público essa informação... ou, transmite ao tribunal essa informação que depois se encarrega de transmitir ao Ministério Público já no âmbito de um processo, não é? Que é a tal averiguação oficiosa de paternidade, onde se realizam então as diligências que se consideram pertinentes para apurar a paternidade biológica da criança. Portanto, (...) em termos genéricos, é isto.” (Procurador do MP, Setembro 2008)

No entanto, quando nos reportamos aos discursos proferidos pelas mães, é precisamente em relação a essa diligência maior – a inquirição da mãe, que as suas críticas se avolumam, deixando perceber o seu descontentamento quanto à forma como são tratadas e a posição desconfortável em que se encontram quando em fase de inquirição.

Em primeiro lugar, saliente-se a forma como são abordadas pelos actores que as inquirem. Para a Cátia,

“ Nota-se que tem um ar superior e que tem a mania e eu é que sei e não sei quê! Não gosto dela! E depois acho que ela não escreve bem aquilo que a gente diz. Mas pronto, têm que ser lá as palavras delas!...” (Cátia, mãe, Julho 2008)

O distanciamento sugerido no extracto anterior na relação mantida entre quem está a inquirir e quem é inquirido é um aspecto a destacar.

Em sentido idêntico vai o discurso da Marta, apontando de igual forma para o distanciamento entre inquiridor e inquirido.

A Marta refere que:

“ (...) havia lá uma senhora ... não sei se era assistente social ou não ... (...) mas que falou muito pouco. Havia uma insuportável, que era tipo advogada, que era quem fazia as perguntas e essa era ... mas insuportável mesmo!! E, por isso, não sei!!” (Marta, mãe, Julho 2008)

Destaque-se, ainda, o facto de ambas revelarem estranheza e inquietação pelo facto de não se transcrever para os autos tudo o que ela disse e nos moldes em que o disse, dando lugar a alguma falta de entendimento se o que, na versão final fica escrito, corresponde ao que disse inicialmente. Os extractos a seguir apresentados revelam, na verdade, uma preocupação grande entre aquilo que é a descoincidência entre o discurso leigo e o discurso perito e a forma como esse discurso leigo é, depois, reinterpretado pelos peritos e incorporado nas apreciações e decisões.

Segundo uma das mães entrevistadas há uma certa dificuldade em perceber se o que no final assinam, corresponde exactamente ao que declararam em tribunal.

" (...) elas escrevem por aquelas palavras chiques!... Eu acho que ao ler aquilo não leio o que eu disse, mas pronto!"
(Cátia, mãe, Julho 2008)

" Eu as perguntas entendo, não entendo às vezes é o que elas escrevem! " (Cátia, mãe, Julho 2008)

" Somos nós que estamos a dizer, aí eu acho que deviam escrever como a gente diz. Como na polícia. Quando a gente diz eles escrevem lá o que a gente diz! Ali não! Acho que o mal está aí!" (Cátia, mãe, Julho 2008)

" Questões ... questões da maneira como eu contei a história, eu acho que eles puseram de outra maneira que dá a entender outra coisa, percebe?" (Cátia, mãe, Julho 2008)

São de extrema relevância estes extractos das entrevistas das mães e a forma como percebem os autos de inquirições a que são submetidas. Se atendermos ao que na análise quantitativa dos processos se verificou relativamente a quem faz as inquirições, esta questão torna-se ainda mais relevante. Não só, não é transcrito para os autos em discurso directo o que a mãe diz, mas também, como vimos, nem sempre esses autos são escritos pelos magistrados judiciais, ficando a cargo de técnicos de justiça, podendo levar, em muitas situações, a uma má avaliação ou mau entendimento do que a mãe quis dizer²⁰⁶.

E, se para a Cátia quem faz e como faz as perguntas e de que forma transcreve o seu testemunho para o auto se torna o mais relevante a este nível, já para a Marta todo o ambiente que envolve o procedimento e o tipo de questões colocadas foi o que mais a incomodaram.

" Situações idênticas, com as crianças a chorar aos gritos ... as mães, as tias, assim uma coisa um bocadinho ... gráfica ... depois chamaram-me, pediram-me para falar comigo ... aí já não foram tão simpáticas... Aí já havia ... havia uma senhora que escrevia, que sorria muito, mas que não podia falar porque era quem estava a escrever tudo o que eu estava a dizer e depois havia uma outra que fazia as perguntas." (Marta, mãe, Julho 2008)

²⁰⁶ Note-se, uma vez mais, que no caso Alexandra, a menina russa que foi retirada à família afectiva e entregue à mãe biológica, o juiz nomeada para o processo veio a público justificar a sua actuação salientando, precisamente, que se baseou no que estava escrito nos autos e que, aparentemente, não corresponderia exactamente à realidade.

“ As perguntas eram muito estranhas! Desde há quanto tempo é que eu estava com a pessoa, se era uma relação pública ... se não era uma relação pública; (...) que tipo de posições sexuais é que em tinha tido ... que é uma coisa estranhíssima! E eu aí comecei-me a rir! E pronto, não sou propriamente uma pessoa muito envergonhada mas ri-me e disse: olhe, isso é a brincar! Mas não, ela perguntou e escreveu com um ar muito sério! Fazia parte da lista de perguntas...” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Que testemunhassem a minha relação com ele. Ou seja, pessoas que nos viram em público. Acho que sim, mas não sei se elas vêem! Portanto, elas existem!” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ (...) é estranho porque eles põem a pessoa numa posição de ... a pessoa sente sempre que fez qualquer coisa mal. E isso é uma sensação muito estranha! Não se sente ... não se sente, minimamente que o próprio Estado nos está a ajudar ... a tentar resolver um problema – não! Estamos na coisa de ... tipo Polícia Judiciária! Muito!...” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ (...) aquelas perguntas estão tão mal feitas que eu não acredito que as pessoas digam a verdade! Não... Aquilo é tão ... Era uma relação ... As palavras!! ... Toda a gente entende o que era uma relação pública? Não sei.” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ E o sexo anal era uma das perguntas... Uma coisa estranhíssima!...” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Eu saí de lá com ataques de rir!” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Eles perguntaram qualquer coisa de drogas!...Tenho ideia... Mas não sei muito bem...” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Mas eram umas perguntas assim muito ... é tudo muito frio, muito frio! Nunca perguntam: Quer dizer alguma coisa? Nunca perguntam! ... nem no fim!! Pronto, pode haver uma lista de coisas que têm que perguntar ...” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ No fundo, aquilo é um formulário e toda a gente é igual e os casos são todos iguais. O que eu acho que não são. Não são. O meu era muito pequeno, (...) aparentemente simples! Mas havia pessoas ali que iam ter problemas muito complicados! Mesmo muito complicados.” (Marta, mãe, Julho 2008)

Estes excertos vêm, de certa forma, confirmar o que Helena Machado (2001) concluiu no seu estudo sobre a importância dada ao comportamento moral e sexual

da mãe, consubstanciado aqui pelas perguntas de carácter íntimo feitas à mãe: como as posições utilizadas no acto sexual, o carácter público ou privado da sua relação com o PP do menor ou consumo de drogas.

Mas as críticas à forma como foram inquiridas passaram também pelo facto de não haver por parte de quem as inquiria qualquer interesse no sentido de saber sobre o seu bem-estar ou do seu filho.

" (...) mas no fim perguntar... se calhar, se eu dissesse, posso dizer alguma coisa, eles não me iam dizer que não!... Mas não estão muito interessados, não estão muito interessados..." (Marta, mãe, Julho 2008)

" Mas a criança nunca foi mencionado, nunca! Não é mencionada! Não há perguntas sobre a criança." (Marta, mãe, Julho 2008)

Se esta é a opinião das mães entrevistadas acerca de como as inquirições são feitas e o que sentiram, já na perspectiva dos técnicos de serviço social, essas questões tornam-se relevantes porque permitem descobrir a identificação biológica do pretense pai.

" As relações sexuais, onde aconteceu, a primeira relação, como aconteceu... percebe?" (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

Este extracto vem confirmar que as questões de carácter mais íntimo são abordadas nas inquirições, porém, quando questionada uma técnica de serviço social se saber a profissão da mãe era um dado relevante, a resposta é negativa.

" A profissão não! Só por uma questão de identificação." (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

Do mesmo modo, questionada sobre informações relativas às posições adoptadas no âmbito da relação sexual daquelas mulheres se isso era relevante para o apuramento da verdade, de novo, a técnica de serviço social nega interesse científico por esse conhecimento.

“ A mim não me interessa a posição em que fez! Interessa-me quando o conheceu, como se relacionaram sexualmente, (...) no tempo de concepção!!” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

Assim, para a técnica de serviço social, parece que esses dados apenas se tornam relevantes como procedimento lógico e no interesse do apuramento da verdade, chegando a dar a ideia que toda essa informação que se possa colocar no relatório, vinha mostrar trabalho feito ao tribunal.

“ E eu pus no relatório. Portanto, agora ... não interessa a profissão. Ponho a profissão, a identificação, como vive, quem é o agregado, como trata da criança... pronto. Para também não ser só o relatório (...) Mas o essencial, o objectivo do relatório é encontrar ou chegar à paternidade da criança. É saber se, quando se conheceram? Quanto tempo se relacionaram? Quando terminou a relação? Porque terminou? Tudo isto pode ser importante...” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

Já o MP considera que as questões colocadas são objectivas²⁰⁷. E, assim, o que para as mães é tido como questões de foro privado (muitas delas ultrapassando o relacionamento sexual mantido) para os técnicos de serviço social são questões necessárias para auxiliar no apuramento da verdade e para o MP são questões objectivas em nome do interesse público.

“ O que é colocado são questões muito objectivas. Ou seja, eu não tenho nenhuma preocupação em saber porquê nem porque não ... a vida das pessoas é coisa que não me preocupa! Aliás, acho que nem tenho sequer o direito de me meter nisso. Tenho o direito apenas de procurar em nome, particularmente do interesse da criança, em ter um pai com paternidade estabelecida, mas também em nome do interesse público (...) porque há aqui também o interesse público, mas, fundamentalmente no interesse da criança, porque em certos casos o interesse público pode ser postergado! Mas, em nome dessa criança interessa.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

²⁰⁷ À mesma conclusão chegou Helena Machado que referindo-se às entrevistas que efectuou a juízes e magistrados do MP permitiu-lhe perceber como é que “ (...) a linguagem usada num tribunal joga um papel crucial na produção e exercício do poder, que é particularmente claro na formulação de questões relacionadas com as mães (...) Factos que de forma alguma são relevantes para o caso em questão são trazidos a tribunal, nomeadamente aqueles que se referem à vida sexual da mãe da criança, ainda que os juízes que entrevistei tenham repetido frequentemente que o comportamento sexual da mãe nos períodos antes e depois da concepção não tivesse nenhum interesse” (Machado, 2008: 225).

Outro aspecto salientado pelas mães dizia respeito, como vimos, à tradução por escrito das suas declarações. Quanto a este ponto um dos magistrados do MP assume com naturalidade, que a transcrição por discurso directo seria impossível e poderia dar ao pai a incompreensão. Assim, a mãe faz as suas declarações e estas são transcritas para os autos, de forma sintética e compreensível por todos.

“ Normalmente, o que fica escrito no auto é exactamente o que ela diz, não é? Embora por palavras ... O auto é assinado. Escreve-se no auto aquilo que ela diz. ” (Procurador do MP, Setembro 2008)

“ O auto de declarações, embora não seja um auto de discurso directo, de escrever exactamente tudo o que a pessoa disse, não é possível. Seria infundável e se calhar não se conseguia perceber no final o essencial das coisas. Portanto, procura-se fazer, de facto, uma súmula daquilo que a pessoa diz. O essencial que haverá a retirar da mãe será a identificação do pai e depois a história, não é? Da relação. Porque pode ser importante se o processo tiver que seguir.” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Até ao momento, tentámos perceber os discursos dos diferentes actores envolvidos no que respeita em concreto à mãe. Quanto ao pai, como referi, não foi possível ter contacto com nenhum homem que tivesse passado por um processo de AOP. No entanto, por inferência dos discursos proferidos pelos outros actores, poderemos fazer uma breve abordagem ao seu papel neste processo e, sobretudo como ele é visto.

Após tomadas as declarações à mãe, as diligências efectuadas vão no sentido de chamar o pretense pai para o ouvir em declarações. No entanto, como vimos, esta tarefa nem sempre é fácil. Nuns casos, os de perfilhação voluntária, acaba por se realizar quase em simultâneo com as declarações da mãe noutros casos, porém, chegar ao pai é tarefa complexa e, noutros casos ainda, nem se chega à fala com ele.

Olhemos, por agora, para as situações em que o MP consegue encontrar o indivíduo que a mãe indigita como pai do menor.

Para um dos magistrados do MP entrevistados, questionado sobre o tipo de relação entre o auto de inquirições da mãe e o auto de inquirições do PP, e se as perguntas colocadas a um e a outro são semelhantes, responde:

“ Sim. As declarações do indigitado pai são feitas a olhar para as declarações da mãe. As perguntas são feitas e ver se coincide, se há divergências, se não há. (...) eu acho que geralmente as pessoas não mentem. As coisas, se aconteceram, batem certo. Porque também há histórias, não é? De querer que o pai da criança seja um determinado indivíduo e depois... não é? Também há disso, também há! Não é muito significativo, mas...” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Este extracto vem, por um lado, passar a ideia de que os moldes de questionamento da mãe e do PP são semelhantes, e, por outro lado, vem mostrar que a inquirição ao PP permite verificar se a mãe estava ou não a falar a verdade. Assim, embora o discurso de credibilidade nas palavras da mãe anteriormente focado, parece que aqui perde peso. Está em causa confrontar a versão apresentada pelo PP face à apresentada pela mãe, não parecendo que questões mais íntimas sejam aqui afloradas.

No mesmo sentido também parecem ir as descrições apresentadas nos processos. Se nos autos de declarações das mães é possível verificar uma descrição com algum pormenor das situações que envolveram o nascimento do menor, nos autos de declarações dos PPs os pormenores são menos visíveis, podendo indiciar que as mães são alvo de maior invasão de privacidade do que os PPs. Por outro lado, se aos PPs cabe confirmarem ou refutarem as declarações prestadas pela mãe a tarefa do PP está aqui facilitada, não tendo que entrar em muitos detalhes sobre a sua história.

7.2.3. O PP

Analisando os excertos referentes a este actor destaca-se uma clara presença de discursos na dúvida do pretense pai, cujo argumento é, não raras vezes, assente no comportamento moral e sexual da mãe, alegando ter-se esta relacionado com outros homens.

Na percepção dos magistrados do MP e dos juizes entrevistados está bem presente que a fidelidade da mãe e a estabilidade da relação estão, em grande parte das vezes, na origem de processos de AOP.

“ É sempre a velha coisa! Eu tenho impressão que ela podia andar com outros! Eu tenho a impressão que ela quando saiu comigo ou quando andou comigo também terá tido relações com alguém!... Por isso pode ter acontecido, por isso quer saber.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Às vezes, por falta dessa relação de estabilidade, às vezes por falta nessa relação do carácter de estabilidade, outras vezes porque se fala, porque diz-se que a mãe andou com aquele e com aquele outro, ou que ainda está presente um ex-companheiro, ou qualquer coisa do género, ou que já tem um outro novo companheiro ... Não me parece de condenar esse comportamento! Sou muito sincera! Não vejo com maus olhos que os pretensos progenitores que pendam, ou exijam ou que solicitem que cientificamente seja comprovada a sua paternidade. Não vejo ... em sede de averiguação oficiosa. Não vejo isso com maus olhos, nem vejo que isso seja uma forma de fuga à justiça. Não vejo! Sinceramente. Acho que são dúvidas! Umas mais justificadas, outras menos justificadas... que eles querem dissipar. Mais do que o Estado conscientes de que são pais mas, ainda assim, não querem perfilhar, acho que não é tanto isso! Acho que são mesmo dúvidas que pairam nos seus espíritos. Portanto, acho legítimo que eles queiram dissipar. Estou convencida disto, mas não tenho dados muito concretos para ... para poder afirmar que, seguramente, é isto.” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

Esta ideia das dúvidas do PP que aos olhos dos actores judiciais são legítimas vêm-nos levantar uma outra questão e que nos remete para a credibilidade que é dada aos discursos proferidos pelas mães e pelos pais. Nestes casos em que existem dúvidas realiza-se o teste científico. Então, o teste de ADN servirá para esclarecer as dúvidas do PP, as dúvidas do próprio Tribunal ou confirmar ou refutar as declarações da mãe?

A resposta vem, sobretudo, do juiz entrevistado. Segundo ele, a prova científica veio permitir eliminar as dúvidas do PP e, ao fazê-lo, vem também “apetrechar” melhor o sistema judicial. Embora não se pondo em causa as declarações da mãe, pretende-se eliminar as dúvidas legítimas do PP.

“ Não é o tribunal que tem dúvidas! É o pai que tem dúvidas! E portanto, é para dissipar as dúvidas do pai! Com o resultado desse exame o tribunal fica mais apetrechado, também! Como é óbvio, não é? Mas, quem suscita a dúvida não é o tribunal! Quem suscita a dúvida é o pretense pai. E, portanto, estes exames são realizados também para apetrechar o tribunal de elementos seguros, mas mais do que isso: são realizados para dissipar dúvidas, ou conferir certezas, até é mais nessa vertente, conferir certezas aos pretensos pais. Porque, convenhamos, com ou sem teste de ADN, é sempre preferível que um pai assuma voluntariamente perfilhar do que seja o tribunal a declará-lo judicialmente. E, portanto, se ele pode realizar esse teste para se conseguir essa tal perfilhação voluntária, então, faça-se o teste!” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

O facto de o PP tentar retirar credibilidade às declarações da mãe pondo em causa o seu comportamento é bem aceite pelos magistrados e não é visto como uma tentativa de fuga à sua responsabilidade. Neste sentido, parece que a prova científica funciona como o garante da credibilidade da mãe. A mãe para ser digna de confiança por parte do tribunal e do PP tem que se submeter ao teste de ADN para fazer prova da sua seriedade. A inocência da mãe, acaba por apenas ser admitida quando a prova científica o confirma. Até aí, as dúvidas do PP são consideradas legítimas e todo o processo acaba, no fundo, por beneficiar o PP.

“ Não, não se dá mais credibilidade às suspeitas levantadas pelo pai. O que se pretende conferir ... o que se pretende é exactamente o inverso!” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

“ Eliminar a dúvida! Conferir certezas! Dar certezas! O objectivo é essencialmente esse! Perante declarações em que a progenitora diz: de certeza que é este! Eu namorei com ele, estive com ele no período (...) nos tais 90 dias... Só tive contactos com ele. Aí a declaração diz-nos muita coisa. Como é que são feitas as declarações, pela senhora procuradora, não sei. E é suposto ser assim. Diz-nos muita coisa. Mas o que nós verificamos a maior parte das vezes é que, efectivamente, assim é! Quer dizer, os resultados do ADN vem conferir a tal credibilidade à progenitora. Não quer dizer que o tribunal já não lhe conferisse essa credibilidade, mas, perante as dúvidas suscitadas, então, vamos lá fazer!” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

No entanto, os actores do sistema judicial acabam por amenizar essa falta de credibilidade dada à mãe, refugiando-se sempre (ou quase sempre) no argumento de que é o PP que tem dúvidas e, nesse sentido, os exames são realizados, por um lado, para eliminar as dúvidas do PP e, por outro lado, confirmar as declarações prestadas pela mãe.

Se o exame de sangue for positivo eliminam-se as dúvidas do PP e, conseqüentemente, prova-se que a mãe estava a falar a verdade. Se o exame for negativo, as dúvidas do PP são legitimadas e evidencia-se o mau comportamento da mãe.

“ Uma coisa é a nossa segurança, o tribunal, a credibilidade que nos conferiu as declarações da progenitora, outra coisa é a necessidade de o pai ter essa mesma certeza. E o pai não se satisfaz com declarações, nem com a percepção que o tribunal possa ter dessas declarações. Correcto?” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

No entanto, nuns casos ou noutros, faça-se ou não prova da paternidade daquele indivíduo, as suas dúvidas parecem ser sempre legítimas. Mesmo os peritos do laboratório, acabam por entender que todo o procedimento relacionado com a averiguação da paternidade acaba por penalizar mais o pretense pai do que a mãe.

“ O enforcement é muito mais rigoroso, muito mais violento relativamente ao pai do que à mãe. Que eu saiba nunca houve ninguém que indicasse a mãe ... que tentasse chatear a mãe, digamos assim, para colaborar com a averiguação.” (Cientista 1, Julho 2008)

A ideia da “batota” da mãe evidenciada pelo lado da ciência e de compreensão por parte dos magistrados judiciais das dúvidas legítimas do pretense pai é muito interessante e permite-nos perceber os estereótipos que subjazem a estes processos.

A análise quantitativa não nos permite ter essa perspectiva. Os dados analisados mostram, pelo contrário, que a mãe na grande maioria das vezes não tem dúvidas de quem é o pai do seu filho e conta-lhe sobre a gravidez. Mostram-nos, de igual forma, que o PP duvida frequentemente do comportamento da mãe, usando isso para justificar não ter ainda assumido as suas responsabilidades relativamente ao menor.

Portanto, parece que a generalidade dos casos, não é a credibilidade da mãe que deve ser questionada, mas a antes a falta de vontade do pretense pai em assumir esse compromisso perante o menor embora, obviamente, também existam situações em que a mãe não sabe ou não quer revelar quem é o pai.

Na perspectiva dos cientistas, existirão casos em que a mãe não revela o nome do pai porque não lhe interessa que esse seja o pai do seu filho.

“ Eu penso que há casos também em que as mães vão dando nomes de indivíduos que elas conheceram por acaso, ou ... ou não! Exactamente por isso! Para evitar ter que dar o nome dessa pessoa que elas têm quase a certeza absoluta que é o pai ... porque não quer que seja ele... não quer ter nada a ver com aquela pessoa!” (Cientista 2, Setembro 2008)

Mas para os cientistas parece que é o próprio direito e os seus actores que dão esse voto de confiança à mãe quando, no seu entender, as mães não só podem fazer “batota” como são portadoras de “manhas”.

“ Sim. Eu acho que o tribunal não pensa muito nisso. Acha sempre (...) que a mãe da criança está sempre com vontade de saber a verdade, e que quer que a criança tenha um pai. E acho que muitas vezes eles esquecem-se que as próprias mães também têm estas manhas, não é? (...) Não sei! A ideia de que como elas não querem ter nada a ver com aquela pessoa, então elas vão indicando nomes à sorte! (Cientista 2, Setembro 2008)

Os próprios actores do serviço social também assumem essa faceta das mães.

“(...) já me aconteceram casos desses em que eu tinha a plena consciência que me estava a contar uma história.” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

Já na perspectiva dos magistrados do Ministério Público a percepção é diferente, acreditando que a mãe é a principal interessada em descobrir a verdade.

“ Não, digo-lhe que é raro, é raríssimo, há uma mãe que não pretende dizer quem é o pai, raríssimo!” (Magistrado do MP, Julho 2008)

Assim, são os actores do MP os que mais confiam na versão da mãe e os actores do laboratório os que menos confiança depositam na mãe.

Daqui pode perceber-se que o teste de ADN acaba por ser um elemento-chave em todo este processo e que veio permitir dissipar as dúvidas.

Em causa o comportamento da mãe, a tentativa de fuga às responsabilidades por parte do PP ou a necessidade de conferir certezas ao MP, o teste de ADN acaba por se revelar central neste processo.

Como vimos, ou o PP aceita, desde logo, perfilhar voluntariamente o menor ou, caso isso não suceda, é necessária a prova científica para ajudar a decidir o caso.

7.2.4. O ADN

A ciência e, em particular o ADN tornou-se central no auxílio ao direito nos casos de AOP acabando, em muitas situações, por retirar o lugar outrora ocupado por outro tipo de provas.

“ O procedimento é muito simples, que não era antigamente quando tínhamos os exames de exclusão, era um problema, não é? Porque tínhamos de recorrer, de facto (...) a prova testemunhal, prova circunstancial...” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Era um problema porque não as excluía todas e entre não excluí-las todas a saber quem é? (risos) Jam as testemunhas todas! Portanto, era um processo mais moroso, mais trabalhoso. (...) E por regra não há quem se recuse a fazer os testes. ” (Magistrado do MP, Julho 2008)

A entrada do ADN no mundo judicial e, em particular, a sua utilização para auxiliar na identificação biológica de parentesco é, sem dúvida, bem acolhida pelos actores judiciais.

As razões são de vária ordem destacando-se, a segurança que permitem trazer ao tribunal, por um lado, e a perfilhação mais consciente aos progenitores, por outro.

Para os magistrados do MP, a introdução do teste de ADN veio revolucionar este tipo de casos permitindo, não apenas dotar o sistema de uma ferramenta científica que lhe permite proferir uma sentença baseada, não em factos documentais e testemunhais mas em algo que é dado como irrefutável pela ciência. A sua tarefa é facilitada porque a sua decisão é agora baseada em factos científicos.

A introdução do ADN veio não só, depositar absoluta crença nos testes como também parece vir simplificar o procedimento, levando àquilo a que Machado e Silva (2008: 170) consideram ser a “ (...) reafirmação do princípio da qualidade incontestável dos produtos apresentados no tribunal no âmbito da tecnologia de perfis de ADN”.

“ E depois há hoje essa coisa milagrosa que é os exames de investigação! Prontos, que nos dão praticamente a certeza, digamos assim. O cálculo probabilístico cujos dados aparecem sempre para cima dos 96% de probabilidade e, por

regra, também, confrontados com esses dados (...) dos exames os pais perfilham. Ou seja, 98% dos casos morrem assim, não é?" (Magistrado do MP, Julho 2008)

" Que os sossega! Que os sossega, digamos assim e que simultaneamente (...) os obriga e os coloca perante uma situação de possibilidade de ... " (Magistrado do MP, Julho 2008)

" Houve uma fase, mas penso que isso foi uma fase inicial e depois houve (...) uma determinada altura, ... de vez em quando ... aqueles tiques que aparecem economicistas e que se pensa que se poupa mais assim do que de outra maneira... Bem, só se faz se for preciso, não é? " (Magistrado do MP, Julho 2008)

" Se ele me coloca a questão eu prefiro os exames imediatamente! Não há cá... Não há que hesitar e estamos aqui todos a perder tempo! Estamos todos a perder tempo, o sistema perde tempo, anda toda a gente embrulhada numa coisa que se resolve com o teste do algodão, como eu costumo dizer!!!" (Magistrado do MP, Julho 2008)

" Já tive situações em que não o fiz, por ter prova clara de que em função do relacionamento, da coabitação, etc, de que o pai era o fulano tal e ele, ou ele não ter encontrado ou ele não ter comparecido aos testes. Nessa altura, eu posso obrigar a ir à medicina legal, mas não o posso obrigar a fazer os testes!" (Magistrado do MP, Julho 2008)

" A sôtorra conhece os relatórios? Aquilo é matemática! (risos) Aquilo é matemática! (risos)" (Magistrado do MP, Julho 2008)

" (...) de acordo com a percentagem de probabilidade e a escala de leitura das percentagens." (Magistrado do MP, Julho 2008)

" Há todo o interesse em que as coisas se esclareçam. As próprias pessoas ficam mais esclarecidas, mais à vontade, não há dúvidas! Pode até ter efeitos positivos para a própria paternidade. Se um pai perfilha com dúvidas, também pode ... Agora, se tem um exame que dá a certeza que é o pai, provavelmente depois vai exercer a sua paternidade de uma maneira mais livre e com menos problemas. Eu acho que tem toda a vantagem ... São exames caros, mas nem é importante ... Não há, assim, ao nível de ... orçamento ... não há nenhuma pressão para não se realizarem estes exames. Estamos completamente à vontade..." (Procurador do MP, Setembro 2008)

" (...) eu lembro-me que quando comecei nesta actividade no Ministério Público, em 1982 de estar precisamente a começar a questão da avaliação de um exame de paternidade que, na altura até era só exclusivo, portanto, só tinha interesse

quando nos dizia que aquele indivíduo não era o pai, mas isso já despistava alguns casos, isso já era importante.” (Procurador do MP, Setembro 2008)

No mesmo sentido segue o discurso do magistrado judicial entrevistado, para quem os testes de ADN vieram não apenas trazer mais segurança ao sistema judicial, como acabam por fazer com que o PP tome por credível e absoluta a verdade científica.

“ Vem trazer segurança!” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

“ Ah, seguramente! Os testes científicos são reconhecidos mundialmente e eles próprios têm essa noção. E, portanto, a partir do momento em que o resultado do teste é num ou noutro sentido os pais interiorizam isso e agem em conformidade. Tanto é que, os tais 95% das acções acabam na sequência de perfilhações em função do resultado do teste de ADN. Não tenho dúvidas disso! É aceite! É aceite ... Como é na comunidade científica também é na ... população em geral. ” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

“ É. Basta que o pretenso pai diga “Eu não tenho a certeza. Gostaria de ver isso esclarecido do ponto de vista científico. Eu só aceito perfilhar se os resultados derem positivos...” E, portanto, são muitos casos em que na fase de investigação se fazem esses exames. Apesar de caros!... Mas isso é outra questão! (risos)” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

Esta fé inabalável na ciência dos actores do meio judicial e que é transmitida, de certa forma, aos outros actores relevantes, acaba por arredar para segundo plano outras provas que até então eram imprescindíveis e que, nas declarações prestadas pelos técnicos de serviço social se torna bem visível.

“ Mas hoje o Ministério Público socorre-se mais, daí que há menos pedidos de averiguação oficiosa de paternidade, do que havia quando eu comecei a trabalhar nesta área, porque hoje o Ministério Público socorre-se mais do pedido primeiro de ... ADN, dos exames. Esses aí são fáceis! São fidedignos, como nós sabemos, não é?” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

“ Daí haver muito menos pedidos hoje, mas muito menos! Já houve imensos a pedidos de averiguações oficiais de paternidade, e hoje vem muito pouco! Por isso são esses que acho que ” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

“ A prova testemunhal nestes casos de averiguações oficiais (...) deixa de ter um peso significativo, deixa de ter um peso significativo.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

Curiosamente, se se denota por parte quer de magistrados judiciais quer de magistrados do MP essa reverência à ciência, esta não é bem compreendida pelos actores da ciência.

Por um lado, refere um dos cientistas entrevistados que antes desta tecnologia ser introduzida, era já possível fazer uso de tecnologia com resultados, também eles, fiáveis.

“ Toda a gente fala do ADN mas uns anos antes do ADN ser introduzido já tínhamos tecnologias que davam valores convincentes, não é?” (Cientista 1, Julho 2008)

“Portanto, houve uma fase, que teve um impacto muito negativo na nossa maneira de pensar, inclusivamente nos colegas peritos, em que o número de sistemas e a sua informatividade era tão baixa que as pessoas foram empurradas para um raciocínio dicotómico do tipo: Dá para excluir, mas, não excluindo não é muito probante. Depois houve uma fase que durou uns anos, num crescimento relativamente lento, em que se utilizaram tecnologias genéticas também indirectas, envolvendo grupos sanguíneos, HLA, proteínas, aí ... No fim desse período já tínhamos capacidade para fazer coisas que tipicamente davam apostas, da parte do perito, da ordem dos mil contra um, ou superiores. Mas, por rotina, com uma bateria razoável de sistemas, o perito podia chegar tipicamente à conclusão que era mil vezes, pelo menos, mil vezes mais provável que ele fosse o verdadeiro pai do que um indivíduo ao acaso da população.” (Cientista 1, Julho 2008)

Por outro lado, nesta perspectiva, o teste genético deveria ser utilizado apenas como um complemento às provas ditas tradicionais.

“ Não, em princípio, a averiguação oficial de paternidade não desembocaria necessariamente num teste genético. Desemboca, em princípio, ou formalmente, só se deveria recorrer a um teste genético quando os outros falhavam, não é? Simplesmente, dada a celeridade e a confiança na ... se calhar exagerada que se tem nos testes biológicos, acabou por se

ter uma atitude um pouco preguiçosa, se calhar, e recorrer quase automaticamente a esses testes.” (Cientista 1, Julho 2008)

A reverência à ciência é de tal modo significativa que, na opinião de um dos cientistas entrevistados, a própria colaboração da mãe neste processo começa a ser dispensável.

“ Agora o que é novidade é que havia a tradição de nem sequer iniciar uma averiguação biológica ou genética da paternidade quando a mãe não colaborava. E isso finalmente passou. Portanto, já haverá muitos delegados do Ministério Público que acham que se pode fazer uma averiguação oficiosa de paternidade mesmo sem a amostra da mãe.” (Cientista 1, Julho 2008)

Perante isto consideram os peritos da ciência estarmos a assistir não só à reverência do direito na ciência mas, mais do que isso, a uma espécie de crença absoluta, quase divina, no contributo que pode dar ao sistema judicial.

“ E, portanto, veio o ADN e saltou umas ordens de grandeza. Portanto, agora é típico que seja ... tipicamente 100.000 contra 1! Com o actual standard, pelo menos um milhão contra um. Então, não admira que face a isto o ADN ganhasse ... fizesse quase esquecer a história! A situação não é qualitativamente diferente do que tínhamos há 20 anos atrás. A minha opinião é que... estes números assustam os ... (...) Da nossa parte e da parte jurídica não há grande percepção ... Se perguntar a colegas meus também terá surpresas!... o que é que eles entendem por aquilo que escrevem! ... mas ... são números assustadores e, portanto... a prova genética é, por assim dizer, divinizada!” (Cientista 1, Julho 2008)

“ (...) é uma situação semelhante à religiosa, no sentido que nós ... aquilo é um conhecimento quase divino e, portanto, nós não conseguimos saber o que lá está.” (Cientista 1, Julho 2008)

É, precisamente a ignorância dos actores do mundo judicial em relação às questões puramente científicas que acabam por tornar a prova científica incontestável²⁰⁸.

²⁰⁸ Cf. a este propósito Amorim (2002). Segundo o autor “[e]sta nossa desesperada necessidade de consonância (entre o que pensamos e o que pensam os outros; entre o que pensamos e o que os resultados experimentais parecem indicar) não pode fazer-nos esquecer que não sabemos (...)” (Amorim, 2002: 104) E, umas linhas à frente refere que “[a] ciência e a maioria dos seus actores julga-se

" (...) tanto os peritos como os juizes e outros delegados não querem mostrar que não perceberam. Tá lá uma coisa, vêem um número, o número é assustador, não interessa muito o que ele significa." (Cientista 1, Julho 2008)

" Mas o problema é que tanto nós como o juiz não queremos (...) parecer que somos ignorantes! Então, respondemos mesmo quando a pergunta não faz sentido para parecermos que estudámos bem a lição, que somos uns gajos porreiros, e pronto." (Cientista 1, Julho 2008)

" É quando sente que a pergunta é ambígua ou, provavelmente mal formulada, mais vale responder com outra pergunta!" (Cientista 1, Julho 2008)

" Ninguém sabe! Os actores todos, mesmo os meus colegas dão de barato! Fazem umas continhas, ... agora até há programas e tudo!... uns Excel e tal ... e a gente nem sabe o que é que está a fazer! Mas o que está a fazer não é uma probabilidade! Começa logo por aí! E em segundo lugar, sendo uma razão de probabilidades, não será muito claro para as pessoas que elas têm que ter esta propriedade óbvia que é a de serem mutuamente exclusivas e exaustivas, senão não consegue dividir dois por três números. " (Cientista 1, Julho 2008)

A opinião expressa por um cientista relativamente à ignorância dos magistrados é reafirmada pelos próprios magistrados quando alegam, como vimos, estar-se perante declarações de ciência, como tal, não colocando dúvidas.

O facto de serem técnicas usadas noutros países e por laboratórios acreditados também parece vir dar confiança ao sistema judicial para manter essa viva crença na ciência.

" São laboratórios certificados, não me passa pela cabeça pôr em causa, digamos, a idoneidade ... " (Magistrado do MP, Julho 2008)

" Sei que as regras são cumpridas, desde logo a regra da colheita ao mesmo tempo dos vários ... porque se um dos elementos falta já não se faz. Isso garante que há... Não tenho dúvidas sobre a custódia das amostras, não é?" (Magistrado do MP, Julho 2008)

imune (pelo menos tem de agir normalmente como se o fosse) a estas deploráveis confusões." (Amorim, 2002: *ibidem*).

No entanto, para os cientistas a questão coloca-se noutros termos. A questão coloca-se nas rotinas, hábitos e vícios instalados que acabam por ir mantendo os velhos hábitos e discursos sem que nenhum dos actores se questione sobre a razão de ser de determinados procedimentos.

“ (...) tanto o perito, ou o delegado ou o juiz entram num comboio que já está em andamento ... eles chegam lá e tendem a repetir os procedimentos, mesmo não percebendo o que se está a passar. Mas se funcionou até agora é porque é assim! Toca a andar! E, portanto, umas vezes cai-se em erros que são simplesmente habituais e outras vezes usa-se mal uma coisa porque não está a entender a ferramenta; está a usar uma coisa sem saber.” (Cientista, Julho 2008)

Prova disso, por exemplo, é o facto de a lei definir claramente que cabe ao INML a realização dos exames e, no tribunal estudado se ter verificado que a grande maioria dos processos de AOP são encaminhados para o Laboratório B.

Questionado o magistrado do Ministério Público sobre esta situação a resposta vai no sentido, precisamente, dos velhos hábitos adquiridos e não questionados, como aludido pelo cientista.

“ O colega que começou com isto (risos), começou e ele tinha um a grande experiência no Tribunal de Família e Menores do Porto, provavelmente já era assim que faziam no Porto, e já nos temos questionado porque é que é assim. Tem corrido optimamente! Não temos nenhum, nenhum problema com ...” (Procurador do MP, Setembro 2008)

“ (...) com o LABORATÓRIO B, não há nenhum problema nem de custos, de despesas e a resposta do LABORATÓRIO B é excelente! Quando é preciso um relatório urgente e há necessidade de um contacto, não há qualquer problema!” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Questionado, igualmente, o magistrado judicial sobre esta situação a resposta parece enquadrar-se em padrões de eficiência.

“ É. É uma decisão do Ministério Público, porque é ele que solicita, portanto, é ele que encaminha o exame. Essas coisas, às vezes, têm a ver com a rapidez e eficiência ou a falta dela, não é? Dos serviços. Se o LABORATÓRIO B, neste momento, está a responder num mês, num mês e tal, que é um prazo perfeitamente razoável para este tipo de acções. E, portanto, eu agora não vou ... não posso falar pela Senhora Procuradora que aqui trabalha comigo, mas se a resposta é

eficiente, porquê estar a mudar? Admito que haja outros sítios em que a resposta seja igual, que seja igualmente eficiente. Num processo desta natureza eu solicitei um pedido de urgência e eles dão resposta em menos de quinze dias. Portanto, são respostas rápidas, são respostas eficientes... É este como poderia ser outro qualquer..." (Juíza do tribunal, Outubro de 2008)

Note-se, porém, que em situações de dúvida o magistrado judicial acaba sempre por se refugiar em argumentos semelhantes: o não ter julgado nenhum caso do género ou, remetendo para os colegas a quem incumbem essas competências.

" Não lhe sei dizer, até porque não sou eu que peço os relatórios, tão pouco. Nem nunca perguntei à Senhora Procuradora porque é que ela pede ... Não sei, não sei. O que eu sei é que os processos já me vêm com os exames realizados. E realmente, eles são feitos todos nessa entidade. Tenho para mim que é uma entidade com resposta rápida e eficiente e, portanto, também não vejo motivo para ..." (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

7.2.5. Perfilhação "à força"?

Esta reverência da justiça à ciência e o facto da ciência vir trazer mais certezas às dúvidas do pretense pai deveria conduzir a um assumir de responsabilidades efectivas por parte do pai biológico.

O facto de o Ministério Público ajudar a mãe a identificar o pai biológico do seu filho deveria ter, em última análise, o efeito de fazer com que aquela criança passasse não apenas a ter aquilo que designo como um Bilhete de Identidade Certificado, mas antes, uma efectividade prática das responsabilidades parentais, sendo este argumento partilhado por um cientista entrevistado.

" (...) o que para mim é um pouco paradoxal e que ... se o Estado, por um lado está a investir tanto na validação biológica ou genética do indivíduo ... ou na certificação, quase como se fosse um produto ..." (Cientista, Julho 2008)

Ora, parece que isso nem sempre sucede. Se analisarmos os discursos das mães, embora uma delas considere importante que o pai assuma as suas responsabilidades, mesmo quando existe a perfilhação por parte do pretense pai, os seus discursos

mostram algum desconforto relativamente a esta situação que não se materializa na prática.

“ Mas eu acho importante que se identifique o pai. Eu acho muito importante. Também é mais um bom negócio, não é? Mas acho muito importante ... aquela pessoa tem que ser responsabilizada!” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Ele perfilhou e acabou. Acabou mesmo porque não houve mais nada.” (Marta, mãe, Julho 2008)

Se o Estado, por intermédio do Ministério Público, obriga a que o menor tenha um pai identificado na lei e, através de diligências várias, como vimos, até pode acabar por o identificar, mas se depois nada o obriga a comportar-se como pai, então, parece estarmos perante uma situação não de perfilhação voluntária, mas sim de perfilhação à força, sendo também válido nos casos de perfilhação condicionada pelo ADN.

Confrontado um magistrado judicial com esta perspectiva, a sua resposta é clara:

“ Não, não é um voluntário à força! Porque eles, apesar do teste de ADN pode assumir que não querem perfilhar! Ninguém os obriga a isso!” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

Escudando-se no argumento que, mesmo após o teste de ADN, nada o obriga a perfilhar, caso não queira.

“ E então, face ao exame, perfilhar ... eu não tive nenhum que não perfilhasse! Depois dos resultados do exame.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Pois. O que acontece é que ele é confrontado perante isto e tem duas posições: ou perfilha e se perfilha está praticamente resolvido ou não perfilha e nessa altura é proposta uma acção de investigação de paternidade que já não é uma averiguação oficiosa, que é uma acção que corre no tribunal e que exige audiência e tal. Mas o que acontece, por regra, é que quando eles dizem que não perfilham, faz-se o teste e se propõe o teste eles imediatamente chegam à conclusão que perante o exame de investigação de paternidade não vale a pena estarem a perder tempo e a gastar dinheiro!! Eles são penalizados, não é?” (Magistrado do MP, Julho 2008)

Um dos magistrados do MP, embora considerando que não é possível obrigar ninguém a submeter-se aos testes, o PP acaba por ceder por falta de alternativas.

“Nesta perspectiva do direito civil eu sou da opinião que se pode penalizar o pai que não comparece aos testes, mas acho que não se pode obrigá-lo a fazer os testes. Ou seja: não se pode para este efeito, digamos, coactivamente, recolher-lhe material biológico para fazer os testes. Não é possível! Isso não é possível!” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Não tem alternativa! (risos)” (Magistrado do MP, Julho 2008)

No entanto, nos casos de Acção de Investigação de Paternidade, estamos ainda na presença de um outro tipo de perfilhação – a perfilhação por decisão judicial. Neste tipo de casos, havendo ou não recurso ao ADN, havendo ou não vontade do pretense pai em perfilhar o menor, esta é decidida compulsivamente parecendo, das palavras do magistrado judicial que, uma vez mais, o importante é constar o nome dos dois progenitores nos documentos do menor.

“ Nenhuns! Não há diferença absolutamente nenhuma! Quer seja por perfilhação, quer o nome passe a constar no registo por perfilhação, quer na sequência de uma decisão judicial que declara o fulano de tal pai daquela criança, não há diferença nenhuma, absolutamente nenhuma para a criança! A criança vê reconhecida a paternidade de uma forma ou de outra! E não há quaisquer diferenças em termos legais! Embora ... (...) num plano sociológico! Isso já é diferente. Poderá é ter repercussões depois ao nível da vida futura desta criança, ou melhor, do relacionamento deste pai com esta criança. É claro que, de um ponto de vista sociológico, nós, quando isso acontece, normalmente o pai dificilmente contacta com a criança e, portanto ... Mas essa parte ... a decisão incide na declaração de paternidade...” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

Se a averiguação da paternidade juridicamente apenas tem o intuito formal do reconhecimento da paternidade, parece que as questões de índole social e sociológica que lhe estão associadas (como o que acontece na relação entre o PP e o menor após a perfilhação, por exemplo) acabam por não merecer interesse por parte das instâncias judiciais.

Para efeitos práticos, da vida quotidiana dos progenitores e do menor, que consequências tráz este reconhecimento?²⁰⁹ As mães demonstram um forte desalento em relação ao procedimento que envolveu a busca da verdade por parte das entidades judiciais, evidenciando o facto de se tratar apenas de um procedimento meramente burocrático e salientando as poucas vantagens que este reconhecimento trouxe para a vida dos seus filhos, e as dificuldades sentidas em questões práticas da vida diária.

“ Só serve para pôr lá o nome mas depois ninguém quer saber se o pai está a participar ou não e, portanto, continua a não ter contacto com o filho.” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Acho que é só uma questão de documentação. De ... ficar lá no papel quem é o pai, porque depois...” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Eu não sei se o Estado ... por exemplo, se eu morrer ... eu não sei o que é que acontece... É a única coisa que me preocupa é, se eu morrer o que é que acontece ao meu filho? Isso é um pormenor!!! Fica entregue a quem? Mas pronto. Aos meus pais? Ao pai dele? Provavelmente ao pai dele! É muito complicado! É muito complicado! ” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Noutro dia quis ir de avião com o Simão, mas primeiro precisava de falar com o pai dele para assinar o papel, não é? Depois há essa parte – é complicado! (...) depois o Estado aí não faz nada! Não é? Eu quero viajar com o meu filho, ele nunca teve contacto com o pai, eu podia ter um documento...” (Marta, mãe, Julho 2008)

“ Cada vez que eu (...) vou inscrevê-lo na ginástica, eu tenho que escrever o nome dele! Tenho que saber o nome dele de cor, o que para mim já é uma coisa ... Eu perdi agora o bilhete de identidade do meu filho e eu não sei o nome completo do pai para ir tirar outro. Portanto, vou passar um outro daqueles filmes surrealistas no arquivo de identificação!” (Marta, mãe, Julho 2008)

Para os magistrados do MP esta questão, embora se reverta de alguma importância, acabam por se refugiar em dois argumentos: para um, independentemente da relação futura que o pretense pai possa vir a estabelecer

²⁰⁹ Segundo Machado (2008) são escassos os estudos sobre esta realidade e, em particular, sobre os impactos sociais e económicos da determinação legal da paternidade mas, segundo a autora, estudos levados a cabo nos EUA permitiram já concluir que o facto de o menor ver o seu pai reconhecido legalmente não traz consigo um efectivo cumprimento das suas obrigações como pai.

com o menor, mais do que o direito à identidade ou à historicidade dá primazia ao conhecimento das origens genéticas e às questões de saúde.

“ Obviamente que isso é uma questão, não é? (...) Aliás, no direito, hoje discute-se uma coisa muito interessante (...) que é o direito ao conhecimento ao direito das origens por parte da criança. Ou seja: mesmo que o pai (...) não venha a assumir nenhuma função real, hoje o direito à identidade, cada vez mais hoje no direito à identidade se dá hoje importância a conhecer as suas origens genéticas. Por duas razões: por um lado, o direito à historicidade pessoal e depois, por outro lado, pelas razões hoje da saúde que se colocam pelo lado da genética. E, portanto, cada vez mais, independentemente do papel que o pai vier a ter ou não é muito importante, porquê? Pela historicidade pessoal e, por outro lado, pelo direito à saúde. São duas questões decisivas. (...) Hoje discute-se uma coisa muito interessante que é, mesmo relativamente às crianças adoptadas (...) Mesmo em relação às crianças adoptadas em que, por exemplo, não tenha a paternidade estabelecida, não é? O direito de elas, pelo menos quando atingirem a maioridade poderem, digamos, procurar, diligenciar no sentido da fixação da sua paternidade. Hoje mesmo que as crianças tenha sido adoptadas ... antes havia aquele tabu de dizer assim: bem, os pais morreram, não se sabe quem é, não se sabe e já não interessa para mais nada e mesmo que esteja lá o pai errado, que não seja aquele, não interessa! Hoje já se discute. Não senhora! Isto pode ser importante, porque desde logo existe o direito da historicidade pessoal que as pessoas têm e, portanto, isto pode ser importante saber isso. (...) Hoje há uma inversão ... É curioso que hoje há um movimento contraditório no direito que é extremamente aliciante (...)” (Magistrado do MP, Julho 2008)

O outro magistrado entrevistado salienta o facto de após o processo de paternidade concluído será necessário proceder a um segundo processo, relativo ao exercício do poder paternal.

“ Ehhh...Agora, o que acontece depois por regra ... depois, muitas vezes tem que haver ... há uma acção de regulação do exercício do poder paternal, porque embora quando os pais ... quando a criança é registada só ... é registada nestas circunstâncias em que a mãe não é casada com o pai, se não houver a declaração em contrária o exercício do poder paternal pertence só à mãe. É uma presunção do Código Civil. Agora, então porque é que há a regulação do poder paternal, por regra? Há, porque por regra a mãe pretende que o pai seja obrigado a pagar uma pensão de alimentos e isso faz-se através da acção de regulação do poder paternal e da fixação da pensão de alimentos, não é?” (Magistrado do MP, Julho 2008)

Alegando ainda que, o mais importante será o reconhecimento da paternidade pois, do restante, o próprio sistema se encarregará.

“ O próprio sistema depois arranja maneira de remediar as coisas, não é? Agora nós não podemos é com esse fundamento dizer assim: Bom, este pai não presta, portanto isto acaba aqui e já não fazemos mais nada! Não! Temos que ir até ao fim!” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Finalmente, na opinião do juiz entrevistado, não se pode dicotomizar a questão no sentido de dizer que um pai que perfilha contra a sua vontade que vai cumprir melhor ou pior a sua função.

“ Não há regras! Não há regras nessa matéria! Nós (...) temos situações em que os pais depois do resultado do ADN, perfilhando, ou até depois sendo declarado judicialmente pais biológicos envolvem-se de uma forma afectiva muito grande com os filhos ... digamos... ultrapassada a fase da dúvida, assumem que efectivamente são pais e começam a partir daí a actuar enquanto tal; com uma grande ligação afectiva e com ... com contributo a nível alimentar ... bom ... uma situação em tudo idêntica a uma filiação biológica que não passe por (...) estes problemas. Há outras situações em que, apesar de perfilharem, ou de serem declarados judicialmente pais biológicos, ... criou-se ali um muro ... criou-se ali um muro que nem sempre é fácil de transpor. E lá voltamos ao que nós ao bocadinho referimos que é: do ponto de vista sociológico há muitas situações em que precisamente os pais, depois de todas estas démarches, e mesmo sendo considerados pais biológicos, para todos os efeitos, não conseguem criar essa vinculação afectiva com os filhos!” (Juíza do Tribunal, Outubro 2008)

“ Nessa matéria não há regras! Não há regras e cada caso é um caso. Não é possível dizer-se que todos os pais biológicos que passam por esta fase depois não têm contacto com os filhos – não! É mentira. Também não é possível dizer que todos os pais depois têm contacto, do ponto de vista afectivo, com os filhos, que é disso que estamos a tratar, também é mentira. Cada caso é um caso e eu não consigo estabelecer aqui quaisquer regras ou séries estatísticas a esse propósito. Não consigo!” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

No mesmo sentido, e a este propósito, vão também as declarações proferidas pelos magistrados do Ministério Público entrevistados.

“ Eu acho que há aqui (...) digamos, três vertentes importantes que são simultâneas e depende dos casos. Por um lado é que este pai que vem perfilhar, muitas vezes revela-se o pai a sério! Portanto, para a vida diária! Às vezes revela-se até o pai mais importante que a mãe. Portanto, o facto de ser perfilhado alguém no decurso de uma averiguação oficiosa não é, do meu ponto de vista, (...) sinónimo de que é um pai menos capaz do seu exercício. Não é! A experiência diz-me

que não e portanto, isso não acontece. Até porque às vezes, a insistência do pai no registo pode resultar das circunstâncias mais variadas.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

7.2.6. As Inviabilidades

Se vimos as situações em que o MP consegue identificar o pai biológico do menor falta ainda olhar para as situações em que nem mesmo após a intervenção compulsiva se chega à identidade do progenitor. Para os magistrados do Ministério Público esta situação está pouco presente.

“ Oh sôtora, raríssimas, raríssimas! As percentagens de inviabilidades” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Eu posso-lhe dizer isso relativamente ao relatório do ano passado, ... 2006 ... 2006 [procura num dossier] ... Por exemplo... a média é mais ou menos esta: de 2006 mas de 2007 é ... não tenho resultados de 2007, mas ... (...) Em 2006, por exemplo, houve ... entraram aqui 30 averiguações oficiosas ... Dessas 30 ... dessas 30 ... ehhh ... falando das que vêm do anterior foram aqui tratadas ao todo 87 averiguações oficiosas, contando com as que já vinham de trás. Destas 87 ... findaram 40 ... É melhor ... Este quadro é um bocado confuso, mas pronto! Houve 40 casos que acabaram de averiguação oficiosa que acabaram: 40 casos que acabaram em 2006. Destes 40 casos, 25 foram por perfilhação.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ Nós aqui temos 40 e tal por ano e, de facto, as inviabilidades são muito menos do que por regra do que do ano de 2006 ... Não sei porque razão foram! São por regra muito poucas, muito poucas, porque (...) não temos muitas situações (...) de mães que não sabem manifestamente quem é o pai e, portanto, isso ... Eu até acho que, ao confrontar-me com as pessoas, com os meios que hoje existem até temos averiguações a mais! Não percebo! Face a história que as pessoas contam, não percebo porque é que muitas delas tiveram filhos, se não os pretendiam ter! Não percebo porque é que há tantas ... Mas (...) portanto isso não é ... não é... não tem, de facto uma grande ... E é rápido! E é rápido por causa da medicina legal! ” (Magistrado do MP, Julho 2008)

Saliente-se, ainda, da análise do discurso em relação ao número de inviabilidades, não só o facto de se considerar que a sua existência é pouco significativa, mas também o facto de, ao voluntariamente procurar registos dos seus números, o próprio magistrado mostrar alguma dificuldade em interpretar os registos.

E, perante os números encontrados (maiores do que as suas expectativas) apressa-se a justificar:

“ Este dado das inviabilidades neste ano (...) é até muito grande! Isto foi um ano excepcional! Os casos em que a acção prossegue para além daqui havendo viabilidade, regra geral, são muito mais escassos.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

Quanto às razões apontadas para as inviabilidades, elas diferem em função dos actores que as analisam.

Na perspectiva dos técnicos de serviço social entrevistados, as inviabilidades são, sobretudo, fruto de histórias mal contadas.

“ Outros são histórias muito ... muito... Não se consegue lá chegar! (...) Por vários motivos! ” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

E, actualmente, podem também ser fruto de novas formas de vida em conjugalidade onde as relações homossexuais começam a surgir.

“ Algumas das vezes ... não sei ... não posso dizer maioria... mas algumas são mal contadas, mas a gente não consegue lá chegar! E hoje há um factor novo na nossa sociedade, que é o lesbianismo. Há lésbicas que querem ter ...” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

“ Que vão a inseminação artificial... fazem muito em Espanha e ... depois poem-se a questão da paternidade.” (Técnica de serviço social, 2 Julho 2008)

Já para um dos magistrados do MP entrevistados as razões das inviabilidades prendem-se com três ordens de razões:

Em número significativo de vezes, com o facto de a mãe não querer identificar o pai.

“ Eu penso que (...) o principal motivo é que são as próprias mães (...) que não querem identificar os pais. Não sei se se pode dizer que é 100%, mas é uma grande percentagem de casos.” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Noutros casos por não saber identificá-lo, deixando aqui passar a ideia que a esse desconhecimento não é alheio o comportamento da mãe.

" (...) há sempre um número delas que não se consegue averiguar quem é o pai! Não só porque quem a mãe indica não é ou porque a mãe, por vezes, não sabe bem indicar e, portanto, quando a mãe teve um tipo de vida em que as situações são múltiplas, não vale a pena andarmos (...) por aí a fazer testes (...) em catadupa!!! (...) há casos em que não é possível determinar quem é o pai! (...) muitas vezes são casos que estão associados a situações de perigo para a criança, não é? E nessa altura, (...) esse próprio procedimento pode desencadear um processo de promoção e protecção e proteger desde já aquela criança e discutir o seu projecto de vida e pode não ser com aquela mãe. Portanto, já é um procedimento paralelo." (Magistrado do MP, Julho 2008)

E, por último, argumenta um dos magistrados que o facto de a mãe registar tardiamente o menor pode inviabilizar a acção.

" E há crianças que são registadas muito tarde! Algumas até que já são registadas numa situação que inviabiliza a averiguação oficiosa, embora seja possível depois instaurar uma acção de investigação de paternidade. Mas, inviabiliza o processo oficioso. (...) Se o registo for feito depois dos dois anos e se o registo for tardio podemos estar confrontados com a necessidade de realizarmos uma investigação, às vezes, em poucos dias." (Procurador do MP, Setembro 2008)

Na perspectiva dos actores da ciência, porém, as razões que na sua óptica estão na base das inviabilidades prendem-se com outra ordem de factores.

Em primeiro lugar, sustenta um dos entrevistados a existência de paternidades inconvenientes.

" (...) eu não sei a magnitude, mas há muitas paternidades que são inconvenientes! Saber se o verdadeiro pai é inconveniente para muitas partes e, algumas delas inclusivé são criminosas, outras, são simplesmente indesejáveis. As primeiras serão do tipo incesto ou algo assim. E outras são familiares que não (...) conviria envolver, embora sejam legalmente permitidos, não conviria envolver no assunto." (Cientista 1, Julho 2008)

Por outro lado, a inexistência de uma base de dados genéticos não permite uma eficácia maior no apuramento da verdade.

" (...) eu começaria por dizer que se houvesse uma base de dados genéticos de identificação civil esse problema não se colocaria, não é?... Pelo menos, para nacionais, estava resolvido." (Cientista 1, Julho 2008)

E, por último, acaba por fazer uma crítica ao próprio sistema e à cultura profissional dos magistrados, no que respeita à sua avaliação e também no que respeita ao seu próprio desempenho.

" Mas, haverá causas locais que são correntes no nosso sistema judicial e que têm, se calhar, o exagero libertário dos agentes de justiça que não são avaliados para nada (...)" (Cientista 1, Julho 2008)

" Por muito liberal que seja ... liberal no bom sentido do termo! ... muito open-minded que seja o delegado, ele é sensível a essas coisas! E num sistema que não permeia o trabalho, inevitavelmente ele é empurrado para a solução mais fácil! Não se chatear muito! É humano, não é? " (Cientista 1, Julho 2008)

" É evidente. Se tiver uma situação que a sua progressão na carreira não tiver nada a ver com a sua performance profissional..." (Cientista 1, Julho 2008)

" Porque é que vai andar a chatear-se?" (Cientista 1, Julho 2008)

Assim, se os actores da esfera judicial escudam as explicações dos insucessos na falta de vontade da mãe em colaborar ou, devido ao seu comportamento, não saber identificar o pai biológico do seu filho, já na esfera dos actores da ciência, as razões apontadas vão no sentido de uma forte crítica aos magistrados, transmitindo a ideia de que as inviabilidades existem porque não há esforços nem investimento para resolver essas situações.

7.2.7. A Cultura Profissional

Embora a análise efectuada aos processos não me permita concluir de igual forma, visto terem sido analisados muitos casos em que o MP terá feito inúmeras tentativas para identificar o pai, tendo sido bem sucedido, também foi possível mostrar situações em que os esforços mobilizados pelo MP foram escassos. Os estudos de caso

analisados permitem-nos perceber isso. Em particular, os casos de incesto ou de procriação medicamente assistida vêm, de facto, apontar para uma cultura profissional específica que permite que nem todos os casos sejam tratados de igual forma.

Dentro da cultura profissional saliente-se, em primeiro lugar, a questão dos estereótipos.

“ E aí acho que ainda estão mais coisas em jogo, nomeadamente todos os estereótipos que nós temos, todos os estigmas que nós temos relativamente a determinadas situações, nomeadamente, a situação profissional ... que isso também acontece comigo, no meu trabalho, na minha prática diária... uma criança está em perigo... qual é o seu contexto de perigo? Possivelmente não vai imaginar uma criança em perigo (...) numa família de classe média ou de classe média alta! À partida, nós já colocamos o estereótipo...” (Técnica de serviço social 1, Julho 2008)

“ Exactamente, tem que ser ... numa classe mais baixa, mora num bairro social, é beneficiária da RSI e, possivelmente, há crianças em perigo em classe médias, em todas as classes. E há crianças em perigo e crianças maltratadas e crianças abusadas” (Técnica de serviço social 1, Julho 2008)

Em segundo lugar destaque-se a percepção de que as classes mais baixas não têm formas de fugir à justiça, enquanto as mais altas, possuidoras de outro capital cultural e económico, conseguem vias alternativas.

“ Têm outra forma de lidar com a justiça, (...) enquanto que em estratos mais baixos não têm, não é? Não têm!” (Técnica de serviço social 1, Julho 2008)

Exemplos claros disso parecem ser os casos de procriação medicamente assistida, cujas mães eram possuidoras de um capital cultural superior ao encontrado na generalidade das situações.

Em terceiro lugar, saliente-se a forma de actuação dos diferentes actores.

No caso dos técnicos de serviço social há, segundo os próprios relatam, uma tentativa de mostrar àquelas mães que o melhor para o seu filho passa pelo conhecimento da identidade do pai. O relato que se segue é revelador da forma

como o serviço social encara a situação e da forma como tenta sensibilizar a mãe para colaborar com as autoridades.

“ Quando estão a esconder qualquer coisa. Sensibiliza-as pelo facto: o menor tem direito ao nome do pai, claro, esse é o (...) ponto número um e segundo a gente sensibiliza-as sempre pelo facto da estigmatização da criança: agora a criança é bebé, não faz mal! Mas depois vai para o infantário, começam-lhe a perguntar quem é o pai, depois vai para a escola e é um espaço em branco e a criança começa a ter vergonha e quando é adulto também muitos têm vergonha de puxar pelo bilhete de identidade. E eu sinto isso, não é? Naqueles processos, agora já em adultos de regulação do poder paternal em que peço a identificação, não peço.... peço o bilhete de identidade às pessoas porque custa menos às pessoas ... Portanto peço o bilhete de identidade. Alguns só têm nome de pai ... só têm nome da mãe ... Mas eu com essa consciência, às vezes, e digo e sensibilizo e essa mãe: Ai não, não! Não sei!!! Porque às tantas... eu ... não me cheirava e ao Ministério Público também não! Havia ali qualquer coisa que não tava... Que me fazia desconfiar! Pronto, tá bem. A Senhora diz isso, ok. Eu não estou dentro da sua cabeça! Não consigo, mas a Senhora está-me a contar uma história!...E um dia vai vir-me dizer quem é o pai da criança! Ai, não! E tal... Mais tarde, foi lá! A senhora doutora é que tinha razão! De facto, eu fui muito ingénua, prejudiquei-me, a mim e ao meu filho, porque hoje o pai não me dá nada! O pai era pessoa com dinheiro, casada e aliciava-a com dinheiro e dizia (...) para estar calada porque se falava ... às vezes até ameaçam! E é com esse medo que ... e às vezes é com dinheiro que ficam caladas! Só que depois isso não dura sempre...” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

No mesmo sentido parece ir a forma de actuação dos magistrados do Ministério Público e o tipo de argumentação que apresentam às mães.

“ Por persuasão, procurar explicar-lhe que é do interesse do filho, depois, mais tarde, saber quem é o pai, vai ver que depois, mais tarde, as dificuldades, quando a criança for para a escola depois vai perceber que, afinal, os outros têm pai e ele não sabe quem é o pai. Portanto, aí podem surgir problemas. (...) Pode utilizar-se este tipo de argumentos e as pessoas acabam por reflectir e acabam por dizer. (...) Mas não tem que ser uma coisa a toda a força, nem pode ser!” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Porém, se existe inicialmente este discurso para tentar persuadir a mãe a revelar elementos que possam levar à identificação do pai biológico, quando a mãe não mostra vontade de o fazer o Ministério Público parece ter aqui uma atitude discricionária, levando a que nuns casos faça todos os esforços no sentido do apuramento da verdade e noutros não. Como vimos nos estudos de caso,

encontramos várias situações em que o MP desiste da investigação, sendo encontradas várias explicações para tal.

Para os magistrados se a mãe não quiser falar, não a podem obrigar.

“ É. Mas depois também não se pode... Há limites! Na averiguação acho que há limites! A mãe que não quer dizer quem é o pai, não se pode... não se pode sequer pressioná-la!” (Procurador do MP, Setembro 2008)

“ Nem isso é possível. Nem isso é possível. Eu tenho esta convicção de que se a mãe não quiser identificar o pai, não há maneira de saber!” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Por outro lado, utilizar o argumento da inquirição de testemunhas parece não ser suficiente para o MP. Segundo os magistrados, quando a mãe não quer falar não adianta chamar outras testemunhas (como a avó do menor, por exemplo) que, provavelmente, estarão instruídas pela mãe sobre o que devem dizer.

“ Pode-se perguntar à avó, (...) e quando há esta estratégia de ocultação também, normalmente, estende-se à família. Estende-se às avós, porque também não quer; também não vai ser a avó...” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Por último, e tendo por base o discurso jurídico de que a AOP é proposta no superior interesse da criança e na importância dos laços biológicos, quando questionados os magistrados sobre esta situação concreta - da não colaboração da mãe - o discurso inverte-se totalmente, passando a ser encarado que a paternidade biológica possa não ser assim tão importante para aquele menor.

“ (...) que vai dizer, não é? Toda a gente a proteger. Também não temos (...) que sentir isto como um drama! Não é... as crianças são felizes sem um pai! E às vezes, às vezes, conforme costumamos dizer: É melhor não ter este pai! Não é? (risos) É melhor não ter pai nenhum que ter este, do que estarmos a forçar isto. Embora... Mas há situações em que quase apetece dizer isto, não é? E até fazer isto.” (Procurador do MP, Setembro 2008)

“ Eu acho (...) que o vínculo afectivo é mais importante. Isso não há dúvida! E aí, se calhar, temos que distinguir. Quer dizer, se o projecto de vida da criança passa pela manutenção com a mãe, com a família biológica, se calhar tem algum sentido saber quem é o pai, para a própria criança tem. Agora, se não, por exemplo, se houver um encaminhamento para a adopção, e a própria lei prevê esses mecanismos quanto à suspensão da averiguação de paternidade, (...) são

tomadas determinadas medidas para o reencaminhamento para adopção e para que a AOP não arranque. Há ali outras vias..." (Procurador do MP, Setembro 2008)

Mas, também nesta situação entrando dois pesos e duas medidas, sendo necessário saber se o projecto de vida da criança passa pela sua permanência na família biológica ou numa família social. E, nesta situação, a postura assumida pelo magistrado também diverge.

" Se a criança é para continuar com a mãe biológica, aí há de facto a averiguação oficiosa que deve ir até ao fim e devem ser realizadas as diligências possíveis para saber quem é o pai. E não podemos estar a (...) facilitar ou a (...) empenharmo-nos menos na acção das diligências só porque nós achamos que não é importante saber quem é o pai. Se me pergunta se faz sentido estar a insistir? Se o projecto de vida da criança for fora da família biológica, não faz sentido e a própria lei já prevê isso. Se o projecto da criança for mantê-lo com a família biológica, faz todo o sentido." (Procurador do MP, Setembro 2008)

Este argumento é também usado para justificar os nascimentos derivados de PMAs.

" Fica sem pai! Não se resolve! E eu já tive aqui uma senhora, uma senhora que ajudei (...) ...divorciada, por sinal, com filhos e que me disse: Olhe, fui a Barcelona! Pronto, está bem! Só queria que me dissesse isso! Mais nada! Disse-me aqui que foi inseminação artificial e obviamente que não (...) se pode fazer, mas não podia fazer mais nada, quer dizer... Sei que Barcelona tem os dados genéticos necessários no banco de dados da clínica ..." (Magistrado do MP Julho 2008)

" Eu acho que o ... saber quem é o pai é, por regra (...) no interesse da criança! Faz todo o sentido procurar apurar! Agora, nesses casos, de inseminação artificial e que se socorrem de bancos de esperma, nesse caso nem possível é saber quem é, não é?" (Magistrado do MP, Julho 2008)

O argumento apresentado pelo juiz parece ser semelhante. Para além do facto de, uma vez mais, o juiz se escudar no argumento de não ter julgado nenhum caso semelhante, considera não existirem meios para obrigar a mãe a revelar a identidade do pai.

“ Pronto. Não tive nenhum caso e, portanto, Nem tive que me debruçar sobre nenhuma situação em concreto. Quanto à recusa da mãe em divulgar o nome do pai, pois, isso, de facto, pode suceder e não é inédito. Não seria, nem será inédito! É extremamente injusto, obviamente, para esta criança! Mas nós também não dispomos de meios para obrigar a pessoa a divulgar! Não dispomos! Não disponho de meios para isso! Portanto, se a progenitora, apesar de todos os conselhos que são dados nesta matéria, se mantém nesta posição intransigente, não há perfilhação (...). Agora, sem dúvida (...) o único prejudicado é o menor! Não haja dúvidas! Ou, pelo menos, o principal! O principal prejudicado é o menor.” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

Quanto às situações de incesto, apenas abordadas pelo juiz entrevistado, para além do argumento da falta de casos práticos sobre a matéria, refugia-se no facto desses casos, geralmente, não darem origem a nados-vivos, sendo feito um aborto antes dessas crianças poderem vir a nascer.

“ Também não tive nenhuma situação em concreto. E por um motivo muito simples: (...) Não quero estar aqui a dizer que os tribunais ... (os tribunais não!) os hospitais cometiam crimes, mas, o que nós aqui verificamos é que esses fetos muitas vezes não chegam a nascer. (...) E há uns tempos atrás, não me pergunte como é que isso foi feito, mas uma coisa que nós temos essa noção, muitas situações são violações e, portanto, o feto não chegava a nascer. E eu tenho essa noção! Muito clara! Tenho essa noção muito clara! Para lhe dizer, nunca tive assim nenhum processo. ” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

No entanto, confrontada com um caso real, o caso analisado anteriormente, argumenta o juiz:

“ O Estado, e por motivos médicos e sociológicos também diz que esses pais não podem ser, não podem sê-lo! (risos)” (Juíza do tribunal, Outubro 2008)

Guilherme de Oliveira aponta algumas das razões de o legislador limitar a busca da verdade biológica neste tipo de casos: “O legislador de 1977 sentiu-se obrigado a não limitar o estabelecimento da filiação que resulte da vontade e da iniciativa dos interessados – pai, mãe e filho – mas não quis impor aos particulares a revelação do incesto através de um procedimento oficioso, com risco de produzir traumatismos que

o culto da verdade biológica não compensaria. Por outro lado, se a revelação do incesto através do reconhecimento jurídico dos dois progenitores não ofende um princípio de ordem pública, pode dizer-se também que não satisfará qualquer interesse social que valha a pena defender. " (Oliveira, 2003: 148).

7.2.8. As relações entre o social e o tribunal e entre o tribunal e a ciência

Por último, restará abordar de que forma é que os diferentes actores envolvidos percebem e avaliam o desempenho dos outros. Interessa, para finalizar, perceber as relações que se estabelecem quer entre as entidades sociais com as entidades judiciais quer entre as entidades judiciais e entidades laboratoriais.

Assim, e começando pelo trabalho dos técnicos de serviço social, consideram que a sua actuação em casos que envolvem AOP sofreu grandes mudanças nos últimos tempos. Antes da introdução dos testes científicos a sua colaboração nestes casos era mais assídua e os relatórios sociais eram pedidos com mais frequência. Os próprios técnicos de serviço social trabalhavam em estreita colaboração com os tribunais.

" Antes quando está lá a equipa, podia falar melhor, e era com mais certeza, era o procurador e a escritã, a secretária que secretariava, não é?, que estavam na sala. Eu hoje penso que na primeira ... não quero com isto dizer que tenho a certeza!... penso que o primeiro contacto é feito na presença de várias pessoas... (...) Obviamente intimidada. " (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

A sua presença e a sua colaboração, na sua perspectiva, era benéfica, permitindo que as mães acabassem por falar mais com estes técnicos do que junto dos actores judiciais, cuja presença, segundo estes, se torna mais intimidatória.

"Eu já tive um e descobri o pai e a mãe! Pronto! Quase que fiz papel de detective! Isso quando era Direcção Geral de Menores e ainda estava no próprio tribunal. A equipa estava lá! Era muito melhor! Estávamos mais próximos e as relações eram mais próximas e se havia dúvidas a gente trocava impressões." (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

" Apontou os dois nomes. No Ministério Público não disse os dois nomes, mas disse-mo a mim!" (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

Consideram ainda que as relações mantidas com os próprios magistrados do Ministério Público eram diferentes das que são agora.

“ Também os procuradores eram outros, a sensibilidade, se calhar, era outra.” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

Com a introdução do teste científico nas AOPs as relações entre o social e o tribunal alteraram-se substancialmente criando uma fronteira entre o trabalho desempenhado por uns e por outros.

“ Eles estão lá, nós estamos cá” (Técnica de serviço social 2, Julho 2008)

E tendo tornado essas relações, outrora de auxílio mútuo entre dois ramos do saber, num processo formal e burocrático.

“ É um processo meramente burocrático. ” (Técnica de serviço social 1, Julho 2008)

“ É um processo meramente burocrático, administrativo, que só depende depois de provas científicas, o que significa que nós não temos qualquer tipo de intervenção! Os técnicos sociais não têm (...) intervenção. Nós só fazemos o encaminhamento, abrimos portas... como se costuma dizer ... ” (Técnica de serviço social 1, Julho 2008)

Para os magistrados do MP o crescente desuso desta diligência deve-se, aparentemente, ao facto de o inquérito social entrar em demasia na privacidade das pessoas.

“ Caiu em desuso essa diligência. Embora eu também ache que é preciso ter alguma cautela com esse tipo de averiguações, porque ... isto, o objectivo é de procurar a paternidade biológica, mas é preciso também ter em conta que os direitos, a privacidade, a intimidade também não se pode, neste tipo de inquéritos ... é preciso... quando se pedem devem ter um fim muito, muito específico e não de forma a que o técnico de serviço social vá por ali devassar toda a gente, não é? Eu acho que é preciso ter alguma cautela com isso. ” (Procurador do MP, Setembro 2008)

“ Se quiser, há limites para tudo e também há limites para isto! Também não podemos querer ... ” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Os testes de ADN, como vimos, permitem uma menor devassa da vida privada dos seus intervenientes. Dada a sua fiabilidade e eficácia, tornaram-se frequentes neste tipo de situações. Porém, se olharmos para as relações mantidas entre o tribunal e o laboratório percebemos que também aqui há uma demarcação clara de fronteiras entre o trabalho que a cada um compete realizar.

Assim, segundo um dos magistrados do MP entrevistados as relações mantidas são também formais.

“ Não, é meramente burocrático. Meramente burocrático.” (Magistrado do MP, Julho 2008)

“ (...) normalmente não há... normalmente os contactos com o laboratório são no sentido de que seja mais depressa, ou dizer que preciso disso para amanhã... portanto não há qualquer questão... Nós aqui desde o início que pedimos os exames ao LABORATÓRIO B. ” (Procurador do MP, Setembro 2008)

Quanto aos técnicos de laboratório, para além de confirmarem esse tipo de relação, apresentam uma postura até um pouco crítica em relação ao trabalho realizado pelo tribunal.

“Há dois ou três casos por ano que o tribunal pede para nós irmos lá, mas as questões são normalmente burocráticas, não são formalmente relevantes. ” (Cientista 1, Julho 2008)

Desde logo pela falta de retorno de informação sobre os casos.

“ Francamente, nunca sei muito bem o que é que acontece ... nem tenho feedback...” (Cientista 2, Setembro 2008)

Refere um dos peritos do laboratório que, em grande parte das vezes, o conhecimento que é possível ter da história que envolve aquele trio é trazido pelos próprios progenitores quando se dirigem ao laboratório e são submetidos à colheita de sangue.

“ O feedback que eu tenho não é do tribunal, de facto, é das pessoas que me aparecem aqui e que por vezes, pronto, sentem a necessidade, no fundo, de me contar um bocadinho a sua história. E eu pronto, eu lá vou ouvindo, não é? E ainda há pouco tempo houve um caso desses. (...) Foi marcada a data, ele compareceu, ela também, mas ela própria estava ... pronto... não tinha vontade nenhuma que ele fosse o pai daquela criança, porque acho que ele era, segundo o que ela diz, obviamente! Que ele era ... ele abusava, era violento ... e, pronto, não tinha nada ...” (Cientista 2, Setembro 2008)

No mesmo sentido vai a perspectiva de outro actor do laboratório.

“ Nós estamos do outro lado e, portanto é natural que tenhamos uma perspectiva enviesada. Só contamos os que nos chegam cá.” (Cientista 1, Julho 2008)

Esta questão é na perspectiva dos técnicos da ciência fundamental e poderia ajudar a resolver as situações. A falta de diálogo recíproco entre as duas entidades não permite que os casos possam ser resolvidos de forma mais eficaz.

Se o MP pede um exame sanguíneo a determinado trio, que dá negativo, o laboratório pode estar em condições de saber que não se tratará daquele PP mas, analisando os marcadores genéticos desse mesmo indivíduo, saber que pode tratar-se de um parente próximo. Esta informação, porém, não pode ser revelada pelo laboratório, pois não foi esse pedido que lhe foi dirigido e, nessa situação, embora o laboratório pudesse apurar rapidamente a verdade, não o pode fazer sem que esse seja um pedido formalmente efectuado pelas entidades judiciais.

“ Apesar de se tivesse conduzido um inquérito sumário muito mais razoavelmente poderiam esclarecer, enfim, se havia mais do que um, dois ou três ... um número razoável de possíveis pais e teríamos a situação esclarecida. Segunda questão: se o verdadeiro pai for, de facto, um parente próximo da mãe e a mãe nos está a indicar um indivíduo qualquer, qualquer outro e que sabe, inclusive, que não é o verdadeiro pai, haveria a possibilidade de saber se o verdadeiro pai era aparentado próximo com a mãe. Mas essa pergunta nunca é feita e nós pericialmente não podemos...” (Cientista 1, Julho 2008)

Este testemunho, bem como um anteriormente revelado por um técnico do serviço social, vêm-nos mostrar que a complementaridade de diferentes áreas científicas seria absolutamente necessária neste tipo de casos. No entanto, uma vez

mais, verifica-se uma clara demarcação dos domínios e das esferas de competência de cada um dos actores acabando por prejudicar o apuramento da verdade e, dados os objectivos da AOP, do menor também.

Assim, e mantendo a postura crítica, os pressupostos de que partem os magistrados, na perspectiva científica, nem sempre são os mais correctos.

Nessas situações, havendo erros de avaliação por parte dos magistrados, acaba por se concluir pela inviabilidade sem que outras hipóteses cientificamente relevantes possam ser colocadas, justificando o encerramento do processo e a falta de conclusões do mesmo.

" (...) acho que os delegados continuam a ser educados assim, para conduzir a mãe a indicar um único possível pai. E quando falha a primeira indigitação os agentes da justiça sentem-se desobrigados. Tentaram e não conseguiram!" (Cientista 1, Julho 2008)

Na perspectiva dos actores da ciência, os magistrados judiciais, por falta de conhecimento e ignorância, acabam por partir de falsos pressupostos que os conduzem a formular más perguntas.

" O juiz perguntou uma coisa. E a resposta (...) àquilo é surda! Isto é, o perito, quando traduz aquilo em termos genéticos formais correctos, tem de adivinhar... seria profissionalmente obrigatório devolver a pergunta. Porque quase de certeza que não teve ... com certeza absoluta não era isso que o juiz queria perguntar!" (Cientista 1, Julho 2008)

Esta situação, embora claramente percepcionada na esfera do laboratório, acaba por não ter consequências pois aos seus actores cabe-lhes apenas responderem em concreto, ao que lhes é solicitado²¹⁰. Nesse sentido parece que se, por um lado, encontramos do lado judicial uma crença absoluta na ciência, a forma como os próprios magistrados fazem uso dela é, na perspectiva dos actores do laboratório, mal feita. Mal feita no sentido em que, caso houvesse maior

²¹⁰ A este propósito cf. Amorim, 2002, que considera que " [a]quilo a que chamamos a nossa intuição pode ser clinicamente descrito como a capacidade de produzir uma resposta com insuficiente informação (consciente) " (Amorim, 2002: 103).

interdisciplinariedade entre ambos os ramos do saber, as respostas obtidas por parte da ciência tenderiam a ser mais eficazes no auxílio à justiça.

Mais, na perspectiva da ciência nem sequer se podem apontar armas à ciência (o que de facto não parece acontecer), porque quando os testes não permitem dar respostas ao sistema jurídico tal deve-se, na sua perspectiva, ao facto de os dados virem já trocados de trás.

“Agora, não esqueça que não pode deitar o ónus da responsabilidade disto aos pobres dos testes genéticos. Não isto está muito ... as questões que citou estão muito a montante ...” (Cientista 1, Julho 2008)

“Quando chega ao teste genético já está tudo lixado!” (Cientista 1, Julho 2008)

Por fim, realce-se, uma vez mais, a ideia que os hábitos adquiridos ao longo dos tempos e passados dos mais velhos para os mais novos acabam por ajudar a manter um estado de coisas que não se discute e é dado como adquirido, no entanto, ninguém se questionando sobre a causa das coisas.

“(...) tanto o perito, ou o delegado ou o juiz entram num comboio que já está em andamento ... eles chegam lá e tendem a repetir os procedimentos, mesmo não percebendo o que se está a passar. Mas se funcionou até agora é porque é assim! Toca a andar! E, portanto, umas vezes, cai-se em erros que são simplesmente habituais e outras vezes usa-se mal uma coisa porque não está a entender a ferramenta; está a usar uma coisa sem saber.” (Cientista 1, Julho 2008)

Os extractos apresentados revelam uma grande preocupação entre aquilo que é a descoincidência entre o discurso leigo e o discurso perito e a forma como esse discurso leigo é reinterpretado pelos peritos e incorporado nas apreciações e decisões.

A entrada do ADN no mundo judicial e, em particular, a sua utilização para auxiliar na identificação biológica de parentesco é, sem dúvida, bem acolhida pelos actores judiciais. As razões são de vária ordem destacando-se, a segurança que permitem trazer ao tribunal, por um lado, e a perfilhação mais consciente aos progenitores, por outro. Esta fé inabalável na ciência dos actores do meio judicial

acaba por arredar para segundo plano outras provas que até então eram imprescindíveis. Porém, é precisamente a ignorância dos actores do mundo judicial em relação às questões puramente científicas que acabam por tornar a prova científica incontestável. O facto de serem técnicas usadas noutros países e por laboratórios acreditados parece vir dar confiança ao sistema judicial para manter essa viva crença na ciência. No entanto, para os cientistas a questão coloca-se nas rotinas, hábitos e vícios instalados que acabam por ir mantendo os velhos hábitos e discursos sem que nenhum dos actores se questione sobre a razão de ser de determinados procedimentos.

Os testes de ADN, como vimos, permitem uma menor devassa da vida privada dos seus intervenientes. Dada a sua fiabilidade e eficácia, tornaram-se frequentes neste tipo de situações. Porém, se olharmos para as relações mantidas entre o tribunal e o laboratório percebemos que também aqui há uma demarcação clara de fronteiras entre o trabalho que a cada um compete realizar.

A complementaridade de diferentes áreas científicas seria absolutamente necessária neste tipo de casos. No entanto, uma vez mais, verifica-se uma clara demarcação dos domínios e das esferas de competência de cada um dos actores acabando por prejudicar o apuramento da verdade e, dados os objectivos da AOP, do menor também. Nessas situações, havendo erros de avaliação por parte dos magistrados, acaba por se concluir pela inviabilidade sem que outras hipóteses cientificamente relevantes possam ser colocadas, justificando o encerramento do processo e a falta de conclusões do mesmo.

Por fim, realce-se a ideia que os hábitos adquiridos ao longo dos tempos e passados dos mais velhos para os mais novos acabam por ajudar a manter um estado de coisas que não se discute e é dado como adquirido, no entanto, ninguém se questionando sobre a causa das coisas.

O facto de o Ministério Público ajudar a mãe a identificar o pai biológico do seu filho deveria ter, em última análise, o efeito de fazer com que aquela criança passasse não apenas a ter aquilo que designo como um Bilhete de Identidade Certificado, mas antes, uma efectividade prática das responsabilidades parentais. Se o Estado, por intermédio do Ministério Público, obriga a que o menor tenha um pai identificado na

lei e, através de diligências várias, como vimos, até pode acabar por o identificar, mas se depois nada o obriga a comportar-se como pai, então, parece estarmos perante uma situação não de perfilhação voluntária, mas sim de perfilhação à força, sendo também válido nos casos de perfilhação condicionada pelo ADN.

CONCLUSÃO

Filhos da (sua) mãe teve como objectivo a análise pormenorizada dos actores institucionais, das perícias e das paternidades no sistema judicial português. Pretendeu analisar o modo como são produzidas e avaliadas as provas – incluindo as provas científicas, testemunhais e documentais – nos processos de averiguação oficiosa de paternidade (AOP) e nos processos de acção de investigação de paternidade (AIP), os modos de intervenção dos diferentes actores institucionais e a produção de conhecimento público considerado fiável e robusto neste tipo de processos.

O estudo enquadrou-se na perspectiva do idioma co-producionista ao procurar escrever e reescrever a fronteira entre o social e o natural enquadrando a aplicação da ciência no mundo social, ao mostrar, por um lado, a autonomia dos diversos campos do saber e, por outro, as articulações dos diversos saberes. Pretendeu-se mostrar a emergência das complementaridades e articulações entre os diversos modos de conhecer e de saber. Por outro lado, tornou-se necessário perceber de que forma os cidadãos participam nesses processos e de que maneira a politização da ciência afecta os cidadãos e o significado de cidadania. Nesse sentido, uma abordagem baseada no conceito de epistemologia cívica permitiu explorar o processo de conhecimento público que está associado ao tema central deste estudo.

Interessava conhecer o sistema, identificar os possíveis bloqueios, deficiências e problemas existentes em Portugal no âmbito da AOP, perceber como está organizado e como se realizam as investigações de paternidade e, em especial, o papel que tem o uso das perícias forenses nestes casos. Procurou-se determinar o número de casos em que não se consegue identificar um pai, sabendo-se de antemão que essa busca não parte dos progenitores (ou pretensos progenitores), mas é accionada compulsivamente pelo próprio Estado. Paralelamente, sabendo-se que existem hoje

técnicas de investigação de perfis genéticos de ADN que permitem identificar com uma probabilidade muito elevada o pai biológico, como se explica que continue a existir um número significativo de casos em que não se consegue determinar quem é o pai?

Parti de quatro hipóteses centrais. A primeira hipótese foi a de a actuação do Ministério Público poder indiciar o incumprimento da sua obrigação legal de cuidar dos interesses do menor, especialmente do seu direito a conhecer os seus pais biológicos; a segunda hipótese foi a de que a morosidade da justiça leva a que muitos casos prescrevam sem que seja identificado o pai biológico do menor; a terceira hipótese foi a de que o comportamento moral e sexual da mãe continua a condicionar o desfecho dos processos de AOP; e a quarta hipótese foi a de que o ADN é usado discricionariamente em função dos casos e das suas características.

Comecei por fazer uma caracterização do processo de AOP e o mapeamento de alguns dos principais marcos da filiação no nosso país, culminando na actual lei de Averiguação Oficiosa de Paternidade. Através da análise da regulação das famílias e da reprodução em Portugal, foi possível perceber de que forma, ainda nos nossos dias, o Estado continua a intervir de maneira significativa nessa regulação.

No segundo capítulo, abordando a relação entre a ciência, a tecnologia, a sociedade e o Estado, introduzi alguns elementos conceptuais relevantes para a compreensão da evolução da sociedade, nomeadamente o conceito de co-produção, proposto por Sheila Jasanoff. Foram assim analisadas as relações entre a ciência e o direito e em particular o processo de co-produção da ciência, da justiça e do direito, tendo em conta o conjunto heterogéneo de actores, espaços e objectos que realizam essa co-produção. O papel do Estado no uso da ciência, o papel do Estado na obrigatoriedade da identificação biológica de todo o cidadão com registo de nascimento incompleto e a questão da relação entre público e privado na procura da paternidade biológica foram analisados com vista a entender a relação mantida entre velhos e novos direitos de cidadania. O capítulo termina com uma discussão da emergência de direitos de biocidadania.

O terceiro capítulo abordou o valor da paternidade afectiva e da paternidade biológica perante a relevância crescente da prova científica. Através de alguns

exemplos, como a procriação medicamente assistida, as relações entre homossexuais e a adopção procurou-se compreender de que forma a paternidade biológica pode tornar-se, em certas circunstâncias, mais relevante do que a paternidade social ou afectiva.

No quarto capítulo são apresentados e discutidos os aspectos metodológicos desta investigação. É dada especial atenção às dificuldades que foram encontradas no decorrer da sua realização, e que são eles próprios elucidativos acerca do modo de funcionamento das instituições, em especial das ligadas ao direito, em Portugal. Durante o período dedicado à realização desta investigação, foi efectuada uma pesquisa ampla sobre informação quantificada disponível sobre o tema em análise. Pesquisei os Relatórios produzidos pela Procuradoria-Geral da Republica (PGR), pelo Ministério da Justiça (MJ), pelo Observatório Permanente da Justiça (OPJ) e pelo Instituto Nacional de Estatística (INE). Essa pesquisa tornou visível a discrepância dos valores apurados pelas diferentes instituições em relação à frequência e outras características das averiguações e investigações de paternidade. A principal conclusão desse exercício é a de que diferentes instituições e actores constroem de modos distintos o que seriam, presumivelmente, os mesmos objectos, em função de interesses ou objectivos distintos. Não foi possível, assim, estabelecer os números “verdadeiros” relativos à frequência, por exemplo, dos fenómenos em análise. No entanto, essa situação coloca entraves à construção de um conhecimento adequado a uma análise da situação do sistema neste domínio e dos possíveis pontos de intervenção. Outro problema encontrado no acesso ao terreno foi o da indefinição da competência e legitimidade para autorizar o acesso a este, em particular aos processos dos tribunais. Tendo sido inicialmente feito o pedido ao Procurador-Coordenador do Tribunal de Família e Menores seleccionado para o estudo, pouco depois seria transferida responsabilidade da resposta para o juiz-presidente do referido Tribunal. Dias depois, é o próprio juiz-presidente que considera não lhe caber fornecer essa autorização, sendo essa competência do Conselho Superior de Magistratura (CSM). Por sua vez, o CSM, alguns meses passados, delibera e remete essa autorização para a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) e, por fim, dada a

ausência de respostas, ou pelo menos, de resposta em tempo útil, os contactos informais acabariam por ser a via encontrada para garantir o acesso ao terreno.

Explanadas as dificuldades metodológicas e os bloqueios à entrada no terreno, no quinto capítulo inicia-se a análise dos processos de AOP em Portugal, a partir de um estudo que teve por base um Tribunal de Família e Menores localizado num dos distritos judiciais de Portugal Continental. Tratava-se de um tribunal de características mistas, dentro de uma área metropolitana. Aí permaneci ao longo do ano de 2008, tendo analisado processos entrados desde 2001 até 2008.

Os processos de AOP estudados neste tribunal representam $\frac{1}{4}$ dos processos desta natureza no distrito judicial, sendo que a nível nacional o Tribunal do Senhor da Pedra representa 6% dos processos de AOP nacionais. Embora não sendo extrapoláveis para o conjunto da sociedade portuguesa, as conclusões do estudo permitem uma aproximação precisa e pormenorizada, ainda que localizada, ao funcionamento do sistema no que diz respeito às AOPs .

Foram analisados 123 processos, com base numa grelha previamente elaborada. Das principais conclusões que a análise quantitativa permite retirar saliento a seguir as mais relevantes.

Na grande maioria dos processos de AOP, o objectivo de identificar o pai é conseguido com sucesso. Porém, entre as condições desse sucesso encontram-se factores como a colaboração imediata do pai, ou a sua colaboração mais tardia, levando, em certos casos, ao recurso à prova científica. Assim, 50% dos processos são concluídos com sucesso, porque o presumido pai se disponibiliza a colaborar; em 31% dos casos, sem o recurso à prova científica, teria sido inconclusiva a identificação.

Estes números indiciam que, embora a procura da identidade biológica seja feita em nome do *supremo interesse do menor*, a quase ausência, nos processos, de perguntas e de referência a este actor pode indiciar uma identificação desse interesse com a protecção, pelo Estado, da centralidade da família como pilar da organização social. As entrevistas realizadas no âmbito deste estudo parecem apontar nesse sentido. Por um lado, os actores judiciais, em contexto de entrevista, nunca centraram o seu discurso no menor, o que vem reiterar a ideia de que ele, de facto, não é o elemento principal da busca da verdade biológica da paternidade. Os sentimentos

manifestados pelas mães transmitem a ideia de que, embora a acção seja alegadamente no interesse do menor, este aparece com reduzida visibilidade e relevância.

O comportamento da mãe/mulher continua, ainda, a ser alvo de dúvidas quer por parte dos homens envolvidos no processo, quer por parte do próprio sistema judicial. No entanto, da análise dos dados é-nos permitido concluir que não é possível demonstrar que a mãe mente. Ela identifica o PP, narra a história da gravidez e raramente entra em contradição. O PP, por seu turno, tende a fugir mais à justiça nas situações de perfilhação condicionada pelo ADN do que nas perfilhações voluntárias ou nas inviabilidades. O PP duvida, em número significativo de casos, do testemunho da mulher, muitas vezes sua companheira de anos, acabando por perfilhar o menor apenas quando confrontado com a prova científica. Um aspecto curioso aqui é o facto de o PP duvidar da mãe mas não duvidar do ADN. As mulheres estrangeiras apresentam maior dificuldade em provar a paternidade do pai e os pais estrangeiros são mais difíceis de localizar e, portanto, de assumir a paternidade.

Pode-se concluir que os testes de ADN permitem identificar o PP numa grande percentagem de casos. No entanto, existem ainda muitas situações em que o teste não é, sequer, aplicado. As inviabilidades, por exemplo, poderiam ser menores se fossem realizados testes de ADN em maior número, já que, como vimos, em 82% dos casos considerados inviáveis, o teste não é efectuado.

O facto de haver muitas mães solteiras, mas que podem viver maritalmente com o companheiro ou namorado, leva à instauração de um número muito elevado de processos de AOP que acabam em perfilhação voluntária, aparentemente desnecessária. A existência de muitas mães ou PPs que são casados, mas sendo o cônjuge um terceiro elemento, alegadamente não envolvido na geração do menor, leva a muitos processos de AOP. Esta situação, em parte, foi colmatada com o afastamento da presunção de paternidade presumida, mas ainda não resolve todas as situações: resolve a situação do ex-marido da mãe, mas não resolve a do PP do menor que também pode ser casado.

A grande maioria dos casos em que o pai não está identificado no registo de nascimento da criança dá origem a uma AOP. Esta deveria ser apenas um

procedimento preliminar à fase judicial, mas que acaba, na grande maioria das vezes, por fechar o caso, sem que os processos tenham de ser judicializados. Desta forma, outra conclusão que parece legítimo tirar é a de que se assiste a uma desjudicialização deste tipo de processos, com uma clara tendência à sua resolução na fase preliminar.

No entanto, se na fase preliminar a prova científica parece ter um peso significativo na obtenção do despacho de viabilidade ou de inviabilidade, em fase judicial a prova científica perde valor em detrimento da prova documental ou testemunhal, que adquire uma importância decisiva. Tal não significa, porém, que menos crianças vejam o seu pai identificado pelo facto de não se dispôr de prova científica. Na verdade, e embora o ADN tenha aqui presença pouco significativa, a verdade é que a justiça consegue em 67% dos processos de AIP a perfilhação por decisão judicial, levando a que, através das provas ditas tradicionais o PP perfilhe o menor: perfilhação por decisão judicial (PDJ). Na falta de prova científica que sustente a petição a prova documental e testemunhal ganham peso.

Da amostra estudada, pode considerar-se que os processos de AOP são, na sua maioria, casos em que, ou a mãe é casada com outra pessoa e, por isso, é necessário o afastamento da paternidade presumida para que o verdadeiro pai biológico possa perfilhar o menor, ou os progenitores não são casados um com o outro, o que obriga à investigação por parte do MP. Estes casos, como vimos, constituem cerca de metade dos processos do Tribunal estudado. O caso 1 é analisado enquanto manifestação exemplar dessa situação.

Como a lei determina que o pai é o marido da mãe (*"pater ist est quem nuptiae demonstrat"*), caso a mãe ou o pai sejam casados com uma terceira pessoa, é necessário atestar que não existe posse de estado em relação àquele menor. No entanto, nestes casos, não há recurso a prova científica, apenas a palavra da mãe e do PP valem como verdadeiras. Basta o PP anuir às declarações da mãe, aceitando perfilhar o menor, e nada mais lhe é pedido. Não há, digamos assim, uma "certificação" de paternidade pela ciência. Assim, embora com o nome de dois progenitores no registo de nascimento, não é possível provar que estes (ou ambos)

sejam, realmente, os pais biológicos daquela criança, assentando a definição legal de tal condição numa declaração de vontade.

O mesmo já não se passa relativamente a situações mais conflituais, ou seja, em relação aos casos em que existe perfilhação voluntária, mas após a execução do teste de ADN, após o apuramento científico dos resultados deste, e daquilo que designei por perfilhação condicionada pelo ADN e que é aqui trazida com o estudo de caso 2. É elucidativa, neste caso, a forma como o MP tenta “fugir à justiça”, não assumindo as suas responsabilidades, e também o peso da burocracia excessiva que norteia as AOPs e das dificuldades em circular informação de uns actores para outros. Este caso permitiu verificar que, em determinados contextos é a persistência do MP que leva a que a paternidade biológica seja determinada, ao contrário de outros casos em que não é visível, por parte do MP, a mesma diligência em procurar esse resultado.

Essa última situação foi demonstrada no estudo de caso 3. Embora tratando-se de um caso em que foi feito uso da ciência no auxílio à justiça, não foi possível determinar a identidade do pai biológico, apesar de todas as diligências nesse sentido. Uma característica deste caso torna-o exemplar: o facto de a mãe não conseguir, de facto, identificar o pai biológico do seu filho leva a que o MP entenda que após duas tentativas mal sucedidas para identificar o verdadeiro pai não haja lugar a diligências adicionais no sentido do apuramento da identidade deste. Parece, assim, e também por comparação com outros processos analisados neste estudo, que o MP tenta, no máximo, a identificação de dois pretensos pais: se nenhum dos dois se revelar o verdadeiro pai biológico, o processo acaba por ser arquivado com despacho de inviabilidade.

Por fim, os casos que terminam por uma decisão de viabilidade e que seguem para a fase judicializada, embora escassos, revelam, como o estudo de caso 4, que sempre que em fase de AOP o teste de ADN é solicitado, realizado e o seu resultado positivo, o MP encontra-se em condições para concluir pela viabilidade da acção, regra geral, levando à consequente perfilhação por parte do progenitor. No entanto, em casos em que os elementos de prova recolhidos indiciam que determinado indivíduo é o pai do menor, mas este se recusa a realizar os exames, podem estar

criadas as condições para remeter o caso para a fase de AIP. Porém, nesta fase, e tal como se pode verificar pelo caso seleccionado, a sentença é baseada nas declarações da mãe e outras provas de carácter testemunhal, sugerindo que, ao contrário do que se passa nos processos de AOP, em AIP a prova científica pode não ser determinante para o apuramento dos factos. Embora nestas situações o Réu seja judicialmente declarado como pai do menor, nada se sabe sobre que tipo de relação mantém, a partir desse momento, com o seu filho ou que consequências essa determinação judicial acarreta para a vida do menor e da mãe.

Os quatro casos exemplares analisados neste capítulo permitiram perceber os procedimentos comuns a processos que envolvem a identificação dos pais biológicos de menores. Os procedimentos aqui retratados são, de certa forma, levados às últimas consequências pelos actores judiciais, demonstrando, apesar dos constrangimentos burocráticos, uma eficácia elevada. No entanto, há casos em que tal não acontece, levando a que tenham merecido tratamento autónomo pelas suas peculiaridades. Considerarei esses casos como exemplares do que designei de excepção à lei, culminando, a maioria das vezes, no insucesso do MP na busca da identidade do menor. Esses casos foram tratados com maior detalhe no capítulo sexto.

No estudo de caso 1, parece claro que o facto de a mãe ter indicado como PP do menor um seu irmão, levou a que o MP considerasse de imediato tratar-se de uma situação de incesto e, como tal, não deveria aprofundar-se mais o caso. Invoca-se, assim, como a lei o determina, o *superior interesse da criança*, neste caso claramente identificado com a reposição da ordem natural e tradicional da família. Neste caso particular, tratando-se de uma situação que põe em causa a reputação daquela 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

colateral. A inviabilidade da acção era clara e, portanto, qualquer diligência suplementar tornava-se supérflua.

O estudo de caso 2, embora referindo-se a uma situação de viabilidade, tem contornos particularmente interessantes, dado que põe em confronto as normas da ciência e as normas do direito. É especialmente relevante, aqui, o modo como o caso torna visível a valoração variável da prova científica. Embora o PP faça prova científica da sua condição de esterilidade, o MP manifesta dúvidas acerca dessa prova e pede uma contra-análise que, neste caso, poderia ser uma análise de ADN. Na presença de provas produzidas segundo procedimentos estabelecidos e reconhecidos como adequados pelo tribunal, o PP não se opôs à realização de contra-prova através do teste de ADN, funcionando como uma contra-prova ao exame de esterilidade apresentado. Estávamos, assim, na presença de duas declarações de ciência contraditórias. Perante esta situação, seria legítimo que o PP, pesando as duas provas científicas, ficasse com dúvidas de qual estaria correcta e qual lhe permitiria ter a certeza da sua condição perante aquela criança. No entanto, embora tivesse manifestado alguma hesitação e confusão quando tomou conhecimento do resultado, a verdade é que não colocou a hipótese de novo exame, fosse ao esperma fosse ao ADN para confirmar ou refutar uma das hipóteses que, claramente, estavam em contradição.

A análise do estudo de caso 3 sugere que a mãe nele envolvida, ou pelo facto de ter tido relações sexuais a troco de dinheiro, ou pelo facto de se ter relacionado sexualmente com vários parceiros, não mereceu credibilidade aos olhos da lei, mostrando, uma vez mais, tal como foi discutido Helena Machado (2001) e Susana Silva (2007; 2008; 2009), que a exclusividade das relações sexuais e o bom comportamento moral e sexual da mãe são ainda nos nossos dias factores importantes nas decisões judiciais.

Ao contrário do que se passa no processo de esterilidade masculina (estudo de caso 2) em que ao PP não foi suficiente fazer prova de que a sua esterilidade estava cientificamente provada, no estudo de caso 4, o facto de a mãe referir ter sido submetida a processos terapêuticos com uso de quimioterapia e de, alegadamente, ter ficado impossibilitada de procriar não foi contestado pelo MP nem foi pedida à

mãe a confirmação da sua doença e dos tratamentos a que se submeteu. Assim, a mãe acaba por justificar a sua gravidez por estar convencida de que não poderia ter filhos, por estar a atravessar um período mau da sua vida e por uma forte depressão. O conjunto destes factores contribui para que não seja capaz de identificar o PP do seu filho. Este caso mostra, uma vez mais, a existência de critérios variáveis – e presumivelmente procurando adequar-se às circunstâncias – na actuação quer do MP quer do juiz. Algumas das histórias parecem, aos actores judiciais, “soar mais a verdadeiras” do que outras. Neste tipo de situações, os actores judiciais sustentam que, quando a mãe não quer falar, não é possível coagi-la a fazê-lo. No entanto, este argumento acaba por ser utilizado de forma discricionária em função das situações concretas com que o MP se confronta. Para além disso, suscita uma outra questão: por um lado, ao MP é exigido que, nos termos da lei, desencadeie todas as diligências necessárias com vista ao apuramento da identidade do pai biológico; mas, por outro lado, são relevantes as sensibilidades pessoais de cada interveniente no processo e as peculiaridades de cada caso. Para um magistrado, ou perante uma determinada situação, é essencial fazer convergir esforços para conseguir, com sucesso, identificar o pai, noutros casos, esse esforço deixa de fazer sentido, como quando a mãe não colabora.

O estudo de caso 5 também nos permite perceber que, uma vez mais, a prova científica foi remetida para segundo plano, face ao comportamento moral e sexual da mãe. Também as outras provas científicas apresentadas pelas testemunhas acabaram por não merecer atenção dos actores judiciais que, desta forma, preferiram atribuir maior relevância à manutenção do casamento do pai, à situação sócio-profissional da mãe e ao seu comportamento moral e sexual. O juiz dá relevo ao facto de o PP ter declarado tratar-se de uma prostituta, facto nunca mencionado explicitamente pela mãe nem pelas testemunhas; ao facto de ter-se tratado de uma relação contratual, um serviço prestado pela mãe e pago pelo PP; ao facto de o PP ser casado e isso ter justificado a não perfilhação do menor; e, por último, atendendo às provas testemunhais, ao facto de todas elas atestarem que existiu uma relação amorosa entre ambos, demonstrada pelo “beijo na boca” com que se despediam.

No estudo de caso 6, o MP não adopta a postura de respeitar a posição da mãe, entendendo que a sua versão dos factos não é consistente, e decide pedir um relatório social às entidades competentes, um procedimento que tende a cair em desuso, já que à medida que o ADN se foi consolidando como meio de prova no contexto judicial, as provas tradicionais e, em particular, a colaboração do serviço social parecem obsoletas. No entanto, embora o relatório social não tenha acrescentado elementos significativos para o apuramento da identidade do pai, acaba por revelar um elemento que pode ter determinado o desfecho do processo – o facto de ser mencionada no relatório a raça do pretense pai, o que não constava em nenhum dos autos de declarações. O desenrolar deste caso parece ser um bom revelador dos vários tipos de preconceitos que influenciam a ponderação das provas.

O estudo de caso 7 apresenta uma situação encoberta por um raciocínio de boa fé, mas que, poderá ter funcionado para ocultar as implicações de se tratar de uma cidadã estrangeira.

O estudo de caso 8, uma vez mais, parece mostrar que nos casos em que a mãe não quer ou não consegue identificar o PP do seu filho o MP acaba por aceitar a versão dada pela mãe, o que tem como consequência que esses menores terão um tratamento diferente daquele que a lei estabelece, no que toca ao direito a conhecer o seu pai biológico. Aparentemente, corrobora-se o velho ditado popular: “Se a Galinha não canta, ninguém sabe quem pôs o ovo!”. Em algumas situações deste tipo, contudo, o MP não desiste de realizar todas as diligências possíveis para chegar à identificação do pai.

Por fim, os estudos de caso 9 e 10 são particularmente interessantes, não apenas por trazerem uma nova realidade aos tribunais – a procriação medicamente assistida, mas também porque vêm questionar o sentido da lei geral no que toca à AOP. Saliento, uma vez mais, que noutros casos analisados a versão da mãe não foi suficiente para convencer o MP. Mesmo em situações de alguma dificuldade de identificação do PP ou até mesmo da mãe, o MP seguiu em frente. Os casos do tipo dos referidos têm, pelo menos até ao momento, envolvido mulheres de classe média alta e com algum capital cultural e económico. A proximidade de posição de classe dos magistrados do MP e das mães envolvidas nestes processos parece levar a que os

primeiros tendam a aceitar como como verdadeiras as declarações das mães, em contraste com o que sucede quando as mães têm outra situação de classe ou reduzido capital económico e cultural.

O conjunto dos 10 casos aqui em análise levam a sugerir que, para o direito, nestes casos excepcionais se aplica um entendimento diferente do que significa a obrigação do Estado de proteger os direitos dos menores. Eles são especialmente interessantes enquanto reveladores das tensões geradas no próprio domínio do direito pelo recurso a procedimentos científicos.

Após a análise quantitativa dos processos incluídos na amostra e da análise qualitativa de processos seleccionados, analisei no último capítulo as entrevistas com diferentes actores, procurando confrontar as suas posições e dando a ver a permeabilidade das fronteiras entre os diferentes campos de saber em confronto, através dos discursos dos diferentes actores, institucionais e não-institucionais, peritos e leigos, sobre a AOP.

Os casos analisados permitem-nos desde logo 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 transforma-se, nestas circunstâncias, em aplicações situadas e flexíveis da lei.

Os discursos que envolvem explicitamente os menores são, na sua grande maioria, proferidos pelas mães. Nos seus relatos salientam-se as preocupações relativas à ausência do pai e as suas consequências para o menor, a imagem que este tem do pai e as dificuldades de explicar a sua ausência. A situação económica, embora afluída pelas mães, não parece ser a sua preocupação predominante. Na verdade, o que mais aparece nos seus discursos é a referência aos aspectos práticos da vida quotidiana de uma mãe solteira ou só, mais do que ao tema do sustento dos seus filhos.

A mãe aparece-nos, na generalidade das situações, como alguém digno de credibilidade junto dos actores judiciais. No entanto, se olharmos para as representações que os diferentes actores fazem das mães, incluindo as próprias, percebemos que elas são avaliadas de modos diferentes: ora, como pessoas sérias, respeitadoras e que falam a verdade, ora como alguém que “faz batota”, que não

quer ou que não consegue identificar o pai do seu filho, revelando assim a sua falta de fiabilidade. É na perspectiva do Ministério Público que a mãe aparece mais vezes como digna de credibilidade. O juiz, por seu lado, embora não assumindo de forma clara que pode ter dúvidas quanto à versão da mãe, invoca as dúvidas, que considera legítimas, que o pretense pai possa ter. É no discurso dos peritos do laboratório, porém, que se encontra mais presente a ideia de que a mãe “faz batota”.

No entanto, quando nos reportamos aos discursos proferidos pelas mães, é precisamente em relação a essa diligência maior – a inquirição da mãe - que as críticas destas se avolumam, deixando perceber o seu descontentamento quanto à forma como são tratadas e à posição desconfortável em que se encontram quando em fase de inquirição. Os extractos apresentados revelam, na verdade, uma preocupação grande em relação à descoincidência entre o discurso leigo e o discurso pericial e à forma como esse discurso leigo é, depois, reinterpretado pelos peritos e incorporado nas apreciações e decisões. Destaque-se, ainda, o facto de as mães revelarem estranheza e inquietação pelo facto de não se transcrever para os autos tudo o que dizem e nos moldes em que o dizem, dando lugar a dúvidas sobre a fiabilidade das transcrições. A utilização de uma linguagem inacessível aos leigos pode aqui ser determinante para que estas mães não entendam o que é reproduzido.

No mesmo sentido parecem ir as descrições apresentadas nos processos. Se nos autos de declarações das mães é possível verificar uma descrição com algum pormenor das situações que envolveram o nascimento do menor, nos autos de declarações dos PPs os pormenores são menos visíveis, podendo daqui concluir-se que as mães são alvo de maior invasão de privacidade do que os PPs. Por outro lado, se aos PPs cabe confirmar ou refutar as declarações prestadas pela mãe, a sua tarefa é consideravelmente facilitada por não lhe ser exigido o grau de pormenor que se espera da mãe.

As dúvidas expressas pelo PP que, aos olhos dos actores judiciais, são legítimas, suscitam uma outra questão, a da credibilidade atribuída aos discursos proferidos pelas mães e pelos pais. A resposta vem, sobretudo, do juiz entrevistado. Segundo ele, a prova científica veio permitir eliminar as dúvidas do PP e, ao fazê-lo, vem também “apetrechar” melhor o sistema judicial. Embora não pondo em causa as declarações

da mãe, pretende-se eliminar as dúvidas legítimas do PP. O facto de o PP tentar retirar credibilidade às declarações da mãe pondo em causa o seu comportamento é aceite pelos magistrados e não é visto como uma tentativa de fuga à sua responsabilidade. Neste sentido, parece que a prova científica funciona como o garante da credibilidade da mãe. A mãe, para ser digna de confiança por parte do tribunal e do PP, tem de se submeter ao teste de ADN para fazer prova da sua seriedade. A credibilidade da mãe acaba, assim, por apenas ser admitida quando corroborada pela prova científica. Até aí, as dúvidas do PP são consideradas legítimas e todo o processo acaba, no fundo, por “beneficiar” o PP. No entanto, os actores do sistema judicial acabam por amenizar essa reserva em relação à credibilidade da mãe, refugiando-se, geralmente, no argumento de que sendo o PP quem tem dúvidas sobre a atribuição da paternidade, os exames são realizados, por um lado, para eliminar essas dúvidas e, por outro lado, confirmar as declarações prestadas pela mãe. Se o exame de sangue for positivo, eliminam-se as dúvidas do PP e, conseqüentemente, prova-se que a mãe estava a falar a verdade. Se o exame for negativo, as dúvidas do PP são legitimadas e evidencia-se o comportamento questionável da mãe.

Os dados analisados mostram, pelo contrário, que, na grande maioria das vezes, a mãe não tem dúvidas acerca de quem é o pai do seu filho, e informa-o da gravidez. Os mesmos dados mostram que o PP duvida frequentemente do comportamento da mãe, invocando essa dúvida para justificar não ter ainda assumido as suas responsabilidades relativamente ao menor. Perante este cenário, poder-se-ia argumentar que na generalidade dos casos não é a credibilidade da mãe que deve ser questionada, mas antes a falta de vontade do pretense pai em assumir a paternidade, ressalvando-se, obviamente, as situações em que a mãe não conhece ou não quer revelar a identidade do pai.

Estando em causa o comportamento da mãe, a tentativa de fuga às responsabilidades por parte do PP ou a necessidade de fornecer elementos de prova ao MP, o teste de ADN acaba por se revelar central neste processo.

A entrada do ADN no mundo judicial e, em particular, a sua utilização para auxiliar a identificação biológica de parentesco é, sem dúvida, e em geral, bem

acolhida pelos actores judiciais. As razões para essa aceitação são de vária ordem, destacando-se a maior fiabilidade das provas apresentadas ao tribunal, por um lado, e a redução da margem de dúvida e de contestação por parte dos pais, facilitando a aceitação da perfilhação, por outro.

Para os magistrados do MP, a introdução do teste de ADN veio revolucionar este tipo de casos, permitindo não apenas dotar o sistema de uma ferramenta científica que tornou possível proferir sentenças baseadas, não em documentos ou testemunhos, mas em elementos de prova garantidos pela ciência e, por isso, irrefutáveis. A tarefa dos magistrados é assim facilitada e menos sujeita a contestação. Para um dos magistrados judiciais entrevistados, como vimos no último capítulo, os testes de ADN vieram não apenas trazer mais segurança ao sistema judicial, como acabam por fazer com que o PP tome por credível e absoluta a verdade científica.

Esta fé na ciência por parte dos actores do meio judicial, bem representada pela expressão usada por um dos magistrados do MP entrevistados – “O algodão não engana!” - e que é transmitida, de certa forma, aos outros actores envolvidos, acaba por arredar para segundo plano outros tipos de provas que até então eram imprescindíveis.

Curiosamente, se tanto os magistrados judiciais como os magistrados do MP manifestam essa reverência perante a ciência, esta não é bem compreendida pelos actores da ciência, que lembram que, antes de ter sido introduzida esta tecnologia, estavam já disponíveis, e eram utilizadas, outras tecnologias que produziam resultados também considerados fiáveis. Por outro lado, entendem que o teste genético deveria ser utilizado apenas como um complemento às provas ditas tradicionais. A reverência à ciência é de tal modo significativa que, na opinião de um dos cientistas entrevistados, a própria colaboração da mãe neste processo começa a ser dispensável. Perante isto, consideram os peritos da ciência estarmos a assistir não só a uma atitude reverencial do direito perante a ciência mas, mais do que isso, a uma espécie de crença absoluta no contributo que a ciência pode dar ao sistema judicial.

É, precisamente a ignorância dos actores do mundo judicial em relação à ciência e ao modo como o conhecimento científico é produzido e validado que acabam por tornar a prova científica incontestável. O facto de as técnicas referidas serem usadas

noutros países e por laboratórios acreditados parece contribuir para alimentar a confiança do sistema judicial nos poderes da ciência. No entanto, para os cientistas a questão coloca-se noutros termos, os das rotinas, hábitos e vícios instalados que acabam por ir mantendo práticas e discursos sem que os seus protagonistas se interroguem sobre a sua razão de ser e adequação. Uma prova disso será, por exemplo, o facto de, apesar de a lei definir claramente que cabe ao INML a realização dos exames de ADN, no tribunal estudado a grande maioria dos processos de AOP serem encaminhados para o Laboratório B. Segundo um dos magistrados entrevistados, isso dever-se-ia a hábitos adquiridos e não questionados.

Esta reverência da justiça perante a ciência e o facto de a ciência trazer consigo a promessa de dissipar as dúvidas do pretense pai deveria levar a uma assunção efectiva de responsabilidades por aqueles que são identificados como pais biológicos dos menores. O facto de o Ministério Público ajudar a mãe a identificar o pai biológico do seu filho deveria ter, em última análise, o efeito de fazer com que aquela criança passasse não apenas a ter aquilo que designo como um Bilhete de Identidade Certificado, mas também que beneficiasse da assunção efectiva das responsabilidades parentais. Parece, contudo, que isso nem sempre sucede. Se analisarmos os discursos das mães, embora uma delas considere importante que o pai assumira as suas responsabilidades, mesmo quando existe perfilhação por parte do pretense pai, nota-se algum desconforto relativamente aos escassos efeitos práticos das decisões, em certos casos. Se o Estado, por intermédio do Ministério Público, obriga a que o menor tenha um pai identificado na lei e, através de diligências várias, como vimos, até pode acabar por o identificar, mas a seguir não existem condições que coajam o pai a assumir as suas responsabilidades perante o menor, a perfilhação, pode tornar-se um acto formal, sem consequências relevantes.

Nos casos de Acção de Investigação de Paternidade, estamos na presença de perfilhação por decisão judicial. Neste tipo de casos, havendo ou não recurso ao ADN, havendo ou não vontade do pretense pai em perfilhar o menor, esta é decidida compulsivamente, mas, uma vez mais, o seu resultado mais importante parece ser a inclusão do nome dos dois progenitores nos documentos do menor.

Se, no plano jurídico, a averiguação da paternidade apenas tem o intuito formal do reconhecimento da paternidade, as questões de índole social e sociológica que lhe estão associadas (como o que acontece na relação entre o PP e o menor após a perfilhação, por exemplo) parecem escapar à atenção e ao interesse das instâncias judiciais. As mães demonstram um forte desalento em relação ao procedimento que envolveu a identificação do pai biológico por parte das entidades judiciais, que parece reduzir-se a um procedimento burocrático. Salientam as poucas vantagens que esse reconhecimento traz para a vida dos seus filhos, e as dificuldades sentidas em questões práticas da vida quotidiana. Os magistrados do MP, apesar de reconhecerem alguma importância a essa questão, acabam por se refugiar na ideia de que, independentemente da relação futura que o pretense pai possa vir a estabelecer com o menor, mais do que o direito à identidade ou à historicidade, enfatizam o conhecimento das origens genéticas e às questões de saúde.

Quanto às razões apontadas para as inviabilidades, elas diferem em função dos actores que as analisam. Na perspectiva dos técnicos de serviço social entrevistados, as inviabilidades são, sobretudo, fruto de histórias mal contadas ou, actualmente, podem também ser fruto de novas formas de vida em conjugalidade que começam a incluir relações homossexuais. Já para um dos magistrados do MP entrevistado há três ordens de razões das inviabilidades: num número significativo de casos, a mãe não quer identificar o pai; noutros, ela não consegue identificá-lo, parecendo sugerir-se que a esse desconhecimento não é alheio o comportamento da mãe; e, por último, argumenta um dos magistrados que o facto de a mãe registar tardiamente o menor pode inviabilizar a acção. Na perspectiva dos actores da ciência, porém, as razões que na sua óptica estão na base das inviabilidades são outras: em primeiro lugar, sustenta um dos entrevistados, a existência de paternidades “inconvenientes” que, segundo ele, pode ser o caso de pretensos pais que, detentores de um certo status social, económico ou político a revelação da paternidade poderia condicionar a sua posição na sociedade; em segundo lugar, a inexistência de uma base de dados genéticos, que limita a eficácia do processo de identificação; e, por último, o próprio sistema e à cultura profissional dos magistrados, o seu desempenho e a sua avaliação.

Assim, se os actores da esfera judicial escudam as explicações dos insucessos na falta de vontade da mãe em colaborar ou, devido ao seu comportamento, não ser capaz de identificar o pai biológico do seu filho, já na esfera da ciência as razões apontadas vão no sentido de que a principal responsabilidade pertence aos magistrados, transmitindo a ideia de que as inviabilidades existem porque não há esforço nem investimento adequados à resolução dos casos.

Os testes de ADN, como vimos, permitem uma menor devassa da vida privada dos seus intervenientes. Dada a sua fiabilidade e eficácia, tornaram-se frequentes neste tipo de situações. Porém, se olharmos para as relações mantidas entre o tribunal e o laboratório, percebemos que também aqui há uma demarcação clara de fronteiras entre o trabalho que a cada um compete realizar. A complementaridade de diferentes áreas do saber seria absolutamente necessária neste tipo de casos. No entanto, uma vez mais, verifica-se uma clara demarcação dos domínios e das esferas de competência de cada um dos actores, acabando por prejudicar a eficácia dos procedimentos e o cumprimento do principal objectivo que, segundo a lei, deve orientar as AOPs, a defesa do interesse dos menores sem pai declarado. Nessas situações, as avaliações por parte dos magistrados podem terminar em inviabilidades, sem que tenha sido feito uso de todos os recursos científicos. Aos peritos forenses não cabe criticar o que consideram ser as insuficiências ou equívocos na condução dos processos, mas tão só contribuir com os procedimentos periciais que lhes forem solicitados. Parece, assim, que se, por um lado, encontramos do lado do direito uma forte crença na ciência, a forma como os próprios magistrados fazem uso dela pode ser, na perspectiva dos peritos, problemática. Uma maior capacidade de diálogo e de compreensão mútua entre a ciência e o direito, e em particular acerca das práticas respectivas, poderia resultar em transformações produtivas no processo de co-produção da prova científica e da prova judicial.

É chegada a hora de retomar os dois conceitos que sustentam este trabalho: o de epistemologia cívica e o de co-produção.

Deste estudo resulta estarmos na presença de dois tipos de epistemologia cívica. Um primeiro tipo baseado na ideia de que a ciência tem a função de produzir a prova

para o judiciário, assente em critérios científicos rigorosos, permitindo resolver as dúvidas do direito. Um segundo tipo de epistemologia cívica está associado ao próprio sistema judicial e ao seu regime de verdade, em particular às práticas de produção da prova que o caracterizam, e que admite um certo espaço de discricionariedade, que tem em conta as circunstâncias específicas associadas a cada caso. 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 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) 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.

Quanto à valoração da prova 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. Nas perfilhações voluntárias, por exemplo (correspondendo a 50% dos processos estudados em AOP) não há recurso aos testes de ADN, não sendo possível demonstrar a existência de um vínculo biológico entre os perfilhantes e os menores, para além das declarações dos participantes no processo. Porém, nas perfilhações condicionadas pelo teste de ADN, o vínculo biológico é demonstrado através de uma prova científica, considerada como conclusiva. Nas inviabilidades, por seu turno, constatou-se existirem processos com recurso à tecnologia (18%) e processos em que esta não foi utilizada (82%). Entre estes últimos estão, precisamente, os casos considerados como excepção à lei, o que nos remete para a segunda questão – o desfasamento entre o que é legislado e o que é efectivamente posto em prática.

A AOP é intentada com o objectivo da protecção do *supremo interesse do menor*. No entanto, como se pôde observar ao longo desta investigação, 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 a 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 obectos 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, como se pôde ver no último capítulo. 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.

Essa discricionariedade, contudo, é ela própria marcada por preconceitos e concepções que são, muitas vezes, inscritas na própria lei, mas que são, na maioria dos casos, expressões de concepções dominantes na sociedade ou que continuam a ter nesta uma forte influência. Veja-se, por exemplo, a forma como o sistema confere protecção à mãe e ao pretense pai. A mãe vê a sua privacidade invadida, sendo inquirida sobre aspectos da sua vida íntima e, em particular, da sua vida sexual (como relatam em entrevistas), enquanto aos pais (ou pretensos pais), apenas se pede para confirmar a existência de uma relação com a mãe ou se tem capacidade financeira para sustentar o menor (Machado, 2002); ou ainda a realização do teste de ADN para

dissipar as dúvidas do PP, que assim aparecem como legítimas, enquanto as declarações da mãe são sistematicamente sujeitas a inquirição.

Outro exemplo, a que não poderia deixar de fazer referência, diz respeito ao número diminuto de processos que são efectivamente judicializados, ou seja, que passam para a fase de Acção de Investigação de Paternidade. É manifesto o esforço de evitar a judicialização dos casos, e tal parece ocorrer, em particular, em casos que suscitam mais dificuldades. Muitos desses processos permitem uma latitude muito grande na sua apreciação, obrigando a explicações e formulações muito rigorosas da sua especificidade ou singularidade, escapando, conseqüentemente, ao que está tipificado nos códigos.

No que respeita ao segundo conceito, o de co-produção, esta é a condição para a existência da prova forense. A prova produzida em laboratório, como a que resulta dos testes de ADN, terá de satisfazer critérios jurídicos de admissibilidade que, por sua vez, terão de ser adequados ao tipo de prova. Embora a prova, quando é solicitada (o que, como se viu, nem sempre acontece), deva satisfazer todos os requisitos científicos e legais, o seu uso em tribunal tende a ser sobretudo instrumental.

O que está em causa, aqui, é, por um lado, o modo como a prova científica é usada, valorada e ponderada no conjunto dos elementos de prova disponíveis. Esses três aspectos, mais uma vez, são sujeitos à discricção dos actores judiciais, em particular dos juízes. Se, nos casos das AOPs, os testes de ADN são um elemento de prova central, já nas AIPs o seu peso e relevância são sujeitos a apreciações que podem, em alguns casos, levar a considerá-la dispensável, em contraste com as provas documentais e testemunhais.

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.

Parece confirmar-se a maioria das hipóteses centrais formuladas no início desta tese, com um resultado inconclusivo e uma excepção. A excepção diz respeito à hipótese de que a morosidade da justiça leva a que muitos processos prescrevam sem que seja identificado o pai biológico. De facto, a análise quantitativa elaborada não aponta nesse sentido. O MP parece estar a cumprir a sua função no respeitante ao cumprimento dos prazos legais, não deixando que a morosidade possa afectar a prossecução dos seus objectivos.

Não quer isto dizer, contudo, que seja claro que a primeira hipótese de trabalho - o MP não está a cuidar devidamente dos interesses do menor - tenha sido confirmada ou infirmada de maneira inequívoca. O que torna difícil decidir a favor de uma ou outra resposta é o facto de, em primeiro lugar, serem escassas as menções, no corpo dos processos, ao menor; em segundo lugar, não se sabe se, após a perfilhação, o pai assume efectivamente as suas reponsabilidades perante o menor; e, finalmente, de ser valorado de forma distinta, em circunstâncias diferentes, o alegado supremo interesse do menor: numa situação de incesto, o supremo interesse do menor parece depender do desconhecimento da identidade do pai; quando a mãe não declara quem é o pai, não há forma de a coagir a revelá-la; nos casos de PMA, assume-se que o caso não é viável; nos casos “normais”, coloca-se no centro do processo a identificação do pai biológico.

Os diferentes critérios utilizados pelos magistrados judiciais revelam que o interesse do menor pode ser diferentemente apreciado em função dos casos específicos, e especialmente em função do comportamento moral e sexual da mãe. Nesse sentido, a hipótese de que o comportamento moral e sexual da mãe continua a condicionar o desfecho das AOPs é confirmada. E, se seria de esperar que, com o auxílio da ciência à justiça este critério fosse, cada vez mais, passado para um plano secundário,

evitando a devassa da vida íntima e privada das mães, a verdade é que, a par do uso dos testes de ADN, o interesse no comportamento da mãe mantém-se inalterado.

Se o uso dos testes de ADN veio contribuir para reduzir a incerteza nas atribuições de paternidade, a verdade é que, como se colocou na última hipótese de trabalho, 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 fase de AIP, é notória a desvalorização relativa dos testes de ADN enquanto prova, sendo mais valorizadas as provas documentais e testemunhais.

Numa sociedade como a de hoje, em que estão a ser reconfigurados os laços sociais e biológicos e onde estes se confundem, torna-se problemática a ideia de que a defesa do interesse de um menor passa necessariamente e prioritariamente pelo conhecimento do seu pai biológico e pelo estabelecimento de uma identidade radicada na biologia. Uma medida simples e adequada poderia ser a de permitir o registo de menores sem menção do nome de um dos pais e eliminar a intervenção obrigatória do Estado para estabelecer a identidade do progenitor não mencionado.

Se continuar a legislação actual, algumas medidas adicionais poderiam contribuir para uma mais efectiva protecção dos menores, como, por exemplo, a obrigatoriedade de, na sequência de perfilhação resultante de AOP, ser aberto um processo de regulação do poder paternal que garanta que a perfilhação não se limite a inscrever no registo de nascimento do menor o nome do pai, mas garanta a efectiva assunção de responsabilidades por parte deste.

O discursos dos autos de declarações devem ser transcritos em discurso directo evitando hiatos ou equívocos de comunicação e, conseqüentemente, fazendo com que o discurso seja perceptível pelo público leigo e não permaneça fechado numa linguagem hermética de compreensão difícil para os principais interessados. As diligências que implicam a audição dos progenitores (ou possíveis progenitores) ou testemunhas devem ser feitas pelos próprios magistrados do MP, ainda que possam ser auxiliadas pelos técnicos de justiça.

Para uma melhor prestação de contas deve ficar claro quem é o magistrado do MP responsável pela AOP e o magistrado do MP responsável pela realização das diligências.

As barreiras existentes entre o MP e os cientistas devem ser derrubadas, permitindo um diálogo produtivo entre o direito e a ciência e a co-produção de procedimentos que auxiliem a administração da justiça.

Por fim, recomenda-se a elaboração de um Livro de Boas Práticas sobre a produção e uso das provas científicas tanto para os magistrados como para os cientistas. Nem tudo o que é a letra da lei pode, efectivamente, ser aplicado, nem tudo o que a ciência produz é livre de incerteza.

Em Portugal, ao contrário do que se passa noutros países, a prova científica não é colocada à discussão. Acolhe-se a prova científica de forma “sacralizada”, não sendo esta confrontada com outro tipo de provas.

A prova científica deve ser admissível pelo direito, porém, todo o trabalho de desconstrução da prova no contexto judicial não é feito, ao contrário do que observamos nos sistemas de “common law”. Assim, no caso português, é o próprio sistema que vem dar visibilidade a esta realidade. A coexistência, num mesmo complexo, de um sistema jurídico-científico, resultante da conjugação do que está inscrito na lei e do que é o procedimento científico.

As questões levantadas ao longo deste trabalho não podem, assim, ser imputadas em exclusivo ao direito ou à ciência, mas antes ao próprio sistema e à coexistência de um tipo de co-produção científico-jurídica. A existência, actualmente, de um sistema judicial diferente de outrora, que foi sendo moldado para acolher um tipo de co-produção da prova judicial e da prova produzida em laboratório. A própria ciência, em particular, a ciência forense, tem vindo a ser organizada de forma a produzir uma prova que permite uma dupla utilização, sendo assim, ela própria, o resultado dessa co-produção.

Em suma, mais do que falar-se em co-produção da ciência ou co-produção do direito parece, claramente, estarmos perante uma nova forma de “agenciamento” que permite aos actores da ciência e aos actores do direito interpretar o que é novo.

Esta forma de co-produção jurídico-científica acaba, em consequência, por ter que levar os actores do sistema judicial a, por um lado, cumprir a letra da lei, mas, por outro lado, face às omissões nela inscritas e ao accionamento da máquina da ciência, recriar novas configurações da identidade biológica.

Por último, o conceito de epistemologia cívica proposto por Sheila Jasanoff apresenta algumas dificuldades para o quadro da sociedade portuguesa o que parece ter ficado bem patente no caso concreto dos “Filhos da (sua) mãe”.

ANEXO 1 – GRELHA DE ANÁLISE

Tribunal de Família e Menores de Gaia		
Processo nº _____ / _____		
Data de entrada	____/____/____	
Sexo do Magistrado do MP	Masculino	
	Feminino	
Mãe	data de nascimento	____/____/____
	estado civil	casada
		solteira
		viúva
		divorciada
		união de facto
		outra
	profissão	
	nacionalidade	
	residente em	Portugal
		Estrangeiro
<input type="checkbox"/> especificar _____		
Pai/Pretense Pai 1	data de nascimento	____/____/____
	estado civil	casado
		solteiro
		viúvo
		divorciado
		união de facto
		outro
	profissão	
	nacionalidade	
	residente em	Portugal
		Estrangeiro
<input type="checkbox"/> especificar _____		
Parentesco com a mãe	pai	
	marido	
	namorado	
	amigo	
	tio	
	sobrinho	
	colega	
	patrão	
	outra	
Tipo de relação com a mãe	amorosa	
	amizade	
	desconhecido	
	patrão/empregada	
	abusos	
	debilidade mental	
	outra	

Pai/Pretensio Pai 2

data de nascimento		_/_/___		
estado civil	casado			
	solteiro			
	viúvo			
	divorciado			
	união de facto			
	outro			
profissão				
nacionalidade				
residente em	Portugal			
	Estrangeiro			
		especificar _____		
Parentesco com a mãe		pai		
	marido			
	namorado			
	amigo			
	tio			
	sobrinho			
	colega			
	patrão			
	outro			
Tipo de relação com a mãe		amorosa		
	amizade			
	desconhecido			
	patrão/empregada			
	abusos			
	debilidade mental			
	outra			
data de nascimento		_/_/___		
Certidão de nascimento n°				
Data da certidão de nascimento				
nacionalidade				
residente em	Portugal			
	Estrangeiro			
		especificar _____		
Situação familiar do menor (a viver com...)				
Mãe				
Pais biológicos				
Mãe biológica + pai social				
Pais sociais				
Avós Maternos				
Avós Paternos				
Outros Familiares				
Outros				
Especificar _____				

Menor

AOP						
Data de abertura do processo em AOP			_/_/___			
Sexo do juiz		Masculino				
		Feminino				
Provas testemunhais em AOP						
Provas documentais em AOP						
Provas científicas em AOP						
Recurso a Opinião de peritos						
Teste de ADN em AOP		Mãe		sim	não	Data
		PP1		sim	não	Data
		PP2		sim	não	Data
		Menor		sim	não	Data
Tipo de colheita		saliva	sangue	cabelo	sémen	outro
Mãe						
PP1						
PP2						
Menor						
Resultado do teste de ADN		percentagem				
		descritivo				
Recusa do teste		Mãe	S/N	Razão		
		PP1	S/N	Razão		
		PP2	S/N	Razão		
		Menor	S/N	Razão		
Despacho do MP ao Juiz						
Apreciação do delegado do MP sobre a AOP			tendente à viabilidade			
			tendente à inviabilidade			
Argumentos decisivos para o MP						
Conclusão do Processo em AOP por decisão do juiz					Data	
			viabilidade		_/_/___	
			inviabilidade		_/_/___	
			perfilhação voluntária		_/_/___	
			recurso à Relação		_/_/___	
			pendente		_/_/___	
			prescrição		_/_/___	
Diligências por parte do MP		aceita decisão do juiz em caso de inviabilidade e arquiva processo				

não aceita decisão do juiz em caso de inviabilidade e propõe AIP				
AIP				
Nº do processo				
Data de abertura do processo em AIP	_/_/____			
Provas testemunhais em AIP				
Provas documentais em AIP				
Provas científicas em AIP				
Recurso a Opinião de peritos				
Teste de ADN em AIP	Mãe	sim	não	Data
	PP1	sim	não	Data
	PP2	sim	não	Data
	Menor	sim	não	Data
Tipo de colheita	saliva	sangue	cabelo	sémen
Mãe				outro
PP1				
PP2				
Menor				
Resultado do teste de ADN	percentagem			
	descritivo			
Recusa do teste	Mãe	S/N	Razão	
	PP1	S/N	Razão	
	PP2	S/N	Razão	
	Menor	S/N	Razão	
Conclusão do Processo em AIP por decisão do juiz				Data
	procedência			_/_/____
	improcedência			_/_/____
	perfilhação voluntária			_/_/____
	recurso à Relação			_/_/____
	pendente			_/_/____
	prescrição			_/_/____
Data da sentença	_/_/____			
Relato da mãe/construção do nascimento do filho/a				
Relato do pai/pretenso pai da relação mantida				

com a mãe	
Argumentação da mãe/MP	
Argumentação do pai/pretenso pai	
Argumentos decisivos na decisão do juiz	juízos de valor
	provas testemunhais
	provas documentais
	provas biológicas
	várias em conjunto
	outras
Observações gerais	Observações:

ANEXO 2 – ABREVIATURAS

- ADN** – Ácido desoxirribonucleico
- AIP** – Acção de Investigação de Paternidade
- AOP** - Averiguação Oficiosa de Paternidade
- CC** – Código Civil
- CCP** – Código Civil Português
- CNPD** – Comissão Nacional de Protecção de Dados
- CPC** – Código do Processo Civil
- CPCJ** – Comissão de Protecção de Crianças e Jovens
- CPP** – Código do Processo Penal
- CRC** – Conservatória do Registo Civil
- CRP** – Constituição da República Portuguesa
- CSM** – Conselho Superior de Magistratura
- CTT** – Correios, Telecomunicações e Transportes
- DGRN** – Direcção Geral de Registos e Notariado
- DGSIC** – Direcção Geral de Serviços de Identificação Civil
- DGV** – Direcção Geral de Viação
- DSIC** – Direcção de Serviços de Identificação Civil
- INE** – Instituto Nacional de Estatística
- INV** - Inviabilidade
- MJ** – Ministério da Justiça
- MP** – Ministério Público
- PcondADN** – Perfilhação condicionada pelo ADN
- PEND** - Pendente
- PGR** – Procuradoria-Geral da República
- PI** – Petição Inicial
- PP** – Pertenso Pai
- PV** – Perfilhação Voluntária
- OPJ** – Observatório Permanente da Justiça
- OTM** – Organização Tutelar de Menores
- RMP** – Remetido ao Ministério Público
- RMP/PAIP** – Remetido ao Ministério Público para Propositura de Acção de Investigação de Paternidade

SIC – Serviço de Identificação Civil

TB – Tribunal

TFM – Tribunal de Família e Menores

INV - Inviabilidade

BIBLIOGRAFIA

- ABOIM**, Sofia (2006), *Conjugalidade em Mudança*, ICS, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais.
- AGRA**, Cândido da (1997), "Ciência da Ética e Direito Penal", in *Revista do Ministério Público*, ano 18, nº 71, pp. 11 – 47.
- ALMEIDA**, Miguel Vale de (2006), "O casamento entre pessoas do mesmo sexo", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 76, Dezembro, pp. 17 – 31.
- AMÂNCIO**, Lúcia, (1994), *Masculino e Feminino*, Edições Afrontamento.
- AMORIM**, António (2002), *A Espécie das Origens. Genoma, Linhagens e Recombinações*, Gradiva.
- ANDREWS**, Lory B. (2005), "Assisted Reproductive Technology and the Challenge for Paternity Laws", in Rothstein, Mark A. et al (orgs.), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, The Johns Hopkins University Press: Baltimore, chapter 11, pp. 187 – 212.
- ANTUNES**, António Manuel Ferreira (1991), "Interdisciplinaridade e papel dos peritos na administração da justiça", in *Criminalidade e Cultura II*, Cadernos do CEJ, nº 1.
- ASSIER-ANDRIEU**, Louis et al (org.) (1995), *Politique des lois en Europe : la filiation comme modèle de comparaison*, Paris, LGDJ.
- AUGST**, Charlotte (2000), "Regulating Dangerous Futures: the german embryo protection act of 1990 – legislation in risk society", in *Social and Legal Studies*, Sage Publications, vol. 9 (2), 205 – 226.
- BALMASEDA**, Maria Angeles Egusquiza (1995), "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (Y II)", in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 3, Universidad de Deusto, Bilbao.
- BARREIROS**, José António (1991), "Do juiz como perito ao perito como juiz dos juizes: a perícia no novo código de processo penal", in *Criminalidade e Cultura II*, Cadernos do CEJ, nº 1.

- BARTHOLET**, Elizabeth (2005), "Guiding Principles for Picking Parents", 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 8, pp. 132 – 151.
- BASTOS**, Jacinto Rodrigues (2005), "Código Civil Português", Coimbra, Editora Almedina, 15ª Edição.
- BERRY**, Donald (1991), "Inferences using DNA Profiling in Forensic Identification and paternity cases", in *Statistical Evidence*, vol. 6, nº 2.
- BLUSTEIN**, Jeffrey (2005), "Ethical Issues in ADN-Based Paternity Testing", 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 3, pp. 34 – 49.
- BURAWOY**, M. et al. (eds.) (1991), *Ethnography Unbound*, Berkeley, University of California Press.
- BURAWOY**, M. et al. (eds.) (2000), *Global Ethnography: Forces, Connections and Imaginations in a Postmodern World*, Berkeley, University of California Press.
- CALLON**, Michel (1986), "Some elements of a Sociology of Translation : Domestication of the Scallops and the Fishermen of St. Brieuc Bay", in *Power, Action and Belief : A New Sociology of Knowledge*, edited by John Law, London, Routledge & Kiegan Paul, pp. 196-233.
- CALLON**, Michel (1999), "Actor-Network Theory – The Market Test", in John Law e John Hassard (orgs.), *Actor Network Theory and After*. Oxford, Blackwell Publishers, pp. 181-195.
- CALLON**, Michel et al (2001), *Agir dans un monde incertain*, Paris, Seuil.
- CAMBROSIO et al** (1990), "Scientific practice in the courtroom: the construction of sociotechnical identities in a biotechnology patent dispute", in *Social Problems*, vol. 37, nº 3, pp. 275 – 293.
- CAÑADAS**, E. Villanueva e J. D. Luna del **CASTILLO** (1998), "Tomas de decisión a partir de pruebas periciales", in *Medicina Legal y Toxicología*, Juan Antonio Gisbert Calabuig (org.), 5ª edición, Masson S.A., cap. 99.

- CARABINE**, Jean (2001), "Constituting sexuality through social policy: the case of lone motherhood 1834 and today", in *Social and Legal Studies*, London, Sage Publications, vol. 10 (3), 291 – 314.
- CARDOSO**, Álvaro-Lopes (2000), *Estatuto do Ministério Público*, Coimbra, Editora Almedina.
- CLUNY**, António (1994), "O Ministério Público e o poder judicial", in *Cadernos da Revista do Ministério Público*, 6.
- CLUNY**, António (1997), *Pensar o Ministério Público Hoje*, Lisboa, Edições Cosmos.
- COELHO**, Lina (2006), "A dependência económica das mulheres portuguesas que vivem em casal", in *Oficinas do CES*, nº 255, Julho.
- COELHO**, Francisco Pereira e Guilherme de **OLIVEIRA** (2006), *Curso de Direito de Família*, volume II, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora.
- COLE**, Stephen (2004), "Merton's Contribution to the Sociology of Science", in *Social Studies of Science*, vol. 345, nº 6, December.
- COLLINS**, H.M. and Robert **EVANS** (2002), "The third wave of science studies: studies of expertise and experience", in *Social Studies of Science*, vol. 32/2, April, 235 – 296.
- COMMAILLE**, Jacques (1996), *Misères de la Famille. Question d'État*, Paris, Presses de Science PO.
- COSTA**, Susana (2001), *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.
- COSTA**, Susana (2003), *A Justiça em Laboratório. A identificação por perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transnacional e a apropriação local*, Coimbra, Almedina.
- COSTA**, Susana et al (2000), "«Política molecular», crime e «cidadania genética» em Portugal", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 57/58, pp. 291- 301.
- COSTA**, Susana et al (2002), "O ADN e a Justiça: A Biologia Forense e o Direito como Mediadores entre a Ciência e os Cidadãos", in *Os Portugueses e a Ciência*, Maria Eduarda Gonçalves (Org.), Lisboa, Dom Quixote/ Observatório das Ciências e das Tecnologias.

COSTA, Susana, e João Arriscado **NUNES** (2001), "As atribuições da ciência "impura": A harmonização da biologia forense e a diversidade dos sistemas jurídicos", in *Enteados de Galileu? A semiperiferia no sistema mundial da ciência*, João Arriscado Nunes e Maria Eduarda Gonçalves (orgs.), Boaventura de Sousa Santos (dir.), Porto, Edições Afrontamento.

COWAN, Ruth Schwartz (2001), "Medicine, Technology and Gender in the History of Prenatal Diagnosis", in *Feminism in twentieth-century. Science, Technology and Medicine*, edited by Angela Creager N. H. et al, The University of Chicago Press, 186 – 196.

CREAGER, Ângela N. H. et al (2001), "Introduction", in *Feminism in twentieth-century. Science, Technology and Medicine*, edited by Angela Creager N. H. et al, The University of Chicago Press, 1 – 19.

DASTON, Lorraine (org.) (2000), *Biographies of Scientific Objects*, University of Chicago Press.

DERKSEN, Linda (2000), "Towards a sociology of measurement: the meaning of measurement error in the case of ADN profiling", in *Social Studies of Science*, Sage Publications, 30/6, pp. 803 – 845.

DIAS, João Paulo (2001a), "O "mundo" dos magistrados: avaliação profissional e disciplinar", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 60.

DIAS, João Paulo (2001b), *Organização judiciária e controlo interno: o papel dos Conselhos Superiores em Portugal*, dissertação de mestrado, Coimbra, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

DIAS, João Paulo (2004), *As faces ocultas dos "poderes" dos magistrados: Práticas, corporativismos e resistências*, Centro de Estudos Sociais, Oficina do CES nº 215.

DIAS, João Paulo (2005), *O Ministério Público e o acesso ao direito e à justiça: As contradições de uma prática (in)formal*, Centro de Estudos Sociais, Oficina do CES nº 220.

DIAS, João Paulo (2007), *O acesso ao direito e à justiça laboral: que papel para o Ministério Público*, Centro de Estudos Sociais, Oficina do CES nº 269.

DOWD, Nancy E. (2005), "From Genes, Marriage, and Money to Nurture. Redefining Fatherhood", in Mark A. Rothstein et al (orgs.) (2005), in *Genetic Ties and the Family. The*

impact of Paternity Testing on Parents and Children, , Baltimore, The Johns Hopkins University Press, chapter 6, pp. 81 – 93.

DUARTE, Madalena (2007), *Acesso ao direito e à justiça: Condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal*, Centro de Estudos Sociais, Oficina do CES nº 270, Fevereiro.

EZRAHI, Yaron (2003), "Science and the political imagination in contemporary democracies", in *States of Knowledge. The co-production of science and social order*, edited by Sheila Jasanoff, International Library of Sociology, Paris, Routledge.

FERREIRA, António Casimiro et al (1999), "Entre o passado e o futuro: Contributos para um debate sobre a Sociologia do Direito em Portugal", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 52/53.

FLETCHER, Ruth (2003), "Legal Forms and Reproductive Norms", in *Social and Legal Studies*, London, Sage Publications, vol. 12 (2), 217 – 241.

FONSECA, Cláudia (2004), "A certeza que pariu a dúvida: Paternidade e ADN", in *Revista de Estudos Feministas* (2004/2).

GALISON, Peter e David **STUMP** (org.) (1996), *The disunity of science: boundaries, contexts and power*, Stanford, Stanford University Press.

GYERIN, Thomas (1999), *Cultural Boundaries of science. Credibility on the line*, Chicago, University Press of Chicago.

GOMES, Conceição (2003), *O Tempo dos Tribunais. Um estudo sobre a morosidade da justiça*, Coimbra Editora.

GOMES, Conceição e **PEDROSO** (orgs.) (2001), «O recrutamento e a formação de magistrados: Uma proposta de renovação», Coimbra, OPJ/CES.

GOMES CANOTILHO, J.J. e E. **VITAL MOREIRA** (1997), *Constituição da República Portuguesa*. Lei do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 4ª edição Revista.

GONÇALVES, Maria Eduarda (1991), "Ciência e Direito: de um paradigma a outro", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 31, pp. 89 - 113

GONÇALVES, Maria Eduarda (org.) (2002), *Os Portugueses e a Ciência*, Lisboa, Dom Quixote/ Observatório das Ciências e das Tecnologias.

GOODRICH, Peter (2002), "Zenotypes: on the modes of reproduction of critical lawyers", in *Social and Legal Studies*, Sage Publications, vol. 11 (3), 425 – 443.

GRINT, Keith and Steve Woolgar (1997), *The Machine at work. Technology, Work and Organization*, Amazon.

GROS, François (1989), *A Civilização do Gene*, Terramar.

GROSSBERG, Michael (2005), "Duped Dads and Discarded Children. A Historical Perspective on ADN Testing in Child Custody Cases", in Mark A. Rothstein et al (orgs.) (2005), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, chapter 7, pp. 97 – 131.

HARAWAY, Donna (1991), *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*, London, Free Association Books.

HEINTZ, Bettina (2003), "When is a Proof a Proof?", in *Social Studies of Science*, vol. 33, nº 6, December.

HESPANHA, António Manuel (2007), *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Edições Almedina.

HILGARTNER, Stephen (2003), "Mapping systems and moral order, Constituting property in genome laboratories", in *States of Knowledge. The co-production of science and social order*, edited by Sheila Jasanoff, International Library of Sociology, Paris, Routledge.

HUBBARD, Ruth e Elijah Wald (1997), *Exploding the Gene Myth*, Beacon Press, Boston.

IRWIN, Alan (2006), "The politics of talk: coming to terms with the "New" Scientific Governance", in *Social Studies of Science*, vol. 36 (2), April, pp. 299 – 320.

IRWIN, Alan and Mike **MICHAEL** (2003), "The public understanding of science and technology: from cognition to context", in *Science, Social Theory and Public Knowledge*, edited by Alan Irwin and Mike Michael, Open University Press, pp. 19 – 40.

JASANOFF, Sheila (1990), *The Fifth Branch: Science Advisers on policymakers*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

JASANOFF, Sheila (1992), "What judges should know about the sociology of science", in *Journal of Law Science and Technology*, vol. 32, nº 3.

JASANOFF, Sheila (1995), *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

JASANOFF, Sheila, (2003), "Breaking the waves in science studies: comment on H. M. Collins and Robert Evans, 'The third wave of science studies'", in *Social Studies of Science*, vol. 33/3, June, pp. 389 – 400.

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

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. e Thomas H. **MURRAY** (2005), in Mark A. Rothstein et al (orgs.), 2005, "Introduction, the Many-Stranded Tapestry of Parenthood", in *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press.

KOHLER, Jonathan (1993), "Errors and exaggeration in the presentation of DNA evidence at trial", in *Jurimetrics: Journal of Law, Science and Technology*, vol. 34, nº 1, pp. 21-39.

LATOUR, Bruno (1987), *Science in Action*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

LATOUR, Bruno (1990), "Drawing Things Together", in Michael Lynch e Steve Woolgar (eds.), *Representation in Scientific Practice*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press.

LATOUR, Bruno (2002), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, Éditions La Découverte.

LATOUR, Bruno e Steve **WOOLGAR** (1986), *Laboratory Life: The construction of scientific facts*, Princeton University Press

LEWONTIN, R.C. (1992), *The Doctrine of DNA. Biology as Ideology*, Harmondsworth, Penguin Books.

LEWONTIN, R.C. (1994), "Comment: The use of DNA profiles in forensic contexts", in *Statistical Evidence*, vol.9, nº 2, pp. 259-262.

LEWONTIN, R.C. et al (1987), *Genética e Política*, Mem Martins, Publicações Europa-América, trad. de *Not in Our Genes: Biology, Ideology and Human Nature*, Harmondsworth, Penguin Books, versão portuguesa.

LYNCH, Michael (1999), "Archives in formation: privileged spaces, popular archives and paper trails", in *History of the Human Sciences*, vol. 12, nº 2, Sage Publications, pp. 65 – 87

LYNCH, Michael (2003), "Circumscribing expertise. Membership categories in courtroom testimony", in *States of Knowledge. The co-production of science and social order*, edited by Sheila Jasanoff, International Library of Sociology, Paris, Routledge.

LYNCH, Michael (2004), "Scientism and Philosophism: Comment on 'Kinder, Gentler Science Wars' by Gabriel Stolzenberg", in *Social Studies of Science*, vol. 34, nº 1, February.

LYNCH, Michael and Simon **COLE** (2005), "Science and Technology Studies on Trial: Dilemmas of Expertise", in *Social Studies of Science*, Sage Publications, 35/2, pp. 269 – 311.

MACHADO, Helena (1999), "Vaca que anda no monte não tem boi certo – uma análise da prática judicial de normalização do comportamento sexual e procriativo da mulher", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 55, pp. 167-184.

MACHADO, Helena (2002), *Tribunais, Género, Ciência e Cidadania. Uma abordagem sociológica da investigação judicial de paternidade*, Dissertação de Doutoramento em Sociologia, Universidade do Minho.

MACHADO, Helena (2007), *Moralizar para Identificar. Cenários da Investigação Judicial da Paternidade*, Centro de Estudos Sociais, Edições Afrontamento.

MACHADO, Helena (2008), "Biologising paternity, moralising maternity: the construction of parenthood in the determination of paternity through the courts in Portugal", in *Feminist Legal Studies*, pp. 215 – 236.

MACHADO, Helena e Susana **SILVA** (2008), "Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética", in *Catarina Frois (org.), A Sociedade Vigilante: ensaios sobre vigilância, privacidade e anonimato*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais.

MAJUNDER, Mary Anderlik (2005), "Disestablishment Suits. Daddy No More?", in Mark A. Rothstein et al (orgs.), 2005, *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, chapter 10, pp. 167 – 186.

- MARTINEZ**, Maria Josefina (2004), "Paternidades Contenciosas. Un estudio sobre filiaciones, leyes e burocracias", in Tiscornia, Sofia (org.), *Burocracias y violencia: Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antrofia, pp. 403-433.
- MILLER**, Clark A. (2005), "New civic epistemologies of quantification: making sense of indicators of local and global sustainability", in *Science Technology & Human Values*, vol. 30, nº 3, Summer.
- 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.
- MURRAY**, Thomas H. (2005), "Three Meanings of Parenthood", 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 2, pp.18 – 33.
- NELKIN**, Dorothy and Susan Lindee (1995), *The DNA Mystique. The gene as a cultural icon*, New York, W.H. Freeman and Company.
- 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*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, chapter 1, pp. 3 – 17.
- NUNES**, João Arriscado (1999), *Comunidades científicas e laboratórios transculturais: Escalas, espaços e mediações da ciência* (inédito).
- NUNES**, João Arriscado (2001), "A síndrome do Parque Jurássico", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 61, pp. 29 – 62.
- 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.
- NUNES**, João Arriscado (2008), "O resgate da epistemologia", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Março, 80, pp. 45-70.
- NUNES**, João Arriscado et al (2006), "Dilemmas of Genetic Information" , in George Gaskell e Martin Bauer (org.), *Genomics and Society: Legal, Ethical and Social Dimensions* . London: Earthscan.
- OLIVEIRA**, Guilherme (1992), *Mãe há só uma! (duas). O contrato de gestação*, Coimbra Editora.

- OLIVEIRA**, Guilherme (org.) (1999), *Temas de direito da medicina*, Coimbra, Coimbra Editora.
- OLIVEIRA**, Guilherme de Oliveira (2003), *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Editora Almedina.
- PARNES**, Jeffrey A. (2005), "Reforming American Paternity Procedures", in Mark . Rothstein et al (orgs.) (2005), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, chapter 9, pp. 152 – 166.
- PEDROSO**, João e Patrícia **BRANCO** (2008), "Mudam-se os tempos, muda-se a família", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 82, pp. 53 – 83.
- PEDROSO**, João et al (2003a), *Por caminhos da(s) reforma(s) da justiça*, Coimbra Editora.
- PEDROSO**, João et al (2003b), "As transformações no acesso ao direito e à justiça", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 65, Maio, pp. 77 – 106.
- PEDROSO**, João e Graça **FONSECA** (1999), "A justiça de menores entre o risco e o crime: uma passagem... para que margem?", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 55, pp. 131 – 165.
- PEREIRA**, Tiago Santos (2004), "Processos de Governação da ciência: O debate em torno do modelo de financiamento das unidades de investigação em Portugal", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 70, Dezembro, pp. 5 – 32.
- PIMENTEL**, Irene Flunser (2000), "A assistência social e familiar do Estado Novo nos anos 30 e 40", in *Análise Social*, vo. XXXIV (151 – 152), pp. 477 – 508.
- RABINOW**, Paul (1996), *Essays on the Anthropology of reason*, Princeton University Press.
- RAMIA**, E. Huguet e A. **CARRACEDO** (1998), «Investigación de la paternidad, in *Medicina Legal y Toxicología*», Juan Antonio Gisbert Calabuig, 5ª edición, Masson S.A., cap. 97. 1167 – 1176.
- RAMIÃO**, Tomé d'Almeida (2005), *Organização Tutelar de Menores*, 4º edição, Quid Júris.

RAMSDEN, Edmund (2002), "Carving up Population Science: Eugenics, Demography and the Controversy over the 'Biological Law' of Population Growth", in *Social Studies of Science*, 32: 5 – 6, October- December, pp. 857 – 899.

REES, Amanda (2001), "Anthropomorphism, Anthropocentrism, and Anecdote: Primatologists on Primatology", in *Science, Technology and Human Values*, Spring, Sage Publications, vol. 26, nº 2, pp. 227 – 247.

RIP, Arie (2003), "Constructing Expertise: In a third wave of science studies?", in *Social Studies of Science*, vol 33/3, June, pp. 419 – 434.

ROSE, Nikolas (2006), *Politics of life itself : biomedicine, power and subjectivity in the twenty-first century*, Princeton, Princeton University Press.

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., "Translating Values and Interests into the Law of Parentage Determination", in Mark A. Rothstein (orgs.) (2005), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, chapter 12, pp. 213 – 238.

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

SANTOS, Ana Cristina (2004), *Quando os direitos das minorias sexuais também são direitos humanos: Regulação versus emancipação*, Centro de Estudos Sociais, Oficina nº 207, Maio.

SANTOS, Ana Cristina (2005), *Heteroqueers contra a heteronormatividade: Notas para uma teoria queer inclusiva*, Centro de Estudos Sociais, Oficina nº 239, Novembro.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1987), *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1988), *Um Discurso sobre as Ciências*, Porto, Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1989), *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*, Porto, Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nova Iorque: Routledge.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2000), *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*, Porto: Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), "Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 63, pp- 237 – 280.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2003), "Poderá o direito ser emancipatório?", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 65, Maio, pp. 3 – 76.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) (2003), *Conhecimento prudente para uma vida decente: 'Um discurso sobre as ciências' revisitado*, Porto, Edições Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2006), *A gramática do tempo: Para uma nova cultura política*, Porto, Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al (1996), *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Porto, Edições Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al (2004), "Introdução. Para ampliar o cânone da ciência: A diversidade epistemológica do mundo", in Boaventura de Sousa Santos (org.), *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento.

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.

SANTOS, Eduardo (1999), *Direito da Família*, Coimbra, Livraria Almedina.

SARACERO, C. e M. **NALDINI** (2003), *Sociologia della Famiglia*, Collana, Manualli.

SCOTT-JONES, Diane (2005), "Paternity Testing, Family Relationships, and Child Well-Being", in Mark A. Rothstein et al (orgs.), 2005, *Genetic Ties and the Family. The impact*

of Paternity Testing on Parents and Children, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, chapter 4, pp. 50 – 69.

SEGALEN, Martine (1996), *Sociologia da Família*, Terramar.

SHAPIN, Steven and Simon **SCHAFFER** (1985), *Leviathan and the Air Pump: Hobbes, Boyle, and the Experimental Life*, Princeton, NJ, Princeton University Press.

SILVA, Susana (2007), "Classificar e silenciar: vigilância e controlo institucionais sobre a prostituição feminina em Portugal", in *Análise Social*, vol. XLII (184), pp. 789 – 810.

SILVA, Susana e Helena **MACHADO** (2009), "Trust, morality and altruism in the donation of biological material: the case of Portugal", in *New Genetics and Society*, vol. 28, nº 2, June, pp. 103 – 118.

SILVA, Susana e Luisa **VELOSO** (coord.) (2009), *Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas. Contributos para uma Reflexão*, Universidade do Porto Editorial.

SILVA DIAS, Maria do Carmo (2005), "Particularidades da Prova em Processo Penal. Algumas questões ligadas à prova pericial", in *Revista do CEJ* nº 3, Dossiê Temático Prova, Ciência e Justiça, pp. 169 – 225.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2003), *Exercícios do Poder Paternal. Relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, 2ª edição, Porto, Publicações Universidade Católica.

SQUIER, Susan (1999), "From ómega to Mr. Adam: the importance of literature for feminist science studies", in *Science, Technology and Human Values*, Winter, Sage Publications, vol. 24, nº1, pp. 132 – 158.

THOMPSON, William C. (1989), "Are juries competent to evaluate statistical evidence?", in *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, nº 4.

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*, London, Sage Publications, vol. 13 (2), pp. 245 – 264.

WULFF, Dan (2005), "Family Therapists and Parentage Testing", in Mark A. Rothstein et al (orgs.) (2005), *Genetic Ties and the Family. The impact of Paternity Testing on Parents and Children*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, chapter 5, pp. 70 – 80.

WYNNE, Brian (2003), "Seasick on the third wave? Subverting the hegemony of propositionalism: Response to Collins & Evans (2002)", *in Social Studies of Science*, vol. 33/3, June, pp. 401 – 417.

UZIEL, Anna Paula (2000), "'Tal pai, tal filho' em tempos de pluriparentalidade. Expressão fora do lugar?", DRAFT, Apresentado no XXIV Encontro Nacional da ANPOCS GT Família e Sociedade, Petrópolis, 23 a 27 de Outubro.

ZANATTA, Anna Laura (2008), *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*. Bologna : Il Mulino.

Código Penal (1998), Coimbra, Editora Almedina

Constituição da República Portuguesa. Quinta Revisão – 2001, Dislivro

Código do Registo Civil, <http://www.portaldocidadao.pt>

Decreto-lei nº 496/77, de 25 de Novembro

Decreto-lei nº 58/95 de 31 de Março, Aprova a nova lei orgânica do Instituto de Reinserção Social

Decreto-lei nº 163/95, de 13 de Julho

Decreto-lei nº 164/99 de 13 de Maio, Garantia dos alimentos devidos a menores

Decreto-lei nº 552/99 de 15 de Dezembro

Decreto-lei nº 273/2001 altera os Códigos do Registo Civil, do Registo Predial, do Registo Comercial e do Notariado, simplificando os processos de registo de determinados actos

Lei nº 67/98 de 25 de Outubro, Lei de Protecção de Dados Pessoais

Lei nº 75/98 de 19 de Novembro, Garantia de alimentos devidos a menores

Lei nº 3/99 de 13 de Janeiro – Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais

Relatório da Procuradoria Geral da República, 1996.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 1997.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 1998.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 1999.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 2000.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 2001.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 2002.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 2003.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 2004.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 2005.

Relatório da Procuradoria Geral da República, 2006.

Sites consultados na Internet

<http://www.cga.pt>

<http://www.ine.pt>

<http://www.inml.mj.pt>

<http://www.inverbis.pt>

<http://www.dgpj.mj.pt>

<http://www.gplp.mj.pt>

<http://www.parlamento.pt>

<http://www.pgr.pt>

<http://www.portaldocidadao.pt>

<http://www.referendo-pma.org/boticias/bancocaseirodeesperma.htm>

<http://www.referendo-pma.org/noticias/lesbicas.htm>

Notícias da Imprensa

Santos, Sónia Moriais, "Portugueses vão aos EUA contratar barrigas de aluguer, in Diário de Notícias, 29 de Julho de 2006.

"O seu filho é mesmo seu filho?", in Jornal Expresso, 05 de Abril de 2008, pp. 22.