

A ACCÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE*

Da Recusa de Submissão aos Exames
Científicos e as Suas Consequências

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. A PROVA NO PROCESSO. 1. Presunção de paternidade. Brevíssima análise. 1.1. A defesa do réu. 2. A prova do vínculo biológico. 2.1. Da prova directa da paternidade biológica. III. DO ÓNUS DA PROVA. IV. CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE COLABORAÇÃO DO RÉU. 1. Violação do princípio da colaboração. 1.1. Submissão coerciva às análises de ADN. 1.2. Livre apreciação da prova. 1.3. Inversão do ónus da prova. 2. Regime normativo. V. CONCLUSÃO. Bibliografia citada.

I. INTRODUÇÃO

Começamos por um pouco de História. A investigação da paternidade foi primeiramente admitida no direito romano. O direito canónico também a previa, estendendo a sua possibilidade de aplicação aos filhos adulterinos e incestuosos. Em Portugal, quanto ao séc. XIX, verificamos que as leis eram feitas pelas classes dominantes na sociedade, classes essas que tinham todo o interesse em manter no anonimato e impunidade os filhos ilegítimos que vissem a ter. Além disso, havia ainda a intenção de impedir que os filhos de mulheres provenientes de extractos mais baixos da sociedade pudessem ascender às classes mais elevadas por virtude de terem uma ascendência paterna ilegítima. E para finalizar, existia na sociedade uma mentalidade retrógrada para os tempos actuais, em que o homem não devia ser obrigado a reconhecer um filho quando não se dispusera a perfilhá-lo. Havia por isso um sistema restritivo de investigação da paternidade.

A evolução na sociedade portuguesa foi de resto, enorme, desde o séc. XIX. A liberdade civil do progenitor em reconhecer juridicamente a filiação foi cada vez mais limitada, tendo o homem perdido o exclusivo poder de decisão. Nestes termos, chegamos a uma sociedade contemporânea em que se autonomizou o interesse do filho em ver determinado um prestador de alimentos e se reconheceu o lugar importantíssimo de todos os familiares na vida do filho, no caso, do pai. Verificamos por isso, que o vínculo biológico ganhou uma maior relevância, quer ao nível jurídico, quer ao nível sociológico.

* Relatório elaborado no âmbito da Unidade Curricular de Direito das Crianças e Jovens do mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) na Universidade do Minho. Ano lectivo 2008-2009.

Todavia, a sociedade contemporânea continua a ser imperfeita. Nem sempre os filhos têm a sua ascendência totalmente definida e juridicamente reconhecida. Vamos agora directos ao tema deste trabalho.

Falamos aqui do reconhecimento judicial da paternidade. O que interessa para o caso é que o filho não tem um pai juridicamente reconhecido. Sendo assim, nos termos do art.º 1869.º CC¹, em princípio² é o filho quem tem legitimidade para intentar acção de reconhecimento judicial da paternidade contra o *pretense* pai, claro está.

O pedido é a declaração da paternidade jurídica do réu, estabelecendo-se a filiação. A causa de pedir será o vínculo biológico que, *pretensamente* liga o pai ao filho.

O autor pode tentar provar então o vínculo biológico, ou então beneficiar da presunção de paternidade.

Hoje em dia a ciência está tão avançada que, com um simples teste ao ADN (ácido desoxirribonucleico) se pode determinar com quase 100% de certeza que há ou não relação de filiação entre dois indivíduos.

E se o *pretense* pai se recusa a submeter a estes testes? Quais os efeitos para a acção? Inverte-se *imediatamente* o ónus da prova? Ou o tribunal simplesmente fica com a possibilidade/obrigação de livre apreciação? A jurisprudência tem tido decisões bastante contraditórias entre si, diferentes e sem uma sistemática definida. O objectivo deste trabalho é tentar sistematizar sobre qual deverá ser a actuação do julgador.

II. A PROVA NO PROCESSO

Nos termos do art.º 341.º, “*as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*”. Sendo assim, toda a investigação que ocorre no processo resulta da alegação prévia de factos em juízo, sobre certos acontecimentos, investigação essa que se destina (para o autor da acção) à prova ou demonstração da verdade desses mesmos factos. A demonstração da realidade dos factos há-de ter necessariamente um carácter subjectivo imanente, onde se verifica a finalidade de convencer o tribunal dos argumentos apresentados por cada parte no

1 Quando nada se disser quanto à fonte legal, deve entender-se ser uma referência ao Código Civil. Principal abreviatura utilizada: Código de Processo Civil [CPC].

2 Pode ainda a acção ser intentada pela mãe mas em representação do filho, nos termos dos art.ºs 1869.º e 1910.º; e pode ser também intentada pelo Ministério Público, na sequência de uma averiguação oficiosa da maternidade, os termos do art.º 1865.º, n.º 5.

processo, ajudando o tribunal a estar convicto acerca de cada facto em discussão. Nestes termos, veja-se o art.º 655.º CPC.³

No reconhecimento judicial da paternidade, em primeiro lugar, o autor pode beneficiar de uma presunção de paternidade, nos termos do art.º 1871.º, n.º 1; em segundo lugar, pode o autor tentar provar o vínculo biológico.

1. Presunção de paternidade. Brevíssima análise

As presunções de paternidade previstas no art.º 1871.º, n.º 1 têm um papel de índices da verdade biológica, na medida em que apontam uma probabilidade forte da paternidade do réu. Todavia, “*nunca constituem um entrave para a descoberta da verdade biológica*”, mas têm somente a função de auxiliar o autor da forte probabilidade de paternidade do réu.⁴

Estamos perante uma presunção legal, na medida em que admite prova em contrário.

A primeira presunção, presente na alínea a), é relativa à posse de estado. Para haver posse de estado devem estar cumpridos três requisitos essenciais – *nomen, tractatus et fama*. É necessário que o filho tenha sido reputado e tratado como filho *pelo réu* e que tenha sido reputado como filho do réu *pelo público*.

Nos termos da alínea b), presume-se a paternidade se o autor exhibe um escrito do pai, em que se pode inferir inequivocamente que o declarante afirma a sua convicção de paternidade acerca do autor. Como é óbvio, não tem o documento de ser autêntico pois nesse caso estaríamos perante uma perfilhação, nos termos do art.º 1853.º.

Em terceiro lugar, temos a relevância da convivência, na al. c). É entendido que se houve convivência entre a mãe e o réu no período legal de concepção (art.º 1798.º), é fortemente provável que o responsável pela fecundação tenha sido o réu.

Na alínea d) temos a sedução da mãe. Parte-se da ideia de que a mãe não teve relações sexuais com um homem qualquer durante o período legal de concepção. O réu, no período de concepção, através do uso de artifícios e manobras capazes de o colocar numa situação particular face à mãe, acabou por seduzi-la, presumindo-se por isso que é o pai do autor.

Por último, a alínea e). Com a Lei n.º 21/1998, foi acrescentada esta nova presunção de paternidade. O autor beneficia desta presunção de paternidade quando prove de que praticou

3 Sobre a teoria da prova em processo civil veja-se RUI RANGEL - *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 2000, pp. 19-34.

4 Para maiores pormenores em todo este ponto, cfr. PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA - *Curso de Direito da Família*, vol. II, 2006, pp. 224-238.

um acto sexual isolado com o réu, durante o período legal de concepção. Deve porém ter-se em atenção de que ao contrário das presunções anteriores, em que há um juízo de forte probabilidade de o réu ser pai, neste caso há somente uma *possibilidade* de o réu ser pai. Não se pense, contudo, que o réu fica fortemente limitado por via desta presunção. É que basta-lhe tão-só realizar os exames científicos previstos no art.º 1801.º e com isso afastar *de forma séria* a presunção aqui em questão.

1.1. A defesa do réu

Em princípio, as presunções legais podem ser ilididas mediante *prova em contrário* e não somente mediante *contraprova*, como acontece com as presunções de facto.

No caso das presunções de paternidade presentes no art.º 1871.º, n.º 1, não é necessária prova em contrário mas “basta” que com as alegações do réu resultem *dúvidas sérias* acerca da paternidade do réu. *Apud*, referem PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA que “o n.º 2 do art.º 1871.º parece ter querido, de facto, colocar a fasquia da força probatória das presunções formuladas no n.º 1 um pouco acima da altura própria das meras presunções de facto.”⁵

O art.º 1871.º, n.º 2 é o resultado da Reforma do Código Civil de 1977. Como é fácil de deduzir, na década de 70 a ciência não dispunha ainda dos meios actuais de determinação da paternidade. Nesta altura o que se dispunha para a aplicação do art.º 1801.º era o estudo de características genéticas detectadas por via serológica, por via electroforética e ainda o estudo de antigénios de histocompatibilidade (sistema HLA). Ou seja, não havia ainda a possibilidade de recurso ao ADN – não era possível, como hoje é, a afirmação de uma dada filiação, mas a somente a *negação* da filiação em questão. As conclusões eram assim retiradas dos exames *pela negativa*. E mesmo assim, a margem de sucesso não era como a actual, que chega aos 99,99% mas apenas de uns meros 90%.⁶

Assim, o recurso a presunções legais era o método mais fiável de reconhecer juridicamente a paternidade.

Hoje em dia, o réu, consciente do princípio de colaboração entre as partes, ciente de que todo o indivíduo tem o direito de saber de onde provém e claro está, possuidor de um normal bom senso, sempre deverá recorrer aos exames científicos e não se basta pela suscitação de *dúvidas sérias*.

5 Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA - *Código Civil Anotado*, Vol. V, 1995, p. 303.

6 Para maiores pormenores veja-se JOÃO MACHADO CRUZ - *Possibilidades Actuais da Investigação Biológica da Filiação e sua Efectivação em Portugal*, in BMJ (333).

Concluindo, devemos entender que ocorrem *dúvidas sérias*, quando o réu consegue demonstrar em juízo circunstâncias tais que mostram que com grande probabilidade o réu não é o pai do autor.

2. Prova do vínculo biológico

Tradicionalmente, a prova do vínculo biológico (facto principal) era feita através do recurso a factos instrumentais. Um facto instrumental de carácter positivo, relativo à existência de relações sexuais entre o réu e a mãe – coabitação; e um facto negativo, quanto à ausência de relações sexuais entre a mãe e outros homens que não o réu – exclusividade.

A defesa do réu era feita por impugnação, em que alegava que não tinha tido relações sexuais com a mãe, e por excepção, em que tentava mostrar que a mãe tinha tido relações sexuais com outros homens durante o período legal de concepção. Neste caso estavam perante a *exceptio plurium concumbentium*.

Surgiram entretanto novas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que defendiam que o autor não deveria ter a obrigação de alegar e provar o facto negativo, a exclusividade. Nestes termos, surgiu o Assento n.º 4/83, de 21-06 o qual exigia que o autor provasse que “*só com o investigado manteve relações sexuais*”.

Com o desenvolvimento dos exames de sangue, começou novamente a crítica à obrigatoriedade de prova pelo autor da exclusividade. Surge assim uma *interpretação restritiva* do referido Assento. Entendeu-se neste caso que só havia obrigação dessa prova exclusiva por parte do autor, quando não se pudesse recorrer à prova científica. Podemos dizer que de acordo com esta interpretação, a obrigatoriedade de prova exclusiva por parte do autor tinha carácter subsidiário. A prova que tinha de ser feita pelo autor era a da coabitação e a *causalidade da coabitação* relativa à concepção do filho.

2.1. Da prova directa da paternidade biológica

Na sequência da *interpretação restritiva* do Assento n.º 4/83 surgirá a possibilidade da *prova directa* da paternidade biológica.

De acordo com esta prova, o autor acabará por ter de alegar e provar apenas a coabitação entre o réu e a mãe durante o período legal de concepção e a prova laboratorial que dá como pai o réu. E para prova desta coabitação, o autor poderia acabar por beneficiar da presunção legal do art.º 1871.º, n.º 1, al. e), que referimos no ponto II.1.

Neste ponto, uma nota breve. Hoje em dia basta uma análise à saliva do réu e à do autor para se determinar se entre eles há ou não uma relação de paternidade biológica. Sendo assim, parece-me que o legislador e os aplicadores do direito não devem preocupar-se *em demasia* com a alegação e prova da coabitação entre o réu e a mãe. É que basta a realização dos referidos exames científicos para se provar “tudo de uma só vez” – se os exames, v.g. demonstram que a probabilidade do réu ser pai do autor é de 99,999994%, parece-me que está devidamente provado tanto o facto instrumental de carácter positivo (a coabitação) como o *próprio facto principal*, a prova do vínculo paternal biológico.⁷

Voltaremos às consequências do simples recurso à *prova directa infra*.

III. DO ÓNUS DA PROVA

O primeiro aspecto a ter em conta é o facto de não haver uma definição unívoca do ónus da prova, por parte da doutrina. Tal como é referido por CASTRO MENDES⁸, há autores que identificam o ónus com a obrigação e a obrigação com o ónus. Por falta de espaço, seguiremos de perto o conceito de ónus da prova defendido por ANTUNES VARELA.

Para este ilustre jurista, o ónus da prova deve ser entendido como a “*necessidade de observância de um certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de obtenção ou de manutenção de uma vantagem para o próprio onerado.*”⁹ Não havendo a referida *imposição da lei*, o ónus deve então ser entendido como um *dever livre*, na medida em que a sua inobservância não vai corresponder propriamente a uma *sanção*, mas tão-só há o incumprimento de uma *obrigação potestativa*, como lhe chama PERLINGIERI¹⁰.

O ónus é por isso dirigido às partes. Tendo estas uma obrigação de natureza potestativa, seguindo o entendimento de PERLINGIERI, as partes são livres de as realizar ou não, assumindo as consequências daí resultantes. Indirectamente, o ónus vai igualmente relevar para a actuação do juiz. No momento da repartição da prova, o juiz deve facultar à parte a quem a prova aproveita, a possibilidade de fazer a respectiva prova. No momento da avaliação da prova, não tendo a parte possuidora do ónus feito a devida prova, o juiz vai decidir contra ela.

7 *Apud* PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA - *Curso de...*, cit., 2006, pp. 220-223.

8 Referido *in* CRUZ ALMEIDA - *O Ónus da Prova em Direito Internacional Privado*, in ROA, 53.º, pp. 48 e 49.

9 Cfr. ANTUNES VARELA - *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 2005, p 58.

10 Citado em ANTUNES VARELA - *Das Obrigações...*, cit., p. 58; e CRUZ ALMEIDA - *O Ónus...*, cit., pp. 49 e 50.

IV. CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE COLABORAÇÃO DO RÉU

Nas acções de investigação da paternidade, o ónus cabe ao autor da acção, ao filho.

Tal como referimos no ponto II.2.1., parece-nos perfeitamente possível que numa petição inicial de uma acção de investigação da paternidade se tente *tão-só* fazer a *prova directa* do vínculo biológico, alegando a descendência imediata do réu em relação ao autor como *causa de pedir* e como meio de prova, requerer a elaboração de exames ao ADN das partes processuais (e da mãe). Aliás, temos a convicção que o futuro das acções de paternidade é precisamente este. Os avanços científicos não se compaginam com a imposição ao autor de provar a coabitação ou mesmo com a utilização das presunções presentes no art.º 1871.º. Se se pode usar *o mais*, porquê recorrer *ao menos*?

Mas esta *prova directa* pode ter algumas dificuldades. O que acontece quando o réu se recusa a submeter aos exames de ADN?

1. Violação do Princípio da Cooperação

Este princípio enformador do Direito Processual Civil diz-nos que todas as pessoas, quer sejam partes (como neste caso o réu), quer sejam terceiros, estão *obrigados* a prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade. Nestes termos, vejam-se os art.ºs 266.º e 519.º CPC.

Este princípio teve uma franca evolução com a Reforma protagonizada pela Lei n.º 33/95. Visou-se por alguns limites às constantes e excessivas decisões formais que ocorriam no processo civil. Com a finalidade de potenciar um maior diálogo entre os sujeitos processuais para se atingir a verdade material, o Princípio da Cooperação foi reafirmado, sancionando-se os sujeitos processuais que o desrespeitam.

Na recusa do réu em se submeter aos exames de ADN está-se perante uma flagrante violação do Princípio da Cooperação – o réu pretende ilibar-se das suas responsabilidades parentais através de uma decisão formal, de não prova do seu vínculo biológico com o autor. Neste âmbito, várias consequências se podem colocar em questão: 1) Não há possibilidade de submeter o réu aos exames de forma coerciva? 2) Haverá livre apreciação da prova pelo juiz? 3) Ocorrerá a inversão do ónus da prova? Uma primeira consequência podemos desde já retirar. O réu pode e deve ser condenado em multa e ser considerado litigante de má-fé, tudo nos termos dos art.ºs 519.º, n.º 2 e 456.º, n.º 2, al. c), ambos do CPC.

1.1. Submissão coerciva às análises de ADN

São raros os autores que admitem a possibilidade de realização coerciva de exames de ADN em acções de estabelecimento da filiação.¹¹

Não nos parece de todo admissível esta possibilidade. Senão vejamos.

Em processo penal é extremamente limitada a possibilidade de se obrigar o arguido a submeter a exames de ADN. Só com crimes muito graves, quando não mais nenhuma prova possível para se determinar se foi o arguido o agente do crime, o princípio da proporcionalidade tem de ser sempre respeitado e por fim, a autorização tem de ser dada só por um juiz.¹² Ora, se no âmbito penal, em que estamos perante a protecção de bens jurídicos e em que só há a lugar a medida penal como a *ultima ratio*, como se pode admitir no âmbito civil que se possa obrigar um réu a se submeter a exames de ADN? Ainda para mais, sabendo-se a forte influência do Princípio do Dispositivo em processo civil.

Outro factor curioso, que impossibilita igualmente a submissão a exames de ADN de forma coerciva, é o facto de no processo penal, por cada hora de submissão imposta ao arguido para exame, corresponder a um dia de desconto de prisão, uma vez que o arguido suportou uma privação de liberdade nesse processo e por causa desse processo.¹³ Ora em processo civil, não há tão-pouco privação de liberdade. Iria haver desconto de um dia por cada hora no exame? Com base em quê?

Contudo, o art.º 519.º, n.º 2, primeira parte CPC, refere a possibilidade de admissão de meios coercivos. Ora, face ao referido anteriormente, cremos que esta admissibilidade deve ser devidamente enquadrada no âmbito do processo civil ou seja, pensamos que a lei naqueles termos se refere por exemplo, à apreensão de documento ou ao comparecimento de testemunha sob custódia, nos termos dos art.ºs 532.º e 533.º mais art.º 629.º, n.º 3, todos do CPC. É igualmente de admitir que o tribunal ordene coercivamente a comparência do pretenso pai no local onde se efectuam os testes de ADN, mas só quanto ao comparecimento e não quanto à submissão aos exames.¹⁴

11 V. g. PAULA COSTA E SILVA, referida em ABÍLIO NETO - *Código Civil Anotado*, 2009, p. 1360.

12 Veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 228/2007.

13 Cfr. nestes termos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE - *Comentário do Código de Processo Penal*, 2009, p. 468.

14 *Apud* Ac. TRP de 09-11-2006.

1.2. Livre apreciação da prova

Nos termos dos art.º 519.º, n.º 2, segunda parte CPC e art.º 357.º, n.º 2, quando o tribunal aprecia livremente a prova, a possível recusa da parte vai relevar como princípio de prova.¹⁵

Podemos verificar que o princípio da livre apreciação da prova está constitucionalmente consagrado, concretizando por isso mesmo a Constituição da República e não a violando.

Nestes termos, veja-se o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1165/96, onde se refere que “[a] livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma operação puramente subjectiva, emocional e, portanto, imutável. Há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisitos necessários para a efectiva motivação da decisão”.¹⁶

Como consequência da falta de cooperação do réu, veja-se o sumário do Ac. TRG de 17-04-2008: “A recusa da realização do exame por parte do investigando é livremente apreciada pelo tribunal e só opera a inversão do ónus probatório se for injustificada e tornar impossível a prova ao investigador (destacado nosso).”

1.3. Inversão do ónus da prova

Em termos gerais, o ónus da prova pode inverter-se se a parte contrária, culposamente, tiver tornado impossível a prova à parte onerada pelo ónus, de acordo com o disposto no art.º 344.º, n.º 2.

Um primeiro ponto fundamental é o de saber o que se deve entender por *culposamente*. Parece-nos que neste conceito está inerente o comportamento doloso e o negligente consciente. Quanto à negligência inconsciente, não nos parece que seja admissível neste caso.¹⁷ A incluir-se este tipo de negligência na inversão do ónus da prova, parece-nos que seria uma situação demasiado gravosa e pesada para a parte em questão. Se é verdade que a conduta não é toda ela relevante para efeitos de inversão do ónus da prova, não nos parece

15 Nestes termos, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA - *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, p. 321.

16 Cfr. o restante desenvolvimento deste princípio, mas quanto ao direito processual penal, em PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE - *Comentário do...*, cit., pp. 328-340.

17 Por negligência inconsciente entende-se que o autor nem sequer prevê a produção do facto ilícito como uma consequência possível da sua conduta, embora pudesse e devesse prevê-la se usasse dos cuidados ou diligências exigíveis.

proporcional que se transfira todos os efeitos da *impossibilidade culposa* presente no art.º 344.º, n.º 2.¹⁸

É que como é sabido, a lei baseia-se numa presunção de experiência e sanciona o comportamento da parte contrária, invertendo o ónus da prova. Assim, não somos da opinião de que a sanção, no caso de negligência inconsciente, seja de tal forma grave e pesada que inverta o ónus da prova.

É nossa opinião de que neste caso, não se invertendo imediatamente o ónus da prova, é bem mais proporcional que a sanção seja a livre apreciação da prova pelo juiz. Deverá haver uma distinção entre os comportamentos da parte contrária. E dessa distinção terão igualmente de ser retiradas diferentes consequências ao nível do direito probatório.¹⁹

Todavia, no âmbito da acção de investigação da paternidade, claro que o réu se não se submete aos exames de ADN, age de forma *culposa*, por dolo directo. Mas será que mesmo assim há inversão do ónus da prova? Na nossa opinião, não necessariamente. Passamos a explicar.

Se o réu se esquivar aos exames *de forma injustificada, ilegítima*, haverá inversão do ónus da prova. Mas, e nos casos em que pode haver *justificação* para a recusa de efectuar os exames? Por exemplo, se o réu comprova através de análises clínicas que antes ou durante o período de fecundação era totalmente impotente. Parece-nos que neste caso, o juiz deveria apreciar livremente a prova e não haver lugar a inversão do ónus. Nestes termos citamos RUI RANGEL, embora este jurista não tenha referido esta possibilidade: “*Se o facto puder ser demonstrado com a ajuda de outros meios de prova auxiliares, a recusa deixa de ter qualquer significado probatório.*”²⁰

2. Regime normativo

De qualquer das formas, parece-nos evidente que a lei tem um caminho já definido. De facto, nos termos do art.º 519.º, n.º 2 CPC a lei refere que “(...) *se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do art.º 344.º do Código Civil.*”

18 Contra, RUI RANGEL - *O Ónus...*, cit., p. 183.

19 *Apud* desta opinião veja-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA - *Estudos Sobre...*, cit., pp. 321 e 322. Contra veja-se LOPES DO REGO e RUI RANGEL *in* RUI RANGEL - *O Ónus...*, cit., pp. 182-189.

20 Cfr. o sumário do Ac. TRG de 17-04-2008, já referido neste trabalho. Com uma solução diferente, sem referência à inversão do ónus da prova veja-se Ac. TRG de 02-09-2002.

Visto que os exames de ADN são os únicos meios de prova idóneos e credíveis para a demonstração cabal do vínculo de paternidade, a lei é clara ao referir que havendo actuação *culposa* por parte do réu, há inversão do ónus da prova (cfr. art.º 344.º, n.º 2). Todavia mantemos o referido *supra* – esta actuação *culposa* deve ser entendida como não incluir a negligência inconsciente e só haverá lugar a inversão do ónus se mais nenhum meio de prova for plausível, pelo menos com um valor semelhante aos testes de ADN.

V. CONCLUSÃO

Em primeiro lugar verificamos que o futuro nas acções de investigação da paternidade é de facto a *prova directa*, que referimos no ponto II.2.1.

Chegamos a esta conclusão devido à orientação que a lei tem seguido. Na verdade, a lei tem sido extremamente favorável à inversão do ónus da prova no caso de recusa de submissão a exames de ADN por parte do réu. Demais até, tal como referimos, na medida em que nem sempre o réu recusa de forma *injustificada e ilegítima* a submissão aos referidos testes, mas pode por vezes ter *justificação* para essa recusa, facto a que a lei não tem a devida atenção.

Por outro lado, somos da opinião de que a *negligência inconsciente* não deve justificar uma sanção tão grave como a inversão do ónus da prova, na medida em que achamos que a parte contrária à onerada com o ónus é desprotegida de forma desproporcional.

Concluindo, a evolução legal tem sido deveras lenta. Os tribunais têm-se valido cada vez mais dos testes de ADN e sendo assim, deveria igualmente a lei acompanhar essa evolução e dar uma importância bastante maior aos referidos testes científicos. Porém, essa importância deve ser sempre enquadrada de forma proporcional, ou seja, não deve o réu ser *sempre* sancionado com a inversão do ónus da prova em *todos* os casos.

Tiago Lopes de Azevedo

Julho de 2009

Bibliografia citada

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal*. 3ª Edição. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2009.

ALMEIDA, Geraldo da Cruz - “O Ónus da Prova em Direito Internacional Privado”. *Revista Ordem dos Advogados*. n.º 43 (1993).

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*. Coimbra : Coimbra Editora, 2006. Vol. I.

CRUZ, João Machado - “Possibilidades Actuais da Investigação Biológica da Filiação e sua Efectivação em Portugal”. *Boletim do Ministério da Justiça*. n.º 333 (1984).

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes - *Código Civil Anotado*. 4ª Edição. Coimbra : Coimbra Editora, 1987. Vol. II.

NETO, Abílio - *Código Civil Anotado*. 16ª Edição. Lisboa : Ediforum - Edições Jurídicas, Lda., 2009.

RANGEL, Rui Manuel de - *O Ónus da Prova no Processo Civil*. . Lisboa : Almedina, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira de - *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2ª Edição. Lisboa : Lex, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes - *Das Obrigações em Geral*. 10ª Edição, rev. e act.. Lisboa : Almedina, 2005. Vol. I.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 0635846, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 218/02-2, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 679/08-2, disponível em www.dgsi.pt.