

© *Cadernos de Direito Actual* N° 5 (2017), pp.11-24 · ISSN 2340-860X
Vol. Extraordinario · ISSNe 2386-5229

O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa – alguns pontos de discussão

Parentage establishment and the Portuguese Constitution - some issues to discuss

ROSSANA MARTINGO CRUZ¹
Universidade de Coimbra (Portugal)

Sumário: 1. Introdução; 2. O estabelecimento da maternidade e paternidade; 3. Algumas questões de constitucionalidade no estabelecimento da filiação biológica; 3.1. Inexistência de presunção de paternidade na união de facto; 3.2. Recusa de colaboração nos exames científicos; 3.3. Constitucionalidade dos prazos nas ações de investigação; 4. Conclusão 5. Bibliografia citada.

Resumo: Por vezes, quando falha a colaboração dos progenitores, o estabelecimento da filiação poderá ser forçado e tal pode vir a contender com algumas questões constitucionais. Nestes casos, apesar do superior interesse do filho em ver os seus laços estabelecidos, existem limites constitucionais que devem ser respeitados. Todavia, nem todos os países adotam a mesma bitola nestes casos. Importará discutir quais os direitos constitucionais em confronto nos casos do estabelecimento da progenitura biológica e quais as soluções a que a doutrina e jurisprudência têm chegado.

Palavras chave: filiação biológica; princípios constitucionais; filhos nascidos fora do casamento; constitucionalidade dos prazos; recusa cooperação exames científicos (ADN)

Abstract: Sometimes when the biological parents don't cooperate, the parentage establishment may be forced and that may collide with some constitutional grounds. In these cases, in spite of the child's interest in seeing their parentage established, there are still constitutional boundaries that must be respected. However, not all countries have the same approach in these cases. Therefore, we believe that is important to discuss the constitutional issues that take place in this discussion and what solutions have been reached by the doctrine and jurisprudence.

Keywords: biological parentage; constitutional principles; children born out of wedlock; constitutionality of time limits in parentage lawsuit; refusal to cooperate in DNA exams.

1. Introdução

O nascimento é um facto jurídico autónomo, independente de qualquer outro facto jurídico. Ou seja, mesmo que não seja possível estabelecer a filiação, o nascimento, por si só, terá relevância jurídica. Daí que, de acordo com o artigo 1.º, n.º 1, al. a), do Código de Registo Civil, o nascimento seja um facto obrigatoriamente sujeito a registo (independentemente da possível identificação dos progenitores). Porém, será também de extrema importância determinar e estabelecer os vínculos de maternidade e paternidade.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Assistente convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho e na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.

O Direito da Filiação pode ser analisado em sentido amplo, isto é, incluindo tanto a filiação biológica como a filiação jurídica (que podem coincidir ou não). Já a filiação em sentido estrito refere-se ao laço biológico de parentesco (é esta a aceção dos artigos 1796.º e seguintes). A filiação em sentido amplo abrangerá tanto aquela gerada pelo vínculo biológico, como a afetiva e meramente jurídica (como a adoção).

Existem vários princípios constitucionais relevantes nesta sede, tais como: - o direito de constituir família, artigo 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa – CRP (na medida em que todos têm o direito de ver juridicamente reconhecidos os seus laços de parentesco); - a atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos (36.º, n.º 5 CRP)² - a inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores (36.º, n.º 6 CRP)³; - a não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento (art. 36.º, n.º 4 CRP⁴; apesar do modo de estabelecimento da filiação ser diferente – como veremos - não podem as leis dificultar, injustificadamente, o estabelecimento da filiação fora do casamento); - a proteção da adoção (art. 36.º, n.º 7 CRP, tendo em conta que a adoção é uma forma de filiação afetiva que necessita de uma especial preocupação por parte do legislador); proteção da família (art. 67.º CRP, enquanto princípio geral e norteador, sendo a filiação biológica e adotiva fontes jurídico-familiares); - proteção da paternidade e da maternidade (art. 68.º CRP); e, - proteção da infância (art. 69.º CRP)⁵.

Além destes princípios, existem outros princípios constitucionais com relevância no estudo do direito da filiação, tais como o direito à identidade pessoal⁶ e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁷ (art. 26.º da Constituição da República Portuguesa).

² Trata-se de um poder face aos filhos, mas que também é suscetível de ser oponível ao próprio Estado. O número 2 do artigo 43.º da Constituição consagra que os pais, podem educar os filhos de forma livre e sem intromissão e diretrizes do Estado (sem prejuízo do princípio de cooperação entre este e os pais).

³ De igual forma, os filhos não devem ser separados dos progenitores, exceto quando estes não cumprirem os deveres fundamentais que lhes competem e sob decisão judicial. Preocupação similar consta na Constituição alemã, estabelecendo-se a separação da criança da sua família apenas quando esta falha com aquela (Art. 6 –3: «*Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.*»)

⁴ A este propósito, consultar CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pág. 565. De lembrar que a Constituição de 1933, consagrava, no artigo 12.º, que a constituição de família assentava no casamento e na filiação legítima (§ 1.º). Estes filhos teriam a plenitude de direitos, já os filhos ilegítimos perfilháveis, mesmo nascituros, poderiam vir a ter direitos convenientes à sua situação, em especial direito a alimentos, mediante investigação acerca das pessoas a quem incumba essa prestação (artigo 12.º, § 2.º).

Também idêntico ao nosso atual n.º 4 do art. 36.º, o teutónico Art. 6 -5 da GG que consagra a igualdade de oportunidades entre os filhos do casamento e fora do casamento: «*Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.*»

⁵ Vide COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 49 e segs.

⁶ O direito à identidade pessoal não significa somente ter direito a um nome, a não ser privado dele e a defendê-lo; abrange também o direito à historicidade pessoal, isto é, o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores (sendo certo que, por vezes, este direito possa ser limitado). A este propósito consultar OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira, *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas*, n.º 23 da Coleção do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2011; REIS, Rafael Luís Vale, *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008; e COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 50 e segs..

Analisaremos os princípios constitucionais mais relevantes para a filiação biológica e cuja efetivação não tem sido pacífica.

2. O estabelecimento da maternidade e paternidade

Para este breve estudo, focar-nos-emos no estabelecimento da filiação em sentido estrito, ou seja, a filiação biológica.

A maior diferença neste âmbito é que a maternidade será, essencialmente, um feito biológico e a paternidade, por sua vez, tem contornos eminentemente jurídicos.

A maternidade resulta do facto do nascimento⁸ (n.º 1 do artigo 1796.º), ou seja, do parto^{9,10}. A menção da maternidade, enquanto consequência da correspondente indicação ou declaração¹¹, encontra-se prevista nos artigos 1803 e seguintes.^{12,13}

⁷ O direito ao desenvolvimento da personalidade integra-se numa tutela geral da personalidade (protegida, no direito privado, pelo art. 70.º do Código Civil) e relaciona-se com uma liberdade de conformação e de comportamento, abrangendo a autodeterminação pessoal, a possibilidade que cada indivíduo tem de orientar o seu plano de vida. Estes direitos devem ser devidamente atendidos e ponderados num âmbito alargado. Todavia, por vezes, estes direitos poderão ser justificadamente derogados ou limitados, face a interesses de índole igualmente premente. Caso em que o filho adotivo não pode estabelecer a filiação biológica, nos termos do art. 1987.º; ou as limitações no âmbito da Lei da Procriação Medicamente Assistida, quando se questiona se os filhos nascidos por inseminação com recurso a gâmetas de dador têm o direito de conhecer a identidade do dador do óvulo ou do esperma que contribuiu para a sua conceção, entre outros casos semelhantes

⁸ Semelhante ao disposto no §1591 do BGB («*Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat*»).

⁹ Sem prejuízo da recente possibilidade de gestação de substituição prevista no art. 8.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) que vem alterar este paradigma que até então vigorava.

¹⁰ Em França a maternidade não se estabelece pelo simples facto do nascimento, não se aplicando o brocardo «*mater semper certa est*». Implica uma declaração da mãe nesse sentido («*La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant*» – art. 311-25 do Código Civil francês). Cfr. artigos 310.º e seguintes do Código Civil francês. Como referido em nota supra, no âmbito da gestação de substituição esta ideia de «*mater semper certa est*» sofre uma derrogação no ordenamento português.

«*Le droit français laisse donc une place à la volonté (ou a contrario à l'absence de volonté) d'être mère juridiquement, contrairement à la plupart des autres États d'Europe occidentale*» SOSSON, Jehanne, «Les enfants de concubis» in *Les Concubinages: Approche socio-juridique*, Ed. Centre National de la Recherche Scientifique, Centre de droit de la famille. Tome I, Paris, 1986, pág. 394. Tal possibilita que a mãe tenha a escolha do anonimato no nascimento do seu filho. Para Anna Singer a solução francesa e outras na sua senda violam o direito da criança em saber as suas origens e condena a existência crescente de incubadoras em hospitais e centros de saúde para que se possa deixar os filhos anonimamente (chamadas «baby boxes»). SINGER, Anna, «The Right of a Child to Parents» in *Family law and culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014, págs. 141-142. Esta é uma solução controversa, «*Therefore, the UN Committee on the Rights of the Child opposes the so called baby boxes, the heated incubators located at an exterior wall of a hospital where a baby can be lefted anonymously and an alarm sounded*» OAKS, Laury, *Giving Up Baby – Safe Haven Laws, Motherhood, and Reproductive Justice*, New York University Press, 2015, pág. 23.

«*Anonymous birth is traditionally the practice by which mothers can give birth in a hospital without stating their identity, and the child is then placed for adoption. While France is the most prominent exponent of this practice, it is also legal in Luxembourg and Austria. (...) In addition to anonymous birth, in recent years there has been an increasing trend towards the creation of 'baby-boxes' throughout Central and Eastern Europe, which allow parents to leave children in the care of the state anonymously. This practice dates back to the 12th century (...). In modern times, baby-boxes more commonly take the form of an incubated crib in a hospital or child welfare centre*» FENTON-GLYNN, Claire, «Anonymous relinquishment and baby-boxes – Life-saving mechanisms or a violation of human rights?» in *Family law and culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014, pág. 186.

Já na paternidade, em França, aplicar-se-á, igualmente, a presunção «*pater is est quem nuptiae demonstrant*» - artigo 312.º do Código Civil. Não sendo a mãe casada, os meios serão idênticos aos nossos: será necessário que o pai reconheça a paternidade, esta se presume por posse de estado ou exista ação de investigação- artigos 316.º e segs.

A mãe quando declara a maternidade está a fazer uma declaração de ciência¹⁴ (com a exceção da situação que decorre da gestação de substituição¹⁵). Em regra, não existe na declaração da maternidade um conteúdo volitivo, um ato de vontade (ao contrário do que sucede na perfilhação). Só assim se explica porque o legislador não consagrou nenhuma regra sobre a capacidade da mãe para declarar a maternidade¹⁶. Na perfilhação exige-se a idade mínima de dezasseis anos, ou seja, para declarar a paternidade e assumir-se como pai jurídico é-lhe exigida uma determinada capacidade¹⁷ de querer e entender, como examinaremos mais à frente.

Não havendo indicação ou declaração de maternidade, é ainda possível que o estabelecimento seja feito através de uma ação judicial que declarará a maternidade por sentença¹⁸.

¹¹ Sempre que o registo de nascimento seja omissivo quanto à maternidade, deve o funcionário do registo civil remeter para o tribunal certidão integral do registo. Só não ocorrerá esta remessa se, existindo perfilhação, o conservador verificar que o perfilhante e a pretensa mãe são parentes ou afins em linha reta ou parentes no segundo grau da linha colateral ou tenham decorrido mais de dois anos sobre o nascimento (arts. 1808.º e 1809.º do Código Civil e 115.º e 116.º do Código do Registo Civil). Na sequência do envio da certidão integral do registo será aberto um processo de averiguação oficiosa da maternidade no tribunal competente.

¹² Terá diferente relevância jurídica o lapso temporal decorrido entre a data do nascimento e o momento em que é feito o registo e em que se realiza a menção da maternidade. Normalmente ocorrerá menos de um ano entre a data do nascimento e o momento do registo com a menção da maternidade. Sendo este o caso, nos termos do n.º1 do artigo 1804.º, a menção da maternidade estabelecerá a filiação materna. Lavrado o registo, deve o conteúdo do assento ser comunicado à mãe, nos termos do n.º 2 do artigo 1804.º. Ou seja, deve esta ser informada que a maternidade constante do registo é havida como sua. Esta comunicação, mediante notificação pessoal, não ocorrerá quando tenha sido a mãe ou o marido desta a declarar o nascimento (n.º 2 do artigo 1804.º, *in fine*). Diferente será a situação prevista no artigo 1805.º, que se refere a nascimento ocorrido há mais de um ano. Neste caso, a menção da maternidade só estabelecerá a filiação relativamente à pessoa mencionada como mãe se: - foi a própria mãe a declarar o nascimento; - no caso de não ter sido ela a declarar o nascimento, se esteve presente; - se estava representada por procurador com poderes especiais; - se lhe foi comunicado conteúdo do assento e confirmou a maternidade; - ou se depois de notificada nada declarou (n.ºs 1 e 2 do art. 1805.º). Será a menção ineficaz, ou seja, a menção da maternidade não estabelecerá a filiação materna se a mãe não pode ser notificada do conteúdo do assento ou se negar a maternidade (n.º 3 do mesmo artigo). Em regra, o momento da elaboração do registo de nascimento e a da menção da maternidade coincidem. No caso de não ter sido a mãe quem declarou o nascimento e ao declarante não ter sido possível identificar a mãe, o registo de nascimento ficará omissivo quanto à maternidade. Para que a mãe possa figurar no assento de nascimento, quando este é omissivo quanto a ela, surge a declaração de maternidade do n.º 1 do artigo 1806.º. Não existe qualquer prazo para esta declaração, pelo que a mãe poderá fazê-la, em regra, a todo o tempo. Porém, não poderá a mãe declarar a maternidade quando estiver perante filho nascido ou concebido na constância do casamento e, concomitantemente exista perfilhação por pessoa diferente do marido (n.º 1 do artigo 1806.º). A *ratio* desta proibição é simples de compreender. Pois, se fosse admitida esta declaração de maternidade, automaticamente, iria operar a presunção de paternidade do marido (artigo 1826.º), que abordaremos *infra*. Esta presunção sobrepor-se-ia à paternidade do perfilhante. Nestes casos, a mãe terá de intentar a ação prevista no artigo 1824.º.

¹³ É possível um controlo posterior da veracidade da maternidade estabelecida, através da ação de impugnação da maternidade do artigo 1807.º A lei permite o direito de *corrigir* uma maternidade que não corresponde à verdade biológica.

¹⁴ Note-se que também pode um terceiro indicar a maternidade – cfr. arts. 1804.º a 1806.º.

¹⁵ Cfr. art. 8.º da LPMA.

¹⁶ Uma vez mais, esclarecemos que no seio da PMA existem alguns desvios a estas considerações.

¹⁷ Capacidade essa constante no artigo 1850.º.

¹⁸ Porém, não será possível promover o estabelecimento judicial da maternidade contra uma pretensa mãe quando, no registo de nascimento, conste outra pessoa como mãe (artigo 1815.º). Havendo uma maternidade estabelecida ela terá de ser impugnada antes de ser intentada esta ação judicial de investigação. Trata-se, de acordo com a lei, de remover o *registo inibitório*. Poder-se-á dizer que o

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 1796.º, a paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora casamento, estabelece-se por reconhecimento (seja este voluntário ou judicial). Neste sentido, são três os modos de estabelecer a filiação paterna. O primeiro modo de estabelecimento da paternidade será a presunção de paternidade, que pressupõe a existência de um casamento entre os progenitores, aquando o nascimento ou concepção do filho, e o estabelecimento da maternidade. Porquanto, em princípio, os filhos de mulher casada terão como pai o marido desta. Outro modo de estabelecimento da paternidade será a perfilhação e sucederá, em regra, no caso de filhos nascidos ou concebidos fora do vínculo matrimonial. Será um reconhecimento voluntário da paternidade. Por fim, nos casos em que o filho nasce fora do casamento (ou a presunção não funciona, cessa ou é impugnada) e o pai não quer perfilhar ou a perfilhação não é possível, pode estabelecer-se a paternidade por reconhecimento judicial – ação de investigação de paternidade¹⁹. A ideia que subjaz nesta matéria é fazer corresponder um vínculo jurídico ao biológico já existente²⁰.

3. Algumas questões de constitucionalidade no estabelecimento da filiação biológica

O estabelecimento da filiação biológica contende com algumas questões de constitucionalidade. Elegemos três²¹: a inexistência de presunção de paternidade para os filhos nascidos fora do casamento, em particular na união de facto; a recusa de cooperação nos exames científicos no âmbito das ações de filiação; e a existência de prazos de caducidade nas ações de investigação de maternidade e paternidade.

3.1. Inexistência de presunção de paternidade na união de facto

O disposto no n.º 1 do artigo 1826.º consagra a velha regra do direito romano «*pater is est quem nuptiae demonstrant*». Assim, os filhos concebidos ou nascidos na constância do casamento estão abrangidos por esta presunção de que o pai será o marido da mãe²². Esta presunção assenta numa ideia de probabilidade, onde se assume que o marido da mãe será, em princípio, o pai dos filhos desta. Esta presunção é ilidível («*iuris tantum*»). Daí que a

artigo 1815.º consagra um princípio cronológico, na medida em que não admite uma filiação contrária a outra já estabelecida anteriormente, a não ser que a falsidade da primeira seja demonstrada, nos termos do artigo 1807.º.

¹⁹ «O sistema jurídico brasileiro contempla três modalidades de reconhecimento: a) o reconhecimento espontâneo, tal como previsto no art. 1.607 do Código Civil; b) o reconhecimento voluntário, a saber, aquele decorrente da averiguação oficiosa prevista no art. 2.º da Lei n.º 8.560/92; c) o reconhecimento judicial (ou forçado) decorrente do julgamento de procedência do pedido na ação de investigação de paternidade ou de maternidade.» ALVES, Leonardo Barreto Moreira [et. al], Código das Famílias Comentado, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, págs. 260-261. Sobre a evolução no direito brasileiro no sentido de aceitar a filiação fora do casamento, consultar NICOLAU, Gustavo Rene, *União estável e casamento*, Atlas, São Paulo, 2011, págs. 5 e segs..

²⁰ Esta é a lógica inerente à vasta maioria dos sistemas legais. «At common law, the position was simple: legal parenthood was determined by the biological parentage. While there might be difficulties in proving this, necessitating the use of various presumptions (for example that the mother's husband was the father of her child), the rule itself was not in doubt.» HERRING, Jonathan, PROBERT, Rebecca, GILMORE, Stephen, *Great Debates in Family Law*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012, pág. 29.

²¹ Haveria mais a tratar, designadamente, no âmbito da procriação medicamente assistida: como concatenar o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito ao anonimato e intimidade da vida privada do dador. Todavia, para não exceder os limites impostos a esta reflexão, decidimos restringir a nossa análise apenas àquelas três questões.

²² Também no direito italiano se usa a mesma presunção («*Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio.*» - art. 231 do Código Civil); igualmente no direito francês (art. 312.º do *Code Civil*); espanhol (art. 116.º do Código Civil); alemão (1.592 do BGB); etc.

preocupação com a verdade biológica²³ permita que esta presunção seja afastada quando pareça inverosímil.

A presunção «*pater is est...*» estende-se aos filhos concebidos na constância do casamento dos progenitores, mas nascidos posteriormente à sua dissolução, declaração de nulidade ou anulação. A prova da concepção durante o casamento é facilitada pela presunção estabelecida no artigo 1798.º (que estabelece o lapso temporal em que o filho foi concebido)²⁴.

Esta presunção marital abrange ainda os filhos nascidos na constância do matrimónio, apesar de concebidos antes dele. Deste modo, será suficiente que o nascimento ocorra durante o casamento, ainda que a concepção tenha sido em data anterior a este.²⁵ O legislador quis aqui incluir os «*filhos do namoro*»²⁶. Porém, a presunção do filho nascido, mas não concebido, na constância do matrimónio será uma presunção mais *frágil*. A presunção do marido da mãe não é absoluta. A preocupação com a verdade biológica permite que esta presunção seja ilidida quando possa parecer inverosímil. A presunção pode cessar ou ser impugnada^{27, 28}.

²³ No nosso direito da filiação vigora o princípio da verdade biológica. Segundo este princípio, o vínculo biológico e o vínculo jurídico devem ser coincidentes. Ou seja, o nosso sistema jurídico preocupa-se que a verdade biológica corresponda, em regra, à verdade jurídica. Este princípio exige que seja possível corrigir a filiação que não corresponda à verdade biológica. Até 1977, este princípio não era uma preocupação do nosso sistema. Atualmente, o direito português, por vezes, privilegia a verdade biológica até em detrimento do interesse concreto do filho, a salvaguarda da paz familiar, ou a estabilidade socio-afetiva de uma relação meramente jurídica, sem fundamento biológico.

²⁴ O momento da concepção será juridicamente relevante no âmbito do estabelecimento da filiação. Durante décadas, não se dispunha de métodos rigorosos para determinar, com clareza, o momento da concepção. Deste modo, recorrendo às regras da experiência, verificou-se que a gestação costumava ter como lapso temporal mínimo cento e oitenta dias e, como tempo máximo, trezentos dias. Com base nestes dados era possível calcular o limite temporal mínimo e máximo em que a concepção ocorreu. De acordo com o disposto no artigo 1798.º, o período legal de concepção corresponderá aos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que antecedem o nascimento. Considera-se, tradicionalmente, que a concepção pode ter ocorrido em qualquer momento desse período (regra da indivisibilidade e presunção «*omni meliore momento*», segundo a qual se presume que o filho foi concebido no *melhor momento*, naquele que for de encontro ao seu interesse). Esta presunção existia, em favor do filho, dadas as dificuldades para saber, com rigor, qual o momento da concepção. Os sistemas jurídicos evoluíram, dados os avanços científicos, e admitem prova que contrarie os limites máximos e mínimos de gestação. O artigo 1800.º permite que a data provável de concepção seja judicialmente fixada, provando que o período de gestação foi inferior a cento e oitenta dias ou superior a trezentos. A demonstração de um prazo de gestação mais curto, ou mais longo, pode alterar o resultado obtido através das regras gerais. Esta possibilidade, promovendo a abertura às possibilidades científicas, demonstra o respeito que o nosso sistema promove à verdade biológica. A este respeito cfr. COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume II, *ob. cit.*, págs. 26 e segs..

²⁵ Funcionará também a presunção em relação aos filhos de casamento declarado nulo ou anulado (artigo 1827.º). Há aqui uma preocupação material do legislador (com o superior interesse da criança) que resiste às regras jurídicas formais.

²⁶ PIMENTA, José Costa, *Filiação*, 4.ª edição, Livraria Petrony, L.da, Lisboa, 2001, pág. 83.

²⁷ «*A cessação é facto impeditivo da presunção pater is est; a impugnação é seu facto extintivo.*» PIMENTA, José Costa, *ob. cit.*, pág. 86

²⁸ A cessação sucede relativamente aos filhos concebidos antes do casamento, quando a mãe, ou o marido desta, declarem no ato de registo do nascimento que o marido não é o pai (artigo 1828.º). Também cessará a presunção no caso dos filhos concebidos na constância do casamento, mas depois de finda a coabitação dos cônjuges (n.º 1 do artigo 1829.º). Por fim, também ocorrerá a cessação da presunção marital se a mãe, no acto do registo de nascimento, declarar que o filho não é do marido (artigo 1832.º). A propósito da cessação da presunção, cfr. artigos 1828.º a 1832.º.

Por outro lado, a paternidade presumida do marido da mãe pode ser destruída através de uma ação de impugnação - art. 1838.º e segs. (Além da impugnação do art. 1838.º também pode a presunção de

Ora, o sistema de estabelecimento da paternidade, de acordo com esta presunção, parece assentar numa distinção entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Tem-se questionado se esta distinção não poderá ser considerada discriminatória, colidindo com o n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

A presunção do artigo 1826.º aplica-se, exclusivamente, aos filhos de mães casadas. Como teremos oportunidade de verificar, o artigo 1871.º consagra presunções quando à paternidade do filho de mãe não casada, mas tais presunções (contrariamente à presunção «*pater is est...*») não constituem modos de estabelecer a paternidade, têm apenas uma importância probatória.

Por um lado, compreende-se esta presunção, pois não abona no interesse da criança que se introduza um fator de indefinição quando a sua mãe é casada (fazendo com que o estabelecimento da paternidade dependesse de uma perfilhação ou de uma ação de investigação). A alternativa que vem sido discutida será a de estender a presunção de paternidade ao homem que viva em condições análogas às dos cônjuges com a mãe, ou seja, alargar o âmbito da presunção de paternidade até à união de facto. Essa possibilidade, pelo menos para já, tem sido afastada entre nós. Entende-se que tal não se coadunará com o carácter informal da constituição e extinção da união de facto que, como não está sujeita a registo (inversamente ao casamento), não oferecerá garantias de segurança quanto ao início e ao termo daquela união. Podemos desde já aventar que a problemática seria ultrapassada com a inserção do modelo formal da união, sujeita a registo.

Atentemos agora nas outras opções que restam aos filhos de uma união de facto (ou de qualquer conceção entre não casados) no estabelecimento da paternidade. Como tal, o reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do casamento será efetuado por perfilhação (dependendo da vontade do pai em assumir a paternidade) ou reconhecimento judicial (existindo uma ação de investigação a correr no tribunal) - artigo 1847.º.²⁹

Como já aludimos supra, poderá perguntar-se se esta diferença de tratamento é ou não conforme o n.º 4 do artigo 36.º da Constituição («*Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições*

paternidade do marido da mãe ser impugnada, em acção de investigação da maternidade nos termos dos arts. 1822.º, 1823.º e 1824.º). Nesta ação do artigo 1838.º e 1839.º, o autor deverá alegar e provar factos que demonstrem a manifesta improbabilidade de o marido da mãe ser o pai (n.º 2 do artigo 1839.º). Terão legitimidade ativa para esta ação o marido da mãe, a mãe, o filho (n.º 1 do artigo 1839.º) e ainda o Ministério Público (a requerimento de quem se declarar pai do filho, desde que o tribunal reconheça a viabilidade do pedido - artigo 1841.º *ex vi* n.º 1 do artigo 1839.º). O disposto no artigo 1846.º indica quem terá a legitimidade passiva nesta ação de impugnação da paternidade presumida. A lei determina prazos para a propositura desta ação de impugnação (art. 1842.º). Contudo, já vem sido discutida a conformidade constitucional dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º CRP) e a exigência de prazos (mesmo com a atual redação a da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril). *Vide* acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 609/2007, de 11 de Dezembro de 2007, e n.º 279/2008, de 14 de Maio de 2008, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt [consultado em 8 de janeiro de 2013]. «*Não pode ignorar-se, porém, que as pretensões de constituição de vínculos novos podem merecer um regime diferente das pretensões de impugnar vínculos existentes – por exemplo, se me parece hoje claro que a investigação da paternidade deve ser imprescritível, não me parece tão líquido que a impugnação da paternidade (do marido ou do perfilhante) deva ser assim tão livre.*» COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume II, *ob. cit.*, pág. 139.

²⁹ Fora do casamento (ou seja, quando não opera a presunção «*pater is est...*») o reconhecimento jurídico da paternidade é, em regra, feito por perfilhação. Esta, enquanto reconhecimento voluntário da paternidade, é um modo de se estabelecer a paternidade fora do casamento. A perfilhação consiste na declaração de um indivíduo a assumir que é pai de determinado filho. O reconhecimento judicial é outra forma de estabelecer a paternidade e efetiva-se através de uma ação de investigação. A legitimidade ativa encontra-se prevista no artigo 1869.º e caberá ao filho (uma vez que o propósito é que o filho imponha ao seu pai o correspondente estatuto). A legitimidade passiva caberá ao pretense pai e, em caso de morte deste, serão aplicáveis as regras do artigo 1819.º (*ex vi* artigo 1873.º)²⁹.

oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.») Este princípio consagra o princípio da não discriminação em sentido material e formal³⁰. A vertente formal assenta na proibição de uso de expressões ou designações discriminatórias (como filho *ilegítimo*³¹); o sentido material reflete-se na proibição de medidas discriminatórias. Pois bem, será, assim, de alargar a presunção do artigo 1826.º à união de facto?³²

Não podemos ignorar a exclusividade e o carácter monogâmico da união de facto. A convivência em condições análogas às dos cônjuges será o suficiente para levar a concluir a elevada probabilidade de que o filho de unida de facto seja do outro unido de facto. Todavia, a questão não pode desconsiderar o nosso regime fáctico, já que este não permite saber, com a certeza necessária, se as partes vivem efetivamente numa união de facto ou não.

3.2. Recusa de colaboração nos exames científicos

No âmbito de uma ação judicial de investigação, quer de maternidade quer de paternidade³³, o autor deverá alegar e provar factos que sustentem a sua pretensão. Pode o autor tentar comprovar a ligação biológica (através de testes de ADN – artigo 1801.º), ou pode beneficiar de uma presunção de paternidade do artigo 1871.º.

³⁰ O nosso ordenamento legal, como já temos vindo a reparar, não é o único com esta preocupação. Tal tem sido transversal na maioria dos ordenamentos ocidentais. A título de exemplo: «*The legal disadvantages to which a child was traditionally subjected as a consequence of having been born outside marriage have largely been swept away by various reforms, culminating in the provisions of the Family Law Reform Act 1987 (FLRA 1987). Affiliation orders were abolished, and many of the distinctions between legitimate and illegitimate children made in different enactments, such as those concerning inheritance rights on intestacy, were dispensed with.*» BARLOW, Anne, *Cohabitants and the law*, Butterworths, London, 2001, pág. 25.

³¹ Na versão originário do Código Civil português existia a distinção entre filhos legítimos (art. 1801.º, n.º 1: «*Presume-se legítimo o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe, nos termos dos artigos 1796.º a 1798.º e salvo o disposto nos artigos 1803.º e 1804.*») e ilegítimos (art. 1824.º: «*São ilegítimos todos os filhos não considerados legítimos nos termos dos artigos 1801.º e seguintes.*»).

A este propósito, Madeleine Lévy, em 1938, descrevia o filho fora do casamento deste modo: «*L'enfant illégitime est le fruit de la nature. Ses parents l'ont engendré sans légaliser leur union.*» LÉVY, Madeleine, *La reconnaissance des enfants illégitimes en droit français et la protection maternelle et infantile en France*, Éditions Heitz & Cie., Strasbourg, 1938, pág. 3. Ainda sobre o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos naquela época, consultar *Idem*, págs. 108 e segs. Já para uma perspetiva da evolução no tratamento desta questão vide HERRING, Jonathan, *Family law*, 6th Ed. Pearson, Harlow, 2013, pág. 93. De lembrar que, outrora, os filhos ilegítimos chegaram a ser considerados «*filii nullus*» ou «*filii populi*». Vide SLOAN, Irving J., *Living Together: Unmarrieds and the Law*, Oceana Publications Inc., New York, 1980, págs. 32 e segs.

Na Alemanha, com a Reforma de 1997, deixou de existir a distinção entre filhos do casamento («*eheliche*») daqueles fora do casamento («*nichteheliche Kinder*»). Sobre este assunto, vide REIMANN, Mathias: *Introduction to German law*, Beck, München, 2005, págs. 260 e segs..

³² Também no direito espanhol tal se questiona: «*Pero ¿cabe hablar de una presunción de paternidad del compañero no casado con la madre? Esta es, quizás, la gran diferencia existente en esta materia, puesto que el art. 116 del Código civil está encuadrado en la materia propia de la 'filiación matrimonial' y no de la 'no matrimonial'.*» PÉREZ UREÑA, Antonio, *Uniones de Hecho – Estudio Práctico de sus Efectos Civiles*, Edisofer S.L., Madrid, 2007, pág. 166. Não obstante esta diferença também consagram o princípio da igualdade entre filhos nascidos do casamento ou fora do casamento – artigo 14.º e n.º 2 do art. 39.º da Constituição espanhola. Esta igualdade prende-se mais propriamente com os efeitos do que ao modo de estabelecimento. Cfr. ROCA CUBELLS, Isabel, *La Pareja de Hecho*, Ediciones Fausí, Barcelona, 1993, págs. 23 e segs. Este princípio constitucional obrigou a uma reforma no Código Civil, pelas mãos da «*Ley 11/1981*», prescrevendo um novo rumo para os filhos, outrora, ilegítimos. Neste sentido, LASARTE, Carlos, *Derecho de Familia – Principios de Derecho Civil VI*, 11ª, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 3.

³³ Sendo as de paternidade as mais comuns.

Tradicionalmente, as presunções do artigo 1871.º eram essenciais para a prova da progeneritura do réu face ao autor (quando não havia a possibilidade de recurso a meios científicos de prova ou estes não eram fiáveis)³⁴.

Mesmo hoje a atuação destes meios científicos pode não ser uma solução milagrosa, até porque poderá ser necessário lidar com a recusa do réu em participar nos ditos testes (a realização coerciva destes exames não tem sido aceite, tendo a jurisprudência encontrado soluções jurídicas em caso de recusa).

Os artigos 7.º e 417.º do Código de Processo Civil consagram o princípio da cooperação. A falta de cooperação das partes, especialmente no caso de não comparência aos exames (sendo o caso mais comum a recusa de comparência do réu em investigação de paternidade), obriga o sistema a tirar daí consequências. Ora, urge saber, neste contexto, se será admissível ordenar, coativamente, a execução dos exames científicos.

Podemos enumerar vários direitos de natureza constitucional em confronto. Por um lado, o direito à identidade e historicidade pessoal do filho (artigo 26.º da CRP), o direito ao desenvolvimento da sua personalidade (no sentido da autodeterminação pessoal e do direito à biografia pessoal e ao conhecimento das suas origens³⁵, todos no mesmo preceito constitucional – artigo 26.º) e, ainda, o direito a constituir família, na medida em que pretende ver o seu parentesco reconhecido (artigo 36.º da CRP). Por outro lado, o pai tem o

³⁴ Pode o investigador fundamentar o seu pedido numa das circunstâncias do artigo 1871.º. As situações previstas neste artigo serão meros indícios da verdade biológica, demonstram uma probabilidade. São, nessa medida, presunções relativas, ilidíveis (n.º 2 do artigo 1871.º). Observemos sucintamente quais estas presunções, previstas na alíneas do n.º 1 do artigo 1871.º. Começemos pela posse de estado. A posse de estado encontra-se na alínea a) do n.º 1 do artigo 1871.º. De acordo com este preceito, o filho viveu na posse de estado de filho quando foi reputado e tratado como filho pelo investigado e foi reputado como filho do réu, pelo público. A alínea b) do n.º 1 do artigo 1871.º refere-se à presunção do «*escrito do pai*». Não releva, nesta sede, a forma do documento. Bastará um qualquer documento em que o suposto pai afirma a sua convicção de paternidade (ex: uma carta, a página de um diário, etc). Aqui importa o valor de probabilidade que se possa atribuir àquela declaração de paternidade e não propriamente o seu valor formal. Outro facto que fará presumir a paternidade é a convivência entre a mãe e o pretenso pai, durante o período legal de concepção. Esta convivência pode substanciar-se numa convivência «*more uxorio*» - os dois conviventes viveram em condições análogas às dos cônjuges; ou pode ter sido um concubinato duradouro ou um namoro (a convivência não tem de durar todo o período legal de concepção). Outra presunção é a chamada «*sedução da mãe*». Se se provar que a mãe do filho foi seduzida pelo pretenso pai, no período legal de concepção, operará esta presunção da alínea d) do n.º 1 do artigo 1871.º. Pode distinguir-se entre sedução simples (esta realiza-se através de quaisquer meios de persuasão e relevará quando for exercida sobre uma mulher menos experiente, que o legislador caracteriza como «*virgem*» e «*menor*») e sedução qualificada (esta é levado a cabo por meios e artifícios mais fortes como as promessas de casamento, abuso de confiança e abuso de autoridade).

Por fim, a alínea e) do n.º 1 deste artigo 1871.º refere-se ainda à prova de relações sexuais do pretenso pai com a mãe, durante o período legal de concepção. Esta alínea foi acrescentada pela lei n.º 21/98, de 12 de maio. Ao invés da probabilidade (inerente às presunções anteriores), assenta somente numa possibilidade de paternidade. Porquanto, de acordo com esta alínea, a prova de um ato sexual durante o período legal de concepção, poderá ser suficiente para se presumir a paternidade do réu

³⁵ Apesar da sua suma importância, não significa que este direito não possa sofrer algumas limitações justificadas por outros direitos «*Assim sendo, as posições jurídicas contidas no direito à identidade pessoal, como seja o direito ao conhecimento das origens genéticas, não têm necessariamente uma força jurídico-constitucional uniforme e totalmente independente dos diferentes contextos em que efectivamente se desenvolve essa identidade pessoal. O reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal.*» - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, Proc. n.º 963/06, disponível em www.tribunalconstitucional.pt [consultado em 26 de novembro de 2016].

direito à sua integridade física (que impedirá qualquer tipo de agressão ao seu corpo), um direito à sua integridade moral (que não permite ataque ao seu livre arbítrio) e um direito de agir de forma livre, enquanto direito ao seu desenvolvimento pessoal, todos estes direitos também estão constitucionalmente consagrados (artigos 25.º e 26.º da CRP). A concordância prática dos direitos do filho e pretense pai, acima enunciados, podia ter levado o legislador à opção da coerção física, no âmbito do dever de cooperação. Contudo, o nosso sistema jurídico não aceita essa imposição coativa, que se traduziria numa compulsão pela força. Aliás, o n.º 3 do artigo 417.º do CPC estabelece que a recusa será legítima se estiver em causa a violação da integridade física. O legislador não quis ir tão longe, receando a aplicação prática de uma imposição coativa e do precedente que poderia estar a criar. Compreende-se a opção legislativa de não se permitir ultrapassar o domínio da pessoa sobre o seu corpo, não legitimando o recurso à coerção.

Os métodos jurídicos defendidos pela doutrina e aplicados pela jurisprudência prendem-se, essencialmente, com a inversão do ónus da prova e a possibilidade de condenação em multa. O artigo 417.º do Código de Processo Civil prevê a condenação em multa daquele que se recuse a cooperar (sendo esta uma cominação que pretende dissuadir a parte e levá-la a submeter-se ao exame científico). Tem sido levantada uma pertinente questão a este propósito: se o próprio artigo 417.º do CPC consagra a possibilidade recusa em determinadas situações (por exemplo, quando esteja em causa a integridade física ou moral – n.º 3 daquele preceito), como compaginar tal recusa legítima com a obrigação de pagar multa? A jurisprudência já veio afirmar que é legítima a notificação ao pretense pai para comparecer ao Instituto de Medicina Legal³⁶, sob cominação de multa.

O art. 417.º do Código de Processo Civil estabelece ainda a possibilidade do tribunal apreciar livremente a recusa e, até, inverter o ónus da prova, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil³⁷. Vejamos também, a título de exemplo, o seguinte excerto de um aresto do Supremo Tribunal de Justiça: «No caso, o réu, ao faltar ao exame injustificadamente, inviabilizou a sua realização, obstaculizando, assim, a que a verdade da sua paternidade em relação ao autor fosse cientificamente investigada e determinada. Recusou-se, assim, a colaborar para a descoberta da verdade, pelo que se justificou a inversão do ónus da prova a que alude o n.º 2 do art. 344.º»¹; e, «(...) é ilegítima a recusa do pretense pai em apresentar-se a exame de sangue, por violação do dever de cooperação com a justiça, com fundamento no seu medo das agulhas, receio de ver sangue e fobia aos hospitais, levando à inversão do ónus da prova, nos termos do art. 519.º, n.º 2 do CPC [atual 417.º, n.º 2 na redação da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho]³⁸.

³⁶ Ou outro laboratório pelo tribunal designado.

³⁷ A este propósito, cfr. COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 41 e segs.

³⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Janeiro de 2001, Proc. n.º 3385/00, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 6 de janeiro de 2013]. Ainda a este propósito, «*The court may direct that scientific tests be undertaken to determine parentage, may draw inferences from a refusal to undertake such tests and may consent for the carrying out of testing on behalf of the child where the carer parent objects: s. 21(3) Family Law Reform Act 1969. The court must be satisfied that the tests are in the child's best interests.*» BOND, Tina, Black, Jill M.m Bridge, Jane, *Family Law*, Oxford University Press, 2009, pág. 448. No mesmo sentido de que o tribunal não força o testes, mas tira conclusões da recusa, «*Where a man against whom a declaration of parentage is sought fails to submit to testing directed by the court he cannot be compelled to take part in testing, but the court is entitled to draw and adverse inference from his reluctance to do so.*» WOOD, Helen, *Cohabitation Law, Practice and Precedents*, 4th edition, Family Law, Jordan Publishing Limited, Bristol, 2009, pág. 343.

3.3. Constitucionalidade dos prazos nas ações de investigação

Os prazos previstos no artigo 1817.º³⁹ no contexto da ação de investigação da maternidade serão aplicáveis, com as devidas adaptações, às ações de investigação de paternidade, por força da remissão do artigo 1873.º. A redação dada pela Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, alargou o prazo do artigo 1817.º, uma vez que a anterior redação do n.º 1 daquele artigo (pela Lei n.º 21/98, de 12 de maio) tinha sido declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10 de janeiro⁴⁰. Entendeu o Tribunal Constitucional que a anterior redação do n.º 1 do artigo 1817.º, ao prever um prazo de caducidade de dois anos (após a maioria do investigador) violava as 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.⁴¹ Entendeu o Tribunal Constitucional que o regime do n.º 1 do artigo 1817.º, ao excluir a possibilidade de reconhecimento judicial, a partir dos dois anos posteriores à maioria do pretense filho, afetava o conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família (que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade). Acrescentou, ainda, que «o prazo de dois anos em causa se esgota normalmente num momento em que, por natureza, o investigador não é, ainda, naturalmente, uma pessoa experiente e inteiramente madura». Foi esta argumentação que levou à declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, invalidando, assim, a norma que se referia ao prazo-regra para o reconhecimento judicial, durante algum tempo.

O Tribunal Constitucional não concluiu, contudo, pela inadmissibilidade de qualquer prazo, mas sim do prazo de dois anos. Depois da declaração de inconstitucionalidade, acima identificada, houve uma nova intervenção legislativa em 2009. A Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, veio recuperar o prazo para estas ações, alargando-o, contudo, de dois para dez anos⁴². O legislador podia ter libertado estas ações de prazos, mas preferiu manter a existência destes, ainda que mais ampliados. Mas a controvérsia mantém-se neste domínio.⁴³

Existem vários argumentos a favor e contra a existência de prazos nestas ações. Enumeraremos apenas alguns. Por um lado, entende-se que a caducidade destas ações baseia-se numa proteção da certeza e segurança jurídicas do pretense pai e seus herdeiros, uma vez que não terão interesse em ver protelada uma situação de incerteza quanto à sua potencial paternidade, estando em causa também a paz e harmonia da família conjugal constituída pelo pretense progenitor (art. 67.º CRP); também a reserva da vida e intimidade privada⁴⁴ do pretense progenitor que também será merecedora de tutela constitucional (art. 26.º, n.º 1, CRP); o envelhecimento das provas (este argumento perde cada vez mais força, dado o avanço das provas científicas); e, ainda, o perigo de se estimular a propositura de ações de investigação, meramente com o intuito de alcançar vantagens patrimoniais (uma

³⁹ Com a redação dada pela Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril.

⁴⁰ Diário da República, série A, n.º 28, de 08 de Fevereiro de 2006, pág. 1026.

⁴¹ Já, anteriormente, o Tribunal Constitucional tinha sufragado este entendimento, designadamente nos Acórdãos n.º 486/2004, de 7 de Julho e 11/2005, de 12 de Janeiro, todos disponíveis em www.dgsi.pt [consultado em 6 de janeiro de 2013].

⁴² Caso do prazo geral previsto no n.º 1, os números seguintes consagram prazos especiais de três anos.

⁴³ O Tribunal Constitucional, nos seus acórdãos de 22 de maio de 2012 (Proc. n.º 638/10) e de 22 de setembro de 2011 (Ac. n.º 401/2011, publicado no Diário da República, II Série, em 3 de novembro de 2011), veio a julgar não inconstitucional a norma do artigo 1817.º - aplicável às ações de investigação de paternidade por força do artigo 1873.º. Ambos acórdãos estão disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt [consultado em 22 de outubro de 2016].

⁴⁴ Sobre a esfera deste direito à intimidade da vida privada, cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pág. 468.

«caça às heranças»). Por outro lado, e em defesa da intemporalidade destas ações, existem diferentes argumentos, tais como: proteção de direitos constitucionais do filho (estão em causa os direitos à identidade pessoal, ou historicidade pessoal, e o de constituir família, artigos 26.º, n.º 1 e 3, 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa); a crescente valorização do conhecimento da identidade pessoal do filho e da ascendência biológica; a existência de exames científicos cada vez mais fiáveis, podendo ser realizados muito tempo após o nascimento e até após a morte do pretense progenitor. No que concerne à tutela da segurança jurídica do pretense pai e herdeiros, no caso de ações da «caça às heranças», parece que serão argumentos de índole meramente patrimonial, cedendo eventualmente perante os interesses pessoais do filho no estabelecimento da sua filiação.

Para dar resposta a esta situação chegou a ser desenhada uma alteração legislativa que abolia os prazos, quando os efeitos pretendidos com a filiação fossem meramente pessoais. A Provedoria de Justiça chegou a fazer uma recomendação nesse sentido. Ou seja, a existência de prazos mantinha-se apenas para as ações com fins patrimoniais. Nessa senda, alguma doutrina tem ido no sentido em que os prazos estabelecidos deviam apenas existir para efeitos sucessórios. Assim, as ações intentadas após o prazo teriam efeito meramente pessoal, respeitando os direitos constitucionais do filho.⁴⁵

De ressaltar que o Código Civil macaense tem a solução bipartida referida supra (efeitos pessoais/patrimoniais), quando dispõe no artigo 1656.º que: «A declaração de maternidade, a perfilhação e o estabelecimento da filiação em acção de investigação de maternidade ou de paternidade são ineficazes no que aproveite patrimonialmente ao declarante ou proponente, nomeadamente para efeitos sucessórios e de alimentos, quando: a) Sejam efectuadas ou intentadas decorridos mais de 15 anos após o conhecimento dos factos dos quais se poderia concluir a relação de filiação; e b) As circunstâncias tornem patente que o propósito principal que moveu a declaração ou proposição da acção foi o da obtenção de benefícios patrimoniais.» A simpatia por uma solução análoga a esta já foi demonstrada na nossa jurisprudência.⁴⁶

⁴⁵ Neste sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2011, pág. 197. Cfr. ainda COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família...*ob. cit., págs. 247 e segs. Rafael Vale dos Reis pugna pela mesma duplicidade de efeitos pessoais/patrimoniais no que tange aos prazos nestas ações: «Pensamos mesmo que seria útil a intervenção do legislador no sentido de consagrar a possibilidade legal de limitação dos efeitos do vínculo, admitindo o afastamento judicial dos efeitos patrimoniais (sucessórios e de alimentos), quando na ação ficasse provado que a sua proposição tardia se deve apenas à tentativa de obtenção de benefícios patrimoniais.» REIS, Rafael Vale e, «Novos caminhos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da paternidade, maternidade e filiação: três exemplos» in *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A criança e a família no colo da lei – as causas não se medem aos palmas*, Almedina, 2016, pág.107. Guilherme de Oliveira já tinha refletido sobre esta questão alertando que o direito de investigar serve para constituir o vínculo familiar em todas as suas dimensões, mas que será «ilegítimo desprezar os efeitos pessoais ao ponto de se considerar a paternidade como uma pura vantagem patrimonial, um mero negócio que só se faz quando parece oportuno.» OLIVEIRA, Guilherme de, «Caducidade das acções de investigação», in *Lex Familiae – Revista de Direito da Família*, Ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004, pág. 13.

⁴⁶ «Não sendo de afirmar a inconstitucionalidade da norma do vigente n.º1 do art. 1817º do Código Civil, por o prazo de dez anos nela fixado não ser limitador do exercício da acção de investigação da paternidade, não se deve desconsiderar que, casuisticamente e num quadro factual exuberante de abuso do direito, se possa cindir sem ofensa da Lei Fundamental o estatuto pessoal do estatuto patrimonial inerente este à declaração de filiação, para acolhendo aquele e seus efeitos imateriais (filiação, estabelecimento da avoenga), se limitarem as consequências desse reconhecimento excluindo aspectos patrimoniais, quando e se se evidenciar que o desiderato primeiro foi o de obter estatuto patrimonial e que a pretensão exercida merece censura no quadro factual concreto da actuação abusiva do direito. (...)O Código Civil de Macau admite, em certos casos, que possa ser considerado abusivo o direito de investigação da paternidade, e, não obstante o reconhecimento da paternidade, se possam limitar os efeitos do reconhecimento ao estatuto pessoal, excluindo o direito

Todavia, esta posição levanta algumas questões quanto à indivisibilidade do estado. Poderá ser-se pai para um efeito e não para outros ou, do mesmo modo, poderá ser-se filho para determinado efeito e já não se poder fazer valer desse estado para outros fins? É uma questão que merece reflexão. Porém, esta seria uma solução de concordância prática face aos argumentos em confronto referidos supra.

4. Conclusão

A nossa existência, na maioria das vezes, não será dissociável do contexto em que surgimos (e onde nos poderemos, ou não, manter). Como tal, existe um especial interesse jurídico em estabelecer uma filiação para cada indivíduo, seja esta jurídica e biológico ou unicamente jurídica.

O estabelecimento da filiação natural nem sempre é simples de efetivar e podem estar em causa direitos fundamentais que merecem reflexão. O direito a conhecer a origem e a estabelecer laços de parentesco terá suma importância, mas poderá afirmar-se a qualquer custo? Foi este o ponto de partida para identificarmos três situações em que o Código Civil português parece desafiar a Constituição.

5. Bibliografia citada:

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira [et. al], *Código das Famílias Comentado*, Del Rey, Belo Horizonte, 2010.
- BARLOW, Anne, *Cohabitants and the law*, Butterworths, London, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- FENTON-GLYNN, Claire, «Anonymous relinquishment and baby-boxes – Life-saving mechanisms or a violation of human rights?» in *Family law and culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014.
- HERRING, Jonathan, *Family law*, 6th Ed. Pearson, Harlow, 2013.
- HERRING, Jonathan, PROBERT, Rebecca, GILMORE, Stephen, *Great Debates in Family Law*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012.
- LASARTE, Carlos, *Derecho de Familia – Principios de Derecho Civil VI*, 11^a, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LÉVY, Madeleine, *La reconnaissance des enfants illégitimes en droit français et la protection maternelle et infantile en France*, Éditions Heitz & Cie., Strasbourg, 1938.
- NICOLAU, Gustavo Rene, *União estável e casamento*, Atlas, São Paulo, 2011.

patrimonial que apareceria como leitmotiv para a investigação da paternidade que, podendo ter sido exercida muitos anos antes só o foi quando, por exemplo, houve e foi conhecida do investigador melhoria de fortuna do investigado pretendo pai, e seria, então, vantajoso o reconhecimento da paternidade, direito imaterial de personalidade, que apareceria apenas como o caminho invio para atingir um fim mais comezinho e quicá menos nobre – a obtenção de vantagens materiais.» Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de fevereiro de 2015, Proc. n.º 4293/10.7TBSTS, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 22 de outubro de 2016]. Aliás, o mesmo Tribunal já tinha apresentado essa mesma posição no acórdão de 9 de abril de 2013 («As consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade podem ser restringidas nos seus efeitos à questão de estado – a filiação – não valendo para as consequências patrimoniais desse reconhecimento, permitindo, em casos concretos, afastar o investigador da herança do progenitor, não sendo violado o princípio da indivisibilidade ou unidade do estado, podendo afirmar-se que, em caso de manifesto abuso do direito, o investigador, apesar de reconhecida a sua paternidade, poderá não beneficiar da vertente patrimonial inerente ao status de herdeiro.» - Proc. n.º 187/09.7TBPRF), também disponível em www.dgsi.pt [consultado em 22 de outubro de 2016].

- OAKS, Laury, *Giving Up Baby – Safe Haven Laws, Motherhood, and Reproductive Justice*, New York University Press, 2015.
- OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira, *Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas*, n.º 23 da Colecção do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- OLIVEIRA, Guilherme de, «Caducidade das acções de investigação», in *Lex Familiae – Revista de Direito da Família*, Ano 1, n.º 1, Coimbra, 2004.
- PÉREZ UREÑA, Antonio, *Uniones de Hecho – Estudio Práctico de sus Efectos Civiles*, Edisofer S.L., Madrid, 2007.
- PIMENTA, José Costa, *Filiação*, 4.ª edição, Livraria Petrony, L.da, Lisboa, 2001.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2011.
- REIMANN, Mathias: *Introduction to German law*, Beck, München, 2005.
- REIS, Rafael Luís Vale, *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008.
- REIS, Rafael Vale e, «Novos caminhos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da paternidade, maternidade e filiação: três exemplos» in *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A criança e a família no colo da lei – as causas não se medem aos palmos*, Almedina, 2016.
- ROCA CUBELLS, Isabel, *La Pareja de Hecho*, Ediciones Fausí, Barcelona, 1993.
- SINGER, Anna, «The Right of a Child to Parents» in *Family law and culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014.
- SLOAN, Irving J., *Living Together: Unmarrieds and the Law*, Oceana Publications Inc., New York, 1980.
- SOSSON, Jehanne, «Les enfants de concubis» in *Les Concubinages: Approche socio-juridique*, Ed. Centre National de la Recherche Scientifique, Centre de droit de la famille. Tome I, Paris, 1986.
- WOOD, Helen, *Cohabitation Law, Practice and Precedents*, 4th edition, Family Law, Jordan Publishing Limited, Bristol, 2009.