

SUSANA COSTA

## (S)em nome do pai<sup>1</sup>

O artigo tem como objectivo abordar pormenorizadamente os actores institucionais, as perícias e as paternidades no sistema judicial português, ao 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). São também abordados os modos de intervenção dos diferentes actores institucionais e a produção de conhecimento público considerado fiável e robusto neste tipo de processos.

Tenta-se mostrar de que forma o desajustamento entre o edifício legal e o edifício da ciência no quadro das Averiguações Oficiosas de Paternidade pode levar à emergência da redefinição do direito e de uma reflexão alargada sobre a forma como a prova é incorporada na decisão judicial.

**Palavras-chave:** ADN; Averiguação Oficiosa da Paternidade (AOP); paternidade; sistema judicial; sociologia do conhecimento.

### 1. Introdução

Até 1966 a investigação da paternidade pertencia à iniciativa privada de cada cidadão. Com as alterações decorrentes do Código Civil de 1966 passou a ser da iniciativa do Ministério Público (MP) investigar a paternidade de todo o menor em cujo assento de nascimento estivesse omissa o nome do progenitor. Assim, o Estado, por intermédio do MP, passou a ter a seu cargo a função pública de regulação legal da paternidade sempre que nasça uma criança fora do casamento institucional e se verifique um assento de nascimento incompleto.<sup>2</sup> Nessas situações, cabe ao funcionário do Registo Civil remeter ao Tribunal competente a certidão de nascimento incompleta, para propositura de uma averiguação oficiosa de paternidade (AOP), sujeita a duas premissas-chave: primeiro, não podem ter decorrido mais de dois

---

<sup>1</sup> Este artigo é baseado na tese de doutoramento da autora, intitulada *Filhos da (sua) mãe. Actores institucionais, perícias e paternidades no sistema judicial português*, apresentada em 2009 na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e financiada pela FCT (SFRH/BD17938/2004). Agradeço à Ana Raquel Matos o precioso trabalho de correcção.

<sup>2</sup> Cf. artigo 1864º do Código Civil.

anos sobre o nascimento do menor<sup>3</sup> e, segundo, não pode ser intentada a acção tratando-se de casos que envolvam relações de parentesco no segundo grau da linha colateral entre a mãe e o pretenso pai do menor (Machado, 2002 e 2007; Oliveira, 2003).

Iniciava-se uma época marcada pela investigação compulsiva da paternidade que teria repercussões até à actualidade.

Com a Reforma da Filiação de 1977 é introduzida uma medida legislativa que viria a permitir a utilização dos exames científicos como meio de prova na investigação judicial de paternidade<sup>4</sup> e viria “(...) inaugurar a abertura à denominada verdade biológica com base em métodos cientificamente provados, estabelecendo o princípio de que os laços de sangue entre o pai e o filho são a principal determinante do reconhecimento judicial” (Machado, 2007: 21).

É, finalmente, com a introdução progressiva do elemento científico no auxílio à justiça que, cada vez mais, se reúnem as condições para fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica. Graças aos recursos da genética e à maior disponibilidade dos juristas para aceitar as provas científicas, abria-se caminho para o ADN ser considerado um recurso útil em tribunal, permitindo reduzir o espaço de incerteza associado às decisões sobre a atribuição de paternidades, anunciando-se uma redução drástica da incerteza associada quer aos casos criminais, quer aos casos de investigação de paternidade. Desta forma, o ADN constituía-se como “uma espécie de panaceia para os principais males de que enferma o sistema judicial português na actualidade” (Silva e Machado, 2008: 157).

Através do recurso à ciência estar-se-ia, por fim, numa fase em que a “prova fraca” ditada pelas provas tradicionais – prova documental, prova testemunhal e critérios-chave associados à avaliação da paternidade: *pater ist est quem nuptiae demonstrat*<sup>5</sup>, prova de exclusividade das relações sexuais, período legal de concepção – poderia dar lugar a uma prova que permitiria, mais do que uma presunção forte, a certeza (Oliveira, 2003).

A introdução do ADN no sistema judicial não apenas permite circunscrever a dúvida, mas também tornar o sistema menos moroso e com respostas alegadamente menos dependentes da difícil ponderação de elementos heterogéneos e de fiabilidade variável, de testemunhos pouco credíveis ou decisões tomadas com base nas parecenças entre o Pretenso Pai (PP) e o menor ou baseadas no comportamento da mãe (Machado, 2002).

<sup>3</sup> Depois desse prazo a lei também permite a instauração da investigação da paternidade durante a maioridade do filho ou nos dois anos após a sua emancipação.

<sup>4</sup> Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, transposto para o artigo 1801.º do Código Civil.

<sup>5</sup> O pai é o marido da mãe (máxima latina ainda hoje com forte peso na ponderação da prova).

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 da paternidade à alegada verdade biológica revelada pelos procedimentos científicos.

## **2. As fronteiras e as articulações entre o social e o natural à luz do conceito de co-produção**

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, importa analisar que tipo de uso é feito dessa tecnologia ao serviço da justiça e que tipo de relação é mantida entre a ciência e o direito de forma a tornar admissível a prova científica no contexto judicial.

No caso aqui em análise tenta-se perceber se existe co-produção de conhecimento entre a ciência e o direito, se existem barreiras ou delimitação de fronteiras entre esses conhecimentos (Galison e Stump, 1996; Shapin e Schaffer, 1985; Costa *et al.*, 2002; Costa, 2003) e de que forma é que a utilização do ADN permite ou não a colaboração entre estas duas áreas de saber(es).

O estudo enquadra-se na perspectiva do idioma co-producionista, entendido como “(...) uma forma de interpretar e prestar contas para fenómenos complexos de forma a evitar as supressões e as omissões estratégicas da maioria das outras perspectivas das ciências sociais” (Jasanoff, 2004: 3). Esta perspectiva, ao procurar escrever e reescrever a fronteira entre o social e o natural, enquadra a aplicação da ciência no mundo social, ao mostrar, por um lado, a autonomia dos vários campos do saber e, por outro, as articulações dos diversos saberes. Deste modo, pretende-se dar conta da emergência das complementaridades e articulações entre os diversos modos de conhecer e de saber (Callon, *apud* Grint e Woolgar, 1997). Nesse sentido, 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 (Jasanoff, 2005). Uma abordagem baseada no conceito de epistemologia cívica, entendido como um modo de produção e validação do conhecimento público, permitiu explorar o processo que está associado ao tema central deste estudo. A epistemologia cívica é entendida por Jasanoff como estando associada “(...) às práticas institucionalizadas pelas quais os membros de uma dada sociedade testam e desenvolvem as pretensões do conhecimento com base para fazer escolhas colectivas” (*ibidem*: 255).

Em Portugal, a questão que este trabalho levanta é a de que chegámos a um momento em que estamos a construir uma nova epistemologia cívica

entre a ciência e o direito, em que a perícia científica assume um papel central, ainda que a credibilidade das provas tradicionais não seja ultrapassada.

Será interessante, então, analisar como é que se está a reconstruir uma nova epistemologia cívica, no sentido de criar um novo regime de credibilidade, que traz novas exigências aos cidadãos: celeridade, mais certeza, mais rigor. Impõe-se ainda perceber “(...) como é que (...) o surgimento da ciência como um espaço de política visível afectou o papel e o significado da própria cidadania” (*ibidem*: 247).

À luz dos conceitos de co-produção e de epistemologia cívica tenta-se perceber de que forma é que a entrada em cena da biologia no mundo do direito se opera. Procura-se compreender de que forma é que as diferentes áreas do saber aqui envolvidas, e os diferentes actores que delas derivam, assumem e desenvolvem os seus papéis numa nova configuração de conhecimentos e de práticas, a partir de uma realidade concreta: o uso do ADN na AOP.

Importa também entender como se faz essa articulação entre as diferentes “ecologias do saber” e as diferentes “ecologias e práticas” (Santos, 2002 e 2004) e como é que a co-produção é aqui realizada, não só entre as diferentes disciplinas, mas também entre os diferentes actores intervenientes. Pretende-se finalmente questionar 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 de igual forma que cumprir os critérios jurídicos para poder ser admissível em tribunal.

### **3. (S)em Nome do Pai – uma breve análise quantitativa dos processos de AOP num tribunal do Norte de Portugal**

Este trabalho derivou de quatro hipóteses centrais. A primeira hipótese foi a de que a actuação do Ministério Público pode 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 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 foi a de que o comportamento moral e sexual da mãe continua a condicionar o desfecho dos processos de AOP; e a quarta foi a de que o ADN é usado discricionariamente em função dos casos e das suas características.

O estudo reporta-se à análise de dados fornecidos por um Tribunal de Família e Menores localizado no Norte de Portugal, que designei “Tribunal

do Senhor da Pedra”,<sup>6</sup> onde permaneci ao longo do ano de 2008, tendo analisado processos entrados entre Fevereiro de 2001<sup>7</sup> e Outubro de 2008.<sup>8</sup>

Os processos de AOP analisados representam ¼ 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.

Foram analisados 123 processos de AOP e 9 processos de acção de investigação de paternidade (AIP), com base numa grelha previamente elaborada. Adoptou-se o método de caso alargado (Burawoy *et al.*, 1991 e 2000), que se baseia na análise aprofundada de um conjunto de casos que concentram de forma densa e exemplar características que permitem elucidar sobre aspectos cruciais da problemática. O trabalho de terreno foi sendo complementado com entrevistas a cientistas e técnicos de laboratório, mães que passaram por processos de AOP,<sup>9</sup> magistrados judiciais, magistrados do MP e técnicos de serviço social.

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.

Não cabe no âmbito deste artigo evidenciar exaustivamente os dados quantitativos apurados. Consequentemente, referir-se-ão de forma sucinta alguns desses dados que permitem ligar com a análise qualitativa elaborada e que nos remetem para as principais conclusões deste estudo.

Os 123 processos de AOP objecto de estudo foram divididos em quatro categorias simplificadas, que permitem perceber não apenas como terminaram estes casos, mas parte das razões que levam a que o pai biológico seja identificado, ou, pelo contrário, a sua identidade permaneça incógnita. Assim, foi considerada como primeira categoria a “perfilhação voluntária” (PV), 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 em perfilhação voluntária (tendo em conta a nomenclatura utilizada pelos tribunais), são casos em que só após a intervenção judicial e pericial o pai biológico se dispõe a perfilhar o menor. Estes processos foram designados por “perfilhação condicionada pelo ADN” (PcondADN). Uma terceira categoria diz respeito aos processos

<sup>6</sup> Todos os nomes, incluindo o do tribunal, são fictícios.

<sup>7</sup> Data de inauguração deste tribunal.

<sup>8</sup> Últimos processos concluídos à data da recolha da amostra.

<sup>9</sup> No âmbito deste estudo era intenção da autora ter entrevistado, igualmente, pretensos pais. Não obstante, tal não foi possível dada a sua manifesta indisponibilidade para conversar ou prestar declarações.

que terminaram como “inviáveis”, ou seja, aqueles casos em que, com ou sem recurso à tecnologia, não se chegou à verdade biológica e, por conseguinte, por diversos motivos, o menor não viu estabelecido por lei o seu verdadeiro pai biológico. Por último, a categoria “outros” diz respeito a casos que, embora escassos, não se enquadram em nenhuma das restantes categorias; são processos que, por lapso ou erro do tribunal competente, terminaram antes de iniciar.

As PV ocupam um lugar de destaque nos processos de AOP. No tribunal estudado, em termos práticos, 81 % dos processos terminam em PV, sendo que, em 50% deles se trata, na realidade, de PV e em 31 % de casos estamos a falar de perfilhações efectuadas após a realização do teste de ADN. No entanto, em 18 % dos casos estudados nem mesmo após a intervenção compulsiva do Estado se consegue atribuir a paternidade biológica destes menores.

Desta primeira análise pode concluir-se que a esmagadora maioria dos processos tem o fim esperado, ou seja, a identificação do pai biológico do menor. Mas também permite 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 e o uso cada vez mais generalizado do teste de ADN, provavelmente a identidade destes PPs permaneceria incógnita.

Isto sugere a existência de perfilhações que decorrem de uma declaração da ciência (PcondADN), isto é, há perfilhação porque a ciência o determinou e se aceitou a verdade ditada pela ciência; e há perfilhações baseadas numa declaração de vontade (PV), não sendo aqui possível aferir pela existência de um vínculo biológico.

Esta distinção revelou-se da máxima relevância para a análise, já que viria a permitir demonstrar como os tribunais concluem pela existência do vínculo biológico e de que forma a ciência está a contribuir para essa descoberta.

No total de processos de AOP também foi possível concluir que apenas em 35% se recorreu ao teste de ADN e que, na grande maioria (65%), o ADN não foi chamado a dar o seu contributo. Porém, se atentarmos nos casos que terminaram por inviabilidade, verificamos que apenas em 18% o MP solicitou a realização do teste de ADN, não o tendo feito nos restantes 82%.

Obviamente, algumas destas inviabilidades estão associadas a situações em que a mãe não quer ou não sabe identificar o PP do menor e, como tal, torna-se manifestamente inviável ao MP determinar a realização do teste. No entanto, da análise dos processos de AOP pode concluir-se estar-se na presença de um número considerável de inviabilidades em que o teste de ADN não foi realizado por outras razões, o que pode indiciar a existência de situações que mais à frente serão descritas como casos excepcionais da lei.

Outra das conclusões que a análise quantitativa dos dados nos permite retirar é que o comportamento da mãe/mulher continua, ainda, a ser alvo de dúvidas, quer por parte dos PPs envolvidos no processo, quer por parte do próprio sistema judicial. No entanto, não foi possível demonstrar que a mãe omite a verdade. Ela identifica o PP, conta a gravidez ao PP (não o fazendo apenas em 8% das situações) e raramente entra em contradição. O PP, por seu turno, tende mais a fugir à justiça nas situações de perfilhação condicionada pelo ADN do que nas perfilhações voluntárias ou nas inviolabilidades. O PP duvida, num número significativo de casos, do testemunho prestado pela mãe,<sup>10</sup> muitas vezes sua companheira por longos anos,<sup>11</sup> acabando por perfilhar o menor apenas quando confrontado com a prova científica. Um aspecto a realçar é o facto de o PP duvidar da mãe, mas não duvidar do ADN.<sup>12</sup> 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.

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 também a muitos processos de AOP. Esta situação, em parte, foi colmatada com o afastamento da presunção de paternidade presumida,<sup>13</sup> 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. E o que deveria ser apenas um procedimento preliminar à fase judicial acaba, na grande maioria das vezes, por fechar o caso sem que os processos tenham de ser judicializados. Desta forma, outra conclusão a que parece legítimo chegar é a de que se assiste a uma desjudicialização deste tipo de processos, com uma clara

<sup>10</sup> Em 20% dos casos o PP alega o mau comportamento da mãe ou relacionamento com outro(s) homem(ns).

<sup>11</sup> Apenas 7% dos menores nascem de relações esporádicas e em 23% dos processos as relações são duradouras, indo desde os dois aos dez anos de envolvimento entre os progenitores. 33% das mães mantêm uma relação amorosa com o PP e em 24% dos casos têm uma relação marital.

<sup>12</sup> Após realização do teste de ADN, apenas 3% dos PPs mantêm as dúvidas quanto à paternidade.

<sup>13</sup> O Decreto-Lei nº 163/95, de 13 de Julho, retirou das competências do tribunal e remeteu para o conservador o afastamento a presunção da paternidade. Mas é em 2001 que à própria mãe ou ao marido é possibilitada a realização da declaração de afastamento da paternidade presumida do marido da mãe.

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 dispor de prova científica. Na verdade, e embora o ADN tenha aqui presença pouco significativa, 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, as provas 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 constituem cerca de metade dos processos estudados. Outros casos há em que após algumas diligências perante as dúvidas (fundadas ou infundadas) do PP é necessário o recurso ao ADN para o esclarecimento da verdade e estes dois tipos de casos podem ser considerados como os que estão tipificados na lei. No entanto, há também casos (sobretudo aqueles em que não se consegue identificar a verdade biológica) que podem ser considerados situações que extravasam a lei e, como tal, merecem uma análise diferenciada.

#### 4. Os casos tipificados na lei

Um primeiro exemplo pode ser considerado uma 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<sup>14</sup> 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 “certificação” de paternidade pela ciência. Embora conste o nome de dois progenitores no registo

<sup>14</sup> É um aspecto sociojurídico. É o pai aquele que, aos olhos da sociedade se comporta como tal, isto é, assume os direitos e os deveres perante essa criança.

de nascimento, não é possível provar que estes 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, como os casos em que existe perfilhação voluntária, mas só após a execução do teste de ADN, ou seja, depois do apuramento científico dos resultados e daquilo que se designou por perfilhação condicionada pelo ADN. Neste segundo exemplo é elucidativa a forma como o PP tenta “fugir à justiça”, não assumindo as suas responsabilidades. Também se revela aqui o peso da burocracia excessiva que norteia as AOPs e as dificuldades em circular informação de uns actores para outros. Este caso permite 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, o mesmo zelo.

Este último aspecto é demonstrado com outro exemplo. 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 sua identidade. 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 pai biológico, o processo acaba por ser arquivado com despacho de inviabilidade.

Por fim, os casos que terminam por decisão de viabilidade e que seguem para a fase judicializada, embora escassos, revelam 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 a situação para a fase de AIP. Nesta fase, 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.

Os quatro casos típicos apresentados permitem 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,<sup>15</sup> uma eficácia elevada. No entanto, há casos em que tal não acontece, tendo merecido tratamento autónomo pelas suas peculiaridades. Consideram-se esses casos como exemplares do que se designa de excepção à lei, culminando, a maioria das vezes, no insucesso do MP na busca da identidade do pai do menor.

## 5. As excepções à lei

Analisam-se, de forma breve, algumas dessas peculiaridades, tendo por referência 10 estudos de caso.

No estudo de caso 1, 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<sup>16</sup> e, como tal, que não deveria aprofundar-se mais o caso. Invoca-se, como a lei o determina, o *superior interesse da criança*, neste caso claramente identificado com a reposição da ordem natural e tradicional da família. Tratando-se de uma situação que põe em causa a reputação 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, pondo em confronto as normas da ciência e as normas do direito. É especialmente relevante o modo como o caso torna visível a ponderação 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, neste caso uma

<sup>15</sup> Em média, nos processos de AOP analisados, são efectuadas 25 diligências por processo.

<sup>16</sup> 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 que 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 e hereditárias.

análise de ADN, à qual o PP não se opôs, funcionando como uma contra-prova ao exame de esterilidade apresentado. Estamos, assim, na presença de duas declarações de ciência contraditórias. 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, não colocou a hipótese de novo exame, fosse ao esperma ou 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, por ter tido relações sexuais a troco de dinheiro ou por se ter relacionado sexualmente com vários parceiros, não mereceu credibilidade aos olhos da lei. Mostra que, tal como foi discutido por Helena Machado e Susana Silva (Machado, 2002; Silva, 2007; Machado e Silva, 2009), 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. Também não foi pedido à mãe a confirmação da sua doença e dos tratamentos a que se submetera. Assim, a mãe acaba por justificar a sua gravidez por estar convencida de que não poderia ter filhos, por atravessar um período mau da sua vida e uma forte depressão. O conjunto destes factores contribui para que não fosse capaz de identificar o PP do seu filho. Este caso mostra, uma vez mais, a existência de critérios variáveis na actuação quer do MP, quer do juiz, a quem algumas histórias parecem soar “mais 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. Ao MP é exigido que, nos termos da lei, desencadeie todas as diligências necessárias com vista ao apuramento da identidade do pai biológico. Simultaneamente, realçam-se as sensibilidades pessoais de cada magistrado 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 não.

No estudo de caso 5, a prova científica foi remetida para um plano secundário face ao comportamento moral e sexual da mãe. Outras provas

apresentadas pelas testemunhas acabariam por não merecer atenção dos actores judiciais que, desta forma, preferiram atribuir maior relevância à manutenção do casamento do pai, à situação socioprofissional 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, aspecto 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 a existência de uma relação amorosa entre ambos, demonstrada pelo “beijo na boca” com que se despediam,<sup>17</sup> desvalorizando, porém, a doença de lúpus de que o menor era portador, bem como o PP.

No estudo de caso 6, o MP não respeita a posição da mãe (como no estudo de caso 4), entendendo que a sua versão dos factos não é consistente e decidindo pedir um relatório social às entidades competentes.<sup>18</sup> No entanto, embora o relatório social não tenha acrescentado elementos significativos para o apuramento da identidade do pai, acabou por revelar um elemento que pode ter determinado a inviabilidade do processo – o facto de ser mencionado no relatório que o PP era de “raça negra”, 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: à prostituição revelada no caso anterior junta-se a questão racial.

A juntar a estas, o estudo de caso 7 e 8 acrescentam a questão da nacionalidade dos progenitores.

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 cujo PP, alegadamente, se encontraria no país natal de ambos, na Rússia, tendo o menor nascido “acidentalmente” no nosso país.

O estudo de caso 8, de novo, parece mostrar que quando 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 origina o tratamento desigual desses menores, diferente daquele que a lei estabelece no que toca ao direito a conhecer o seu pai biológico. Em algumas situações deste tipo, contudo, o MP não desiste de realizar todas as diligências possíveis para chegar à identificação

<sup>17</sup> Despacho do juiz do Tribunal do Senhor da Pedra, de 15 de Janeiro de 2007.

<sup>18</sup> 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.

do pai. Porém, neste caso, tratando-se alegadamente de uma relação pontual entre um jovem portuguesa e um indivíduo supostamente inglês, que conheceu na praia, não mereceu investimento por parte do MP, ficando por saber se, na realidade, a mãe não quis identificar o PP ou se foi o MP que não procurou essa verdade.<sup>19</sup>

Por fim, os estudos de caso 9 e 10, ambos abordando situações de suposta Procriação Medicamente Assistida, são particularmente interessantes, não apenas por trazerem uma nova realidade aos tribunais, mas também porque vêm questionar o sentido da lei geral no que toca à AOP. Saliente-se, 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, o MP prosseguiu a investigação. Os casos deste tipo 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 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 casos aqui referidos sugere que, para o direito, em função dos casos que envolvem menores se aplica um entendimento diferente do que significa a obrigação do Estado de proteger os seus direitos. Eles são especialmente interessantes porque revelam as tensões geradas no próprio domínio do direito pelo recurso a procedimentos científicos. 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, dada a interferência de uma ordem de factores anteriormente identificada. A referência estrita à lei transforma-se, nestas circunstâncias, em aplicações situadas e flexíveis da lei.

## 6. Os diálogos entre peritos e leigos

É nas suas práticas profissionais e culturais que os actores do direito vão encontrar recursos que lhes permitem estabelecer os critérios a usar na sua ponderação e adequá-los às situações com que são confrontados. Nos discursos dos actores peritos e leigos entrevistados essas práticas profissionais e culturais revelam-se de forma notória.

<sup>19</sup> Neste caso, ao contrário de outros, havia alguma informação disponível que poderia ter permitido ao MP fazer um conjunto de diligências maior. A mãe identificou o nome do PP, referindo tratar-se de indivíduo de nacionalidade inglesa e que estaria acampado no Parque de Campismo da localidade onde se conheceram. Na posse destes elementos, e à semelhança do que se verificou noutros casos, o MP poderia ter procurado a identificação deste PP.

### 6.1 A mãe

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 delas fazem, incluindo as próprias, percebemos que 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.

No entanto, quando nos reportamos aos discursos proferidos pelas mães, é precisamente em relação a essa diligência maior – a inquirição da mãe – que se avolumam as suas críticas, deixando perceber o seu descontentamento quanto à forma como são tratadas e à posição desconfortável em que se encontram.

As perguntas eram muito estranhas! Desde há quanto tempo é que eu estava com a pessoa, se era uma relação pública (...) que tipo de posições é que tinha tido (...) E o sexo anal era uma das perguntas... (Marta, mãe, Julho de 2008)

### 6.2 A linguagem

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 o discurso leigo é 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 dizem, dando lugar a dúvidas sobre a fiabilidade das transcrições.

(...) elas escrevem por aquelas palavras chiques! Eu acho que ao ler aquilo não leio o que eu disse, mas pronto! (...) as perguntas entendo, não entendo às vezes é o que elas escrevem! (...) Questões da maneira como eu contei a história, eu acho que elas puseram de outra maneira que dá a entender outra coisa, percebe? (Cátia, mãe, Julho de 2008)

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 lhes ser exigido o grau de pormenor que se espera da mãe.

As declarações do indigitado pai são feitas a olhar para as declarações da mãe. As perguntas são feitas a ver se coincide, se há divergências, se não há. (Procurador do MP, Setembro de 2008)

### 6.3 As dúvidas

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.

Não é o tribunal que tem dúvidas! É o pai que tem dúvidas! E, portanto, é para dissipar as dúvidas do pai. (...) Esses exames são realizados também para apetrechar o tribunal de elementos seguros, mas, mais do que isso: são realizados para dissipar as dúvidas, ou conferir certezas, até é mais nessa vertente – conferir certezas aos pretensos pais. (Juíza do tribunal, Outubro de 2008)

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 amenizam 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.

Não vejo com maus olhos que os pretensos progenitores que pendam, ou exijam, ou que solicitem que cientificamente seja comprovada a sua paternidade. (...) Acho que são dúvidas! Umas mais justificadas, outras menos justificadas... que eles querem dissipar. (Juíza do tribunal, Outubro de 2008)

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.

#### 6.4 O ADN

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.

Se ele me coloca a questão, eu prefiro os exames imediatamente (...) 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! (...) A sra. dra. conhece os relatórios? Aquilo é matemática! Aquilo é matemática! (Magistrado do MP, Julho de 2008)

Para os magistrados do MP, a introdução do teste de ADN veio revolucionar as suas práticas no que concerne a este tipo de casos, permitindo dotar o sistema de uma ferramenta científica que torna possível proferir sentenças baseadas, não em documentos ou testemunhos, mas em elementos de prova garantidos pela ciência e, por isso, tidos como irrefutáveis.

A tarefa dos magistrados fica, assim, facilitada e menos sujeita a contestação. Para um dos magistrados judiciais entrevistados, 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 judiciais, 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.

E depois há hoje essa coisa milagrosa que é os exames de investigação! Pronto, que nos dão praticamente a certeza, digamos assim. (Magistrado do MP, Julho de 2008)

### 6.5 Outras provas

Curiosamente, se tanto os magistrados judiciais como os magistrados do MP manifestam essa reverência face à ciência, esta não é bem compreendida pelos actores da própria ciência, que lembram que, mesmo antes de se ter introduzido esta tecnologia no contexto judicial, já eles se mostravam disponíveis com outras tecnologias que produziam resultados fiáveis.

Não, em princípio a averiguação oficiosa de paternidade não desembocaria necessariamente num teste genético. (...) só se deveria recorrer a um teste genético quando os outros falhavam, não é? Simplesmente, dada a celeridade e a confiança ... se calhar, exagerada que se tem nos testes biológicos, acabou por se ter uma atitude preguiçosa (...) e recorrer quase automaticamente a esses testes. (Cientista 1, Julho de 2008)

Entendem que o teste genético deveria ser utilizado apenas como complemento às provas ditas tradicionais.

### 6.6 Saberes e ignorâncias

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 acaba por tornar a prova científica incontestável. O facto de as referidas técnicas serem usadas noutros países e por laboratórios acreditados parece contribuir para alimentar a confiança do sistema judicial nas capacidades da ciência. No entanto, para os cientistas, a questão coloca-se noutros termos: as rotinas, os hábitos e os “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.

(...) 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 de 2008)

Uma prova disso é o facto de, apesar de a lei definir claramente que cabe ao Instituto Nacional de Medicina Legal (INML)<sup>20</sup> a realização dos exames de ADN, no tribunal estudado a grande maioria dos processos de AOP serem encaminhados para o Laboratório B.<sup>21</sup> Segundo um dos magistrados entrevistados, isso dever-se-ia a hábitos adquiridos, que não são questionados.

O colega que começou com isto (...) tinha uma 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 problema (...). (Procurador do MP, Setembro de 2008)

### 6.7 Perfilhação, e depois?

Esta reverência da justiça à ciência e o facto de a ciência trazer consigo a promessa (e para muitos a garantia) de dissipar as dúvidas do pretenso pai deveriam levar a uma assunção efectiva de responsabilidades por aqueles que são identificados como pais biológicos dos menores. O facto de o MP 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 neste estudo se designa “Bilhete de Identidade Certificado”, mas também que beneficiasse da efectivação das responsabilidades parentais.

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 de 2008)

Parece, contudo, que isso nem sempre sucede.<sup>22</sup> Se analisarmos os discursos das mães, nota-se algum desconforto relativamente aos escassos efeitos práticos das decisões em certos casos, embora uma delas considere importante que o pai assuma as suas responsabilidades, mesmo quando existe perfilhação por parte do PP. Se o Estado, por intermédio do Ministério Público, obriga a que o menor tenha um pai identificado na lei e,

<sup>20</sup> Cf. Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, onde está estabelecido, no artigo 2.º (1), a obrigatoriedade das perícias médico-legais serem realizadas pelo INML e, excepcionalmente (2), poderem ser realizadas por entidades terceiras.

<sup>21</sup> Por forma a preservar a identidade dos vários laboratórios que procederam a análises de ADN para o tribunal, foram designados por letras (laboratório A, laboratório B e laboratório C).

<sup>22</sup> Esta temática está a ser alvo de uma análise mais detalhada num projecto no Centro de Estudos Sociais desde Dezembro de 2009: “Mães e Pais depois da ‘verdade biológica’? Género, desigualdades e papéis parentais”, financiado pela FCT (PIHM/PI/0020/2008).

através de diligências várias, como vimos, até pode acabar por o identificar, mas se a seguir não existirem condições para coagir o pai a assumir as suas responsabilidades perante o menor, a perfilhação pode tornar-se um acto formal, sem consequências relevantes e que apenas garante ao menor ter no Bilhete de Identidade “o nome do pai”.

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 pretenso pai possa vir a estabelecer com o menor, e mais do que o direito à identidade ou à historicidade, o importante é conhecer as origens genéticas e salvaguardar eventuais questões de saúde.

### 6.8 Desempenho

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 de novas formas de vida em conjugalidade compatíveis com a actualidade. Já para um dos magistrados do MP há três ordens de razões das inviabilidades a considerar: 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, o facto de a mãe registar tardiamente o menor pode inviabilizar a acção. Na perspectiva dos actores da ciência, porém, as razões que estão na base das inviabilidades são outras: a existência de paternidades “inconvenientes” (PPs a quem, sendo detentores de uma certa condição social, económica ou política, a revelação da paternidade poderia condicionar a sua posição na sociedade); a inexistência de uma base de dados genéticos, que limita a eficácia do processo de identificação; e, por último, o próprio sistema e 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 no facto de, devido ao seu comportamento, não ser capaz de identificar o pai biológico, já na esfera da ciência as razões apontadas vão no sentido de que a principal responsabilidade é dos magistrados, transmitindo a ideia de que as inviabilidades existem porque não há o devido esforço nem o investimento adequado para que se resolvam este tipo de casos.

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 premeia o trabalho, inevitavelmente ele é empurrado para a solução mais fácil – não se chatear

muito! É humano, não é? (...) É evidente. Se tiver uma situação que a sua progressão não tiver nada a ver com a sua performance profissional (...) porque é que vai andar a chatear-se? (Cientista 1, Julho de 2008)

### 6.9 Relação entre a ciência e o direito

Os testes de ADN, como vimos, permitem uma menor devassa da vida privada dos seus intervenientes. Dada a sua fiabilidade e eficácia, tornaram-se de uso frequente 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.

O feedback que eu tenho não é do tribunal, de facto, é das pessoas que me aparecem aqui e que, por vezes, (...) sentem a necessidade de me contar um bocadinho a sua história. (Cientista 2, Setembro de 2008)

A complementaridade entre diferentes áreas do saber seria absolutamente necessária neste tipo de casos. No entanto, o que se verifica é 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.

(...) se o verdadeiro pai for, de facto, um parente próximo da mãe e a mãe nos está a indicar um indivíduo qualquer, (...) que sabe que não é o verdadeiro pai, haveria a possibilidade de saber se o verdadeiro pai é aparentado próximo com a mãe. Mas essa pergunta nunca é feita e nós pericialmente não podemos... (Cientista 1, Julho de 2008)

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 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, das suas respectivas práticas, poderia resultar em transformações produtivas no processo de co-produção da prova científica e da prova judicial.

## 7. Conclusão

Deste estudo resultam dois tipos de epistemologia cívica: um primeiro tipo baseado na ideia de que a ciência tem a função de produzir a prova para o sistema judiciário, assente em critérios rigorosos, permitindo a resolução das dúvidas do direito; um segundo tipo 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 bem as dificuldades em harmonizar as práticas do direito e as da ciência no quadro da AOP e do processo de co-produção de provas.

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 deve sistematicamente ajustar-se às práticas, em função da evolução da sociedade, e que o próprio juiz, enquanto aplicador da lei, deve 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 e que dificilmente podem ser conceptualizados enquanto objectos de direito no quadro do conhecimento jurídico dominante. É precisamente por reconhecerem essa dificuldade que os actores do mundo judicial, na sua prática quotidiana, são forçados a definir critérios adequados para lidar com situações que não são tipificadas na lei ou que apresentam peculiaridades que obrigam a um (por vezes difícil) trabalho de interpretação.

Essa discricionariedade, contudo, é marcada por preconceitos e concepções que estão, 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.

Confirmou-se ainda a maioria das hipóteses referidas. Uma excepção diz respeito à hipótese adiantada de que a morosidade da justiça leva a que muitos processos prescrevam sem que seja identificado o pai biológico. De facto, a análise efectuada não aponta nesse sentido.<sup>23</sup> O MP parece estar a

<sup>23</sup> A média de conclusão dos processos de AOP, desde a data de nascimento do menor até ao visto em correição é de 377 dias.

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 responsabilidades perante o menor; e, finalmente, de ser valorado de forma distinta, em circunstâncias diferentes, o alegado supremo interesse do menor. Nas situações de incesto, por exemplo, o supremo interesse do menor parece assentar na ideia de que o desconhecimento da identidade biológica deve prevalecer, devido ao risco de “produzir traumatismos que o culto da verdade biológica não compensaria” (Oliveira, 2003: 148). Nos casos de PMA assume *a priori* que o dador é anónimo e, como tal, como referido em despacho proferido pelo MP, “os filhos aceitarão a ausência do pai quando para a gravidez da mãe não tenha havido alternativa melhor” (MP, 24/07/2007). Por último, nos casos típicos coloca-se no centro do processo a identificação do pai biológico, assente na ideia de “satisfazer o direito à identidade e integridade moral, de tutelar o interesse geral da melhor socialização e amparo económico do filho; e na consciência de que não vale grande coisa garantir a todos os filhos a igualdade de direitos se não se fizerem os esforços possíveis no sentido de constituir as relações de filiação” (*ibidem*: 145).

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, embora fosse 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 se mantém 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 no facto de não ser utilizado em todas as situações.

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 passe necessária e prioritariamente pelo conhecimento do seu pai biológico e pelo estabelecimento de uma identidade radicada na biologia (Nelkin, 2005). É o próprio sistema que vem dar visibilidade à 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. À existência de um sistema judicial diferente de outrora, 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 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 cumprir a letra da lei, por um lado, mas, por outro, face às omissões nela inscritas e ao accionamento da máquina da ciência, a recriar novas configurações da identidade biológica.

Por último, o conceito de epistemologia cívica proposto por Sheila Jasanoff apresenta algumas dificuldades de encaixe no quadro da sociedade portuguesa, o que parece ter ficado bem patente no caso concreto de uma paternidade assente “s(em) nome do pai”.

## Referências bibliográficas

- Burawoy, Michael *et al.* (eds.) (2000), *Global Ethnography: Forces, Connections and Imaginations in a Postmodern World*. Berkeley: University of California Press.
- Burawoy, Michael *et al.* (eds.) (1991), *Ethnography Unbound*. Berkeley: University of California Press.
- 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.* (2002), “O ADN e a justiça: a biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos”, in Maria Eduarda Gonçalves (org.), *Os portugueses e a ciência*. Lisboa: Dom Quixote/Observatório das Ciências e das Tecnologias, 199-227.

- Galison, Peter; Stump, David (org.) (1996), *The Disunity of Science: Boundaries, Contexts and Power*. Stanford: Stanford University Press.
- Gonçalves, Maria Eduarda (org.) (2002), *Os portugueses e a ciência*. Lisboa: Dom Quixote/Observatório das Ciências e das Tecnologias.
- Grint, Keith; Woolgar, Steve (1997), *The Machine at Work. Technology, Work and Organization*. Oxford: Polity Press.
- Jasanoff, Sheila (2005), *Designs on Nature, Science and Democracy in Europe and in the United States*. Princeton: Princeton University Press.
- Jasanoff, Sheila (org.) (2004), *States of Knowledge. The Co-Production of Science and the Social Order*. London: Routledge.
- Machado, Helena (2007), *Moralizar para identificar. Cenários da investigação judicial da paternidade*. Porto: Edições Afrontamento.
- Machado, Helena (2002), *Tribunais, género, ciência e cidadania. Uma abordagem sociológica da investigação judicial de paternidade*, Tese de Doutoramento em Sociologia, Braga: Universidade do Minho.
- Machado, Helena; Silva, Susana (2009), "Trust, Morality and Altruism in the Donation of Biological Material: The Case of Portugal", *New Genetics and Society*, 28(2), 103-118.
- Machado, Helena; Silva, Susana (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.
- Nelkin, Dorothy (2005), "Paternity Palaver in the Media. Selling Identity Tests", in Mark A. Rothstein et al. (orgs.), *Genetic Ties and the Family. The Impact of Paternity Testing on Parents and Children*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 3-17.
- Oliveira, Guilherme de Oliveira (2003), *Estabelecimento da filiação*. Coimbra: Almedina.
- 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, 19-101.
- Santos, Boaventura de Sousa (2002), "Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, 237-280.
- Shapin, Steven; Schaffer, Simon (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", *Análise Social*, XLII (184), 789-810.