Revista Crítica de Ciências Sociais, N.º 55, Novembro 1999: 167-184

HELENA CRISTINA FERREIRA MACHADO
Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia
Universidade do Minho

"Vaca que anda no monte não tem boi certo": uma análise da prática judicial de normalização do comportamento sexual e procriativo da mulher.

A interacção entre o direito e a biologia forense, presente na prática judicial de investigação de paternidade, convida a reflectir sobre alguns cenários que decorrem dos usos institucionais de informação genética. Com base num estudo de caso e partindo da hipótese de que a actual receptividade do sistema jurídico aos testes genéticos de determinação de paternidade, constitui uma interrelação complexa entre o sistema de patriarcado, o poder judicial e o poder científico, analiso aqui de que modo este fenómeno tem vindo a estabelecer novos parâmetros de uma "política de reprodução" dirigida às mulheres. Acabei por chegar a duas conclusões principais: por um lado, verifiquei que desta intersecção entre o direito e a biologia forense, tem resultado a (re)criação de oposições binárias entre homens e mulheres, de onde sai reforçada uma noção de "paternidade" vinculada a um determinismo biológico e uma noção de "maternidade" adstrita a elementos de caracterização moral e psicológica da progenitora. Por outro lado, pude comprovar que os testes genéticos ao permitirem uma determinação "segura" da paternidade, vieram conferir aos tribunais um poder acrescido de controlo dos comportamentos sexuais e procriativos femininos que fogem aos padrões convencionais de fidelidade da mulher a um só parceiro sexual.

1. Introdução

O comportamento sexual e procriativo da mulher é um elemento essencial para o modo como esta é avaliada e classificada em diferentes esferas da sociedade portuguesa. Este tipo de comportamento da mulher é controlado e regulamentado a nível da ideologia e das práticas veiculadas pelo Estado, nomeadamente pela prática judicial de investigação de paternidade.

A relação que o sistema judicial português estabelece com a maternidade fora do casamento deixa em aberto inúmeras perspectivas de análise do fenómeno de controlo e regulamentação do comportamento sexual e procriativo da mulher. A evolução histórica da prática judicial de investigação de paternidade pode ser, em si mesma, um objecto de investigação claramente

revelador dos padrões de interacção entre homem e mulher que têm dominado na sociedade portuguesa. No entanto, neste contexto, o meu objecto de estudo é menos ambicioso e restringe-se à análise sociológica da prática judicial de investigação de paternidade no momento actual. De acordo com a lei portuguesa em vigor, nos casos em que ocorre um nascimento fora do casamento e o registo é feito apenas com a identificação da mãe, cabe ao Estado, por intermédio do Ministério Público, procurar estabelecer a paternidade da criança.

Algumas das conclusões que agora apresento baseiam-se num estudo de caso que tenho vindo a desenvolver num tribunal judicial situado no Norte de Portugal. Uma parte significativa da minha investigação empírica baseia-se na análise documental de processos judiciais de averiguação oficiosa de paternidade e na observação directa da prática judicial neste domínio. A minha hipótese de trabalho principal é a de que a lei e a prática judicial de investigação de paternidade constituem um mecanismo subtil e eficaz de controlo da actividade sexual e procriativa da mulher através da imposição de um determinado modelo de feminilidade e de vida familiar, com o objectivo de adaptar as condutas individuais aos padrões normativos de grupos sociais dominantes (neste caso, os actores sociais que produzem leis e os que as aplicam). Esse quadro de valores dominante na sociedade portuguesa define como “desejável” que a prática de relações sexuais e a procriação por parte das mulheres ocorra dentro do enquadramento institucional do casamento.

A investigação judicial de paternidade resulta assim da combinação complexa entre a preocupação “oficial” em estabelecer a paternidade de determinado menor e certos modelos normativos de relacionamento entre homem e mulher, muito semelhantes aos que podemos encontrar no domínio da família e da instituição do casamento. Como defende a socióloga britânica Mary Eaton, a linguagem e a prática jurídica tende a exprimir um modelo de vida familiar e de sociedade que é ideologicamente dominante e que reforça a posição socialmente subordinada das mulheres (Eaton, 1980). Aceitando esse pressuposto de análise e tomando como base empírica o caso específico da prática judicial de investigação de paternidade, procuro aqui questionar a ideologia da “imparcialidade” e da “neutralidade” pela qual o sistema jurídico deseja pautar todos os seus procedimentos (Bourdieu, 1986; Santos, 1980).

Numa primeira parte, procedo a uma breve descrição do conteúdo de um conjunto de processos judiciais de investigação de paternidade que decorreram num tribunal situado no Norte de Portugal, entre 1980 e 1994. Com base na análise de conteúdo dessa documentação e na observação directa que fiz das práticas judiciais que lhe estão associadas, procuro provar que, nesta dimensão específica do campo jurídico, as mulheres são alvos privilegiados de procedimentos "normalizadores" de comportamentos sexuais e procriativos. Numa segunda parte, analiso de que modo a aplicação crescente de testes genéticos em investigações judiciais de paternidade tem vindo a estabelecer novos parâmetros de uma "política de reprodução" dirigida às mulheres. Numa última parte, procedo a uma reflexão sobre os contornos actuais da relação entre o Direito e a Genética. Nomeadamente, acabo por concluir que deste tipo de relação entre o Direito e a Ciência têm sido recriadas oposições binárias entre homem e mulher, saindo reforçada uma noção de "paternidade" vinculada a um determinismo biológico e uma noção de "maternidade" adstrita a elementos de caracterização moral e psicológica.

2. A prática judicial de investigação de paternidade

Com o Código Civil de 1966, a lei portuguesa criou a "averiguação oficiosa de paternidade", que decorre em tribunal para investigar a paternidade de todo o menor cujo registo de nascimento não indique a identidade do pai. É da responsabilidade dos funcionários do Registo Civil remeter ao tribunal competente toda a certidão de nascimento "incompleta"[1], para que o Ministério Público possa iniciar o processo de averiguação oficiosa de paternidade.

De acordo com a lei portuguesa em vigor, se a mãe do menor não é casada no momento do registo de nascimento e se o pretenso pai não reconhece a paternidade, o Ministério Público inicia a investigação de paternidade. No caso de a mãe do menor ser casada, a lei formula a presunção de que o pai da criança é o *marido* da mãe.[2] Com isto, o sistema

[1] Se o funcionário do Registo Civil verificar que o menor registado é fruto de uma relação incestuosa, não deve remeter para tribunal o registo de nascimento, de acordo com o artigo 121º nº 3 do Código de Registo Civil, que diz o seguinte: "A remessa da certidão não tem lugar se, conhecido o nome do pretenso pai, o conservador verificar que este e a mãe são parentes ou afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral".

[2] *Pater is est quem nuptiae demonstrant.*

jurídico português parte de um quadro normativo que estipula que, "idealmente", a mulher deve procriar e ter relações sexuais apenas dentro do casamento institucional e obviamente com apenas um parceiro sexual – o "marido".

Pela averiguação oficiosa de paternidade o Estado torna-se o autor do processo, e ao determinar a necessidade de investigar a paternidade de determinado menor, fá-lo na intenção de defender os melhores interesses da criança (Pinto, 1995). Neste contexto, a actividade sexual e procriativa da mãe do menor deixa de ser encarada como uma experiência íntima e privada e converte-se em assunto de interesse do Estado.

A prática judicial neste domínio consiste basicamente na realização de entrevistas por um Delegado do Procurador da República, junto da mãe do menor, do presumível pai e de testemunhas. Além destas declarações, são admitidos outros tipos de provas, como, por exemplo, relatórios de técnicos de Serviço Social, relatórios da polícia e resultados de exames genéticos feitos à mãe, ao menor e ao presumível pai ou presumíveis pais.

Os autos dos processos de averiguação oficiosa de paternidade são usualmente constituídos pelos seguintes elementos: cópia do registo de nascimento do menor, da mãe e do presumível pai; registo escrito das declarações prestadas pela mãe, pelo presumível pai ou presumíveis pais e pelas testemunhas; outras provas consideradas relevantes; o parecer do magistrado do Ministério Público sobre a viabilidade do seguimento da averiguação oficiosa de paternidade para uma *acção de investigação de paternidade*[3] e despacho final emitido por um juiz.

No âmbito da minha investigação, recolhi um total de 224 processos de averiguação oficiosa de paternidade, que decorreram entre 1980 e 1994 num tribunal situado no Norte de Portugal. Tive, pois, oportunidade de consultar

---

Diz o artigo 1796.º nº 2 do Código Civil: "A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento".
Lê-se no artigo 1826.º nº1 do Código Civil o seguinte: "Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe".

[3] O presumível pai do menor é ouvido no decorrer da averiguação oficiosa de paternidade. Se este confirmar a paternidade, é lavrado um termo de perfilhação, ocorrendo deste modo o reconhecimento voluntário da paternidade. Negando ser o pai do menor, é emitido um parecer pelo Delegado do Ministério Público que estiver a dirigir a investigação (neste caso, é denominado por Curador de Menores) sobre se a averiguação oficiosa de paternidade deverá ou não prosseguir para uma acção de investigação de paternidade, cujo fim é obter um reconhecimento judicial da paternidade do menor.

processos que não estão acessíveis à maioria das pessoas, já que a instrução das averiguações oficiosas de paternidade é secreta.[4] O processo de negociação do acesso à consulta desses processos judiciais foi conduzida por vias informais, tendo o meu pedido sido deferido, com a condição de eu proteger devidamente a identidade das pessoas envolvida, aquando da apresentação dos resultados

A análise do conteúdo desta documentação permitiu-me perceber de que modo a lei portuguesa e a prática dos tribunais constroem e aplicam noções de "paternidade" e "maternidade" e outros conceitos directamente relacionados com as relações de filiação na nossa sociedade, como sejam as noções de "família", "parentesco" e "sexualidade". Concentrei-me com particular interesse nos modos como é pensado, avaliado e reduzido a escrito nos autos de uma averiguação oficiosa de paternidade, o comportamento da mulher que se vê coagida a comparecer em tribunal, pelo facto de o registo de nascimento do seu filho não indicar a identidade do pai.

O próprio facto de o sistema jurídico português ter criado a averiguação oficiosa de paternidade reflecte um determinado padrão de regulação das relações entre pais e filhos e entre homem e mulher. Como refere o juiz Fernando Brandão Pinto, essa lei foi criada com o objectivo de *"diminuir o número de filhos de pais desconhecidos"* (Pinto, 1995: 243) a fim de estabelecer o tipo de relações de filiação que o direito português ainda hoje considera como essenciais para a "integridade moral, melhor socialização e amparo económico do menor" (Pinto, *ibidem*).

Ao acentuar a importância simbólica, moral e económica do pai no seio da família, este quadro normativo encara como "atípicos" os registos de nascimento que apenas indicam a identidade da mãe. Por isso, o sistema jurídico propõe-se corrigi-los e "normalizá-los", já que o objectivo último da prática judicial de investigação de paternidade é efectivamente estabelecer a identidade do pai do menor, pela perfilhação (reconhecimento voluntário) ou pelo reconhecimento judicial (por decisão do juiz).

[4] O artigo 1812º do Código Civil diz sobre o carácter secreto da averiguação oficiosa de paternidade, na sua fase de instrução, que "A instrução do processo é secreta e será conduzida por forma a evitar ofensa ao pudor ou dignidade das pessoas".

A investigação judicial de paternidade parte de um conjunto de pressupostos ideológicos destinados a dominar e a regular os comportamentos femininos e que resultam de uma interrelação complexa entre o poder judicial e o poder patriarcal. Quando, pela averiguação oficiosa de paternidade, o Estado se converte em "autor do processo" para "defender os interesses do menor", está a partir do pressuposto de que o estabelecimento legal da paternidade é uma base sólida para assegurar a satisfação das necessidades económicas, emocionais e psicológicas da criança. Por outras palavras, o sistema jurídico parte da ideia estereotipada de que as mulheres que vivem sós e com filhos menores a seu cargo são famílias com fracos recursos económicos (porque falta um homem adulto que assegure a subsistência). Por outro lado, essas famílias monoparentais são encaradas como potenciais fontes de comportamento "desviante", na falta de uma "adequada" socialização dos seus membros, que decorre precisamente da ausência do pai. Isto vem de encontro à perspectiva defendida por Elizabeth Mulroy (1988) quando esta afirma que as situações de monoparentalidade em que o pai está ausente produzem imagens negativas e tendem a ser encaradas como "problemas sociais" por diferentes instituições:

> "The term single-parent family conjures up certain negative images: weakness rather than strength, failure rather than success, deficits rather than assets. Single-parent families have been viewed as being problems or presenting problems of some kind, although what those problems are is not consistently clear". (Mulroy, 1988: 75)

Ao propor-se intervir em situações que são diferentes do modelo de estrutura familiar dominante em Portugal (família constituída por um casal heterossexual unido pelo casamento institucional e com filhos), o sistema jurídico português faz com que a linguagem jurídica e a aplicação da lei passem a reflectir pressupostos normativos que podemos encontrar em regras informais de regulação das interacções sociais, apesar de o direito ser nitidamente marcado por uma retórica da neutralidade e impessoalidade, que transmite a ideia de que este se autocontrói e se autofundamenta. Como Pierre Bourdieu indica (1986), esta retórica é uma base fundamental da legitimidade do poder jurídico:

> "Le corps de juristes a d'autant moins de mal à se convaincre que le droit trouve son fondement en lui-même (…) la cohésion sociale du corps des interprètes tend à conferer les apparences d'un enforcement transcendental aux formes historiques de la raison juridique et à la croyance dans la vision ordonnée de l'ordre social qu'elles produisent…" . (Bourdieu, 1986:5)

3. O processo judicial de classificação do comportamento da mulher

Michel Foucault (1994) defende que nas sociedades modernas o poder sobre a sexualidade, baseado no desenvolvimento da ciência, é principalmente, subtil e persuasivo. Encontra-se sobretudo em formas de poder difusas, descentradas, instáveis e estratégicas. O autor faz uma distinção clara entre o poder disciplinar de carácter institucional, de carácter ostentatório e cuja forma terminal é a lei e o poder disciplinar absolutamente discreto, aplicável às zonas mais íntimas de cada indivíduo e que designa por "panoptismo".

A prática judicial de investigação de paternidade revela características de ambos os tipos de poder referidos por Foucault. Por um lado, assume efectivamente a forma de lei, na medida em que na *averiguação oficiosa de paternidade* o autor da investigação de paternidade é o próprio Estado português. Por outro lado, o modo como os tribunais portugueses realizam a investigação de paternidade assenta em grande medida em formas de poder subtis, "não visíveis", e por isso particularmente susceptíveis de desenvolver um controlo social eficaz sobre o comportamento sexual e procriativo das mulheres.

O controlo social sobre as mulheres pelo sistema jurídico no âmbito da investigação judicial de paternidade revela-se de diversas maneiras. Foram já identificados e comentados alguns elementos normativos contidos no próprio acto de criação legal da averiguação oficiosa de paternidade. No entanto, o controlo e a regulamentação dos comportamentos sexuais e procriativos femininos é também realizada pela prática judicial em si mesma, isto é, pelos modos de aplicação da lei que são levados a cabo pelos magistrados. Vou analisar apenas duas facetas deste fenómeno: o modo de actuação do Ministério Público no momento de inquirição da mãe do menor cuja

paternidade não está legalmente determinada e o processo de tomada de decisão final em relação a este tipo de processo judicial por parte dos magistrados judiciais.

Na fase inicial de um processo de averiguação oficiosa de paternidade, a mãe do menor é inquirida por um magistrado do Ministério Público (denominado Curador de Menores) sobre a paternidade do seu filho. A declarante é instigada a responder a determinadas questões sobre a sua vida sexual, tais como: número de parceiros sexuais anteriores ao relacionamento sexual com o indivíduo que indica como pai do menor; número de parceiros sexuais durante o período de relacionamento sexual com o pretenso pai do menor; tipo de relações sexuais mantidas com o pretenso pai do menor; local e data de ocorrência das relações sexuais com o pretenso pai do menor; motivos para manter esse envolvimento sexual; utilização ou não de métodos contraceptivos e reacção do presumível pai à notícia da gravidez.

Com estas questões procura-se fundamentalmente responder a duas questões: se no denominado "período legal de concepção do menor"[5] a mãe deste e o pretenso pai mantiveram relações sexuais de "cópula completa"[6]; e se no mesmo período legal de concepção a mãe do menor só manteve relações sexuais com o réu[7]. Basicamente, a mãe do menor é inquirida em termos da prática sexual heterossexual de penetração vaginal pelo sexo masculino e do número de parceiros sexuais que manteve antes e durante o período de tempo que a lei portuguesa considera susceptível de ter envolvido a concepção e o nascimento do menor cuja paternidade está a ser investigada.

Nos discursos dos magistrados estão espelhadas determinadas representações sociais sobre os papéis da mulher e sobre as relações entre os

[5] Segundo o artigo 204º da Organização Tutelar de menores e os artigos 1795.º e seguintes do Código Civil, o chamado *período legal de concepção* corresponde aos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do menor.

[6] Como faz notar Teresa Beleza (1993), a lei e a jurisprudência portuguesa tende a restringir a noção de "cópula" à penetração praticada pelo homem na vagina. A cópula "completa" é então deste tipo, acrescentando-se a emissão de esperma.

[7] Seleccionei o seguinte Acórdão, entre muitos outros existentes, que se referem à necessidade de se provar em tribunal a exclusividade do relacionamento sexual da mãe do menor com o pretenso pai, durante o "período legal de concepção": "Para a procedência da averiguação oficiosa de investigação de paternidade é necessário, além da prova da existência de relações sexuais, no período legal de concepção, a prova de factos capazes de, embora indirectamente ou circunstancialmente, convencer o julgador de que só com o pretenso pai do investigante a mãe deste manteve relações de cópula" (Acórdão da Relação de Coimbra, de 26-2-1980, C.J., Ano V-1980, Tomo 1, 131).

sexos, construídas pelo sistema judicial português, no qual os magistrados são actores mediadores do modelo ideológico que sustenta o aparelho legal.

Pela análise de jurisprudência e das decisões judiciais dos processos de averiguação oficiosa de paternidade que recolhi (sob a forma de um *parecer*[8] redigido pela magistrado do Ministério Público encarregado da instrução da averiguação oficiosa de paternidade, ou sob a forma de um *despacho*[9] emitido por magistrado judicial), confrontei-me com a construção de um "modelo de feminilidade" com as seguintes características: a mulher que, à partida, tem mais probabilidades de ver reconhecida em tribunal a paternidade do seu filho, é aquela que tem um só parceiro sexual; que era virgem[10] aquando da primeira relação sexual com o pretenso pai do menor; que tem uma profissão socialmente aceitável[11]; que não frequenta espaços públicos durante a noite; que manteve com o pretenso pai um relacionamento amoroso com o conhecimento público; que teve relações sexuais num espaço privado (no interior duma casa) e que não se envolveu com um homem casado ou de estatuto social superior ao seu.

As decisões judiciais nas investigações de paternidade apoiam-se numa tipologia de comportamentos femininos, alicerçada na distinção entre a mulher "virgem" ou "fiel a um só parceiro sexual" e a correspondente classificação de "bem comportada" e "mal comportada".

---

[8] Diz o artigo 204º da Organização Tutelar de Menores (Epifânio *et al*, 1992): "Finda a instrução, o Curador emitirá parecer sobre a viabilidade da acção de investigação de maternidade ou paternidade ou de impugnação desta".

[9] Diz o artigo 205º nº 1 da Organização Tutelar de Menores (Epifânio *et al*, 1992): "1- O juiz proferirá despacho final mandando arquivar o processo ou ordenando a sua remessa ao magistrado do Ministério público junto do tribunal competente, a fim de ser proposta a acção de investigação ou de impugnação".

[10] A imagem da mulher "vítima", "inocente", "virgem" que só consente em manter relações sexuais perante promessas de namoro "sério" e de "casamento" é ainda hoje, indiscutivelmente, valorizada pelo direito português, quanto a nossa lei considera factor de presunção de paternidade, "quando o pretenso pai tenha seduzido a mãe, no período legal de concepção, se esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade" (artigo 1871º d) do Código Civil).
Pela observação directa que fiz de entrevistas realizadas por Delegados do Ministério Público junto de mães de menores envolvidas em averiguações oficiosas de paternidade, verifiquei que geralmente eram questionadas sobre a razão pela qual tinham "consentido" manter relações sexuais com o pretenso pai do menor.

[11] No conjunto de processos judiciais de averiguação oficiosa de paternidade que analisei deparei-me com 22 casos (10,9% da amostra) em que a mãe do menor era prostituta. Em nenhum destes casos ficou legalmente estabelecida a paternidade do menor .

A transcrição de alguns extractos de autos de processos de averiguação oficiosa de paternidade poderão corroborar a importância atribuída ao comportamento sexual da mãe do menor para a tomada de decisão em relação ao estabelecimento legal da paternidade.

Os seguintes exemplos foram retirados dos autos de averiguações oficiosas de paternidade que foram consideradas "inviáveis", devido ao facto de a mãe do menor não cumprir o requisito da exclusividade das relações sexuais com o pretenso pai do menor durante o período legal de concepção:

> "A toxicodependência e o comportamento sexual da Cristina confirmado pelas testemunhas e pelo relatório da PSP (…) onde é bem patente o envolvimento daquela com vários parceiros sexuais. Sendo que nem sequer os pais da Cristina atestam o seu bom comportamento. Daqui decorre que dificilmente seria possível fazer prova da exclusividade das relações sexuais com o Paulo (…) elemento fundamental para a procedência da acção." (Extracto de autos de um processo de averiguação oficiosa de paternidade)

> "Ouvido o presidente da Junta de Freguesia como forma de ajuizar o comportamento de Luísa, vem o mesmo correar aos autos afirmações pouco abonatórias da seriedade e honestidade dessa no campo sexual. Seguramente se conclui não haver prova que o indigitado Pedro seja o pai do menor. (Extracto de autos de um processo de averiguação oficiosa de paternidade)

As mulheres que cumprem os requisitos do modelo de feminilidade veiculado pelo aparelho jurídico (detentoras de uma "boa reputação moral e sexual"), têm maiores probabilidades de ver reconhecida em tribunal a paternidade dos seus filhos:

> "As testemunhas confirmaram a existência de um relacionamento reiterado e continuado (…) os elementos existentes nos autos indicam-nos que a Esmeralda é uma mulher séria e honesta no campo sexual, gozando de boa reputação no meio em que se insere – residência e local de trabalho (…) Estes elementos são suficientes para se concluir com segurança que efectivamente existiu um namoro sério propício ao relacionamento sexual em regime de exclusividade por parte de Esmeralda, factos esses suficientes para se concluir que o Alberto é o progenitor biológico".

> (Extracto de autos de um processo de averiguação oficiosa de paternidade)
>
> "De tais depoimentos se extrai a confirmação de versão de uma mãe de amor, designadamente quanto à existência de um namoro entre aquela e o Rui, relação essa que a Daniela assumiu com seriedade. Mais se conclui que a Daniela é uma rapariga séria, recatada e reservada, nunca tendo sido vista em atitudes de intimidade ou namoro com qualquer outro homem." (Extracto de autos de um processo de averiguação oficiosa de paternidade)

4. O Estabelecimento da paternidade pela prova biológica

A aplicação crescente de testes genéticos em investigações judiciais de paternidade tem vindo a despertar a reflexão e a necessidade de discutir alguns aspectos dos actuais usos institucionais da informação genética e permite vislumbrar cenários futuros. Na minha perspectiva, o actual sistema judicial português é um campo da vida social em que se pode ver com clareza as possibilidades em aberto de controlo institucional e político dos indivíduos com base em catalogações biológicas. Defendo que o recurso a exames genéticos em investigações judiciais de paternidade não só constitui uma forma exemplar de "biopoder" (Foucault, 1994), como produz uma interrelação complexa entre o sistema de patriarcado, o poder judicial e o poder científico.

A admissão de exames de sangue como prova nas acções de filiação foi estabelecida em Portugal pelo artigo 1801º do Código Civil de 1977[12]. Esta reforma do Código Civil relativamente à filiação veio inaugurar a abertura à denominada "verdade biológica" com base em "métodos cientificamente provados", estabelecendo o princípio de que os laços de sangue entre pai e filho são a principal determinante do reconhecimento judicial.

É de notar que a lei portuguesa estabelece duas excepções ao apuramento da paternidade biológica. Uma destas excepções é o caso de filhos incestuosos. O sistema jurídico português considera que *"Estas situações são muito delicadas e podem mesmo revestir eventuais traumatismos no filho ao*

[12] Prescreve-se no art. 1801º do Código Civil, introduzido pela Reforma de 1977: "Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente provados."

tomar conhecimento da sua filiação biológica." (Geada, 1991: 36). Ou seja, a relevância atribuída pela lei aos laços de sangue no estabelecimento da paternidade é restritiva, surgindo uma distinção entre laços de sangue "reconhecíveis" ou "admissíveis" e "outros laços de sangue" que devem ser excluídos e mesmo, se possível, ocultados.

A outra excepção à investigação da paternidade biológica é o caso de inseminação artificial com sémen de terceiro em mulher casada, pelo facto de o nº 3 do art. 1839º do Código Civil determinar que *"não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu"* (Pinto, 1995: 187).

A nível geral, a admissibilidade em concreto dos resultados de exames de sangue como prova em processos de investigação de paternidade tem sido faseada no sistema judicial português. Analisando a jurisprudência portuguesa produzida após a "Reforma de 1977", sobre a relevância em tribunal dos resultados de exames de sangue em acções de investigação de paternidade, podem-se distinguir três fases: uma primeira fase, em que se produziram acórdãos e assentos que relativizaram a credibilidade, só por si, da prova biológica. Numa segunda fase, a jurisprudência começou a adoptar uma predilecção por uma "postura intermédia", referindo que a paternidade legal tanto podia ser determinada com a prova biológica baseada em métodos científicos, como na prova da exclusividade das relações sexuais da mulher com o presumível pai do menor durante o período legal de concepção. Finalmente, em jurisprudência recente, acentuou-se claramente a credibilidade conferida à "prova científica" no apuramento da paternidade legal. No entanto, pela investigação empírica que tenho vindo a desenvolver, ainda não reuni elementos suficientes que possam comprovar que no momento haja actualmente uma desvalorização da importância da fidelidade sexual da mulher ao presumível pai da criança.

A jurisprudência respeitante ao que eu considerei ser uma "primeira fase", limitou-se a frisar que os exames de sangue poderiam ser admitidos em investigações de paternidade. No entanto, na prática judicial concreta era tida como imprescindível a apresentação da prova da exclusividade das relações sexuais da mãe do menor com o pretenso pai durante o denominado período

legal de concepção. Os resultados dos exames de sangue eram encarados como uma prova de carácter complementar.

Um exemplo claro da imposição judicial da necessidade da prova da exclusividade encontra-se no Assento 4/83 de 21 de Junho de 1983 do Supremo Tribunal de Justiça. Em comentário ao referido Assento, o jurista Antunes Varela, escreveu:

> "A prova de que o investigado manteve relações de cópula com a mãe do autor no período legal da concepção revela apenas que ele pode ter sido o pai; mas não garante, com o grau mínimo de probabilidade ou de certeza moral essencial à prova jurídica, que ele seja realmente o progenitor do investigante. Para esse efeito, só a exclusividade das relações pode servir." (Varela, s/d: 320)

A posição intermédia entre a credibilidade da "prova científica" e a "prova indirecta" (da exclusividade das relações sexuais da mãe do menor com o pretenso pai), que eu considero representativa de uma segunda fase do processo de utilização de exames de sangue em investigações judiciais de paternidade, encontra-se espelhada, nomeadamente, no Assento nº 14/94, de 26/5/94. Diz-se no texto do Assento que *"a paternidade real ou se determina por meios técnicos ou só pode ter-se por demonstrada quando a mãe, durante o período legal da concepção, não manteve relações sexuais senão com o investigado"* (Supremo Tribunal de Justiça, 1994). Parece legítimo concluir-se, pela leitura deste extracto, que aqui o sistema judicial mostra-se aberto à possibilidade de determinar legalmente a paternidade de um indivíduo com base em exames de sangue. No entanto, mantém-se ainda a pertinência e necessidade da prova "tradicional" da exclusividade das relações sexuais por parte da mulher com o pretenso pai do menor durante o período legal de concepção.

Recentemente, registou-se na jurisprudência portuguesa uma afirmação clara da credibilidade da prova dos exames de sangue nas investigações judiciais de paternidade. É disso exemplo o Acórdão de 9 de Janeiro de 1997, em cujo sumário se pode ler que *"A prova directa da paternidade biológica – através de meios científicos – dispensa o A. de demonstrar a exclusividade das*

relações sexuais, no que respeita à mulher, no período legal da concepção" (Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 1997: 194).

O artigo 1801.º do Código Civil veio iniciar uma interacção ambivalente entre o Direito e a Ciência em Portugal, ao nível das acções judiciais de investigação de paternidade. Classifico este processo como ambivalente pelo facto de na prática judicial a consideração da relevância dos resultados obtidos em sede científica ser bastante selectiva. Em primeiro lugar, é de notar que a lei portuguesa não exige estes exames nas acções de filiação – o artigo 1801º do Código Civil apenas refere que são admitidos como meio de prova. Por outro lado, ao longo da minha investigação sobre a utilização da denominada "prova biológica" em acções judiciais de investigação de paternidade, pude comprovar que os resultados da investigação genética de filiação não são considerados relevantes em todos os casos e quase nunca este elemento é apresentado como prova única. Não obstante os magistrados do Ministério Público que entrevistei considerarem que, por exemplo, a prova testemunhal é bastante falível neste tipo de processo judicial, todos afirmaram que na prática nunca "arriscam" apresentar ao juiz "apenas" os resultados dos exames de sangue do trio mãe-filho-presumível pai.

A actual receptividade do sistema legal português aos progressos científicos que auxiliem o reconhecimento da chamada "verdade biológica", traduz-se numa elevada disseminação de vocabulário da Biologia em manuais de Direito e revistas jurídicas. Este facto não é de negligenciar. Tenho constatado, no âmbito de um grupo de magistrados do Ministério Público que tenho vindo a entrevistar e a observar, que existe da parte destes actores sociais uma nítida abertura à utilização de vocabulário produzido no domínio da Biologia e em particular da Genética. Na minha perspectiva, este fenómeno é sintomático de um desejo de aproximar a "ciência jurídica" de um ideal há muito preconizado neste ramo do saber: atingir objectividade, neutralidade e rigor. Na visão destes actores sociais, estas características encontram-se no domínio das Ciências da Vida, o que lhes confere uma cientificidade a que o Direito para já apenas almeja.

Os testes de investigação de paternidade apresentam-se traduzidos em valores matemáticos aos quais é atribuído uma significação verbal, que pode ir desde uma probabilidade de paternidade de 10% incluído até 90% excluído

("resultado sem relevância") até uma probabilidade de paternidade igual ou superior a 99,73% ("paternidade praticamente provada"). Na perspectiva dos magistrados do Ministério Público, o carácter quantitativo atribuído à probabilidade de paternidade constitui uma espécie de garantia da fiabilidade desses resultados.

É ainda de salientar que a utilização de exames de sangue no âmbito judicial, seja a nível criminal ou cível, obedece a regras extremamente padronizadas. Nomeadamente, são definidos à partida quem podem ser os "interlocutores legítimos" de apresentação da prova científica. No tribunal que tenho vindo a estudar, apenas são admitidos os resultados de exames genéticos realizados em Institutos de Medicina Legal. Pude observar situações em que casais realizaram por iniciativa própria exames desse tipo noutros laboratórios, tendo esses mesmos resultados sido recusados como prova em acção de investigação de paternidade.

A hipervalorização da função dos genes na construção da identidade pessoal e social de um indivíduo é bem visível no contexto das investigações judiciais de paternidade. Nestes processos judiciais, a fixação da ascendência genética da criança, cuja paternidade não está legalmente determinada, é percepcionada como um elemento estruturante fundamental da identidade e personalidade de um indivíduo, e a determinação judicial dos pais genéticos é encarada como uma acção que salvaguarda o direito constitucional à identidade pessoal. A identidade de um indivíduo é, assim, reduzida a uma construção molecular, aos genes de cada um, segundo uma catalogação previamente definida por instituições científicas.

A categorização genética dos indivíduos pode vir a ser amplamente utilizada em dimensões diversas da vida em sociedade. O uso institucional da informação genética que ocorre nos tribunais é apenas um exemplo. No caso específico da utilização de dados genéticos no âmbito de investigações de paternidade, produzem-se potenciais efeitos com complexas repercussões na construção das identidades individuais e sociais dos indivíduos, no que diz respeito nomeadamente às relações entre os pais "legais" e os filhos. Curiosamente, nos casos empíricos que tenho observado, os indivíduos a quem foi atribuído o estatuto de pai legal de determinado menor geralmente não encetam com este qualquer tipo de relação que na vida de todos os dias

associamos à paternidade, como seja, por exemplo, a preocupação com a subsistência e educação dos filhos.

5. Conclusão

"Vaca que anda no monte, não tem boi certo". Esta frase, verídica, proferida em tribunal durante um julgamento de uma acção de investigação de paternidade, saiu da boca de uma testemunha de sexo masculino, com o objectivo de contestar a atribuição a J da paternidade do menor M. A afirmação serviu para referir o "mau" comportamento sexual de B, mãe do referido menor.

A frase impressiona. Não apenas e nem sequer pela sua brejeirice. Mas, sobretudo, porque nos confronta com elementos importantes de regulação do comportamento sexual da mulher.

A metáfora utilizada remete-nos para o sexo entre animais, que ocorre num espaço da natureza e que, aparentemente por isso mesmo, resulta em promiscuidade sexual por parte da fêmea. Curiosamente, esta imagem não remete para a promiscuidade sexual masculina. A mensagem implícita é que, em contraponto a este comportamento sexual "animalesco" e "desregrado" da fêmea, que ocorre num espaço impróprio (o monte), existe o comportamento sexual feminino "adequado" – a relação sexual que ocorre no contexto do lar e apenas com um parceiro. A situação social que se adequa perfeitamente ao modelo de "sexualidade feminina regulada" é o casamento institucional.

Na minha perspectiva, a crescente utilização de testes genéticos em investigações judiciais de paternidade tem vindo a estabelecer novos parâmetros de uma "política de reprodução" dirigida às mulheres. Não obstante a denominada "prova científica" ter vindo a ganhar relevo na prática judicial de investigação de paternidade, os elementos que dizem respeito ao comportamento sexual e moral da "mãe" continuam a ter um peso considerável no momento de determinar a paternidade legal de uma criança.

Da relação entre o Direito e a Genética têm vindo a ser recriadas oposições binárias entre o homem e a mulher, através de uma noção de "paternidade" vinculada a um determinismo biológico, mas que surge despida de elementos de caracterização moral e psicológica, ao contrário do que acontece na noção de "maternidade".

A preocupação do sistema jurídico português pela identificação da paternidade "biológica" sobrepõe-se a todos os elementos que podíamos considerar como inerentes à paternidade, como, por exemplo, a preocupação com a subsistência, educação e felicidade dos filhos. A importância que o sistema jurídico português atribui ao vínculo biológico, ao elemento "sangue", na prática de investigação de paternidade, espelha uma ideologia de patriarcado alicerçada na crença de que a identidade de um indivíduo se baseia em larga medida no conhecimento do seu património genético, no saber "quem são os seus" para saber "quem é" (Glenn *et al.*, 1994).

> "Patriarchal ideology emphasizes the seed as the basis for parental – or more to the point, paternity claims. Initially the concept of seed was invoked to privilege the biological father, but later was extended to biological mothers as givers of egg. In legal rulings, relationships based on seed are given precedence over relationships established trough nurturance and commitment." (Glenn, 1994: 12)

A meu ver, é absolutamente imprescindível aprofundar o conhecimento sociológico sobre os contornos actuais da prática judicial de investigação de paternidade. O modo como os resultados de exames de ADN são utilizados nas investigações judiciais de paternidade oferece ao sociólogo importantes indícios sobre a forma como são construídas e utilizadas na vida dos tribunais determinadas representações acerca do conhecimento científico produzido em laboratório, do comportamento sexual feminino e, em última instância, do que significa a maternidade e a paternidade.

A relação estreita entre o aparelho legal e judicial e os avanços recentes da Genética deixam em aberto novas estratégias de controlo e regulamentação da sexualidade feminina. Criam, nomeadamente, uma forma exemplar de "biopoder" destinado a disciplinar os corpos. Como afirmou Michel Foucault, *"A preocupação do sangue e da lei obcecou desde há quase dois séculos a gestão da sexualidade"* (Foucault, 1994: 151), realçando assim que um dos alvos privilegiados do biopoder tem sido o corpo feminino.

A fase recente da interacção entre o Direito português e a Ciência, no caso específico da utilização de testes genéticos em investigações de paternidade, mostra de um modo exemplar como uma estrutura biológica (o ADN - ácido

desoxirribonucleico) é transformada num poderoso *"ícone cultural"* (Nelkin, 1995), com multifacetadas e potenciais utilizações institucionais.

O crescente interesse do sistema jurídico português pela "bio-identidade", ou identificação genética de um indivíduo, alicerça-se na crença de que esta prova biológica veio introduzir uma maior "certeza" da paternidade no direito da filiação. A crença na quase "certeza" absoluta da determinação da paternidade é substanciada pela imagem de neutralidade e rigor que veicula o discurso da comunidade científica que realiza os testes genéticos a pedido dos tribunais.

Os avanços recentes no domínio da Genética prometem aos tribunais uma segurança na determinação da paternidade que não era possível até há pouco tempo. Com isso, promete-lhes também uma confiança que até agora era abalada por comportamentos sexuais femininos que fugiam aos padrões convencionais da fidelidade da mulher a um só parceiro sexual. O uso judicial de exames genéticos em sede de investigação de paternidade poderá domesticar a "vaca que andava no monte" e que por isso "não tinha boi certo"?

Referências Bibliográficas

Associação Sindical dos Juízes Portugueses	1997	"Acórdãos da Relação do Porto – Acórdão de 9 de Janeiro de 1997". *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXII, Tomo I, Coimbra.
Beleza, Teresa	1993	*Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de cassandra*. Lisboa: AAFDL.
Bourdieu, Pierre	1986	"La force du droit – élements pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, nº 64, 3-19.
Cabral, João de Pina	1993	"A lei e a paternidade: as leis de filiação portuguesas vistas à luz da antropologia social". *Análise Social*, vol. XXVIII (123-124), 975-997.
Carlen, Pat (ed.)	1987	*Gender, Crime and Justice.* London: Open University Press.
Carver, Terrell (ed.)	1998	*Identity, Gender, Citizenship*. London: Routledge / ECPR Studies in European Political Science..
Doutremepuich, Christian (ed.)	1998	*Les empreintes génétiques en pratique juridique*. Paris: La Documentation Française.
Eaton, Mary	1986	*Justice for Women? Family, Court and Social Control*. London: Open University Press.
Eekelaar, Jonh, *et al.*	1993	*Parenthood in Modern Society. Legal and Social Issues for the TwentY-first Century*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
Epifânio, Rui *et al*.	1992	*Organização tutelar de menores (decreto-lei 314/88 de 27 de Outubro) – Contributo para uma*

visão interdisciplinar do Direito de menores e da família. Coimbra: Livraria Almedina, 2ª edição.

Fineman, Martha 1995 *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies.* New York: Routledge.

Foucault, Michel 1994 *História da sexualidade I. A vontade de saber*. Lisboa: Relógio d´Água.

Geada, Helena *et al.* 1991 "Exames de sangue e estabelecimento da paternidade", *Textos,* nº 1.

Glenn, Evelyn *et al.* (ed.). 1994 *Mothering. Ideology, Experience and Agency*. New York: Routledge.

Gruen, Lori (ed.) 1997 *Sex, Morality and the Law.* New York: Routledge.

Hubbard, Ruth *et al.* 1997 *Exploging the Gene Myth. How Genetic Information is Produced and Manipulated by Scientists, Physicians, Employers, Insurance Companies, Educators, and Law Enforcers*. Boston: Bacon Press.

Lewontin, R.C. 1993 *The Doctrine of DNA: Biology as Ideology*. Penguin: Harmondsworth.

Machado, Helena 1996 *Redes informais e institucionais de "normalização" do comportamento sexual e procriativo da mulher*. Tese de Mestrado em História das Populações, Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho.

Marder, Nancy 1987 "Gender Dynamics and Jury Deliberations", *The Yale Law Journal*, vol. 96: 593.

Mulroy, Elizabeth 1988 *Women as Single Parents. Confronting Institutional Barriers in the Courts, the Workplace and the Housing Market*. Massachusetts: Auburn House Publishing Company.

Nelkin, Dorothy 1995 *The DNA Mystique: The Gene as a Cultural Icon*. New York: W.H. Freeman and Company.

Nunes, João Arriscado 1996a "Entre comunidades de prática e comunidades virtuais: os mundos da ciência e as suas mediações". *Oficina do CES*, 70.

Nunes, João Arriscado 1996b "A política do trabalho científico: articulação local, conversão reguladora e acção à distância", *in* Gonçalves, Maria Eduarda (org.), *Ciência e Democracia*. Lisboa: Bertrand, 251-276.

Nunes, João Arriscado 1996c "The Transcultural Lab: Articulating Cultural Difference in/through Scientific Work", *Oficina do CES,* 89.

Oliveira, Guilherme de s.d. "A lei e o laboratório", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, vol. II, 810-826.

Pinto, Fernando Brandão Ferreira 1995 *Filiação natural*. Porto: ECLA Editora, 2ª edição.

Procuradoria-Geral da República s/d "Exames de sangue. Compatibilidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem", *Décisions et Rapports*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 154-187.

Santos, Boaventura de Sousa	1980	*O discurso e o poder – ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, número especial.
Santos, Boaventura de Sousa	1995	*Toward a new Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge.
Santos, Boaventura de Sousa *et al*	1996	*Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português.* Porto: Afrontamento.
Smart, Carol	1995	*Law, Crime and Sexuality.* London: Sage.
Spallone, Patricia	1989	*Beyond Conception. The New Politics of Reproduction*. London: Macmillan Education.
Sullerot, Evelyn	1993	*Que Pais? Que Filhos?* Lisboa: Relógio d' Água.
Supremo Tribunal de Justiça	1994	Assento nº14/94 de 26/5, *Boletim do Ministério da Justiça*, 328.
Varela, Antunes	s/d	"Comentário ao Assento 4/83". *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nºs 3717-3719.
Wattenberg, Esther	1993	"Paternity Actions and Young Fathers"*, in* Lerman, Robert (org.), *Unwed Fathers. Changing Roles and Emerging Policies*. Philadelphia: Temple University Press.