

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 10659/21.0T8PRT-A.P1

Relator: ISABEL SILVA

Sessão: 23 Fevereiro 2023

Número: RP2023022310659/21.0T8PRT-A.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: CONFIRMADA

IMPUGNAÇÃO DA PERFILHAÇÃO

FILIAÇÃO BIOLÓGICA

EXAME ADN

DEPOIMENTO DE PARTE

PROVA TESTEMUNHAL

Sumário

I - Hoje em dia, tendo em conta os avanços da genética, não é aceitável que a filiação biológica seja estabelecida por juízos de verosimilhança ou probabilidade, que é o resultado possível com a prova testemunhal e de depoimento de parte. Perante um resultado de ADN de 99,99% do perfilhante, o depoimento de parte torna-se inútil e despiciendo, podendo ser indeferido ao abrigo do art.º 130º e 6º do CPC.

II - Sendo hoje possível a conceção sem sequer existir relações sexuais (inseminação artificial, fertilização in vitro, doação de esperma, etc.), deixou de ser necessário fazer apelo à “vida pessoal” da mãe da criança e tornando os demais meios de prova irrelevantes ou obsoletos nos casos em que o exame de ADN dá um resultado coincidente com um grau de certeza quase absoluta (99,99%).

III - No que toca à admissão de prova testemunhal, o despacho que decide tabelarmente, no despacho saneador, “admitir o rol de testemunhas oferecido”, não forma caso julgado para efeitos do art.º 620º do CPC dado que só em sede de julgamento o juiz tem elementos para saber se ocorre alguma inabilidade ou impedimento de qualquer delas (art.º 495º e 496º do CPC).

Texto Integral

Apelação nº 10659/21.0T8PRT-A.P1

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

I - Resenha histórica do processo

1. AA instaurou ação de impugnação de perfilhação contra BB e CC.

A menor CC encontra-se representada por curador especial, a avó materna, DD.

Citadas, as Rés não contestaram.

Foi proferido despacho saneador, delimitando o objeto do litígio e os temas de prova. Em termos de meios probatórios, aí foi admitido o depoimento de parte da Ré [1] e o rol de testemunhas apresentado pelo Autor e, bem assim, ordenada a realização de perícia médico-legal de exames hematológicos, como requerido pelo Autor e pelo Ministério Público (M^o P^o).

Foi realizada a perícia médico legal, que concluiu:

«ADN AUTOSSÓMICO

- O estudo dos polimorfismos de ADN nuclear efetuado não permite excluir AA da paternidade de CC, filha de BB.

- A análise probabilística de AA ser o pai de CC, filha de BB, por comparação com outro indivíduo ao acaso da população, conduziu a um índice de parentesco (paternidade) IP=51 190 778 565 365.

OBSERVAÇÕES:

- O parâmetro estatístico IP indica o número de vezes que é mais provável a ocorrência dos perfis genéticos determinados admitindo a Hipótese 1 como verdadeira, relativamente à ocorrência desses mesmos perfis admitindo a Hipótese 2 como verdadeira.

- O parâmetro estatístico W (probabilidade a posteriori) é calculado a partir do valor de IP previamente determinado e de uma probabilidade a priori P₀, de acordo com

$$W = \frac{P_0 \times IP}{P_0 \times IP + 1 - P_0}$$

$$P_0 \times IP + 1 - P_0$$

Deste modo, o IP previamente determinado conduziu a uma probabilidade W=99,999999999998%, considerando uma probabilidade a priori de 0,5.».

O Autor solicitou os seguintes esclarecimentos:

«1. No relatório consta “hipótese 2 outro indivíduo ao acaso da população, não relacionado geneticamente com o pretenso pai, é o pai biológico.

2. Assim sendo devem os Sr.s Peritos esclarecer o que consideram como indivíduo não relacionado geneticamente com o pretenso pai.

3. Os primos do pretense pai são considerados como indivíduos relacionados geneticamente com o Autor?
4. É possível calcular/determinar a % de indivíduos relacionados geneticamente com o Autor?
5. Não seria mais correcto colocar na hipótese 1 o pretense pai AA é o pai biológico e assim como todos os indivíduos relacionados geneticamente com este
6. A conclusão não deveria ser - a análise probabilística de AA ser o pai de CC, filha de BB, por comparação com outro indivíduo ao acaso da população, e desde que não relacionada geneticamente com o AA, conduziu a um índice de parentesco de IP:....)»

O Instituto de Medicina legal esclareceu da seguinte forma:

«Relativamente aos quesitos colocados, cumpre-me esclarecer V. Exa. que:

1. e 2. Nos casos de averiguação da paternidade, que envolvem a mãe, filho(a) e pretense pai, na falta de outra indicação do Tribunal, habitualmente duas hipóteses, mutuamente exclusivas, são colocadas:

- Hipótese 1: O pretense pai é o pai biológico;
- Hipótese 2: O pretense pai não é o pai biológico (não sendo o pretense pai o pai biológico, outro indivíduo ao acaso da população, não relacionado geneticamente com o pretense pai é o pai biológico).

O cálculo do índice de paternidade (IP), é feito tendo por base as duas hipóteses colocadas, sendo condicionado pelo pressuposto de que a relação mãe/filho(a) não está em causa e pela necessidade de testar a hipótese 2, ou seja "o pretense pai não é o pai biológico" englobando o maior número possível de indivíduos da população que não o pretense pai. Deste modo, para que a hipótese 2 seja testada, exclui-se a possibilidade de partilha de genes devida a um grau de parentesco próximo, pelo que, em termos formais, se acrescenta a frase "não relacionado geneticamente com o pretense pai". O grau de parentesco entre indivíduos pode ser definido como o nível de partilha de características genéticas devida a herança familiar.

Quanto maior a distância entre indivíduos na árvore genealógica, menor é a partilha de características genéticas por herança familiar.

3. Primos assegurados do pretense pai biológico, são geneticamente relacionados com ele. No entanto, a probabilidade de partilha de características genéticas devida a herança familiar é distinta conforme o grau de parentesco entre os indivíduos. Assim, a partilha de características genéticas entre pai/filho(a) é de 50%, sendo muito menor entre primos, em média cerca de 12,5%.

Para se averiguar se os primos do pretense pai são relacionados geneticamente com ele, seria necessário efetuar a análise do DNA de cada um

deles e calcular a probabilidade de partilha de genes devida a herança familiar. Do mesmo modo, para se testar a hipótese de primos do pretense pai poderem ser o(s) pai(s) biológico(s) da filha em questão, sendo os primos do pretense pai relacionados geneticamente com ele, seria necessário efetuar a análise do DNA de cada um deles e calcular o(s) respetivo(s) índice(s) de Paternidade.

4. Não, seria necessário analisar todos os parentes do indivíduo e calcular, para cada um deles, a probabilidade de partilha genética devida a herança familiar.

5. Não, a hipótese colocada é o indivíduo testado ser pai biológico e não os seus familiares. Acresce dizer que, os marcadores genéticos que atualmente são utilizados nas perícias de averiguação da paternidade e usados na presente perícia, são suficientemente discriminativos, permitindo distinguir indivíduos aparentados. Deste modo, não é possível o pretense pai e todos os indivíduos relacionados geneticamente com este serem o pai biológico da filha em questão.

6. Respondido em 1. e 2.»

Na audiência de julgamento, a Sr.^a mandatária do Autor declarou prescindir da inquirição de duas das testemunhas arroladas, mas manter a pretensão do depoimento de parte da Ré.

A Sr.^a Juíza proferiu então o seguinte despacho:

«Uma vez que o depoimento de parte visa a confissão dos factos arguidos pela parte contrária prejudiciais ao depoente, não admito o requerido depoimento de parte, uma vez que perante o teor do relatório constante de fls. 28 e ss., onde se conclui que o Autor é pai com uma probabilidade de $W=99,999999999998$, não é relevante para a decisão dos autos apurar a matéria do art.^o 4^o, isto é, se as partes viveram ou não em união de facto, se a primeira Ré manteve relações sexuais com outros homens para além do Autor e se aquando do nascimento da criança já tinham cessado o relacionamento amoroso.

Igualmente é irrelevante apurar quando e em que circunstâncias a primeira Ré estaria grávida e dos motivos indicados nos art.^o 9 e 10 para a perfilhação.»

De seguida a Sr.^a mandatária declarou pretender então a audição da testemunha DD. Ouvido o M^o P^o, referiu que a testemunha DD é a curadora da menor, mas não se opor à sua inquirição.

A Sr.^a Juíza decidiu nos seguintes termos:

«Não obstante o meu despacho de fls. 23, indefiro o depoimento de DD, pois a mesma foi nomeada curadora especial da menor, representando-a nos presente autos, razão pela qual não pode ser admitida a prestar depoimento

como testemunha.»

2. Inconformado com o assim decidido, veio o Autor recorrer, formulando as seguintes CONCLUSÕES:

«1. O presente recurso tem como objecto o despacho datado de 13.09.2022 que indeferiu o depoimento de parte da ré bem como a prova testemunhal.

2. Apesar do recorrente considerar que a prova pericial é um meio de prova relevante no âmbito dos presentes autos, o seu resultado não dita sem mais a sentença que vier a ser proferida.

3. Consta do quesito fls.. o relatório pericial considera que não é de afastar a paternidade do recorrente, ou seja, essa possibilidade não está excluída mas não garante que o recorrente seja o pai.

4. Por outro lado o perito nos esclarecimentos prestados refere que para que a Hipótese 2 seja testada, exclui-se a possibilidade de partilha de genes devida a um grau de parentesco próximo...”. Aditando que “primos assegurados dos pretense pai biológico são geneticamente relacionados com ele..”

5. Ou seja o relatório refere a probabilidade do recorrente ser o pai da menor assim como os seus familiares próximos, por exemplos os seus primos.

6. Assim sendo é relevante saber se a ré manteve relações sexuais com outros parceiros nos primeiros 120 dia dos 300 que precederam ao nascimento da menor (artigo 5 da pi)

7. Ao contrário do despacho, o recorrente não solicitou o depoimento de parte do artigo 4 da PI. Para a decisão da causa, nem que seja por recurso à prova indiciária, releva a prova dos factos nos artigos 6, 8, 9 e 10 da pi.

8. O tribunal deve ter interesse na descoberta da verdade, ora nos presente autos a ré não apresentou contestação, e esta melhor do que ninguém saberá se manteve, e com quem, relações sexuais nos primeiros 120 dos 300 que precederem ao nascimento da menor pelo que é evidente que o seu depoimento de parte é relevante.

9. Só não relevou para o tribunal a quo dado que, antes do início da audiência de julgamento, a sua convicção já estava formada!

10. No mesmo sentido refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-05-2015 menciona que “Numa ação de impugnação da paternidade, por perfilhação, são permitidos todos os meios de prova permitidos em direito.” e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22. 03.2011 dita que “A ideia do legislador não é a de encontrar um qualquer pai que figure numa certidão de nascimento mas sim, a de indicar o verdadeiro pai do menor, conforme se pode aferir pela própria existência da acção de impugnação de paternidade.”

11. O despacho viola os artigos 411º, 412º, 452º e 495º do CPC.

12. Relativamente ao despacho que indeferido a inquirição da prova

testemunhal, concretamente da testemunha DD, o despacho viola o caso julgado, artigo 620º CPC, dado que a mesma já tinha sido admitida no despacho de fls 23.

Assim, e face a toda a retórica supra vertida, deve ser dado provimento ao recurso e admitido o depoimento de parte e prova testemunhal.»

3. Não houve contra-alegações.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

4. OS FACTOS

Em termos factuais, relevam os atos processuais elencados no relatório deste acórdão.

5. Apreciando o mérito do recurso

O objeto do recurso é delimitado pelas questões suscitadas nas conclusões dos recorrentes, e apenas destas, sem prejuízo de a lei impor ou permitir o conhecimento oficioso de outras: art.º 615º nº 1 al. d) e e), *ex vi* do art.º 666º, 635º nº 4 e 639º nº 1 e 2, todos do Código de Processo Civil (CPC).

No caso, uma única QUESTÃO A DECIDIR: se devem ser admitidos o depoimento de parte e a inquirição da testemunha pretendida pelo Autor.

5.1. Admissão das diligências probatórias

O *direito à prova* é um dos corolários do direito à *tutela jurisdicional efetiva*, de consagração constitucional: art.º 20º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

E, dado que o juiz julga *secundum allegata et probata*, sobre as partes recai o ónus de demonstrar a realidade dos factos que alegaram: art.º 341º e 342º do Código Civil (CC).

Mas, a produção dos meios de prova apresentados pelas partes está sujeita a várias condicionantes.

Em termos de direito material, impõe-se desde logo ao juiz um escrutínio do *direito probatório material*, como o respeito pelos princípios atinentes à *prova vinculada*, em que a lei vincula o julgador a determinados aspetos ou resultados dos meios de prova, como é o caso do valor probatório dos documentos autênticos (art.º 371º do CC) ou o da confissão (art.º 358º CC).

Ou seja, deverá ser indeferida a produção de qualquer outro meio de prova relativamente a factos sobre os quais houve declaração confessória ou que se mostrem já admitidos por acordo; ou, por exemplo, indeferir a prova testemunhal quando a lei exige documento autêntico para prova do facto.

Processualmente, esse escrutínio impõe-se ao juiz em nome do *princípio da economia processual* e da proibição da prática de atos inúteis (art.º 130º CPC), bem como do *dever de gestão processual* (art.º 6º CPC).

Aqui, questiona-se um indeferimento de depoimento de parte e da inquirição de uma testemunha, no âmbito duma ação de impugnação de perfilhação em que o Autor, alegando na PI ter tido relações sexuais com a mãe da menor, mais invoca que ela teve no período legal da concepção idênticas relações sexuais com outros homens.

No que toca ao depoimento de parte, a Sr.ª Juíza entendeu-o irrelevante em virtude de constar dos autos um exame pericial que atestava ser o Autor o pai da menor, com um grau de probabilidade de 99,99 %. [2]

O art.º 1801º do CC prescreve que nas ações relativas à filiação, para além dos demais meios de prova, são admitidos os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados.

O exame pericial em causa foi efetuado através de “*amostras de referência analisadas segundo o procedimento de ensaio PE-SGBF-N(...): determinação de perfil genético de ADN por PCR/eletroforese capilar a partir de amostras de referência de sangue e/ou saliva*”.

Hoje em dia, com o avanço científico dos exames de ADN, e quando eles dão um resultado coincidente com um grau de certeza absoluta, pode dizer-se que os demais meios de prova se tornaram irrelevantes ou obsoletos.

Na verdade, sendo hoje possível a concepção sem sequer existir relações sexuais [3], deixou de ser necessário fazer apelo à “vida pessoal” da mãe da criança, tornando os demais meios de prova irrelevantes ou obsoletos nos casos em que os exames de ADN nos dão um resultado coincidente com um grau de certeza quase absoluta [4], como foi aqui o caso.

O exame de ADN constitui a análise de informações genéticas herdadas pelo indivíduo. O ADN é uma molécula presente no núcleo das células somáticas e cujas sequências, chamadas genes, permitem a codificação da informação genética. Ao nascermos, todos nós recebemos duas informações de característica genética, uma que vem do espermatozoide e outra que vem do óvulo, as duas células ditas *germinativas*.

Assim, se o cerne do litígio respeita à *verdade biológica*, é na ciência que tem de se encontrar a resposta.

Hoje em dia, tendo em conta os avanços da genética, não é aceitável que a filiação biológica seja estabelecida por juízos de verosimilhança ou probabilidade, que é o resultado possível com a prova testemunhal e de depoimento de parte. [5]

Como refere Lopes do Rego, «os exames de sangue são o único meio de prova adequado para demonstrar diretamente o vínculo biológico (...) com um grau

de certeza prática tendencialmente total (...) e num plano de manifesta supremacia em relação à prova testemunhal que - a existir - apenas poderá indicar indiretamente a referida procriação biológica (...).» [6]

Nesta medida, e perante um resultado de ADN de 99,99%, o depoimento de parte torna-se inútil e despiciendo.

Acresce que a matéria factual a que se pretendia o depoimento de parte sempre seria inócua para o efeito da verdade biológica. Na verdade, saber se durante o relacionamento do Autor com a mãe da menor, e no período da concepção, ela manteve relações sexuais com outros parceiros (facto 5) só seria relevante no caso de o exame de ADN tivesse dado resultados de exclusão ou com um índice de probabilidade baixo.

O mesmo se diga quanto a saber se a 1ª Ré já não mantinha qualquer contacto com o Autor, tendo o relacionamento amoroso terminado há muito (facto 6), ou as circunstâncias em que o Autor teve conhecimento da gravidez da mãe da menor (factos 8, 9 e 10).

Com tais factos, estaríamos sempre no âmbito da verosimilhança ou probabilidade, o que não se compadece com um grau de certeza científica próxima da certeza total.

Por fim, diga-se que do teor das conclusões de recurso se nos afigura que o Recorrente não entendeu/interpretou o resultado do exame pericial de forma correta.

Conforme os esclarecimentos prestados, a hipótese 2 só é de colocar por mero raciocínio académico, nos casos em que a hipótese um dá resultado negativo ou baixo (*“Deste modo, para que a hipótese 2 seja testada, exclui-se a possibilidade de partilha de genes devida a um grau de parentesco próximo, pelo que, em termos formais, se acrescenta a frase “não relacionado geneticamente com o pretense pai”*).

E quanto à hipótese dos primos e das pessoas “relacionadas geneticamente”, também se esclareceu que primeiro teriam todos eles de ser testados, por comparação de ADN com o Autor, para se concluir essa relação familiar (primos) era coincidente com a herança genética. Sendo certo que no caso era irrelevante para invalidar o resultado de 99,99% do Autor, dado que “a partilha de características genéticas entre pai/filho(a) é de 50%, sendo muito menor entre primos, em média cerca de 12,5%”

Quanto à inquirição da testemunha, invoca o Recorrente a violação do caso julgado formal (art.º 620º do CPC).

Constituindo o *processo* um encadeamento de atos dirigidos à obtenção de uma sentença que irá decidir os termos do litígio entre as partes, pretende-se com o caso julgado formal que as questões intercalares vão sendo decididas de forma definitiva para que se obtenha o dito resultado.

No que toca à admissão dos meios de prova, designadamente prova testemunhal, o despacho que decide tabelarmente “admitir o rol de testemunhas oferecido”, não forma caso julgado para efeitos do art.º 620º do CPC.

Desde logo porque na altura da admissão, o juiz não sabe quem são as testemunhas nem se ocorre alguma inabilidade ou impedimento de qualquer delas (art.º 495º e 496º do CPC), o que só poderá decidir em sede de julgamento e após a respetiva identificação.

Neste sentido, acórdão do STJ, de 06/07/2000: «I- Para haver caso julgado formal é indispensável a existência de uma decisão, de um julgamento.

II- O juiz só tem de pronunciar-se, verdadeiramente, sobre a admissibilidade dos meios probatórios no momento ou no acto da produção da prova, que é a fase essencial do procedimento próprio das provas constituendas.

III- Assim, se, em momento anterior, o juiz se limita a admitir o depoimento de parte, sem aduzir qualquer tipo de fundamentação, após inspeção superficial e ligeira do requerimento, não se segue daí que haja necessariamente de se admitir a produção desse depoimento, se ilegal.» [7]

6. Sumariando (art.º 663º nº 7 do CPC)

.....
.....
.....

III. DECISÃO

7. Pelo que fica exposto, acorda-se nesta secção cível da Relação do Porto em julgar improcedente a apelação, mantendo-se o decidido em 1ª instância.

Custas do recurso a cargo do Autor.

Porto, 23 de fevereiro de 2023

Isabel Silva

João Venade

Paulo Duarte Teixeira

[1] A abranger a seguinte matéria da petição inicial:

5º. Durante esse relacionamento a 1ª Ré manteve relações sexuais com outros parceiros para além do Autor, nomeadamente durante os primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento do Menor.

6º. Sendo que aquando do nascimento da Menor a 1ª Ré já não

mantinha qualquer contacto com o Autor, tendo o relacionamento amoroso terminado há muito, sensivelmente em Junho de 2016.

8º. Na verdade, o Autor apenas teve conhecimento que a 1ª Ré esteve grávida, no dia 14 de Março de 2017, altura em que a mãe do autor, EE, foi contactada pela mãe da 1ª Ré, DD,

9º. A mãe da 1ª Ré informou que sua filha se encontrava na maternidade Júlio Dinis dado que tinha dado à luz e que não poderia sair na mesma se a sua neta não fosse perfilhada.

10º. e que a 1ª Ré, caso a 2ª ré não fosse perfilhada, correria o risco de ficar sem os seus filhos de anteriores relacionamentos.

[2] Por facilidade de linguagem, dispensamo-nos de reproduzir o grau pericialmente correto, que é de 99,9999999999998 %.

[3] Como acontece na inseminação artificial, na fertilização *in vitro*, na doação de esperma, etc.

[4] Os paradigmas da ciência não são campos de absoluta certeza e os princípios epistemológicos e éticos do método científico não permitem ignorar a fiabilidade inerente ao conhecimento, que constitui uma busca constante. Daí que os resultados não sejam processados em 100%.

[5] Não é de confundir a força probatória conferida legalmente à confissão (prova plena) com a *veracidade* do depoimento prestado pela parte. Realidade que a própria lei reconhece e admite ao permitir a anulabilidade da confissão, por falta ou vícios da vontade (art.º 359º n.º 1 do CC).

[6] In “*Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação de paternidade*” - Revista do Ministério Público, ano 15º, n.º 58, Abril-Junho 1994.

[7] Proferido no processo n.º 00A1855, Relator Silva Paixão, disponível em www.dgsi.pt/, sítio a atender nos demais arestos que vierem a ser citados sem outra menção de origem.