

**A REALIZAÇÃO COERCIVA DE TESTES DE ADN
EM ACÇÕES DE ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO¹**

Paula Costa e Silva

1. Se já se afirmou e demonstrou que não há sistemas jurídicos eticamente neutros, pensamos poder dizer que o regime jurídico (qualquer que ele seja) vigente em sede de estabelecimento da filiação é sempre fortemente condicionado por coordenadas éticas. Devendo o interesse prevalente em qualquer regime de investigação ser o interesse daquele que quer conhecer a sua origem, o modo como o legislador conforma este direito e a respectiva exequibilidade dependem de opções éticas fundamentais. Um dos exemplos mais flagrantes do que se afirma são as proibições de investigação, a que adiante voltaremos². Outro é constituído pelas presunções de paternidade e de maternidade.

2. São múltiplos os problemas que as acções destinadas a estabelecer (ou a impugnar) a filiação suscitam. Não é nosso objectivo determo-nos agora sobre todos eles. Há, porém, um núcleo problemático relativamente ao qual nos parece urgente reflectir sobre alguns dados normalmente invocados na respectiva discussão. Referimo-nos aos chamados exames científicos, mais especificamente, aos testes de ADN³.

Mas a indicação de que as presentes reflexões recairão sobre a matéria dos testes de ADN ainda é demasiado vaga, pois a admissibilidade e a realização destes testes

¹ O presente texto coincide com parte da matéria exposta em aula ministrada ao curso de pós-graduação em Bioética, no ano lectivo de 2001/2002. O núcleo temático que aqui ficou por tratar respeita às bases de dados elaboradas a partir de vestígios biológicos. Retomaremos este tema tão breve quanto possível.

² *Vide nota* .

³ Sobre a matéria dos testes de ADN no âmbito de acções de estabelecimento da filiação, ROBERTO THOMAS, *L'accertamento della filiazione naturale*, Giuffrè Editore 2001, p. 149 e segs. (159-167).

suscitam, uma vez mais, múltiplas questões. Entre elas, a que deverá ser necessariamente reflectida, refere-se à adequação e necessidade de um sistema de presunções legais de paternidade (ou de maternidade) quando o estado actual do conhecimento permite um resultado certo e praticamente imediato sobre a derivação biológica. Para além deste problema, poderá ainda perguntar-se se não faria sentido rever todo o esquema probatório das acções destinadas a estabelecer a filiação, bem como reponderar a força probatória do resultado dos testes de ADN, considerados peritagens.

Nenhuma destas questões será objecto de reflexão neste estudo. Com efeito, este recairá, exclusivamente, sobre a problemática da possibilidade de submissão coactiva de um indivíduo à realização de exames de ADN.

Antes de podermos ensaiar uma solução para este problema, teremos de recolher uma série de dados relacionados com o escopo, a execução técnica e os resultados destes exames. Consideramos estes elementos absolutamente cruciais para a resolução das questões jurídicas suscitadas pelos testes de ADN.

3. O teste de ADN permite determinar, num sistema de percentagens, qual a probabilidade de determinado indivíduo proceder biologicamente de outro.

Se este é o escopo do teste de ADN pode dizer-se que este tipo de teste só poderá assumir relevância probatória quando esteja em causa o estabelecimento de uma maternidade ou de uma paternidade jurídicas em harmonia com a derivação biológica.

Desta afirmação decorre que os testes de ADN tanto podem mostrar-se adequados a verificar uma maternidade ou uma paternidade jurídicas que coincidam com a derivação biológica, quanto quando pretenda excluir-se uma maternidade ou uma paternidade previamente estabelecidas por estas não coincidirem com a derivação biológica. Em suma, o teste de ADN permite estabelecer “a verdade biológica”, tomada esta no sentido da derivação biológica.

Perante o que antecede poderá perguntar-se se, então, os testes de ADN não relevam em toda e qualquer situação em que a maternidade ou a paternidade jurídicas estejam ou por determinar ou em que se visem impugnar.

Se pode dizer-se que, sendo o principio geral o da coincidência da maternidade e da paternidade jurídicas com a derivação biológica, têm os testes de ADN uma aplicação potencialmente universal nas acções de investigação, há que proceder com cautela. Conforme já acima se afirmou, o sistema pode acolher situações em que os

vínculos jurídicos da maternidade ou da paternidade não coincidem com a derivação biológica. Bastará lembrar as já referidas proibições de investigações, constantes dos arts. do Código Civil, bem como a proibição de impugnação da paternidade quando tenha havido inseminação heteróloga consentida pelo marido da mãe⁴. Ficam em aberto

⁴ A conformidade constitucional destes limites à determinação da derivação biológica são controvertidos na medida em que chocariam com o direito à identidade pessoal ou com o direito à identidade genética. Sobre esta problemática, que, por não integrar o objecto da presente investigação, será referida de modo muito breve, cfr. PAULO OTERO, Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética, § 3º e 4º.

A identidade genética é aferida para cada indivíduo, não carecendo da determinação da derivação biológica. Deste modo, se podem antever-se obstáculos de natureza organizacional e económica à concretização do direito à identidade genética, não nos parece que este seja posto em crise pelas proibições de investigação, unicamente destinadas a impedir a determinação da derivação biológica e não a identificação dos dados genéticos de cada indivíduo.

Mais melindrosa é a resolução do conflito quando às proibições de investigação é contraposto o direito à identidade pessoal. Conflito idêntico surge quando se confronta o direito à identidade pessoal com normas que prescrevem a caducidade do direito à investigação da paternidade ou da maternidade, contempladas em múltiplos ordenamentos, conflito acerca do qual se pronunciaram já os nossos tribunais, concluindo pela constitucionalidade destas disposições.

O direito à identidade pessoal tem sido concretizado como o direito de cada indivíduo a conhecer a sua identidade histórica, a saber quais são as suas referências familiares. Tomado absolutamente, impõe este direito que não haja quaisquer limites à investigação da maternidade ou da paternidade.

Se a resolução do conflito entre os limites à investigação e o direito à identidade pessoal não se compadece com a enunciação de uma solução única e simples, deverá ter-se em atenção que, independentemente dos benefícios relacionados com a detecção precoce de doenças hereditárias, às proibições de subjaz uma opção ética do sistema. Estas proibições são norteadas por aquilo que, em dado momento e espaço, se considera ser a forma mais eficaz de tutelar um indivíduo cuja maternidade ou paternidade decorrem de situações consideradas patológicas. Os danos psíquicos decorrentes de uma revelação da verdade biológica podem ser tremendos pois que se impõe ao indivíduo que lide com realidades profundamente traumáticas pelo estigma social que comportam. E nesta ponderação de interesses não podem menosprezar-se os efeitos que a desintegração social, decorrente, em primeira linha, de uma destruição do ambiente familiar em que esse indivíduo se desenvolveu, acarretam. O sistema português considerou, *v.g.*, que é melhor para um indivíduo não saber quem é o seu pai do que saber que o seu pai é simultaneamente seu avô, pois que a esta paternidade está associada toda a carga simbólica negativa do incesto. De um ponto de vista psíquico, entende-se que o sujeito tem maior capacidade para lidar com a indeterminação de quem é o seu pai ou a sua mãe do que com a revelação das respectivas identidades.

as questões suscitadas pelos casos em que não há derivação biológica materna por parte da mãe do nascimento⁵.

Do que antecede parece resultar demonstrado o que se afirmara acima: os testes de ADN apenas poderão relevar em acções em que se discuta um vínculo de maternidade ou de paternidade jurídicas quando essa maternidade ou essa paternidade devam coincidir com a derivação biológica.

4. De forma simplificada, poderá dizer-se que o resultado de um teste de ADN para efeito de estabelecimento de uma derivação biológica pressupõe que a informação

Sendo as proibições de investigação destinadas a proteger o indivíduo que não sabe quem são os seus progenitores, cumpre perguntar se, apesar desta finalidade, elas não colidem com o direito à identidade pessoal, tomado este como direito do indivíduo a conhecer a sua história. Sobre este problema, cfr. o princípio 18º da Parte B. do Livro branco sobre os princípios relativos ao estabelecimento e às consequências jurídicas da filiação, onde se tenta articular a impossibilidade de estabelecer uma filiação e o direito ao conhecimento dos pais biológicos. Mais se dá conta nesta passagem que, apesar da existência de uma proibição de estabelecimento de uma paternidade, pode o pai biológico, não reconhecido como pai jurídico, ser condenado nomeadamente a prestar alimentos.

Esta passagem do Livro branco parece-nos identificar proibição de investigação com proibição de estabelecimento de uma filiação. A proibição de investigação impede, desde logo, que se averigüe quem é pai. Na proibição de estabelecimento da paternidade jurídica admitir-se-á a investigação tendente a localizar e a especificar, de modo juridicamente relevante, quem é o pai biológico, mas impede-se, num segundo momento, que este seja considerado como pai jurídico da criança. Se é evidente que o pai jurídico não tem de coincidir com o pai biológico, se é também claro que, havendo uma proibição de investigação, há um pai biológico, o facto de se admitir que este pai biológico tenha obrigações relativamente à criança só é harmonizável com o interesse desta criança, tutelado através das proibições de investigação, se ela não tomar conhecimento de que aquelas obrigações existem porque há uma filiação biológica. Pois de pouco servirá dizer a uma criança que o seu avô não é o seu pai jurídico, porque esta filiação não pode ser estabelecida por resultar de um incesto, mas permitir-lhe que compreenda que o seu, avô, porque é seu pai biológico, tem relativamente a ela determinadas obrigações jurídicas.

Apesar da consagração constitucional do direito à identidade pessoal, não tem de reconhecer-se a respectiva concretização em toda e qualquer circunstância. Assim, e porque este direito existe para tutelar o interesse do seu titular, sempre que interesses concorrentes desse titular aconselhem uma impossibilidade de concretização daquele direito, deverá ele ser restringido.

⁵ Sobre este problema, OLIVEIRA ASCENSÃO, Procriação assistida e direito, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez, p. 667, concluindo que, apesar de actualmente se poder afirmar que “mãe há só três”, a mãe jurídica deve ser a mãe do nascimento.

genética de um descendente possa ser explicada através dos dados genéticos dos seus ascendentes biológicos. Para cada trecho que ADN, cada um dos ascendentes passará uma informação das duas detidas no seu próprio ADN para esse trecho, ao seu descendente. O que vem a significar que a derivação biológica pode ser demonstrada se a informação genética de dado indivíduo coincidir com parte da informação genética de cada um dos seus progenitores, não coincidindo com a informação de um terceiro (cfr. figuras 1 a 3.

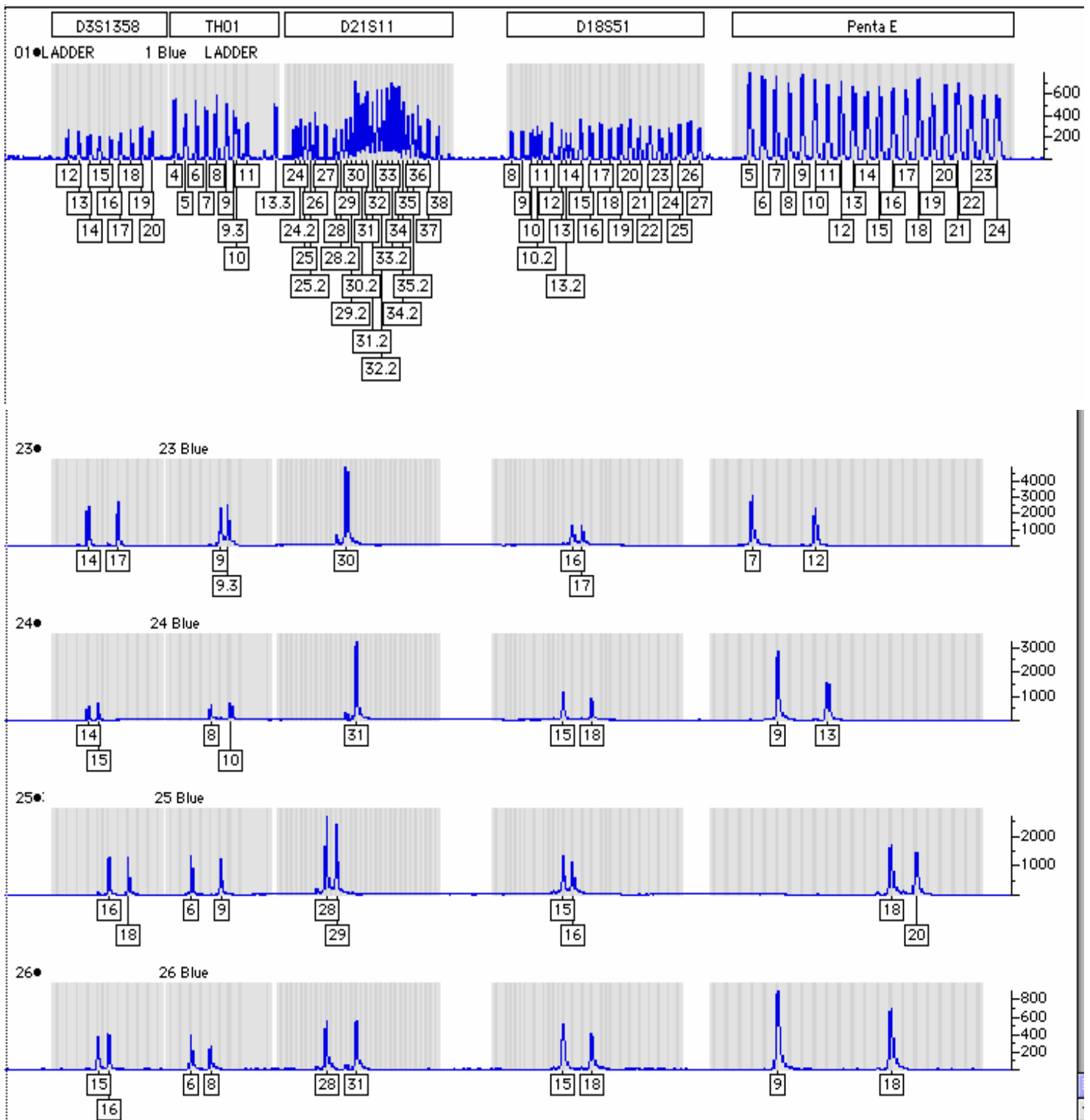


Figura 1

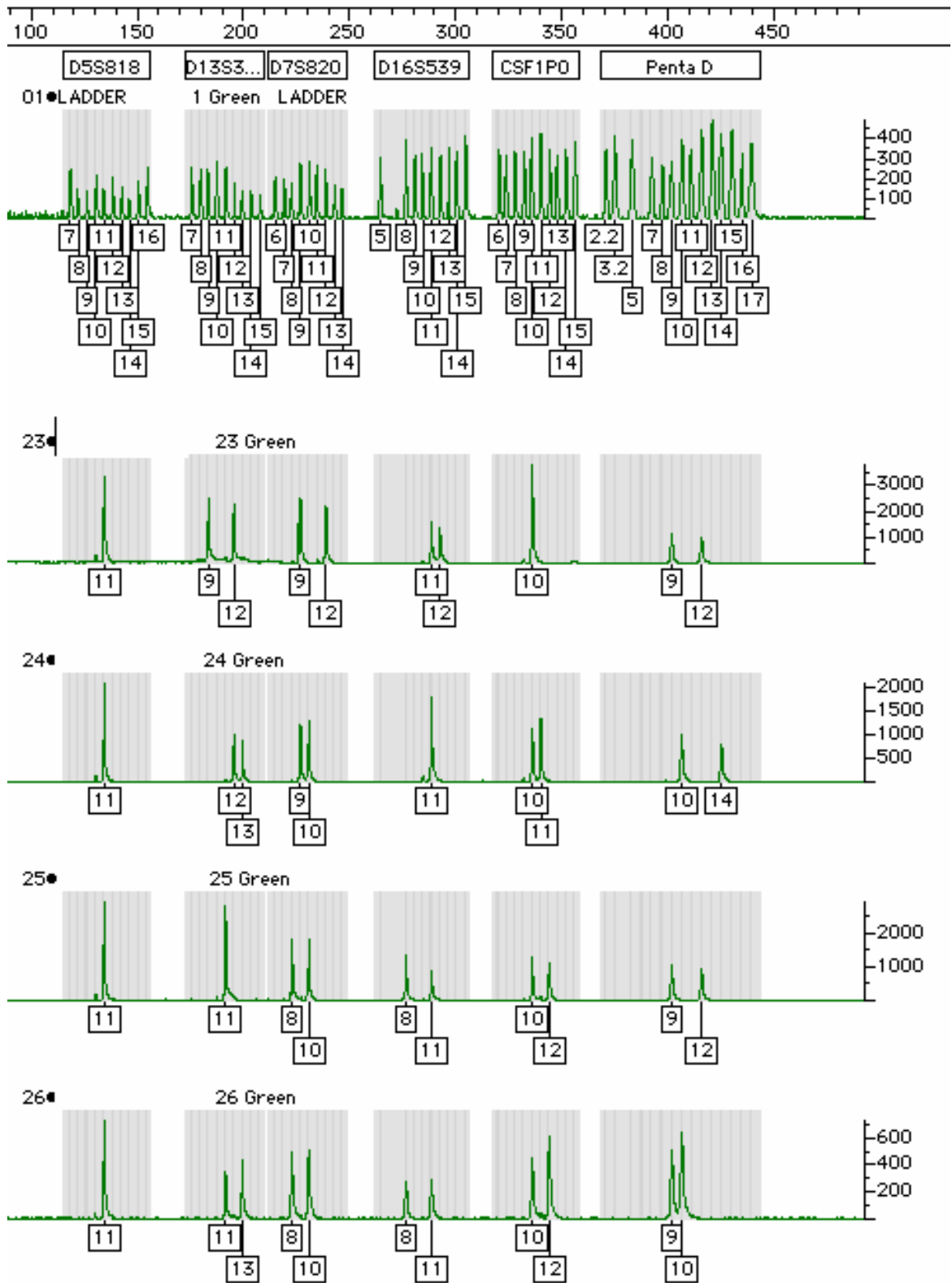


Figura 2

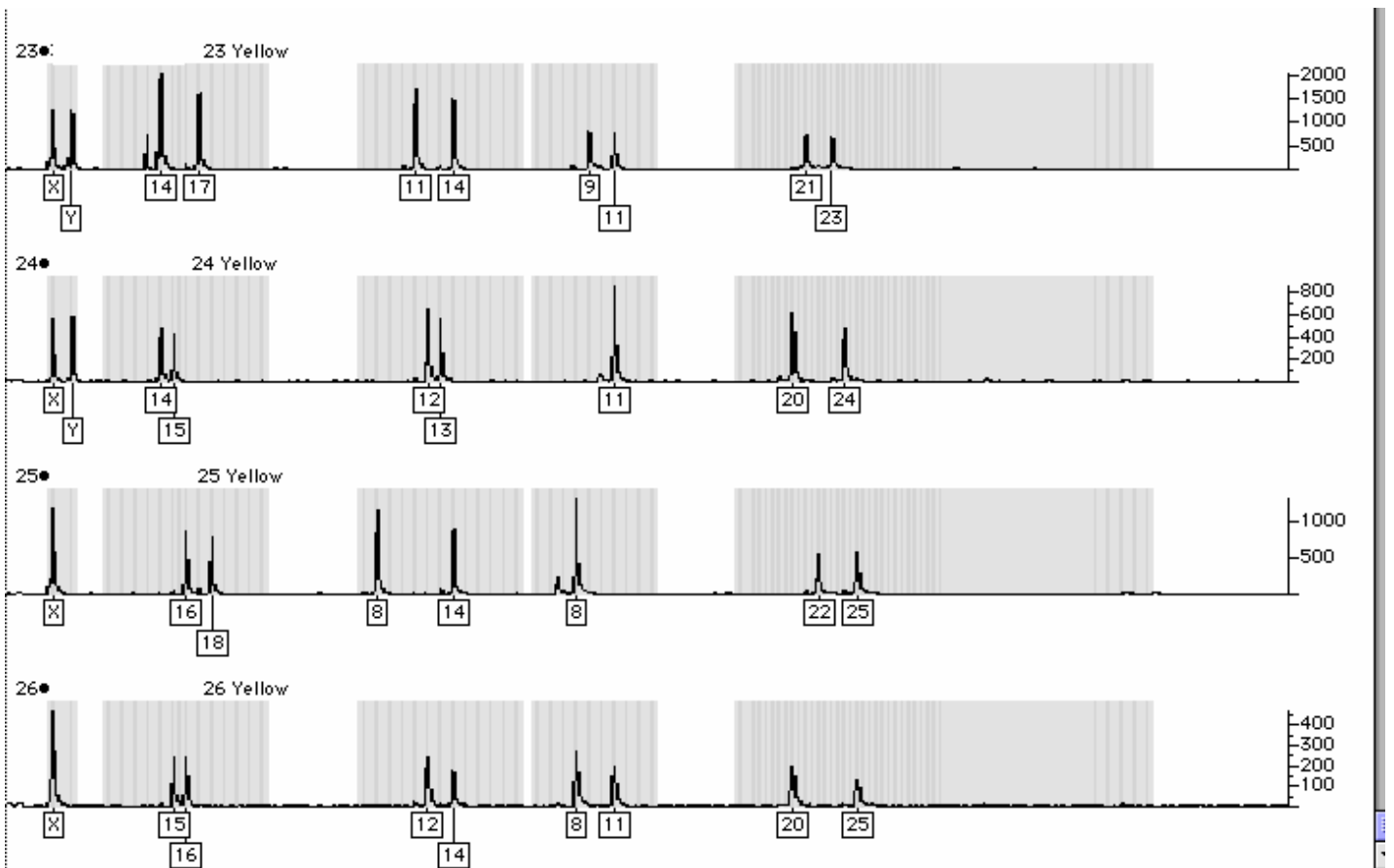
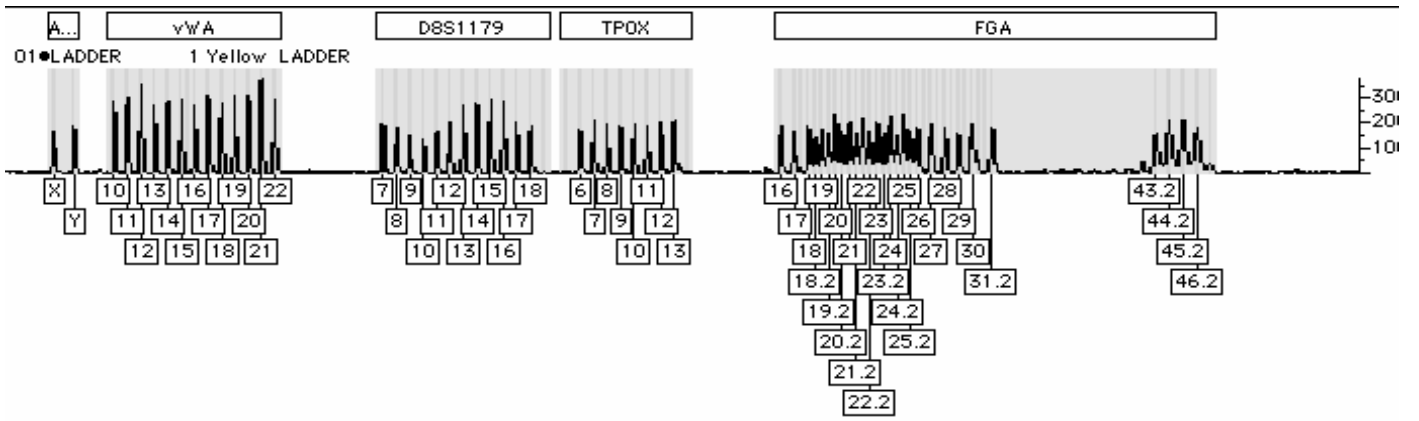


Figura 3

Nas figuras 1 a 3, a primeira marcação, após o gráfico de frequência alélica, correspondente a um pretense pai 1, a segunda a outro pretense pai 2, a seguinte à mãe e a última ao menor.

Porque seria absolutamente inviável (e inútil) proceder a uma “tipagem” integral do ADN de cada um dos indivíduos cuja relação biológica se investiga⁶, é usual proceder-se apenas à descodificação de zonas de grande polimorfismo⁷ em cada um destes indivíduos. A escolha deste tipo de zonas visa aumentar a probabilidade de estabelecimento do vínculo dentro do universo geral de sujeitos que podem ser investigados. Com efeito, se se procedesse à análise de zonas de relativa fixidez morfológica, dificilmente se poderia concluir pela existência muitíssimo provável de uma derivação biológica, pois que os dados do descendente poderiam ser justificados através da composição do ADN de um imenso universo de sujeitos. Compara-se o que é potencialmente variável de indivíduo para indivíduo a fim de as identidades entre investigados assumirem relevância. Pois se há identidade naquilo que normalmente é muito variável tem-se uma maior probabilidade de justificar os dados genéticos de um descendente através dos dados genéticos de concretos indivíduos.

Mas o estabelecimento do grau de probabilidade de uma derivação biológica não depende apenas de uma maior ou menor coincidência entre a conformação de zonas polimórficas do ADN entre dois indivíduos. Com efeito, quando se realiza um teste de ADN, para além de se analisar a coincidência parcial dos dados genéticos de determinados indivíduos, há ainda que ponderar um outro factor: a frequência do tipo do polimorfismo apresentado por esses indivíduos numa dada população. Na verdade,

⁶ A circunstância de o teste de ADN não implicar uma “tipagem” de todo o ADN dos indivíduos cuja relação biológica se investiga permite-nos manter toda esta problemática afastado daquela que se refere à concretização do direito à identidade genética, previsto no art. 26/3 da Constituição.

⁷ O ADN apresenta-se como um sistema duplo de quatro tipos de bases (citosina, guanina, adenina e timina), enrolado sobre si mesmo. Quando se fala em zonas de grande polimorfismo querem referir-se locais do ADN onde se verifica uma grande variabilidade do número de pares de bases que as integram. Sobre esta matéria, LEO LAVERGNE, Deux aspects de l’identification génétique en médecine légale: la position du généticien dans ce nouvel environnement et l’évaluation de rareté des profils génétiques, in L’analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l’homme, Bruylant 1997, p. 39-78 (48-74).

para cada trecho ou local polimórfico de ADN, é possível encontrar múltiplas variações do número de pares de bases apresentadas pelos indivíduos, sendo que, a cada um desses tipos de variações vão corresponder diversos montantes de repetições na sequência das bases. Ora, foi demonstrado que umas variações são mais frequentes do que outras, dependendo os tipos e as frequências das variações da população a que pertencem os indivíduos. Assim é possível detectar, *v.g.*, a maior frequência de uma sequência de x número de pares de bases para o local A do ADN dos indivíduos nascidos no norte de Portugal e uma maior frequência do número y de pares de bases para o mesmo local do ADN em indivíduos nascidos no sul do país (cfr. fig. 4, relativa à frequência alélica do locus vWA nas populações portuguesa caucasiana e de Cabo-Verde).

Frequências Alélicas do locus vWA nas Populações Portuguesa Caucasiana (n=430) e de Cabo-Verde (n=126)

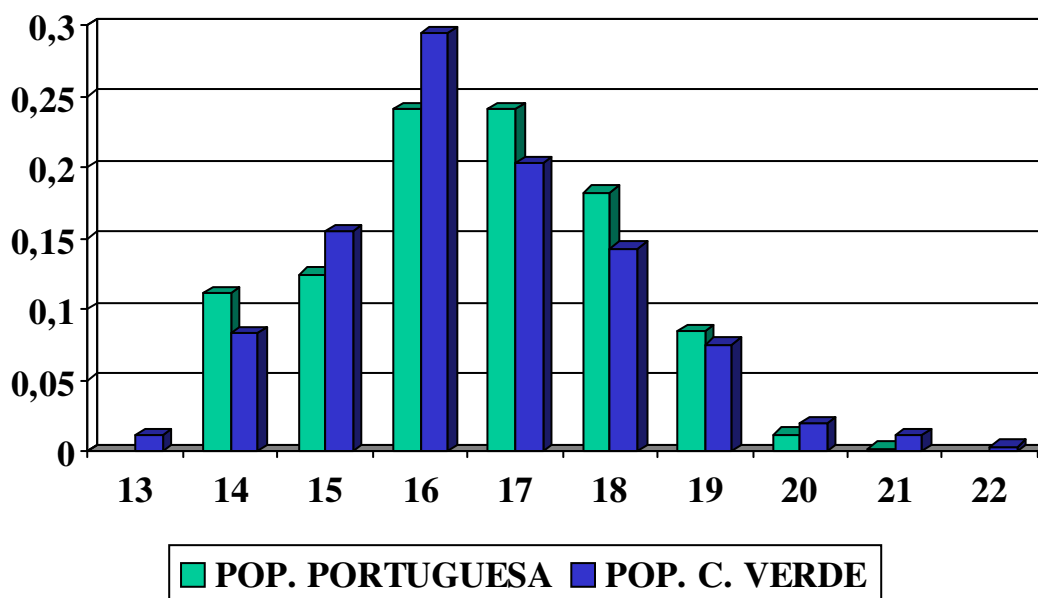


Figura 4

Isto significa que, e uma vez mais em termos muito simplificados, se um indivíduo apresenta um dada conformação extremamente rara de um local do seu ADN que também se encontra em um dos indivíduos que estão sendo investigados, esta

coincidência genética assumirá extrema relevância na determinação do grau de probabilidade de uma derivação biológica⁸.

No final da análise ao ADN dos sujeitos cuja relação biológica se pretende investigar, o perito dirá qual a probabilidade de se verificar essa derivação biológica. Actualmente a maioria dos relatórios dos peritos que se pronunciam pela “probabilidade quase provada” de existir uma derivação biológica, adoptando ainda a designação da escala de HUMMEL, atingem valores absolutamente esmagadores, pois apresentam percentagens com vários nove à direita da vírgula, sendo que à esquerda se encontra o número 99⁹.

Para além de permitir afirmar uma probabilidade muitíssimo elevada de existir um vínculo biológico entre dois sujeitos, o teste de ADN permite também proceder à exclusão dessa derivação. Este será o resultado inequívoco quando em quatro zonas de grande polimorfismo se apresentarem diferenças na conformação genética dos indivíduos. Se as diferenças forem inferiores a quatro, haverá que continuar a investigar outras zonas de ADN para se concluir se aquelas variações são mutações não excludentes de uma derivação biológica ou se, ao invés, significam exclusão de tal derivação.

5. Um ponto que nos parece extremamente relevante de reter é o seguinte. Será porventura comum que se pense que a realização de um teste de ADN para efeitos do estabelecimento de uma derivação biológica depende da possibilidade de analisar os dados dos alegados pais biológicos de determinado indivíduo. O que significaria que sem pai ou mãe biológicos seria impossível estabelecer a probabilidade de existir uma derivação biológica entre estes sujeitos e o seu alegado filho. Sem ADN fornecido pelo pretense pai e pela pretensa mãe o perito já não poderia realizar o teste destinado a averiguar a relação biológica entre estes sujeitos e determinado indivíduo.

⁸ LEO LAVERGNE, Deux aspects de l'identification génétique en médecine légale: la position du généticien dans ce nouvel environnement et l'évaluation de rareté des profils génétiques, p. 48 e segs..

⁹ Por esta razão nos é referido que, actualmente, a invocação pelos peritos do “predicado verbal” da escala de HUMMEL correspondente aos números apresentados e que é “probabilidade quase provada” deixou de ser persuasiva. Isto porque este predicado pode ser aplicado a uma percentagem da ordem dos 99,90%, quando os números atingem actualmente múltiplos dígitos à direita da vírgula.

Mas esta conclusão está errada. Não é absolutamente necessário para a determinação de uma derivação biológica que se proceda à análise e comparação do ADN dos pretensos pais e do filho.

O único indivíduo cujo ADN tem sempre de ser “tipado” é o filho. Tanto o pretenso pai quanto a pretensa mãe podem ser substituídos por indivíduos que com eles apresentem afinidades genéticas. Assim, tanto é possível analisar e comparar o ADN do filho com o ADN do pretenso pai ou da pretensa mãe, como é possível analisar e comparar o ADN do filho com o ADN dos seus avós, dos seus tios ou de seus meios irmão.

O fundamento desta afirmação encontra-se na circunstância, quanto aos avós do investigante, de nem o pretenso pai nem a pretensa mãe terem um ADN de conformação “originária”. Os dados genéticos de cada um destes indivíduos dependem da informação genética que tenham recebido dos respectivos progenitores. Deste modo, os dados que determinada criança recebe do seu pai deverão poder ser explicados através do ADN dos pais do seu pai, ou seja, através do ADN dos seus avós. Consequentemente, o pai ou a mãe podem ser substituídos pelos avós da criança para a determinação do grau de probabilidade de uma derivação biológica.

O mesmo acontece com os supostos tios, irmãos do progenitor cuja relação biológica com o investigante está em causa. Porque os tios vão buscar a respectiva informação genética aos mesmos indivíduos aos quais a vai buscar o alegado pai do investigante, haverá largas zonas em que o ADN destes indivíduos é idêntica. O mesmo se passando com irmãos do investigante. Se estes irmãos vão buscar parte da informação genética ao alegado progenitor do investigante, o ADN deste investigante e o ADN dos seus irmãos terão grande probabilidade de registarem coincidências.

A possibilidade de se recorrer a outros indivíduos, para além daquele que é investigado, a fim de se realizarem testes de ADN no âmbito de acções de investigação da filiação deverá estar sempre presente. Pois estes indivíduos, caso se mostrem dispostos a colaborar no âmbito daquelas acções, poderão solucionar muitos dos problemas que se têm suscitado quando o demandado recusa aquela colaboração. Pois os efeitos da recusa do alegado progenitor podem ser totalmente anulados se alguém que com ele apresente afinidades genéticas decidir colaborar.

6. O último ponto que deve ser retido ainda no que concerne à realização dos exames de ADN é também imprescindível para que se possa avançar para a resolução

da problemática inerente à realização coactiva destes exames. Referimo-nos ao tipo de material que deve ser colhido para que seja possível realizar testes de ADN.

Como é evidente, em tese pode ser analisado qualquer tipo de produto que contenha células com núcleo, pois dentro deste estará o ADN. No entanto, o produto normalmente recolhido para a realização dos testes de ADN é o sangue. Mas isto pela simples razão de que a maioria dos equipamentos disponíveis para a realização de testes de ADN no âmbito de processos de investigação da filiação (a situação será totalmente distinta nos laboratórios de polícia criminal) estão preparados para proceder ao tratamento do sangue. Ainda que o teste pressuponha a recolha de sangue, bastará uma picada num dedo do indivíduo para que o material recolhido seja suficiente.

No entanto, nos processos de investigação de filiação pode ser extraído ADN de produtos tão variáveis como a saliva, a unha ou o cabelo (este arrancado pela raiz sob pena de apenas permitir uma análise ao ADN mitocondrial, que contém somente informação genética transmitida pela mãe daquele indivíduo).

7. Os dados técnicos estão enunciados.

Passemos agora ao problema que nos propusemos tratar: a possibilidade de imposição coactiva da realização de testes de ADN no âmbito de acções de reconhecimento da filiação¹⁰.

Comecemos por ver quais são as soluções possíveis para este problema. E vamos verificar que as diferentes soluções têm acolhimento em diferentes ordenamentos jurídicos.

A primeira solução será a de admitir a imposição de uma realização coactiva de testes de ADN. Aquele que é demandado em acção destinada ao estabelecimento da filiação terá de suportar a recolha de um qualquer material do seu organismo que contenha ADN para que seja possível realizar o respectivo teste. Este é o sistema vigente na Alemanha, onde se vai ao ponto de se impor a realização de testes de ADN

¹⁰ Sobre a análise desta problemática, cfr. as intervenções de NATHALIE HSTIN-DENIES, *La preuve par les empreintes génétiques en droit belge de la filiation*, CLAIRE BERNARD ET CATHERINE CHOQUETTE, *Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécois e de MARIE-THERESE MEULDERS-KLEIN, Les empreintes génétiques et la fin des dilemmes?*, integrados no capítulo III, título II da obra *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Bruylant 1997.

aos sujeitos que surgem na acção como “testemunhas” e que aleguem ter, também eles, mantido relações sexuais com a mãe do investigante¹¹.

Se se entender que a imposição coactiva da realização do exame não é possível, podem conceber-se ainda duas soluções.

Em primeiro lugar pode dizer-se que sendo ordenada a realização de um exame de ADN pelo tribunal, o demandado que não compareça para este efeito será imediatamente considerado pai do investigante. A não submissão ao exame tem, conseqüentemente, efeitos ao nível do mérito da acção. Este regime, vigente nos países anglo-saxónicos¹², tem inconvenientes incomensuráveis. Para além de ser possível a fixação de uma filiação em eventual contradição com os demais resultados probatórios obtidos ao longo da acção, permite este sistema contornar os processos de adopção.

Partindo-se ainda da proibição de uma imposição coactiva da realização dos testes de ADN pode ainda pensar-se numa terceira solução. À recusa de realização do teste não corresponde uma consequência no nível do mérito da acção, mas antes no nível probatório. A recusa de colaboração será valorada em termos probatórios, podendo mesmo ponderar-se uma inversão do ónus da prova, passando este a incidir sobre o recusante. Ao que nos parece, a maioria da jurisprudência¹³ e da doutrina¹⁴ entendem ser este o sistema vigente entre nós, fundando-se esta solução no art. 519 do Código de Processo Civil¹⁵.

¹¹ Sobre o sistema alemão, RAINER FRANK, Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung, FamRZ 1995, p. 977 e seg..

¹² RAINER FRANK, Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung, FamRZ 1995, p. 976.

¹³ Vide o acórdão n. 616/98 do Tribunal Constitucional, D.R. II, de 17 de Março de 1999, que se pronuncia pela constitucionalidade da interpretação do art. 519/2 do CPC segundo a qual a recusa de colaboração da parte, à qual foi ordenada a realização de um exame hematológico, pode ser valorada em termos probatórios. Com este aresto estarão afastados alguns dos argumentos que levavam os tribunais a decidir que a recusa de colaboração da parte apenas podia determinar a condenação em multa, não legitimando uma valoração probatória.

¹⁴ LEBRE DE FREITAS *ed alter*, Código de Processo Civil anotado, *sub art.* 519, n. 6; LOPES DO REGO, Comentários ao Código de Processo Civil, *sub art.* 519, n. IV.

¹⁵ Afirmando, à luz do CPC de 39, que a recusa de colaboração pela parte importava a imediata confissão dos factos que se visavam provar através daquela colaboração, ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil anotado, III, p. 323 e segs..

8. Perante a exequibilidade pragmática de qualquer uma destas três soluções, qual parece ser a que melhor tutela os interesses do investigador?

Se partirmos do princípio que os interesses do investigador no estabelecimento da sua filiação jurídica pressupõem a determinação de uma derivação biológica, parece-nos claro que o melhor sistema será aquele que afaste todos os obstáculos à realização dos testes de ADN. Com efeito, só estes podem estabelecer, com rigor, uma derivação biológica. Qualquer outro meio de prova é absolutamente falível para estabelecer esta derivação, pois haveria que demonstrar perante o tribunal que o nascimento de dado indivíduo ocorreu na sequência de uma concreta relação sexual, na qual se tenha verificado a fecundação de um óvulo por espermatozóide de determinado indivíduo. *Probatio diabolica*.

Creemos que dificilmente se poderá contra-argumentar com a necessidade de ponderar os resultados de um eventual teste de ADN com as restantes provas produzidas no processo ou com presunções pré-existentes, se com esta linha de raciocínio se pretende fundar uma equivalência entre o teste de ADN e outras prova que possam ser avaliadas. Ao que julgamos, a “verdade” decorrente dos resultados de um teste de ADN não tem paralelo com a convicção que pode ser formada no espírito do julgador por qualquer outro meio de prova¹⁶. Neste particular, o princípio da equivalência dos meios de prova, que permitiria negar a necessidade do teste perante a eventual existência de outras provas, não tem valia. Pois de nada serve invocar e estabelecer uma paternidade pelo facto de o pretense pai ter reputado toda a vida determinado indivíduo como seu filho se a genética desmente este resultado.

¹⁶ Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, O estabelecimento da filiação, *sub* art. 1801.XI escreve: “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 (...)” Apesar de na altura da redacção deste texto acontecer que, entre nós, apenas era possível fazer a prova negativa, ou seja, a prova da exclusão da paternidade, actualmente é realizada em Portugal a prova positiva da paternidade. Com isto se pretende dizer que, atendendo quer ao tipo de produto analisado (directamente o ADN), quer à metodologia dos exames, é possível demonstrar não apenas a existência de incompatibilidades, mas a existência de semelhanças nos locais com polimorfismo do ADN. Pelo que estão verificadas as condições enunciadas por GUILHERME DE OLIVEIRA: actualmente, parece haver necessidade de vincular o juiz civil às respostas dos peritos. Com isto se aumenta a força probatória da peritagem, deixando de poder dizer-se que estes meios de prova tenham apenas força probatória bastante.

Com isto não se pense que estamos defendendo que a verdade biológica deva ser o único valor em equação em toda a problemática do estabelecimento da filiação. Seguramente que o sistema deve estabelecer determinadas presunções de maternidade e de paternidade, concordantes com os padrões que, sendo socialmente aceites, permitem o melhor equilíbrio da relação familiar. É, nomeadamente, saudável que se presuma que pai de uma criança é o marido da mãe, tal como se recomenda que se presuma que pai de uma criança é o homem que vive em união de facto com uma mulher¹⁷. Talvez não tanto porque se parta da presunção de uma exclusividade das relações sexuais entre duas pessoas que têm uma ligação de convivência, mas sim porque se supõe que esta é a “verdade” menos arriscada para a criança. Haverá situações em que é melhor continuar a viver com a verdade que sempre o foi do que proceder a uma alteração traumática, psíquica e socialmente, das referências de um conjunto de indivíduos. Mas sempre que aquilo que está em causa é a determinação de uma filiação que assenta numa derivação biológica mantemos o que acima afirmámos: não haverá, no estado actual do conhecimento, prova melhor colocada para proceder à demonstração dessa derivação do que o teste de ADN¹⁸. Nestes casos, ao investigador não interessa uma paternidade qualquer, interessa-lhe a paternidade biológica.

9. A fiabilidade dos resultados dos testes de ADN darão, ao que nos parece, uma imensa tranquilidade ao tribunal no momento de decidir¹⁹. Atendendo à relevância ética

¹⁷ Cfr. princípio 5º do Livro branco sobre os princípios relativos ao estabelecimento e às consequências jurídicas da filiação.

¹⁸ Cfr. princípio 14º do Livro branco sobre os princípios relativos ao estabelecimento e às consequências jurídicas da filiação. No n. 51 deste documento pode ler-se: “Quando se procura a verdade biológica nos processos respeitantes ao estabelecimento ou à impugnação da filiação, importa utilizar os métodos mais fiáveis existentes. *As modernas técnicas de análise do ADN conjugadas com outras informações médicas permitem agora determinar de forma quase certa quem é ou não é o pai biológico da criança*” (itálico nosso).

¹⁹ A este propósito veja o acórdão do STJ de 21.6.1983, publicado no BMJ n. 328, p. 297-301, onde se pode ler: “Lá fora, são já correntes certos meios científicos que permitem apurar a paternidade biológica com um muito elevado grau de probabilidade. Ainda há pouco se noticiava que um juiz norte-americano decide rapidamente as acções de investigação mediante uma série de três HLA (antigénio do leucócito humano).” Se pensarmos que a fiabilidade dos testes realizados directamente ao ADN têm uma fiabilidade muito superior aos testes então realizados e referidos pelo STJ no citado aresto, poderemos inferir da força persuasiva do resultado de um teste de ADN. Já em 1935, SIMÕES CORREIA, A

e jurídica do vínculo de filiação, aos efeitos jurídicos²⁰ e sociais derivados da determinação de um parentesco que pressuponha uma derivação biológica, cremos que o proferimento de uma decisão, da qual resultarão todos aqueles efeitos, traduz um acto de extremo melindre. As consequências do erro judicial são, nestes casos, tremendas, tanto quando é negada uma paternidade, como quando ela é admitida. A probabilidade de ocorrer um erro pode ser drasticamente diminuída se se recorrer a exames de ADN. Esta circunstância apontaria para um recurso muito frequente aos exames de ADN²¹.

10. Para além da fiabilidade dos resultados decorrentes de testes de ADN, se pensarmos agora nos custos que este meio de prova representa podemos mesmo afirmar que será menos oneroso para o tribunal pedir a realização de um teste desta natureza do que proceder à audição de múltiplas testemunhas que visarão provar, umas, que a filiação deve ser reconhecida, outras, que assim não é.

11. À fiabilidade dos resultados decorrentes de um exame de ADN devem ser contrapostos os inconvenientes que estes exames implicam para aqueles que a eles se devem sujeitar.

Por um lado terão os sujeitos que devam submeter-se aos exames de se deslocar a um estabelecimento oficial para que aí seja efectuada a recolha de um qualquer produto de que possa extrair-se ADN.

Por outro deverão permitir que lhes seja feita uma picada, em regra, num dedo e que a zona picada seja levemente pressionada para que seja possível proceder à recolha de sangue. Pode ainda acontecer que devam admitir que lhes seja arrancado um cabelo

investigação da paternidade ilegítima, ns. 40 e 41, aludia às provas tendentes a demonstrar a paternidade biológica que, então, se circunscreviam à verificação de existência de semelhanças fisionómicas e anatómicas e à identidade de grupos sanguíneos.

²⁰ Os efeitos mais relevantes decorrentes do estabelecimento de um vínculo de filiação são enunciados na Parte B. Livro branco sobre os princípios relativos ao estabelecimento e às consequências jurídicas da filiação. Aí se referem o poder paternal, a obrigação de alimentos, a atribuição de um nome e de uma nacionalidade à criança e os efeitos sucessórios.

²¹ Infelizmente, os testes de ADN têm custos. A ponderação destes custos, atendendo ao contexto geral de falta de recursos financeiros nos tribunais, poderá determinar uma de duas situações. Se os tribunais se propõem pagar os testes realizados pelos estabelecimentos oficiais, limitar-se-ão a requerer os exames que possam efectivamente pagar. Na situação inversa, poderão requerer todos os exames que julguem convenientes, mas farão perigar a solvabilidade dos estabelecimentos oficiais.

pela raiz, que lhes seja pedido que cusparam para uma lâmina ou que se lhes retire um pedaço da ponta de uma unha.

12. Se confrontarmos, de um lado, a relevância probatória dos testes de ADN, a fiabilidade dos respectivos resultados, potenciadora de uma anulação do erro judiciário, os interesses preponderantes num processo tendente a estabelecer a filiação e os custos com a instrução de um processo, de outro, os inconvenientes que deve sofrer aquele que tem de sujeitar-se a um teste de ADN, diremos que a ponderação aponta no sentido de a melhor solução ser aquela que vigora na Alemanha, ou seja, a de admitir a imposição coactiva de uma realização dos testes de ADN

Mas será esta a solução contida no nosso ordenamento?

A resposta a esta questão não é, de todo, linear.

Que a realização de testes de ADN no âmbito de processos de investigação da filiação é admissível resulta expressamente do art. 1801 do Código Civil, preceito que tem sido alvo de crítica pois que se limita a afirmar alguma coisa que decorre já do princípio da liberdade de prova, vigente no nosso sistema²².

Que o juiz possa ordenar a realização de testes de ADN parece decorrer em linha directa dos poderes instrutórios do tribunal, expressamente previstos no art. 265 do Código de Processo Civil.

Mas será possível impor a realização coactiva destes testes?

13. A resposta à questão que acabámos de enunciar resultará da interpretação do art. 519 do Código de Processo Civil, havendo que concretizar a amplitude com que o nosso sistema consagrou o princípio da cooperação em matéria probatória.

Segundo o art. 519/1, o dever de colaboração para a descoberta da verdade impende sobre todas as pessoas, sejam ou não partes na causa²³. Este dever de

²² Sobre o art. 1801 do Código Civil, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, Estabelecimento da filiação, Almedina 1979 (6ª reimpressão, Fevereiro 2001), *sub* art. 1801.II e Aspectos jurídicos da procriação assistida, Temas de direito da medicina, Coimbra Editora 1999, p. 12.

²³ Sobre o dever de colaboração ou de cooperação em matéria probatória, cfr. PEREIRA BATISTA, Reforma do processo civil. Princípios fundamentais, Lex, p. 70 e segs.; LEBRE DE FREITAS, Introdução ao processo civil, Coimbra Editora 1996, n.8.2. LEBRE DE FREITAS *ed alter*, Código de Processo Civil anotado, *sub* art. 519; LOPES DO REGO, Comentários ao Código de Processo Civil, *sub* art. 519; TEIXEIRA DE SOUSA, Estudos sobre o novo processo civil, Lex 1997, p. 62 e segs..

colaboração implica, entre outras coisas, uma submissão às inspeções necessárias ao apuramento da verdade.

De acordo com o n. 2 do mesmo art. 519 que aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis. O que significa que, havendo recusa e não sendo esta legítima, a parte ou ao terceiro serão condenados em multa independentemente de lhes serem aplicados ou não meios coercitivos.

Em seguida estabelece o art. 519/2 que sendo o recusante parte, a sua recusa poderá ser valorada para efeitos probatórios, sendo ainda possível, nas circunstâncias previstas no art. 344/2 do Código Civil, proceder à inversão do ónus da prova.

Numa primeira tentativa de articulação das duas partes do art. 519 diremos que apenas poderá haver lugar à aplicação das sanções previstas na segunda parte se, sendo o recusante parte, não tiver sido possível utilizar os meios coercitivos adequados a garantir a colaboração. Pois que se estes meios forem usados e a “colaboração” garantida, terá sido apresentado o meio de prova necessário pelo que não fará sentido valorar a conduta inicialmente omissiva do recusante.

Centremo-nos agora nos nossos testes de ADN. Vimos acima que o único indivíduo cujo ADN tem de ser necessariamente analisado é aquele que quer ver reconhecida a sua filiação. Já quanto aos seus pais, se a filiação for desconhecida apenas quanto a um deles e se só relativamente a esse se pretender o reconhecimento judicial, vimos que se é mais simples proceder à determinação da probabilidade de uma derivação genética analisando o ADN desse alegado indivíduo e da mãe do investigador, o pretense pai pode ser substituído por pessoas que com ele apresentem uma afinidade genética. Deste modo, se o dever de colaboração incide, em primeira linha, sobre o pai, não deverá esquecer-se que tal dever de colaboração incidirá sobre quantos apresentem uma afinidade genética com ele. Qualquer um deles poderá contribuir para a descoberta da verdade, no caso, a existência de uma derivação biológica.

Ora, aquilo que cumpre perguntar, num primeiro momento, é se é possível impor à parte ou aos terceiros que com ele apresentem uma afinidade genética a realização de testes de ADN no âmbito de processos de investigação da filiação.

Mas há uma outra questão que tem de ser equacionada. Vimos que para a realização do teste de ADN é fundamental a recolha de material do filho. Como pode garantir-se que seja recolhido o seu material? O que fazer se este filho não é parte e se o

alegado pai, contra o qual se invoca uma presunção, necessitar de demonstrar que não é o pai biológico através da realização de testes de ADN?²⁴

Centremo-nos no primeiro problema. Será possível o recurso a meios coercitivos para a realização de testes de ADN?

14. Quando se fala da aplicação de meios coercitivos, em ligação com a realização daquele tipo testes, pode estar a falar-se de duas coisas distintas.

Por um lado pode estar a dizer-se que a parte deve ser obrigada a apresentar-se perante o Instituto de Medicina Legal sob pena de aí ser conduzida sob custódia. Neste caso, o meio coercitivo será adequado a garantir a presença do indivíduo perante o instituto que realizará a perícia. Mas há depois um segundo momento em que pode falar-se de coacção. Haveria uma realização de um teste de ADN com utilização de meios coercitivos se se impusesse ao sujeito a recolha de um qualquer produto do seu organismo a fim de que deste fosse extraído o ADN para a análise.

É evidente que admitir que o sujeito pode ser conduzido sob custódia ao Instituto de Medicina Legal para depois não poder ser-lhe imposta a recolha de sangue, de um cabelo ou de saliva, é pugnar por uma solução inútil. Com efeito, ela implica o dispêndio de meios que não levam ao resultado pretendido: a realização do teste.

Deste modo, a única coerção que pode ter alguma utilidade reside na imposição ao sujeito da obrigação de permitir a recolha de material de que possa extrair-se ADN.

15. E será possível aquela coerção?

Dois argumentos fundamentais se têm avançado para negar esta possibilidade.

Por um lado e no que respeita à imposição de meios coercitivos que garantam a presença do indivíduo junto do Instituto de Medicina Legal, afirma-se que a utilização de tais meios implica uma violação do direito à liberdade do indivíduo. Ele não pode fazer o que quer, não pode ir onde quer num determinado dia, pois que nesse dia tem de ir ao Instituto de Medicina Legal. Esta restrição ao direito fundamental à liberdade, previsto no art. 27 da Constituição. Não estando prevista neste art. 27 qualquer restrição ao direito à liberdade quando o sujeito deva ser acompanhado ao Instituto de Medicina

²⁴ Impondo a comparência da mãe, acompanhada do menor, no Instituto de Medicina Legal para a realização de testes de ADN, cfr. o acórdão do STJ de 11.3.1997, publicado na Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça 1997, I, p. 145.

Legal e por os direitos fundamentais apenas admitirem as restrições previstas na Constituição, conforme se lê no art. 18/1 deste diploma²⁵.

Por outro sustenta-se que a imposição de uma recolha de material biológico do indivíduo contra a sua vontade implica uma violação do seu direito à integridade física, direito que, nos termos do art. 25 da Constituição, não admite qualquer restrição.

E avança-se com a seguinte solução. Não sendo possível a utilização de meios coercitivos que limitem, em posições mais abrangentes, quer o direito à liberdade quer o direito à integridade física, ou que restrinjam, em posições menos abrangentes, apenas o direito à integridade física, admite-se que o tribunal determine a realização de testes. No entanto, se o sujeito obrigado a esta realização não colaborar com a justiça será condenado em multa e, para parte da jurisprudência e da doutrina, verá ainda a sua conduta omissiva valorada em sede probatória, admitindo-se inclusivamente uma inversão do ónus da prova.

Verifica-se, porém, uma certa contradição nesta proposta de solução. Na verdade, não nos parece possível invocar, por um lado, a impossibilidade de recurso a meios coercitivos por esta implicar uma violação de direitos fundamentais e, por outro, condenar o recusante ao pagamento de uma multa e valorar a respectiva conduta omissiva em sede probatória. Pois que, de duas uma. Se a colaboração implica violação de direitos fundamentais a recusa a colaborar é legítima. Neste caso, tanto é impossível usar meios coercitivos que imponham a colaboração quanto qualificar a recusa de colaboração de ilegítima. Mas se a recusa de colaboração é legítima, não pode depois dizer-se que a parte recusante será condenada em multa e ficará numa posição desvantajosa em sede probatória. Ao invés, se se considera que a recusa não é legítima por não implicar violação de direitos fundamentais, deverá admitir-se o recurso a meios coercitivos uma vez que estes apenas eram excluídos por se pressupor que implicavam uma violação a direitos fundamentais afinal não verificada. Neste último caso não haverá que valorar qualquer conduta omissiva porque, tendo havido recurso a meios coercitivos, o teste será realizado. De pouco servirá atribuir à omissão relevância de princípio de prova se o teste permitirá a prova cabal. O que nos parece impossível é considerar, por um lado, que não pode recorrer-se a meios coercitivos por estes

²⁵ Sobre o conteúdo do direito à liberdade e constitucionalidade das respectivas restrições introduzidas pelo legislador ordinário, cfr. acórdão n. 479/94, de 7.7.1994, do Tribunal Constitucional, publicado no BMJ n. 439, p. 69-121

implicarem violação de direitos fundamentais e, por outro, fazer aderir efeitos negativos à omissão da parte. Isto equivaleria a fazer crescer desvantagens jurídicas a uma conduta que se considera lícita. Ora a cumulação de licitude com desvantagem em caso de omissão é apenas compatível com a figura do ónus, não com a figura do dever. E é uma situação jurídica deste tipo que encontra consagração no art. 519 do Código de Processo Civil.

16. Se temos de afastar qualquer solução que simultaneamente impeça o recurso a meios coercitivos por haver violação de direitos fundamentais e que trate a omissão de colaboração como juridicamente reprovável, temos que, de duas, uma. Ou se considera que a realização de exames não atinge direitos fundamentais e que, como tal, é possível o recurso a meios coercitivos ou se conclui pela existência de uma violação de direitos fundamentais na realização de testes de ADN e, como tal, se impede quer a aplicação de meios coercitivos quer a valoração negativa da conduta do recusante.

A segunda solução, apesar de nos parecer coerente, é perigosa. Pois dela resulta que o sujeito ao qual o tribunal determina a realização de um teste de ADN vê impender sobre si uma situação jurídica que não é uma obrigação. Isto porque do pura e simples incumprimento não resulta qualquer consequência. O recusante não estaria sujeito sequer a um ónus de colaborar pois da não realização do teste nenhuma desvantagem para ele decorreria. Mas este resultado é o único possível se se admite a existência de uma violação de direitos fundamentais.

17. Que posição tomar em toda esta problemática?

Aparentemente, haveria apenas que questionar se o acto de recolha de material biológico deve ser considerado uma violação à integridade física de um indivíduo ou ao seu direito à liberdade. Sendo a resposta a qualquer destas questões positiva a solução seria evidente: nem meios coercitivos, nem valoração da omissão.

Mas esta perspectiva do problema surge-nos de algum modo como redutora. Com efeito, ela relega para segundo plano um dado absolutamente fundamental. Mesmo que se admitisse que a realização de um teste de ADN atinge a integridade física, esta violação não é arbitrária. Ela apresenta-se como absolutamente necessária para o exercício de um outro direito constitucional, a saber, o direito à identidade pessoal. O mesmo se diga da necessidade de condução de um indivíduo sob custódia ao Instituto

de Medicina Legal. A haver violação do direito à liberdade esta apresenta-se como absolutamente fundamental para o exercício do direito à identidade pessoal.

E não se diga que este direito constitucional pode ser tutelado através do exercício do também constitucionalmente consagrado direito à prova através da apresentação de outros meios de prova. Pois, como vimos e tal como é reconhecido pelo Comité de peritos para o direito da família do Conselho da Europa, no estado actual do conhecimento o teste de ADN é a melhor prova num processo de estabelecimento da filiação fundada numa derivação genética.

Do que antecede dir-se-á que a eventual restrição ao direito à integridade física decorrente da realização de um teste de ADN é absolutamente proporcionada e adequada aos fins que com essa restrição se visam obter: permitir um resultado judicial nas acções de estabelecimento da filiação compatível com a realidade.

Mas, perguntar-se-á, deverá ser qualificada como uma violação à integridade física a picada de um dedo? A recolha de um cabelo? A recolha de saliva? Qualquer um destes actos nos parece absolutamente estranho ao núcleo do direito à integridade física, tal como previsto no art. 25 da Constituição. As condutas que o legislador constitucional veda como atentatórias deste direito são a submissão da pessoa a tortura, maus tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. Que analogia se pode estabelecer entre qualquer um destes actos e a recolha de um cabelo ou de saliva ou mesmo a picada de um dedo? Julgamos que nenhuma. Qualificar a recolha de saliva como uma violação à integridade física significar empolar de tal forma este direito constitucional que jamais será possível encontrar-lhe o núcleo fundamental.

E cabe ainda perguntar, neste contexto, como é possível sustentar a conformidade constitucional de um diploma que permite a recolha coerciva de sangue quando um indivíduo esteja conduzindo em estado de embriaguez aparente e sustentar, simultaneamente, a desconformidade constitucional de uma ordem judicial que imponha a recolha coerciva quer de sangue, quer de um cabelo ou de saliva, para a determinação de um vínculo de filiação é algo de anómalo. O direito à integridade, se impuser a impossibilidade de recolha de sangue ou de outro material, tanto não admite restrições constitucionais num caso como no outro.

18. Independentemente da linha de argumentação que pode ser extraída da vigência de um diploma que admite a realização coerciva de exames de sangue, pensamos que qualquer um dos tipos de acção que são necessários à recolha de

materiais, dos quais se possa extrair ADN não consubstanciam violações ao direito à integridade física. E porque esta é a nossa conclusão, diremos que não encontramos qualquer obstáculo à imposição coerciva da realização de exames de ADN. Sendo possível a realização coerciva de testes de ADN, não haverá necessidade de proceder à valoração de qualquer conduta omissiva. Porque não haverá omissão.

Se esta posição se pode considerar relativamente isolada entre nós onde se qualificam os exames de sangue agressões banais violadoras da integridade física²⁶, pode ser invocada em seu abono a jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem que considerou que a realização deste tipo de exames não consubstancia qualquer violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem por ser conforme ao interesse superior da criança²⁷. E se dúvidas persistirem quanto à possibilidade de recolha coerciva de sangue, então que se admita que quem tem de se submeter à realização de testes de ADN possa ser obrigado a cuspir para uma lâmina.

Março de 2002

²⁶ Neste sentido, o acórdão n. 616/98 do Tribunal Constitucional, de 21.10.1998.

²⁷ Vide princípio 14.53 do Livro branco sobre os princípios relativos ao estabelecimento e às consequências jurídicas da filiação.