



Franklin Marques de Almeida Júnior

O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS
GENÉTICAS E A FALTA DE COOPERAÇÃO NA
AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas
Menção em Direito Civil

Julho/2018

• U C •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FRANKLIN MARQUES DE ALMEIDA JÚNIOR

**O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS E A FALTA DE
COOPERAÇÃO NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

THE RIGHT TO KNOW THE GENETIC ORIGINS AND THE LACK OF
COOPERATION IN THE ACTION OF PATERNITY

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Civilistas/Menção em Direito Civil.

Orientador: Senhor Professor Doutor Luís
Miguel de Andrade Mesquita.

COIMBRA, 2018

FRANKLIN MARQUES DE ALMEIDA JÚNIOR

**O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS E A FALTA DE
COOPERAÇÃO NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Civilistas/Menção em Direito Civil.

APRESENTADA EM: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador 2
Instituição

Examinador 3
Instituição

Ao meu pai, Franklim Marques de Almeida,
meu maior exemplo de garra e perseverança.

AGRADECIMENTOS

Assim como o dever da cooperação fomenta a descoberta da verdade e a consequente justa composição do litígio, a presente dissertação de mestrado é também fruto da colaboração de diversas pessoas que, de forma direta ou indireta, prestaram uma contribuição para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

Com importância vital em minha trajetória acadêmica, devo agradecer a minha família que sempre depositou confiança e investiu na minha formação. Ao meu pai, por diariamente me ensinar que devemos lutar continuamente e jamais nos permitir desistir. À minha mãe que, com muito amor e carinho, me deu a estrutura necessária para suportar as adversidades. À Chris, minha irmã, razão de tudo que faço em minha vida, ao qual sei que estou sendo sempre guiado e protegido por seu doce e puro coração. À Dida, minha segunda mãe, que a todo momento cuida de mim com muito carinho e dedicação. À minha querida avó Maria, por todo amor e torcida por esta importante vitória.

À minha amada Isabella, por caminhar ao meu lado e sonhar comigo nosso futuro, além de sempre me prestar incentivo, força e amor em todos os momentos. Se não fosse por ela, certamente esta etapa não teria sido realizada.

Aos meus tios, Elsa e Nelson, e aos primos, Paulo e Teresa, que me deram segurança e proteção mesmo tão “longe de casa”.

Não poderia deixar de agradecer ao amigo Altair, presente que o mestrado me deu, sempre com palavras de estímulo e confiança, foi marco decisivo nesta etapa da minha vida.

À Dra. Kalina Afonso, pelo suporte e apoio em todos os momentos de minha ausência profissional.

A todos os amigos e colegas do campus Almenara do Instituto Federal do Norte de Minas Gerais (IFNMG), em especial aos professores Leonardo Palhares, Alfredo Costa e Luiz Célio que prestaram contributo marcante em minha trajetória profissional.

Por fim, mas não menos importante, ao meu professor e orientador Dr. Luís Miguel de Andrade Mesquita que, com brilhantismo peculiar, me mostrou os caminhos do moderno processo civil, permitindo que minhas concepções processuais arcaicas e ultrapassadas fossem deixadas de lado, de modo que posso afirmar que hoje sou mais um soldado em defesa da gestão processual e do dever de cooperação.

“O sangue nos deu vida, que estabeleceu as nossas relações primeiras, a nossa identidade social, é o sangue que nos pode tirar nossos segredos; e quem nos tira esses pequenos nada, tira-nos a nossa personalidade única, esta opacidade a que chamamos alma.”

(Sangue e o Direito: entre o ser e o pertencer
- Guilherme de Oliveira).

RESUMO

O desenvolvimento do trabalho será norteado pela doutrina processual e civil portuguesa, não deixando de reconhecer a relevância das concepções de direito comparado em matéria da filiação. Não menos importante, revela-se a abordagem jurisprudencial dominante, através de um percurso investigativo entre os principais tribunais do país e os critérios de julgamento utilizados nas ações de filiação, como forma de alcançar uma perspectiva teórica-prática ao trabalho. A pesquisa estabelece limites na seara da paternidade, não propriamente por influência da máxima do *mater semper certa est*, mas por crer que o campo exploratório será mais vasto e que as conclusões obtidas poderão ter mais valia prática através da restrição temática. Para além de fundamentar a concretização de um direito ao conhecimento das origens genéticas no direito português, objetiva-se apresentar aspectos da ação de investigação de paternidade, como causa de pedir, legitimidade e a polémica em torno da caducidade. Em tom conclusivo, aborda-se o instituto da prova e os impactos provocados pela recusa do pretense pai em se submeter ao exame de ADN, além da possibilidade de utilização de prova ilícita ou meios coercivos para a realização do teste, sempre sob o prisma dos princípios pertinentes, nomeadamente, o da boa-fé e da cooperação.

Palavras-chave: Filiação. Origem Genética. Ação de Investigação de Paternidade. Prova da Filiação. Dever de Cooperação.

ABSTRACT

The work development will be guided by the process and civil portuguese doctrine, while recognizing the relevance of comparative law conceptions in relation to the filiation. No less important is the dominant jurisprudential approach, through an investigative course between the main country courts and the criteria of judgment used in the paternity action, as a way to achieve a theoretical-practical perspective to work. Research establishes limits in the paternity area, not properly influenced by the maxim of the *mater semper certa est*, but because we believe that the exploratory field will be broader and that the conclusions obtained may have practical value through the thematic restriction. In addition to substantiating the realization of a right to knowledge of genetic origins in portuguese law, the objective is to present aspects of the paternity action, as a cause of action, legitimacy and the controversy forfeiture of right. In a conclusive way, the research addresses the institute of evidence and the impacts caused by the alleged father's refuse to undergo DNA testing, besides the possibility of using illegal evidence or coercive means to perform the test, always under the prism of relevant principles, in particular, the good faith and collaboration duty collaboration.

Keywords: Filiation. Genetic Origin. Paternity Action. Evidence to Establish Filiation. Collaboration Duty.

LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	artigo
Arts.	artigos
ADN	Ácido Desoxirribonucleico
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal de Justiça Federal alemão)
CC	Código Civil português
CC/BR	Código Civil brasileiro
CDC/BR	Código de Defesa do Consumidor brasileiro
CPC	Código de Processo Civil português
CPC/BR	Código de Processo Civil brasileiro
CRP	Constituição da República Portuguesa
PMA	Procriação Medicamente Assistida
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STJ/BR	Superior Tribunal de Justiça brasileiro
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código de Processo Civil alemão)

ÍNDICE

	INTRODUÇÃO	10
1	FILIAÇÃO E O CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS	12
1.1	A filiação no direito português	12
1.2	Princípios relacionados à filiação	18
1.2.1	<i>Princípio do direito de constituir uma família</i>	18
1.2.2	<i>Princípio da não discriminação entre filhos</i>	20
1.3	Fundamentos do direito ao conhecimento às origens genéticas	21
1.4	A filiação na procriação medicamente assistida	29
1.4.1	<i>A Lei n.º 32/2006</i>	30
1.4.2	<i>O regime de filiação na reprodução heteróloga</i>	32
1.4.3	<i>A questão do anonimato do doador</i>	34
1.5	Breves notas acerca da adoção	41
1.5.1	<i>O anonimato na adoção</i>	43
1.5.2	<i>O parto anônimo</i>	46
2	RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE	50
2.1	Evolução do reconhecimento judicial da paternidade	51
2.2	A ação de investigação de paternidade	55
2.2.1	<i>Legitimidade</i>	57
2.2.2	<i>Causa de pedir</i>	63
2.2.3	<i>Caducidade</i>	64
2.3	A prova na ação de investigação de paternidade	75
2.3.1	<i>O Princípio da Livre Avaliação da Prova e a Prova Legal</i>	77
2.3.2	<i>Meios de prova em matéria de filiação</i>	80
2.3.2.1	<i>As presunções legais de paternidade</i>	81
2.3.2.2	<i>Prova direta de filiação</i>	89
2.3.3	<i>Breves comentários acerca da prova ilícita em matéria de filiação</i>	93
2.4	O ônus da prova	101
2.4.1	<i>Teoria dinâmica do ônus da prova</i>	103
2.4.2	<i>A inversão do ônus da prova</i>	107
3	A RECUSA DO EXAME DE PROVA DIRETA DE FILIAÇÃO	108

3.1	O uso de meios coercitivos para a realização do exame de ADN	113
3.2	A recusa à luz do princípio da boa-fé e da cooperação	117
3.3	Consequências da recusa ao exame de ADN	122
3.4	Reflexões da falta de cooperação na produção de prova biológica nos ordenamentos português e brasileiro	126
	CONCLUSÃO	129
	REFERÊNCIAS	132
	JURISPRUDÊNCIA	142

INTRODUÇÃO

A discussão acerca do direito ao conhecimento às origens genéticas é tema relativamente recente, integra uma ideologia mais aberta aos anseios do homem, motivada por uma nova compreensão em torno do princípio da dignidade da pessoa humana.

Compreender a origem da vida faz parte do imaginário de grande parte da população, tal como ocorre com o desejo de conhecer as próprias origens. No entanto, se aquele revela-se ainda inatingível pela ciência ou religião, o mesmo não se pode dizer em relação à descoberta da ascendência genética.

A pretensão sobre esse conhecimento tende a aumentar nas próximas décadas pela grande contribuição médico-científica, face aos recursos cada vez mais incomuns para gerar a vida humana. Os meios alternativos de procriação são responsáveis por garantir o direito à filiação a toda e qualquer forma de constituição de família, seja diante da infertilidade de mulher/homem ou mesmo quando se tratar de união homoafetiva.

Tal situação nos remete à conclusão de que a máxima do *pater est quem nuptiae demonstrant* tende a cair em desuso, uma vez que o pai nem sempre será (ou provavelmente não será, como diria um sociólogo pessimista) o marido da mãe.

Da mesma maneira que ocorre com a adoção, a procriação medicamente assistida impõe um dever de sigilo e anonimato, conjuntura diametralmente oposta ao direito ao conhecimento das origens biológicas. Há um inegável componente de preocupação com a saúde e impedimentos matrimoniais que não pode ser afastado, o que torna complexa a discussão sobre a identidade do doador ou progenitor biológico.

Nesse ínterim, o presente trabalho pretende desenvolver uma abordagem sobre a filiação e as formas de se alcançar esse reconhecimento no Direito Civil em vigor, passando ainda pela análise dos princípios e diretrizes que integram o sistema. Posteriormente, pela ausência de manifestação expressa do legislador, o trabalho inclina-se no reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens.

Como consequência, inegável é a relação entre tal direito e o exercício judicial para concretizá-lo, ao qual merece destaque uma breve evolução histórica do reconhecimento judicial da paternidade em Portugal, passando pelos antigos pressupostos de admissibilidade da ação desde o extinto Código de Seabra até o surgimento do sistema de livre investigação da paternidade promovida pela necessidade de adequação do procedimento judicial à nova

ordem constitucional.

Pretende-se também abordar aspectos da ação judicial de investigação de paternidade, nomeadamente em relação à legitimidade e causa de pedir nas ações de filiação. Assim como a discussão acerca da caducidade, em especial pela situação gerada entre jurisprudência e legislador que acabou por criar uma lacuna temporal de imprescritibilidade nas ações desta natureza, cenário que, mesmo após quase uma década desde a última alteração significativa, sofre duras críticas pela doutrina nacional.

Um dos pilares do presente trabalho relaciona-se com a prova em matéria de filiação que, de forma direta ou indireta, impõe esforços às partes para formar a convicção do juiz. Por este motivo, revela-se importante uma abordagem doutrinária e jurisprudencial em relação às modalidades de prova e a forma de fazer valer uma presunção legal de paternidade segundo o entendimento dos tribunais.

Há de se reconhecer a importância da prova direta biológica, representada pelo exame de ADN que, como fiabilidade próxima a absoluta, confere segurança ao juízo para fins de estabelecimento de filiação. Todavia, o problema surge quando o pretense pai decide impossibilitar a realização do referido meio de prova por meio de alegações sobre suposta violação de direitos fundamentais.

Diante desse cenário, o que fazer? Utilizar provas clandestinas de amostras de ADN? Submeter o réu ao teste de forma coercitiva? A resposta não se revela tão simplória quanto à formulação destes questionamentos, ao passo que envolve importantes preceitos de ordem civil, constitucional e processual.

A questão da admissibilidade da prova ilícita no processo civil é objeto de estudo há décadas, notadamente quando se coloca em questão a primazia do interesse supremo do menor em relação a qualquer outro envolvido.

De fato, há uma obrigação de cooperação e de boa-fé dos sujeitos processuais para a descoberta da verdade, especialmente pela nova forma de se compreender o processo civil, circunstância esta que não se coaduna com uma conduta de resistência à produção da prova. Ao recusar as ordens do juízo não se afeta apenas um dever processual, mas o maior objetivo do direito processual civil: a justa composição do litígio!

1 FILIAÇÃO E O CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

Antes de afirmar pela existência ou não de um direito ao conhecimento das origens da pessoa, revela-se oportuno ultrapassar certos conceitos, como: o regime de filiação adotado no direito português; a dicotomia entre verdade biológica e verdade jurídica; e os princípios relacionados ao direito da personalidade.

Diante da ausência de previsão expressa, a assunção de um direito ao conhecimento das origens do indivíduo deverá ser construída pela reflexão dos efeitos de determinados princípios fundamentais que, uma vez correlacionados, nos conduzem à dedução da concretização daquele direito no ordenamento jurídico pátrio.

1.1 A filiação no direito português

O conceito de filiação pode-se dividir por uma dimensão estrita ou ampla. Pelo sentido estrito, entende-se pela forma de constituição do parentesco entre o procriador e o fruto da criação. Segundo a perspectiva ampla, a filiação “corresponde quer a relação jurídica familiar constituída pela procriação quer a relação que, não tendo origem no fenômeno da procriação, produza efeitos jurídicos similares”¹.

Pelo critério da origem do vínculo, o professor Pinheiro entende que é possível classificar a filiação em três modalidades, a saber: filiação biológica, filiação adotiva e filiação por consentimento não adotivo. Por biológica, compreende-se a filiação decorrente de procriação que, por sua vez, poderá ser resultante de ato sexual ou método de procriação medicamente assistido (PMA). A filiação adotiva relaciona-se com aquela obtida por sentença judicial assim dispondo, independentemente da existência de laços sanguíneos. Por fim, a filiação por consentimento não adotiva caracteriza-se pela outorga a alguém para atuar juridicamente como se pai fosse sem, contudo, existir vínculo biológico ou adotivo, pelo qual exemplifica-se pela figura do marido que consentiu à PMA realizada pela esposa².

Tão importante quanto definir o que se entende por filiação, é determinar de qual forma se constitui a relação ascendente-descendente capaz de gerar direitos e obrigações no âmbito civil.

¹PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 131.

²*Ibid.*, p. 140-141.

O estabelecimento da filiação não está sujeito a qualquer espécie de negócio jurídico motivado pelo exercício da autonomia das vontades dos particulares destinada a ajustar o estabelecimento dos vínculos de maternidade e paternidade. O princípio da taxatividade dos meios de estabelecimento da filiação norteia o instituto e determina que a filiação decorre do modo imperativo designado pela lei³.

A adoção é um exemplo dessa ausência de liberdade das partes, ao passo que não basta uma exteriorização do desejo de adotar, vez que somente através da prestação jurisdicional que se torna possível alterar os efeitos da filiação anteriormente estabelecida⁴.

A determinação da filiação decorre da lei que se encarrega de indicar os critérios para o estabelecimento de maternidade e paternidade.

O regime da filiação da maternidade assenta na ideia de dois modelos clássicos que determinam a forma e o momento do estabelecimento da condição de filho, a saber: o sistema da filiação ou germânico e o sistema do reconhecimento ou francês.

Pela teoria da filiação, vale-se o axioma do *mater semper certa est*, posto que a relação é estabelecida pelo simples ato do parto, que é compreendido como o componente determinante do vínculo biológico entre mãe e filho⁵. É desnecessário o ato autônomo de reconhecimento pela genitora, pois ao registro civil basta a constatação do parto e a identidade da mãe que, por seu turno, não poderá deixar de assumir as implicações jurídicas daquele nascimento⁶.

Em contrapartida, o sistema do reconhecimento prevê uma atitude positiva da progenitora, no sentido de reconhecer, em caráter constitutivo, o nascido como seu. Logo, o parto será sempre registrado, mas a mulher só será considerada juridicamente mãe se proceder o reconhecimento do filho⁷.

Pode-se afirmar que a filiação jurídica nem sempre será biológica, uma vez que este sistema proporciona o chamado parto anônimo ou *accouchement sous x*, pelo qual a maternidade será tida como secreta e o bebê encaminhado à adoção.

³OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de; COELHO, Francisco M. Pereira. *Curso de direito da família*, Vol. II, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 54.

⁴*Ibid.*, p. 55.

⁵“O nosso direito terá dificuldades em aceitar a maternidade voluntária, contratual, porque o contrato não costuma ser considerado um fundamento suficiente para o vínculo de maternidade, um fundamento equivalente ao vínculo de sangue” (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Sangue e o Direito: entre o ser e o pertencer*. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134, n. 3924 e 3925, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 66).

⁶OLIVEIRA & COELHO, *op. cit.*, p. 59.

⁷*Ibid.*, p. 58.

O regime adotado por Portugal no art. 1.796º do Código Civil (CC) equivale-se ao sistema germânico, ao qual a verdade biológica⁸ é determinante para a maternidade. Ou seja, identifica-se uma correspondência entre filiação jurídica e natural, com exceção aos nascimentos derivados dos métodos de PMA e a filiação legal conferida pela adoção, a mãe será aquela deu à luz ao nascido⁹.

É inegável que correlacionar o registro civil à verdade biológica do parto assenta-se numa ideia de lógica e justiça, pois, o condicionamento da situação de filho a um ato declaratório autônomo não deixa de ser uma forma de sobrepor os interesses dos pais em relação aos filhos, vez que, além de propiciar a abertura a um modelo que admita a maternidade oculta – tema que será abordado posteriormente nesta pesquisa –, também prejudica a perquirição à origem genética.

Se o estabelecimento da maternidade é tarefa relativamente simples e independe de relações externas, já que resulta do ato do parto, o mesmo não se pode afirmar sobre a determinação da paternidade, que se alinha nas ideias de presunção de paternidade, perfilhação e reconhecimento judicial da paternidade.

A diferença do tratamento jurídico que a lei institui ao estabelecimento de filiação para maternidade e paternidade se justifica por questões biológicas, uma vez que se por um lado a determinação é simples e imediata, bastando a ocorrência da gestação e do parto, pelo outro, revela-se indireta e mediata, carecendo de análise das circunstâncias fáticas sobre o grau de relação existente entre genitora e pretense pai¹⁰.

O art. 1.826º do CC e seguintes tutelam as formas de estabelecimento da

⁸Pereira afirma que a verdade biológica, para fins de determinação de filiação, não se restringe ao âmbito civil, sendo tutelado também no campo do Direito Penal ao tipificar no art. 248º do Código Penal a conduta do agente que se fizer figurar no registro civil nascimento não existente ou usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou a posição jurídica familiar de outrem (PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Filhos de pai anônimo no século XXI!* In: NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira. *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, p. 44).

⁹CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito de família*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 364.

¹⁰Neste sentido, Hernández assim preleciona em sua obra: “*La relación madre-hijo es directa, inmediata y de fácil determinación (biológica u jurídicamente) como derivada de un hecho que les es común y próximo en el tempo (la gestación y el parto). La relación padre-hijo, en cambio, es mediata, indirecta, habida (y conocida) por conducto de la madre (única con quien el progenitor ha tenido la relación sexual de que ha nacido el hijo) y, en puridad, sólo por mérito de ésta puede quedar determinada la paternidad: se es padre respecto del hijo alumbrado por la mujer con quien el progenitor tuvo aquellas relaciones; determinación jurídica que se alcanza por procedimientos y medios también indirectos por aquella razón*” (HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*. In: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo L, Fascículo I, jan/mar. 1997, pp. 6-96. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1997-10000500096. Acesso em: 02 mar. 2018).

paternidade e começa por evidenciar certa influência à regra do *pater is est quod nuptias demonstrant*¹¹, ao pressupor que, normalmente, o marido da mãe é o pai da criança nascida.

Portanto, o filho concebido e gerado durante a constância do matrimônio é filho do marido da mãe. Tal presunção ainda abrange as hipóteses de concepção antes do casamento, mas com nascimento durante este, bem como os casos de concepção durante o matrimônio e nascimento posterior à dissolução do casal. Premissa formada pelo alto grau de probabilidade existente de o filho ser do marido da progenitora, ainda que a concepção ocorra antes do matrimônio, em um período inferior a 180 dias¹².

No regime da filiação português há outras presunções legais de paternidade que têm impacto direto nas ações judiciais de investigação, devendo o autor empenhar esforços para provar a ocorrência de uma ou mais presunções, fato que, certamente, irá trazer consequências positivas para efeitos de procedência da demanda.

O n.º 1 do art. 1.871º do CC elenca as presunções de paternidade, hipóteses que gozam de prestígio legal na descoberta da verdade biológica, auxiliando o investigador quando a filiação for muito provável, valendo-se de meios de prova de fatos que evidenciam a forte probabilidade em reconhecer o réu como progenitor¹³.

A primeira presunção legal relaciona-se com a posse de estado, ou seja, quando o investigador for reputado e tratado como se filho do réu fosse, de modo que público é o conhecimento desta condição de filiação. Pressupõe a conjugação de três elementos clássicos, a saber: *nomen, tractatus e fama*¹⁴.

À propósito, o professor Alberto dos Reis, ao comentar as Leis da Família (Decreto n.º 2, de 25 de dezembro de 1910), já dizia que a posse de estado contemplava elementos constitutivos, como a reputação como filho pelo pretense pai, o tratamento como filho pelo pretense pai e a notabilidade como filho do pretense pai por parte do público¹⁵. Ou seja, requisitos muito semelhantes aos que hoje se reconhece para a prova da posse de estado.

Destarte, há um elemento de convencimento do próprio progenitor do filho ser seu,

¹¹Pela tradução aproximada, o pai é aquele que as núpcias indicam. Esta regra romana está expressa no n.º 1 do art. 1.826º do CC (PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Lisboa: Petrony, 2001, p. 82).

¹²AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 218-219.

¹³OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 224.

¹⁴*Ibid.*

¹⁵REIS, Alberto dos. *A posse de estado na investigação da paternidade ilegítima*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 11.

de modo a agir tal como qualquer pai no convívio¹⁶, na educação e na formação da pessoa. Além deste, há um caráter de publicidade daquela relação, onde todas as pessoas ao redor têm convicção de que os envolvidos são, de fato, pai e filho.

A seguinte presunção legal relaciona-se com a existência de escrito que evidencie a relação de filiação, segundo art. 1.871º, n.º 1, letra “b” do CC. Não é necessário que seja um documento emitido por um órgão oficial, sendo possível que a prova verse sobre qualquer apontamento, assinado ou não pelo pretense pai, de modo que a autoria possa ser a ele atribuída, reconhecendo o nascimento de uma criança que entenda ser seu filho.

O direito brasileiro também consagra a existência de documento como meio de presunção de paternidade, conforme o art. 1.605º, inciso I, do Código Civil brasileiro (CC/BR), quando menciona a expressão “começo de prova por escrito” procedente dos pais, conjuntamente ou não, e quando houver veementes presunções resultantes de fatos já certos.

A convivência entre progenitora e pretense pai durante o considerado período da concepção – lapso temporal compreendido pelos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento, nos termos do art. 1.798º do CC – também é considerada presunção de que a filiação alegada é verdadeira, conforme a letra “c” do n.º 1 do art. 1.871º do CC.

O mesmo período concepacional estabelecido pelo dispositivo anteriormente referido tem relevo em outra presunção, nos termos do art. 1.871º, n.º 1, letra “d” do CC. A sedução da progenitora exercida pelo pretense pai durante o intervalo legal da concepção leva-se em conta o fato do sedutor e o estado da seduzida. O legislador entendeu que, pela condição inexperiente da mãe quando foi seduzida ou pela forma de atuação do réu com promessas, abuso de confiança ou de autoridade, ocasionaram o consentimento da mulher.

Por fim, a previsão mais recente foi inserida na alínea “e” do n.º 1 do art. 1.871º do CC através da Lei n.º 21/98, de 12 de maio, e prevê a hipótese de presunção quando o pretense pai manteve relações sexuais com a mãe do investigante durante o período legal da concepção¹⁷, ainda que ausente de relação amorosa, representando um ato isolado.

¹⁶Não é imprescindível que pai e filho vivam juntos dentro de um mesmo ambiente familiar, basta que tenham algum tipo de contato e que o reconhecimento não tenha ocorrido em virtude do progenitor nunca ter manifestado interesse em perfilhar (OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 225).

¹⁷Sobre o período legal da concepção, Costa (2012) assim argumenta: “As técnicas ecográficas disponíveis para avaliar o tempo de gestação possuem hoje grande rigor científico, mas a data provável de concepção que a mãe refere pode não corresponder à realidade, simplesmente porque não se recorda do dia concreto em que manteve relações sexuais com determinado indivíduo ou, apenas, porque não sabe indicar a data da última menstruação. Por outro lado, muitas mulheres podem ter períodos menstruais irregulares ou pode existir avaliação incerta do tempo de gestação. Por fim, embora a lei preveja que o período legal de concepção se situa entre os 120 dos trezentos que antecedem o parto, é sabido que nem todas as gestações são de termo, o que

Portanto, como se vê, as regras da experiência manifestam-se no universo jurídico sob a forma de uma presunção *iures tantum* que, embora dotada de força ao presumir certos fatos, admite-se prova em contrário¹⁸⁻¹⁹.

No que pese as presunções legais, o próprio CC enunciou meios de derrubar o fato presumido, por meio do art. 1.829º, que trata do fim da coabitação; do art. 1.832º, que aborda a declaração da mulher de que o filho concebido não é do marido; e do art. 1.839º, que versa da possibilidade de impugnação quando se provar que a paternidade é manifestamente improvável²⁰.

No tocante às outras formas de se estabelecer a paternidade, perfilhação e reconhecimento judicial de paternidade, estas devem entrar em cena quando o pretense pai não for casado²¹.

Nos termos do art. 1.849º e seguintes do CC, a perfilhação²² é ato livre, pessoal, puro e simples, que não admite cláusulas modificativas ou limitativas dos efeitos legais, condição ou termo, ao qual o homem reconhece a paternidade do filho nascido ou concebido fora do casamento.

A expressão “livre” mencionada pela lei pode transmitir a ideia de ser uma faculdade perfilhar, ou seja, traduz a noção de ser um direito que o progenitor detém de reconhecer ou não a paternidade. Entretanto, esta não aparenta ser a melhor interpretação, devendo ser compreendida como um dever jurídico de perfilhar.

Tal conclusão extrai-se por diversas razões²³, como o interesse do Estado na

pode tornar complexas estas contas” (COSTA, Susana. As práticas dos tribunais no acesso ao teste de paternidade. *In*: MACHADO, Helena Cristina Ferreira; SILVA, Susana (org.). *Testes de paternidade*: Ciência, ética e sociedade. Vila Nova de Famalicão: Humus, 2012, p. 99).

¹⁸OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 94.

¹⁹A provável “fidelidade da esposa, a coabitação do casal e, mais geralmente, a autoridade do chefe (hoje só de facto), assegurando a ordem e exercendo o policiamento do seu lar, tornam verosímil essa paternidade segundo dados empíricos, objetivos”. Não obstante a visão obsoleta evidenciada pelo doutrinador em clássica obra sobre o tema, interessante indicar os antigos fundamentos enumerados sobre a presunção da paternidade ao homem casado (PIMENTA, 2001, p. 85).

²⁰CAMPOS, D. L. & CAMPOS, M. M., 2016, p. 391.

²¹Há quem diga que a presunção de paternidade que recai sobre o homem casado pode ser estendida ao homem que vive em união de fato devido à condição análoga de cônjuges vivida pelo casal, ainda que a Lei n.º 7/2001 não tenha assim disposto. O problema não reside apenas em saber se a presunção pode ser ampliada, pois na maioria das vezes as uniões de fato não são registradas, situação que impossibilitaria o cartório ter ciência da existência da situação de fato vivida pelos conviventes (PEREIRA, 2017, p. 47).

²²*Legitimatío* era a nomenclatura usada no direito romano para se referir ao reconhecimento jurídico do filho nascido fora do casamento. Dividia-se em *legitimatío per subsequens matrimonium* e *legitimatío per rescriptum principis*. Esta, assemelhava-se a atual noção de perfilhação e era concedida pelo soberano ao homem que pleiteava a paternidade (OLIVEIRA & COELHO, *op. cit.*, 2006, pp. 149-150).

²³OLIVEIRA & COELHO, 2006, pp. 154-155.

satisfação do direito à identidade, à integridade e ao livre desenvolvimento da personalidade de todo cidadão²⁴. Além disso, há um dever de averiguar officiosamente a paternidade desconhecida que não se coaduna com o mero exercício de uma faculdade.

Por fim, não há um prazo para perfilhar, podendo ser realizada antes ou depois do nascimento da criança – inclusive após o falecimento desta, contudo, produzirá efeitos somente em relação aos seus descendentes –, perante declaração prestada ao registro civil, por meio de testamento²⁵, escritura pública ou por termo lavrado em juízo. Cabe ainda apontar que, uma vez perfilhado, o ato não pode ser desfeito, todavia, o legislador estabeleceu hipóteses em que é possível a impugnação e anulação da perfilhação.

1.2 Princípios relacionados à filiação

Os princípios relacionados ao direito da filiação têm guarida na Constituição da República Portuguesa (CRP), o que apresenta ser oportuno trazer à baila algumas diretrizes que, certamente, irão prestar relevante contributo para a fundamentação acerca da existência de um direito ao conhecimento das origens genéticas.

O art. 36º da CRP reconhece e normatiza diversos direitos relacionados aos institutos da família, do casamento e da filiação, de modo que veremos a seguir alguns deles.

1.2.1 Princípio do direito de constituir uma família

A diretriz encontra-se constitucionalmente inserida no ordenamento jurídico português na primeira parte do n.º 1, do art. 36º, e se sustenta na ideia de que toda pessoa tem o direito de formar uma família e estabelecer vínculos de parentesco.

A norma extraída no dispositivo em questão deve ser relacionada com outra norma de categoria constitucional, o art. 67º que, ao alicerçar a família como elemento fundamental da sociedade, garante a proteção da coletividade e do Estado em relação à família e a realização pessoal de seus membros

²⁴“No tocante à concepção e à actuação do Estado, decorrerá daquela garantia a rejeição, não só de concepções transpersonalistas do Estado, mas também de formas de actuação estatal que tratem a pessoa humana como objecto, e não como sujeito de direitos” (PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *In: Studia Iuridica*, n. 40, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 149-150).

²⁵A perfilhação é irrevogável e, quando feita por meio de testamento, não é prejudicada em razão de eventual revogação deste, nos termos do art. 1.858º do CC.

Interessante notar que nem sempre a noção de constituição de família está ligada ao conceito de matrimônio, motivo pelo qual a segunda parte desta norma teve o zelo de expressamente contemplar este direito por meio da expressão “contrair casamento”²⁶.

A percepção de família matrimonializada é obsoleta, uma vez que o casal formado por união de fato também é considerado família e goza dos mesmos direitos conferidos aos cônjuges²⁷.

No sistema jurídico atual, não há espaço para distinções irrazoáveis, discriminatórias e desproporcionais entre união de fato e casamento, portanto, o direito de procriação é garantido tanto nas relações baseadas na união de fato quanto no enlace matrimonial²⁸.

Nesta perspectiva de filiação, afigura-se a outra dimensão do direito de construir família, que diz respeito ao direito da pessoa em formar vínculos de parentesco mediante a concepção de filhos. E é por meio deste sentido que, por exemplo, fundamenta-se o direito de se recorrer às técnicas de procriação alternativas, contrapondo os meios naturais de concepção resultantes de ato sexual.

Tal argumento pode ser reforçado pelo acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional (TC), ao qual foi considerado que o acesso às técnicas de PMA como meio de reprodução alternativo deve ser encarado como uma forma de exercício do direito a constituir uma família²⁹⁻³⁰.

Sob a mesma perspectiva, num contexto que não se vislumbra diferenças entre filiação biológica e jurídica, pode-se compreender que o direito de constituir família também é diretriz que fundamenta e norteia o direito à adoção.

²⁶Não obstante, *in thesi*, o efeito natural do ato de matrimoniar é constituir uma família. Logo, mostra-se racional admitir que a pessoa que deseja contrair matrimônio objetiva construir uma família, mas nem sempre aquele que anseia gerar uma relação familiar tem a intenção de casar-se.

²⁷CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1 (artigos 1º a 107º). Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 561.

²⁸CAMPOS, D. L. & CAMPOS, M. M., 2016, p. 78.

²⁹PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101/2009*. Processo n.º 963/06. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>. Acesso em: 16 mar. 2018.

³⁰Na época da decisão do TC, ainda estava em vigor a redação antiga da Lei de PMA, que restringia o acesso aos meios alternativos de concepção. Somente com o advento da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que veio se alterar o rol de beneficiários do método, estabelecendo que o recurso poderia ser utilizado por todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade.

1.2.2 Princípio da não discriminação entre filhos

Em concordância com os argumentos apresentados anteriormente, a determinação da filiação decorre da lei e não se sustenta eventual discriminação entre filhos havidos dentro ou fora da constância matrimonial, contrariamente a remota distinção entre filiação legítima e ilegítima³¹⁻³².

No ano de 1976, a CRP instituiu o princípio da não discriminação entre filhos havidos ou não na constância de relação matrimonial³³, sendo posteriormente previsto o mesmo direito na reforma do CC de 1977, conforme denota-se no n.º 4 do art. 36º da CRP.

A inserção desta garantia sob o prisma constitucional promoveu a consequente revogação dos dispositivos que concediam vantagens sucessórias aos filhos legítimos em comparação com os demais, tal como aboliu as condições que limitavam o reconhecimento da filiação daqueles considerados ilegítimos³⁴.

O direito que preconiza a isonomia entre os filhos contempla duas dimensões: formal e material. Relativamente à perspectiva formal, entende-se que a lei e as repartições oficiais não devem se valer de designações pejorativas – como filhos bastardos e ilegítimos,

³¹A ideia remete-se à clássica marginalização dos filhos considerados ilegítimos pelo Código de Seabra. Consideravam-se legítimos aqueles filhos frutos de uma relação de matrimonial. O nascimento deveria ocorrer após o lapso temporal de 180 dias após a data do casamento ou, ainda, dentro do período de 300 dias após a dissolução do casal, decretada por sentença transitada em julgado. Todos os demais filhos que não se enquadrassem nesta tabela do nascituro eram considerados ilegítimos para o sistema vigente. A tarefa de prova da condição de filho legítimo era complexa, pois além de ter que cumprir todos os requisitos fático-jurídicos e temporais, a cognição deveria ser comprovada, preferencialmente pelo registro do nascimento, caso ausente, prova documental de meio autêntico e idôneo ou prova testemunhal poderiam ser utilizadas. Aos filhos reconhecidamente ilegítimos, poderiam ser perfilhados pelo pai ou mãe em uma atividade que envolvia grande submissão à vontade e interesse do pretense progenitor. Em relação aos considerados espúrios ou adulterinos, só era lícito pleitear os alimentos necessários para sua manutenção. Havia-se a noção de que a filiação ilegítima era um mal na sociedade, pois compreendia-se que a formação moral do ser humano só poderia ser alcançada com êxito dentro de um contexto familiar propício para o desenvolvimento educacional, intelectual e humano (MARTINS, José Pedro Fazenda *et al.* *Temas de Direito da Filiação*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, pp. 166-168).

³²Equivalente aos prazos do Código de Seabra para determinação de filiação legítima, até a promulgação da Constituição Federal brasileira, em 1988, era considerado filho apenas o nascido nos 180 dias depois do matrimônio constituído ou até o prazo de 300 dias após o término da relação do casal (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 386).

³³Antes da reforma constitucional, o CC de 1966 ainda mantinha conteúdo discriminatório ao separar filiação legítima de ilegítima. Naquele diapasão, o filho legítimo era o nascido durante a relação matrimonial do casal, cabendo ao interessado intentar ação própria com o fito de alterar a condição que lhe era reconhecida. A filiação dos filhos ilegítimos – aqueles que não haviam nascidos nas condições compreendidas como decorrentes de filiação legítima – poderia ser estabelecida pelo reconhecimento oficioso, judicial ou por meio da perfilhação. Esta, por sua vez, embora decorrente de ato pessoal e livre, estipulava como requisitos idade mínima para perfilhar e consentimento do perfilhado (MARTINS *et al.*, *op. cit.*, pp. 168-169).

³⁴CAMPOS, D. L. & CAMPOS, M. M., 2016, p. 101.

por exemplo, ao referir-se aos nascidos fora do casamento. Pelo aspecto material, não poderá haver distinção de regime jurídico aplicado em desfavor de um ou outro descendente, justificado pela condição que ocorreu o reconhecimento da filiação³⁵.

A temática da igualdade entre filhos, independentemente do meio em que a filiação haja sido estabelecida, remonta-se à discussão atual e dotada de relevância ímpar na conjuntura do direito da família contemporâneo. Cada vez mais discute-se o anseio das pessoas em constituir família em condições incomuns frente ao que se entende por padrão normal. É o caso das filiações pretendidas por casais homoafetivos e métodos de PMA para casais inférteis. E o direito, como instrumento de garantia da igualdade e da justiça, não pode ficar alheio a essas legítimas aspirações contemporâneas. Tal como a vida em sociedade, o direito da filiação deve se movimentar e se reinventar ao mesmo passo da evolução social e científica.

1.3 Fundamentos do direito ao conhecimento às origens genéticas

O nascimento, em si, é um fato jurídico que goza de proteção do ordenamento vigente. Mesmo que não seja possível apontar a maternidade ou paternidade – igualmente, fatos jurídicos – através dos meios taxativos de estabelecimento de filiação, não se deve desprezar a autonomia e a necessidade de tutela deste instituto³⁶.

Embora admitam-se direitos antes do nascimento, é a partir deste que se operam os direitos da personalidade que o presente estudo objetiva esclarecer, notadamente em relação à existência de um direito ao conhecimento da ascendência biológica.

Saber o sangue que corre nas veias é uma ambição legítima a qual o direito não pode se furtar de tutelar. A consciência do próprio código genético é uma forma de autoconhecimento – é olhar para dentro de si e descobrir, através da personalidade, o que é próprio e o que se carrega como herança, onde o maior patrimônio não é pecuniário, mas, sim, afetivo.

O desejo pela descoberta pode despertar-se por inúmeras razões, desde problemas de saúde que carecem da análise ancestral – sejam predisposições a enfermidades,

³⁵PIMENTA, 2001, pp. 17-18.

³⁶OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Estabelecimento da filiação*. 2017 [on-line]. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Estabelecimento-da-Filiac%CC%A7a%CC%83o.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2018.

hipersensibilidade a determinados agentes, transmissibilidade de doença hereditária ou outros fatores de origem ascendente³⁷ –, até o simples desejo de saber qual é a sua própria essência primitiva.

Nas palavras de Gomes: “a tranquilidade emocional de cada pessoa depende do conhecimento das suas raízes: a sua busca pela felicidade pessoal deve, sempre que possível, prescindir da realização de enigmáticas buscas sobre as suas fundações identitárias”³⁸.

O direito ao conhecimento das origens genéticas não é expressamente garantido pelo legislador português, mas isso não implica dizer que é inexistente ou que sua importância foi relegada a segundo plano.

Na jornada ao descobrimento deste direito, deve-se transcender os conceitos de princípios e garantias que, implicitamente, asseguram a existência e o papel de destaque no âmbito da personalidade civil de cada ser humano. E é ao trilhar este caminho que se notam alguns movimentos nas últimas décadas, em sede do direito estrangeiro, que nos conduzem à concretização pretendida.

Importante passo à condução do direito ao conhecimento das origens genéticas foi dado pela Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1989, da Assembleia Geral das Nações Unidas que, no art. 7º, foi expressa ao preconizar o direito de toda criança – na medida do possível – de conhecer seus pais e por eles ser criada³⁹.

Ainda que se questione a expressão “na medida do possível”, que pode ser compreendida como uma faculdade – embora não seja –, a inserção desta norma em um documento de caráter global confere uma categoria de destaque ao direito ao conhecimento da progenitura, de modo que identifica-se e recomenda-se a necessidade de mudança do assombroso cenário de filhos sem pai.

No mesmo sentido, mas por outro viés, interessante apontar que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, desde 1989, *affaire Gaskin c/ Royaume-Uni*, tem extraído do direito à vida privada uma nova dimensão que reconhece o direito ao conhecimento às origens genéticas, posto que, segundo o referido órgão: “o respeito pela vida privada exige que cada pessoa possa estabelecer os detalhes de sua identidade, sem que as autoridades a impeçam

³⁷OLIVEIRA, 2001, p. 71.

³⁸GOMES, Carla Amado. Filiação, adoção e proteção de menores – quadro constitucional e notas de jurisprudência. In: *Lex Familiae’ Revista Portuguesa de Direito de Família*, Ano 4, n. 8, jul./dez. 2007, p. 22.

³⁹REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao Conhecimento da Origem Genética*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 27.

de obter essas informações fundamentais”⁴⁰, exceto mediante razoável justificativa.

Não há como olvidar que o raciocínio do referido órgão é plausível, ao passo que, de fato, o conhecimento à própria origem é tema que ocupa a esfera íntima do ser, localizado no núcleo da privacidade, sendo lícito que tais dados sejam de propriedade do indivíduo, ainda que se tolere uma espécie de “conhecimento compartilhado” com as autoridades, certo é que o domínio desta informação deve pertencer ao próprio titular e negar algo que é seu de direito não parece ser critério e medida de justiça.

Também merecem notoriedade algumas ações relacionadas à existência do direito ao conhecimento da origem biológica nos casos relacionados à PMA e adoção, pelo qual destacam-se, respectivamente a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de março de 1989, sobre os problemas jurídicos da manipulação genética e fecundação artificial e a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993⁴¹.

Ainda em 1989, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que ao interessado deveria ser garantido o direito de conhecer a sua identidade genética⁴²⁻⁴³. Pouco tempo depois, segundo Reis, o Supremo Tribunal holandês, em 1994, consagrou o direito da criança em conhecer a identidade dos seus progenitores, como forma de exercício de um direito geral de personalidade⁴⁴.

No plano de vista do ordenamento jurídico dos países vizinhos, merece menção o direito espanhol que, já há algum tempo⁴⁵, reconhece o direito do maior adotado ao acesso das suas origens⁴⁶.

A nível constitucional, mediante a reforma de 1999, após o referendo de 18 de abril, a Suíça expressamente instituiu um princípio ao conhecimento das origens genéticas,

⁴⁰REIS, 2008, pp. 24-26.

⁴¹*Ibid.*, pp. 31-33.

⁴²HEALTH Law Center. *Access to Donor Information Around the World*. 2018 [on-line]. Disponível em: <http://www.healthlawcentral.com/donorconception/international-laws-access-donor-information/>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴³À propósito, no direito alemão, a correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de um direito geral de personalidade – extraído da tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade – foram determinantes para a construção do direito ao conhecimento das origens biológicas. (REIS, *op. cit.*, p. 47).

⁴⁴*Ibid.*

⁴⁵Desde 1998, o Código de Família catalão reconhece tal direito. Atualmente, o Código Civil espanhol também conta com previsão semelhante, alteração promovida pela Lei n.º 54/2007, de 28 de dezembro, sobre adoção internacional.

⁴⁶REIS, *op. cit.*, p. 33.

adotando a dimensão de um Direito Constitucional fundamental e geral⁴⁷.

No Brasil, inexistente previsão expressa, contudo, tal como em Portugal, defende-se a existência de um direito ao conhecimento à ascendência biológica, integrante ao direito da personalidade de qualquer pessoa⁴⁸, portanto, com guarida constitucional⁴⁹.

O ordenamento jurídico português ainda não consagra expressamente – diz-se ainda porque a tendência é que, futuramente, seja um direito reconhecido de forma expressa e em caráter geral, ou próximo a tal, não só em Portugal, mas também na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

Análoga ao direito português, a Constituição Espanhola não consagra expressamente um direito ao conhecimento da própria origem biológica; no entanto, alguns autores deduzem um raciocínio para a existência e validade de tal direito por meio dos arts. 10º, 15º, 18º e 39.2 da norma fundamental⁵⁰.

Todavia, mesmo não havendo previsão categórica nesse sentido, não se pode fomentar conclusões precipitadas de que o direito português negou a existência do direito em questão. Por meio da correlação de garantias e direitos da personalidade, é possível compreender que a CRP reconhece e garante o exercício do direito à descoberta da ascendência biológica.

Com efeito, o que se busca com o conhecimento da própria origem é uma aquietação profunda dos anseios motivados pela indefinição das raízes. É inegável que, na maior parte das vezes, o desconhecimento da própria natureza passa por um sentimento de frustração pela desigualdade frente ao padrão de filiação tido como “normal”, podendo ser agravado quando se une à eventual sentimento de rejeição, fato que, inequivocamente, gera abalos de ordem emocional.

Logo, a privação ao acesso de informações relacionadas à origem biológica de cada indivíduo pode ter guarida na essência do princípio estrutural de todo o sistema de garantias fundamentais da CRP, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é ao acaso que a dignidade da pessoa humana está expressa no art. 1º da Magna Carta, ao estabelecer que a República se baseia neste princípio. Desta constatação, podemos

⁴⁷REIS, 2008, p. 36.

⁴⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 265.

⁴⁹DIAS, 2015, p. 437.

⁵⁰YAGÜE, Francisco Lledó. La prueba em los procesos de filiación. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ Y JUNOY, Joan; GONZÁLEZ, Manuel Richard. *La Prueba Judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. Madrid: La Ley, 2011, p. 1.090.

extrair conclusões sobre a sua relevância dentro do sistema jurídico português.

É o preceito basilar do ordenamento⁵¹, todas as demais garantias constitucionais partem de uma subordinação sob uma perspectiva substancial. Deve ser compreendido com fundamento e não como consequência da ordem normativa⁵².

A razão da existência de um direito à dignidade advém da própria condição de ser homem, onde “a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais”⁵³.

O parâmetro do que pode ser considerado indigno é a noção de decência, isto é, o princípio em questão centraliza-se na ideia do mínimo existencial⁵⁴ para que o que se tutela possa ser compreendido como vida humana. Abaixo deste nível não há sentimentos, não há emoções, não há direitos e, sobretudo, não há vida.

Ademais, segundo Miranda, através do reconhecimento do direito da dignidade da pessoa humana e dos seus efeitos, é possível fundamentar e compreender a existência à nível constitucional dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade⁵⁵, da garantia da identidade genética do indivíduo e a regulamentação dos meios de PMA⁵⁶.

Dessa forma, pode-se concluir que a busca pela existência de um direito ao conhecimento das origens genéticas, indubitavelmente, passa não só pela percepção da dignidade da pessoa humana, mas também pelo direito à identidade pessoal ou direito à integridade pessoal.

⁵¹Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, entende que falta autonomia ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que, por se comportar como alicerce e fonte de parte do conteúdo dos demais direitos fundamentais, seria um contrassenso compreendê-lo como um direito em si, pois já é parte de todos aqueles (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 67).

⁵²ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *In: Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, Vol. I, 2008. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁵³CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 198.

⁵⁴“Nestes pressupostos radica a elevação da dignidade da pessoa humana a trave mestra de sustentação e legitimação da República e da respectiva compreensão da organização do poder político. Como este sentido, a dignidade da pessoa humana ergue-se com linha decisiva de fronteira (valor limite) contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana (escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismo, genocídios étnicos” (*Ibid.*).

⁵⁵Segundo o professor Mota Pinto, o livre desenvolvimento da personalidade deve partir da premissa do ser humano conformador de si próprio e de sua vida de acordo com a forma que lhe convier, uma vez que deve ser reconhecido que a formação da personalidade humana não é um regramento formal e nem se constitui como um modelo a ser seguido, cabendo a cada indivíduo auto-instituir ou construir o seu projeto de vida (PINTO, 2000, p. 152).

⁵⁶MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 202-203.

A garantia da identidade pessoal, expressa no art. 26º da CRP, talvez seja o direito ao qual se permite enxergar com mais clareza o reconhecimento do direito às origens genéticas.

O direito à identidade genética está presente na primeira parte do n.º 1 do art. 26º da CRP e contempla duas dimensões, uma absoluta e outra relativa⁵⁷.

A ideia de absoluta vincula-se ao fato de que cada pessoa é única e individualizada, portanto, digno de reconhecer-se o direito a um nome, vinculado à noção de singularidade de cada pessoa. O direito a um nome⁵⁸ representa uma forma de individualização dentro do meio social que vive, mas, também, relaciona-se com o direito de ser e pertencer a uma família, parentesco este que lhe permite carregar um sobrenome, contemplando, assim, a imagem de especificidade e indivisibilidade de cada pessoa⁵⁹⁻⁶⁰.

Pela dimensão relativa, entende-se por um direito decorrente da história familiar do interessado. Através da historicidade pessoal compreende-se o direito do indivíduo em conhecer o próprio património genético, bem como a forma que foi gerado, vez que a filiação não decorre apenas de ato sexual, além dos casos de adoção que vínculos são formados de forma não-biológica⁶¹.

Alheio à discussões acerca do anonimato na adoção e na concepção fruto das técnicas de PMA, o fato é que a historicidade pessoal contempla um direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, pois, ao garantir o acesso às informações sobre como o indivíduo foi gerado, de forma implícita garante-se a possibilidade de identificação dos responsáveis pela geração daquela vida.

⁵⁷“Ora, este direito solenemente proclamado na Constituição à identidade pessoal não pode, segundo a melhor interpretação do texto, confinar-se ao direito ao nome de cada indivíduo; e, entre os elementos necessariamente acrescem ao nome, não podem deixar de figurar a maternidade e a paternidade, como as raízes definidoras, por excelência, da sua identificação” (VARELA, João Antunes de Matos. *A inseminação artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 100).

⁵⁸A proteção configura-se não apenas ao direito de ter um nome, pois, diante da sua escolha livre, sem que o Estado interfira nesta manifestação, é necessário que alguns limites sejam impostos, notadamente, em relação a nomes e pronomes vexatórios e prejudiciais ao desenvolvimento da pessoa, situações em que o direito pode e deve corrigir (CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 462).

⁵⁹OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 71.

⁶⁰Segundo professor Mota Pinto, o direito ao nome é um daqueles integrantes da proteção da identidade pessoal, ao qual ainda pode-se considerar compreendido um interesse na verdade pessoal. “O nome é um *quid* imaterial, meio de realização do bem da identidade, intimamente ligado, portanto, à pessoa” (PINTO, Paulo Mota. *Direitos de Personalidade no Novo Código Civil Português e Novo Código Civil Brasileiro*. In: CALDERALE, Alfredo. (org.). *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*. Milano, 2003, p. 40).

⁶¹OTERO, *op. cit.*, p. 72.

O direito à identidade pessoal deve ser analisado por suas duas vertentes: se por um lado confere o direito a um nome, pelo outro garante o direito à historicidade pessoal que concretiza um direito ao conhecimento das origens genéticas “que, por sua vez, garante um direito à localização familiar, de tal modo que cada indivíduo possa identificar os seus parentes, a sua origem geográfica e social”⁶².

Ademais, o fundamento pela descoberta do patrimônio genético se mostra irrefutável quando confrontado com questões de cuidados médicos, não apenas pela noção de medicina preventiva que hoje se compreende como imprescindível, mas como forma de controle de enfermidades preexistentes e a compatibilidade para efeitos de transplantações.

Outrossim, por mais que não se reconheça base legal específica, a historicidade pessoal é um dos principais fundamentos constitucionais das ações judiciais de investigação de paternidade e maternidade⁶³, tema abordado nos capítulos seguintes.

Para Canotilho e Moreira, o direito à historicidade pessoal estabelece um direito ao conhecimento da identidade civil dos progenitores e se instrumentaliza como fundamento legal para a propositura da ação de investigação de paternidade ou maternidade⁶⁴.

Destarte, não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência nacional é pacífica no reconhecimento de um direito constitucional à descoberta das origens genéticas extraído do direito à identidade pessoal, através da dimensão relativa no tocante à historicidade pessoal⁶⁵⁻⁶⁶, havendo diversos julgados neste sentido, sobretudo, relacionados à investigação

⁶²OLIVEIRA & COELHO, 2006, pp. 50-51.

⁶³CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 462.

⁶⁴*Ibid.*

⁶⁵“Poderemos daí extrair a intenção do legislador de proteger outras realidades, além do mais, a virtualidade de serem susceptíveis de criar relações jurídicas familiares e de serem fonte dessas mesmas relações, com todas as consequências daí advenientes, nas quais o «direito à identidade pessoal» e o «direito à integridade pessoal» consagrados nos artigos 26.º, n.º 1 e 25.º, n.º 1 da Lei Fundamental, ganharam uma nova dimensão que não pode ser desvalorizada, cfr Guilherme de Oliveira, artigo citado. Estes direitos encontram-se, deste modo, ao serviço do núcleo essencial da pessoa humana e da sua vida, englobando o que se denomina os direitos da personalidade, estando o seu conteúdo delimitado, além do mais, pelo direito do indivíduo à sua historicidade pessoal, implicando necessariamente o direito ao conhecimento da identidade dos seus progenitores, aqui se fundando, logicamente, o direito à investigação da paternidade [...]” (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 253/11.9TBVZL.L1.S1*. Relator: Ana Paula Boularot. Lisboa, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/74b218a27ae4e1f680257ef9004397ff?OpenDocument&Highlight=0,253%2F11.9TBVZL.L1.S1>. Acesso em: 11 mai. 2018).

⁶⁶“O direito à identidade pessoal, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, associa-se ao direito de constituir família, consagrado no artigo 36.º, n.º 1 da CRP, abrangendo ambos na sua esfera de protecção o direito ao conhecimento da paternidade e o direito à constituição e/ou destruição do respectivo vínculo jurídico e destina-se, fundamentalmente, a tutelar o direito do filho que pretende conhecer a sua identidade biológica, a sua ascendência e proveniência familiar” (PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 25735/15.0T8SNT.L1-2*. Relator: Ondina Carmo Alves. Lisboa, 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4c2275e119e02e968025813a00384528?OpenDocument>. Acesso em: 04 mai. 2018).

de paternidade.

O conhecimento da ascendência apresenta fundamental importância no itinerário biográfico da pessoa, pois possibilita o conhecimento dos responsáveis biológicos pelo nascimento daquela vida. À vista disso, fomentar meios à descoberta dos progenitores é uma conquista importante do direito, uma vez que facilita o processo de autodefinição do ser, informação que “permite ao indivíduo encontrar pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afetiva ou fisiológica, revelando-lhe as origens do seu ser. É um dado importantíssimo na sua historicidade pessoal”⁶⁷.

Não há dúvidas, portanto, da existência de um direito ao reconhecimento às origens genéticas; o que se discute é a fonte legal deste direito, havendo quem o extraia tão somente do direito à identidade pessoal, por meio da dimensão da historicidade pessoal, e quem defenda a necessária correlação com outros princípios constitucionais como o direito à integridade pessoal e o direito de constituir família.

Também parece plausível, reconhecer que a descoberta da ascendência decorre de um exercício de reflexão baseado nas garantias fundamentais que cercam a dignidade da pessoa humana, pois não há nada mais indigno do que a impossibilidade de responder questionamentos do tipo: Quem sou? De onde vim? Como cheguei aqui?

Por fim, cabe apresentar o ponto de vista do doutrinador brasileiro Lôbo, ao qual afirma que o estabelecimento de filiação mediante o reconhecimento de paternidade ou maternidade provém dos “laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho”, e não necessariamente corresponde com o direito ao conhecimento da origem genética de cada ser humano. Há de se fazer uma distinção de duas situações, a qual a primeira tem assento no direito de família, enquanto a segunda relaciona-se com o direito da personalidade. Segundo o autor, para se “garantir a tutela do direito da personalidade, não é necessário investigar a paternidade”⁶⁸.

Logo, conforme o entendimento do referido doutrinador⁶⁹, é importante distinguir

⁶⁷PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 401/2011*. Processo n.º 497/10. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa, 22 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110401.html>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁶⁸LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito a origem genética: uma distinção necessária. *In: Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários*, n. 27, out/dez, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/633/813>. Acesso em: 12 mar. 2018, p. 53.

⁶⁹No mesmo sentido, Didier Junior, Braga e Oliveira também entendem a distinção entre o direito ao conhecimento das origens genéticas e o desejo pelo reconhecimento do estabelecimento da filiação pela ação de investigação de paternidade (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael

os dois institutos, pois, para se exercer o direito ao conhecimento das origens genéticas, não é imprescindível que a descoberta se atribua à paternidade.

Dessa maneira, não resta dúvidas de que há um direito constitucional relacionado ao conhecimento às origens genéticas que, embora não expresso, pode ser alcançado pela correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito à identidade pessoal.

1.4 A filiação na procriação medicamente assistida

Por meio da revisão de 1997, a CRP passou a prever, em seu art. 67º, que incumbe ao Estado a preservação da família, nomeadamente, no sentido de regulamentar a PMA, conservando como diretriz a proteção da dignidade da pessoa humana.

Após pouco mais de uma década, o regime da PMA foi regulado pela Lei n.º 32/2006, diploma normativo que veio a suceder o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, e teve como objeto normatizar as técnicas de inseminação artificial, da fertilização *in vitro*, da injeção intracitoplasmática de espermatozoides, da transferência de embriões, gametas ou zigotos, o do diagnóstico genético pré-implantação, bem como outros métodos laboratoriais de manipulação genética ou embrionária.

Antes de ser regulamentado em Portugal, o recurso dessa técnica já era tema de debate dentro da União Europeia, de tal maneira que, em 16 de março de 1989, o Parlamento Europeu instituiu uma resolução acerca dos problemas jurídicos da manipulação genética e fecundação artificial⁷⁰. Ainda no mesmo ano, o Conselho da Europa promoveu um comitê para abordar questões sobre os progressos na área das ciências biomédicas (CAHBI).

Sem a pretensão de esgotar o instituto da procriação mediamente assistida em Portugal, este estudo limitar-se-á a análise do direito da busca pela origem genética e os possíveis enfrentamentos que o sigilo que essas técnicas de reprodução impõem aos envolvidos, nomeadamente em relação ao regime de filiação na reprodução heteróloga e o

Alexandria de. *Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 72).

⁷⁰Sobre esta resolução do Parlamento Europeu, Reis entende que esta regulamentação determinou o respeito pelo direito das pessoas geradas por este meio a conhecer as origens genéticas, nas mesmas condições e tratamento de que se adotado fosse. Diverge ainda da doutrina que defende que essa diretiva promoveu uma abertura ao aludido direito no campo da PMA, reconhecendo que tal normatização apenas sustentava a aplicação analógica dos direitos conferidos na adoção (REIS, 2008, p. 33).

conhecimento da identidade do doador.

1.4.1 A Lei n.º 32/2006

Inicialmente, revela-se oportuno chamar atenção para alterações significativas no texto original da norma, em virtude da Lei n.º 17/2006, de 20 de junho, que alargou o âmbito dos beneficiários e a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que reconheceu a validade da gestação de substituição. Se na redação primitiva da lei era somente possível recorrer aos métodos da PMA no caso de diagnóstico de infertilidade, a Lei n.º 17/2006 veio permitir a utilização destas técnicas por qualquer mulher, independentemente de esterilidade.

Na tentativa de conferir tratamento isonômico e indistinto, forçoso é não reconhecer que a expansão dos beneficiários de tal método reprodutivo promovido pelo legislador não coloca um ponto final às críticas e ainda suscita novos questionamentos, consoante ao que será abordado nos próximos itens desta pesquisa.

No que se refere à confidencialidade das técnicas de procriação reguladas pela lei, destaca-se o mandamento do art. 15º, que determina a limitação do direito do progênto em descobrir os dados do doador, sendo-lhe garantido apenas o direito de informações de natureza genética nas hipóteses em que sejam confrontadas questões relativas à saúde e impedimentos de ordem matrimonial. A ressalva fica por conta de eventual sentença judicial que, após analisar a fundamentação do pedido, poderá determinar pela revelação da identidade do doador ao interessado.

Para garantir a proteção e a concentração dos dados guardados em sigilo, a lei criou o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e, por meio do art. 30º, n.º 2, “p”, determina que o órgão tem a atribuição de centralizar as informações relativas a todos os participantes do método, ou seja, compete à entidade armazenar o registro dos doadores, gestantes de substituição, beneficiários e crianças nascidas.

Relativamente à temática da filiação, alguns dispositivos merecem destaque, como é o caso do n.º 7 do art. 8º, que determina que a criança fruto de uma gestação substitutiva será tida como filha dos beneficiários e não da pessoa que suportou a gravidez. No mesmo sentido, o art. 10º, n.º 2, expressa categoricamente que os doadores de espermatozoides, ovócitos e embriões não poderão ser considerados progenitores. O art. 21º, por sua vez, determina que o doador de sémen não poderá ser considerado progenitor da criança, não

competindo-lhe qualquer poder ou dever em relação à prole. Isto é, a determinação da filiação não se dá de forma biológica, mas jurídica, de sorte que o critério da lei é que estabelece o vínculo entre pai ou mãe e filho.

Reforçando tal assertiva, diz o art. 20º, n.º 1, que a criança resultado das técnicas medicamente assistidas também será considerada filha de quem estiver casada ou em união de fato com a pessoa beneficiária, pois pressupõe que ambas consentiram com a técnica utilizada e foram determinantes no nascimento da vida do bebê.

A lei ainda prevê a impugnação da parentalidade quando a pessoa casada ou em união de fato com a pessoa sujeita ao método procriativo obtiver êxito em provar que não expressou consentimento ou que o bebê não foi fruto da manifestação prestada.

Como se vê, a problemática relacionada à filiação na PMA não se faz presente na técnica homóloga de reprodução, vez que este recurso utiliza gametas do próprio casal, portanto, indubitavelmente considerados progenitores da criança. Todavia, frente ao método heterólogo⁷¹⁻⁷², pela existência de uma terceira pessoa responsável pela doação do material genético, o impasse concerne em admitir ou não aquele como progenitor da criança.

É de se reconhecer que o tema fomenta discussões que a lei, embora contemporânea, não consegue prever, uma vez que trata-se de técnicas em constante evolução e que nem sempre o direito consegue acompanhar tais avanços.

As contestações sobre a norma só não são maiores porque trata-se de uma lei recente, de pouco mais de 12 anos, lapso temporal curto se considerarmos que a capacidade plena para exercer os atos da vida civil ocorre com a maioridade, fato que inibe, por ora, o surgimento de ações judiciais com o escopo de quebrar a regra do anonimato.

À propósito, por meio do processo n.º 963/06 no TC, foi requerida a declaração de inconstitucionalidade formal e material de diversas normas da Lei n.º 32/2006, pelas quais pode-se destacar os questionamentos sobre o anonimato do doador⁷³ e do regime de filiação

⁷¹A procriação heteróloga pode ser total quando as células reprodutoras não pertencem ao casal, ou parcial, quando é proveniente de apenas um deles (PINHEIRO, 2010, p. 237).

⁷²Na Itália, a Lei n.º 40, de 19 de fevereiro de 2004, *norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, proíbe o uso de técnicas heterólogas de procriação, no entanto, na *sentenza* 162/2014, a *Corte Costituzionale* derrubou a proibição da inseminação artificial heteróloga quando uma patologia que causa infertilidade absoluta ou irreversível for diagnosticada (STANZIONE, Maria Gabriella. Anonymous birth, medically assisted procreation techniques and right to know one's origins in a comparative perspective. *In*: NETO; PEDRO; GONZÁLEZ, 2017, p. 102).

⁷³O TC sustentou que, independentemente do sigilo imposto aos envoltos no método reprodutivo, entende-se que estas pessoas possuem condições de conseguir todos os dados necessários relacionados aos antecedentes genéticos, ressalvando-se apenas o conhecimento a identidade civil do doador, cuja revelação estará condicionada à apreciação judicial (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101/2009*. Processo n.º

na reprodução heteróloga⁷⁴.

Ao decidir a questão, através do acórdão n.º 101/2009, o TC declarou não haver inconstitucionalidade em relação aos dispositivos legais que tratam sobre estes temas, entretanto, no que pese este veredito, pela proximidade existente em relação ao objeto central da pesquisa, se revela pertinente abordar separadamente tais institutos.

1.4.2 O regime de filiação na reprodução heteróloga

O legislador entendeu que a filiação proveniente da gestação por substituição seria dos beneficiários e não daquele que suportou a gravidez. Mesma compreensão se aplica à doação de espermatozoides, ovócitos e embriões, em que o doador não será reconhecido como progenitor da criança, situações que evidenciam falta de correlação entre verdade biológica e verdade jurídica⁷⁵.

Circunstância que comprova tal assertiva é reforçada pelas presunções de paternidade estabelecidas pelo art. 20º, onde poderá ser havido como filho de quem a pessoa que apenas consentiu e, em conjunto com o beneficiário, optou por aquele meio de procriação resultante no nascimento da criança.

Ad argumentandum tantum, muito antes da promulgação da referida lei sobre o recurso aos meios de inseminação artificial heteróloga, o saudoso jurista Antunes Varela já criticava o peculiar cenário da paternidade legal não coincidir com a paternidade biológica⁷⁶, de modo que até a pessoa que não participou de forma direta do processo de concepção, tão somente consentiu com a prática, pode ser considerado progenitor, e aquele que efetivamente ofertou seu código genético não será considerado como tal. Fato é que nem mesmo na hipótese de inexistência de consentimento do cônjuge ou convivente o doador poderá ser

963/06. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>. Acesso em: 16 mar. 2018).

⁷⁴O entendimento do acórdão foi no sentido que não se afigurava razoável adotar um critério eminentemente biológico, de modo a conferir uma condição paternal a um simples fornecedor de material genético. Na verdade, o critério jurídico de filiação se mostrava mais coerente e justo, vez que o foi através da decisão dos beneficiários que o processo de procriação foi desencadeado até o surgimento da nova vida. Ademais, o regime de filiação adotado pelo legislador corresponderia aos princípios definidos pelo Conselho da Europa, em 1989, além de estar em consonância com diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como é o caso da Espanha, França e Reino Unido (*Ibid.*).

⁷⁵MELO, Helena Gomes de. O direito ao conhecimento da origem genética. In: *Revista do Ministério Público*, n. 142. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 38.

⁷⁶VARELA, 1996, p. 100.

considerado progenitor⁷⁷.

No que tange à impugnação da presunção da paternidade⁷⁸, a lei determinou que esta só será possível quando o interessado obtiver êxito em provar que não houve consentimento ou que o nascido não foi fruto da inseminação consentida.

Destarte, se o cônjuge consentiu com a realização do método heterólogo de procriação, não lhe é lícito fundar em razão da origem genética para escusar da paternidade ou mesmo promover investigação desta⁷⁹⁻⁸⁰, sendo este um exemplo da aplicação da locução *venire contra factum proprium* no âmbito civil.

O doador na PMA não possui direitos e deveres em relação ao progênito, devendo ser reconhecido como mero genitor biológico, estranho ao indivíduo produto do seu material genético⁸¹.

Ao instituir quais as reais relações de filiação existentes neste recurso de procriação, há quem sustente que o legislador cometeu excessos dignos de uma divindade, sobrepondo até a ordem natural de aspectos biológicos e antropológicos da vida humana, vez que a filiação sempre foi um vínculo estabelecido pela biologia⁸².

Neste diapasão, outro ponto que chama atenção relaciona-se com o mandamento do art. 20º, n.º 3, uma vez que, no caso de ser prestado consentimento apenas da beneficiária submetida à recurso, o registro deverá ser lavrado apenas em nome desta e sem necessidade de ulterior processo de averiguação de paternidade, situação que contradiz ao disposto do art. 1.864º do CC, no qual determina o oposto, sendo dever do funcionário responsável pelo registro remeter a certidão integral ao tribunal para que se proceda a investigação da

⁷⁷MOURA, Carolina. O Anonimato do Doador de Sêmen e o Direito à Origem Genética. In: *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, n. 47. Salvador: Universidade Salvador, 2006, p. 182.

⁷⁸Esta presunção deve ser considerada *iures et de jure*, uma vez que não há possibilidade de ser impugnada à filiação (DIAS, 2015, p. 403).

⁷⁹LÓBO, 2004.

⁸⁰O Código Civil francês, em seu art. 311-20, determina que o consentimento dado em reprodução assistida impede qualquer contestação de filiação, exceto quando se prove que a criança não nasceu deste método reprodutivo ou quando o consentimento for considerado inválido, como nos casos de falecimento, pedido de divórcio ou separação e revogação por escrito antes da realização do ato.

⁸¹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, do IBDFAM, vol. 5, abr./jun., 2000, pp. 7-28. Disponível em: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/%28Filia_347_343oReprodu_347_343o%29.pdf. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁸²CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo do doador - ou a onnipotência do sujeito. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, Vol. III, 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>. Acesso em: 13 mar. 2018.

identidade do pai⁸³.

De acordo com o professor André Dias Pereira, tal situação afigura-se como retrocesso legislativo, uma vez que não só o direito ao conhecimento às origens genéticas é afetado, sobretudo a própria criança que deixa de ter direito a uma família paterna, além de certa dose de discriminação em relação aos filhos nascidos de forma natural que têm garantido o acesso aos meios judiciais de averiguação de paternidade e aqueles que são concebidos pelos meios alternativos e que não gozam dos mesmos direitos⁸⁴.

1.4.3 A questão do anonimato do doador

Ainda que a filiação já esteja consolidada, ressalvados os casos de impugnação, não será alterada pela descoberta da identidade do doador do material genético, o que se coloca em causa é se a pessoa nascida por meio da utilização dos métodos de procriação alternativos tem o direito de conhecer a sua ascendência biológica.

Necessário apontar que confidencialidade é palavra-chave neste tipo de procriação, fato que se coloca em direção oposta ao direito ao conhecimento das origens genéticas, conforme denota-se em diversos dispositivos do diploma legal que regula os métodos alternativos de fecundação.

A histórica inquietação dos ordenamentos jurídicos quanto ao livre acesso dos dados do doador sempre foi fundamentada no receio de que a intromissão do fornecedor do material genético no seio familiar dos beneficiários pudesse gerar prejuízos na formação e desenvolvimento da criança⁸⁵.

O sigilo sobre a identidade dos envolvidos no procedimento é mandamento imposto a todos aqueles que, de alguma forma, tiverem conhecimento do recurso utilizado. A lei estabeleceu o anonimato do doador como regra e a possibilidade do conhecimento de sua identidade como exceção.

A ressalva ao sigilo é garantida com a finalidade de diagnóstico e tratamento de problemas de saúde, tal como para obtenção de informações relativas a impedimentos matrimoniais ou através de sentença judicial motivadas por pertinentes razões.

⁸³PEREIRA, 2017, p.48.

⁸⁴Pereira faz críticas à reforma proposta e conclui com um perturbador questionamento acerca do regresso de um regime jurídico que tolera e proporciona o nascimento de filhos “incógnitos” (PEREIRA, 2017, p. 53).

⁸⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n.º 32/06 sobre a procriação medicamente assistida. In: *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009, p. 31.

Assim, pessoas interessadas em constituir enlace matrimonial podem consultar o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida em relação à existência ou não de vínculo biológico entre os nubentes. O órgão, por seu turno, deverá responder ao questionamento de forma concisa sem revelar a identificação civil do doador. Como se nota, essa ressalva se justifica pelo forte interesse público existente em impedir a formação de relações matrimoniais em linha de consanguinidade⁸⁶.

O anseio do legislador em evitar relações incestuosas não se afigura como excesso de zelo, tendo em vista que em localidades de dimensões geográficas reduzidas ou baixa densidade populacional é plenamente compreensível o risco de ocorrência de tais situações.

No tocante à possibilidade de ter acesso à identidade do doador por via judicial, denota-se que o legislador desejou estreitar o grau de incidência do sigilo, vez que não impõe qualquer requisito para que se possa fundamentar a pretensão, de modo que pode-se compreender como justo motivo tanto um problema de saúde que dependa de análise de pessoas compatíveis para transplantação ou até um extremo abalo psíquico do filho por desconhecer os seus pais biológicos.

Essencial apontar que, ainda que a identidade do doador seja conhecida, tal revelação não produzirá qualquer efeito de natureza jurídica, vez que serão havidos como progenitores aqueles que manifestaram consentimento neste recurso alternativo de procriação⁸⁷.

De um modo geral, o sistema português revela-se rígido para o conhecimento das origens genéticas, abrindo exceções ao acesso a informações, mas de formas limitadas, buscando a solução sempre pela revelação do código genético ascendente sem que a identidade do doador seja divulgada. A ressalva fica por conta da avaliação de razões ponderosas pelo tribunal⁸⁸.

Embora a lei tenha objetivado garantir o anonimato do doador, tal fato não impede que a discussão se revele em um plano doutrinário, de modo que há posições contrárias e a favor do sigilo nesta seara.

Aos que se declaram favoráveis ao anonimato do doador, o principal argumento reside no fato de que o anonimato serve como incentivo para a doação, uma vez que doador de material biológico para fins de PMA tem a convicção que aquele ato não lhe acarretará

⁸⁶PINHEIRO, 2010, p. 256.

⁸⁷MELO, 2015, p. 40.

⁸⁸ASCENSÃO, 2009, p. 32.

consequências no mundo jurídico além daquelas já esperadas⁸⁹. Trata-se de uma certeza de que, na hipótese de seu material genético ser efetivamente utilizado em determinada fecundação, este fato não terá o condão de estabelecer qualquer vínculo entre ele e a pretensa criança, de modo a gerar obrigações afetivas e financeiramente assistenciais.

Há também uma questão de falta de projeto parental que não se pode desprezar, além dos direitos da personalidade do doador de material genético que, eventualmente, poderiam ser afetados com a revelação de sua identidade civil. São situações que poderiam comprometer as relações pessoais havidas no contexto familiar a qual já está inserido, ou seja, dentro da família constituída com o *animus* que a CRP visou garantir e proteger nos termos do art. 36º.

Não há como olvidar que a possibilidade de se recorrer ao judiciário para ter revelada a identidade civil do pai biológico gera certa insegurança jurídica aos que se submeteram ao procedimento na convicção de que o anonimato é questão intrínseca ao ato realizado. É como se as regras do jogo já houvessem sido compreendidas e aceitas pelos participantes, de maneira que a certeza de ausência de vínculo entre as partes por meio do anonimato é o que fundamenta a base desta relação. Uma vez revelado o sigilo, compreender-se-ia como uma verdadeira alteração do regulamento de um jogo já em andamento.

Em termos semelhantes ao que a lei portuguesa garante, os adeptos à ocultação da identidade do doador defendem que, por ordem médica, informações do doador podem ser fornecidas exclusivamente para o corpo clínico responsável, contudo, a identificação civil do cedente da dádiva deve ser mantida em absoluto sigilo.

A propósito, assim dispõe o Conselho Federal de Medicina brasileiro, por meio do anexo da Resolução n.º 2.013/2013⁹⁰, garantindo que a identidade do doador não será revelada nem mesmo no atendimento à saúde.

Outro ponto que vem reforçar o entendimento dessa corrente relaciona-se com ato de impor uma progenitura à alguém que não desejou e nem foi responsável pela concretização do sucesso do método, ao passo que, ao fornecer o material genético, não há garantias de que este será utilizado para uma fecundação ou, ainda, se terá sucesso na

⁸⁹PINHEIRO, *op. cit.*, p. 255.

⁹⁰CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução n.º 2.013, de 16 de abril de 2013*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em 13 mar. 2018.

empreitada que se destina⁹¹.

Sob a perspectiva do fornecedor do material genético, a revelação poderia afetar drasticamente as suas relações de natureza privada. Seria, por exemplo, a hipótese de alguém que, quando ainda jovem e sem compromissos de ordem familiar, decide fazer doação a um banco de sémen. No entanto, após longo período – esquecendo-se da caducidade operante em nosso direito – sem sequer lembrar-se de tal decisão no passado, é surpreendido com uma investigação biológica promovida pelo filho havido por seu material genético, situação que lhe causaria desconforto perante a vida social e familiar.

Pela ótica dos progenitores legais e da criança, há quem sustente que a revelação poderia comprometer, de forma considerável, a relação de filiação legalmente estabelecida⁹². Além dos riscos de turbação na relação constituída entre pai/mãe e filho, há uma questão de intimidade e vida privada, ao passo que a não revelação é uma forma de manter eventual infertilidade do casal em segredo⁹³.

Lado outro, a corrente que se posiciona de forma contrária ao anonimato sustenta que estudos de psicologia evidenciam que a criança deve crescer em um ambiente que prestigie a verdade, de forma que manter confidências desta ordem não é saudável⁹⁴, sobretudo na eventualidade do fruto da procriação ter conhecimento de sua origem por outros meios e revoltar-se perante esta situação.

O *Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine* (Comitê de Ética da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva) defende que a revelação auxilia no contexto das relações familiares, pois, segundo estudos, a manutenção de segredos desta categoria pode gerar tensões entre aqueles que tenham ou não conhecimento do meio de procriação utilizado.

Não obstante os argumentos sobre os eventuais prejuízos aos doadores e aos beneficiários da técnica heteróloga de reprodução, deve-se ter em mente que o objetivo principal é garantir os direitos da criança para que esta possa desenvolver livremente sua personalidade, sem que a revelação tardia de segredos possa comprometer o bem-estar psicológico e a saúde do nascido.

⁹¹AGUIAR, 2005, p. 71 *apud* MOURA, 2006, p. 184.

⁹²PINHEIRO, 2010, p. 255.

⁹³AMERICAN Society For Reproductive Medicine. Informing offspring of their conception by gamete or embryo donation: a committee opinion. In: *Fertility and Sterility*, vol. 100, Issue 1, pp. 45-49. Disponível em: [http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(13\)00319-1/fulltext](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(13)00319-1/fulltext). Acesso em: 22 mar. 2018.

⁹⁴MOURA, 2006, p. 178.

Outrossim, à sombra de um argumento de cunho contratualista, a existência de um acordo entre o banco de sémen e doador e, posteriormente, entre casal e clínica, não poderiam vincular direitos da criança que sequer nasceu. Ou seja, os contratos deveriam gerar efeitos entre as partes e não limitar o intransmissível e irrenunciável direito ao conhecimento das origens genéticas de um ser humano que “não pediu” para ser concebido⁹⁵.

Posto isso, embora a lei autorize a quebra do anonimato para fins de saúde, entende-se que esta ressalva apenas abarca hipóteses de medicina repressiva, não havendo guarida ao tratamento de saúde preventivo, de modo a conhecer os ascendentes genéticos e empregar medidas de preservação antes que provável doença se manifeste⁹⁶.

A propósito, este é um argumento que tem ganhado força na mesma proporção em que se desenvolve a biociência. Caracteriza-se pela importância do conhecimento do genoma do doador para fins de prevenção de doenças hereditárias viabilizadas por meio de pré-diagnóstico genético⁹⁷.

Uma década antes da promulgação da lei, Antunes Varela já evidenciava todo o seu repúdio ao anonimato do doador, não apenas como forma de conhecer o código genético a fim de evitar doenças congênitas, mas como medida de justiça para que o indivíduo possa compreender o “sangue que lhe corre nas veias”⁹⁸.

Outra indagação que caberia propor seria se o direito a obter informações seria recíproco, ou seja, poderia o doador pleitear o conhecimento da cria proveniente de seu material genético? Parece que não, posto que o doador deve ser visto como mero fornecedor de material genético e não como parte de um projeto de um planejamento de paternidade/maternidade⁹⁹.

Portanto, apesar da consistência dos argumentos expostos, a discussão relativa ao anonimato do doador deve ser analisada por uma ótica que transcende meramente os

⁹⁵*Ibid.*, p. 187.

⁹⁶LÔBO, 2004, p. 54.

⁹⁷IDIAKEZ, Itziar Alkorta; AMORÓS, Esther Farnós. Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio (Donor Anonymity and Right to Know: A Challenging Balancing). In: *Oñati Socio-legal Series [online]*, 7 (1), 2016, pp. 148-178, p. 165. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782321. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁹⁸“Não apenas por motivos de ordem eugênica, para melhor diagnosticar e combater os germens das doenças ou anomalias que tenha herdado; não só por preocupações de carácter sócio-jurídico, como seja a de prevenir essa chaga sem nome das relações incestuosas; mas principalmente por amor à própria verdade, para cada um saber quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenómeno capital do seu nascimento, esse direito merece, realmente, a maior ponderação por parte do legislador” (VARELA, 1996, p. 101).

⁹⁹ASCENSÃO, 2009, p. 33.

benefícios e prejuízos que os envolvidos podem sofrer, em razão de que há uma controvérsia no âmbito constitucional que não deve ser colocada de lado.

Segundo Oliveira & Coelho, é necessário que se faça uma ponderação no plano dos direitos à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, quando se coloca em causa o acesso por parte do adotado à identidade dos progenitores biológicos e do nascido por meio de técnicas de PMA aos dados do doador¹⁰⁰.

Como já abordado anteriormente nesta pesquisa, a questão se coloca frente ao direito constitucional à identidade pessoal genética, no qual se extrai o direito à historicidade pessoal e o conseqüente conhecimento das origens genéticas¹⁰¹. Tanto é que o sigilo da identidade do doador foi tema de questionamento ao TC que, por sua vez, entendeu não haver motivos para se sustentar.

Entre as razões proferidas no acórdão, o TC justifica que a lei não estabelece uma regra definitiva acerca do sigilo do doador, posto que o dispositivo em análise admite exceções que a própria norma contempla, como ocorre nas hipóteses fomentadas por motivos de saúde ou existência de impedimento legal para casamento, tal qual por sentença judicial a depender das razões que ampararem o pedido de informações sobre a identidade civil do doador¹⁰²⁻¹⁰³.

Ademais, segundo a Suprema Corte, não estava em causa a existência ou não de um direito ao conhecimento das origens genéticas, mas o peso e o grau de incidência que o legislador concedeu a este frente ao exercício de outros valores constitucionalmente tutelados¹⁰⁴, de forma que não se afigurava afronta constitucional a criação de exigências

¹⁰⁰OLIVEIRA & COELHO, 2006, pp. 51-52.

¹⁰¹PINHEIRO, 2010, p. 255.

¹⁰²PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101/2009*. Processo n.º 963/06. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>. Acesso em: 16 mar. 2018.

¹⁰³Em acórdão do TC, n.º 23/2006, o relator Paulo Mota Pinto reconheceu a polémica existente entre desejo ao conhecimento à ascendência biológica e o sigilo do doador nos casos de PMA e, mesmo não sendo a matéria para o qual a Suprema Corte fora invocada, aparentemente manifestou-se de forma favorável ao acesso a tal tipo de informação por parte do interessado (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 23/2006*. Processo n.º 885/05. Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto. Lisboa, 10 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html?impressao=1>. Acesso em: 12 mai. 2018).

¹⁰⁴Quanto à confidencialidade dos processos de PMA, o Tribunal sublinhou que o regime legal de não revelação da identidade dos dadores não é fechado, sendo fornecidas às pessoas que nasçam em resultado da aplicação das referidas técnicas de PMA dados de natureza genética e informação sobre uma eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, sem excluir a possibilidade de identificação do dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação. Assim, as limitações ao conhecimento da progenitura, mostram-se justificadas pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, como o direito à intimidade privada e a

para que fossem protegidas a paz e a intimidade da vida familiar do doador que, tão somente, viabilizou a outrem a constituição de uma família. Ainda sublinhou que o anonimato do doador é regra na maioria dos países, entre os quais podem-se destacar a Espanha e França¹⁰⁵.

De fato, sob uma perspectiva do direito comparado, a maioria dos ordenamentos jurídicos segue o padrão do anonimato do doador na PMA.

Em Espanha, a *Ley 14/2006*, de 26 de maio, regula as técnicas de reprodução humana assistida, e evidencia certa semelhança com o ordenamento jurídico português, uma vez que o anonimato do fornecedor de material genético é regra. Apenas, de forma excepcional, o sigilo do doador pode ser quebrado, nas hipóteses que envolvam risco de vida da criança ou quando a ação do doador se constituir em atividade criminosa, como o exemplo do portador de doença sexualmente transmissível que realiza doação de gametas. Em todos os casos, a identidade civil deverá ser preservada e, ainda que se conheça, não irá gerar efeitos constitutivos de direito¹⁰⁶.

O direito brasileiro inclina-se no sentido de proteger o anonimato do doador, mas há vozes que sustentam a possibilidade do nascido por meio de inseminação heteróloga propor ação de reconhecimento de paternidade, mesmo reconhecendo que a descoberta não irá gerar efeitos no campo da filiação¹⁰⁷.

Embora o anonimato seja amplamente adotado, há ordenamentos jurídicos que, ressalvadas as peculiaridades – como idade mínima, consentimento do doador e outras exigências –, possibilitam que a pessoa fruto de uma técnica de PMA tenha conhecimento da identidade do doador. É o caso de países como Suécia, Suíça, Reino Unido¹⁰⁸, Áustria e Irlanda¹⁰⁹.

Em relação ao direito alemão, importante mencionar recente decisão da jurisprudência germânica. Desde 1989, o Tribunal Constitucional já reconhecia um direito de conhecer a própria identidade genética, o que não implicava considerar a revelação da

protecção da família” (MARIANO, João Cura. O direito de família na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: *Revista Julgar*, n. 21. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 42).

¹⁰⁵PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101/2009*. Processo n.º 963/06. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>. Acesso em: 16 mar. 2018.

¹⁰⁶IDIAKEZ & AMORÓS, 2016, p. 155.

¹⁰⁷DIAS, 2015, p. 403.

¹⁰⁸PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101/2009*. Processo n.º 963/06. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>. Acesso em: 16 mar. 2018..

¹⁰⁹HEALTH Law Center, 2018, *on-line*.

identidade civil dos doadores de material genético nos casos de fecundação pelas técnicas de reprodução medicamente assistidas, frente ao inegável caráter sigiloso das informações. Todavia, por meio de uma decisão do *Oberlandesgericht Hamm* (Tribunal Regional Superior de Hamm), em 06 de fevereiro de 2013, foi reconhecido a uma mulher concebida pelos métodos alternativos de concepção o acesso à identidade do doador, entendendo que o direito em apurar a ascendência genética deve ser considerado superior à privacidade do doador¹¹⁰.

No mesmo sentido, o *Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justiça Federal alemão), em 28 de janeiro de 2015, considerou direito o direito a todos os nascidos através da técnica em questão, independentemente da idade, conjecturando que o conhecimento da própria origem decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e se depreende dos art. 1º, parágrafo 1º e art. 2º, parágrafo 2º da *Grundgesetz* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha). O Tribunal ainda considerou que o fornecedor de material genético atua de forma voluntária e consciente, sendo legítimo exigir deste certa responsabilidade social e ética em relação ao nascido¹¹¹.

Conquanto, o BGH reconheceu que não se trata de direito absoluto, havendo que se analisar os impactos que a revelação pode gerar na vida do doador. Ainda assim, o precedente sofreu várias críticas, nomeadamente em relação ao futuro da reprodução heteróloga no país, em virtude da possível abertura do sistema ao reconhecimento de filiação entre doador de material genético e concebido pelos métodos de reprodução medicamente assistidos.

Diante da decisão alemã pela mudança no paradigma do anonimato na doação heteróloga de material genético para fins de procriação, cabe o questionamento: será que em um futuro próximo, notar-se-ão efeitos nos ordenamentos jurídicos dos países influenciados pela doutrina e jurisprudência germânica?

1.5 Breves notas acerca da adoção

Alheio ao provérbio latim de que *adoptio naturam imitatur*, o diploma civilista português define a adoção como vínculo legal formado entre duas pessoas, constituído por

¹¹⁰*Ibid.*

¹¹¹HEALTH Law Center, 2018, *on-line*.

sentença judicial, análogo à filiação e independente de relação de consanguinidade.

A relação gerada pelo vínculo adotivo é considerada pelo legislador como uma imitação do parentesco oriundo do fenômeno da procriação, não sendo lícita a distinção entre vínculo de filiação biológica e adotiva¹¹².

A adoção é tratada constitucionalmente pelo art. 36º, n.º 7, bem como pelo CC, lei específica, além de alguns dispositivos da Organização Tutelar de Menores, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e de convenções internacionais em defesa da criança.

Há pouco mais de uma década, a Lei n.º 31/2006, de 15 de fevereiro, veio alterar o sistema de adoção português e, como tal, promoveu alterações nos dispositivos dos referidos diplomas normativos que tratam sobre o instituto.

Ulteriormente, o regime de adoção sofreu nova transformação, dessa vez promovida pela Lei n.º 143/2015, de 08 de setembro que, dentre outros objetivos, visou solucionar questões acerca da possibilidade de convívio entre o meio adotivo e a família natural.

Destarte, ainda que se considere que a adoção tenha a louvável incumbência de servir a infertilidade¹¹³, como forma de garantir e preservar o direito à constituição de uma família, não se pode furta da ideia de que o objetivo primordial deste instituto é amparar os interesses do menor adotado, motivo pelo qual toda reflexão acerca do tema proposto deverá levar em consideração o mandamento do art. 1.974º, n.º 1 do CC.

Assim sendo, de forma semelhante ao que ocorre na PMA, denota-se uma quebra na noção de laços sanguíneos que sustentam o instituto da filiação, ao passo que, nestes casos, o vínculo legal sobrepõe-se ao vínculo biológico.

Nos primórdios da adoção em Portugal, a aplicação deste instituto era, basicamente, restrita a crianças abandonadas¹¹⁴, fato que contribuía por não suscitar questionamentos sobre a origem biológica, uma vez que dificilmente o adotado fomentava o sentimento de

¹¹²PINHEIRO, 2010, p. 131.

¹¹³Além da adoção, denota-se que o recurso aos meios de PMA é igualmente válido para contornar problemas relacionados a infertilidade de casais, sendo ainda mais atrativo pela possibilidade de carregar metade do patrimônio genético do casal (OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 263).

¹¹⁴A propósito, essa era uma visão que não se limitava a Portugal, de modo que somente após a primeira guerra mundial é que a adoção adquiriu relevante papel de destaque como meio de amparar os órfãos da guerra. (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Adoção e apadrinhamento*. 2017, p. 7. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Adoc%CC%A7a%CC%83o-e-Apadrinhamto-civil-2017.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2018).

desejo pela busca aos progenitores naturais, quer pelo falecimento destes ou pelo ambiente conturbado e prejudicial que viviam¹¹⁵.

Nos dias atuais, a questão do anonimato ganhou relevância, ao passo que a adoção não mais se restringe a determinado grupo de pessoas, vez que abrange todas as classes sociais. Por diferentes motivos, casais recorrem a este instituto, seja para fins de infertilidade ou, até mesmo, por motivação humana/solidária.

É cediço que a busca pela verdade biológica encontra barreiras criadas para manter a unidade do sistema e garantir a segurança de todos os envolvidos no processo de adoção, seja adotante, adotado ou progenitores naturais.

1.5.1 O anonimato na adoção

A natureza da adoção é sigilosa, de modo que a conservação do segredo é dever imposto a entidades públicas e privadas que tiverem conhecimento do processo de adoção, como forma de prestígio ao mandamento do art. 1.985º do CC¹¹⁶.

Todavia, os efeitos da confidencialidade operam-se externamente, sendo que, aos envolvidos, o direito da verdade da condição da filiação não deve ser afastado.

Durante a vigência da lei anterior, embora o referido dispositivo estabelecesse certa confidencialidade sobre as identidades de pais biológicos e adotantes, o entendimento já era no sentido de que não havia uma regra absoluta impondo segredo, pois este carecia de uma ação positiva das partes, pelo qual um comportamento omissivo era suficiente para quebrar o sigilo¹¹⁷⁻¹¹⁸.

Embora ausente de previsão legal específica, a doutrina inclinava-se no sentido de admitir o conhecimento das origens genéticas, nomeadamente pela dificuldade em conceber a manutenção do anonimato frente aos direitos fundamentais da identidade pessoal e genética¹¹⁹.

Até que, em 2015, a lei que estabeleceu o novo regime de adoção veio colocar fim

¹¹⁵REIS, 2008, p. 270.

¹¹⁶CAMPOS, D. L.; CAMPOS, M. M., 2016, p. 418.

¹¹⁷REIS, *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁸A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993, já recomendava que o Estado deveria garantir as informações sobre a origem da criança, em especial a identidade dos progenitores biológicos e os dados relacionados ao histórico de saúde destes (*Ibid.*, pp. 31-33).

¹¹⁹PINHEIRO, 2010, p. 229.

à discussão, por intermédio da criação do art. 1.990º-A do CC, pelo qual é expressamente garantido ao adotado o direito ao conhecimento de suas origens, desde que sejam respeitados os termos definidos pelo art. 6º da Lei n.º 143/2015.

Neste diapasão, o adotado, com 16 anos ou mais, pode requestar informações sobre sua origem aos organismos de segurança social, sendo-lhe ainda garantido apoio e aconselhamento por parte do órgão. Até alcançar a maioridade, o direito de requisitar as informações quanto à ascendência genética carece de autorização dos pais, exigência que deixa de existir após o adotado completar 18 anos¹²⁰.

Naturalmente, ao permitir que o adotado tenha acesso à identidade civil de seus progenitores, está implícita a possibilidade de averiguação da historicidade pessoal quanto aos dados genéticos para fins de tratamento médico preventivo ou repressivo, um dos principais pilares de questionamentos que assentam o direito ao conhecimento das origens genéticas na PMA.

Chama a atenção o lapso temporal de 50 anos, contados após a data do trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, que a lei exige às entidades competentes para a preservação das informações sobre identidade, origem e antepassados do adotado.

O prazo exigido aparenta ser suficiente sob o prisma da curiosidade e mero desejo de conhecer qual sangue corre nas veias do adotado, no entanto, aparenta ser curto quando confrontado com questões de cuidado e preservação da saúde, ao passo que a expectativa de vida do homem médio é superior a este prazo e a ausência de tais informações podem ser decisivas para a recuperação de uma eventual enfermidade.

Importante salientar que o fato de existir previsão expressa ao direito de se conhecer a ascendência biológica não implica em dizer que a confidencialidade foi extinta no processo de adoção, uma vez que há limites e condições que dificultam ou impossibilitam o acesso às informações. Outrossim, permanece inerte a previsão do art. 1.985º que determina a proteção do segredo de identidade entre pais naturais e adotantes¹²¹.

Por fim, assento na ideia de que é salutar o convívio entre adotado e familiares biológicos, o n.º 3 do art. 1.986º do CC, após alterações provenientes da Lei n.º 143/2015, passou a admitir a manutenção deste tipo de contato, nomeadamente na preservação da relação entre irmãos, desde que haja o consentimento dos adotantes.

¹²⁰OLIVEIRA & COELHO, 2017, p. 43.

¹²¹OLIVEIRA & COELHO, 2017, p. 44.

A propósito, nos termos do art. 56º, n.º 5 da Lei n.º 143/2015, a promoção da convivência entre a família adotiva e a biológica pode ser prevista na sentença que determinar a adoção, hipótese em que o tribunal vai sopesar a utilidade deste relacionamento, levando-se sempre em consideração o supremo interesse do adotado¹²².

Tal situação não é propriamente uma novidade, dado que o regime anterior já possibilitava a proximidade de contato entre as partes envolvidas na adoção, bastava para tanto a inércia dos progenitores e adotantes quanto ao pedido expresso de manutenção de segredo das identidades, fato que, evidentemente, impossibilitaria a comunicação¹²³⁻¹²⁴.

Mediante análise do direito comparado, denota-se que o entendimento pelo direito ao conhecimento das origens genéticas prevalece na maioria dos ordenamentos jurídicos. Alguns países instituem uma idade mínima para que o acesso à certidão de nascimento possa ocorrer, como é o caso de Alemanha, Brasil, Croácia e Itália. Em outros, verifica-se uma autorização mais alargada em relação às informações sobre a própria origem, como ocorre na Bulgária, Espanha, Estónia, Lituânia e Suíça, o que não implica afirmar pela desnecessidade e instauração de procedimento judicial¹²⁵.

O entendimento no Reino Unido foi alterado, de forma a deixar o sistema do anonimato na doação de gametas para o não anonimato, além de que, restou garantido aos maiores de 18 anos, o conhecimento ao progenitor genético¹²⁶.

Na Itália, até a reforma de 2001 vigorava o entendimento do sigilo sobre a origem genética na adoção, momento em que foi reconhecido o direito do interessado em ser informado sobre a sua condição de adotado. Contudo, assim como em Portugal, a legislação italiana impõe várias condições para o acesso às informações pretendidas como, por exemplo, a definição de 25 anos para que o adotado possa aceder os dados sobre seu

¹²²*Ibid.*, p. 38.

¹²³*Ibid.*, p. 39.

¹²⁴Sobre o que se entende sobre melhor interesse da criança, Sousa, crítico em relação à proteção dos anseios exclusivos dos pais sem observar os reais benefícios da adoção ao menor, afirma que “a adoção «*visa realizar o supremo interesse da criança*», não se destinando a «salvar» casamentos em risco, a realizar interesses de celibatários frustrados, nem muito menos interesses de pessoas do mesmo sexo, que não assegurem, como referimos *supra*, sob o n.º 7, as imagens solidárias do homem e da mulher, essenciais para o desenvolvimento das crianças, e «reais *vantagens* do adoptando», exigidas também pelo art. 1974º, n.º 1, do Código Civil” (SOUSA, Rabindranath Capelo de. As alterações legislativas familiares recentes e a sociedade portuguesa. *In: Textos de Direito da Família*: para Francisco Pereira Coelho. Coimbra, 2016, p. 543. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/38893/1/As%20altera%C3%A7%C3%B5es%20legislativas%20familiares%20recentes.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2018).

¹²⁵EUROPEAN Court of Human Rights. *Case of Godelli v. Italy*. Application n.º 33783/09. 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113460>. Acesso em: 09 abr. 2018.

¹²⁶SILVA, Miguel Oliveira da. Introdução. *In: Bioética e Políticas Públicas*. Lisboa: CNECV, 2014, p. 12.

nascimento sem uma autorização judicial, sendo resguardado o acesso anterior a esta idade em razão de questões relacionadas a saúde física ou mental¹²⁷.

Por meio da *Personenstandsgesetz*, a experiência alemã vem no sentido de admitir que o adotado tenha acesso aos registros civis que constem a filiação genética a partir dos 16 anos de idade¹²⁸.

O Código Civil espanhol, no n.º 5º do *artículo* 180¹²⁹, garante aos adotados o direito de conhecer os dados sobre suas origens biológicas quando atingida a maioridade ou representado pelos pais enquanto menor. Sem gerar efeitos no campo da filiação, o *Codi Civil de Catalunya* (Código Civil da Catalunha)¹³⁰ segue o mesmo entendimento de que o adotado, quando maior ou emancipado, pode promover as ações necessárias para descoberta da identidade de seus progenitores naturais, nos termos do n.º 2 do *artículo* 235-49.

Semelhante trato foi dado pelo legislador brasileiro que, nos termos do art. 48º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela Lei n.º 12.010/2009, possibilitou ao adotado maior de 18 anos conhecer a verdade biológica de suas origens, por meio do acesso aos documentos do processo de adoção. Fica ressalvado que, durante a menoridade, a pedido do próprio adotado, poderá ser deferido o alcance às informações, sendo garantido acompanhamento psicológico e jurídico. Entretanto, a obtenção destes dados não tem o condão de alterar as relações de parentesco ou desfazer a adoção estabelecida¹³¹.

1.5.2 O parto anônimo

Conforme já referido em capítulo anterior desta pesquisa, o estabelecimento da maternidade pode ocorrer de diferentes formas, a depender da concepção de filiação adotada pelo ordenamento em causa. Em alguns países essa noção decorre da regra máxima do direito romano do *mater semper certa est*, pelo qual, após ocorrer o parto e reconhecer-se a

¹²⁷REIS, 2008, p. 286.

¹²⁸STEFANELLI, Stefania. Parto anônimo e diritto a conoscere le proprie origini. In: *Diritto privato*. Studi in onore di Antonio Palazzo. Torino, 2009. Disponível em: <http://www.8ealtro.it/files/22-AES-STEFANELLI-parto.anonimo.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹²⁹Acrescentado pela Lei n.º 54/2007, de 28 de dezembro, sobre adoção internacional.

¹³⁰O n.º 1 do *artículo* 235-49 e o *artículo* 235-50, ambos do *Codi Civil de Catalunya*, estipulam que é direito do adotado ter ciência da adoção quando for considerado maduro suficiente para ter essa informação ou ao completar doze anos de idade, exceto quanto verificar-se que este conhecimento pode ser prejudicial aos melhores interesses da criança.

¹³¹LÔBO, 2011, p. 228.

identidade da mãe, a filiação deve ser determinada juridicamente a partir daquele momento, como tradicionalmente se sucede nos sistemas dos países anglo-saxões e germânicos. Por outra via, há ordenamentos, como italiano, francês e alguns latinos que a filiação não é determinada *ab initio* com a realização do parto, ainda que seja conhecida a identidade civil da genitora, é necessário um ato voluntário de reconhecimento¹³².

Em tempos remotos, a máxima do direito romano da *mater semper certa est* imperava de forma considerável, pois conferia certa segurança na tradução da real maternidade, todavia, a designação perdeu espaço a partir do momento em que não conseguia mais traduzir com exatidão a maternidade proveniente das técnicas da procriação mediamente assistida, nomeadamente em relação ao que popularmente chama-se de “barriga de aluguel”.

Na verdade, antes do surgimento de métodos alternativos de reprodução, o mencionado adágio já não lograva êxito frente à prática antiga, porém, até então, não institucionalizada, do abandono de bebês nas chamadas “rodas” – cilindros feitos de madeiras montados nas paredes de conventos, igrejas e hospitais – onde os recém-nascidos indesejados eram depositados na parte externa do instrumento e depois girados para parte interior da construção¹³³. A justificativa para a decisão era possibilitar que, com segurança, as mães que não tinham condições de criar a criança de forma adequada pudessem entregar seus filhos à adoção para melhores oportunidades de sobrevivência.

A precariedade do exercício do parto secreto da época deu lugar a um novo conceito, pelo qual, ainda na unidade hospitalar que promoveu o parto, a genitora tem a possibilidade de decidir manter o segredo de sua identidade, anuindo com a disposição do recém-nascido para fins de adoção.

Os argumentos favoráveis à institucionalização do anonimato do parto remontam a preservação dos interesses e do bem-estar da criança em formação, uma vez que é preferível dar vida ao feto a promover práticas de aborto, infanticídio ou abandono selvagem.

Nas palavras dos mestres Oliveira & Coelho, ao tecer considerações gerais sobre os benefícios da adoção, é mais interessante entregar a criança à adoção do que ter uma genitora forçada, ausente e desinteressada¹³⁴.

¹³²HERNÁNDEZ, 1997, p. 34.

¹³³EVANS, Stephen. *Rodas de bebês rejeitados ressurgem na Europa*. BBC, 2012 [on-line]. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/06/120626_roda_europa_crescimento_lgb. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹³⁴OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 58.

Dentre os países que possibilitam o parto sigiloso, indubitavelmente, França e Itália estão na linha de frente dos ordenamentos que decidiram pela institucionalização do ato, contudo, mesmo que em minoria, denotam-se vizinhos europeus que também compartilham da regulamentação desta *fictio iuris*.

Ainda que se façam presentes algumas diferenças e peculiaridades, como é o caso do sigilo temporário dos dados da mãe biológica na República Tcheca e da possibilidade de posterior estabelecimento de vínculo do direito de Luxemburgo¹³⁵, outros ordenamentos jurídicos, como Polônia¹³⁶, Eslováquia, Rússia¹³⁷ e Bélgica¹³⁸ também tutelam o direito ao anonimato do parto.

Em França, o instituto foi inserido no *Code Civil*¹³⁹ por meio de alteração promovida pela Lei n.º 93-22, de 8 de janeiro de 1993, que estabeleceu o direito de a genitora manter sigilo sobre sua identidade, concretizando o chamado *accouchement dans le secret*¹⁴⁰. A doutrina francesa também se refere ao parto anônimo pela expressão *l'accouchement sous X*, devido a anotação da letra “x” no campo do formulário que devia constar o nome da genitora.

Evidentemente, o exercício desse direito impede o conhecimento da origem genética da criança, trazendo consigo todos os argumentos contrários ao regime do sigilo sob o prisma da futura adoção.

Como forma de não aniquilar absolutamente o direito à verdade biológica nesses casos, o direito gaulês permite que a decisão seja revertida através de uma declaração da mãe fornecida ao *Conseil National pour l'accès aux origines personnelles*, motivada ou não por requerimento do nascido¹⁴¹.

No entanto, no que pese a possibilidade de revogação, é razoável extrair o entendimento de que, sobre o presente tema, o direito francês evidenciou uma supremacia

¹³⁵REIS, 2008, p. 237.

¹³⁶Na Polônia, apoiado pelo provedor da criança no país, verifica-se o ressurgimento da chamada “roda dos enjeitados” ou “*baby klappen*”, agora denominada como “janela da vida”, atuando em semelhantes moldes de como funcionava na Idade Média, fato que não tem sido bem apreciado pelas entidades internacionais de proteção à criança (NEVES, Céu. *ONU rejeita mas Europa continua a ter a “roda dos enjeitados”*. Diário de Notícias, 2015 [on-line]. Disponível em: <https://www.dn.pt/sociedade/interior/onu-rejeita-mas-europa-continua-a-ter-a-roda-dos-enjeitados-4844006.html>. Acesso em: 17 abr. 2018).

¹³⁷EUROPEAN Court of Human Rights, 2012, on-line.

¹³⁸LÔBO, 2011, p. 229.

¹³⁹O atual art. 326º do Código Napoleônico, antigo art. 341-1, estipula que, diante do parto, a mãe pode solicitar que a sua identidade não seja revelada.

¹⁴⁰EUROPEAN Court of Human Rights. *Odièvre v. France*. Application n.º 42326/98. 2003. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/web/services/content/pdf/001-65492?TID=yquikscqve>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁴¹STANZIONE, 2017, p. 101.

do direito da mãe em relação aos interesses da criança, contrariando os rumos que norteiam o direito da filiação contemporâneo¹⁴².

De forma análoga ao ordenamento francês, o direito italiano permite que a mãe oculte sua identidade após o nascimento do bebê, fazendo valer o direito do parto anônimo ou discreto, como a doutrina procura mencionar.

Não por acaso, o parto anônimo adotado em França e Itália foi objeto de dois relevantes acórdãos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 2003 e 2012, respectivamente. Em ambos, a alegação era de que o parto secreto impossibilitava o conhecimento das origens genéticas e violavam o direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, nos termos do art. 8.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem¹⁴³.

Por outro lado, a proibição da maternidade oculta vigora na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, como ocorre em Noruega, Holanda, Bélgica, Alemanha¹⁴⁴, Espanha, Dinamarca, Reino Unido, Portugal, Eslovénia e Suíça.

Como se viu, o ordenamento jurídico português segue o entendimento de que a declaração de maternidade é consequência biológica do parto, ou seja, diante do nascimento da criança, a mãe será aquela que tiver dado à luz.

Assim, o parto anônimo não é admitido em nosso direito, não sendo lícita qualquer tentativa de se esquivar da formação de vínculo materno, sob pena de averiguação oficiosa, tal qual ocorre com a paternidade¹⁴⁵.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal espanhol já sentenciou de forma contrária à existência do parto oculto, declarando a inconstitucionalidade da medida. Dentre os argumentos perfilados, interessante a reflexão apontada de que autorizar a maternidade oculta pode ser compreendido com certo conteúdo discriminatório, vez que, enquanto ao pai pode ser imposta coercitivamente a paternidade, à mãe caberia a escolha de assumir a gravidez ou de livrar-se de suas obrigações ao optar por cortar as relações com a criança mediante o parto anônimo¹⁴⁶.

No Brasil, foram apresentados alguns projetos de lei no ano de 2008 que buscavam

¹⁴²REIS, 2008, p. 242.

¹⁴³No caso *Odièvre v. France*, o Tribunal entendeu que não houve ofensa ao art. 8º da Convenção. Por seu turno, no julgamento *Godelli v. Italy*, o Tribunal entendeu que pela violação do referido dispositivo.

¹⁴⁴Segundo Pereira (2017, p. 44): “o *Deutscher Ethikrat* pronunciou-se sobre a matéria no parecer de 26 de novembro 2009, *Das Problem der anonymen Kindesabgabe*, recomendando o abandono” do parto anônimo.

¹⁴⁵REIS, *op. cit.*, p. 261.

¹⁴⁶REIS, 2008, p. 258.

institucionalizar o parto secreto no país, de modo a permitir que a mulher solicitasse o sigilo de sua identidade civil durante o período do pré-natal ou no momento do parto, sendo a criança posteriormente encaminhada para os órgãos competentes para promover a adoção¹⁴⁷. Contudo, as propostas foram rejeitadas pela comissão responsável pela análise em meados de 2011¹⁴⁸.

Hodiernamente, admitir a figura do parto anônimo frente à essência que se desprende do direito à dignidade da pessoa humana conjugada com os direitos da personalidade, nomeadamente em relação ao direito ao desenvolvimento da personalidade e identidade pessoal, na dimensão da historicidade pessoal, que fundamentam a existência de um direito ao conhecimento às origens genéticas, parece ser um irrefutável contrassenso e retorno ao antigo instituto da filiação onde ainda se discutia a discriminação institucionalizada entre filhos legítimos e ilegítimos.

2 RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE

Nessa ocasião, a pesquisa avança rumo à abordagem da perquirição judiciária da filiação, conquanto, a análise limitar-se-á aos aspectos relacionados à ação de investigação de paternidade.

De nada aproveita-se ter a consagração a nível constitucional de um direito ao conhecimento da ascendência se não há meios técnicos e jurídicos para forçar o reconhecimento judicial da paternidade conhecida. A assunção de um direito deve representar efeitos práticos, sobretudo desta categoria, de modo que o Estado deve fomentar o acesso ao judiciário para garantir a satisfação do direito do interessado¹⁴⁹.

Como se viu até aqui, o sistema português trabalha no conceito da filiação biológica através do parto para efeitos de maternidade, fato que não gera grandes problemas do ponto de vista jurídico ante a máxima do *mater semper certa est*, vez que o nascimento é por si só determinante no estabelecimento da filiação materna, não carecendo de ato declaratório para tanto.

¹⁴⁷LÔBO, 2011, p. 229.

¹⁴⁸TELLES, Oscar. *Câmara arquiva permissão para parto anônimo*. Brasil, Câmara dos Deputados, 2011 [online]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ASSISTENCIA-SOCIAL/197644-CAMARA-ARQUIVA-PERMISSAO-PARA-PARTO-ANONIMO.html>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁴⁹OLIVEIRA, 2017.

Igual raciocínio não se pode desenvolver frente ao instituto da paternidade, uma vez que este se sustenta na presunção – e regra do *pater is est quod nuptias demonstrant* –, perfilhação e reconhecimento judicial.

O capítulo primário deste trabalho tratou de abordar o sistema da presunção havido em Portugal, bem como o ato de perfilhar, restando por investigar relevantes pormenores da ação judicial de paternidade, posto que há pontos processuais interessantes vinculados ao tema, nomeadamente em relação aos princípios do processo, provas e os efeitos da recusa ao dever de cooperação.

Assim sendo, o ponto inicial passa pela evolução do reconhecimento judicial da paternidade nos ordenamentos vizinhos até sua consagração pelo direito português, tal como pelo desenvolvimento de aspectos e condições para propositura desta classe de ação.

2.1 Evolução do reconhecimento judicial da paternidade

A ação judicial para vias de apuração da paternidade foi objeto de grandes transformações ao longo da história, muitas vezes ditadas pela concepção da sociedade sobre o modelo de filiação compreendido como ideal.

Não há como estudar o presente instituto sem antes fazer menção à caracterização de filiação legítima e ilegítima incorporada aos remotos tempos do direito de família. De igual modo, não se faz oportuno ignorar os preceitos do Código de Seabra na evolução do reconhecimento judicial da paternidade, vez que esta norma teve papel importante no desenvolvimento do atual meio processual de averiguação da filiação.

Nos longínquos tempos do direito romano, verificava-se certa abertura e liberdade ao exercício judicial da investigação e considerava-se possível até o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos. A formação da convicção do magistrado deveria ocorrer de forma livre, de acordo com o conteúdo probatório levado ao juízo pelas partes, tal como sucedia em qualquer outra espécie de processo judicial¹⁵⁰.

Entretanto, após a França do fim do século XVIII estabelecer critérios que limitavam o exercício do direito à investigação de paternidade¹⁵¹, os ordenamentos jurídicos

¹⁵⁰OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 204.

¹⁵¹Há quem diga que, no decorrer da elaboração do Código Civil francês no *Conseil d'Etat*, o líder militar e político Napoleão Bonaparte chegou a afirmar que a sorte dos bastardos não interessava ao Estado – “*L'État n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée*” –, tanto que o art. 340º deste diploma

latinos que sofriam influência do direito francês passaram a adotar sistema semelhante¹⁵². A investigação de paternidade foi quase proibida e o único fundamento que ainda possibilitava esta via de ação era o rapto. O objetivo era claro, prestigiar a instituição do matrimônio e tentar eliminar todo ataque à moral e à sexualidade, onde a filiação ilegítima representava forte ofensa à noção de seio familiar compreendido na época¹⁵³⁻¹⁵⁴.

Neste mesmo sentido, o CC de 1867, também conhecido como Código de Seabra, procurava proibir o reconhecimento judicial da paternidade, com exceção nos casos de escrito do progenitor, posse de estado, estupro violento e rapto. A justificativa para tamanha restrição relacionava-se com a impossibilidade de produção de prova biológica de filiação, ao passo que o reconhecimento de paternidade se pautaria por decisões de caráter arbitrário e incertas, e nenhum cidadão deveria estar sujeito ao perigo de ser pai motivado por um possível erro judiciário¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

De fato, na época em questão, não se conhecia muito a respeito do código genético do ser humano, tampouco falava-se em técnicas laboratoriais e científicas como alta probabilidade de certeza de paternidade, como hoje discute-se em relação ao exame de ADN, contudo, merece destaque a importância destinada à vida social do pretense pai e o desprezível interesse no futuro do filho considerado ilegítimo. Denota-se uma completa inversão de valores humanos numa sociedade em que manter a aparência de fortes laços de

só permitia a investigação de paternidade no caso de rapto (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 371).

¹⁵² Pelo Código de Napoleão, o direito de filiação tinha por base o casamento, onde os filhos só seriam legítimos quando tivessem nascido de justas núpcias. O atual direito francês supera remotas concepções e admite legitimidade de ação dos filhos havidos fora do casamento quando presentes fortes presunções e indícios de paternidade. Prestigia-se a busca pela verdade biológica, mas concede abertura à realidade social e afetiva proveniente da posse de estado (MAIA, Renato. *Filiação paternal e seus efeitos*. São Paulo: SRS Editora, 2008, pp. 89-90).

¹⁵³ OLIVEIRA & COELHO, *op. cit.*, pp. 204-205.

¹⁵⁴ Os professores Oliveira & Coelho (*Ibid.*, p. 205), enquadram a proibição da investigação de paternidade sob um prisma aristocrata. Os motivos da criação de restrições tão severas ao exercício judicial do reconhecimento da filiação eram patentes, bastando voltar os olhos aos responsáveis pela criação das leis da época, representantes da nobreza que não desejavam que indivíduos de classe social inferior pudesse alcançar vantagens sociais e patrimoniais mantidas pelas classes dominantes. Logo, relacionamentos efêmeros extraconjugais eram uma realidade facilmente compreendida e que necessitava de anonimato e impunidade. A perfilhação era permitida e vista como uma “admissão livre do estatuto jurídico de pai”, onde o progenitor poderia escolher por reconhecer o filho ou não. Contrariamente ao que se entende hoje, a ideia de filiação visava proteger os interesses do genitor, sendo irrelevante se estes eram ou não semelhantes ao interesse da criança.

¹⁵⁵ OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 206.

¹⁵⁶ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 541.09.4TCSNT.L1-7*. Relator: Maria do Rosário Morgado. Lisboa, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/395513c5f3a0b75d802576e1005ec546?OpenDocument&Highlight=0,541.09.4TCSNT.L1-7>. Acesso em: 03 mai. 2018.

união familiar era mais valoroso do que gerar uma legião de filhos sem pai e entregues à própria sorte.

Posteriormente, através de modificações promovidas pelo Decreto n.º 2, de 25 de dezembro de 1910, o Código de Seabra veio a permitir outras duas exceções à regra da proibição de reconhecimento judicial de paternidade, nos casos de sedução com abuso de autoridade, abuso de confiança ou promessa de casamento e convivência notória. Enquanto a primeira hipótese fundamenta-se na culpa grave do homem, a segunda relaciona-se com o convívio com a genitura durante o período de gestação¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

Ainda diante de um sistema autonomizado a favor do progenitor, mediante o poder decisório em reconhecer ou não a filiação questionada, o Código Civil de 1966 buscou alargar as hipóteses de investigação de paternidade por meio da possibilidade de se recorrer a este tipo de ação nos casos de concubinato simples e sedução simples. Ou seja, a redação primitiva do referido diploma legal ainda tentava frear a livre averiguação da progenitura, impondo hipóteses extraordinárias – que, certamente, representavam pequena parcela frente a um universo de casos considerados comuns – para que se pudesse provocar o poder judiciário para fins de reconhecimento de filiação¹⁵⁹.

Pela análise dos dispositivos legais da primeira versão do CC de 1966, denota-se no antigo art. 1.860º a existência de pressupostos para intentar a ação de investigação de paternidade. O feito só poderia prosperar nas hipóteses do investigante estar na posse do filho ilegítimo – designação expressa na própria norma –, quando presente algum escrito do pretense progenitor declarando paternidade inequívoca, diante da convivência com a mãe na época da concepção, nos casos de violência do suposto pai em relação à genitora na mesma época ou quando tenha havido sedução da mãe no período legal.

As condições de admissibilidade da ação eram tão relevantes naquele sistema normativo que, em certos casos, mesmo diante da prova da paternidade, mas ausente a prova dos requisitos que a lei estabelecia para propositura da ação, o vínculo jurídico da filiação não tornava-se estabelecido¹⁶⁰, situação que causava frustração até nos próprios magistrados,

¹⁵⁷OLIVEIRA & COELHO, *loc. cit.*

¹⁵⁸Essa ideia de convivência também se faz presente no sistema de presunção de paternidade atual e era também prevista no Código de Seabra quando se referia à filiação legítima e ilegítima mediante a análise do nascimento da criança frente aos prazos do início e da dissolução da união do casal.

¹⁵⁹OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 208.

¹⁶⁰MARTINS, José Pedro Fazenda *et al. Temas de Direito da Filiação*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 170.

conforme aponta o juiz José dos Santos da Silveira¹⁶¹.

Este contrassenso fez surgir uma corrente liberal na jurisprudência defendendo que, diante da prova da filiação, a ação não poderia ser julgada improcedente, porém, o entendimento não vigorou e os pressupostos formais acabavam por ditar os termos da sentença¹⁶².

Ora, não é nenhuma novidade que o formalismo do processo presente em Portugal até pouco tempo atrás prejudicava a solução das demandas, impondo uma verdadeira corrida de obstáculos até a sentença na “linha de chegada”, sendo que, em muitas situações, a largada sequer poderia ser dada, em virtude de um excesso de rigor de um processo rígido e formal, o que nos poderia fazer questionar se o processo deveria servir o direito material ou este que deveria servir àquele.

Inequivocamente, a reforma de 1977, por meio do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro – motivada pela nova ordem constitucional –, veio conferir importante transformação no direito da filiação português, sobretudo por colocar fim a já ultrapassada distinção entre filiação legítima e ilegítima, mediante a consagração do princípio da não discriminação dos filhos havidos fora do casamento.

Foi a partir dessa reforma que o interesse social na verdade genética teve o papel que hoje se reconhece dentro do direito da filiação, momento em que a legislação passou a aceitar a prova da relação biológica de forma livre, admitindo-se, inclusive, a inversão do ônus da prova¹⁶³.

Os argumentos que antes sustentavam um sistema fechado para averiguação judicial de paternidade foram superados, como é o caso da falta de confiabilidade nos meios de prova da filiação após o advento de técnicas científicas com alta probabilidade de acerto, afastando o temor de prejuízos ao meio social do progenitor por eventual erro judiciário.

De igual sorte, houve certa alteração nos valores da sociedade, ao se reconhecerem sabores não apenas ao pretense pai, mas, particularmente, ao filho. Este que se viu inserido em um moderno contexto jurídico que passou a consagrar direitos como identidade

¹⁶¹“É constrangedor ver a demonstração da filiação biológica ou real, mas a demanda improceder”, segundo o juiz Santos Silveira (1971, p. 116 *apud* OLIVEIRA & COELHO, *loc. cit.*).

¹⁶²PIMENTA, 2001, p. 147.

¹⁶³PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 541.09.4TCSNT.L1-7*. Relator: Maria do Rosário Morgado. Lisboa, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/395513c5f3a0b75d802576e1005ec546?OpenDocument&Highlight=0,541.09.4TCSNT.L1-7>. Acesso em: 03 mai. 2018.

genética e livre desenvolvimento da personalidade – temas já abordados em capítulo anterior¹⁶⁴.

Isto é, ampliou-se a esfera de interesses conflitantes mediante a perda do poder decisório do progenitor e o reconhecimento da magnitude dos interesses do filho, nomeadamente em relação ao pedido de alimentos e o reconhecimento das relações de parentesco capazes de conferir ao descendente não apenas o direito a um nome, mas também um sobrenome¹⁶⁵. Portanto, pelo novo regime, a busca pela verdade biológica passou a nortear toda e qualquer ação judicial de investigação de paternidade.

2.2 A ação de investigação de paternidade

Consoante o histórico das ações de investigação de paternidade no ordenamento português apresentado, desde o Código de Seabra até a revolução no âmbito do direito da filiação promovida pela reforma de 1977, nos dias de hoje vigora um sistema de investigação livre, sem a necessidade de se ultrapassarem requisitos formais de admissibilidade à perquirição judicial.

Através da referida reforma, os pressupostos da ação de investigação de paternidade ganharam novo relevo e roupagem, deixando o rótulo de condicionamento de ação para se transformarem em presunções de paternidade que a lei estabeleceu peculiar força probatória¹⁶⁶.

Forçoso não admitir que se trata de um regime mais justo e condizente com os princípios e valores que emanam da ordem constitucional vigente, em especial, o direito à identidade genética associado ao princípio da dignidade da pessoa humana que fundamentam o direito do filho conhecer a própria identidade biológica e a sua ascendência familiar.

Sobre este ponto, cabe a observação feita pelo processualista brasileiro Didier Junior, que defende a existência de ações de investigação de paternidade, cujo objetivo é o estabelecimento do vínculo jurídico da filiação e “ações de investigação de ascendência

¹⁶⁴OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 209.

¹⁶⁵PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 541.09.4TCSNT.L1-7*. Relator: Maria do Rosário Morgado. Lisboa, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/395513c5f3a0b75d802576e1005ec546?OpenDocument&Highlight=0,541.09.4TCSNT.L1-7>. Acesso em: 03 mai. 2018.

¹⁶⁶CAPELO, Maria José. A reforma processual e as ações de filiação. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 747.

genética”, que têm por finalidade o descobrimento das raízes biológicas do ser humano. Ou seja, seria possível uma pessoa ter o desejo de investigar suas origens, sem, contudo, ter a pretensão de alterar laço jurídico da filiação¹⁶⁷.

Assim sendo, a ação de investigação de paternidade assenta-se no direito personalíssimo, indisponível e inalienável da identidade pessoal, direito este que, apesar de não ser considerado absoluto, insere-se no núcleo essencial da pessoa humana¹⁶⁸. É o único provimento jurisdicional capaz de concretizar o estabelecimento da filiação, caso falhe a perfilhação e não haja enquadramento nas hipóteses de presunção legal.

O art. 1.869º do CC reforça este argumento ao determinar que o meio de reconhecimento de paternidade deve ser por ação judicial específica para este fim, ressalvando que a maternidade deve já estar conhecida ou, diante da ausência deste requisito, que seja ação instruída por meio de pedido dúplice, ou seja, com a finalidade de averiguar a paternidade e a maternidade.

Faz-se ressalva ao exercício deste direito de ação em determinados casos que a lei impede o interessado de promover a ação judicial com o fim de reconhecimento de filiação. Estas restrições são impostas ao instituto da adoção, nos termos do art. 1.987º do CC e nas hipóteses de PMA heteróloga, segundo o art. 10º, n.º 2 e art. 21º da Lei n.º 32/2006¹⁶⁹.

Por fim, antes de adentrar em alguns aspectos relacionados à ação de investigação de paternidade, é pertinente trazer breves comentários acerca da averiguação oficiosa da paternidade.

A averiguação oficiosa é um meio de descoberta da paternidade (e maternidade) consagrada pelo CC de 1966, sendo notável o interesse estatal no estabelecimento da filiação, de modo que se vislumbra, por parte deste ente, um comportamento ativo e autônomo na descoberta do(s) progenitor(es). Ou seja, independentemente de impulso processual dos interessados, o legislador faz notar que o tema da filiação não é matéria de exclusiva esfera privada, impondo ao Estado um papel mais dinâmico no assento da

¹⁶⁷DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 72.

¹⁶⁸PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 25735/15.0T8SNT.LI-2*. Relator: Ondina Carmo Alves. Lisboa, 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/4c2275e119e02e968025813a00384528?OpenDocument>. Acesso em: 04 mai. 2018.

¹⁶⁹PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 759/14.8TBSTB.EI.SI*. Relator: Lopes do Rego. Lisboa, 09 de março de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b9%2080256b5f003fa814/622cd11b8ecc87d6802580df004ba331?OpenDocument>. Acesso em: 07 mai. 2018.

paternidade (ou maternidade) por entender tal hipótese como questão de interesse público¹⁷⁰.

Prevista no art. 1.864º do CC, deve ser adotada sempre que o registro de nascimento da criança tenha apenas o assentamento da maternidade, situação em que o funcionário do registro civil deverá encaminhar ao tribunal a certidão de registro para que seja possível a descoberta da identidade civil do progenitor¹⁷¹.

Deve ser compreendida como uma fase preliminar¹⁷² de perquirição, pelo qual cabe ao Ministério Público a utilização de qualquer meio de prova (inclusive inquérito)¹⁷³ para analisar a viabilidade ou não de se proceder uma ação de investigação de paternidade.

Conforme o CC, no curso da averiguação, a progenitora deverá ser ouvida sobre a paternidade que, se indicar a identidade ou se esta for descoberta de alguma outra forma, deverá o pretense pai ser ouvido pelo tribunal. Uma vez confirmada a paternidade, lavra-se o termo da perfilhação; se negada, a averiguação deve ser mantida até que se tenham os elementos suficientes para que o *parquet* intente a ação judicial de investigação de paternidade.

Em termos semelhantes, o direito brasileiro também contempla o procedimento de investigação sumária, nos termos da Lei n.º 8.560, de 29 de dezembro de 1992, sendo incumbência do Ministério Público intentar a ação judicial caso o pretense pai não responda a notificação da perquirição preliminar ou negue a paternidade, desde que entenda pela existência de elementos suficientes para tanto¹⁷⁴.

2.2.1 Legitimidade

A legitimidade para propor a ação de investigação de paternidade é do filho, conceito extraído do art. 1.869º do CC. Naturalmente, o legislador não poderia excluir do polo ativo o principal interessado no estabelecimento da filiação, tanto que, contudo, apenas ressalvou que a averiguação judicial da paternidade só poderia prosperar quando já se conhecesse a maternidade ou quando esta foi pedida conjuntamente com o reconhecimento

¹⁷⁰CHABY, Estrela. Averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade e averiguação. *In: Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 372.

¹⁷¹COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 541.

¹⁷²COSTA, Susana. *Filhos da (sua) mãe: Atores Institucionais, Perícias e Paternidades no Sistema Judicial Português*, Coimbra: Almedina. 2013, p. 161.

¹⁷³CHABY, *loc. cit.*

¹⁷⁴PEREIRA, 2010, p. 382.

judicial do progenitor.

Embora a lei tenha conferido a titularidade ao filho para propor ação dessa natureza, faz-se ressalva da capacidade, de modo que apenas o filho capaz tem *legitimatio ad causam*. Na hipótese de ser menor ou incorrer em alguma das incapacidades civis, deverá ser representado em juízo, situação que, normalmente, cabe à genitora¹⁷⁵.

Logo, a mãe também tem legitimidade para propor a ação de investigação da paternidade, tendo em vista que tem interesse direto no reconhecimento da filiação, vez que não só por questões de assistência financeira fundamenta-se a necessidade do conhecimento do pai, mas, também, pelos benefícios de ordem afetiva e educacional em prol do filho.

Pelo direito espanhol, segundo o artículo 765.1 da *Ley Enjuiciamiento Civil*, quando o filho for menor, a ação poderá ser exercida indistintamente pelo representante legal ou pelo Ministério Fiscal, solução criticada pela doutrina espanhola por converter tais ações praticamente em ações públicas¹⁷⁶.

Se a mãe for menor, o CC no art. 1.870º busca suprir esta incapacidade para que a legitimidade processual possa ser a ela conferida, de modo que sejam evitados mecanismos protelatórios que pudessem, de alguma forma, retardar o conhecimento da paternidade e, conseqüentemente, prejudicar o melhor interesse da criança.

O progenitor, por sua vez, não possui legitimidade ativa para propor ação de investigação de paternidade, pois, se possui interesse em estabelecer a paternidade, basta perfilar. No caso de pretender eliminar dúvidas através de prova, como exame de ADN, por exemplo, não é necessário intentar ação judicial para este fim, uma vez que o teste pode ser feito por meio de exame particular no Instituto de Medicina Legal, desde que haja concordância prévia de mãe e filho¹⁷⁷.

Discute-se sobre a possibilidade de o nascituro ingressar judicialmente, por representação, para fins de reconhecimento de paternidade através de uma ação de

¹⁷⁵Sobre a legitimidade na ação de investigação de paternidade no direito brasileiro, Lôbo assim esclarece: “A legitimidade para a ação é exclusiva do filho, mas a contestação pode ser feita por ‘qualquer pessoa, que justo interesse tenha’, segundo as expressões da lei. Interessados são todos aqueles que possam ser afetados pela decisão judicial, a saber, o genitor biológico, o genitor registrado, se houver, o genitor socioafetivo (hipótese comum do cônjuge ou companheiro da mãe), o cônjuge ou companheiro do suposto genitor e os herdeiros deste. Os parentes colaterais, inclusive os irmãos, não têm interesses juridicamente protegidos para ajuizamento da ação. Em qualquer situação, o registro da paternidade só pode ser desconstituído se o pai registral for citado (REsp 512.278)” (LÔBO, 2011, p. 265).

¹⁷⁶GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*: Tomo II, Procesos declarativos y de ejecución. Madrid: Thomson Civitas, 2005b, p. 330

¹⁷⁷OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 211.

investigação quando a maternidade já tiver sido conhecida ou conjuntamente investigada. Oliveira & Coelho admitem a possibilidade de acionar tal via judicial, pois, ainda que o nascimento não tenha ocorrido, seria importante zelar pelos interesses da criança e cientificar o pretense pai sobre suas responsabilidades parentais, nos termos dos arts. 1.878º, n.º 1 e 2.033º, n.º 1, ambos do CC¹⁷⁸⁻¹⁷⁹.

A posição referida afigura-se medida importante para resguardar direitos ao nascituro, uma vez que o reconhecimento anterior já poderia, de forma imediata, gerar efeitos de cunho sucessório após o nascimento bebê, ainda que este venha a óbito posteriormente.

Outro legitimado a promover a investigação de paternidade é o Estado, através do *parquet* que pode não só promover a averiguação oficiosa, como também assumir a representação do menor em certos casos que demandam reconhecimento por via judicial¹⁸⁰.

O Ministério Público deve assumir a representação do menor na ação de investigação de paternidade quando não houver maternidade reconhecida e se fizer necessário provimento jurisdicional para estabelecer paternidade e maternidade de forma conjunta, bem como na hipótese da mãe, embora conhecida, não assumir com zelo os interesses da criança, como medida de fazer valer a categoria de representante geral dos incapazes, nos termos do seu estatuto legal¹⁸¹.

Além de figurar no polo ativo de determinadas ações de investigação de paternidade na qualidade de representante, a jurisprudência já se manifestou reconhecendo a possibilidade do Estado português, através do Ministério Público, atuar em *jure proprio* para garantir seus interesses, de modo a assegurar o respeito ao direito constitucional à identidade pessoal, posto que se reconhece a existência de um direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas e, como tal, não pode ser ignorado pelo poder público. Em causa, o bem jurídico não é apenas a garantia à identidade pessoal, vez que esta pode ser alcançada via investigação judicial proposta pelo interessado direto, mas, sobretudo, ressaltar o direito do Estado em promover a averiguação oficiosa de paternidade e dar sequência à nível judicial

¹⁷⁸OLIVEIRA & COELHO, *op. cit.*, p. 212.

¹⁷⁹Por interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 1.609º do CC/BR, Pereira (2010, p. 381) entende pela legitimidade do nascituro, através de representação da mãe, para intentar ação judicial, em virtude da premissa de que o Estado deve fomentar meios de proteção da criança desde a concepção.

¹⁸⁰O direito brasileiro também confere legitimidade ao Ministério Público para que, após procedimento oficioso, promova a ação de investigação de paternidade em face ao pretense pai, nos termos do art. 2º da Lei n.º 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (*Ibid.*, p. 382).

¹⁸¹OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 210.

quando houver menores sem identificação do progenitor¹⁸².

A lei ainda trata de uma possibilidade de “coligação ativa” de vários filhos da mesma mãe em uma ação de investigação de paternidade que pretenda o reconhecimento ao mesmo pretense progenitor. A formação desta espécie de litisconsórcio manifesta-se útil sob o prisma da economia e da celeridade processual, mediante reunião e decisão, em um só processo, de todas as questões protelatórias que possam eventualmente serem opostas.

Sobre a possibilidade de coligação ativa de filhos de mães diferentes¹⁸³, mas do mesmo pretense pai, por força do art. 36º do CPC, há quem entenda ser possível que a demanda opere conjuntamente, embora não haja previsão expressa do CC neste sentido¹⁸⁴.

Se fizermos uma reflexão processual sobre tal entendimento, parece que pensar de forma diferente é navegar em direção oposta ao novo e moderno regime adotado por Portugal na reforma processual de 2013, baseado em um sistema planejado para conferir maior eficiência na busca da verdade e na justa composição do litígio em tempo razoável, motivado pela consagração dos ideais da gestão processual e, porque não dizer, à título de analogia, do *case management* do direito inglês que permite a adaptação do procedimento conforme as particularidades do caso em análise¹⁸⁵.

Peculiar situação coloca-se frente à legitimidade passiva¹⁸⁶ nas ações de filiação quando o interessado tem reais dúvidas quanto à identidade do progenitor, hipótese que pode suceder quando a progenitora tiver mantido relações sexuais com mais de um homem durante o período da concepção.

Questiona-se a possibilidade de demandar face a diversos réus em uma situação de subsidiariedade formando um litisconsórcio alternativo. Não se trata de pedido subsidiário e

¹⁸²PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 2082/12.3TVLSB.LI.SI*. Relator: Salazar Casanova. Lisboa, 15 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/21742f7204741adf80257cdd00505248?OpenDocument>. Acesso em: 08 mai. 2018.

¹⁸³Há quem sustente que, mesmo diante da possibilidade de irmãos de mães diferentes coligarem, não é recomendável que o advogado assim se proceda, uma vez que a coligação de pretensos irmãos pode gerar complicações no processo e afetar a celeridade processual (PINTO, Fernando Brandão Ferreira. *Filiação Natural*. Porto: Elcla Editora, 1995, p. 264)

¹⁸⁴OLIVEIRA & COELHO, *op. cit.*, p. 212.

¹⁸⁵MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 145, n. 3995. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 85-86.

¹⁸⁶Pelo direito brasileiro, Diniz assevera que a ação de investigação de paternidade pode ser contestada por qualquer pessoa que guarde interesse moral ou econômico com o objeto da causa, como é o caso do cônjuge do réu, filhos, parentes sucessíveis ou entidades responsáveis como o pagamento de pensão aos herdeiros do pretense pai (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 5, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 545).

nem alternativo, vez que o reconhecimento da paternidade é a única procedência que se espera. A demanda seria simultânea em face aos prováveis progenitores e o pedido do estabelecimento de paternidade deveria recair somente em relação ao que for provado progenitor do filho¹⁸⁷⁻¹⁸⁸.

Indo mais além, se no curso de uma ação intentada contra um réu específico, durante a produção de uma prova descobre-se que a mãe manteve relação com outro homem no período concepcional, seria possível a intervenção deste terceiro¹⁸⁹ na qualidade de réu na ação de paternidade?

Antes mesmo do novo CPC ter vigência, Capelo já concluía pela possibilidade de formação deste litisconsórcio alternativo nas ações de investigação de paternidade por força do art. 31º-B do antigo diploma processual, sustentando ainda a necessidade de se prestigiar a economia processual¹⁹⁰⁻¹⁹¹.

O entendimento da doutora professora parece estar correto e atualizado com as recentes diretrizes de um sistema processual com menos rigor formal, mais voltado para a busca da verdade e a justa composição. Há, sobretudo, uma questão de celeridade processual que não se pode negar, mediante um processo mais sincrético e eficaz na busca da realidade dos fatos.

Não se afigura prejuízo aos envolvidos no polo passivo, uma vez que a relação formada será de alternatividade e não subsidiariedade, ou seja, *a priori*, o provimento do processo jurisdicional através da sentença irá gerar efeitos para apenas um dos réus.

Pelo direito alemão, Jauernig comenta a possibilidade de filho ou mãe, no curso de um processo de investigação de filiação, “provocar a intervenção doutro homem no

¹⁸⁷CAPELO, 2004, pp. 751-756.

¹⁸⁸A doutrina brasileira entende ser possível formar um litisconsórcio passivo alternativo eventual quando não haja consenso a respeito da paternidade, circunstância compreensível em um cenário em que a mãe tenha mantido contato sexual com mais de um homem durante o período da concepção. Neste íterim, seria admitido mover uma ação de investigação de paternidade contra todos os prováveis progenitores, inclusive, se for o caso, os submetendo ao exame de ADN. A ação deverá ser julgada procedente a um deles, se confirmada a paternidade, e improcedente em relação aos demais (DIAS, 2015, p. 446).

¹⁸⁹Segundo a doutora Capelo, o *Code Civil* francês admite expressamente a intervenção de terceiro na hipótese de a mãe ter se relacionado sexualmente com terceiro no período da concepção. No mesmo sentido, o direito espanhol também admite que as pessoas que se relacionaram com a progenitora no referido lapso temporal sejam chamadas a intervir no feito (CAPELO, *op. cit.*, pp. 752-753).

¹⁹⁰CAPELO, 2004, pp. 751-756.

¹⁹¹Nessa perspectiva, Pinheiro (2010, p. 180) acompanha o entendimento da professora doutora Capelo (2004) ao afirmar ser possível que a ação de investigação de paternidade seja intentada em face a mais de um pretenso pai.

processo, se também este entrar em linha de conta (§640 e II)”¹⁹².

Ademais, é inevitável que, durante a instrução, muito fatos brotem da produção de uma prova, fazendo “incendiar o processo”, alterando os rumos da investigação. Deve-se ter em mente que há um sistema de “vasos comunicantes” entre fatos e provas e negar esta interrelação nos remete ao perigoso caminho de volta a um processo liberal e arcaico.

O processo civil moderno deve estar sempre pronto a admitir a entrada de fatos que não estejam presentes nos articulados (ou pessoas) que podem de alguma forma contribuir para a cognição da lide, de modo que o magistrado não deve ignorar tal realidade sob pena de provocar um regresso ao formalismo processual que poderá impedir o alcance à justa composição do litígio em razoável prazo de duração do processo¹⁹³.

Negar a intervenção de terceiro no processo – desde que proveniente de fundamentos concretos e possibilidade real de paternidade –, optando por improceder a demanda e aguardar que o interessado promova nova ação – em face deste antes terceiro e agora novo réu – é uma forma de, em princípio, atrasar a concretização de um Direito Constitucional de conhecimento às origens genéticas e ainda abarrotar o judiciário com mais uma demanda gerando prejuízo à celeridade¹⁹⁴ e à economia processual.

No entanto, a ponderação sobre o eventual aproveitamento do depoimento da testemunha sobre o conhecimento da verdadeira paternidade deve ser criteriosamente analisada pelo juiz, uma vez que não se trata de um fato proveniente de certeza do depoente, mas de mera suposição, tendo em vista que relações sexuais são atos sigilosos e secretos, alheios aos conhecimentos de terceiros¹⁹⁵. Logo, o juízo deve equacionar a probabilidade não só do fato revelado pela testemunha, bem como pela real possibilidade de se atingir celeridade e economia processual com a entrada do novo réu, que deverá ser citado e promover contestação, sobrestando o feito por um período que pode não ser curto face ao

¹⁹²JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 455.

¹⁹³MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. A “morte” do princípio do dispositivo?. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 147, n. 4007. Coimbra: Coimbra Editora, 2017, p. 91.

¹⁹⁴E tomando emprestado o pensamento de Franz Klein, os litígios são considerados os males da sociedade, logo, os processos têm que ser decididos com rapidez, pois a falta de celeridade pode afetar a economia de um país (Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 28 de outubro de 2016, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal).

¹⁹⁵Segundo o direito alemão se, pela oitiva de uma testemunha em uma ação de investigação de paternidade, esta declarar que teve relações sexuais com a progenitora do filho que busca o reconhecimento da filiação, o juiz pode ordenar que a testemunha se submeta ao exame de ADN (SILVA, Paula Costa e. A Realização Coercitiva de Testes de ADN. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2002, p. 588).

urgente anseio do investigado.

Portanto, perante a atual ordem processual que se opera em Portugal, parece não haver razões para se inadmitir o litisconsórcio passivo alternativo nas ações de investigação de paternidade, seja este formado desde a propositura ou durante o curso do processo.

2.2.2 *Causa de pedir*

Nos termos do art. 5º, n.º 1, do CPC, para que o direito pleiteado seja objeto de apreciação pelo poder judiciário, as partes devem alegar os fatos essenciais que reproduzem a causa de pedir.

Por conseguinte, nas ações de investigação de paternidade, compreende-se que a causa de pedir decorre da mera procriação biológica que se estrutura no ato gerador da gravidez. Ou seja, a ocorrência do nascimento, fruto do ato da concepção, é o motivo determinante para se possa desencadear uma ação específica para o reconhecimento judicial da filiação paterna.

A jurisprudência, por sinal, há muito tem entendido que a causa de pedir nas ações de investigação de paternidade provém do fato jurídico da procriação, conforme observa-se no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 21 de junho de 1983¹⁹⁶.

Pela mesma perspectiva, o juiz conselheiro Lopes do Rego defende que, nas ações de investigação de paternidade, a causa de pedir decorre do fato natural da procriação biológica do filho em face do requerido e pretense pai que poderá ser provada de forma direta, por meio de exames de sangue, teste de ADN ou outro meio científico reconhecido para tal fim ou de forma indireta, através da análise das presunções legais, naturais ou judiciais¹⁹⁷.

No mesmo sentido, Pimenta prefere prestar outra designação, considerando a existência de causa de pedir de *bica aberta* e as de *céu aberto*. Enquanto esta relaciona-se a uma ou várias das situações de fato elencadas como presunções pelo n.º 1 do art. 1.871º,

¹⁹⁶PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 069813*. Relator: Joaquim Figueiredo. Lisboa, 21 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256%20b5f003fa814/f4c5353859de253f802568fc0039aa93?OpenDocument&Highlight=0,069813>. Acesso em: 06 mai. 2018.

¹⁹⁷REGO, Carlos Lopes do. O Ónus da Prova nas Acções de Investigação da Paternidade: Prova Directa e Indirecta do Vínculo da Filiação. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 781-782.

aquela refere-se ao fundamento pelo fato biológico da fecundação do óvulo¹⁹⁸. A professora Capelo, por sua vez, prefere designar como causa de pedir instrumental, que são os fatos baseados nas presunções legais e causa de pedir principal, que se fundamenta pelo ato da procriação¹⁹⁹⁻²⁰⁰.

A noção da causa de pedir na filiação traz importantes lições para efeitos de coisa julgada. Tome, por exemplo, uma ação intentada com base em umas das presunções do n.º 1 do art. 1.871º do CC que acabou por ser considerada improcedente. Como consequência, nova demanda não poderá ser proposta com substrato desta causa de pedir²⁰¹.

2.2.3 Caducidade

Pelo ordenamento jurídico de alguns países, o direito de ação para fins de investigação de paternidade é imprescritível, não estando sujeito à prazo para o exercício pelo seu titular.

É o caso do direito brasileiro, que assim dispõe no art. 1.606º do CC/BR, bem como no art. 27º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, pelo qual o reconhecimento da filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, de forma que, a qualquer tempo, o interessado pode intentar ação de investigação para fins de estabelecimento de paternidade. A questão também foi objeto de

¹⁹⁸PIMENTA, 2001, pp. 149-150.

¹⁹⁹CAPELO, 2004, pp. 749.

²⁰⁰A depender dos fatos em que a ação se fundamenta, é possível a cumulação da causa de pedir baseada na procriação com as causas de pedir decorrentes das presunções legais, situação em que se estará diante de uma causa de pedir principal e causa de pedir instrumental, como bem observa o professor Marques, senão vejamos: “Nas ações destinadas a constituir o vínculo da filiação paterna ou materna o autor pode fundamentar sua pretensão apenas no *fenômeno biológico*. Nesse caso, a convicção do julgador será alcançada através de *prova científica* contundente (art. 1.801º do CC), susceptível de permitir considerar demonstrada – através de *perícia*, enquanto meio de prova –, com suficiente grau de certeza, a *procriação biológica* do autor (filho) pelo réu. Pode esta causa de pedir ser cumulada com outras causas de pedir – por regra, com *causas de pedir instrumentais* –, o que ocorrerá se o autor fundar a sua pretensão nos factos-base de alguma das *presunções de paternidade* que lhe aproveita, previstas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 1.871º do CC. Estes *factos-base* de alguma das presunções devem ser encarados como *factos constitutivos* da pretensão do autor, adquirindo o estatuto de *factos principais* de uma *causa de pedir instrumental* (*id est*, a que se reporta aos *factos-base* de alguma das referidas presunções de paternidade). O *facto-fenômeno da procriação* (existência de relações sexuais fecundantes havidas entre a mãe do autor e o réu) constitui a *causa de pedir principal*. Se o autor apenas funda a sua pretensão nos factos-base de algumas (ou de algumas) das presunções de paternidade consignadas no n.º 1 do artigo 1871º do CC, tais factos são *factos principais*, pois que se referem à própria causa de pedir” (MARQUES, João Paulo Remédio. Caducidade da acção de investigação da paternidade. O problema da aplicação imediata de lei n.º 14/2009 de 1 de Abril às acções pendentes. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXV. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 199, grifo nosso).

²⁰¹CAPELO, 2004, p. 749.

debate pelo Supremo Tribunal Federal que editou a súmula n.º 149 que determina a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, mas não garante o mesmo direito à petição de herança, que está sujeita à incidência de prazo²⁰².

Ademais, a imprescritibilidade do exercício do direito de investigar a paternidade não tem guarida apenas no direito brasileiro. O direito espanhol também caminha em direção semelhante ao estabelecer que a ação judicial poderá ser exercida pelo filho enquanto vivo estiver, nos termos dos arts. 133º do Código Civil²⁰³. Pela ausência de prazo expresso para instauração das ações nos diplomas civilistas alemão e austríaco, o entendimento é também pela imprescritibilidade²⁰⁴.

De igual sorte, tanto o direito italiano quanto o holandês não condicionam prazo para o interessado intentar ação judicial com vias de investigar a identidade do progenitor, como denota-se no art. 270º do Código Civil da Itália e art. 210º do Código Civil da Holanda²⁰⁵.

O mesmo entendimento não pode ser estendido ao direito português que, seguindo a máxima do *dormientibus non succurrit jus*, atualmente opera no sentido de conferir uma regra de caducidade do direito de exercer judicialmente a ação de investigação de paternidade.

Ocorre que a discussão acerca da caducidade é questão de sensível trato frente ao reconhecimento da existência de um direito constitucional ao conhecimento as origens genéticas, que acaba por ser limitado por uma regra limitadora pelo decurso temporal da pretensão.

Logo, no que pese a atual aplicabilidade da caducidade, houve um período em que a imprescritibilidade norteava as investigações de paternidade, motivo pelo qual revela-se oportuno fazer uma breve evolução histórica deste instituto no campo do reconhecimento judicial da filiação.

²⁰²BRASIL. *Súmula n.º 149 do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. Acesso em: 11 mai. 2018.

²⁰³O n.º 1 do art. 133º do Código Civil espanhol compreende que a ação com pedido de reconhecimento de filiação pode ser intentada ao longo de toda a vida do filho, não estabelecendo prazo específico para seu exercício.

²⁰⁴PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 253/11.9TBVZL.LI.SI*. Relator: Ana Paula Boularot. Lisboa, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/74b218a27ae4e1f680257ef9004397ff?OpenDocument>. Acesso em: 11 mai. 2018.

²⁰⁵PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 401/2011*. Processo n.º 497/10. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa, 22 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110401.html>. Acesso em: 05 jun. 2018.

Até o ano de 2006, em Portugal, vigorava o sistema da caducidade para efeitos de investigação judicial de paternidade, por força da antiga redação do art. 1.817º do CC que determinava que a ação só poderia ser proposta durante a menoridade ou nos dois anos subsequentes à maioridade ou emancipação no caso da averiguação da maternidade. Complementando o referido dispositivo, o art. do 1.853º do mesmo diploma legal determinava que a regra era também aplicável à investigação de paternidade.

Os argumentos que sustentavam um prazo de caducidade para o exercício do direito de ação fundamentavam-se basicamente em três pontos. Primeiramente, por questões de segurança jurídica dos pretensos pais e seus herdeiros. Em segundo, a ideia da dificuldade de se produzir a prova da filiação com o passar dos anos quando se permite um prazo consideravelmente alargado para requerer o provimento judicial. Por fim, a fixação de prazo visava coibir finalidades puramente egoístas de interessados no reconhecimento da filiação, quando eventualmente desprovidos de qualquer interesse de carácter emocional e, motivados unicamente por objetivo de cunho patrimonial, poder-se-ia promover uma espécie de “caça ao tesouro”, situação incompatível com as finalidades do direito ao conhecimento das origens genéticas²⁰⁶.

No entanto, incentivado por decisões²⁰⁷ em casos concretos que concluíram pela inconstitucionalidade da fixação do mencionado prazo de caducidade, foi requerido ao TC, em novembro de 2005 – dando origem ao acórdão n.º 23/2006, de 10 de janeiro de 2006 –, com força obrigatória geral, a declaração da inconstitucionalidade do art. 1.817º, n.º 1, do CC, aplicável por força do art. 1.873º do mesmo diploma legal, por ofensa aos arts. 26º, n.º 1, 36º, n.º 1, e 18º, n.º 2, da CRP, e disposições que, correlacionadas, conferiam uma garantia fundamental ao conhecimento das origens genéticas e direitos de estabelecimento de filiação daí decorrentes.

Na verdade, o TC já havia sido provocado para se pronunciar sobre a constitucionalidade do art. 1.817º, n.º 1, do CC, nomeadamente nos acórdãos n.º 413/89, de 31 de maio, e n.º 99/88, de 28 de abril, oportunidade que concluiu pela não inconstitucionalidade do dispositivo atacado por entender que a aplicação dos prazos de

²⁰⁶PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 23/2006*. Processo n.º 885/05. Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto. Lisboa, 10 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html?impressao=1>. Acesso em: 12 mai. 2018.

²⁰⁷Acórdão n.º 486/04, de 7 de julho de 2004, confirmado segundo acórdão do Plenário n.º11/05, de 12 de janeiro de 2005, bem como pelas decisões sumárias n.º 114/05, de 9 de março de 2005, e n.º 288/05, de 4 de agosto de 2005.

caducidade nas ações de investigação de paternidade não violavam a CRP por não haver restrição ao conteúdo do exercício do direito ao conhecimento da paternidade, garantia fundamental reconhecida pela correlação entre os direitos à integridade moral e identidade pessoal²⁰⁸⁻²⁰⁹.

Dentre outros motivos apresentados pela decisão do acórdão n.º 23/2006 que declarou a inconstitucionalidade do prazo de caducidade, o TC considerou que, diante de um prazo curto de dois anos após a maioridade, o titular poderia exercer seu direito até a idade de 20 anos, reconhecendo que, neste estágio de vida, o investigante ainda não seria uma pessoa experiente e inteiramente madura para tomar a decisão de levar a cabo ou não uma ação judicial de investigação de paternidade, situação em que a inércia poderia causar consideráveis danos ao interessado, nomeadamente no que se refere aos direitos à identidade pessoal e livre desenvolvimento da personalidade, fundamentos que, segundo o Tribunal, concretizam um direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas²¹⁰.

O acórdão do TC ainda confrontou os argumentos que amparam a necessidade de um prazo de caducidade, salientando que não há mais sentido na preocupação sobre a perda da prova de filiação com decurso do tempo, uma vez que, com as atuais provas científicas à disposição do poder judiciário, pode-se reconhecer ou negar a paternidade com altíssima probabilidade, independentemente do envelhecimento da prova. Em relação ao argumento que deve-se evitar a busca pela satisfação de interesses estritamente patrimoniais²¹¹, a decisão questiona se a preocupação em resguardar os bens e a herança do pretense progenitor não é também uma questão patrimonial, não tendo sentido privilegiar o direito de uns e repulsar suposto interesse de outros. Por último, sobre o receio em não atormentar o pretense progenitor com uma situação de indefinida dúvida quanto à paternidade, basta, para tanto, a submissão a um teste genético que será possível eliminar qualquer incerteza. Ademais, sob a justificativa da segurança jurídica, nomeadamente em relação à segurança patrimonial dos herdeiros, não se mostra plausível excluir um direito que integra uma dimensão fundamental

²⁰⁸PINHEIRO, 2010, p. 186.

²⁰⁹O Tribunal entendeu pela ausência de incompatibilidade com a ordem constitucional, pois, o que se fazia presente era um mero condicionamento do direito à investigação (OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 247).

²¹⁰PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 23/2006*. Processo n.º 885/05. Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto. Lisboa, 10 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html?impressao=1>. Acesso em: 12 mai. 2018.

²¹¹Pinheiro (2010, p. 195) afirma que, no ano de 1999, a Provedoria da Justiça, por meio da recomendação de n.º 36/B/99, manifestou-se no sentido da necessidade da alteração da lei para que anseios não patrimoniais, decorrentes de natureza meramente pessoal, pudessem ser exercidos através da ação de investigação de paternidade sem a incidência de prazos de caducidade.

da personalidade que é saber a identidade do progenitor do investigante²¹².

Destarte, com a declaração de inconstitucionalidade do TC, a partir de janeiro de 2006, a ação de investigação da paternidade deixou de sofrer limitação temporal em relação ao seu exercício, podendo ser proposta a todo tempo. Como era de se esperar, a decisão provocou um notável aumento na propositura de ações com a finalidade de reconhecimento judicial da paternidade. Situações que, antes inviabilizadas em virtude do prazo de caducidade estabelecido pela antiga redação do art. 1.917º do CC, foram legitimadas a buscar a apreciação do poder judiciário²¹³.

Importante frisar que a decisão do TC não foi uma novidade no plano jurisprudencial português, uma vez que apenas consolidou uma mudança iniciada pelo acórdão do próprio órgão de n.º 486/2004²¹⁴.

Ademais, o TC teve o cuidado de não causar a “impressão de que se teria produzido uma ruptura demasiada brusca e profunda”, destacando que tratava-se de uma alteração de circunstâncias que provocaram a modificação da análise jurídica da aplicabilidade do instituto²¹⁵.

Esse cenário de imprescritibilidade da ação judicial de investigação de paternidade (e maternidade) teve curta duração em virtude da entrada em vigor da Lei n.º 14/2009, de 01 de abril, que alterou os arts. 1.817º e 1.842º do CC.

Dentre as alterações propostas pela referida lei, destaca-se a nova redação do n.º 1 do art. 1.817º que passou a prever que a ação de investigação de paternidade e maternidade apenas poderia ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à maioridade ou, se for o caso, emancipação²¹⁶.

Conforme denota-se na nova escrita da norma em comparação com o texto em vigor antes da declaração de inconstitucionalidade do TC, não houve alteração quanto ao prazo de caducidade durante a menoridade do investigante, sendo possível o exercício do direito

²¹²PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 23/2006*. Processo n.º 885/05. Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto. Lisboa, 10 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html?impressao=1>. Acesso em: 12 mai. 2018.

²¹³MARQUES, 2009, pp. 203-204.

²¹⁴PINHEIRO, 2010, p. 186. *O direito da família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2010. p. 186.

²¹⁵*Ibid.*, p. 187.

²¹⁶“Por conseguinte, o legislador optou por não adoptar a regra da “imprescritibilidade” do direito de investigação de paternidade, continuando a insistir na necessidade de existência de limites temporais ao exercício desse direito, embora tenha alargado consideravelmente esses limites temporais e valorizado como critério do início da contagem dos prazos de caducidade o conhecimento pelo investigado das circunstâncias que o motivam a solicitar a investigação judicial da paternidade” (MARIANO, 2013, p. 38).

enquanto perdurar tal condição. O mesmo não se pode dizer do prazo de caducidade após a maioridade ou emancipação, que foi aumentado de dois para dez anos.

Talvez, os oito anos de aumento do prazo de caducidade após a maioridade tenha sido influência das razões proferidas pelo TC no acórdão n.º 23/2006 que julgou inconstitucional o prazo de caducidade do art. 1.817º. Na época do julgamento, o órgão jurisdicional entendeu que o prazo de 2 anos era curto se considerada a relevância do caráter da decisão e a provável idade do investigador, momento em que, seguramente, não teria atingido de forma completa a formação intelectual e emotiva do investigador.

Diante do novo prazo, é de supor que, com 28 anos de idade ou, talvez um pouco menos, se for caso de emancipação, a pessoa já tenha o desenvolvimento de sua personalidade em um estágio avançado, portanto, apto para decidir as escolhas que pretende tomar em sua vida.

A lei nova ainda promoveu alterações no n.º 3 do art. 1.817º, de modo que alargou a possibilidade de se intentar ação de investigação de paternidade nos três anos posteriores à ocorrência das seguintes hipóteses: no caso de impugnação da maternidade (ou paternidade) do investigador; quando o investigador tiver conhecimento de fato ou circunstância capaz de justificar a investigação, em especial quando cessar o tratamento como filho pela pretensa mãe (ou pai); se inexistente maternidade (ou paternidade) estabelecida, o investigador tomar conhecimento de fatos ou circunstâncias supervenientes capazes de justificar a investigação.

Como era de se esperar, a alteração da legislação provocou diversas críticas, sobretudo em relação à indefinição causada pela repentina mudança no pensamento jurídico e os efeitos causados nas demandas em curso, como sublinhou o professor Remédio Marques, considerando a aplicação de novos prazos de caducidade em determinadas ações de investigação como arbitrária, inesperada, excessivamente onerosa ou opressiva e desproporcionada²¹⁷.

A discordância da doutrina e alguns dissidentes jurisprudenciais com o novo sistema de prazo de caducidade fizeram com que o TC fosse instigado a se manifestar sobre a questão através do acórdão n.º 401/2011, de 22 de setembro.

O referido órgão, pelo respectivo plenário, decidiu por não julgar inconstitucional o dispositivo 1.817º, n.º 1, do CC, com redação fornecida pela Lei n.º 14/2009, de 1 de abril.

²¹⁷MARQUES, 2009, pp. 213-218.

Dentre as razões, pode-se destacar o entendimento de que o direito o estabelecimento de vínculo não é absoluto, ao passo que se confronta com outros direitos também constitucionais e, ao ter escolhido em proteger ambos os valores mediante a imposição de um prazo de caducidade, o legislador não desrespeitou ou negou a aplicação de nenhum direito fundamental, nomeadamente em relação ao conhecimento da origem genética que não sofreu limitação, apenas foi determinado um ônus para que o seu exercício não ultrapasse determinado prazo. Destacou ainda que a medida visa garantir a segurança jurídica, coibindo atitudes desinteressadas de eventual investigador, devendo zelar pela iniciativa processual que a lei lhe coloca à disposição para exercer seu direito fundamental²¹⁸.

À propósito, conforme acórdão supracitado do TC, a imposição de prazos para o exercício do direito à investigação de paternidade pode ser compatível com os princípios do TEDH, sobretudo com o disposto do art. 8º, n.º 1, da Convenção – fonte ao qual se extrai um direito ao conhecimento das origens genéticas –, posto que a limitação temporal ao exercício do direito de ação, por si só, não implica na violação dos preceitos estabelecidos pelo órgão, sendo necessário verificar se a existência de prazos poderia causar um desequilíbrio nos interesses conflitantes, seja do investigador, investigado e sua família e do Estado. O que reforça este argumento são os acórdãos do TEDH, de 06 de julho de 2010, nos casos *Backlund v. Finlândia* (queixa n.º 36498/05) e *Gronmark v. Finlândia* (queixa n.º 17038/04) e o acórdão proferido em 20 de dezembro de 2007, no caso *Phinikaridou v. Chipre* (queixa n.º 23890/02), pelos quais a discussão versava sobre a existência de prazo para intentar ação judicial de reconhecimento da paternidade²¹⁹.

Sob o prisma do direito comparado, a existência de condição temporal para o exercício da investigação de paternidade não é uma particularidade do ordenamento jurídico português, muito embora se verifique uma forte tendência no sentido da imprescritibilidade deste tipo de ação.

O ordenamento jurídico suíço, através do art. 263º do Código Civil, permite que ação de investigação possa ser proposta até um ano após o nascimento da criança, pela

²¹⁸PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 401/2011*. Processo n.º 497/10. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa, 22 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110401.html>. Acesso em: 05 jun. 2018.

²¹⁹PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 401/2011*. Processo n.º 497/10. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa, 22 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110401.html>. Acesso em: 05 jun. 2018.

progenitora ou pelo filho, no prazo de um ano após atingir a maioridade. É ressalvado exercício deste direito após esgotado o prazo e mediante fundamentação com motivos justificáveis pela demora. Semelhante ao atual regime em vigor em Portugal, o *Code Civil* francês, no art. 321º, estabeleceu como regra o prazo prescricional de dez anos após a maioridade para intentar ação²²⁰.

Alguns ordenamentos vizinhos de países de língua portuguesa seguiam a regra da caducidade tal como Portugal, mas, recentemente, abandonaram sua aplicação no âmbito da investigação judicial, ao qual vigora um sistema de imprescritibilidade, como é o caso do Código Civil de Cabo Verde, no art. 1.802º, do Código de Família de Angola, nos termos do art. 184º, e o art. 1.677º do Código Civil de Macau²²¹.

Assim sendo, as recentes decisões da jurisprudência tendem a compreender que a fixação de prazo de caducidade nas ações judiciais de filiação não viola os direitos fundamentais ao conhecimento da paternidade e o estabelecimento do respectivo vínculo jurídico de filiação²²²⁻²²³, embora deve-se reconhecer que há dissidências, sobretudo no

²²⁰*Ibid.*

²²¹PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 253/11.9TBVZL.LI.SI*. Relator: Ana Paula Boularot. Lisboa, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/74b218a27ae4e1f680257ef9004397ff?OpenDocument>. Acesso em: 11 mai. 2018.

²²²PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 759/14.8TBSTB.EI.SI*. Relator: Lopes do Rego. Lisboa, 09 de março de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/622cd11b8ecc87d6802580df004ba331?OpenDocument>. Acesso em: 07 mai. 2018.

²²³O antigo juiz do TC, João Mariano Cura (2013, p. 39), defende a manutenção de prazos de caducidade nas ações de investigação, salientado que o direito ao conhecimento às origens genéticas não é absoluto, pois deve ser harmonizado com outros valores conflitantes, senão vejamos: “Verificou-se, então, que não era possível ignorar que a constituição e a determinação integral do vínculo de filiação, abrangendo ambos os progenitores, corresponde a um interesse de ordem pública e a um relevante princípio de organização jurídico-social, sendo do interesse da ordem jurídica que o estado pessoal de alguém não esteja amputado desse dado essencial, devendo esse objectivo deve ser alcançado o mais rápido possível, numa fase ainda precoce da vida do filho, evitando-se, desse modo, um prolongamento injustificado de uma situação de indefinição na constituição jurídica da relação de filiação. Ora, o meio, por excelência, para tutelar estes interesses atendíveis públicos e privados ligados à segurança jurídica, é precisamente a consagração de prazos de caducidade para o exercício do direito em causa. Esses prazos funcionam como um meio de induzir o titular do direito inerte ou relutante a exercê-lo com brevidade, não permitindo um prolongamento injustificado numa situação de indefinição, tendo deste modo uma função compulsória, pelo que são adequados à protecção dos apontados interesses, os quais também se fazem sentir nas relações de conteúdo pessoal, as quais, aliás, têm muitas vezes, como sucede na relação de filiação, importantes efeitos patrimoniais. Perante esta constatação, concluiu-se que, apesar da inexistência de qualquer prazo de caducidade para as acções de investigação da paternidade, permitindo que alguém exerça numa fase tardia da sua vida um direito que anteriormente negligenciou, poder corresponder a um nível de protecção máximo do direito à identidade pessoal, isso não significa que essa tutela otimizada corresponda ao constitucionalmente exigido. O direito ao estabelecimento do vínculo da filiação não é um direito absoluto que não possa ser harmonizado com outros valores conflitantes, incumbindo ao legislador a escolha das suas formas de concretização, dentro das que se apresentem como respeitadoras da Constituição, se afigure mais adequada ao seu programa legislativo”.

campo jurisprudencial²²⁴.

No que pese as discordâncias que emanam de vozes da jurisprudência, o entendimento majoritário do STJ se coaduna com as decisões do TC, no sentido da constitucionalidade de prazos de caducidade para fins de ação de investigação de paternidade, de modo que é possível admitir esta realidade sem prestar ofensa aos direitos da personalidade aplicáveis²²⁵.

Sob a ótica da doutrina, vislumbra-se uma grande resistência quanto à fixação de prazos de caducidade, notadamente pelo possível conflito que pode ser causado frente ao exercício do direito à identidade pessoal e, conseqüentemente, à garantia ao conhecimento das origens genéticas.

O professor Guilherme Oliveira é um dos críticos ao instituto da caducidade no reconhecimento judicial da paternidade. Entretanto, identifica que há situações em que o principal intuito na investigação da filiação é gerar efeitos de ordem sucessória, hipótese que propõe – já há algum tempo – a concretização de um princípio do abuso de direito no âmbito da investigação da paternidade, em semelhança à solução adotada pelo legislador de Macau²²⁶.

A questão é saber se o abuso de direito poderia ser utilizado para coibir pretensões desarrazoadas e com objetivos escusos no campo da investigação da filiação, seja para prejudicar terceiros através do processo, como é o caso dos herdeiros que terão seu quinhão afetado, até garantir ao autor o conhecimento de sua própria ascendência, quando o que se pretendia, na verdade, era apenas resguardar o conteúdo patrimonial inerente ao reconhecimento da filiação.

Em sua obra, Menezes Cordeiro busca, através da aplicação do abuso de direito ligado à boa-fé²²⁷ nos processos judiciais, trabalhar com a noção de proporcionalidade ou,

²²⁴PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 440/12.2TBBCL.GI.SI*. Relator: Lima Gonçalves. Lisboa, 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/24719b8c248e594e802580b9004dda46?OpenDocument>. Acesso em: 16 maio 2018.

²²⁵PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 5434/12.5TBLRA.CI.SI.SI*. Relator: Tomé Gomes. Lisboa, 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/d0fa24a15bfa834a8025822e005b5868?OpenDocument>. Acesso em: 16 maio 2018.

²²⁶OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Caducidade das ações de investigação. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 57.

²²⁷Silva (2008) distingue o abuso do direito à litigância de má-fé, pois, enquanto neste deve-se analisar o dolo ou a negligência grave, naquele não importa tanto a colocação do agente, uma vez que o objetivo da lei é travar um exercício que considera abusivo (SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 620).

como o próprio intitula, grave desequilíbrio, mediante a ocorrência de “danos máximos a troco de vantagens mínimas”²²⁸, como poderia ser alegado por aqueles indiretamente afetados pelo exercício da ação do titular.

Ademais, a tese do abuso de direito no âmbito das ações de investigação de filiação, frequentemente ligada à figura jurídica do *suppressio*, nos casos em que a pretensão do autor é exercida após o decurso de um lapso temporal alargado, já foi alegada nos tribunais portugueses, conforme denota-se em vários julgados do STJ e demais Tribunais da Relação.

A grande questão que tende a afastar a aplicação de tal tese é a dificuldade em identificar se o comportamento da parte autora é típico de uma situação de abuso de direito ou não. Na maioria das vezes o flagrante que poderia induzir a este raciocínio não pode ser concluído, pois a existência do ato atentatório nem sempre se afigura materialmente, ressalvados os casos do *venire contra factum proprium*²²⁹, em que se pode identificar com mais clareza a conduta antijurídica em virtude da patente contradição entre modo e o fim que o direito do titular é exercido.

Deve-se reconhecer que a aplicação do abuso de direito mostra-se relevante, uma vez que reflete em um dos pilares argumentativos utilizados para justificar a caducidade nas ações de investigação e poderia, em casos extremos, inibir a chamada “caça ao tesouro” promovida por investigadores que possuem interesses essencialmente patrimoniais, usurpando o objeto central da averiguação judicial da paternidade representado pelo direito ao conhecimento das origens genéticas.

Contudo, na prática, observa-se certa dificuldade da jurisprudência em reconhecer o abuso de direito no contexto das ações de investigação²³⁰, vez que o mero decurso do prazo não é suficiente para seja identificada tal conduta, especialmente por se confrontar com o direito legítimo ao conhecimento das origens genéticas, cuja denegação deve ser restrita a

²²⁸CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 145.

²²⁹PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 49/07.2TBRSD.P1.S1*. Relator: Martins de Sousa. Lisboa, 15 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/00116c3741258c208025794a00612242?OpenDocument>. Acesso em: 16 maio 2018.

²³⁰Como pode-se verificar nos seguintes acórdãos: STJ, datado de 17 de março de 2016, relatado por João Trindade no processo 994/06.2TBVFR.P2.S1; STJ, datado de 03 de novembro de 2015, relatado por Ana Paula Boularot no processo 253/11.9TBVZL.L1.S1; TRL, de 03 de março de 2015, relatado por Maria do Rosário Gonçalves no processo 253/11.9TBVZL.L1-1; TRP, de 20 de maio de 2014, relatado por Viera e Cunha no processo 4293/10.7TBSTS.P1; TRP, de 30 de outubro de 2012, relatado por Márcia Portela no processo 787/06.7TBMAL.P1; TRG, de 27 de outubro de 2014, relatado por Eva Almeida no processo 285/04.3TBMNC-B.G1, entre outros. Todos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/>.

manifestas situações de “caça ao tesouro”²³¹.

Idêntico raciocínio pode se fazer em relação ao argumento do abuso de direito com o fito de causar prejuízos a terceiros, como se sucede perante aos herdeiros do pretense progenitor que seriam afetados para fins sucessórios, vez que, ao exercer o direito de ação, há um legítimo interesse em jogo que transcende a esfera do terceiro, que pode ser desde almejar paz emocional em conhecer a identidade do seu ascendente ou mesmo garantir sua própria subsistência no futuro por meio de uma herança.

Ou seja, não se vislumbra um intuito iminente prejudicial a outrem, como é o caso da doutrina do *abus de droit* – expressão idealizada por Laurent para designar situações semelhantes ao julgado de 2 de maio de 1855 do Tribunal Francês de apelação de Colmar que condenou o proprietário de um prédio pela instalação de uma chaminé falsa, sem qualquer proveito prático, apenas com a finalidade de obstruir a visão de uma janela do vizinho²³².

Perante a dificuldade de aplicação do instituto do direito, conforme razões apontadas, solução que poderia contornar tal óbice propõe Vale e Reis ao defender que o legislador deveria limitar os efeitos decorrentes do reconhecimento do vínculo, afastando os benefícios de caráter patrimonial quando se der como provado que o exercício tardio se deu por ambições meramente sucessórias e prestigiando os legítimos interesses de ordem pessoal²³³.

De fato, não há como negar que a existência de qualquer prazo de caducidade para fins de investigação de paternidade representa uma restrição desproporcional dos direitos conferidos pelo art. 26º, n.º 1, da CRP, nomeadamente em relação à historicidade pessoal.

Se se permitir o simples reconhecimento judicial da filiação – ainda que se exclua os efeitos sucessórios da decisão –, parece que, em grande parte dos casos, a finalidade primordial da ação terá sido alcançada, uma vez que a existência da figura (e a identidade) de um pai em sua biografia é uma aspiração legítima e está no imaginário de (quase) todo ser humano, de modo que nenhuma lei dos homens deveria limitar ou obstar tal concretização.

Além disso, a barreira criada pela caducidade impede o exercício de outros direitos

²³¹PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 07B3451*. Relator: Pires da Rosa. Lisboa, 03 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/577e988adaee374f80257480002d5567?OpenDocument>. Acesso em: 16 maio 2018.

²³²CORDEIRO, 2016, p. 92.

²³³REIS, 2008, p. 210.

emergentes da ligação familiar, como é o caso do direito aos alimentos proveniente do dever legal de assistência²³⁴, situação que não se relaciona com a “caça ao tesouro” que o espírito da lei busca evitar, ainda que se reconheça em ambos um ponto comum relacionado ao conteúdo material inerente ao reconhecimento da filiação.

À propósito, pela conjugação dos arts. 1.873º e 1.821º, ambos do CC, entende-se que é direito do filho menor, interdito ou inabilitado o recebimento de alimentos provisórios²³⁵ pelo pretense pai desde a proposição da ação de investigação de paternidade, quando o tribunal considerar a paternidade como provável. Na hipótese de improceder a ação, não há possibilidade de restituição do montante pago à título de alimentos provisórios²³⁶⁻²³⁷.

Forçoso não admitir que, diante do desconhecimento da identidade de um pai, as fontes recursais de sustento são reduzidas e, em uma sociedade em que se apela tanto pela solidariedade, mas pouco se faz para a sua concretização, talvez a imposição de uma obrigação legal possa ser o único caminho ao real necessitado.

2.3 A prova na ação de investigação de paternidade

O reconhecimento judicial de um direito somente se torna possível através do impulso gerado pela parte interessada que, mediante a exposição dos fatos constituintes do seu direito no petitório inicial, requer ao juízo que reconheça a procedência de suas alegações mediante um ato processual de caráter mandamental. Para tanto, não basta apenas formular alegações, sendo imprescindível que o autor leve ao tribunal a verdade dos fatos e as provas fundamentadoras do pedido.

Já dizia o juiz desembargador Casanova: “no processo civil a verdade deve ser demonstrada através da verdade. Não é lícito mentir”. Logo, a parte tem o ônus de alegar os fatos que concretizam seu direito, mas não qualquer tipo de fato, apenas os verdadeiros, sob

²³⁴PINHEIRO, 2010, pp. 190-193.

²³⁵No Brasil, tal como em Portugal, os alimentos provisórios podem ser requeridos no curso da ação de investigação de paternidade, passando a ser devidos a partir da citação (DINIZ, 2015, pp. 549-550).

²³⁶AMARAL, 2016, pp. 225-226.

²³⁷O pretense pai na ação de investigação ainda não é declarado pai jurídico, portanto, não pode ser considerado devedor de obrigação de prestação de alimentos. No entanto, para contornar a questão, o legislador dedicou um dispositivo legal específico para que o possível progenitor possa socorrer o investigante mediante a prestação de alimentos provisórios durante o decurso da ação (PINTO, 1995, p. 324).

pena de ser sancionado pela forma de comportamento no exercício de seu direito de ação²³⁸⁻
239.

O dever em aduzir fatos verdadeiros não se limita à narrativa fática, sendo obrigação da parte recorrer a meios probatórios idôneos, uma vez que se valer de qualquer ato reprovável produzido no intuito de obstar a descoberta da verdade – e, conseqüentemente, a justa composição do litígio – é passível de sofrer condenação por litigância de má-fé. Ou seja, “verdade na alegação, verdade na prova”²⁴⁰.

O direito à prova é uma garantia constitucional ligada à possibilidade de acesso ao poder judiciário para defesa dos interesses legalmente protegidos, segundo norma contida no art. 20º da CRP. Assim compreende-se, vez que pouco (ou nada) valeria salvaguardar a apreciação do poder judiciário, se não estiver englobado um direito de não só propor a ação, mas também de produzir as provas fundamentadoras do direito²⁴¹.

No âmbito das ações judiciais de investigação de filiação não poderia ser de forma diversa, sendo exigido um comportamento probante de ambas as partes, desde a alegação de fatos do autor e contra fatos pelo réu, até os meios de prova juntados e arguidos durante a cognição da lide. Invocando os sábios ensinamentos de *Calamadrei*, o processo é como um jogo pelo qual as regras não permitem trapaça processual²⁴².

Dos meios probatórios possíveis a serem levados ao tribunal, dentre as classificações doutrinárias existentes, importa-nos mencionar a distinção entre prova pessoal e prova real. Enquanto aquela configura-se como prova protagonizada por pessoas, bem como sobre os elementos que se retirem destas, tal como a colheita de amostras de sangue ou outras matérias para exame de ADN, as provas reais são provenientes de uma coisa, seja documento, objeto ou local destinado à inspeção²⁴³.

²³⁸CASANOVA, J. F. Salazar. Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares. In: *Direito e Justiça*, Vol. XVIII, Tomo I. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2004.p. 94.

²³⁹“A parte não pode alegar um facto contra a parte contrária, de cuja inveracidade tenha conhecimento ou de que esteja convencida; não pode impugnar uma alegação da parte contrária de cuja verdade tenha conhecimento ou de que esteja convencida. O dever visa, portanto, a verdade subjectiva, não a objectiva. É um dever de sinceridade” (JAUERNIG, 2002, p. 151).

²⁴⁰CASANOVA, 2004, p. 94.

²⁴¹JORGE, Nuno Lemos. Direito à Prova: Brevíssimo Roteiro Jurisprudencial. In: *Julgar*, n. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 99-100.

²⁴²Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 31 de março de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

²⁴³MORGADO, Pedro Trigo. *Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil*. Lisboa: Petrony, 2016, p. 28.

Portanto, a prova tem o papel de permitir a exteriorização da verdade ou, ao menos, deixar transparecer o que da realidade é possível, ao que se compreende como realidade as coisas e os fatos tal como são e a verdade como aquilo que destes pode ser descoberto²⁴⁴.

Da oitiva de uma testemunha sobre os fatos relacionados à demanda tem-se uma realidade relativa ou parcela do que se pode colher da realidade, pois o que se objetiva com a prova testemunhal é extrair a convicção da depoente sobre a verdade por meio da sua percepção sobre o que se passou. O mesmo raciocínio pode ser realizado nas provas documentais, na conclusão de uma perícia ou inspeção de um local. Portanto, a prova é a consequência do esforço empreendido pelas partes para demonstração de algo ao juiz que, por sua vez, valendo-se de sua experiência e empenho, declara a conclusão da realidade de seu convencimento²⁴⁵.

Tal enunciado permite-nos concluir que o tribunal profere o julgamento conforme sua própria convicção – valendo-se da percepção, do raciocínio e das regras de experiência do magistrado –, através de uma livre apreciação dos elementos probatórios levados pelas partes para que a realidade transpareça e a aplicação do justo direito possa ser adotada.

E é nesse ponto que o produto de toda cognição da lide se toca com o princípio da livre apreciação da prova, previsto no n.º 5, do art. 607º do CPC, que vem determinar que o juiz dever apreciar livremente as provas no termos de sua convicção sobre cada um dos fatos, exceto em relação aos fatos que a prova demanda exigência de especial formalidade, assim como aqueles que só podem ser provados por documentos ou que se encontrarem plenamente provados, seja por documentos, acordo ou confissão.

2.3.1 O Princípio da Livre Apreciação da Prova e a Prova Legal

A consagração do princípio da prova livre é um progresso conquistado ao longo dos anos, desde a revolução francesa, representando um modelo de livre apreciação pelo juiz em substituição a um sistema que valorava fatores meramente quantitativos para efeitos de convicção²⁴⁶.

O que nos remete à ideia de que, nos dias atuais, o testemunho de apenas uma

²⁴⁴RODRIGUES, Fernando Pereira. *Os Meios de Prova em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 15-16.

²⁴⁵RODRIGUES, 2016, p. 16.

²⁴⁶FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 197.

pessoa, ainda que ausente outros elementos de prova (como outras testemunhas), é o suficiente para que o juiz possa decidir de acordo com a sua convicção formada pela verossimilhança das declarações do solitário depoente²⁴⁷.

Deve-se apontar que o sistema de livre apreciação da prova não implica em admitir um modelo discricionário por parte do tribunal, representado pela figura do magistrado, conforme já chamava a atenção o professor Alberto dos Reis, pois, prova livre quer dizer aquela apreciada pelo juiz conforme sua experiência e ponderação, não estando adstrito a critérios rígidos de formalidade preestabelecidos²⁴⁸.

Inclusive, em sua obra, o saudoso doutrinador mencionava o exemplo do sistema da prova livre aplicado à ação de investigação de paternidade, afirmando que, se após apreciar livremente as provas constantes dos autos, “o tribunal adquiriu a convicção de que o investigante é filho do investigado, a decisão justa consiste em julgar procedente a ação; tem, por isso, o tribunal, não só o poder, mas o dever, de preparar este resultado”²⁴⁹.

Pelo modelo atual, fomentado pelas reformas de 1995/1996, passou a vigorar um sistema de livre apreciação da prova motivada (ou racional), onde o juiz deve justificar os motivos que ensejaram tal decisão. Logo, algumas provas não têm que ser seguidas estritamente pelo julgador, sendo oportuna a sua livre apreciação, como no caso das provas decorrentes do depoimento da parte, dos documentos sem requisitos formais, das provas periciais, das provas por inspeção judicial e das provas testemunhais²⁵⁰.

Assim sendo, por mais que se consagre um sistema livre de valoração da prova, as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas²⁵¹, oportunidade em que o magistrado irá fazer valer as máximas da experiência ou, como o direito inglês refere-se, *background knowledges*, para proferir o conteúdo decisório que envolve a demanda. Entretanto, deve-se pontuar que as máximas da experiência não se relacionam com a utilização de fatos do seu (eventual) conhecimento privado sobre as partes ou sobre o objeto

²⁴⁷RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 22-23.

²⁴⁸REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Volume IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 570.

²⁴⁹REIS, 2012, p. 570.

²⁵⁰Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 06 de junho de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

²⁵¹Didier Junior, Braga e Oliveira (2018, p. 70), ao comentarem sobre o sistema de valoração da prova no direito brasileiro, afirmam que o convencimento do juiz deve ser motivado, ou seja, é necessário que o órgão jurisdicional apresente as razões determinantes para que a prova tivesse o valor que lhe foi atribuído.

debatido em tribunal para proferir a decisão²⁵², vez que os conhecimentos do juiz obtidos fora do âmbito de suas atribuições não devem influenciar na entrega da prestação jurisdicional sob pena de se comprometer a imparcialidade do juiz²⁵³⁻²⁵⁴.

Pelo direito alemão, Jauernig explica que, segundo o ZPO, a apreciação de provas é livre, ao qual pode-se imaginar a possibilidade de o tribunal convencer-se mesmo sem produção de provas, cabendo à parte alegar elementos suficientes do fato para que a prestação jurisdicional seja assim entregue, uma vez que o juízo deve levar em consideração todo o julgamento. Não obstante, adverte que o magistrado deve indicar na sentença todos os motivos que levaram à conclusão daquela convicção, pois, um sistema de apreciação livre não deve conferir uma espécie de salvo-conduto para decisões arbitrárias²⁵⁵.

Lado outro, algumas provas devem ser apreciadas conforme critérios legalmente estabelecidos (prova legal)²⁵⁶⁻²⁵⁷, como ocorre com as presunções legais²⁵⁸, a confissão judicial escrita e os documentos autênticos, de modo que os meios de prova apresentados ao tribunal podem ter diferentes graus de eficiência, onde a lei dita ao juiz o valor da prova, ao qual se fala em prova bastante, plena ou pleníssima.

A prova bastante é aquela que “a lei não lhe atribui nenhum valor probatório especial”²⁵⁹, é apenas suficiente para convencer o magistrado, mas admite contraprova que invalida a prova apresentada, neutralizando seus efeitos por colocar dúvidas acerca da evidência. A prova plena, por sua vez, só pode ser contraditada por meio de prova do contrário, quando se demonstra não ser verdadeiro o fato objeto da prova apresentada, como

²⁵²Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 05 de maio de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

²⁵³“O juiz não pode decidir a causa com base em conhecimento pessoal e direto dos fatos discutidos em juízo. Seria utilizar ‘prova’ estranha ao processo obtida sem os mecanismos de controle e crítica das partes” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 928).

²⁵⁴A percepção do juiz, por ter presenciado o fato discutido na lide, pode ser relevante para a solução da controvérsia, motivo pelo qual pode até ser arrolado como testemunha, todavia, terá que se afastar do caso na qualidade de juiz, não sendo possível que o magistrado assuma papel simultâneo de depoente e julgador (MESQUITA, 2017, p. 87).

²⁵⁵JAUERNIG, 2002, pp. 266-267.

²⁵⁶“Há, todavia, algumas exceções ao princípio da livre apreciação da prova, que constituem como que justificados resíduos do sistema da prova legal.” (VARELA, João Antunes de Matos; BEZERRA, José Miguel; NORA, José Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 471).

²⁵⁷Para Theodoro Júnior (2017, p. 885), o critério legal de valoração da prova está totalmente superado, afirmando que este sistema “representa a supremacia do formalismo sobre o ideal da verdadeira justiça.” Devendo-se prevalecer o modelo da íntima convicção do juiz, sistema absoluto para a investigação da verdade e valoração do conteúdo probatório produzido no curso do processo.

²⁵⁸MORGADO, 2016. p. 29.

²⁵⁹*Ibid.*

o exemplo do documento de autoridade oficial que só pode ser ilidido por alegação de falsidade. Por fim, a prova pleníssima é aquela que não admite sequer prova do contrário²⁶⁰.

Ao abordar a prova tida como bastante, Freitas traz o exemplo das presunções de paternidade, em especial àquela decorrente do escrito do pretense pai, onde seu valor probatório pode ser cessado e a presunção ilidida caso sejam encontradas dúvidas notáveis sobre a filiação paterna²⁶¹.

Portanto, a procriação biológica pode ser provada pelos exames de sangue ou outros recursos cientificamente legitimados, ou através das presunções legais, ressalvando-se, ainda, o recurso às presunções judiciais.

2.3.2 Meios de prova em matéria de filiação

Nos termos da ação de investigação de paternidade prevista no art. 1869º e seguintes do CC, o interessado deve levar aos autos do processo as provas relacionadas ao direito alegado, podendo, desde já, se valer de alguma das presunções do art. 1.871º, n.º 1, do CC, ou provar o vínculo biológico.

Dos recursos que o autor da ação de investigação de paternidade tem para poder provar o direito alegado, deve-se destacar a forma indireta, que ocorre mediante a prova de alguma das situações fáticas elencadas nas presunções legais ou por meio da prova direta da procriação, aquela que decorre dos exames laboratoriais realizados nos envolvidos.

Conforme será abordado em tópico ulterior desta pesquisa, não parece ser permitida a condução coercitiva do réu ao Instituto de Medicina Legal para realizar exame hematológico (ou outros métodos comprovados) – ainda que haja posicionamentos neste sentido –, o que acaba por conferir à prova indireta relevante importância em uma averiguação judicial de paternidade.

A procriação biológica também poderá ser demonstrada de forma indireta, baseada nas regras da experiência, por meio das presunções naturais ou judiciais (art. 351º do CC), cabendo ao autor levar ao tribunal todas as provas que possam indiretamente garantir o direito pleiteado²⁶².

En passant, cabe ainda chamar atenção de algumas técnicas apontadas por Diniz,

²⁶⁰AMARAL, 2016, pp. 293-294.

²⁶¹FREITAS, 2013, p. 199.

²⁶²REGO, 2004, p. 782.

como o exame prosopográfico, que consiste em ampliar fotografia de investigador e investigado, “justapondo-se uma a outra, por cortes longitudinais e transversais, inserindo partes de uma na outra”, para fins de comparação de semelhanças físicas; e o exame do *DNA fingerprint* – impressão digital do ADN, de modo a visualizar virtualmente o material genético e compará-lo com pessoas diferentes para a identificação do código de ADN do indivíduo. Entretanto, por ausência de fiabilidade científica, tais técnicas não serão abordadas na presente pesquisa²⁶³.

2.3.2.1 As presunções legais de paternidade

Presunção é a “conclusão de um raciocínio silogístico”, ao qual presume-se a ocorrência de um fato mediante a prova de outro²⁶⁴. Antes de ser sentido ou percebido, compreende-se pela existência da coisa preexistente em um universo subjetivo e (ainda) não real.

Ou seja, a partir de um fato base, conhecido e provado – se notório, alegado ou aduzido –, através de uma conexão lógica, segundo critérios da razoabilidade, é possível deduzir de forma consistente a existência de um determinado fato que, embora não demonstrado por provas, a lei confere-lhe proteção e garante seus efeitos²⁶⁵.

Guasp & Aragoneses distinguem dois tipos de presunção: aquela decorrente da atividade do juiz ao analisar o caso concreto (presunções judiciais ou *hominis*), que não representa um conceito de prova propriamente dito; e as que são provenientes da manifestação da vontade do legislador em gerar regras jurídicas para serem adotadas em determinadas situações (presunções legais ou *iruris*)²⁶⁶.

Por presunção judicial, entende-se que o produto do raciocínio do magistrado

²⁶³DINIZ, 2015, pp. 556-557.

²⁶⁴Jauernig (2002, p. 276) afirma que as presunções legais “deduzem da verificação dum facto alheio à previsão normativa, a chamada base da presunção, a constatação dum facto próprio da previsão normativa – então presunção de facto – ou da existência ou inexistência dum direito – então presunção legal”.

²⁶⁵SERRANO, Agustín Luna. El concepto de presunción legal y las denominadas presunciones legales irregulares. In: LLUNCH, Xavier Abel; PICÓ Y JUNOY, Joan; GONZÁLEZ, Manuel Richard. *La Prueba Judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. Madrid: La Ley, 2011, p. 215.

²⁶⁶“Dentro de la figura general de la presunción, el derecho positivo abarca dos tipos diversos que en realidad son nociones distintas que conviene mantener alejadas: el de las presunciones establecidas por la ley, o presunciones *iruris*, y el de las presunciones formadas por el Juez, a iniciativa de las partes o no, o presunciones *hominis*. El primero de estos dos tipos no es, en realidad, un medio de prueba, sino un desplazamiento del objeto de la prueba; sólo el segundo responde verdaderamente al auténtico concepto de medio de prueba” (GUASP & ARAGONESES, 2005, p. 479).

baseia-se nas “máximas da experiência, no juízo de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana”²⁶⁷.

A presunção legal deve ser compreendida como regra jurídica que o magistrado deve aplicar ao caso concreto de forma a dispensar a prova do fato que ela conduz, todavia, pode ser afastada mediante prova em contrário – presunções *juris tantum* –, excetuadas as hipóteses em que não é admitida – como ocorre nas chamadas presunções *juris et de jure*²⁶⁸⁻²⁶⁹.

Segundo Chiovenda, a natureza das presunções legais nada mais é do que a determinação legal de que alguns fatos devem servir como direitos constitutivos, impeditivos ou extintivos, caso a parte contrária não logre êxito em afirmar e provar outros fatos que possam afastar tais presunções²⁷⁰.

Não é, portanto, uma prova privilegiada, mas também não é uma prova inferior ou de segunda categoria que, sozinha ou mediante combinação com outras, serve para formar a convicção do julgador gerando efeitos processuais²⁷¹, ressalvando-se que a apresentação de outras provas pode neutralizar o poder da presunção alegada (e provada).

Conforme já abordado durante a presente pesquisa, há presunções no âmbito da filiação, nomeadamente em relação às hipóteses criadas pelo legislador que, dependendo da prova levada pelo autor aos autos, garantem o *status* de presunção da paternidade do réu da ação de investigação.

Em virtude da dificuldade de produzir uma prova direta da procriação – frente à impossibilidade de se recorrer a meios coercitivos para realização do exame –, as presunções do n.º 1 do art. 1.871º do CC se constituem como um importante instrumento para se reconhecer a filiação, uma vez que, se o investigador fundamentar sua pretensão em uma das presunções e, evidentemente, prová-la, fica desonerado de fazer a prova direta da procriação²⁷², ressalvados os casos em que o réu consiga lograr êxito em sua produção

²⁶⁷RODRIGUES, 2016, p. 31.

²⁶⁸Ibid., p. 30.

²⁶⁹“Así se explica que, según el artículo 385 de la LEC, las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecido mediante admisión o prueba, lo que no impede, desde luego, que puedan destruirse por prueba en contrario, a cargo, naturalmente, de la parte adversa, excepto si la ley expresamente lo prohíbe, en la figura, que muy dudosamente puede calificarse como presunción, de lá presunción *iuris et de iure*” (GUASP & ARAGONESES, 2005, p. 382).

²⁷⁰CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 247

²⁷¹GUASP & ARAGONESES, 2005, p. 482.

²⁷²PINHEIRO, 2010, p. 181.

probatória para criar dúvidas sérias²⁷³ sobre a alegada paternidade.

Na falta de provas diretas de filiação, o direito espanhol também se vale do sistema de presunções legais no artículo 767.3 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, referindo-se a fatos que, quando comprovados, possibilitam uma conclusão sobre a paternidade alegada²⁷⁴.

Logo, a causa de pedir da ação pode ser fundamentada em uma – ou mais – das presunções elencadas pelo diploma legal civilista, cabendo ao autor alegar e provar aquela que se aproveita ao caso concreto.

Pela presunção da posse de estado, nos termos da alínea “a” do n.º 1 do art. 1.871º do CC, o autor deve alegar e provar o fato de que o pretense pai o tratava como filho e que esta era relação reconhecida por todos ao redor, mediante a narração fática de episódios que confirmem tais alegações, cabendo ao Tribunal ponderar os fatos apresentados são pertinentes em uma relação pai-filho.

A noção de posse de estado deve basear na prova dos três elementos clássicos: o *nomen* ou *nomatio*, quando a pessoa detém o nome paterno; o *tractus*, isto é, o tratamento compatível com a condição de filho; e a *fama* ou *reputatio*, representado pelo reconhecimento da filiação pela sociedade²⁷⁵.

O professor Alberto dos Reis afirmava que poderia ser notado tratamento compatível de progenitor pelo pretense pai, quando este, por gestos e atos, evidencia sua convicção de que aquele é seu filho. De igual forma, quando revela traços de cuidado, amparo, carinho e proteção em relação ao investigante, traduzindo-se em atos de assistência material e assistência afetiva. Pela reputação ao público, basta que este manifeste convicção de que a pessoa é filha do pai investigado²⁷⁶.

Oliveira & Coelho exemplificam que pode o autor não alegar a reputação de filho pelo réu, mas argumentar que o pretense pai fazia visitas ou recebia o investigante em sua casa; que telefonava para desejar felicitações nas épocas festivas; que oferecia presentes de aniversário ao autor e outras demonstrações de afeto semelhantes. De igual modo, ainda que não haja um reconhecimento público notório, pode-se alegar que vários familiares de ambos comumente mencionavam uma grande semelhança física e afirmavam que “o filho é a cara

²⁷³Por dúvidas sérias entende-se que são aquelas que “atinjam um grau não desprezível, que sejam poderosas, justificadas” (PINTO, 1995, p. 323).

²⁷⁴YAGÜE, 2011, p. 1.091.

²⁷⁵DINIZ, 2015, pp. 527-528.

²⁷⁶REIS, 1940, pp. 11-12.

do pai”²⁷⁷.

Cabe à parte interessada levar ao juízo o maior número possível de informações sobre a existência de uma relação de filiação e fazer a prova das alegações, seja por meio testemunhal, documental ou outro qualquer admitido em direito, sendo papel do tribunal avaliar o conteúdo probatório apresentado, de modo a considerar a incidência ou não da presunção do art. 1.871º, n.º 1, alínea “a”, do CC.

Sobre o grau de contato entre possível pai e filho, o STJ já se manifestou reconhecendo que, quando se tratar de filiação fora do casamento, é esperado que o tratamento dispensado pelo pretense pai não seja tão ostensivo se comparado com a situação do filho havido dentro da relação matrimonial, o que não implica no afastamento da presunção²⁷⁸.

Logo, a tarefa de reconhecer os fatos narrados pelo autor como integrantes do conceito da posse de estado é tarefa que demanda certo grau interpretativo por parte do magistrado, motivo pelo qual, por vezes, sua definição pode flutuar desde posições rigorosas até entendimentos mais flexíveis sobre o preenchimento dos elementos constituintes desta espécie de presunção²⁷⁹.

Quando a causa de pedir da ação se basear em documento do progenitor, deve-se ter a noção de que qualquer escrito serve para funcionar como presunção, não há exigência de um escrito formal reconhecido pelos órgãos públicos, uma vez que, se assim fosse, estaríamos frente a uma perfilhação.

A forma mais comum de se provar a filiação é por meio de carta assinada pelo pretense pai ou mesmo diante da ausência de assinatura no documento, que seja possível provar a autoria, seja por testemunhas ou por perícia grafotécnica, por exemplo. É importante anexar aos autos qualquer forma de declaração que faça referência à filiação, produzida ou não pelo o réu, que pode ser usada, como é o caso de um assento paroquial de batizado onde o pretense pai fez sua assinatura no campo correspondente ao progenitor²⁸⁰.

²⁷⁷OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 224.

²⁷⁸PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 08B2996*. Relator: Alberto Sobrinho. Lisboa, 23 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f0%2003fa814/95b25562bee2db32802574eb004691a6?OpenDocument>. Acesso em: 18 mai. 2018.

²⁷⁹PORTUGAL. Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra. *Processo n.º 648/15.9T8LMG.C1*. Relator: Fonte Ramos. Coimbra, 20 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b%2022802576c0005637dc/4c45349b1c34bce280258056004a7829?OpenDocument>. Acesso em: 18 mai. 2018.

²⁸⁰OLIVEIRA & COELHO, 2006. p. 227.

De igual modo, a prova levada à juízo pelo autor pode ser proveniente de páginas de um diário com o registro pessoal do nascimento de uma criança ou cartas trocadas pelos familiares com a menção da existência de um filho²⁸¹, bem como não se exige a originalidade do documento, sendo possível a juntada nos autos do processo de um documento fotocopiado²⁸².

Eventuais discussões acerca da forma que o autor obteve o escrito não são pertinentes ao caso em concreto²⁸³, contudo, deve-se levar em consideração que, a depender da forma que foi obtido – por exemplo, por meios ilícitos, como furto –, o valor probatório pode ser diminuído pelo juízo, não pelo documento que foi anexado aos autos, mas pela falta de idoneidade evidenciada pela parte autora²⁸⁴.

A outra presunção que pode ser alegada no petítório inicial relaciona-se com o período da concepção determinado pelo art. 1.798º do CC, pelo qual, se a mãe do filho tiver mantido convivência com o pretense pai durante o período legal da concepção, há fortes indícios de que a criança fruto da união é filho daquele que se requer o reconhecimento do vínculo.

Os fatos narrados podem revelar a existência de um relacionamento em condições análogas de cônjuges, pelo qual, inegavelmente, verifica-se um indicativo forte sobre a plausibilidade do pedido de filiação.

A relação pode ser reconhecida ainda que a progenitora e o pretense pai não tenham compartilhado o mesmo lar, como ocorre com o concubinato duradouro, convivência simples ou namoro, por exemplo, hipóteses em que o autor deverá formular provas acerca da vida sexual dos envolvidos²⁸⁵.

É evidente que qualquer prova de relação eventual ou esporádica durante o período legal da concepção pode ser suficiente para que a presunção seja constituída, todavia, encontrar-se-á maior dificuldade de prova se comparado com aquelas provenientes de relações duradouras.

Pela causa de pedir decorrente da presunção de havido sedução da mãe, o autor deve provar que esta ocorreu durante o período legal da concepção, estabelecido pelo art.

²⁸¹DINIZ, 2015, p. 527.

²⁸²PINTO, 1995, pp. 298-299.

²⁸³No entanto, se houver qualquer vício relativo ao escrito, o réu deverá alegar e provar, tal como ocorre em qualquer documento, para que o seu valor seja retirado (*Ibid.*, p. 299).

²⁸⁴OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 228.

²⁸⁵*Ibid.*

1.798º do CC.

É conveniente que a prova da sedução seja “complementada” por outra que ateste a ausência de relações sexuais com outro homem durante o período concepcional, como forma de conferir mais força probatória nas alegações.

A doutrina faz a distinção entre sedução simples e qualificada. Entende-se por simples a persuasão exercida pelo homem em relação a uma mulher menos experiente, antes compreendida como virgens e menores de 18 anos. A sedução qualificada foi elencada pelo legislador na parte final do dispositivo, onde contempla as hipóteses de promessa de casamento, abuso de confiança e abuso de autoridade.

Pela promessa de casamento, compreende-se o fato da relação sexual ter ocorrido em virtude das aspirações e sentimentos que a mulher mantinha em virtude do comportamento do pretenso pai²⁸⁶⁻²⁸⁷.

O abuso de confiança é aquele exercido pelo conquistador quando é beneficiado por alguma situação que lhe permita estar mais próximo da mulher do que outro homem, valendo-se da proximidade para convencer a realização do ato sexual. Oliveira & Coelho citam o típico exemplo do amigo da família que, frequentemente, está dentro do ambiente familiar da mulher, favorecendo desta condição para aliciá-la²⁸⁸.

O abuso de autoridade, por sua vez, é decorrente de uma relação de subordinação da mulher em relação ao pretenso pai, de modo que este se privilegia desta condição para obter a anuência necessária para a consumação do ato sexual.

A última presunção relaciona-se com a ocorrência de ato sexual entre o pretenso pai e a mãe do investigante durante o período da concepção definido pelo legislador.

É a presunção mais recente, tendo sido inserida no CC pela Lei n.º 21/98 e acabou

²⁸⁶A promessa de casamento, em um passado recente, era reconhecida como uma forma de sedução provocada pelo homem, sendo que, nos tempos modernos, tal acepção mostra-se ultrapassada em virtude da atual compreensão de que anseios femininos são tão iguais aos masculinos. *A priori*, o efeito da promessa de casamento pode ter impacto em peculiares casos que, certamente, representam pequena parcela. Se tomar por base a jurisprudência nacional, verifica-se que a maior parte das presunções de paternidade fundamentadas na sedução são datadas até meados da década de 70 do último século.

²⁸⁷“O conceito associado à acção de investigação de paternidade ilegítima assume duas significações distintas: a sedução com promessas de casamento e a sedução com abuso de autoridade. A distinção que é feita entre um conceito e o outro revela as concepções culturais da época, referentes aos modos como mulheres e homens se deviam relacionar sendo que a sedução com promessa de casamento apenas era provada em tribunal se a autora ou autor da acção conseguissem convencer o juiz de que, na época da concepção da(o) pretensa(o) filha(o), não havia qualquer impedimento ao casamento ente a mãe e o pretenso pai” (MACHADO, Helena Cristina Ferreira. *Moralizar para Identificar: Cenários da Investigação Judicial da Paternidade*. Porto: Edições Afrontamento, 2007, p. 149).

²⁸⁸OLIVEIRA & COELHO, 2006, pp. 230-231.

por acobertar as hipóteses das alíneas “c” e “d”, convivência e sedução, respectivamente, de maneira que torna-se desnecessário o esforço empregado na prova da existência de relacionamento ou o meio de sedução, bastando para presumir a paternidade, a prova da ocorrência de uma única relação sexual²⁸⁹. Todavia, reconhece-se que o preenchimento de mais de uma presunção legal pode trazer maior verossimilhança às alegações do autor e contribuir para o êxito da ação.

Vozes na doutrina entendem que as presunções das alíneas “a” e “d” são mais fortes do que a estipulada pela alínea “e” do n.º 1 do art. 1.871º do CC, pois, se naquelas vislumbram-se grande probabilidade do réu ser o progenitor do investigante, no caso da alínea “e” há uma mera possibilidade da filiação ser real²⁹⁰.

Talvez seja esta a hipótese mais frágil de presunções legais do CC, pois a pessoa pode ter diversos parceiros sexuais durante o (longo) período legal da concepção e a presunção poderia ser considerada em relação a qualquer um (ou todos) dos envolvidos sexualmente com a mãe da criança, gerando uma situação de litisconsórcio passivo na ação de investigação de paternidade – se considerarmos esta possibilidade processualmente válida –, conforme discussão já antes levantada nesta pesquisa.

Nesse diapasão, se há mais de um pretense pai, cabe o questionamento: como imputar a presunção de paternidade a mais de um réu? E se nenhum deles lograr êxito em ilidir a presunção mediante prova em contrário?

Ainda, em relação à defesa do réu para provar que a alegação não procede e colocar dúvidas no magistrado para que seja afastada a presunção de paternidade, haveria de se considerar certa dificuldade na realização desta prova em contrário, podendo ser compreendida como uma espécie de prova diabólica, vez que, se a relação sexual ocorreu em apenas uma única oportunidade e sendo este um ato praticado, geralmente, na intimidade de duas pessoas, não se vislumbra muitas oportunidades reais de defesa ao pretense pai.

Por essa razão, para possibilitar alternativas para que o réu possa ilidir a presunção de paternidade da alínea “e” do n.º 1 do art. 1.871º do CC, a jurisprudência vem fazendo uma interpretação restritiva²⁹¹ de uma decisão do STJ de 21 de junho de 1983, relatado por

²⁸⁹*Ibid.*, p. 234.

²⁹⁰*Ibid.*, pp. 232-235.

²⁹¹“Sabendo-se, no entanto, que à data do assento de 1983 do STJ, o art. 1871 do CC, na redacção anterior a 1998, não tinha prevista a situação daquela alínea, já se percebe porque é que, até lá, a jurisprudência entendeu que não bastava o autor provar a existência de relações sexuais durante o período legal da concepção, tendo também de alegar e provar a exclusividade das relações (excepto quando se provasse directamente o vínculo

Figueiredo²⁹², que determinou que, diante da ausência de presunção legal, caberia ao autor fazer a prova de que a progenitora, durante o período legal de concepção, só com o investigado manteve relações de sexo.

Pelo exercício de tal interpretação restritiva, conforme a jurisprudência majoritária, basta o autor provar a existência de relações sexuais entre a progenitora e o pretense pai, não sendo exigida ao autor prova de exclusividade das relações. Caberia ao réu, para ilidir a presunção, prova que a mãe teve relações sexuais com outros homens durante o mesmo período.

No mesmo sentido, Pinheiro vem afirmar que *exceptio plurium concubentium* é ônus probatório que cabe ao réu para criar dúvidas acerca da paternidade do investigado, todavia, mesmo se lograr êxito na prova de que a mãe teve relação sexual com outros homens, a ação ainda poderá proceder, caso o investigador consiga, de alguma forma, afastar a paternidade daqueles outros homens (além do réu) que a progenitora manteve relação sexual²⁹³.

Considerando a nova forma de se enxergar o direito processual civil, nomeadamente pela promulgação do novo código e suas modernas diretrizes, o magistrado deixa de ser um mero espectador da demanda, para atuar ativamente no processo para fins de alcançar a descoberta da verdade e, conseqüentemente, a justa composição do litígio. Logo, revela-se possível apresentar um novo viés sobre o entendimento de que a prova para afastar a exclusividade de relações sexuais da progenitora é ônus do réu, de modo que o juiz pode (e deve) utilizar métodos de avaliação do comportamento sexual e moral da mãe²⁹⁴⁻²⁹⁵,

biológico através de exames de sangue). [...] Ou seja, o assento do STJ dizia que não era necessário provar a exclusividade quando houvesse uma presunção legal de paternidade, sendo que na altura não existia a presunção da paternidade do art. 1871/1-e do CC, pelo que não bastava a prova da existência de relações sexuais, pois que destas não decorria uma presunção. Teria, por isso, de se exigir, também, a prova da exclusividade. Para evitar isso, a alínea (e) foi acrescentada. Ou seja, para que a existência de relações sexuais bastasse para preencher a presunção de paternidade, tornando desnecessária a prova da exclusividade pelo autor. Agora, é o réu que terá de alegar e provar – como uma das vias de ilisão da presunção da paternidade, a existência de relações sexuais da mãe com outros homens” (PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n.º 514/13.2TVLSB-2. Relator: Pedro Martins. Lisboa, 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/52f4d43612cceb80258225005410e4?OpenDocument&Highlight=0,514%2F13.2TVLSB-2>. Acesso em: 27 mai. 2018).

²⁹²PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 069813. Relator: Joaquim Figueiredo. Lisboa, 21 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa81%204/f4c5353859de253f802568fc0039aa93?OpenDocument&Highlight=0,069813>. Acesso em: 06 mai. 2018.

²⁹³PINHEIRO, 2010, pp. 183-184.

²⁹⁴COSTA, 2012, p. 100.

²⁹⁵De acordo com um estudo de casos relatado por *Susana Costa*, em sua obra sobre a presente temática, verificou-se que, perante análise do tribunal, a condição de prostituição mãe “parece não merecer credibilidade

bem como proceder inquirições sobre o tipo de relacionamento havido com o réu, situações que devem ser sopesadas na sentença, especialmente quando a questão da paternidade tenha que ser julgada conforme as presunções judiciais e naturais do juízo, valendo-se da ponderação e regras das experiências.

2.3.2.2 Prova direta de filiação

Nos termos do art. 1.801º do CC, nas ações de investigação de paternidade, os exames de sangue e outros métodos cientificamente comprovados são admitidos como meios de prova²⁹⁶.

O referido dispositivo foi inserido pela reforma de 1977 e, embora muitos possam pensar que a previsão foi repetitiva e desnecessária, vez que meios técnicos para as provas periciais já eram largamente utilizados antes de tal inserção, o legislador fez questão de destacar expressamente sua utilização para fins de estabelecimento de paternidade, o que revela, certamente, uma mostra de prestígio e confiança dentro do ordenamento jurídico português²⁹⁷.

Se, por um lado, a clássica perícia forense busca averiguar se determinado vestígio, cuja autoria é questionada, pode ser ou não considerado idêntico a outro, como ocorre com as impressões digitais no Direito Penal, no campo da investigação de paternidade existe apenas uma marca ou vestígio (o código genético do filho) que é analisado probabilisticamente para se concluir se a constituição genética do filho foi gerada pela paternidade do réu²⁹⁸.

É evidente que, nos dias atuais, o exame de ADN (ácido desoxirribonucleico) é o meio mais eficaz para fazer prova direta da filiação, motivo pelo qual a presente pesquisa

aos olhos da lei por ter mantido relações sexuais a troco de dinheiro ou por se ter relacionado sexualmente com vários parceiros”, de modo a interferir significativamente nas decisões judiciais sobre pontos importantes no processo, como fatos provados ou não provados, presunções legais e judiciais e recurso à prova direta de filiação (*Ibid.*, p. 110).

²⁹⁶Nos termos do art. 2º-A da Lei n.º 8.560/92, incluído pela Lei n.º 12.004/09, nas ações de investigação de filiação, o direito brasileiro admite como prova da realidade fática todos os meios legais, assim como os moralmente legítimos.

²⁹⁷OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. A Lei e o Laboratório: Observações acerca das provas periciais da filiação. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 03.

²⁹⁸ALVES, Cíntia; AMORIM, Antônio. Genética: uma introdução à sua aplicação na investigação de parentescos. In: MACHADO, Helena Cristina Ferreira; SILVA, Susana (org.). *Testes de paternidade: Ciência, ética e sociedade*. Vila Nova de Famalicão: Humus, 2012, p. 14.

vai se pautar apenas por este método científico.

Com o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos exames desse gênero, sobretudo na década de 1990, o método presta relevante auxílio à justiça, possibilitando que verdade jurídica e verdade biológica se coincidam, bem como contribui para a celeridade do processo e redução de um espaço de incertezas que, em outros tempos, pairava sobre a decisão da investigação de paternidade que, na maioria das vezes, eram sentenciadas com base em depoimentos testemunhais pouco críveis ou conclusões provenientes de meras impressões do julgador²⁹⁹.

Nos dias atuais, a prestação jurisdicional com a prolação da sentença pelo tribunal é fruto de um trabalho de cooperação entre diversos profissionais. Se antes o reconhecimento da paternidade em uma ação judicial se dava pela atividade desenvolvida pelos operadores do direito, partes e testemunhas arroladas, com o advento das técnicas científicas para elucidação da verdade, profissionais de outras áreas estranhas ao direito passaram a participar de forma significativa do processo investigativo da filiação.

Em Portugal, a matéria relacionada à base de dados de ADN é prevista por alguns diplomas legais, como a Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro (última versão conferida pela Lei n.º 90/2017 de 22 de agosto), Portaria n.º 270/2009, de 17 de março e Portaria n.º 175/2011, de 28 de abril, além da Deliberação n.º 3191/2008, de 03 de dezembro.

A razão de se elevar o exame de ADN ao patamar de prova direta fiável da filiação decorre do fato de que cada ser humano é fruto da união de dois gametas, o óvulo materno somado ao espermatozoide paterno, resultando na criação do zigoto que, por sua vez, origina bilhões de células formadoras do organismo humano: “Cada um dos gametas possui um número haploide de cromossomos (n), enquanto as outras células do organismo, as células somáticas, tem um número diploide de cromossomas ($2n$)”³⁰⁰.

Quando há a união dos gametas de ambos os sexos, a informação genética proveniente deles fica registrada em cada célula do novo organismo, concluindo-se pela possibilidade de deduzir a ascendência genética com base na análise da célula do investigante e dos progenitores³⁰¹.

²⁹⁹COSTA, 2012, p. 99.

³⁰⁰MAGALHÃES, Teresa; PINHEIRO, Maria de Fátima; RANGEL, Rui. *Noções gerais sobre outras ciências forenses*. Porto: Faculdade de Medicina do Porto, 2003/2004. Disponível em: <http://medicina.med.up.pt/legal/NocoosGeraiisCF.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

³⁰¹“A medicina legal dispõe, actualmente, de uma nova tecnologia que se baseia na variabilidade dos ácidos nucleicos das células, polimorfismos do DNA, cuja importância fundamental reside no facto de se estudar a

Logo, a investigação de paternidade traduz-se na análise da herança genética que a criança herdou do pai e da mãe. Ao identificar o patrimônio genético da progenitora nas células do filho, conclui-se que as características genéticas restantes deverão ser do pretense pai, motivo pelo qual o exame é realizado. Se o código genético do filho tiver características do patrimônio genético do investigado, será ele considerado progenitor com alta probabilidade, caso contrário, ou seja, na ausência de características genéticas do réu, a paternidade deverá ser descartada³⁰².

A escala de *Hummel* é o método probabilístico utilizado para traduzir o resultado e a confiança do exame de ADN. Nos termos da tabela, quando o resultado alcançado for igual ou superior a 99,73%, considera-se a paternidade como praticamente provada; quando a porcentagem obtida for de 99% até 99,73%, a paternidade é tida como altamente provável; se a conclusão for entre 95% a 99%, muito provável será a paternidade; se o quociente for de 90% a 95%, ainda assim, a paternidade será provável. No entanto, se o resultado obtido for de 10% a 90%, considera-se o resultado como irrelevante para fins de estabelecimento de paternidade.

Se partirmos para um avaliação feita por pessoas leigas, um resultado de 89% poderia ser um fato consideravelmente provável, todavia, deve-se evitar a sobrevalorização da escala resultante do exame de ADN para fins de investigação de filiação, pois, o resultado parte de premissas científicas, sendo que o critério utilizado para aferir a paternidade é muito diferente daquele resultante de probabilidades de estudos sobre fatos cotidianos e rotineiros³⁰³.

O exame pode ser feito a partir da zaragatoa bucal, unha ou fio de cabelo dos envolvidos, além da análise sanguínea, o que se traduz em um método pouco ou nada invasivo³⁰⁴, não imprimindo, *a priori*, qualquer incômodo ou ofensa à vida privada e aos

individualidade biológica directamente do código genético, ao contrário das proteínas, cuja caracterização depende da sua expressão em tecidos e fluídos biológicos. É para notar que o DNA está presente em todas as células nucleadas do organismo humano (DNA nuclear) e que esse DNA é, basicamente, idêntico em todas as células do mesmo indivíduo. Têm sido desenvolvidos métodos de extracção do DNA que permitem, por exemplo, separar DNA de células espermáticas (suspeito) das células vaginais (vítima), em casos de agressão sexual, em que o perito dispõe do exsudato vaginal da vítima ou de manchas existentes em peças de vestuário” (*Ibid.*).

³⁰²*Ibid.*

³⁰³OLIVEIRA, 1989, p. 11.

³⁰⁴“Ora, é notório o valor probatório, em acções de investigação de paternidade, dos exames de sangue ou outros menos invasivos, designadamente através da recolha do ADN colhido em saliva, cabelo ou unhas, cujos resultados – saliente-se – tanto podem ser favoráveis ao A. como ao R., pretense progenitor” (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 8928/11.6TBOER.L2.S1*. Relator: Paulo de Sá. Lisboa,

demais direitos da personalidade do investigado.

É nesse sentido que se assentam vários julgados nos tribunais portugueses, de modo a não considerar ofensa suficientemente apta para se rejeitar a submissão do teste pelos envolvidos, nomeadamente pelos direitos conflitantes em cenário que envolve direitos da personalidade de filho e progenitor³⁰⁵.

A questão da recusa na realização do exame e as consequências deste ato serão abordadas posteriormente, oportunidade em que analisar-se-á se a conduta deve ser compreendida como legítima frente aos princípios norteadores do direito processual civil moderno.

No tangente à eficácia do exame da ADN para averiguação de paternidade, tende-se a não duvidar deste, de acordo com Costa, ao comentar os resultados de uma pesquisa realizada em 123 processos judiciais que envolviam a investigação da paternidade, entre fevereiro de 2001 e outubro de 2008, em um Tribunal de Família e Menores no norte de Portugal, concluiu-se que, em mais de 97% dos casos analisados, os pais declararam não ter dúvidas sobre o resultado do exame, demonstrando desconfiança sobre a fidelidade da mãe, mas não a respeito do teste de ADN³⁰⁶.

No mesmo sentido, os tribunais portugueses conferem plena eficácia ao resultado de tal meio de prova biológica, admitindo que os exames de ADN “são os que com maior fiabilidade próxima da certeza tornam possível estabelecer que determinado indivíduo procede biologicamente de outro”³⁰⁷.

Silva pondera que, além do exame de ADN se mostrar a forma mais segura e confiável de se conferir a paternidade, há uma questão de economia processual e financeira, pois evita que a ação perdure ao longo dos anos e o custo com a realização do exame é menos oneroso do que proceder à audição de múltiplas testemunhas que visarão provar, umas, que

17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/678e64c696408e4680257fb6004ef015?OpenDocument>. Acesso em: 29 maio 2018.).

³⁰⁵“Até porque o pretendido exame de ADN é realizado mediante o recurso ao método de zaragatoa bucal, assim não sendo sequer intrusivo ou ofensivo da integridade física do R- ou do A., ou da mãe deste, podendo, no limite, entender-se que a sujeição ao exame poderá causar algum incómodo, não merecedor de tutela jurídica, pelo menos quando confrontado com o Direito fundamental do A. previsto no art. 26º. n.º 1 da CRP atrás citado” (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 13262/14.7T8LSB-A.L1.S1*. Relator: Oliveira Vasconcelos. Lisboa, 02 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dbb52f22d081c6cc80257fc7002fdfa5?OpenDocument&Highlight=0,13262%2F14.7T8LSB-A.L1.S1>. Acesso em: 29 mai. 2018).

³⁰⁶COSTA, 2012, p. 99.

³⁰⁷PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 69/09.2TBMUR.P1.S1*. Relator: Serra Baptista. Lisboa, 24 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa%20814/efdc506e1362c14180257a090037dd45?OpenDocument>. Acesso em: 29 maio 2018.

a filiação deve ser reconhecida, outras, que assim não é³⁰⁸⁻³⁰⁹.

Portanto, a importância do referido exame é reconhecida internacionalmente, sendo considerado como meio de prova altamente fiável³¹⁰, permitindo a solução dos mais complexos casos relacionados à averiguação judicial de paternidade, notadamente quando pai e mãe já faleceram, bem como prestam elementar auxílio nas investigações criminais, como ocorre nas hipóteses de aborto e infanticídio³¹¹.

2.3.3 Breves comentários acerca da prova ilícita em matéria de filiação

Neste ponto, propõe-se uma discussão curiosa sobre a possibilidade de utilização de prova ilícita em processos relacionados à investigação da paternidade de determinado réu, motivo pelo qual pretende-se, de forma brevíssima, explorar alguns conceitos no tocante à prova ilícita, assim como princípios e conflitos de direitos aplicáveis.

No presente tópico, não será tratada a questão da execução coercitiva do pretenso pai ao exame de ADN pelo juízo em uma ação de investigação, por mais que, para alguns doutrinadores, possa ser compreendido como meio de prova ilícito o ato ordenado pelo juiz para obrigar o réu a submeter-se ao teste. A controvérsia será tratada no capítulo destinado à recusa na colaboração da realização da prova direta de filiação, limitando-se o presente item na abordagem das provas ilícitas produzidas ou utilizadas pelas partes da ação investigatória.

Imagine a hipótese de uma ação de investigação de paternidade que o réu se recusa a comparecer ao Instituto Médico Legal para fazer o exame de ADN: será que seria lícito apropriar-se de um fio de cabelo ou um fragmento de unha (encontrado no chão, por exemplo) do pretenso pai e proceder um exame particular para, posteriormente, juntá-lo ao processo como prova direta da paternidade?

De igual modo, seria possível valer-se de provas pré-constituídas como uma interceptação telefônica clandestina ou mesmo pegar sem autorização um escrito de diário

³⁰⁸SILVA, 2002.

³⁰⁹Dias (2015, pp. 451-452) chama a atenção ao elevado custo do exame de ADN no Brasil, em especial, quando a parte não obtém o benefício de litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita, fato que, em alguns casos, pode levar a impossibilidade de produção da prova.

³¹⁰Lôbo (2011, p. 266) manifesta dúvidas quanto à confiança do resultado dos testes de ADN, ao citar notícia que afirma ser possível falsificar evidência de ADN mediante a fabricação de amostras de sangue e saliva contendo material genético de uma pessoa diferente do doador do código genético.

³¹¹MAGALHÃES; PINHEIRO; RANGEL, 2003/2004.

(ou talvez uma carta) onde o réu confessa ter convicção da paternidade e, posteriormente ingressar com a ação de investigação baseando-se nesta causa de pedir para obter os benefícios da presunção do art. 1.871º, n.º 1, do CC?

É engano pensar que tais projeções são meramente hipotéticas e servem de valia apenas ao campo doutrinário, vez que, recentemente, esteve em voga pelos jornais portugueses e espanhóis a notícia de utilização de prova clandestina para prova de possível paternidade do cantor espanhol Julio Iglesias.

Consoante tais publicações, diante da resistência do cantor em realizar o exame biológico de paternidade – ignorando-se o fato de que a conduta deveria ser analisada pelo tribunal como falta de colaboração processual e que consequências legais careciam de aplicação –, o investigador contratou um detetive particular que, secretamente, recolheu 15 objetos utilizados pelo filho do demandante, Júlio José Iglesias, e deixados em um local público, como lixo, guardanapos, pastilhas e latas de refrigerante que carregavam o material genético. Após isso, procedeu um exame particular de ADN e, ao obter conclusão de que a possibilidade de paternidade do cantor era próxima a absoluta, levou a prova ao tribunal alegando ser proveniente do código genético do investigado. Todavia, ainda não há informações sobre como o órgão da justiça espanhola competente para apreciar o caso irá se posicionar sobre a utilização da referida prova, nem mesmo se o código genético de um outro filho do cantor pode ser utilizado como meio válido para comprovação da paternidade alegada³¹².

Portanto, são situações absolutamente possíveis de discussão no tribunal, o que merece a presente abordagem sobre a legalidade da utilização de tais meios de prova no âmbito das ações de investigação de paternidade.

Pela distinção de Casanova, a prova ilícita distingue-se da prova ilegal³¹³, vez que esta desrespeita ordens de sua natureza e aquela é produzida através da violação de direitos fundamentais. Como exemplo de prova ilícita, pode-se imaginar um exame hematológico ordenado pelo tribunal de forma coercitiva, valendo-se de força para a sua realização. Pela prova ilegal, seria a hipótese de um exame de sangue realizado sem que a parte pudesse

³¹²SILVEIRA, Ana Filipe. “*Filho secreto*” de Julio Iglesias apresentou provas falsas em tribunal. *Jornal de Notícias*, Portugal, 2018 [on-line]. Disponível em: <https://www.jn.pt/pessoas/in/interior/filho-secreto-de-julio-iglesias-apresentou-provas-falsas-em-tribunal-9054762.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.

³¹³ A doutrina italiana trabalha com a noção de prova ilícita quando há violação de deveres de ordem substancial e prova ilegítima, quando resulta na inobservância de normas processuais (ALEXANDRE, Isabel. *Provas Ilícitas em Processo Civil*. Coimbra, Almedina, 1998, p. 19).

requerer uma contraprova do primeiro³¹⁴.

Há quem entenda que a nomenclatura e a distinção entre provas que violam direito material e direito processual pouco contribuem para o estudo que se propõe, uma vez que, *a priori*, ambas são consideradas proibidas no processo³¹⁵⁻³¹⁶.

Independente da denominação utilizada, cumpre-se abordar de forma sintetizada o aproveitamento de provas desta natureza na ação de investigação de paternidade, notadamente em relação às hipóteses formuladas no início do presente do tópico.

Portanto, pelo conceito de prova ilícita, pode-se compreender como aquela que viola o conteúdo normativo em um dos três momentos: na obtenção da prova, na produção da prova e/ou na valoração da prova³¹⁷.

De acordo com Alexandre, a ilicitude da prova comporta quatro hipóteses: as provas pré-constituídas por meio legítimo, mas foram ilicitamente obtidas (furto e roubo, por exemplo); as provas pré-constituídas por meio legítimo ou não, mas a sua utilização no processo é ilegal (é o caso do diário e da gravação de voz); as fundadas em ilicitude na formação da prova, pelo qual a obtenção é realizada por meio de violência, coação e maus-tratos (confissão extrajudicial é um exemplo desta ilicitude); e as provas obtidas por meio de ilícita captação, cuja produção da prova só é possível mediante a comissão de ato ilícito (como ocorre na testemunha que ingressa no domicílio do réu para testemunhar determinado fato)³¹⁸.

Em relação à admissibilidade de tais provas no âmbito das ações investigativas de filiação³¹⁹, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre a temática aplicada ao direito processual civil.

O primeiro argumento relaciona-se com o objetivo supremo do processo, representado pelo interesse da coletividade que os fatos sejam esclarecidos como via de acesso à verdade, vez que, através dela, aumenta-se a probabilidade de se obter a almejada decisão justa.

³¹⁴CASANOVA, 2004, p. 99.

³¹⁵Morgado (2016, p. 78) não concorda com a distinção terminológica apresentada por *Casanova*, pois os termos de prova ilegal e ilícita são geralmente utilizados como sinônimos em processo, entretanto, admite que a prova ilícita pode ser diferenciada entre aquelas que violam direitos fundamentais e as que ofendem os demais direitos.

³¹⁶DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 112.

³¹⁷CASANOVA, 2004, p. 99.

³¹⁸ALEXANDRE, 1998, pp. 25-26.

³¹⁹Seguindo o modelo de argumentação proposto por Morgado (2016, pp. 127-142) em sua obra ao discorrer sobre a admissibilidade da prova ilícita em processo civil.

Nesse ínterim, deveria ser considerada uma questão de interesse público que teria a prevalência em relação a possíveis normas materiais e processuais violadas com a exibição da prova, sobretudo por estar em discussão o direito em ser reconhecido como filho de um provável pai identificado.

Sob a ótica da busca pela verdade material, é natural que os argumentos sejam no sentido de se admitir a prova ilícita no processo civil como meio de prover ao juízo material probatório suficiente para formar a convicção do magistrado e promover a justa composição do litígio – fundamentos utilizados pela corrente liberal para concluir pela irrelevância da ilicitude material frente à relevância do seu papel na descoberta da verdade³²⁰⁻³²¹.

Entretanto, há um componente de desconfiança quanto à forma de obtenção e/ou utilização da prova que não se pode desprezar, nomeadamente se a análise partir do prisma da lealdade processual que se espera das partes.

Além do mais, sob a justificativa de se promover a verdade, pode-se desviar de uma solução justa, vez que interesses legítimos poderiam ser menosprezados, designadamente aqueles ligados à personalidade, quando se coloca em causa a divulgação de conteúdo da vida privada e intimidade daquele que sofreu com a prova, sendo este o entendimento que se compatibiliza com a corrente restritiva, cujo defensores são: Isabel Alexandre, Lebre de Freitas e Teixeira de Sousa³²².

Outro argumento pertinente refere-se ao princípio da boa-fé, diretriz que decorre de um dever de cooperação das partes perante o tribunal, de modo que os atores da relação processual devem atuar de forma honesta, proba e leal, tanto para a concretização do sentido positivo (*facere*), quanto para evitar a prática de situações de essência negativa (*non facere*)³²³.

A questão da boa-fé que toca a prova ilícita pode, em princípio, somar como argumento contrário ou favorável a quem se vale desse meio de prova. Se, por um lado, o

³²⁰Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 06 de junho de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

³²¹Pelo direito inglês, Casanova (2004, p. 103) afirma que, na verdade, o que importa é saber se o meio de prova é relevante, não sendo de preocupação do tribunal a forma que o a prova foi obtida.

³²²Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 06 de junho de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

³²³Classificação entre sentidos de positivo e negativo elaborada pelo professor Mesquita (Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 21 de abril de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal).

autor evidencia um comportamento prejudicial aos direitos da personalidade da parte adversa quando faz uso da prova ilícita, por outro, há certa falta no dever de alegar a verdade da parte ré – e, às vezes, de cooperação em negar a realização espontânea do exame hematológico ou de outro meio científico reconhecido –, que provocou a necessidade da produção da prova ilegal³²⁴.

Outro interesse que se manifesta prejudicado com a admissão de prova ilícita refere-se ao princípio da legalidade, garantia que deve ser zelada pelo julgador para rejeitar qualquer forma de ofensa aos dispositivos materiais e procedimentais que ditam a cognição da lide, sob pena de infringir a paridade de armas dentro de um processo.

Para *Arenhart & Marinoni*, após uma distinção entre as provas decorrentes da prática de ilícito para a sua produção e as provas em “cujo procedimento houve uma ilicitude”, afirmam que a prova não pode ser sanada quando for gerada mediante atos manifestamente ilícitos (v.g. obtenção da prova por meio de coação), mas coloca em aberto a possibilidade de saneamento quando a prova constitui o ponto final de um procedimento em que houve uma ilicitude, situação que deverá ser sopesada pelo magistrado. Ou seja, nesta em que a prova não “constitui o resultado do ilícito, mas sim o resultado do procedimento em que ocorreu um ilícito”, é possível que seja sanada, desde que não haja violação de regra de direito processual fundamental não essencial (v.g. direito ao contraditório e a defesa), hipótese em que o juiz deverá aplicar os critérios da proporcionalidade para valorar ou não tal meio de prova³²⁵.

Também merece destaque o conflito de interesses entre a parte que produz a prova ilícita e o polo *ex adverso* que suporta o prejuízo de sua matéria de defesa (ou ataque) frente a sua produção em uma ação de investigação de paternidade.

Diante da colisão de direitos de tal magnitude, o caminho para o encontro da solução passa pela ponderação do juiz, de modo a harmonizar os interesses conflitantes, evitando que um se sobreponha ao outro de modo a aniquilá-lo. Portanto, a admissibilidade da prova ilícita no processo civil vai sempre passar por uma reflexão do juízo quanto aos ônus e danos daquela utilização.

Durante o desenvolvimento desta pesquisa foi densamente apresentado o direito ao conhecimento das origens genéticas, da mesma maneira que fundamentado como garantia

³²⁴MORGADO, 2016, p. 133.

³²⁵ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção*: De acordo com o CPC de 2015 (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

em nível constitucional resultante da correlação entre o direito à identidade pessoal – no sentido da historicidade pessoal – e o princípio da dignidade da pessoa humana, não restando dúvidas quanto à importância e a relevância da descoberta da verdade genética para cada ser humano. Não se tratando apenas de questão de foro íntimo ou emocional, mas como forma de exercer os cuidados paliativos e repressivos da saúde ao conhecer a real consistência genética e propensividade a enfermidades.

Em oposição, denota-se a necessária proteção ao direito à reserva da intimidade e da vida privada, garantia suprema dos direitos da personalidade, garantias intrínsecas à esfera de proteção de cada ser humano.

A situação da prova ilícita quando se tem a colisão de interesses máximos da ordem jurídica deve ser solucionada por meio da proporcionalidade, quando apenas o julgador poderá ponderar os direitos conflitantes frente ao caso concreto. Portanto, cabe ao juiz, analisar o direito material pleiteado pelo autor através da ação e o direito material do ofendido com a utilização da prova ilícita³²⁶. Considerada como uma tese intermediária da admissibilidade das provas ilícitas no processo civil, a corrente doutrinal e jurisprudencialista conta com renomados processualistas, como Barbosa Moreira, Marinoni³²⁷, Didier Junior³²⁸, Nery, João Abrantes e Morgado³²⁹.

Pelo entendimento jurisprudencial e a solução através da proporcionalidade, pode-se citar, a título de exemplo, um acórdão do TRE em que se discutiu a utilização de gravação não consentida de uma reunião que faziam parte autor, réu e duas testemunhas inquiridas

³²⁶É necessário fazer uma distinção entre as provas absolutamente inadmissíveis das provas relativamente inadmissíveis, pelo qual aquela refere-se à obtenção do meio probatório através de formas totalmente repugnantes, como tortura, coação, violência física ou moral e demais deste gênero (CASANOVA, 2004, p. 125).

³²⁷ Embora defenda a tese intermediária, entende que algumas provas não são admissíveis em virtude da forma em que foram produzidas: “A prova não pode ser sanada quando a ilicitude é a sua causa. A prova somente pode ser sanada quando constitui o ponto final de um procedimento em que houve uma ilicitude. Nessa linha, é possível dizer que a prova que resulta da violação de um direito material não pode ser sanada, não acontecendo o mesmo com a prova em cujo procedimento ocorreu um ilícito. Porém, isso não significa que todas as provas que não constituam resultados de ilícitos sejam sanáveis. A prova produzida com violação do direito processual – ou melhor, que não constitui o resultado do ilícito, mas sim o resultado do procedimento em que ocorreu um ilícito – pode ser sanada somente nas hipóteses em que a regra violada não é essencial à proteção de um direito fundamental processual –, assim como os direitos ao contraditório e à defesa” (ARENHART; MARINONI, 2015).

³²⁸“Quando se está diante de um conflito de normas jusfundamentais (direito à prova versus direito à vedação da prova ilícita), a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo, isto é, à luz da proporcionalidade” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 115).

³²⁹ Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 06 de junho de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

nos autos. Na decisão, embora salientando que o meio de prova utilizado buscava a descoberta da verdade, o tribunal acentuou que o acesso ao judiciário e a produção de provas no processo civil não significa a admissibilidade de qualquer meio de prova, notadamente quando há a violação de direitos da personalidade. Logo, o acórdão ponderou os interesses conflitantes e sublinhou que havia outras formas de provar o alegado sem que houvesse o sacrifício do direito alheio, como a possibilidade do depoimento das testemunhas presentes na reunião para revelar o que ali havia ocorrido³³⁰.

Tomando por base tais argumentos, nota-se que há uma considerável vantagem do direito ao conhecimento das origens genéticas frente ao embate com o direito à reserva da vida privada diante de uma ação de filiação.

Todavia, a resposta não é conclusiva, carecendo-se de analisar o ponto mais importante da presente argumentação, relacionado à existência ou não de meio alternativo para solução do caso concreto.

A última paragem desta brevíssima análise ocupa-se na consideração da real necessidade de violação do ornamento jurídico para garantia da prova do ato constitutivo do direito eventualmente lesado com a produção da prova ilícita.

Cabe o seguinte questionamento: será que admitir uma prova de filiação – ou presunção legal deste gênero – é a única forma de garantir o direito do investigante, ou há alternativas a serem equacionadas para garantir a investigação do filho sem violar os direitos do pretense pai? Se houver possibilidade de se provar o direito alegado por outras formas, a prova ilícita se reveste de antijuridicidade, cuja rejeição do aproveitamento da evidência é ato de justiça frente ao princípio da legalidade.

Fazendo uma analogia com a posição externada por Morgado³³¹ ao comentar o caráter ilícito da ordem judicial que determina ao pretense pai a realização coercitiva do exame de ADN, pode-se compreender que a captação sigilosa e secreta de material genético do réu (por exemplo, cabelo, unha ou saliva) para posterior análise em um laboratório particular de forma extraprocessual e às custas da parte adversa, torna-se prova ilícita se ao processo for juntada pela violação à integridade moral, dignidade da pessoa humana e a reserva da intimidade da vida privada do pretense pai, ressalvando-se, ainda, o direito à

³³⁰PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. *Processo n.º 8346/16.OT8STB-B.EI*. Relator: Mário Coelho. Évora, 11 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2%20802579bf005f080b/f1f1a6efdce317398025812400566ed9?OpenDocument>. Acesso em: 03 jun. 2018.

³³¹MORGADO, 2016, p. 165.

reparação pecuniária a depender do grau de ofensa.

Ainda que se possa recorrer ao argumento de *res derelictae*, vez que ninguém poderia invocar qualquer proteção em razão do uso de algo que o próprio abandonou, o raciocínio não pode ser diferente, pois o bem detém informações do código genético de um ser humano – não podendo ser compreendido como uma simples coisa, tal como uma camisa, um livro ou um relógio –, e, para o direito, vale não pelo que é, mas pelo direito que carrega consigo.

Ademais, o teste de ADN não é a única forma de se obter a paternidade pretendida judicialmente, vez que a recusa ao exame médico gera consequências processuais ao réu, impondo-lhe um ônus de prova de difícil produção para que tenha êxito em escapar da paternidade inadmitida. Raciocínio idêntico foi realizado no julgado supracitado, em que o TRE entendeu ser possível a realização de outro meio de prova e com efeito semelhante sem, contudo, violar os direitos fundamentais do réu.

Portanto, não faz sentido violar direitos de ordem constitucional do réu, uma vez que o direito ao conhecimento das origens genéticas do filho pode ser alcançado por via alternativa, de modo que inadmitir uma prova ilícita desta categoria é uma forma de harmonizar todos os direitos e interesses conflitantes sem perder o objetivo principal do processo, a justa composição do litígio.

O mesmo argumento pode ser utilizado em relação à prova pré-constituída, mas obtida por meios ilícitos, quando se pretende fundamentar a ação de investigação de paternidade em uma das presunções de paternidade do art. 1.871º do CC, como se indagou a respeito das páginas de um diário³³² arrancadas clandestinamente ou a apropriação indevida de uma carta redigida a terceiro.

De fato, salientou-se, neste trabalho, que a forma que o autor da investigação judicial teve acesso à prova é irrelevante, bastando a autenticidade do documento apresentado. Porém, ousamos discordar deste ponto de vista, pois, além de evidenciar falta de boa-fé, lealdade e trapaça no “jogo processual” – como diria Calamandrei –, a forma de provar o que se pretende não é única, sendo possível valer-se de outras presunções como àquela da alínea “e” do n.º 1 do art. 1.871º do CC – relacionada com a mera produção de

³³²No entendimento de Isabel Alexandre (1998, p. 280), o conteúdo de um diário nem sempre representa a verdade, por isso não faz sentido admitir sua utilização como prova em um processo sob o fundamento de interesse na descoberta da verdade, contudo, sublinha que a admissão de tais provas pode ser considerada como ofensa ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

prova da relação sexual durante o período da concepção –, vez que é relativamente simples o êxito na prova desta hipótese.

Além disso, se falhar no êxito da prova da relação sexual entre progenitora e pretense pai, ainda restará ingressar com a ação pela causa de pedir decorrente da própria procriação, de modo que o direito ao conhecimento às origens genéticas não sofrerá considerável prejuízo com a inadmissão da prova ilícita.

Portanto, em matéria de investigação de paternidade, a prova ilícita se mostra desnecessária e altamente prejudicial se tomarmos o caminho da sua utilização, uma vez que há alternativas para se buscar a verdade e concretização da justa composição do litígio.

2.4 O ônus da prova

Por força do princípio da instrução por iniciativa das partes, cada parte tem o dever de garantir os fatos fundamentadores da sentença, bem como os meios de prova a serem utilizados, assumindo exclusivamente a responsabilidade pela insuficiência no seu papel probatório³³³.

O primeiro passo que as partes devem cumprir em uma ação judicial é o *onus allegandi*, de modo a apresentar todos os fatos relacionados com o objeto da lide para que o juiz tenha conhecimento e possa julgar pela procedência ou improcedência do feito, a depender da posição dentro da relação processual que a parte se encontre³³⁴.

O ônus da alegação revela sua crucial importância apenas quando os articulados não forem bem elaborados como forma de fundamentar a ação, pois a insuficiência da alegação pode fadar o insucesso da lide. Nessa conformidade, o ônus da alegação e da prova coincidem em princípio³³⁵.

Assim, não basta apenas a apresentação dos fatos que suportam a pretensão alegada, uma vez que, conexo ao ônus da alegação, encontra-se o *onus probandi*, elemento essencial para que o julgador forme sua convicção sobre o objeto do pleito.

Segundo o diploma civilista em vigor, no art. 342º, n.º 1, a parte interessada deve alegar e provar os fatos constitutivos do seu direito. Por outro lado, aquele que tem contra si

³³³JAUERNIG, 2002, p. 136.

³³⁴RODRIGUES, 2016, p. 33.

³³⁵JAUERNIG, 2002, p. 272.

uma pretensão jurisdicional deverá fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, de acordo com o n.º 2 do referido preceito legal³³⁶.

É bem verdade que é reconhecido um poder instrutório do juiz, incumbindo a este realizar ou ordenar, ainda que de ofício, as diligências necessárias para o conhecimento da verdade³³⁷, nos termos do art. 411º do CPC, sendo possível compreender que, ao juiz, também a iniciativa da prova³³⁸.

No que pese os poderes instrutórios do juiz, é certo que, via regra geral, o autor deve buscar convencer o magistrado dos fatos que sustentam seu direito, enquanto o réu deve negar os articulados do autor ou tentar demonstrar a existência de outros fatos que possam impedir, modificar ou extinguir a pretensão do autor. Logo, quando se confere a uma das partes o ônus de prova, a esta incumbe o papel de demonstrar ao juízo determinado fato, pois, se isto não se suceder, o litígio será julgado em seu desfavor³³⁹.

Para Arenhart & Marinoni, a regra do ônus da prova não se dirige apenas ao julgador, revelando-se importante para as próprias partes, a fim de que tenha ciência que ao autor incumbe a prova dos fatos sobre o direito alegado e ao réu recai o ônus de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos³⁴⁰.

Aplicando-se o ônus probatório às ações de filiação, inexistente pelo CC uma norma

³³⁶A regra geral estabelecida pelo art. 342º do CC comporta exceções, situação em que alguns casos especiais podem alterar o ônus probatório nos termos do art. 343º a seguir transcrito: “nas ações de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga”; “nas ações que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo ter já decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei”; ou “se o direito invocado pelo autor estiver sujeito a condição suspensiva ou a termo inicial, cabe-lhe a prova de que a condição se verificou ou o termo se venceu; se o direito estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, cabe ao réu provar a verificação da condição ou o vencimento do prazo”. Na verdade, em tais situações, a posição processual das partes é inversa à posição substancial, por isso o encargo da produção da prova deve ser alterado, vez que, em alguns casos, é o réu que tem possibilidades de provar aquilo que não se encontra dentro da esfera de acesso probatório (ou conhecimento de causa) do autor (AMARAL, 2016, p. 308).

³³⁷Sobre o papel do juiz na busca da verdade, Peyrano assim analisa: “*El juez civil, entonces, en el marco de un proceso contencioso con contradictorio y con prueba ofrecida y producida no debe ser un investigador de la verdad en cualquier caso, sino un facilitador de la producción de la prueba propuesta, de su conservación y de su aprovechamiento pleno; y, excepcionalmente, un promotor de la obtención de aquélla mediante el despacho de pruebas oficiosas. Así, al fallar, quizás todavía abrigue dudas acerca de si descubrió la verdad, pero habrá cumplido con su real misión acotada pero excelsa: aproximarse a la verdad limitada y selectivamente*” (PEYRANO, Jorge W. *El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil*. Disponível em: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/eljuezy laverdad.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018).

³³⁸Lemos Jorge (2007, pp. 62-64) discute se a promoção de diligências probatórias por parte do magistrado poderia ser compreendida como um poder-dever do juiz, pelo qual o referido doutrinador parece ter razão em concluir que a expressão da letra legal “incumbe” traz consigo a noção da existência de um dever para promoção da verdade e a justa composição do litígio.

³³⁹AMARAL, 2016. p. 305-306.

³⁴⁰ARENHART & MARINONI, 2015.

que diga que “o filho deve provar que foi gerado pelo pretense pai”³⁴¹, no entanto, certo é que cabe ao interessado fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito, cabendo demonstrar, por meio de provas, os fatos instrumentais e causa de pedir, que poderá ser biológica, decorrente do fato da procriação originada pelo zigoto formado entre a união do espermatozoide do pai com óvulo da mãe, ou baseada em uma ou mais presunções do n.º 1 do art. 1871º do CC.

Em um primeiro lugar, compete ao filho fazer a prova da identidade – ou seja, alegar e provar os fatos dos quais resulta a lógica conclusão de que aquele que pretende o reconhecimento paterno é o mesmo que nasceu da progenitora –, se assim lhe for solicitado, bem como promover os meios probatórios necessários para imputar ao réu a paternidade, seja por meio do recurso da prova direta ou pela prova indireta como ocorre na maioria dos casos³⁴².

De acordo com o que já foi exposto na presente pesquisa em tópicos anteriores, se a prova direta da filiação é alcançada com um exame de ADN, método mais seguro e fiável – adotado não apenas pelos tribunais portugueses, como nos demais ao redor do mundo –, a prova indireta da filiação decorre da demonstração probatória das hipóteses elencadas como as presunções legais de filiação.

Por fim, em matéria de provas, de acordo com a forma mais moderna de se pensar o processo civil, carece dizer que ao juiz não é reconhecido apenas pelos poderes instrutórios de sua atividade, cabendo-lhe exercer um poder de direção e gestão do processo, de modo a dialogar com as partes, mencionando quais pontos devem ser provados e determinando o que espera ver provado de cada uma delas, em certa semelhança com o *case management do* direito inglês e o *materielle Prozessleitung* do direito alemão³⁴³⁻³⁴⁴.

2.4.1 Teoria dinâmica do ônus da prova

A lógica clássica do ônus da prova procura estabelecer que o autor deve formular alegações e prová-las para que o poder judiciário possa conferir-lhe a prestação jurisdicional, cabendo ao réu desconstituir o direito subjetivo autoral por outras provas.

³⁴¹PINTO, 1995, p. 316.

³⁴²*Ibid.*, p. 317.

³⁴³MESQUITA, 2015, pp. 85-91.

³⁴⁴GERALDES, António Abrantes. *Temas da nova reforma do Processo Civil. In: Revista Julgar*, n.º 16. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Pela concepção contemporânea, o ônus da prova deve ser distribuído e não imposto somente às custas de uma das partes. A ideia da distribuição do ônus da prova visa estabelecer quem será o responsável por provar determinado fato, ou seja, qual parte deverá correr o risco de não conseguir lograr êxito na prova.

No decurso da história do dogma do ônus da prova, denotam-se grandes transformações desde as concepções da Lei Justiniana, que determinava a prova por parte de quem reivindicou a existência de um fato como base para a sua ação. Posteriormente, pela teoria chioveniana, a distribuição do ônus da prova dependia da natureza dos fatos alegados por autor e réu, ao qual caberia ao polo ativo a prova dos fatos constitutivos da sua pretensão e, ao requerido, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos³⁴⁵.

Como se denota nas supracitadas teorias, o ônus probatório é idealizado de acordo com a posição processual – polo ativo ou polo passivo – e com a natureza do fato carecedor de prova, todavia, representam um modelo ultrapassado e possibilitam o fracasso do meio probatório em vários casos.

Nessa esteira, surgiram teorias modernas, superando ultrapassadas concepções com o intuito de melhor distribuir o ônus da prova de forma pelo qual deve-se destacar a *Normentheorie*, de Leo Rosenberg, que consiste na ideia de que “cada uma das partes suporta o ônus da prova dos pressupostos de facto da norma jurídica que lhe é favorável”, ou seja, as partes devem provar os fatos que pressupõem à aplicação da norma que fundamenta a sua pretensão, de forma que é irrelevante a posição de autor ou réu dentro da relação processual³⁴⁶.

À propósito, pelo direito alemão não há uma regra específica sobre a distribuição do ônus da prova, mas o sistema probatório se baseia na teoria da *Normentheorie* que faz com que o autor seja responsável apenas por provar os pressupostos da aplicação da norma e ao réu, caberia a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos³⁴⁷.

Portanto, ainda no intuito de afastar de concepções ortodoxas em matéria de distribuição do ônus da prova, deve-se mencionar a *Doctrina de las Cargas Probatorias Dinamicas*, defendida por Peyrano, um dos principais juristas responsáveis pela sua difusão³⁴⁸.

³⁴⁵PEYRANO, 2013, p. 960-961.

³⁴⁶JAUERNIG, 2002, p. 274.

³⁴⁷ARENHART & MARINONI, 2015.

³⁴⁸O CPC/BR consagrou a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz e fez aperfeiçoamentos na teoria das cargas probatórias dinâmicas desenvolvida na Argentina, conforme observa Fredie Didier Jr. em sua obra.

O processualista argentino observou que, em certas situações, o tradicional ônus probatório que leva em consideração a posição processual da parte e a natureza fática era deficiente, de modo a ocasionar o fracasso da atividade probatória pela insuficiência de prova sobre o fato alegado³⁴⁹.

É de conhecimento geral que o juiz não pode se abster de julgar sob o argumento de falta de provas. Deverá julgar pela procedência ou improcedência da ação. Tomando como exemplo a hipotética situação levantada por Varela em uma ação de investigação de paternidade em que, após o término da instrução, o tribunal permanece com sérias dúvidas acerca da real filiação, não é possível levantar o argumento de falta de provas para se abster do julgamento, devendo declarar a paternidade ou não do réu³⁵⁰⁻³⁵¹.

Logo, imprimiu esforços para a difusão de uma teoria para a distribuição dinâmica do ônus da prova, que basicamente constitui-se na análise do magistrado para fazer com que a carga probatória recaia sobre aquela parte que, pelas circunstâncias do caso – seja autor ou réu –, se encontre em melhores condições para efetuar a prova. Ou seja, o ônus probatório deve ser incumbência da parte que provém melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova pretendida.

Denota-se, portanto, o rompimento de normas rígidas de distribuição do ônus da prova, tornando-as mais dinâmicas e flexíveis, de maneira que possam se adaptar às circunstâncias do caso em concreto.

É inegável que, em alguns casos, a adoção da teoria representa a única forma de promover a justa composição do litígio, vez que há litigantes que devem ser reconhecidos como hipossuficientes, de modo a reconhecer-se uma disparidade de armas processuais, sendo medida justa equilibrar o confronto, permitindo que desigualdades existenciais não se tornem barreiras intransponíveis para a descoberta da verdade.

Peyrano afirma que o deslocamento do ônus probatório relaciona-se com apenas determinados fatos ou circunstâncias e não em relação a todo material probatório, de modo que sua admissão acarreta uma parcial transferência do *onus probandi*, conservando na outra parte certos esforços probatórios, uma vez que o autor continua com um papel transcendental

(DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018. p. 147).

³⁴⁹ PEYRANO, 2013, p. 970.

³⁵⁰ AVARELA; BEZERRA; NORA, 1985, p. 447.

³⁵¹ O exemplo citado pelo saudoso jurista pode ser contornado nos dias atuais, reconhecendo-se a possibilidade do juiz convocar as partes para dizer o que pretende ver provado por cada uma delas ou, oficiosamente, determinar diligências com objetivo de promover a descoberta da verdade.

na descoberta verdade, devendo fornecer as evidências que estão no seu alcance³⁵²⁻³⁵³.

O ideal é que a dinamização do ônus da prova ocorra na audiência preliminar, como afirma Mitidiero sob a perspectiva do direito brasileiro, no entanto, nada impede que a decisão de distribuição do encargo probatório ocorra em momento posterior, sobretudo com o advento de situação fáticas supervenientes e determinantes à descoberta da verdade que, antes, não eram conhecidas pelo juízo³⁵⁴.

Pela superficial análise do art. 342º do CC, verifica-se que o legislador português prendeu-se às teorias que estabelecem o ônus da prova de acordo com a posição processual, ao qual, pelo n.º 1 deste dispositivo, compete ao autor a prova das alegações de seu direito e, ao réu, conforme o n.º 2, provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito subjetivo autoral.

Todavia, não é correto afirmar que o todo o sistema de provas no direito português opera de tal maneira, uma vez que, pela análise dos arts. 343º e 344º do diploma legal civil, verifica-se que o legislador promoveu uma distribuição do ônus da prova, fugindo à regra tradicional e ortodoxa.

De acordo com o art. 343º, denota-se que o réu deve provar os fatos do direito alegado pelo autor e, pelo dispositivo seguinte, verificam-se as hipóteses de inversão do ônus da prova, como ocorre nas presunções legais, dispensa ou liberação legal do ônus e quando a parte der causa a impossibilidade da realização da prova.

Ao correlacionar o presente tema com as ações de investigação de filiação, pode-se perceber que o legislador não se limitou à aplicação da regra básica do ônus da prova, vez que não é exigido ao autor fazer prova direta da filiação, já que esta é impossível de ser produzida isoladamente por esta parte.

Partindo da premissa de que o exame de ADN é o único método fiável da prova de filiação e a técnica exige a colheita de material genético de filho e pretense pai, logo, a realização da prova só é possível através de uma ação positiva do réu, cuja negatória impossibilita a realização do exame, incorrendo no instituto da inversão do ônus da prova –

³⁵²PEYRANO, 2013, pp. 970-973.

³⁵³Peyrano (*Ibid.*, pp. 972-973) exemplifica quem na responsabilidade médica por negligência – mesmo reconhecendo melhores condições da parte ré em produzir as provas que permitem investigar a verdade –, o autor deve ao menos promover a prova da prestação médica, do dano sofrido e do nexa causal.

³⁵⁴MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/29621>. Acesso em: 25 jun. 2018.

como será adiante apreciado – que, pela sua essência, representa uma forma de distribuição do *onus probandi*.

Por outra via, se a causa de pedir for indireta e versar sobre as presunções de paternidade, incorrerá o réu em produzir prova contrária ao fato base (que ensejou a presunção) alegado e provado pelo autor, o que irá ocasionar na inversão do ônus da prova.

2.4.2 A inversão do ônus da prova

Em determinadas situações, o legislador inverte o ônus da prova, “impondo a demonstração da realidade de um fato à parte que dela estaria desonerada” de acordo com a regra geral do ônus probatório³⁵⁵. Trata-se de situações excepcionais estabelecidas pela lei, seja por melhor condição de produção da prova ou até resultante de conduta culposa de uma das partes.

De acordo com Jauernig, o princípio fundamental da repartição do ônus probatório, em alguns casos, gera uma atribuição ineficiente da responsabilidade da prova, motivo pelo qual a jurisprudência desenvolveu as regras judiciais de inversão do ônus, transferindo para a outra parte a responsabilidade da prova que, em tese, não seria originariamente sua. Como exemplo no direito alemão, o doutrinador cita algumas hipóteses de aplicabilidade da inversão: “o malogro da prova intencional ou negligente provocado pela parte não onerada com a prova é sancionado pelo BGH muitas vezes pela inversão do ônus da prova”, bem como a responsabilidade do fabricante que “deve alegar e provar que o defeito não resulta, nem da violação dum dever, nem é culposo”³⁵⁶.

Pelo direito brasileiro, há diversas circunstâncias de inversão do ônus probatório, ao qual destaca-se a sua relevante aplicabilidade nas ações consumeristas – tal como ocorre no direito alemão acima destacado –, em virtude de identificar-se certa hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor ou fabricante, situação em que o CDC/BR faculta que o magistrado aplique a regra ao caso concreto.

Nessas e nas demais hipóteses de aplicação da inversão do ônus da prova, o demandante se desobriga de provar o fato alegado, cabendo ao réu demonstrar que o enredo fático não ocorreu. Por isso, como afirma Didier Junior, a inversão *ope legis* configura-se

³⁵⁵VARELA; BEZERRA; NORA, 1985, p. 447.

³⁵⁶JAUERNIG, 2002, p. 277.

em um caso de presunção legal relativa³⁵⁷.

Logo, ao analisar o presente tema sob a perspectiva do ordenamento português, as hipóteses que fomentam a inversão estão presentes no art. 344º do CC, compreendendo-se aquelas situações onde haja uma presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova.

Além dessas, o mesmo ônus deverá recair àquele que tiver tornado impossível a realização da prova ou, ainda, quando a lei assim dispuser, como ocorre na recusa da realização do teste de ADN pelo pretense pai.

Como será abordado no capítulo posterior, quando se dá tal impossibilidade de realização da prova biológica de paternidade pela recusa do réu em se submeter ao exame, considera-se preenchida a hipótese de inversão do ônus probatório estabelecida pelo n.º 2 art. 344º do CC.

No mesmo sentido, a falta de cooperação para descoberta da verdade nos termos do n.º 2 do art. 417º do CPC acarreta em igual consequência, motivo pelo qual revela-se importante destinar estudo específico à inversão do ônus probatório aplicada ao tema da ação de investigação de paternidade.

3 A RECUSA DO EXAME DE PROVA DIRETA DE FILIAÇÃO

Com efeito, há diversas formas de se provar a paternidade em uma ação de investigação, basta observar o notável valor que as presunções do n.º 1 do art. 1.871º do CC prestam ao campo processual civil aplicado ao direito da filiação.

Não obstante, a prova da procriação só pode ser alcançada por meio da realização de exames científicos, como os exames hematológicos e demais métodos que a lei confere credibilidade, o que nos remete à conclusão da essencialidade em abordar a recusa à submissão aos testes médico-laboratoriais quando a paternidade de determinada pessoa é colocada em discussão em um processo dessa natureza.

Quando o reconhecimento da paternidade não é algo que convém ao pretense pai – situação não incomum nos tribunais portugueses e, de um modo geral, ao redor do mundo – denota-se a imposição de barreiras para obstruir a descoberta da verdade que poderá impor ao réu, uma obrigação compulsória de admitir a paternidade e assumir os compromissos materiais (e afetivos, se assim se entender) que a perfilhação impõe.

³⁵⁷DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 133.

Deve-se considerar que nem sempre a recusa na realização de um exame de ADN constitui-se em artifício processual para retardar ou impedir estabelecimento de filiação, fato que se discute a existência de recusas legítimas e ilegítimas na colaboração do processo investigatório da filiação.

Ainda que na maioria dos casos seja possível verificar a arguição de interesses legítimos para justificar reais intenções ilegítimas, há de se considerar hipóteses em que a fundamentação (e a prova) da recusa se reveste de licitude, conforme determina o n.º 3 do art. 417º do CPC, nomeadamente em relação à ofensa da integridade física e moral da pessoa.

Um exemplo de recusa que pode ser legítima relaciona-se com o réu que sofre de algum tipo de enfermidade ou moléstia que gera a incapacidade de procriar, nomeadamente quando a disfunção era preexistente na época do período concepcional da mãe, sendo possível que o tribunal recorra às peritagens médicas para estimar a data inicial do transtorno e o grau da alegada esterilidade para concluir pela impossibilidade ou não da procriação³⁵⁸. Logo, se for constatada a incapacidade daquele réu ser o pai natural do interessado, não se justifica a sujeição ao exame, devendo ser considerada legítima a recusa.

De igual forma, deve-se compreender por legítima a alegação de dificuldade de comparecer ao Instituto Médico Legal para fazer exame quando o réu for portador de alguma incapacidade motora, seja em razão da idade ou de doença preexistente, sendo possível que o tribunal adote meio para contornar os obstáculos para a produção da prova – em razão da cooperação em sentido formal, preconizada pelo n.º 4, do art. 7º, do CPC –, de forma a agendar data e hora para que a colheita do material genético ocorra no local em que se encontrar o réu, conforme a jurisprudência já assim decidiu³⁵⁹.

É importante salientar que a recusa gera um dever de fundamentação à parte, de modo que alegações genéricas não podem embasar a pretensão, uma vez que a decisão pela legitimidade da recusa ou não deverá ser extraída pela análise de critérios de ponderação

³⁵⁸PINTO, 1995, pp. 327-329.

³⁵⁹“Em acção de investigação de paternidade, importando efectuar a recolha de material biológico para os pertinentes testes científicos, e não tendo o Réu manifestado a sua recusa, invocando, apenas, dificuldades derivadas da sua idade e do seu estado de saúde (pretensa depressão nervosa com inadaptação social e insónias) e que teriam contribuído para a não comparência a diligência/exame a efectuar no respectivo Gabinete Médico-Legal, nenhum reparo merece o despacho que determinou que o ‘novo exame’ deveria ser efectuado ‘no lar onde se encontra o Réu’ ou ‘no local onde este se encontrar’” (PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 256/12.TBAVZ-A.CI*. Relator: Fonte Ramos. Coimbra, 14 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/3C54B7E902890B728025801F0047A1DE>. Acesso em: 18 jul. 2018.).

pelo magistrado³⁶⁰.

Assim sendo, de acordo com o exposto sobre os métodos atuais de colheita de material de genético, denota-se que a subordinação ao exame não demanda sacrifícios corpóreos, pois, a simples análise da saliva através da zaragatoa bucal é suficiente para revelar a probabilidade da paternidade do réu, situação que faz perder força qualquer justificativa acerca da legitimidade recusa, ainda que a plausividade das alegações possa assim fazer concluir.

Dentre as defesas frequentemente invocadas nas ações investigatórias de filiação, encontra-se uma suposta violação do direito à intimidade, ao bom nome e a reputação, bem como os direitos de constituir uma família e de contrair casamento³⁶¹.

Pela fundamento de violação ao direito à intimidade, deve-se reconhecer que o fornecimento de dados de conteúdo genético poderia revelar informações de caráter privado do seu titular, como propensão a doenças ou enfermidades já contraídas (como é o caso das doenças sexualmente transmissíveis), ainda que a publicidade se faça restrita ao âmbito processual por força do segredo de justiça que a causa envolveria. Contudo, há interesses maiores em causa, cuja ponderação do tribunal deve ser eficiente para que não ocorra violações gratuitas e desnecessárias aos direitos fundamentais dos envolvidos.

Em relação a demais justificativas, forçoso admitir que, com a realização de um simples exame de sangue (situação que pode ainda ser contornada com meios alternativos e seguros de obtenção do código genético), possa se extrair violação ao direito de constituir uma família ou de contrair matrimônio, assim como o direito ao bom nome e reputação, conforme já entendeu a jurisprudência³⁶², vez que nem através de uma dedução com larga

³⁶⁰PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto. Processo n.º 4047/08.0TBMTS.P1. Relator: José Igreja Matos. Porto, 02 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802%20568d9005cd5bb/26fd1d94eed47d9b80257bdd00314c7b?OpenDocument>. Acesso em: 12 jul. 2018.

³⁶¹No que se relaciona à colheita de material genético do cadáver para fins de exames de ADN, a depender da forma que é feito o exame, não se vislumbra violação aos direitos da personalidade, nomeadamente em relação ao respeito pelo cadáver, conforme verifica-se no seguinte julgado: “Na realização da colheita do material biológico do cadáver para a realização de testes de ADN, ordenada pela autoridade judicial competente que a considerar necessária e levada a efeito nos termos legais e tecnicamente previstos, não existe qualquer violação de direitos, designadamente violação do respeito devido ao cadáver, pelo que não se coloca juridicamente a questão de colisão de direitos” (PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n.º 10708/09.0T2SNT.L1-6. Relator: Maria de Deus Correia. Lisboa, 29 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c01bff3737d2d9af80257d58003279ca?OpenDocument>. Acesso em: 12 jun. 2018).

³⁶²PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n.º 1586-13.5TBCTX-A.L1-2. Relator: Maria José Mouro. Lisboa, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/%2033182fc732316039802565fa00497eec/bd713e697f8182a480257e620037d89f?OpenDocument>. Acesso em: 11 jun. 2018.

criatividade indica-se um ponto de interligação entre o ato de realizar o exame e os alegados danos aos direitos fundamentais.

De igual efeito, há quem sustente que a realização do exame médico para averiguação judicial da paternidade impõe carga psicológica e social de vexame, fundamento que não merece legitimidade, como bem observado pelo Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) em situação que envolvia a supracitada alegação, de modo que o deslocamento ao local para a realização do teste não poderia considerar como situação vexatória, salientando que o real problema não era quanto ao meio de produção do exame, mas em relação ao resultado advindo deste³⁶³.

Outro argumento frequentemente utilizado refere-se a uma possível ofensa ao direito à liberdade do réu nos termos do art. 27º da CRP, uma vez que, no dia designado para a realização do exame, o pretense pai não poderia fazer o que quer ou ir onde deseja, pois deveria comparecer ao Instituto Médico Legal.

No que pese o argumento de restrição à liberdade, Silva parece ter razão em não admitir como legítima a recusa de colaboração do réu na realização do exame de ADN, pois, na proteção abrangida pelo dispositivo constitucional acima mencionado, não é contemplada qualquer limitação ao direito à liberdade quanto ao ato de ser acompanhado ao Instituto Médico Legal para realizar um teste de curta duração e em hora marcada. De resto, o n.º 2 do art. 18º da Magna Carta prevê a possibilidade de restrição de direitos fundamentais quando for necessário para salvaguardar outros de idêntico valor³⁶⁴.

Em circunstância semelhante, relacionada ao deslocamento do réu à Portugal para a realização do exame de paternidade quando este tinha residência na Síria, o TRL se valeu da ponderação do interesses supostamente conflitantes e entendeu que o sacrifício pessoal do réu não seria arbitrário ou gratuito, “configurando-se proporcional à vantagem para a descoberta da verdade biológica, *máxime face* ao direito do autor ao conhecimento das suas origens genéticas”³⁶⁵.

Por fim, em relação aos que entendem pela admissibilidade da recusa na realização

³⁶³PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n.º 562/2002.C1. Relator: Teles Pereira. Coimbra, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/fe01ed05ee6647d380257249005a4c9c?OpenDocument&Highlight=0,562%2F2002.C1>. Acesso em: 11 jun. 2018.

³⁶⁴SILVA, 2002, 595.

³⁶⁵PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n.º 8928/11.6TBOER.L2-1. Relator: Manuel Marques. Lisboa, 22 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc7323%2016039802565fa00497eec/82c96c63921713f980257ed8004b6f40?OpenDocument>. Acesso em: 11 jun. 2018.

dos exames de ADN sob o argumento de violação à integridade física do réu, nos termos do art. 27º da CRP e da possível legitimidade da recusa segundo o n.º 3 do art. 417º do CPC, percebe-se que melhor sorte não os socorre.

Invocado a se manifestar em situação que envolvia o referido direito, o TC se posicionou no sentido da inexistência de violação à integridade física, valendo-se de argumentos que merecem destaque³⁶⁶.

Nessa esteira, o Tribunal Constitucional espanhol já se manifestou que a realização de exame biológico na investigação de paternidade não viola os direitos constitucionais, como é o caso da integridade física e intimidade, reconhecidas nos arts. 15 e 18 da *Constitución Española*³⁶⁷. Conforme o órgão supremo espanhol, não há que se falar em violação do direito à integridade física quando se trata da realização de uma prova prevista em lei. De igual forma, não pode subsistir alegação de ofensa à intimidade quando o próprio ordenamento jurídico impõe limitações como consequência de deveres e relações jurídicas, como ocorre na investigação de paternidade mediante a prova biológica da filiação. De mais a mais, quando há a colisão de direitos fundamentais, não resta dúvidas que, nos casos em que se discute o direito à filiação, deve prevalecer o interesse social e de ordem pública, nomeadamente por envolver questões relacionadas a alimentos e sucessórias do filho³⁶⁸.

Com discurso idêntico ao adotado em Portugal, tendente a afastar alegações de violação da integridade física do demandado, a jurisprudência de Espanha destaca que, nos dias atuais, pelos avanços científicos colocados à disposição da justiça, a extração de sangue do investigado não é essencial para a produção da prova biológica de paternidade, bastando o recolhimento de amostra de ADN por células da mucosa oral ou amostras derivadas de “manchas de sangue ou suor, unhas cortadas, escova de dentes, goma de mascar, dentes de leite ou cabelos puxados da raiz, entre outros meios”³⁶⁹.

Assim sendo, é de se reconhecer que a CRP garante um direito de não sofrer ofensas corporais, não se limitando a dizer o grau de tais lesões, o que se conclui que qualquer tipo

³⁶⁶PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 616/98. Processo n.º 363/97. Relator: Conselheiro Artur Maurício. Lisboa, 21 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980616.html>. Acesso em: 11 jun. 2018.

³⁶⁷YAGÜE, 2011, p. 1.091.

³⁶⁸GUASP & ARAGONESES, 2005, pp. 335-336.

³⁶⁹ESPAÑA. Acórdão do Tribunal Supremo. *Sentencia n.º 460/2017*. Relator: D. Antonio Salas Carceller. Madri, 18 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TS%20Civil%2018%20julio%202017.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

de violação carece de proteção. Todavia, a agressão que a lei procura proteger não se coaduna com a simples retirada de amostra sanguínea, pelo qual este ato pode ser considerado como uma intervenção corporal de caráter banal, além do que, conforme já relatado, nos dias atuais não é necessário qualquer tipo de ação direta ao corpo, bastando que o investigado cuspa em uma lâmina ou forneça um fio de cabelo ou fragmento de unha.

Dessa forma, a professora Silva entende que, ao garantir o direito fundamental à integridade física³⁷⁰, o que o legislador buscava conferir é a proteção de condutas atentatórias como “a submissão da pessoa à torturas, maus tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas”, não sendo possível fazer analogia dessas figuras com um ato de recolha de um fio de cabelo, saliva ou uma simples picada no dedo³⁷¹.

Ademais, considerar como ofensa corporal um ato que a própria lei no art. 1.801 do CC entendeu como ser um meio de prova apto para a investigação de paternidade parece ser um terrível contrassenso.

Entretanto, quando se coloca em discussão a possibilidade do uso de coerção em face do réu para a realização do exame de ADN, conclusão idêntica à supracitada não se pode atribuir.

3.1 O uso de meios coercitivos para a realização do exame de ADN

Questão que se coloca é a possibilidade de execução forçada do exame de aferição de paternidade em relação ao recusante que, na maior parte dos casos, é representado pela figura do pretense pai.

Se, de um lado, colocam-se os direitos fundamentais do réu, notadamente em relação à integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade e o direito à liberdade, de outro, equaciona-se a existência de direitos de igual categoria dentro do ordenamento jurídico, em especial, o direito à ascendência biológica por parte do filho³⁷².

Além disso, há entendimentos que enquadram a sujeição ao exame de ADN sob ameaças ou ordem judicial (quando não há margem para recusa) com emprego de coerção

³⁷⁰“A singeleza do exame não caracteriza qualquer ofensa à integridade física ou à intimidade do demandado.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 74).

³⁷¹SILVA, 2002, p. 598.

³⁷²OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 42.

física para fins de averiguação de paternidade, como prova de natureza ilícita³⁷³⁻³⁷⁴, entrando em cena todos os argumentos anteriormente alinhavados, o que nos remete à conclusão da impossibilidade de sua utilização, vez que o grau elevado da ofensa é desnecessário frente às outras possibilidades de obtenção de prova para a concretização do direito do peticionante.

O entendimento mais condizente com o respeito às garantias fundamentais inclina-se no sentido de não se permitir “o uso de força física ou de ameaça moral para quebrar a resistência do recusante, pelo qual a própria condução sob custódia³⁷⁵ terá de ser feita sem a utilização daqueles meios de coerção”³⁷⁶. E nem o fato da lei ter reconhecido como meio de prova a realização de exames hematológicos e outro meios de comprovação científica nas ações de filiação é capaz de afastar a ilicitude na execução forçada contrária à vontade do investigado.

Ora, entende-se pela ilegitimidade da recusa do pretense pai na realização do exame de ADN para a descoberta da verdade nas ações de filiação, que se faça uso das consequências legais que o legislador impôs pela falta de cooperação, uma vez que não se justifica violar direitos fundamentais do réu mediante condução com o emprego de força física se a própria lei detém caminhos para contornar o comportamento processual indesejável de alguma das partes.

Há de se fazer uma distinção, posto que, muitas vezes, acaba-se por confundir coerção física e moral com o uso de meios coercitivos processuais. Se este revela-se justificado pela imposição de consequências de caráter processual, como a aplicação de multa e redistribuição de ônus de prova, aquele referente ao emprego de força física para obrigar o recusante a fazer o exame deve ser tida como ilícito.

No que pese tal entendimento, há jurisprudência que entende que a suposta violação aos direitos do recusante não é arbitrária e gratuita, pois haveria um interesse supremo da busca da verdade, notadamente por envolver um direito constitucional ao conhecimento das origens genéticas. Logo, já se entendeu lícita a determinação judicial para que a realização do exame de ADN ocorra de forma coercitiva por meio de ameaça de detenção, não apenas

³⁷³MORGADO, 2016, p. 165.

³⁷⁴“Assim, por exemplo, seria ilícito o exame hematológico realizado por determinação do tribunal que impôs a recolha de sangue com a utilização de força que se mostre necessária para o efeito” (CASANOVA, 2004, p. 101).

³⁷⁵Oliveira & Coelho (*op. cit.*, p. 44) fazem distinção entre a comparência sob custódia e o uso da força para obtenção da colheita do material genético, exemplificando que, “uma coisa é conduzir a testemunha à força e outra coisa é fazê-la falar”.

³⁷⁶RODRIGUES, 2016, p. 243.

ao pretense pai, mas também em relação aos avós do investigante, como decorrência do princípio da cooperação que integra partes e terceiros no mesmo propósito: empregar esforços para a descoberta da verdade³⁷⁷.

Reforçando o coro daqueles que defendem a possibilidade de execução coercitiva na realização de exame de ADN, Silva defende “qualquer tipo de acção” necessária à recolha de materiais dos quais se possa extrair ADN, sem que tal conduta possa ser considerada atentatória ao direito à integridade física. Ainda que reconheça que o posicionamento é afastado em relação à maioria, justifica o referido posicionamento com o anseio ao interesse supremo da criança, conforme orientação da Convenção Europeia de Direitos do Homem³⁷⁸.

Não podemos concordar com tal entendimento, vez que ao se considerar a recusa como legítima ou ilegítima deverá gerar efeitos apenas no campo probatório, jamais extrapolar os limites dos direitos da personalidade. Reconhece-se que o exame de ADN é prova plena da paternidade, mas há meios que podem não substituir seu valor probatório, mas conferir os efeitos pretendidos pelo réu, em especial a inversão do ônus da prova, tarefa de difícil execução pelo réu se não deseja fazer uso do exame científico.

Pelo direito comparado, merece destaque o ordenamento jurídico alemão que permite a condução coercitiva do investigado para a realização do exame de ADN, determinando ainda que, se no curso do processo qualquer testemunha afirmar ter mantido relação sexual com a progenitora, esta pode ser convocada a se submeter ao teste³⁷⁹.

³⁷⁷“Cremos, no entanto, que razão assiste à Paula Costa e Silva (*op. cit.*, p. 598), quando defende que as condutas que a Constituição da República portuguesa veda como atentatórias do direito à integridade física previsto no seu artigo 25º são a submissão da pessoa a tortura, maus tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, nos quais não se poderão incluir os actos a que uma pessoa se terá de submeter com vista à recolha de materiais dos quais se possa extrair ADN. Mas, ainda que se siga a corrente que se identificou como mais eclética, o que sucedeu no caso vertente - como se extrai do despacho proferido a fls. 134 a 141 dos autos – em que se ordenou a detenção dos pretensos avós paternos do menor B... para comparência no Serviço de Genética e Biologia Forense, haveria que proceder ao necessário balanceamento entre direitos fundamentais colidentes. E, nesse sentido, a restrição dos direitos dos visados, quer à liberdade, quer à integridade física (ou até à privacidade, como sustentam os apelantes, mas a nosso ver com pouco fundamento), decorrente da realização de um teste de ADN, sempre se teria de considerar proporcionada e adequada aos fins que com a restrição desses direitos se visam obter, ou seja, um resultado judicial nesta acção de investigação de paternidade mais compatível com a realidade, sabendo, como se sabe, que no actual estado do conhecimento científico, o teste de ADN é a melhor prova e a mais segura para o estabelecimento da filiação fundada numa derivação genética, logo, mais conforme ao interesse superior da criança, por estar em causa o direito à sua identidade pessoal” (PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 486/2002.L1-2*. Relator: Ondina Carmo Alves. Lisboa, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/597bab21bbfbffec802576650060ee03?OpenDocument&Highlight=0,486%2F2002.L1-2>. Acesso em: 19 jun. 2018).

³⁷⁸SILVA, 2002, pp. 598-599.

³⁷⁹“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

Além do direito alemão³⁸⁰, que expressamente prevê a utilização de força para que o exame possa ser realizado, nos termos do §372a do ZPO³⁸¹, o direito norte-americano e o ordenamento jurídico dos países nórdicos (Dinamarca, Islândia, Noruega e Suécia) também seguem este entendimento³⁸².

O direito espanhol impõe limites à medida judicial que ordena a realização de provas biológicas, como é o caso do exame de ADN, situações que devem ser ponderadas pelo órgão jurisdicional.

Primeiramente, as provas biológicas só se justificam quando indispensáveis, uma vez que, quando for possível obter a evidência sobre a paternidade por meio de outros meios processuais menos lesivos para a integridade física, o tribunal não está autorizado a ordenar de forma obrigatória a realização do teste. Outro aspecto relaciona-se com a saúde do réu, uma vez que a produção da prova não pode envolver grave risco de violação à saúde. Por fim, a medida que ordena o exame deve guardar adequada proporção entre a invasão à intimidade e a integridade física e moral do investigado e a finalidade a que serve a prova³⁸³.

Pela solução brasileira, Didier Junior, Braga e Oliveira afirmam que o juiz pode impor medidas executivas para que o demandado se submeta ao exame, como, por exemplo, a expedição de ordem sob pena de multa, todavia, reconhece a existência de um conflito de direitos, o que remete a decisão a uma ponderação de interesses frente ao caso concreto³⁸⁴.

O entendimento deve ser no sentido de que, ainda que se faça expressamente presente um dever de colaboração, lealdade e boa-fé com a justiça no ordenamento jurídico brasileiro, não é possível imposição de métodos de coerção física ou ameaça ao pretense pai para a realização do exame de ADN, havendo de ser respeitada a resistência do réu que irá sofrer prejuízos processuais em virtude da sua inércia³⁸⁵.

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” (*Ibid.*, p. 592).

³⁸⁰No caso de recusa injustificada à submissão do exame de ADN, é possível a sanção de prisão temporária. (MACHADO, Helena Cristina Ferreira; SILVA, Susana Manuela Ribeiro Dias da; MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira. Regulação da investigação de paternidade biológica: perspectiva comparada. *In: Rev. direito GV [on-line]*. 2012, vol.8, n.2, pp.573-586. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200008. Acesso em: 09 jul. 2018).

³⁸¹Segundo o §372a (2) do ZPO, se uma pessoa se recusar a realizar o exame de sangue na ação de investigação e tal recusa não for justificada, medidas de coerção podem ser adotadas para que se obtenha o resultado pretendido.

³⁸²OLIVEIRA & COELHO, 2006, p. 44.

³⁸³GUASP; ARAGONESES, 2005, p. 336.

³⁸⁴DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 74.

³⁸⁵DIAS, 2015, p. 449.

Dada a simplicidade do exame e seu caráter pouco (ou nada) invasivo, a doutrina brasileira, embora reconheça impossibilidade de coerção física para a realização do exame, faz críticas acerca de tal entendimento que se ocupa mais com a proteção sobre eventual violação dos direitos do réu do que com interesse supremo da criança, nomeadamente em relação ao direito à convivência familiar³⁸⁶⁻³⁸⁷.

3.2 A recusa à luz do princípio da boa-fé e da cooperação

Antes de adentrar na análise da recusa do réu na realização do exame de ADN nas ações de investigação, é importante trazer à baila algumas linhas gerais sobre os princípios da boa-fé e da cooperação sob a nova ótica civil-processual em vigor.

Para o estudo do presente tópico, devem ser abandonadas as velhas concepções liberais que conferiam um modelo adversarial ao processo, onde as partes duelavam para conquista da vitória, como se um jogo fosse, deixando em segundo plano a descoberta da verdade.

Ora, isso não era processo civil! Assemelhava-se mais como batalhas em uma guerra, onde a fraqueza (ou imperícia) do adversário era o ponto a ser atacado para a conquista do território do que com um processo judicial que envolve bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Não é assim que se deve enxergar o moderno direito processual civil; se antes o processo era tido como um combate em que as partes guerreavam sob a supervisão de um simples árbitro (que mais poderia ser compreendido como espectador), a noção atual centraliza o protagonismo no magistrado que ativamente participa da demanda e dialoga com as partes, remove obstáculos, bem como distribui as competências de prova e requer de ofício, se necessário, diligências complementares essenciais para que seja alcançado o objetivo maior do processo: a descoberta da verdade³⁸⁸.

Portanto, as demandas judiciais devem ser analisadas sob o prisma da gestão processual para que, através da cooperação entre as partes, possa se alcançar a justa composição do litígio.

³⁸⁶DINIZ, 2015, p. 562.563.

³⁸⁷DIAS, *op. cit.*, pp. 449-450.

³⁸⁸Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 21 de outubro de 2016, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

Tal afirmação nos leva à conclusão de que os sujeitos do processo devem se comportar conforme o sentido positivo da boa-fé, praticando os atos processuais de forma a cooperar com o tribunal para se atingir a almejada justiça³⁸⁹⁻³⁹⁰.

Assim sendo, o princípio da boa-fé é regulado pelo art. 8º do CPC, enquanto o princípio da cooperação está inserido no art. 7º do mesmo diploma legal. Os normativos referenciados não podem ser considerados como novidade na seara processual civil, pois, na reforma de 1995/1996 já havia previsão desses deveres aos integrantes da relação processual, todavia, é inegável que, com o advento do novo diploma de processo civil e suas atuais diretrizes, os princípios da cooperação e da boa-fé ganharam maior prestígio e notoriedade³⁹¹.

Há pontos comuns muito nítidos nos referidos princípios, pois, para a concretização do princípio da cooperação, é imprescindível um comportamento eivado de boa-fé pelos integrantes da relação processual. Não há como se admitir que um ato produzido com má-fé (ou falta de boa-fé) possa gerar benefícios à cooperação entre os sujeitos do processo para o alcance da verdade e a justa composição do litígio.

Tomando por base a classificação adotada pelo professor Miguel Mesquita, o princípio da boa-fé processual pode ser compreendido por um sentido positivo (*facere*) manifestado pelo art. 417º do CPC e através de uma dimensão negativa (*non facere*), nos termos que rege o n.º do art. 542º, do mesmo diploma processual³⁹².

Pelo sentido positivo do princípio da boa-fé, entende-se que as partes devem cooperar com o tribunal para a descoberta da realidade fática do bem jurídico em litígio, segundo denota-se no rol exemplificativo do n.º 1 do art. 417º do CPC, ao qual há um dever das partes responderem as perguntas feitas e se submeterem às inspeções que se fizerem necessárias, bem como facultarem os documentos importantes e se comprometerem a

³⁸⁹Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 31 de março de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

³⁹⁰A cooperação pode ser distinguida sob dois planos, um material e outro formal. Pela cooperação em sentido material, objetiva-se apurar matéria de fato e proceder adequações de se necessário. O sentido formal, impõe que ao magistrado colabore com as partes a fim de remover os obstáculos encontrados no curso da cognição da lide (ALEXANDRE, Isabel; FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 1 (artigos 1º a 361º). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 26).

³⁹¹RODRIGUES, Fernando Pereira. *O Novo Processo Civil: Os Princípios Estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 102.

³⁹²Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 31 de março de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

praticar certos atos determinados pelo tribunal.

Lado outro, o sentido negativo da má-fé traduz uma ideia de “não faça”, de acordo com as condutas indesejáveis previstas no n.º 2 do art. 542º do CPC, onde a má-fé deve ser enquadrada ao litigante que deduzir pretensão ou articular linha de defesa sem fundamentação, levantar fatos falsos ou omitir a verdade e promover o uso anormal dos meios processuais, como aqueles promovidos para atingir fins ilegais ou protelar indevidamente o regular curso processual.

A violação do princípio da boa-fé acarreta na condenação por litigância de má-fé, penalidade que poderá gerar multas ou indenizações para a parte causadora do ato de forma consciente³⁹³, nos termos do art. 542º e seguintes do CPC³⁹⁴.

O princípio da cooperação³⁹⁵, por sua vez, impõe deveres semelhantes, de modo que todos os sujeitos processuais, partes ou não, devem prestar colaboração para a descoberta da verdade sob pena de sofrer consequências (a depender de quem seja) como cominação de multa e outros meios coercitivos³⁹⁶⁻³⁹⁷.

Ao explanar sobre o princípio da cooperação processual, Peyrano faz uma analogia deste princípio com uma empresa, onde todos devem colaborar para que o resultado bem-sucedido possa ocorrer, enfatizando ainda que, contrariamente aos demais princípios, este impõe ônus e deveres processuais não apenas sobre as partes, mas também em relação a terceiros alheios ao processo³⁹⁸.

³⁹³De acordo com o professor Mesquita, para a condenação da parte em litigância de má-fé é necessário analisar os pressupostos da responsabilidade processual (fato, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade), o que nos remete a conclusão de que a mera culpa por negligência leve não induz em litigância de má-fé. (Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 21 de abril de 2017, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal).

³⁹⁴Há uma correlação entre o art. 542, n.º 2 e os arts. 7º e 8º, todos do CPC, pois se referem aos deveres de probidade, cooperação e boa conduta processual dos litigantes (RODRIGUES, 2013, p. 110).

³⁹⁵Segundo Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2017, p. 163), a colaboração no processo deve ser estruturada com uma verdadeira comunidade trabalho ou, na clássica expressão austro-germânica, *Arbeitsgemeinschaft*. ao qual deve-se compreender um trabalho em conjunto entre juiz e partes no processo.

³⁹⁶Conforme conclui Peyrano, o princípio da cooperação exige um mínimo e não um máximo de colaboração, a justa medida obtida pela colaboração necessária e apropriada para que se produza os fins pretendidos com o ato ou diligência dentro do processo (PEYRANO, 2011, p. 4).

³⁹⁷O dever de cooperação impõe ao tribunal o papel de dirigir ativamente o processo, fomentar o célere andamento e dialogar com as partes para que estas possam fornecer matéria fática e jurídica para a possibilitar a decisão. Tal atribuição ainda se desdobra em outros deveres: de inquisitorialidade; prevenção ou advertência; esclarecimento; consulta e auxílio às partes (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: que consequências?*. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A2ncias_01.2015. Acesso em: 18 jun. 2018).

³⁹⁸PEYRANO, *op. cit.*, p. 2.

Quando parte, deve-se ter ciência que a falta de colaboração poderá impor prejuízos ao inerte, sobretudo em relação ao direito probatório, onde o tribunal poderá apreciar livremente o valor da recusa, além da possibilidade de inverter o ônus da prova, nos termos do n.º 2 do art. 344º do CC³⁹⁹.

O dever de cooperação ainda se manifesta em diversos dispositivos do novo CPC, conforme denota-se nos seguintes artigos: 146º (suprimento ou correção de vícios ou omissões formais), 151º (marcação e início pontual das diligências), 193-3 (correção oficiosa do erro na qualificação do meio processual), 417º (dever de cooperação para a descoberta da verdade) e outros⁴⁰⁰.

Aplicando os deveres de boa-fé e cooperação ao comportamento das partes na ação de investigação de paternidade, especialmente em relação à recusa no réu em se submeter aos meios de prova biológica da procriação, denota-se que a conduta causa significativo prejuízo à descoberta da verdade.

Levando-se em consideração a grande fiabilidade que goza um exame de ADN, a prova direta da filiação fica “irremediavelmente comprometida com a recusa do réu”, não havendo, em um primeiro momento, garantias de que o autor poderia lograr êxito em provar o vínculo biológico por outros meios legais⁴⁰¹.

Para evitar que o autor sofresse com a inércia cooperativa do réu, o legislador teve que adotar meios legais coercitivos para que a ordem judicial não perdesse eficácia, bem como para que a falta da prova mais segura e fiável do vínculo biológico fosse empecilho para a concretização do direito do demandante.

Assim, de acordo com a jurisprudência mais recente, a falta de colaboração do réu que torna impossível a realização da prova plena da paternidade, representada pelo resultado do exame de ADN, recai na previsão do n.º 2 do art. 344º do CC cominada com o disposto no n.º 2 do art. 417º do CPC, sendo medida de justiça a aplicação de sanções além da consequência imediata do que o referido preceito legal estabelece⁴⁰²⁻⁴⁰³.

³⁹⁹RODRIGUES, 2013, p. 114.

⁴⁰⁰ALEXANDRE & FREITAS, 2014, p. 28.

⁴⁰¹REGO, Carlos Lopes do. Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação de paternidade: Recusa de cooperação do réu e inversão do ônus da prova. *In*: Revista do Ministério Público, n. 58, abr./jun., 1994. Disponível em: <http://rmp.smmp.pt/ermp/58/index.html#p=80>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁴⁰²PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 8928/11.6TBOER.L2.S. Relator: Paulo de Sá. Lisboa, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/678e64c696408e4680257fb6004ef015?OpenDocument>. Acesso em: 29 maio 2018.

⁴⁰³PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n.º 5525/16.3T8CBR.C1. Relator: Vítor Amaral. Coimbra, 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030e>

Sem entrar na discussão da coercitividade física do réu, a ausência de um comportamento cooperativo, solidário e probo do recusante para a descoberta da verdade deve ser advertida com a imposição de multa, além da indicação de que tal comportamento apenas causará prejuízos ao próprio demandado, que deverá demonstrar, por meio de outras provas – já que não deseja fazer o uso do resultado da prova direta –, que não possui vínculo biológico com o investigante, tarefa de difícil trunfo quando se exclui o método mais seguro admitido como prova em matéria de filiação.

Não é apenas o direito português que compreende a recusa ilegítima como falta do dever de cooperação imposto aos litigantes processuais, sendo entendimento adotado na maioria dos ordenamentos que reconhecem a existência do princípio da cooperação no processo civil.

O novo CPC/BR consagra o princípio da cooperação em termos semelhantes ao que se entende pelo dever colaborativo imposto aos sujeitos processuais pelo direito português. Nos termos do art. 378º do CPC/BR, é dever de todos cooperar com o poder judiciário no objetivo de apurar a verdade dos fatos.

No dispositivo seguinte, tal como exemplifica o código português, os deveres de comportamento das partes são expressamente mencionados, de forma que os litigantes devem comparecer em juízo e responder as indagações propostas, colaborar para fins de inspeção judicial, bem como praticar os atos determinados pelo tribunal.

No mesmo diapasão, o art. 380º do CPC/BR fala da cooperação dos terceiros para a descoberta da verdade, sendo dever daqueles indiretamente envolvidos informar os fatos que tiverem conhecimento, além de exibir coisa ou documento que esteja em sua posse.

Por conseguinte, o dever de colaboração está incorporado ao direito brasileiro na forma de princípio processual, impondo “um estado de coisas que tem que ser promovido”, através da organização da participação do juiz, partes e terceiros de forma equilibrada, ao qual a finalidade é servir substrato para que seja possível encontrar uma justa solução a demanda proposta⁴⁰⁴.

Realçando a ausência de cooperação, a doutrina espanhola destaca que a negativa injustificada na recusa dos exames de prova biológica de filiação configura-se com falta de solidariedade e colaboração com a administração da justiça para determinar direitos alheios,

[%20a1c61802568d9005cd5bb/49bbb7753413416d8025824a0050f1f6?OpenDocument](#). Acesso em: 18 jun. 2018.

⁴⁰⁴MITIDIERO, 2012.

de forma a evidenciar um exercício obstrucionista e antissocial do direito⁴⁰⁵.

Partindo de um viés constitucional, o descumprimento da obrigação de submissão aos exames de prova biológica de paternidade constitui-se fraude da lei e exercício antissocial do direito conforme conclusão que se extrai do *artículo 39.2 da Constitución Española*, pois, deve-se compreender a existência de um dever de lealdade processual, de colaboração no processo e da garantia às crianças mais novas⁴⁰⁶.

3.3 Consequências da recusa ao exame de ADN

A recusa ilegítima na realização do exame de prova biológica da procriação implica ao réu o ônus de demonstrar que a filiação pretendida é improcedente, como se pode extrair da possibilidade de inversão do ônus da prova⁴⁰⁷ nos termos do n.º 2 do art. 341º do CC.

Mas, quais as razões que levaram o legislador a adotar a inversão do ônus da prova ao réu que se recusa a prestar o exame de ADN?

O objetivo do legislador não é (apenas) punir o réu por sua conduta não colaborativa, pois, a inércia recusante não prejudicaria apenas os interesses do processo por encobrir a descoberta a realidade fática, mas, também, frustraria a atividade probatória da parte adversa, impondo-lhe esforços para lograr êxito na prova dos fatos alegados.

Mesmo que se reconheça a existência de outros meios probatórios para a prova do vínculo biológico entre filho e pai, é inegável que a prova da direta violação proveniente do exame de ADN é de extrema relevância e fiabilidade, não se mostrando possível, na realidade, colocar este tipo de exame científico no “mesmo pavio das restantes provas tendentes a demonstrar, por via indireta, a procriação biológica”⁴⁰⁸.

Logo, em virtude de o resultado do teste de ADN ser dotado de um grau de certeza prática (quase) total, a aplicabilidade da inversão do ônus da prova motivada pela atitude ilegítima do réu em impossibilitar tal meio de prova se revela oportuna e precisa para desestimular o referido comportamento das partes processuais.

Imagine se não houvessem drásticas consequências ao pretense pai que recusa a colaboração no processo de investigação de filiação. Não há como olvidar que a falta de

⁴⁰⁵YAGÜE, 2011, p. 1.092.

⁴⁰⁶*Ibid.*, p. 1.094.

⁴⁰⁷Assim como em Portugal, diante da recusa à submissão ao exame biológico de paternidade, a inversão do ônus da prova também é adotada pelo direito inglês (MACHADO; SILVA; MIRANDA, 2012.).

⁴⁰⁸REGO, 1994, p. 83.

sanção iria incentivar comportamentos recusantes, logo, pouquíssimos réus iriam se submeter ao exame pelo receio de que o resultado possa ser contrário a tudo que se arguiu na contestação.

Portanto, parece que a inversão do ônus da prova é a medida mais adequada perante o comportamento recusante, não para punir a falta de colaboração e boa-fé do réu no processo, mas para evitar que a parte autora seja colocada em posição absolutamente prejudicial motivada por uma conduta alheia, além do falhanço de contar com principal meio de prova em matéria de filiação.

Neste sentido, Oliveira assevera que a recusa ao exame de ADN é sempre ilegítima – ressalvadas algumas hipóteses alheias à natureza dos exames – e, portanto, a inversão do ônus da prova deverá ser sempre adotada, ainda que o autor se beneficie de uma das presunções do art. 1.871º, n.º 1, do CC. A justificativa leva em consideração o insucesso do autor na produção de outra prova e a existência de dúvidas sérias pelo êxito do réu em sua defesa, situação em que a recusa acaba por tornar impossível a produção da prova determinante para a descoberta da verdade⁴⁰⁹.

O entendimento da jurisprudência é pacífico no sentido de se adotar a inversão do ônus da prova quando o réu recusar de forma ilegítima a submissão ao exame de ADN, tornando impossível a produção da prova, impondo que aquele que impossibilitou a prova deverá ficar onerado com a demonstração de que “o autor não é fruto de relações de sexo entre o réu e a mãe do autor e, assim, que este não é filho daquele”⁴¹⁰⁻⁴¹¹⁻⁴¹².

A maioria dos julgados encontram fundamento na inversão do ônus da prova pela aplicação do art. 344º, n.º 2, do CC, o que se permite concluir que o tema é pacífico na jurisprudência portuguesa.

É importante destacar que a consequência da recusa do réu em se submeter ao exame de ADN gera apenas a inversão do ônus de prova e não uma sentença declaratória de paternidade. A convicção do magistrado para a prolação do tribunal deverá levar em

⁴⁰⁹OLIVEIRA, 2017.

⁴¹⁰PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 994/06.2TBVFR.P1.S1*. Relator: Bittencourt de Faria. Lisboa, 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce%206ad9dd8b980256b5f003fa814/60d39bf324cd7b4c802579ad0040a0bf?OpenDocument>. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁴¹¹PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto. *Processo n.º 2947/12.2TBVLG-B.P1*. Relator: José Igreja Matos. Porto, 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4595549d618114d280257f840032af92?OpenDocument&Highlight=0,2947%2F12.2TBVLG-B.P1>. Acesso em: 19 jun. 2018.

⁴¹²*Ibid.*

consideração todas as provas presentes nos autos, sendo a recusa do réu apenas um elemento de distribuição do ônus da prova.

No entanto, ainda que não se considere automático o reconhecimento de filiação nos termos alegados pelo autor diante da recusa do pretense pai em se submeter ao exame, há de se convir que, ao réu, restam poucas chances de se esquivar da procedência da ação, pois o juiz analisará o caso de acordo com as provas presentes nos autos, o que irá impor grandes esforços ao recusante para poder formar provas que poderiam colocar em dúvida a paternidade alegada.

A recusa na realização do exame de paternidade também gera efeitos processuais prejudiciais ao réu no direito brasileiro. De acordo com art. 232º do CC/BR (e parágrafo único do art. 2º-A da Lei n.º 8.560/92, assim como súmula n.º 301 do STJ/BR), a recusa poderá suprir o resultado que a perícia pretendia obter⁴¹³. Posteriormente, mediante inclusão promovida pela Lei n.º 12.004/09, o art. 2º-A da Lei n.º 8.560/92 ganhou um parágrafo único, que passou a prever que a recusa do exame genético gera a presunção relativa de paternidade do réu.

Diz-se “relativa” pela fato de que a própria lei, no trecho final do dispositivo, diz que a confirmação da presunção deverá ser analisada pelo magistrado junto com todo o contexto probatório, motivo pelo qual a presunção poderá ser afastada se o pretense pai lograr êxito nas demais provas, nomeadamente quando conseguir fazer prova de eventual esterilidade ou incompatibilidade de tipo sanguíneo com o filho investigante⁴¹⁴.

Em termos semelhantes ao que ocorre em Portugal, o direito espanhol, com a advento da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, *Ley 1/2000*, reconheceu, em seu ordenamento, um dispositivo (767.4) que expressamente contempla a consequência da recusa injustificada à submissão a prova biológica de paternidade, ao permitir que o tribunal declare a paternidade reclamada, desde que haja outros indícios da paternidade e que a prova desta não tenha sido obtida por outros meios⁴¹⁵⁻⁴¹⁶.

Desde a *sentencia* 7/1994, de 17 de janeiro, posteriormente reiterada pela *sentencia*

⁴¹³Didier Junior, Braga e Oliveira (2018, pp. 70-71) entendem que o referido artigo não estabelecia uma presunção legal, pois contemplava apenas a recusa como um indício de que o fato pretendido com a prova ocorreu. Logo, para os doutrinadores, há duas regras que cuidam da recusa: uma geral, que classifica a negativa do pretense pai como indício; e uma específica, que impõe uma presunção relativa de paternidade quando a recusa ao exame biológico se fizer presente.

⁴¹⁴DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 71.

⁴¹⁵YAGÜE, 2011, p. 1.091.

⁴¹⁶GUASP & ARAGONESES, 2005, p. 336.

95/1999, de 29 de junho, o Tribunal Constitucional espanhol vem admitindo que a recusa injustificada de se submeter ao exame de biológico permite que o órgão jurisdicional declare a filiação pretendida, contanto que haja indícios suficientes da filiação e que prova contrária não tenha sido produzida por outros meios⁴¹⁷.

Deve-se apontar que, para a doutrina ibérica, não é qualquer atitude obstrucionista do pretense pai que é relevante ao ponto de determinar a filiação, mas apenas aquelas evadas de um espírito arbitrário, injustificado e com falta de solidariedade. Pela análise literal do artículo 767.4 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* compreende-se que, para o estabelecimento da paternidade, é necessário que existam outros indícios além daqueles que podem se supor pela resistência injustificada a prestar o exame.

No entanto, merece destacar que, acerca do comportamento não solidário do demandado, vislumbra-se que a jurisprudência tende a aumentar cada vez mais o valor probatório dessa recusa, conforme aponta a sentença n.º 460/2017 do Tribunal Supremo, ao citar o julgado n.º 508/2001 de 24 de maio⁴¹⁸.

No tangente aos demais países europeus, entende-se que em França, Itália e Holanda não é possível impor, sem o consenso do réu, perícia para fins de investigação de paternidade, hipótese em que o magistrado deverá interpretar a recusa alegada. Todavia, em outros, como Alemanha, Áustria, Dinamarca, Islândia, Noruega, Suécia e Suíça, a realização do exame poderá ser determinada com ou sem anuência do pretense pai, valendo o interesse na descoberta da verdade⁴¹⁹⁻⁴²⁰.

À propósito, o direito alemão impõe a realização do exame, ao qual a negativa injustificada pode ser punida através de prisão; pelo ordenamento austríaco e suíço, além de

⁴¹⁷ESPAÑA. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 177/2007*. La Sala Primera de Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. Madri, 23 de julho de 2007. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/6144>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴¹⁸“Dicha doctrina está presente del mismo modo en las resoluciones de esta sala. Así la sentencia núm. 508/2001 de 24 mayo, considera la negativa del demandado a la práctica de la prueba de ADN como «indicio muy cualificado», remitiéndose a otras sentencias anteriores como las número 947/1994, de 21 de octubre y 520/1996, de 24 de junio. La misma sentencia destaca cómo la jurisprudencia tiende a aumentar cada vez más el valor probatorio de dicha negativa, con cita de las sentencias número 1045/1997, de 17 de noviembre, 884/1998, de 3 de octubre, y 302/2000, de 28 de marzo” (ESPAÑA. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 177/2007*. La Sala Primera de Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. Madri, 23 de julho de 2007. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/6144>. Acesso em: 15 jun. 2018).

⁴¹⁹DINIZ, 2015, p. 562.

⁴²⁰MACHADO; SILVA; MIRANDA, 2012.

prisão por determinado período, é possível a condenação em multa⁴²¹.

3.4 Reflexões da falta de cooperação na produção de prova biológica nos ordenamentos português e brasileiro

Face à solução adotada por Portugal e Brasil diante da recusa do dever de cooperação do pretense pai em se submeter ao exame de prova biológica da procriação necessário para a apuração da verdade nas ações de investigação de filiação, cabe uma reflexão sobre as consequências e formas de ilidir o reconhecimento da paternidade perante o “respeito” do desejo do réu em ambos os países.

Primeiramente, aponta-se o entendimento majoritário desses ordenamentos acerca da impossibilidade de adoção de meios coercitivos físicos ou morais para a realização do exame.

Como já assentado, o dever de cooperação é componente importante do direito processual civil de ambas legislações, o que nos remete à conclusão de que a justificativa pela falta de colaboração deve ser analisada pelo tribunal, a fim de que o recusante possa sofrer sanções por sua atitude pouco comprometida com a descoberta da realidade fática pelo juízo.

De fato, o juiz pode (e deve) se valer de vias processuais de coerção, como a cominação em multas e a imposição de consequências no campo da distribuição probatória em virtude da falta do dever de cooperação, conforme disciplina o n.º 2, do art. 417º do CPC e doutrina majoritária brasileira, entretanto, sem que violações de natureza física ou moral se façam presentes.

Logo, partindo do impedimento de se recorrer à violência física para compelir o demandante e sendo considerada injustificada a recusa, o ordenamento português inclina-se pela redistribuição do ônus da prova, de modo que o pretense pai deve sair de seu ponto de inércia para promover uma atuação probatória mais ativa, na finalidade de impedir que a paternidade seja reconhecida.

O direito brasileiro parece ser mais “perverso” com o réu que se recusa à submeter-se ao exame de ADN, ao conferir uma presunção relativa de paternidade que, analisada em

⁴²¹*Ibid.*

conjunto com as demais provas carreadas nos autos, poderá determinar o reconhecimento judicial da paternidade.

Todavia, cabe o questionamento: será mesmo que o ordenamento brasileiro comporta consequências mais drásticas ao recusante quando se compara com o posicionamento do direito português frente ao tema? Parece que não, vejamos o porquê.

Há certa identidade dos ordenamentos em questão acerca do sistema de valoração da prova, vez que, em ambos, vigora o sistema da livre apreciação para a formação da convicção do juiz, ressalvados os casos em que a lei indica o valor a ser atribuído pela prova.

Também se compreende uma compatibilidade entre a doutrina e jurisprudência dos dois países quanto à eficácia e segurança do resultado do teste de ADN, sendo prova plena de filiação, deixando todas as demais em um patamar de inferioridade, vez que a certeza e convicção derivam de método científico não sujeito a incorreções ou imprecisões humanas quanto à realidade de um fato.

Pelo direito português, opera-se a inversão do ônus da prova, gerando ao pretense pai o dever de lograr êxito na prova contrária da filiação, pois, caso contrário, deverá ele suportar os prejuízos do falhanço da prova, com o indesejado reconhecimento da paternidade. Mas se a “prova plena” – como a jurisprudência se refere – advém apenas do exame de ADN, como ilidir a pretensão do autor?

Ora, não é ilógico concluir que, diante da impossibilidade de produção de prova cabal, poucas alternativas restam ao demandado para colocar dúvidas na convicção do juiz sobre a paternidade, além da clara mostra ao júízo de que a recusa é fomentada pelo receio de ser considerado pai.

Certo é que o recusante fica em uma situação delicada dentro do processo, pois dificilmente terá êxito em produzir provas robustas para influenciar a convicção do tribunal. Todavia, embora seja pequena, há de se reconhecer possibilidades de produção de prova robusta suficiente, seja com testemunhas, documentos ou laudos médicos de infertilidade de que a filiação alegada não procede.

O direito brasileiro, por sua vez, confere ao réu não-colaborador uma presunção de paternidade relativa, havendo de ser analisada juntamente com o contexto probatório.

Logo, se as provas presentes nos autos não forem suficientes para afastar a paternidade, o recusante será judicialmente declarado progenitor daquele filho.

Como se vê, há uma inegável identidade nas soluções da recusa à submissão do

exame de ADN no direito português e brasileiro, levando-se em conta que, se para este a paternidade será presumida caso inexista outras provas que evidenciem o contrário, para aquele a imposição da inversão do ônus da prova implicará em esforços do réu em provar, de outra forma, que improcede a paternidade.

Se ambos supervalorizam a prova científica de filiação e conferem ao juiz um sistema de livre apreciação das provas, parece que a atitude probatória do réu será determinante na futura decisão judicial, pois, se assim não for, a paternidade será estabelecida ou por presunção ou pelo falhanço no ônus da prova.

CONCLUSÃO

De forma exaustiva, o presente trabalho buscou explorar a concretização do direito ao conhecimento das origens genéticas pelo direito português desde as primeiras movimentações internacionais sobre o tema, ocorridas no fim dos anos 1980 e início dos anos 1990, até o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial em nosso sistema jurídico para se admitir sua existência em plano constitucional por força da conjugação de alguns preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e a identidade pessoal, no tocante à historicidade pessoal.

A partir de tal constatação, colocam-se questões polêmicas quando se confronta o direito ao conhecimento da ascendência com o sigilo da identidade civil dos progenitores biológicos do adotado e do doador na PMA, sobretudo por haver uma falta de correlação entre verdade biológica e legal.

A preocupação dos operadores do direito em relação à quebra do sigilo é louvável, todavia, na ponderação do conflito de direitos deve prevalecer-se o interesse supremo do menor. Poderíamos alegar questões de saúde ou impedimentos matrimoniais que, por si só, já justificariam tal supremacia, mas parece que há um componente de anseio existencial que deve predominar, uma vez que a tranquilidade emocional é determinante para se concluir a dignidade de uma vida humana.

Tomando por base a figura de linguagem utilizada por Antunes Varela ao lecionar sobre o assunto, o direito de saber qual sangue corre pelas veias é fundamental para a concretização de um direito geral de personalidade, não se revelando justa a imposição de barreiras para obstar tal reconhecimento.

Intimamente ligada à descoberta da ascendência genética está a ação judicial de investigação, meio necessário para o estabelecimento da filiação quando a presunção e a perfilhação não tenham intervindo.

Se houve um tempo em que imperava-se uma distinção entre filiação legítima e ilegítima, situação que dificultava o reconhecimento da paternidade em virtude de pressupostos de admissibilidade do pleito judicial, opera-se hoje um sistema livre de investigação, onde o Estado passa a admitir que a existência de filhos órfãos de registro também é atribuição que lhe compete, haja vista o dever de averiguação oficiosa da paternidade.

Neste diapasão, a ação de investigação flutua entre o direito material e as normas procedimentais, hipótese que impôs ao trabalho uma noção interdisciplinar, ora recorrendo-se aos dispositivos do Código Civil, ora aprofundando em temas do recente diploma legal de processo civil.

E, foi por meio de uma concepção moderna e atual do processo que a pesquisa se desenvolveu, influenciada pela inteligência do novo Código de Processo Civil e de suas diretrizes que tiveram como escopo reforçar o compromisso já antes assumido, a saber: livrar-se de percepções liberais de processo, trazendo a discussão do bem jurídico para um plano de obstinação da realidade fática e da justa solução.

Como tal, a descoberta da verdade biológica na ação de investigação de paternidade passa pelo reconhecimento de que partes, terceiros e tribunal devem cooperar entre si, de forma que toda atividade relacionada a alegações e fatos deve partir de condutas em concordância com o princípio da boa-fé, tanto no sentido do *facere*, quanto na ideia do *non facere*.

Logo, não há como fugir da discussão sobre os frequentes obstáculos criados pelo réu em se submeter ao exame de ADN, prova considerada como plena para definição da filiação, ao passo que a legitimidade ou não da recusa deve sempre ser objeto de ponderação do tribunal que, por sua vez, deve tentar remover entraves para a realização da prova – outra dimensão do princípio da cooperação que recai sobre o juiz.

Se a produção da prova falhar por resistência da parte, consequências deverão ser aplicadas, seja por meio de coerção processual, não àquela que recorre à violência física ou ameaça, mas as que se valem de medidas que alertem o demandante sobre sua conduta contrária aos princípios do processo, através de cominação de multa ou redistribuição do ônus da prova.

Neste cenário, a solução da inversão do ônus da prova parece ser o caminho da justiça, pois, se uma das partes determina o falhanço de determinada prova através de escolhas próprias de estratégia em suas alegações, deverá ela sofrer as consequências por causar a impossibilidade do recurso ao meio de prova mais confiável em termos de apuramento da real paternidade.

Identidade na penalidade pela falta de cooperação e boa-fé na ação de investigação pode-se vislumbrar no direito brasileiro, uma vez que a presunção de paternidade impõe ao pretense pai ativa atuação para ilidir o prognóstico desfavorável da sentença. Logo, a

inversão do ônus da prova e a presunção de paternidade se unem em um ponto comum: em ambas, o réu deverá “ir à caça” de provas de que a filiação não procede, na ciência de que sua inércia será desfavorável em relação aos seus interesses dentro do processo.

Fato é que a utopia de um processo cooperativo “de corpo e alma” vivenciado pelas partes nos contamina de forma que todos os atos deveriam (sempre) ser eivados de boa-fé, independentemente da posição que se encontra na relação processual. Até que esse movimento social de mudança na mentalidade das pessoas ocorra, a lei deve estabelecer as diretrizes para que a falta de colaboração não desvie o caminho da justiça em busca da verdade e da justa composição do litígio.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Isabel. *Provas Ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998.

ALEXANDRE, Isabel; FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 1 (artigos 1º a 361º). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ALVES, Cíntia; AMORIM, Antônio. Genética: uma introdução à sua aplicação na investigação de parentescos. In: MACHADO, Helena; SILVA, Susana (org.). *Testes de paternidade: Ciência, ética e sociedade*. Vila Nova de Famalicão: Humus, 2012.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *Direito Processual Civil*. Almedina: Coimbra, 2016.

AMERICAN Society For Reproductive Medicine. Informing offspring of their conception by gamete or embryo donation: a committee opinion. In: *Fertility and Sterility*, vol. 100, Issue 1, pp. 45-49. Disponível em: [http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(13\)00319-1/fulltext](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(13)00319-1/fulltext). Acesso em: 22 mar. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção*: de acordo com o CPC de 2015 (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68 - Vol. I, 2008. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. A Lei n.º 32/06 sobre a procriação medicamente assistida. In: *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo do doador - ou a onipotência do sujeito. *In: Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, Vol. III, 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-onipotencia-do-sujeito/>. Acesso em: 13 mar. 2018.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito de família*. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1 (artigos 1º a 107º). Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPELO, Maria José. A reforma processual e as acções de filiação. *In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CASANOVA, J. F. Salazar. Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares. *In: Direito e Justiça*, Vol. XVIII, Tomo I. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2004.

CHABY, Estrela. Averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade e averiguação. *In: Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Reus, 1925.

CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução n.º 2.013, de 16 de abril de 2013*. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em 13 mar. 2018.

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*. Coimbra: Almedina, 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2009.

COSTA, Susana. *Filhos da (sua) mãe: Atores Institucionais, Perícias e Paternidades no Sistema Judicial Português*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. As práticas dos tribunais no acesso ao teste de paternidade. In: MACHADO, Helena; SILVA, Susana (org.). *Testes de paternidade: Ciência, ética e sociedade*. Vila Nova de Famalicão: Humus, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 5, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2015.

EVANS, Stephen. *Rodas de bebês rejeitados ressurgem na Europa*. BBC, 2012 [on-line]. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/06/120626_roda_europa_crescimento_lgb. Acesso em: 10 abr. 2018.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, do IBDFAM, vol. 5, abr./jun., 2000, pp. 7-28. Disponível em: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/%28Filia_347_343oReprodu_347_343o%29.pdf. Acesso em: 13 mar. 2018.

GERALDES, António Abrantes. *Temas da nova reforma do Processo Civil*. In: *Revista Julgar*, n.º 16. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GOMES, Carla Amado. Filiação, adoção e proteção de menores – quadro constitucional e notas de jurisprudência. In: *Lex Familiae' Revista Portuguesa de Direito de Família*, Ano 4, n. 8, jul./dez. 2007.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*: Tomo I, Introducción y parte general. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

_____. *Derecho Procesal Civil*: Tomo II, Procesos declarativos y de ejecución. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

HEALTH Law Center. *Access to Donor Information Around the World*. 2018 [on-line]. Disponível em: <http://www.healthlawcentral.com/donorconception/access-information/>. Acesso em: 17 abr. 2018.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. ¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español. In: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo L, Fascículo I, jan/mar. 1997, pp. 6-96. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1997-10000500096. Acesso em: 02 mar. 2018.

IDIAKEZ, Itziar Alkorta; AMORÓS, Esther Farnós. Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio (Donor Anonymity and Right to Know: A Challenging Balancing). In: *Oñati Socio-legal Series* [on-line], 7 (1), 2016, pp. 148-178. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782321. Acesso em: 23 mar. 2018. p. 165.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002.

JORGE, Nuno Lemos. Direito à Prova: Brevíssimo Roteiro Jurisprudencial. In: *Julgar*, n. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. Os Poderes Instrutórios do Juiz: Alguns Problemas. In: *Julgar*, n.º 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito a origem genética: uma distinção necessária. In: *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários*, n. 27, out/dez, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/633/813>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. *Direito Civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Helena Cristina Ferreira; SILVA, Susana Manuela Ribeiro Dias da; MIRANDA, Diana Catarina de Oliveira. Regulação da investigação de paternidade biológica: perspectiva comparada. In: *Rev. direito GV [on-line]*. 2012, vol.8, n.2, pp.573-586. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200008. Acesso em: 09 jul. 2018.

MACHADO, Helena Cristina Ferreira. *Moralizar para Identificar: Cenários da Investigação Judicial da Paternidade*. Porto: Edições Afrontamento, 2007.

MAGALHÃES, Teresa; PINHEIRO, Maria de Fátima; RANGEL, Rui. *Noções gerais sobre outras ciências forenses*. Porto: Faculdade de Medicina do Porto, 2003/2004. Disponível em: <http://medicina.med.up.pt/legal/NocoosGeraisCF.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

MAIA, Renato. *Filiação paternal e seus efeitos*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

MARIANO, João Cura. O direito de família na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: *Revista Julgar*, n. 21. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARQUES, João Paulo Remédio. Caducidade da acção de investigação da paternidade. O problema da aplicação imediata de lei n.º 14/2009 de 1 de abril às acções pendentes. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXV. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MARTINS, José Pedro Fazenda *et al.* *Temas de Direito da Filiação*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

MELO, Helena Gomes de. O direito ao conhecimento da origem genética. In: *Revista do Ministério Público*, n. 142. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. A “morte” do princípio do dispositivo?. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 147, n. 4007. Coimbra: Coimbra Editora, 2017.

_____. *Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I*, ministrada pelo senhor doutor professor Luís Miguel Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal. 2016-2017.

_____. Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 145, n. 3995. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/29621>. Acesso em: 25 jun. 2018.

MORGADO, Pedro Trigo. *Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil*. Lisboa: Petrony, 2016.

MOURA, Carolina. O Anonimato do Doador de Sêmen e o Direito à Origem Genética. In: *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, n. 47. Salvador: Universidade Salvador, 2006.

NEVES, Céu. *ONU rejeita mas Europa continua a ter a “roda dos enjeitados”*. Diário de Notícias, 2015 [on-line]. Disponível em: <https://www.dn.pt/sociedade/interior/onu-rejeita-mas-europa-continua-a-ter-a-roda-dos-enjeitados-4844006.html>. Acesso em: 17 abr. 2018.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. A Lei e o Laboratório: Observações acerca das provas periciais da filiação. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

_____. *Adoção e apadrinhamento*. 2017 [on-line]. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Adoc%CC%A7a%CC%83o-e-Apadrinhamen-to-civil-2017.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. Caducidade das acções de investigação. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Estabelecimento da filiação*. 2017 [on-line]. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Estabelecimento-da-Filiac%CC%A7a%CC%83o.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Sangue e o Direito: entre o ser e o pertencer. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134, n. 3924 e 3925, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de; COELHO, Francisco M. Pereira. *Curso de direito da família*, Vol. II, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Filhos de pai anônimo no século XXI! In: NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira. *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEYRANO, Jorge W. *El juez y la búsqueda de la verdade em el processo civil*. Disponível em: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/eljuezyaverdad.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. *El Principio de Cooperación Procesal*. 2011. Disponível em: http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_de_cooperacion_procesal.pdf. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. La Carga de La Prueba. In: *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*, 2013. Disponível em: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Lisboa: Petrony, 2001.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2010.

PINTO, Fernando Brandão Ferreira. *Filiação Natural*. Porto: Elcla Editora, 1995.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de Personalidade no Novo Código Civil Português e Novo Código Civil Brasileiro. In: CALDERALE, Alfredo. (org.). *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*. Milano, 2003.

_____. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: *Studia Iuridica*, n. 40, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

REGO, Carlos Lopes do. O Ónus da Prova nas Acções de Investigação da Paternidade: Prova Directa e Indirecta do Vínculo da Filiação. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação de paternidade: Recusa de cooperação do réu e inversão do ónus da prova. In: *Revista do Ministério Público*, n. 58, abr./jun., 1994. Disponível em: <http://rmp.smmp.pt/ermp/58/index.html#p=80>. Acesso em: 18 jun. 2018.

REIS, Alberto dos. *A posse de estado na investigação da paternidade ilegítima*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

_____. *Código de Processo Civil Anotado*. Volume IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao Conhecimento da Origem Genética*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O Novo Processo Civil: Os Princípios Estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Os Meios de Prova em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2016.

SERRANO, Agustín Luna. El concepto de presunción legal y las denominadas presunciones legales irregulares. In: LLUNCH, Xavier Abel; PICÓ Y JUNOY, Joan; GONZÁLEZ, Manuel Richard. *La Prueba Judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. Madrid: La Ley, 2011.

SILVA, Miguel Oliveira da. Introdução. In: *Bioética e Políticas Públicas*. Lisboa: CNECV, 2014.

SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. A Realização Coercitiva de Testes de ADN. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2002.

SILVEIRA, Ana Filipe. “Filho secreto” de Julio Iglesias apresentou provas falsas em tribunal. *Jornal de Notícias*, Portugal, 2018 [on-line]. Disponível em: <https://www.jn.pt/pessoas/in/interior/filho-secreto-de-julio-iglesias-apresentou-provas-falsas-em-tribunal-9054762.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: que consequências?*. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancias_01.2015. Acesso em: 18 jun. 2018.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. As alterações legislativas familiares recentes e a sociedade portuguesa. In: *Textos de Direito da Família*: para Francisco Pereira Coelho. Coimbra, 2016, p. 543. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/38893/1/As%20altera%C3%A7%C3%B5es%20legislativas%20familiares%20recentes.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2018.

STANZIONE, Maria Gabriella. Anonymous birth, medically assisted procreation techniques and right to know one’s origins in a comparative perspective. In: NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira. *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017.

STEFANELLI, Stefania. Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini. In: *Diritto privato*. Studi in onore di Antonio Palazzo. Torino, 2009. Disponível em: <http://www.8ealtro.it/files/22-AES-STEFANELLI-parto.anonimo.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

TELLES, Oscar. *Câmara arquiva permissão para parto anônimo*. Brasil, Câmara dos Deputados, 2011 [on-line]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ASSISTENCIA-SOCIAL/197644-CAMARA-ARQUIVA-PERMISSAO-PARA-PARTO-ANONIMO.html>. Acesso em: 10 abr. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum, Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VARELA, João Antunes de Matos. A inseminação artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. *In: Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

VARELA, João Antunes de Matos; BEZERRA, José Miguel; NORA, José Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

YAGÜE, Francisco Lledó. La prueba em los procesos de filiación. *In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ Y JUNOY, Joan; GONZÁLEZ, Manuel Richard. La Prueba Judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. Madrid: La Ley, 2011.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 149*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su_mula_101_200. Acesso em: 11 mai. 2018.

ESPAÑA. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 177/2007*. La Sala Primera de Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. Madri, 23 de julho de 2007. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/6144>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. *Acórdão do Tribunal Supremo. Sentencia n.º 460/2017*. Relator: D. Antonio Salas Carceller. Madri, 18 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/TS%20Civil%2018%20julio%202017.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

EUROPEAN Court of Human Rights. *Case of Godelli v. Italy*. Application n.º 33783/09. 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113460>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. *Odièvre v. France*. Application n.º 42326/98. 2003. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-65492?TID=yquikscqve>. Acesso em: 10 abr. 2018.

PORTUGAL. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 069813*. Relator: Joaquim Figueiredo. Lisboa, 21 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4c5353859de253f802568fc0039aa93?OpenDocument&Highlight=0,069813>. Acesso em: 06 mai. 2018.

_____. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 07B3451*. Relator: Pires da Rosa. Lisboa, 03 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/577e988adaee374f80257480002d5567?OpenDocument>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 08B2996*. Relator: Alberto Sobrinho. Lisboa, 23 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f0%2003fa814/95b25562bee2db32802574eb004691a6?OpenDocument>. Acesso em: 18 mai. 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 13262/14.7T8LSB-A.LI.SI*. Relator: Oliveira Vasconcelos. Lisboa, 02 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/DBB52F22D081C6CC80257FC7002FDFA5>. Acesso em: 29 mai. 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 2082/12.3TVLSB.LI.SI*. Relator: Salazar Casanova. Lisboa, 15 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/21742f7204741adf80257cdd00505248?OpenDocument>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 253/11.9TBVZL.LI.SI*. Relator: Ana Paula Boularot. Lisboa, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/74b218a27ae4e1f680257ef9004397ff?OpenDocument>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 440/12.2TBBCL.GI.SI*. Relator: Lima Gonçalves. Lisboa, 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/24719b8c248e594e802580b9004dda46?OpenDocument>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 49/07.2TBRSD.PI.SI*. Relator: Martins de Sousa. Lisboa, 15 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/00116c3741258c208025794a00612242?OpenDocument>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 5434/12.5TBLRA.CI.SI.SI*. Relator: Tomé Gomes. Lisboa, 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d%20d8b980256b5f003fa814/d0fa24a15bfa834a8025822e005b5868?OpenDocument>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 69/09.2TBMUR.PI.SI*. Relator: Serra Baptista. Lisboa, 24 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa%20814/efdc506e1362c14180257a090037dd45?OpenDocument>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 737/13.4TBMDL.GI.SI*. Relator: Pinto de Almeida. Lisboa, 03 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e1304e6b4f60c5f9802581ae004e99a4?OpenDocument>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 759/14.8TBSTB.E1.S1*. Relator: Lopes do Rego. Lisboa, 09 de março de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/622cd11b8ecc87d6802580df004ba331?OpenDocument>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 8928/11.6TBOER.L2.S*. Relator: Paulo de Sá. Lisboa, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/678e64c696408e4680257fb6004ef015?OpenDocument>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 994/06.2TBVFR.P1.S1*. Relator: Bittencourt de Faria. Lisboa, 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/60d39bf324cd7b4c802579ad0040a0bf?OpenDocument>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 256/12.6TBAVZ-A.CI*. Relator: Fonte Ramos. Coimbra, 14 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/3C54B7E902890B728025801F0047A1DE>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 5525/16.3T8CBR.C1*. Relator: Vítor Amaral. Coimbra, 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/49bbb7753413416d8025824a0050f1f6?OpenDocument>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 562/2002.C1*. Relator: Teles Pereira. Coimbra, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/fe01ed05ee6647d380257249005a4c9c?OpenDocument&Highlight=0,562%2F2002.C1>. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra. *Processo n.º 648/15.9T8LMG.C1*. Relator: Fonte Ramos. Coimbra, 20 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4c45349b1c34bce280258056004a7829?OpenDocument>. Acesso em: 18 mai. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. *Processo n.º 8346/16.0T8STB-B.E1*. Relator: Mário Coelho. Évora, 11 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2%20802579bf005f080b/f1f1a6efdce317398025812400566ed9?OpenDocument>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 25735/15.OT8SNT.LI-2*. Relator: Ondina Carmo Alves. Lisboa, 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4c2275e119e02e9680257813a00384528?OpenDocument>. Acesso em: 04 mai. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 10708/09.OT2SNT.LI-6*. Relator: Maria de Deus Correia. Lisboa, 29 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c01bff3737d2d9af80257d58003279ca?OpenDocument>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 1586-13.5TBCTX-A.LI-2*. Relator: Maria José Mouro. Lisboa, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bd713e697f8182a480257e620037d89f?OpenDocument>. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 486/2002.LI-2*. Relator: Ondina Carmo Alves. Lisboa, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/Jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/597bab21bbfbffec802576650060ee03?OpenDocument>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 514/13.2TVLSB-2*. Relator: Pedro Martins. Lisboa, 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/52f4d43612ceebbc80258225005410e4?OpenDocument>. Acesso em: 27 mai. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 541.09.4TCSNT.LI-7*. Relator: Maria do Rosário Morgado. Lisboa, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/395513c5f3a0b75d802576e1005ec546?OpenDocument>. Acesso em: 03 mai. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. *Processo n.º 8928/11.6TBOER.L2-1*. Relator: Manuel Marques. Lisboa, 22 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/82c96c63921713f980257ed8004b6f40?OpenDocument>. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto. *Processo n.º 2947/12.2TBVLG-B.P1*. Relator: José Igreja Matos. Porto, 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/4595549D618114D280257F840032AF92>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto. *Processo n.º 4047/08.0TBMTS.P1*. Relator: José Igreja Matos. Porto, 02 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/26fd1d94eed47d9b80257bdd00314c7b?OpenDocument>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 101/2009*. Processo n.º 963/06. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 23/2006*. Processo n.º 885/05. Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto. Lisboa, 10 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html?impressao=1>. Acesso em: 12 mai. 2018.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 401/2011*. Processo n.º 497/10. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa, 22 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110401.html>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 616/98*. Processo n.º 363/97. Relator: Conselheiro Artur Maurício. Lisboa, 21 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980616.html>. Acesso em: 11 jun. 2018.