

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 10708/09.0T2SNT.L1-6

Relator: MARIA DE DEUS CORREIA

Sessão: 29 Abril 2014

Número: RL

Votação: MAIORIA COM * VOT VENC

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: PROCEDENTE

PERSONALIDADE JUDICIÁRIA MORTE

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

RECOLHA DE AMOSTRAS DE ADN

VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Sumário

I-Nos termos do art.º 68.º do Código Civil, a personalidade cessa com a morte. Portanto, no quadro jurídico actual, o cadáver não é titular de direitos, já que a titularidade de direitos e de obrigações pressupõe a personalidade jurídica, que é a susceptibilidade de tal titularidade, no sentido técnico jurídico do conceito.

II-Tal não quer dizer que o ordenamento jurídico deixe sem tutela as agressões materiais ou imateriais à memória ou aos restos mortais da pessoa falecida. No âmbito jurídico-criminal os crimes previstos e punidos nos artigos 253.º e 254.º do Código Penal tutelam precisamente o sentimento de piedade para com os mortos. No âmbito jurídico-civil, é o art.º 71.º do Código Civil que consagra a defesa dos direitos de personalidade, depois de falecido o respectivo titular.

III-O direito à identidade pessoal, constitucionalmente consagrado no art.º 26.º n.º1 da Constituição da República Portuguesa, inclui, além do mais, os vínculos de filiação, consagrando-se um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento deste.

IV- Nas acções de investigação de paternidade, sendo a causa de pedir a filiação biológica, os exames de sangue, designadamente os exames de ADN,

são os que, com maior fiabilidade próxima da certeza, tornam possível estabelecer que determinado indivíduo procede biologicamente de outro. V-Sendo o pretense pai já cadáver, a realização de tais exames só pode fazer-se com recurso à respectiva exumação.

VI- Na realização da colheita do material biológico do cadáver para a realização de testes de ADN, ordenada pela autoridade judicial competente que a considerar necessária e levada a efeito nos termos legais e tecnicamente previstos, não existe qualquer violação de direitos, designadamente violação do respeito devido ao cadáver, pelo que não se coloca juridicamente a questão de colisão de direitos.

VII-Não carece de autorização dos familiares a exumação do cadáver, com vista à recolha de material biológico, no âmbito da acção de investigação de paternidade.

(sumário da Relatora)

Texto Integral

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Informatização de jurisprudência

I-RELATÓRIO

L... intentou acção de investigação da paternidade contra os herdeiros de P...: a viúva, M..., a filha, D... e demais filhos, cuja identificação e morada são desconhecidas da Autora.

Alega, em síntese, que toda a vida foi publicamente tratada e conhecida como sendo filha de P....

A mãe e o pai conheceram-se em R... quando este era guarda fiscal. P... era frequentador habitual da casa da sua mãe, onde almoçava com frequência. Foi nessa data que a relação entre ambos foi mais íntima - altura em que a sua mãe não manteve com mais ninguém qualquer tipo de relação - e engravidou, tendo dessa gravidez nascido a Autora.

Nestes termos, pediu que a acção fosse julgada procedente, declarando-se que P... é pai biológico da Autora, ordenando-se que tal informação conste do registo de nascimento da Autora. Mais requereu a realização de teste de DNA à Autora, aos seus irmãos e, por exumação, ao investigado.

Citada, a Ré D... apresentou contestação apresentando defesa por exceção - caducidade do direito de acionar - e por impugnação de todos os factos alegados pela Autora.

Na pendência da acção, faleceu M..., pelo que foi decidida a habilitação dos herdeiros.

Dispensada a realização da audiência preliminar, foi julgada improcedente a invocada exceção da caducidade da acção e elencados os factos assentes bem como elaborada a base instrutória.

A Autora requereu a realização de exame de DNA aos descendentes de P... e, caso nenhum dos descendentes aceitasse realizar tal exame, pediu que o teste de ADN fosse feito através de amostra do corpo do próprio P..., implicando a exumação do corpo para colheita de material biológico.

O Tribunal ordenou a notificação dos visados para saber se os mesmos concedem a sua anuência para o exame em causa.

Todos eles declararam recusar fazer o exame de ADN e não autorizar que o mesmo seja feito no corpo do falecido.

Foi então proferido o seguinte despacho:

“Nenhum dos RR aceita sujeitar-se a exame de ADN. De igual modo, nenhum deles confere a sua autorização a que o falecido seja sujeito a uma exumação de cadáver por forma a efectuar tal exame.

Apesar de ser lícito o interesse da A., não cremos que seja superior, ou possa sobrepor-se, ao direito ao respeito pelo falecido. Existem dois direitos em confronto, e não cremos que algum deva ceder perante o outro, não havendo motivo superior que permita concluir que o interesse da A. é superior a ponto de permitir exumar o cadáver do falecido quando os próprios familiares a tanto se opõem.

Nessa medida indefiro a pretensão de exumação de cadáver para recolha de ADN.

As consequências de recusa dos RR em se sujeitarem a exames de ADN serão valoradas em sede probatória, cfr. art. 519.º do CPC”.

Inconformada com este despacho, do mesmo interpôs recurso de agravo a Autora - L... - formulando as seguintes conclusões:

- 1) *O direito à identidade pessoal é um direito fundamental, consagrado na Constituição Portuguesa, o qual se corporiza no direito ao conhecimento da identidade biológica.*
- 2) *- Sendo o pretense pai cadáver, a realização de tais exames deve fazer-se com recurso à respectiva exumação.*
- 3) *Os direitos de personalidade gozam somente de protecção depois da morte do respectivo titular (art.º 71.º, n.º 1 do CC), visando a protecção dos interesses próprios afirmados ou potenciados em vida do defunto.*
- 4) *- Nunca os Réus fundaram a sua oposição à exumação do cadáver do pretense pai nos seus interesses expressos em vida.*
- 5) *A lei nacional não tutela os interesses das pessoas a quem a lei atribui legitimidade para exercer a tutela pós eficaz dos direitos de protecção de pessoa já falecida.*
- 6) *- O direito à identidade pessoal, constitucionalmente consagrado no art. 26.º, n.º 1, da CRP, inclui, além do mais, os vínculos de filiação, consagrando-se um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento deste.*
- 7) *- Na colisão de direitos constitucionalmente protegidos, como os referidos em 3) e 6) deve privilegiar-se o direito à identidade pessoal.*
- 8) *- Em função do exposto, deve ser admitida a exumação do cadáver do pretense pai para recolha de material genético que permita a realização dos adequados meios probatórios com vista à determinação da identidade genética da Apelante.*

A Ré, D..., apresentou contra-alegações, pugnando pela confirmação do despacho recorrido.

II-OS FACTOS

A factualidade com relevância para a decisão é a que consta do relatório, supra destacando-se ainda o seguinte:

1-L... nasceu no dia 6 de novembro de 1937, na freguesia de R..., B..., tendo sido registada como filha de T..., natural de B... Casou com J... em 12 de Fevereiro de 1960. (Cfr. Certidão narrativa de nascimento de fls. 13).

2-P... faleceu no dia 29 de maio de 1997, no estado de casado com M..., cfr. Certidão do assento de óbito de fls. 17.

III-O DIREITO

Tendo em conta as conclusões de recurso formuladas que delimitam o respectivo âmbito de cognição, a questão que importa apreciar é a seguinte:

Saber se, face à oposição dos Réus, familiares do pretense pai da Autora, à realização do exame de ADN, será admissível legalmente a exumação do cadáver do falecido para recolha de material biológico.

O despacho recorrido fundamenta a sua decisão de indeferir o requerido meio de prova, nas seguintes razões: por um lado a oposição dos familiares do falecido e, por outro, a existência de dois interesses em confronto sem que o interesse da Autora se deva considerar superior ao interesse dos Réus, familiares do falecido. É também essa a linha de argumentação dos Recorridos.

Por sua vez a Recorrente fundamenta o seu recurso basicamente na prevalência do interesse que deve considerar-se superior, ou seja o direito à identidade pessoal que é o da Autora.

Ora, no que concerne ao direito da Autora, a jurisprudência e doutrinas actuais consolidaram um verdadeiro direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da paternidade, seja por via do direito à integridade pessoal ou especificamente à integridade moral (artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa -CRP), seja por via do direito à identidade pessoal e do desenvolvimento da personalidade (art.º 26.º n.º1 da CRP), definido pelo direito ao conhecimento da identidade dos progenitores^[1] que inclui o direito à identidade genética própria (n.º3 do art.º 26.º da CRP) e, em consequência, ao conhecimento dos vínculos da filiação “*no ponto em que a pessoa é condicionada na sua personalidade pelo factor genético*”^[2]. O direito da Autora está, pois, constitucionalmente garantido e elevado à categoria máxima de direito fundamental. E assim tem sido dado como adquirida, pelo Tribunal Constitucional^[3], a consagração, na Constituição, como dimensão do direito à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º n.º1, de um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e da paternidade. E o direito à *historicidade pessoal*^[4] implica a existência de meios legais para demonstração dos vínculos biológicos em causa^[5].

Vejam agora a questão do lado dos invocados direitos de respeito pela pessoa falecida.

Importa antes de mais sublinhar que no quadro jurídico presente, o cadáver não é titular de direitos, já que a titularidade de direitos e de obrigações pressupõe a personalidade jurídica que como é sabido, é a susceptibilidade de tal titularidade. Ora nos termos do art.º 68.º n.º 1 do Código Civil, a personalidade cessa com a morte[6]. Flui dos exposto que o cadáver não pode ser titular de direitos ou obrigações, justamente por não ter personalidade jurídica[7].

“Se os direitos de personalidade são só da pessoa, não podem ser outorgados ao cadáver. Isso funciona como limite negativo à possibilidade de o poder judicial aceitar um pedido de condenação de alguém por atentar contra a dignidade pessoal de um cadáver. Esse direito supõe a pessoa e só dela e é intransmissível (não pode ser transmitido aos sucessores do *de cuius*).

Situação diferente é a de pessoa titular dos direitos de personalidade em vida, opor-se à utilização do seu cadáver e do seu nome para fins que considera ofensivos à sua pessoa e personalidade (...).”[8]

O que ficou dito não permite, porém concluir que o nosso ordenamento jurídico deixe sem tutela as agressões materiais ou imateriais à memória ou aos restos mortais da pessoa falecida. Essa tutela resulta, no âmbito jurídico-penal, do disposto nos artigos 253.º e 254.º do Código Penal e no âmbito jurídico - civil, do art.º 71.º do Código Civil.

Porém, ao contrário do que uma interpretação demasiado literal do art.º 71.º poderia inculcar, tal não significa que é tutelado qualquer direito de personalidade do falecido *qua tale*, exactamente porque o cadáver não é titular dos direitos de personalidade de que gozava em vida[9]. Portanto, “o art.º 71.º n.º1 é uma protecção de interesses e direitos de pessoas vivas (as indicadas no n.º2 do mesmo artigo) que seriam afectadas por actos ofensivos da memória (da integridade moral) do falecido[10]. É uma protecção dada não à pessoa que foi, mas à sua família[11].

Contudo, independentemente de o cadáver não ser titular de direitos, mas beneficiário da protecção a que se refere o art.º 71.º n.º 1 do Código Civil, importa sublinhar que a realização da colheita de material cadavérico para a realização dos testes de ADN, que seja ordenada pela autoridade judicial competente que a considerar necessária, após a devida ponderação e levada a

efeito nos limites procedimentais legal e tecnicamente previstos, nunca pode estar em conflito com o disposto no art.º 71.º n.º1 do C.Civil.

Com efeito, a violação do respeito ao cadáver importa a prática de actos susceptíveis de aviltar, profanar ou ultrajar o cadáver e não actos médicos periciais exigidos com a legítima finalidade da descoberta da verdade biológica em casos em que importe o reconhecimento e declaração da identidade de uma pessoa. Não está em causa, a prática de qualquer acto que importe desrespeito para com o cadáver ou a memória da pessoa falecida, pelo que não faz sentido colocar a questão de colisão de direitos.

Na verdade, sob a epígrafe “colisão de direitos”, dispõe o art.º 335.º do Código Civil que (n.º1) *“havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes”* e no n.º2 *“se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior”*. Há, pois colisão de direitos “quando um direito subjectivo, na sua configuração ou no seu exercício, deva ser harmonizado com outro ou com outros direitos. Num sentido estrito a colisão ocorre sempre que dois ou mais direitos subjectivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si”[\[12\]](#). Resulta pois com toda a evidência que “o problema da aplicação prática deste instituto só pode colocar-se depois de o intérprete chegar à conclusão de que, tendo na sua frente uma pluralidade de direitos pertencentes a titulares diversos, não é possível o respectivo exercício simultâneo e integral. (...) A colisão de direitos pressupõe a efectiva existência de ambos”[\[13\]](#). Se, ponderada a situação de facto em apreço, o julgador chegar à conclusão de que na realidade só um direito existe, radicado na esfera jurídica de um dos litigantes, o instituto da colisão de direitos deixa de poder aplicar-se[\[14\]](#). Ora é precisamente aquilo que se passa no caso *sub judice*.

Não está em causa saber qual dos direitos deva considerar-se superior, se o da Autora se o invocado direito dos Réus a defender o respeito devido ao falecido, pela simples razão de que neste processo não está minimamente em causa o respeito devido ao falecido. Os Réus não têm de defender um direito que não está a ser posto em causa por ninguém. Como já ficou supra mencionado, a realização da colheita de material cadavérico para a realização dos testes de ADN, que venha a ser ordenada pela autoridade judicial competente que a considerar necessária, após a devida ponderação e levada a efeito nos limites procedimentais legal e tecnicamente previstos, nunca pode estar em conflito com o disposto no art.º 71.º n.º1 do C.Civil.

Com efeito, a violação do respeito devido ao cadáver só poderá ser levada a efeito através da prática de actos susceptíveis de aviltar, profanar ou ultrajar o cadáver e não actos médicos periciais exigidos com a legítima finalidade da descoberta da verdade biológica em casos em que importe o reconhecimento e declaração da identidade de uma pessoa.

Ora, no caso em apreço, a realização do exame requerido pela Autora constitui uma diligência de prova que se justifica inteiramente para prova da relação biológica entre a Requerente e o falecido pretense pai. Nos termos do art.º 1801.º do Código Civil *“nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”*. Os comumente designados “testes de ADN” constituem hoje uma tecnologia que é “admitida internacionalmente como prova pericial em tribunal, permitindo a resolução de casos de filiação complexos, como, por exemplo, casos de investigação de paternidade em que a mãe ou o pretense pai faleceram(...)”[15]. Na verdade, os avanços científicos permitiram o emprego de teste de ADN com uma fiabilidade próxima da certeza e, por esse meio, mesmo depois da morte, é hoje possível estabelecer com grande segurança a maternidade ou a paternidade[16].

Não obstante a relevância do exame pericial como meio de prova na acção de investigação de paternidade vieram os Réus opor-se à realização da perícia nas suas próprias pessoas, quer à recolha de tecido do cadáver do pretense pai e à necessidade da sua exumação para esse efeito. Ora como flui do que ficou exposto, impõe-se concluir pela ilegitimidade da recusa de exumação de cadáver suscitada pelos Réus[17].

IV-DECISÃO

Em conformidade com o exposto, acordamos neste Tribunal da Relação de Lisboa em conceder provimento ao recurso e, por consequência, revogando o despacho recorrido, ordenar a substituição do mesmo por outro que ordene a diligência requerida.

Custas pelos Recorridos.

Lisboa, 29 de abril de 2014

Maria de Deus Correia

Maria Teresa Pardal

Ana Lucinda Cabral (vencida conforme declaração que segue)

Voto de vencida

Está em causa uma acção de investigação da paternidade de pretense pai falecido, havendo oposição dos sucessores, aqui Réus.

No acórdão considera-se que “no quadro jurídico presente, o cadáver não é titular de direitos, já que a titularidade de direitos e de obrigações pressupõe a personalidade jurídica que como é sabido, é a susceptibilidade de tal titularidade. Ora nos termos do art.º 68.º n.º 1 do Código Civil, a personalidade cessa com a morte. Flui dos exposto que o cadáver não pode ser titular de direitos ou obrigações, justamente por não ter personalidade jurídica”

Divergimos desta posição.

Por dizerem respeito à pessoa humana e aos seus valores mais caros, os direitos da personalidade revestem-se de características peculiares. Ao contrário de outros bens jurídicos, em regra amplamente transmissíveis, os direitos da personalidade não se desprendem do seu titular, traduzem a noção de preenchimento da existência dos seres humanos, sendo, como tal, atributos próprios do indivíduo, insusceptíveis de renúncia.

Os direitos de personalidade são absolutos, posto que oponíveis *erga omnes*, tal significa que eles impõem, por sua natureza e relevância, um dever universal de respeito e abstenção.

O nosso direito protege individualmente as pessoas já falecidas contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à respectiva personalidade física ou moral que existia em vida e que permaneça após a morte, assim se podendo também falar de uma tutela geral de personalidade do defunto.

Rabindranath Capelo de Sousa refere que: “os direitos em causa estão ligados e mantêm-se relacionados com a personalidade física e moral do falecido, entendida tal personalidade em si mesma como um bem jurídico, e não directamente com os interesses das pessoas do nº 2 do art. 71º do CC, havendo com a morte do seu ex-titular uma especial sucessão de direitos pessoais a favor destes últimos.” (O direito geral de personalidade”, pág. 193, nota 351 e pág. 366-367.

Nesta medida, este autor e Castro Mendes, *in* Teoria Geral do Direito Civil, vol. I, pag.243, Vol. II, pág. 170 e 255, entendem que “o cadáver é um bem da personalidade de pessoa falecida abrangido pelo art. 71º do CC.”

Note-se que art. 71º CC comanda que os direitos de personalidade gozam de protecção depois da morte do respectivo titular.

É indiscutível a tutela do retrato de pessoa falecida (artigo 79º, 1, do Código Civil), da honra, do bom nome e da intimidade da vida privada, enquadráveis num direito geral de personalidade, com foro constitucional, correspondente a uma tutela abrangente de todas as formas de lesão de bens de personalidade. Por isso se defende que, numa ordem fundada no princípio da dignidade humana, o bom nome, a reputação ou a intimidade da vida privada de uma pessoa falecida merecem tutela, contexto em que se enquadra a protecção jurídica do cadáver.

Entende-se, pois, que existe tutela da pessoa falecida, embora tenha cessado a sua personalidade, para a preservação da sua memória, corolário da necessidade de se permitir que o defunto descanse em paz. O que está em causa "é a continuidade da pessoa, pelo menos para efeitos da protecção da pessoa no passado." Assim, afirma-se que há a projecção de certos aspectos da personalidade para além da morte, sobretudo no que tange à protecção da honra, da imagem, do nome e da incolumidade do corpo.

No direito penal no Título I “Dos Crimes Contra As Pessoas”, Capítulo IV “Dos Crimes Contra a Honra”, o artigo 185º protege a ofensa à da memória de pessoa falecida, sendo que este crime depende de acusação particular. No Título IV “Dos Crimes Contra a Vida em Sociedade”, Capítulo I “Dos Crimes Contra a Família os Sentimentos Religiosos e o Respeito Devido Aos Mortos”, o artigo 253º protege o impedimento ou perturbação de cerimónia fúnebre e o artigo 254º a profanação de cadáver ou de lugar fúnebre. Estes dois crimes são públicos e no último a tentativa é punível.

Portanto, se no crime previsto e punível pelo artigo 185º se pode dizer (embora não concordemos com tal) que os titulares do direito protegido são apenas os familiares do falecido por depender destes a acusação particular, os outros referidos tipos de crime são crimes públicos, sendo, em primeira linha, o Estado e a vida em sociedade que são atingidos com o cometimento dos mesmos.

Sabendo-se que o “Direito”, em sentido geral, é o mínimo ético (G. Jellinek) e o “Direito Penal”, em particular, é o mínimo desse mínimo (Rosmini), não se compreende que a tutela da personalidade tenha assento no direito penal e não o tenha no direito civil.

Vejamos então o direito da autora, o direito à identidade pessoal que tem consagração constitucional, nomeadamente no artigo 26.º, n.º 1.

No acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/06, publicado no *Diário da República* nº 28/06, Série I-A de 8 de Fevereiro declarou-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, aplicável por força do artigo 1873.º do mesmo Código, na medida em que prevê, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigador, por violação das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

Mas este acórdão contém uma declaração de voto da Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza: “... porque a entendo como apenas julgando censurável a fixação de um prazo impreterível de dois anos para a caducidade do direito de propor a acção, e como não impedindo, nos casos de fiscalização concreta, julgamentos de não inconstitucionalidade como o que foi proferido no acórdão n.º 525/2003, de que fui relatora, no qual foi tomado em conta, nomeadamente, o prazo decorrido entre a data em que o investigador atingiu a maioridade e a data da propositura da acção de investigação”.

No acórdão nº 525/2003 mencionou-se “...Ora, ainda que se considerasse - ao invés do que, entretanto, se julgou no recente Acórdão n.º413/89 - que o prazo fixado no n.º 1 do artigo 1817º era excessivamente curto, face aos referidos princípios constitucionais, a eventual inconstitucionalidade da norma em causa, pela razão atrás apontada - legitimação constitucional da fixação legal de um prazo de caducidade -, sempre seria, necessariamente, apenas parcial; ou seja, só seria inconstitucional na medida em que não fixasse um prazo de caducidade considerado razoável, face aos princípios da adequação e da proporcionalidade. Assim sendo, e porque esse prazo razoável sempre seria, obviamente, inferior àquele que decorreu entre a maioridade da investigador e a data da propositura da presente acção, nunca um eventual julgamento de inconstitucionalidade parcial da norma em causa, nos termos atrás referidos, poderia ter qualquer reflexo no caso dos autos.

...

Com efeito, no caso que constitui o objecto do presente recurso verifica-se que a acção de investigação foi proposta mais de trinta anos depois de a investigante atingir a maioridade; e que as instâncias não consideraram demonstrada a existência de posse de estado.

9. Estão, pois, reunidas as condições para que se proceda à emissão da decisão sumária prevista no nº 1 do artigo 78º-A da Lei nº 28/82.

Nestes termos, nos termos e pelos fundamentos constantes do acórdão n.º 451/89, nega-se provimento ao recurso, confirmando-se a decisão recorrida no que respeita à questão de constitucionalidade.”

Quer dizer, a jurisprudência do TC até ao Acórdão nº 23/06 sustentava que a norma em causa só seria inconstitucional na medida em que não fixasse um prazo de caducidade considerado razoável, face aos princípios da adequação e da proporcionalidade, ponderando-se aqui o tempo que decorreu entre a maioridade do investigante e a data da propositura da presente acção.

Foi, portanto, com o acórdão nº 23/06 que se abriu a porta a investigações da paternidade tardias em que entre a maioridade do investigante e a data da propositura da presente acção podem decorrer dezenas de anos, como é o caso dos autos.

Note-se que neste aresto se deixou claro que “ Importa começar por deixar bem vincado que, na averiguação da conformidade constitucional da solução limitativa, actualmente consagrada na norma ora em apreço, o que está em questão não é qualquer imposição constitucional de uma “ilimitada (...) averiguação da verdade biológica da filiação”. Pese embora a tese defendida pelo recorrente, de que qualquer caducidade da acção de investigação de paternidade é inconstitucional, no presente recurso está apenas em questão o concreto limite temporal previsto no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, de dois anos a contar da maioridade ou emancipação (portanto, no máximo, os vinte anos de idade do investigante)”

Significa que não se tem o direito à identidade pessoal como um direito absoluto.

Posto isto, é certo que se coloca aqui necessariamente uma questão de conflito de direitos: o conflito entre o direito à identidade pessoal do investigante e o direito ao respeito que é devido ao cadáver de uma pessoa falecida, respeito que é imposto pela dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento que é do Estado de Direito.

Julga-se que a solução do dilema se pode ancorar, nomeadamente no mecanismo processual que se apresenta.

No domínio do Código de Processo Civil (de 1961 aqui aplicável), decorre do art. 519º CPC que *“Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.”*

A lei prevê, ainda, que *“aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis e 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. 344º do Código Civil”* (art. 519º/2 CPC).

Se o pretense pai fosse vivo, não duvidaríamos da faculdade que lhe assistia em recusar a realização de qualquer exame hematológico ou de ADN, recusa que não deixaria de ser livremente apreciada pelo tribunal (artigo 519º, 2, do Código de Processo Civil).

O mesmo acontece com os sucessores do falecido investigado, a sua indisponibilidade para a realização da exumação de cadáver e testes de ADN terá de ser livremente apreciada. A recusa do cumprimento pelas partes do dever de cooperação para a descoberta da verdade, imposto pelo aludido artigo 519º, nº 1, do Código de Processo Civil, tem a sanção consagrada no artigo 357º, nº 2, do Código Civil, a qual determina que *“...o tribunal apreciará livremente o valor da conduta da parte para efeitos probatórios”*, em conformidade com o princípio mais geral da convicção racional, estabelecido pelo artigo 655º, nºs 1 e 2, da lei adjectiva, que combina o sistema da livre apreciação ou do íntimo convencimento com o sistema da prova positiva ou legal.

Além de que haverá sempre a possibilidade da Autora realizar o seu direito à identidade pessoal, através dos outros meios de prova sem, contudo, ser necessário afectar a dignidade humana, o bom nome, a reputação do falecido e os sentimentos de piedade das rés para com o cadáver do seu familiar.

Assim, também aqui releva a ideia de razoabilidade, face aos princípios da adequação e da proporcionalidade.

Ponderando todas as razões expendidas, entende-se que sem o consentimento dos sucessores do falecido, não há fundamento para o direito da Autora à sua identidade pessoal se sobrepor ao direito dos Réus à defesa dos seus sentimentos para com a memória de seu marido e pai. (vide Ac. da Relação do Porto, Proc. nº 1194/06.7TBBGC-B.P1, de 03-11-2010.in www.dgsi.pt).

Desta forma, entendemos que devia ter sido confirmado o despacho recorrido no sentido do indeferimento da pretensão de exumação de cadáver para recolha de ADN.

Ana Lucinda Cabral

[1] J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, 4.^a edição, Vol.I, pág.462.

[2] Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2005, I, 204-205.

[3] Vide a título exemplificativo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º23/06 de 10-01-2006, publicado no Diário da República n.º28/06, Série I-A de 8 de Fevereiro.

[4] De que falam Gomes Canotilho e Vital Moreira *in Ob.cit.*

[5] Vide acórdão do Tribunal Constitucional supra citado.

[6] Vide a este respeito, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-12-2011, Processo n.º 912-B/2002.C1.S1, www.dgsi.pt

[7] Também a este propósito e neste mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 130/88 datado de 08-06-1988, disponível em www.dgsi.pt.

[8] Eduardo Vera Cruz Pinto, Conferência proferida no Brasil em 2003, no âmbito da II Jornada de Direito Civil, com o título Considerações genéricas sobre os Direitos da Personalidade, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal e publicada in CEJ, Brasília, n.º 25, pp.70-73, Abril-Junho 2004.

[9] Acórdão do STJ de 15-12-2011, já citado.

[10] Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição, 12.^a reimpressão, 1999, p.203.

[11] Igualmente neste sentido Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1978, 1.^o, 233-234.

[12] Menezes Cordeiro, *A colisão de Direitos*, in "O Direito", 137, 2005, p.38.

[13] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-10-2008, relatado por

Sebastião Póvoas (Processo 08A3005), www.dgsi.pt.

[14] *Idem* e acórdão do STJ de 09-05-2006, relatado por Nuno Cameira, (Processo 06A636), in www.dgsi.pt..

[15] Maria de Fátima Pinheiro, «*Genética, Biologia Forense e criminalística*» in *Noções Gerais Sobre Outras Ciências Forenses*, Faculdade de medicina da Universidade do Porto, Medicina Legal, 2003/2004, p.8.

[16] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/06, já citado.

[17] Neste sentido decidiram os recentes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que seguimos de perto, datados de 15-12-2011 (Álvaro Rodrigues) e de 24-05-2012 (Serra Baptista), disponíveis in www.dgsi.pt
