

A LEI E O LABORATÓRIO

OBSERVAÇÕES ACERCA DAS PROVAS PERICIAIS DA FILIAÇÃO

Nesta época de contacto intenso entre a Biologia e o Direito, pode ser conveniente observar o estado das relações entre o direito positivo e a tecnologia forense.

Na primeira parte deste escrito resumirei os traços fundamentais ou mais expressivos do passado e do presente daquelas relações.

Na segunda parte, vou fazer alguns comentários sobre o grande ensejo actual de colaboração entre a lei e o laboratório: a prova positiva da paternidade nas acções de investigação. Vou descrever, em primeiro lugar, os pressupostos básicos do método seroestatístico. É certo que um técnico de laboratório fá-lo-ia com muito mais rigor do que eu; admito, porém, que seria menos eficaz ao dirigir-se a um público de juristas. Em segundo lugar, tratarei brevemente do valor conclusivo da prova pericial, nesta matéria.

A terceira parte do artigo é dedicada a algumas questões jurídicas que o progresso da biologia forense pode suscitar.

I — As relações entre a lei e o laboratório

A lei civil anterior ao Código de 1967 não «contava» com o laboratório, isto é, não esperava que os meios científicos auxiliassem a aplicação do Direito e bastava-se com os meios de prova

convencionais. Na verdade, se pensarmos num dos institutos mais típicos do direito da filiação — a *impugnação da paternidade* do marido da mãe — logo vemos que o direito daquela época não permitia sequer que o impugnante usasse meios de prova laboratoriais como a análise serológica: o autor só podia obter ganho de causa demonstrando a impossibilidade física de coabitação (por afastamento ou doença, etc.) ou a impotência (aqui admitia-se uma prova médica mas que era diferente das perícias laboratoriais).

Também em matéria de acções de *investigação da paternidade* o esforço do autor dirigia-se para a prova de uma das chamadas «condições de admissibilidade» que prescindiam das perícias que hoje nos interessam. E mesmo quando a acção era admitida e o investigador queria fazer a prova da filiação biológica, ele apoiava-se no valor presuntivo da condição de admissibilidade provada sem necessidade do auxílio laboratorial. (A *negação* da paternidade do réu, porém, era cabida e podia ter-se tentado recorrer à perícia hematológica. Mas, ainda assim, as acções não eram muitas e, sobretudo, o sistema, não convidava os agentes a recorrer aos laboratórios que, naturalmente, não se tinham equipado para o efeito).

Nestas condições de quase inutilidade das provas periciais — do ponto de vista da lei civil vigente na época — compreende-se que os laboratórios não tenham sentido estímulo para investir os seus meios técnicos e financeiros nesta área da pesquisa.

O Código de 1967 veio alargar um pouco a relevância dos meios de prova pericial da filiação.

O regime da acção de *impugnação da paternidade* foi alargado: admitiram-se dois novos fundamentos da acção; e um deles — a ocultação, pela mulher, da gravidez e do nascimento — abria a porta à demonstração, por qualquer meio incluindo os meios periciais, da exclusão da paternidade do marido. Isto significava ainda,

porém, uma abertura pequena e de escassa aplicação real nos tribunais.

No âmbito da acção (mais frequente) de *investigação da paternidade ilegítima*, como se dizia, não houve mudanças com repercussão directa na utilização das provas periciais. Poderá falar-se, no máximo, de uma repercussão indirecta resultante da introdução da *averiguação oficiosa* que multiplicou as acções de investigação e, deste modo, criou o ensejo para maior sensibilização dos juristas para os exames laboratoriais com relevo forense e criou o ensejo para alargar a defesa dos réus.

Nestas condições pode dizer-se que a lei ainda não «contava» com o laboratório; os juristas ainda não esperavam que os peritos os auxiliassem em tribunal; a «determinação da paternidade biológica» ainda não era pretendida e valorizada pela lei. (Pode ressaltar-se o regime da *impugnação da perfilhação*, embora pouco usado).

A lei queria que o pai fosse o marido da mãe; e, fora do casamento, queria que o pai fosse o perfilhante embora com o grande desvio da *averiguação oficiosa*.

Em suma, ainda não se tinha feito uma opção clara pela descoberta da verdade biológica da filiação.

Pode dizer-se que as coisas mudaram com a reforma de 1977. A intenção da Reforma foi clara, no ponto que nos ocupa: o art. 1801.º do C. C. diz hoje — «Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados». É certo que este princípio de admissibilidade dos meios técnicos já resultava da possibilidade antiga e mais vasta de usar provas periciais, em geral (abrangendo exames, vistorias, avaliações) mas, até por ser desnecessário, o art. 1801.º mostra que o legislador de 1977 fez questão de referir os meios de prova científica e dar-lhes o relevo que desconheciam até aí.

Depois, ao modificar os institutos que nos têm servido de apoio da exposição, a Reforma abriu nitidamente o caminho aos meios laboratoriais.

A *impugnação da paternidade* do marido deixou de ter fundamentos taxativos. O autor prova por qualquer meio que o marido não é (muito provavelmente) o pai do filho. Eis, naturalmente, um domínio de eleição da prova negativa da paternidade.

Por outro lado, a *prova da filiação fora do casamento* é livre, não está sujeita às antigas condições da admissibilidade. Isto é, o regime das investigações da paternidade está hoje aberto quer às provas *negativas* quer às *provas positivas* do vínculo biológico.

O estado presente das relações entre a lei e o laboratório mostra que a lei «quis» depender da capacidade técnica laboratorial, consciente de que precisava de acompanhar o progresso da biologia forense.

(Não pretendo dizer que as provas convencionais tenham perdido o seu lugar. Não parece que isto tenha acontecido mesmo nos países onde a tecnologia forense se desenvolveu mais; e, por outro lado, sempre devemos lembrar que o juiz é o senhor da apreciação das provas, é o dono do processo, apesar de alguma inflexão que resulta, p. ex., do novo art. 163.º do C. P. Penal).

Assim, as condições de colaboração entre os juristas e os técnicos especializados nos exames com relevo forense nunca foram melhores. O que parece difícil, a julgar até pela experiência recente em outros países, é a comunicação entre as duas áreas profissionais tão diferentes, com linguagem e mentalidade diversas.

É razoável que os juristas sintam algum mal-estar em face de provas periciais cujo alcance compreendem mal e cujos pressupostos lhes escapam. Os exames são bem feitos em Portugal? São bem feitos por todos os laboratórios? Há um número mínimo obrigatório de testes?

O decurso do tempo e a prática jurisprudencial encarregar-se-ão de dissipar alguma desconfiança compreensível. Neste sentido conviria também que os organismos de tutela estandardizassem os procedimentos e fomentassem a uniformidade na apresentação das conclusões.

Em breve não restarão dúvidas acerca do valor probatório das provas hematológicas e seroestatísticas.

II — A prova seroestatística

Nos últimos anos, os laboratórios de biologia forense passaram a incluir nos seus relatórios, nos casos em que não obtêm exclusão da paternidade, uma conclusão sobre a probabilidade de um indivíduo ser o progenitor de outro. Por outras palavras, passou a fazer-se o cálculo seroestatístico segundo o método de HUMMEL¹.

As provas serológicas positivas da paternidade, ou provas seroestatísticas, repousam sobre um cálculo de probabilidades. O objectivo da perícia é o de confrontar o réu com um outro homem qualquer, no que respeita à possibilidade de um deles ser o pai do investigante. Em face das características genéticas da mãe, do filho e do réu, procura saber-se qual é a probabilidade de este ser o progenitor, em vez de um outro homem qualquer, desconhecido.

¹ Vejam-se, entre outros, BRITZE, G. — *Rechtsfragen der Vaterschaftsbegutachtung*, in «*Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis*», 3.ª ed., Göttingen, Otto Schwartz, 1978, p. 35-39; GAUL, H. F. — (*Anotações ao § 1600 do BGB*), in SOERGEL — «*Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*», Band 6, §§ 1297-1921, 11.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1981, p. 1028-1039; SCHOLL, Claus — *Biostatistische Vaterschaftswahrscheinlichkeit und Essen-Möller-Verfahren*. «*Neue Juristische Wochenschrift*», 1979, p. 1916-1919; HUMMEL, Konrad — *Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht*. «*Neue Juristische Wochenschrift*», 1981, p. 605-610.

Este juízo de probabilidade supõe, em primeiro lugar, que se conheçam as características genéticas dos intervenientes na causa. Este pressuposto cumpre-se através do estudo dos grupos sanguíneos eritrocitários, plasmáticos, enzimáticos e leucocitários.

Em segundo lugar, o método seroestatístico implica que se conheça o mapa génico da população. Isto é, obriga a que se determine previamente a frequência (a abundância ou a raridade) com que cada marcador genético aparece na população em que se integra o réu.

Em terceiro lugar, relacionam-se os dois elementos anteriores através de uma fórmula matemática. Por outras palavras, confronta-se a individualidade genética do réu com as frequências génicas da população. Quanto mais raras forem as características genéticas do réu — que se encontrem também no filho — maior será a probabilidade de ser ele o pai e não outro homem qualquer; quanto mais vulgar for a constituição genética do réu, mais facilmente se admite que o progenitor possa ser ele ou outro homem qualquer.

No que respeita ao primeiro elemento — o estudo serológico do réu — o número e o tipo de exames efectuados é fundamental; na verdade, a «fisionomia» genética de um certo indivíduo tem de basear-se sobre um conjunto de dados cuja extensão tem sido definida pela ciência e prática médico-legais. Assim, o número e o tipo de exames deve ser suficientemente alargado para caracterizar o indivíduo e também para explorar as possibilidades de o excluir como progenitor; sem, por outro lado, cair no exagero de esgotar todas as possibilidades científicas — morosas e caras — quando a utilidade de mais um exame começa a parecer diminuta.

A prática internacional indica que se costuma fazer cerca de vinte exames — o que acontece também no nosso país. Note-se

que a realização de mais algum teste, ou a modificação das técnicas utilizadas em algum dos testes efectuados, pode não influir no resultado da perícia mas, provavelmente, leva à alteração do resultado final em algum dos seguintes sentidos possíveis: a exclusão da paternidade; a diminuição da percentagem final; o aumento da percentagem final.

O segundo elemento básico desta perícia é, como já escrevi, a disponibilidade de um mapa génico da população.

A perícia seroestatística será tanto mais perfeita quanto mais perfeito for o mapa génico utilizado.

Deve dizer-se antecipadamente que um mapa génico nunca resulta do conhecimento exaustivo das características genéticas de todos os membros de uma população determinada. Ele resulta sempre de uma amostragem, sendo certo que a selecção e a extensão dos indivíduos analisados obedece a critérios científicos ponderados e julgados bastantes para o efeito de que se trata. Os mapas génicos que vêm sendo utilizados em Portugal são mapas respeitantes ora à população europeia branca no seu conjunto, ora à população branca norte-americana, ora à população espanhola, sobretudo galega. Começa também a dispôr-se dos primeiros mapas actualizados de marcadores genéticos da população portuguesa.

Importa sublinhar que a circunstância de se utilizar um mapa — e não outro — traduz-se numa diferença do resultado final. Assim, relativamente a um réu português, é altamente provável que a utilização de um mapa português dê um resultado diferente do que se apura utilizando as frequências de populações a que o réu não pertence². Mas, por uma questão de rigor, é necessário dizer que as variações resultantes da utilização deste ou daquele mapa disponível não são grandes; pode honesta-

² Sobre este aspecto veja-se SCHOLL, Claus — *Biostatistische...*, cit., p. 1918.

mente supor-se que a alteração do resultado se cifre em apenas escassas décimas, no máximo.

Apreciemos agora o terceiro elemento que integra o método seroestatístico de afirmação da paternidade — a relação matemática entre a individualidade genética do réu e as frequências génicas da população.

A fórmula de *Essen-Möller* que se usa para determinar a probabilidade de paternidade é utilizada em todos os países e merece todo o crédito. Isto não invalida, porém, que se trate de um método de cálculo de probabilidades que admite uma margem de erro; inclusive porque opera com dados que são estabelecidos *a priori*. Assim, parte-se do pressuposto de que a probabilidade *a priori* de o réu ser o pai é de 50% — supondo-se que o réu tanto pode ser o pai como não ser. Esta probabilidade *a priori* de 50% é utilizada para que a fórmula seja neutra. Mas a neutralidade — que convém em abstracto — pode não quadrar bem com a realidade efectiva e concreta que as provas convencionais e o conhecimento global do caso sugiram: o pressuposto técnico de que o réu tem as mesmas probabilidades de ser ou de não ser o progenitor pode mostrar-se claramente falso numa avaliação liminar do caso concreto. E se, ao fazer as contas, se mudasse o valor de probabilidade *a priori*, a conclusão também mudaria: um valor *a priori* de 10% ou de 90% contra o réu daria, respectivamente, uma probabilidade mais baixa ou uma probabilidade mais alta de ser ele o progenitor³.

Acrescente-se, por último, que o método de *Essen-Möller* utilizado por Hummel e pressuposto pelas suas tabelas não é o único. Os especialistas franceses, por exemplo, dão nota de outros processos matemáticos que atingem resultados diferentes, embora de valor aproximado^{3a}.

³ Veja-se, ainda, SCHOLL, Claus — *Biostatistische...*, cit., p. 1918.

^{3a} SALMON, D. — *Aide ou diagnostic et paternité à partir des marqueurs do polymorphisme génétique*. Paris, UER, Salpêtrière, 1977.

No termo do processo que utiliza os três elementos enunciados obtém-se a probabilidade de o réu ser o progenitor, em vez de outro homem qualquer escolhido ao acaso na população.

A experiência interdisciplinar do método, a prática médico-legal e jurisdicional, permitiu elaborar uma conversão dos valores percentuais em expressões verbais ou «predicados verbais» (traduzindo a frase alemã *Verbales Prädikat*).

O resultado desta conversão é a chamada «escala de Hummel» que se apresenta, resumidamente, deste modo:

Probabilidade de paternidade:	Tradução verbal:
igual ou superior a 99,73%	Paternidade praticamente provada
de 99% incl. até 99,73% excl.	Paternidade altamente provável
de 95% incl. até 99% excl.	Paternidade muito provável
de 90% incl. até 95% excl.	Paternidade provável
de 10% incl. até 90% excl.	Resultado sem relevância

O que vale uma perícia seroestatística para a decisão de uma causa?

Vale... o que vale. Não deve exagerar-se, nem diminuir-se, o interesse probatório do cálculo seroestatístico.

É necessário prevenir, desde logo, contra a sobrevalorização das percentagens obtidas, com base nos hábitos vulgares de raciocínio. Com efeito, um valor de 89%, por exemplo, é bastante alto na avaliação comum das coisas da vida. No entanto, não é justo utilizar neste domínio específico o mesmo quadro de valores que se utiliza da vida corrente. Basta verificar que, segundo a escala de Hummel, o valor de 89% não significa nada (!) enquanto na ponderação corrente da vida prática significaria uma grande probabilidade de um evento ter acontecido. Em suma, os valores percentuais têm aqui um sentido técnico específico e como tal devem ser ponderados.

Deve ainda considerar-se que se trata de uma conclusão estatística que pode variar em função das mudanças que se introduzam nos pressupostos básicos. A alteração do número de exames, a modificação das técnicas usadas em cada exame, a escolha do mapa génico utilizado, ou a aplicação deste ou daquele método de cálculo de probabilidades, conduzem a variações dos resultados. Por pequenas que sejam, estas variações podem traduzir-se numa mudança de escalão na tabela de Hummel: por exemplo, podem fazer com que um resultado de 99,73%, correspondente a uma «paternidade praticamente provada», acabe por descer para 99,65%, correspondente a uma «paternidade altamente provável»; ou vice-versa.

Tem de pensar-se, também, que um resultado, digamos, de 98% não esconde a remota possibilidade (de 2%) de outro homem qualquer — que não o réu examinado — ser afinal o progenitor do investigante. Esta remota possibilidade tem mais ou menos peso consoante as circunstâncias do caso: se o juiz, por exemplo, acreditar que vários homens coabitaram com a mãe no período legal da concepção, poderá recear que algum desses outros homens seja afinal o pai verdadeiro; pelo contrário, se o juiz admitir que só o réu coabitou com a mãe do filho, ou se admitir que conhece todos os homens que coabitaram com a mulher e apurou a probabilidade de cada um deles ser o pai, tenderá a desvalorizar aquele risco mínimo de errar na decisão contra o réu.

Estas observações permitem entender bem a diferença de valor conclusivo entre a prova hematológica que *exclui* a paternidade e a prova hematológica-estatística que *afirma* a paternidade. Quando o perito exclui a paternidade está seguro de que o réu não pode ser o pai, em face da incompatibilidade genética verificada no laboratório; quando o perito afirma a paternidade limita-se a exprimir a probabilidade estatística de o réu ser o pai.

É por isto que, embora os resultados seroestatísticos tenham uma aceitação crescente nas acções de filiação e constituam um meio de prova muito importante, é costume dizer-se que eles não devem dispensar um conhecimento global do caso e de outros elementos probatórios concorrentes que ajudem a formar a convicção do tribunal.

Sem prejuízo do respeito por este princípio, julgo que a certeza estatística que se pode obter hoje, nos laboratórios portugueses, não é menor do que a certeza prática que sempre basta para fundar as decisões judiciais. Isto vale por dizer que não é facilmente aceitável que um tribunal despreze um resultado positivo de, digamos, 99% e resolva em sentido contrário com base em provas convencionais.

III — Novos aspectos jurídicos

Se é verdade que as modificações legislativas podem ter incrementado as provas periciais, também é verdade que a generalização e a eficiência destas podem suscitar novas dificuldades jurídicas.

a) Julgo que valeria a pena reflectir sobre a legitimidade passiva nas acções de investigação (ou nas acções de estado, em geral).

Quando o autor não pudesse distinguir o pretense pai de entre os indivíduos que tivessem coabitado com a mãe na época provável da concepção, poderia pensar-se em admitir que ele formulasse o pedido em alternativa, demandando simultaneamente os possíveis progenitores e pedindo que fosse declarada a paternidade daquele que, segundo o resultado da prova, tivesse sido o responsável pela gestação. Supondo que todos se submetiam à prova pericial, bem poderia chegar-se a conhecer de um modo claro e rápido contra qual deles a acção deveria prosseguir.

Diga-se já que os termos do art. 468.º do Código de Processo Civil não permitem tal coisa; o pedido alternativo supõe uma obrigação alternativa⁴. Tratar-se-ia, é claro, de modificar esta regra; não haverá obstáculo decisivo que impeça a admissibilidade de pedidos alternativos para além do caso puro das obrigações alternativas. No fundo, a questão essencial seria a de reconhecer que o direito processual declaratório foi concebido para desenvolver relações patrimoniais, e que os procedimentos típicos carecem de adaptação aos problemas de natureza pessoal que — como é o caso — podem fazer exigências peculiares.

A ideia de formular o pedido em alternativa nesta matéria é, aparentemente, sedutora, talvez pela simplicidade com que traduz a dúvida que o autor (ou a sua mãe) pode sentir quanto à responsabilidade pela fecundação. Convenhamos, porém, que a execução dessa ideia não parece muito elegante e poderia dar causa a uma «aliança» de conveniência entre os réus que acabaria afinal por prejudicar o autor em lugar de o favorecer⁵.

Outra ideia — mais exequível — seria a de admitir a intervenção principal, ao menos⁶ quando se pretendesse que a mãe do filho teria coabitado com outro homem durante a época provável de concepção e que este poderia ser o pai, em lugar do réu.

O direito vigente (art. 351.º do C.P.C.) exclui esta faculdade de intervenção principal sucessiva, pois exige que o interveniente tenha um interesse igual ao do autor ou do réu, e isto depende

⁴ CASTRO, Artur Anselmo de — *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1981, p. 158.

⁵ GERNHUBER, Joachim — *Lehrbuch des Familienrechts*, 3.ª ed., München, C. H. Beck, 1980, p. 892; LÜDERITZ, Alexander — *Zur Reform des Verfahrensrecht in Kindschaftsachen*, «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», Bielefeld, 1966, p. 621.

⁶ Excluindo, por agora, a intervenção espontânea, ao lado do autor, daquele que, para evitar o risco de um novo pleito contra si próprio, está interessado em ajudar o filho na procedência da acção.

de ele ser também sujeito da mesma relação material controvertida. Mais uma vez parece que a norma está concebida para as hipóteses normais em que se discute a condenação ou absolvição a propósito de um vínculo patrimonial já formado, e que ela não serve para a acção de investigação em que se pretende constituir a relação jurídica.

A intervenção daquele segundo homem poderia interessar a ele mesmo, desejoso de esclarecer imediatamente as dúvidas acerca da sua responsabilidade na concepção; a intervenção poderia interessar ao juiz da causa que achasse vantagem no contacto mais estreito com este progenitor possível, ou que quisesse acentuar perante ele o dever de colaboração para a descoberta da verdade; a intervenção seria vantajosa, por fim, do ponto de vista da economia processual, sempre que se tornasse patente, sobretudo através da prova seroestatística, que o segundo homem é que seria, provavelmente, o progenitor. A acção improcederia contra o réu primitivo e o esforço judicial seria dirigido contra o segundo homem, num procedimento que os autores alemães designam por «mera formalidade»⁷⁻⁸. Com efeito, seria de esperar que toda a prova necessária para um juízo fundado já tivesse sido produzida — com audiência contraditória — na altura em que a lide se dirigia contra o réu primitivo.

b) A grande eficácia dos novos meios técnicos contrasta muito com os velhos métodos da prova testemunhal que, aliás,

⁷ LÜDERITZ, Alexander — *Zur Reform...*, cit., p. 622; GERNHUBER, Joachim — *Lehrbuch...*, cit., p. 892. Cfr. também WIESER, Eberhard — *Streitverkündung im Verfahren zur Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft*, «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», 1971, p. 393-395.

⁸ Veja-se, para o direito suíço, HEGNAUER, Cyril — *Grundriss des Kindesrechts*, 2.ª ed., Bern., Stämpfli, 1983, p. 62.

Veja-se, para o direito francês, o art. 311-10 do *Code Civil*; BÉNABIST, Alain — *Droit Civil. La Famille*, 2.ª ed., Paris, Litec, 1984, p. 300-301; e ainda COLOMBET, Claude, et al. — *La Filiation légitime et naturelle*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1977, p. 76.

no domínio das acções de investigação da paternidade se torna especialmente apaixonada e mentirosa.

Não seria para admirar que uma defesa menos convicta da sua razão preferisse sistematicamente recusar-se a submeter-se a exames hematológicos, para jogar os seus trunfos do modo tradicional. É certo que a recusa seria livremente apreciada e o juiz poderia tirar dela uma consequência desfavorável. Mas pode razoavelmente duvidar-se da eficácia desta sanção.

A alternativa seria a da compulsão pelo uso da força.

Chegado a este ponto, dou por reproduzida a extensa doutrina e o direito positivo sobre a tutela dos direitos fundamentais à integridade física e moral. Feito isto, seria difícil admitir que os exames pudessem ser impostos pela força física.

É verdade que o Código de Processo Penal prevê, com frequência, a utilização da força (cfr. os arts. 116.º, n.º 2, 172; 273.º e 323.º). Mas sempre se dirá que os interesses aí prosseguidos justificam mais restrições à liberdade individual do que no processo civil; que, apesar disto, não deixa de se estabelecer o princípio de que são nulas as provas obtidas mediante coacção ou, em geral, ofensa da integridade física (art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, c)); dir-se-á, por último, que nem no âmbito do processo penal é seguro e pacífico que a utilização da força física, mesmo em casos contados, seja compatível com os direitos constitucionais à integridade física e à integridade moral⁹.

Posto isto, fique ao menos a consciência nítida de que, se não estamos no âmbito do processo penal, também não estamos no domínio do processo civil típico. Os interesses ligados ao estado das pessoas são interesses públicos, tendencialmente indisponíveis, a justificar, por exemplo, quer uma ampla intervenção

⁹ DIAS, Jorge F.; MONTEIRO, Jorge S. — *Responsabilidade médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984, p. 56.

do Ministério Público como parte principal, mesmo a título officioso, quer o afastamento dos efeitos da revelia (art. 485.º c) do C.P.C.).

Foi certamente a natureza destes interesses que justificou, no direito alemão, o reconhecimento expresso da faculdade de compelir pela força física o renitente a apresentar-se no laboratório para efeitos das colheitas necessárias (§ 372 a) (2) ZPO).

Se o direito alemão não puder ser modelo neste particular — mesmo para um sistema como o nosso que, no âmbito do processo civil, admite que uma testemunha possa ser forçada a comparecer sob custódia perante o juiz (art. 629.º, n.º 2 do C.P.C.) — ao menos que a consequência legal estabelecida seja usada de um modo tão eficaz quanto possível. Isto é, ao menos que os tribunais tendam a fundar nas recusas consequências probatórias desfavoráveis, e assim criem uma garantia suplementar da obrigação de cooperar para a descoberta da verdade.

Seria pena que o exercício fraudulento de direitos fundamentais levasse a desperdiçar a eficácia de meios de prova pericial e, deste modo, comprometesse o direito do filho ao estabelecimento da paternidade.

c) O desenvolvimento e a generalização das perícias médico-legais criam o sentimento um pouco grosseiro de que as acções de investigação, ou outras acções de estabelecimento dos vínculos de parentesco, se resolvem no laboratório. Sendo assim, é natural que se pense na faculdade de obter resultados periciais fora de qualquer processo judicial; e se pense na criação de laboratórios diferentes dos tradicionais.

No domínio do estabelecimento da filiação concebem-se hipóteses em que a produção extrajudicial e pré-judicial da prova teria vantagens. Pensemos no indivíduo que, na dúvida sobre a sua condição de pai, só perfilha se tiver a prova bastante da sua responsabilidade; pensemos também que o Ministério

Público já beneficia da prova pré-judicial no âmbito da sua competência oficiosa.

Porém, ressalvado o caso da actuação do Ministério Público, o livre acesso à prova pericial fora de uma causa tem mais inconvenientes do que vantagens. Seria muito desagradável que, por mera curiosidade, alguém pudesse obter uma prova científica e, com base nela, discutir fora de um processo um vínculo familiar estabelecido; como seria muito inconveniente que se pudesse exhibir uma prova decisiva sem intenção de a usar judicialmente ou numa altura em que, por força da caducidade, já não seria possível usá-la judicialmente¹⁰.

Parece, assim, mais razoável insistir em que a prova pericial só deve poder ser usada no seio de um processo em curso ou, no máximo, nos casos admitidos de produção antecipada de prova¹¹ ou de averiguação oficiosa pelo Ministério Público.

O segundo problema enunciado nesta alínea é o de saber quais serão os laboratórios competentes para a execução das perícias. Pode dizer-se que o interesse fundamental a satisfazer é o da boa execução dos exames, segundo as normas internacionais próprias, acompanhada pela fiscalização conveniente. Sendo assim, admito que um laboratório privado possa reunir as condições indispensáveis para satisfazer este desiderato. Porém, a melhor realização técnica da perícia não é único valor que se deve proteger. Interessa também garantir que a realização dos exames se faça sob a égide do tribunal, num organismo auxiliar, sem escopo lucrativo, que partilhe da isenção e do prestígio das

¹⁰ Cfr., porém, o que se escreve adiante, em *d*).

¹¹ Por exemplo, quando se prevê a morte da mãe na sequência do parto e é conveniente colher amostras de sangue para a realização das perícias.

instâncias oficiais, e que seja permeável a uma tutela e fiscalização seguras.

Parece-me mais sensato, pois, confinar a execução das perícias a laboratórios oficiais.

d) O progresso e a generalização das perícias médico-legais pode suscitar entre nós a questão de saber se a disponibilidade de um novo meio de prova justifica uma revisão de sentença transitada em julgado. Trata-se, afinal, de saber se um novo relatório pericial, baseado em testes mais modernos e conclusivos, pode valer como «documento» nos termos e para os efeitos do art. 771.º, al. *c*) do Código de Processo Civil¹².

Em face da noção muito ampla de documento que o Código Civil acolhe, não haveria dificuldade em qualificar como tal o relatório do perito.

A primeira dificuldade surge, porém, quando sentimos que este documento especial não aceita bem o regime positivo típico sobre a força probatória — regime e força probatória que, no fundo, são a base que sustenta a faculdade de rever uma sentença transitada em julgado.

Apesar disto, o documento em que se traduz a conclusão do perito pode assumir uma força probatória indiscutível, e neste caso poderia valer tanto como um clássico documento escrito para o efeito de justificar a revisão de sentença. Tudo estaria em definir as condições em que o relatório pericial assumiria aquele valor probatório suficiente.

Estas condições diriam respeito, naturalmente, à boa qualidade do laboratório e à categoria do perito, à natureza do método científico utilizado e à capacidade de esclarecimento que os

¹² Sobre a questão, em geral, veja-se REIS, Alberto dos — *Código de Processo Civil*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1953, p. 352-358.

resultados, em si mesmos, manifestassem. Para concretizar, poderia dizer-se que uma perícia hematológica de exclusão da paternidade feita num laboratório oficial, nas condições habituais, poderia bastar para, «por si só (...) modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida» (cfr. o art. 771.º, al. c) do C.P.C.) e, deste modo, sustentar a revisão da sentença que declarara a paternidade do réu. Para dar outro exemplo: um novo exame estabelecendo uma probabilidade altíssima de o réu ser o pai deveria ser bastante para modificar o estado de incerteza que, na investigação de paternidade, conduzira à absolvição do réu.

Este problema foi discutido na doutrina da República Federal Alemã durante alguns anos e a opinião dominante¹³ aceitava que o resultado de uma nova perícia podia valer como documento novo para o efeito de revisão de sentença. Em 1969 acrescentou-se um artigo ao código de processo consagrando aquela orientação e precisando que o recurso de revisão com base em nova perícia não estava sujeito a prazo de caducidade, ao contrário do regime geral (§ 641 i da ZPO).

Parece ser um grande passo aceitar que o caso julgado ceda perante uma conclusão decisiva resultante de um novo meio pericial. E é. Mas o passo talvez se justifique em homenagem ao estabelecimento da verdade sobre o estado das pessoas, apesar de comprometer a certeza já alcançada.

Note-se, porém, que a relevância prática desta orientação seria pequena. Com efeito, desde que não se admita que se possa obter novos meios de prova pericial fora de uma acção não se vê

¹³ GAUL, Hans — *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*, Bielefeld, E. und W. Giesecking, 1965; e, do mesmo autor, *Das künftige Verfahren zur Feststellung des unehelichen Vaterschaft und seine Wiederaufnahme*, «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», Bielefeld, 1963, p. 208-221. V., ainda ROSENBERG; SWAB — *Zivilprozessrecht*, 12.ª ed., München, C. H. Beck, 1977, p. 916.

facilmente como seria possível obter o tal documento novo que justificaria a revisão da sentença¹⁴.

e) O regime legal português da investigação da paternidade fora do casamento pode parecer escusadamente complicado se o compararmos com aquele que vigora nos sistemas jurídicos estrangeiros — sobretudo com o sistema germânico onde a mera prova da coabitação faz presumir a paternidade contra o réu. Se a atitude de princípio do legislador dos dois países é a de admitir a prova livre do vínculo biológico, temos de convir que o sistema da R.F.A. satisfaz o objectivo fundamental com muito maior singeleza.

Julgo, porém, que a escolha entre um regime como o nosso ou como o que vigora na R.F.A. depende, em grande parte, da maior ou menor disponibilidade dos meios científicos de exclusão do vínculo de progenitor. Se a paternidade se presume contra o réu com base na mera prova de coabitação é forçoso que o presumido pai disponha das maiores possibilidades de obter uma prova *negativa* da paternidade quando ele não é, de facto, o progenitor. Esta faculdade de obter facilmente uma perícia que ateste a *exclusão* está garantida na R.F.A há bastante tempo — ao contrário do que vem acontecendo no nosso país. É certo que, desde há alguns anos, pode dizer-se que os laboratórios nacionais estão em condições técnicas de produzir resultados fidedignos de exclusão da paternidade; mas resta ponderar o preço relativamente caro dos exames e o custo pessoal da deslocação

¹⁴ Ao que parece, nem quando se admite o acesso livre ao laboratório se torna muito mais viável a produção de um novo meio de prova já que, fora de uma acção, os interessados não têm o dever jurídico de cooperar para a descoberta da verdade e não se dispõem a colaborar em novos exames contra o seu interesse pessoal. Cfr. GERNHUBER, Joachim — *Lehrbuch...*, cit., p. 899 e 900; e REINHEIMER, Hans — *Die gerichtliche Feststellung der nichteheliche Vaterschaft*, «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», Bielefeld, 1970, p. 122.

dos interessados até aos laboratórios. Julgo que as perícias de exclusão da paternidade — embora tecnicamente irrepreensíveis e fidedignas — ainda não são baratas e exequíveis sem excessivo incómodo, de tal modo que o sistema legal possa organizar-se com base nelas sem onerar demasiado os eventuais réus.

No momento em que se puder dizer que um réu, no nosso país, tem uma real facilidade de obter uma perícia de exclusão da paternidade, será altura de pensar em fazer valer entre nós um regime legal como o que vigora na R.F.A..

GUILHERME F. FALCÃO DE OLIVEIRA