

A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA E O DIREITO DAS PESSOAS E DA FAMÍLIA

GUILHERME DE OLIVEIRA

É saboroso participar nas Comemorações dos 25 anos do Tribunal Constitucional, e eu trago comigo o espírito festivo que convém a este encontro.

É fácil trazer esta disposição quando se visita um lugar habitado por tantos juristas dos mais competentes; quando se encontra, passo a passo, o propósito sério de interpretar e aplicar a nossa Lei Fundamental; quando a produção judicativa atinge um nível tão digno de respeito.

Aquí estou, disposto a participar no exercício que me foi sugerido: qual tem sido a relevância da Jurisprudência do Tribunal Constitucional para o desenvolvimento do Direito das Pessoas e da Família?

Procurarei responder a esta questão sem, no entanto, dedicar uma análise crítica especificada aos acórdãos que seleccionei. Verdadeiramente, não pretendo arvorar-me hoje em tribunal constitucional de recurso... e muito menos avaliar o desempenho dos Senhores Consoelheiros que subscreveram as deliberações ou assinaram declarações de voto!

1. Recordo, em primeiro lugar, duas deliberações que afastaram a aplicabilidade de normas antiquadas e ingénuas...

A primeira foi tomada ainda pela Comissão Constitucional ⁽¹⁾, e concluiu que os arts. 13.º e 45.º da Lei orgânica do Instituto de Odivelas não

⁽¹⁾ Parecer n.º 8/81, in Pareceres da Comissão Constitucional, 15.º vol., Lisboa, INCM, 1983.

podiam impor à directora, subdirectora, regente, adjuntas da regente, vigilantes, ecónoma e chefe da rouparia que *fossem solteiras ou viúvas sem filhos...* sob pena de despedimento, que ocorreu mesmo quando uma vigilante se casou. Sendo certo que não se vislumbrava uma razão consistente para sustentar o regime, e que não se fazia exigência semelhante relativamente aos homens como condição de acesso à função pública, as normas citadas foram julgadas contrárias ao direito de celebrar casamento e de constituir família, e ao princípio da não discriminação entre homens e mulheres.

Alguns anos mais tarde, o Tribunal Constitucional declarou a inaplicabilidade das normas que estabeleciam as condições de *ser solteiro e de não ter encargos de família*, impostas aos mancebos que pretendiam servir na Armada; e que *davam preferência* aos órfãos de oficiais desse ramo das forças armadas ⁽²⁾.

Neste caso, o Tribunal afirmou o direito de celebrar casamento e o de constituir família; bem como o princípio da igualdade.

O direito de casar não foi sempre reconhecido amplamente como hoje.

Desde a segunda metade do século dezasseis, os sistemas jurídicos preocupavam-se com o controlo das famílias sobre o matrimónio, numa altura em que a burguesia emergente nas Repúblicas italianas sentia a necessidade de garantir a acumulação de capital e de não permitir a sua dispersão através de casamentos livremente escolhidos pelos nubentes; assim nasceu a necessidade de autorização dos pais e de outros membros da família.

Mais tarde, nasceram outros interesses públicos focados sobre a respeitabilidade e independência económica de certas categorias de funcionários; no direito português, foram criadas normas que previam restrições ao direito de casar, sobretudo através da necessidade de uma autorização prévia, a cargo de superiores hierárquicos ⁽³⁾.

Foi preciso esperar pelos anos sessenta do século passado para encontrar as primeiras afirmações de um verdadeiro direito fundamen-

⁽²⁾ Ac. n.º 336/86.

⁽³⁾ Eram os casos dos militares, dos pupilos da assistência pública, dos reclusos, das professoras do ensino primário, dos funcionários consulares e diplomáticos e dos funcionários do Ultramar.

tal de contrair casamento, em vários países ⁽⁴⁾. A afirmação de um direito fundamental de casar foi o fundamento último para a revogação sucessiva dessas normas mesmo antes da entrada em vigor da Constituição de 1976, pela simples razão de que as autorizações previstas não assentavam num motivo relevante, capaz de sustentar uma restrição proporcional dos referidos princípios constitucionais.

Pode concluir-se, portanto, que o Estado se afastou um pouco do momento da formação do matrimónio, pelo menos com o espírito de condicionar a celebração. Isto não quer dizer que não possa vir fazer notar a sua presença, de novo, por uma forma que é conhecida em alguns países: aproveitando a cerimónia para dar conselhos — sejam os conselhos republicanos da igualdade dos cônjuges, sejam os modernos conselhos sanitaristas decorrentes da expansão da genética ou do HIV ⁽⁵⁾, ou da emergência da medicina preventiva ⁽⁶⁾.

2. Já na década de 90, avultou no panorama do Direito da Família português a deliberação que considerou inconstitucional o Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1987, que determinara a aplicação das normas do art. 1110.º do Código Civil, relativas à *atribuição do direito de arrendamento da casa de morada de família*, exclusivamente entre pais casados; o Tribunal Constitucional, em reunião plenária, entendeu que esta doutrina se traduzia numa discriminação inaceitável dos filhos de progenitores que viviam em união de facto, num momento de ruptura da união ⁽⁷⁾.

A extensão das normas ao caso da união de facto, para protecção dos filhos, fora já claramente sustentada pelo Acórdão da Relação de Lisboa, de 1981, que veio a suscitar o Assento, e pelo meu Mestre Pereira

⁽⁴⁾ Num caso em que uma hospedeira da *Air France* foi despedida (semelhante ao caso do Instituto de Odiveias); num caso em que um polícia alemão casou sem ter pedido autorização superior; e em casos que contestavam a proibição de casamentos interraciais, nos E.U.A. — cfr. GLENDON, *The transformation of family law*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1989, paperback edition, 1996, pp. 75-84.

⁽⁵⁾ GLENDON, *The transformation...*, pp. 65-66.

⁽⁶⁾ Designadamente com o intuito de sugerir novos rastreios, ou certos "estilos de vida".

⁽⁷⁾ Ac. n.º 359/91.

podiam impor à directora, subdirectora, regente, adjuntas da regente, vigilantes, ecónoma e chefe da rouparia que *fossem solteiras ou viúvas sem filhos...* sob pena de despedimento, que ocorreu mesmo quando uma vigilante se casou. Sendo certo que não se vislumbrava uma razão consistente para sustentar o regime, e que não se fazia exigência semelhante relativamente aos homens como condição de acesso à função pública, as normas citadas foram julgadas contrárias ao direito de celebrar casamento e de constituir família, e ao princípio da não discriminação entre homens e mulheres.

Alguns anos mais tarde, o Tribunal Constitucional declarou a inaplicabilidade das normas que estabeleciam as condições de *ser solteiro e de não ter encargos de família*, impostas aos mancebos que pretendiam servir na Armada; e que *davam preferência* aos órfãos de oficiais desse ramo das forças armadas ⁽²⁾.

Neste caso, o Tribunal afirmou o direito de celebrar casamento e o de constituir família; bem como o princípio da igualdade.

O direito de casar não foi sempre reconhecido amplamente como hoje.

Desde a segunda metade do século dezasseis, os sistemas jurídicos preocupavam-se com o controlo das famílias sobre o matrimónio, numa altura em que a burguesia emergente nas Repúblicas italianas sentia a necessidade de garantir a acumulação de capital e de não permitir a sua dispersão através de casamentos livremente escolhidos pelos nubentes; assim nasceu a necessidade de autorização dos pais e de outros membros da família.

Mais tarde, nasceram outros interesses públicos focados sobre a respeitabilidade e independência económica de certas categorias de funcionários; no direito português, foram criadas normas que previam restrições ao direito de casar, sobretudo através da necessidade de uma autorização prévia, a cargo de superiores hierárquicos ⁽³⁾.

Foi preciso esperar pelos anos sessenta do século passado para encontrar as primeiras afirmações de um verdadeiro direito fundamen-

⁽²⁾ Ac. n.º 336/86.

⁽³⁾ Eram os casos dos militares, dos pupilos da assistência pública, dos reclusos, das professoras do ensino primário, dos funcionários consulares e diplomáticos e dos funcionários do Ultramar.

tal de contrair casamento, em vários países ⁽⁴⁾. A afirmação de um direito fundamental de casar foi o fundamento último para a revogação sucessiva dessas normas mesmo antes da entrada em vigor da Constituição de 1976, pela simples razão de que as autorizações previstas não assentavam num motivo relevante, capaz de sustentar uma restrição proporcional dos referidos princípios constitucionais.

Pode concluir-se, portanto, que o Estado se afastou um pouco do momento da formação do matrimónio, pelo menos com o espírito de condicionar a celebração. Isto não quer dizer que não possa vir fazer notar a sua presença, de novo, por uma forma que é conhecida em alguns países: aproveitando a cerimónia para dar conselhos — sejam os conselhos republicanos da igualdade dos cônjuges, sejam os modernos conselhos sanitaristas decorrentes da expansão da genética ou do HIV ⁽⁵⁾, ou da emergência da medicina preventiva ⁽⁶⁾.

2. Já na década de 90, avultou no panorama do Direito da Família português a deliberação que considerou inconstitucional o Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1987, que determinara a aplicação das normas do art. 1110.º do Código Civil, relativas à *atribuição do direito de arrendamento da casa de morada de família*, exclusivamente entre pais casados; o Tribunal Constitucional, em reunião plenária, entendeu que esta doutrina se traduzia numa discriminação inaceitável dos filhos de progenitores que viviam em união de facto, num momento de ruptura da união ⁽⁷⁾.

A extensão das normas ao caso da união de facto, para protecção dos filhos, fora já claramente sustentada pelo Acórdão da Relação de Lisboa, de 1981, que veio a suscitar o Assento, e pelo meu Mestre Pereira

⁽⁴⁾ Num caso em que uma hospedeira da *Air France* foi despedida (semelhante ao caso do Instituto de Odiveiras); num caso em que um polícia alemão casou sem ter pedido autorização superior; e em casos que contestavam a proibição de casamentos interraciais, nos E.U.A. — cfr. GLENDON, *The transformation of family law*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1989, paperback edition, 1996, pp. 75-84.

⁽⁵⁾ GLENDON, *The transformation...*, pp. 65-66.

⁽⁶⁾ Designadamente com o intuito de sugerir novos rastreios, ou certos "estilos de vida".

⁽⁷⁾ Ac. n.º 359/91.

Coelho⁽⁸⁾. Independentemente do modo como se deviam encarar os aspectos mais técnicos da questão — seriam normas excepcionais? Seria caso de uma aplicação meramente extensiva? — a deliberação afirmou claramente que “desde que se entenda que o interesse dos filhos apenas vale no caso dos filhos nascidos do casamento e não já relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto (...) parece seguro que (...) se verifica um manifesto tratamento discriminatório...”.

Mais tarde, recaiu uma deliberação semelhante sobre a hipótese de a casa ser própria, em vez de arrendada, e de estar em causa a aplicação do art. 1793.º do Código Civil⁽⁹⁾.

Em 2001, a Lei n.º 7, de 11 de Maio, alargou a doutrina afirmada pelo Tribunal Constitucional, na medida em que prescindiu da condição da existência de filhos menores.

Mais discreta — mas igualmente interessante — foi a deliberação que julgou inconstitucional as normas do Decreto-Lei n.º 18/88, que atribuía uma “preferência conjugal” nos concursos para colocação de professores, sem consideração dos que viviam em união de facto⁽¹⁰⁾. Embora as normas em causa não fizessem uma referência expressa ao interesse dos eventuais filhos do casal — no que este caso diferiu do anterior e causou alguma divergência entre os julgadores — o Tribunal seguiu a argumentação que valera na hipótese da atribuição do arrendamento, e afirmou que a “preferência conjugal” visava a “protecção da família” e o interesse de os filhos manterem o “convívio com os seus pais”, acabando por declarar que uma aplicação exclusiva das citadas normas aos professores casados — com exclusão dos professores em união de facto — violaria o princípio constitucional da não discriminação dos filhos.

As deliberações do Tribunal vieram mostrar que a igualdade dos filhos não se atingira plenamente com a simples vigência da Constituição de 1976; muitos anos depois, ainda foi necessário discutir sobre a permanência de desigualdades, e as deliberações não foram unânimes — o que nos deixa pensar que outros momentos hão-de surgir, em que será necessário avaliar se a protecção constitucional se está a cumprir totalmente.

⁽⁸⁾ *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, p. 17.

⁽⁹⁾ Ac. n.º 1221/96.

⁽¹⁰⁾ Ac. n.º 286/99.

O que importa, sobretudo, é reconhecer que o sistema jurídico português percorreu, em pouco tempo, um longo caminho.

O movimento no sentido da igualdade de tratamento de todos os filhos já era antigo no panorama cultural europeu e ocidental. Caminhava de par com o conhecimento das especificidades das crianças e jovens, com o desenvolvimento de um “sentimento da infância”, com a valorização progressiva do seu estatuto cívico. Tudo começara um par de séculos antes, quando as escolas separaram os jovens em turmas de acordo com a sua idade, ou quando os pintores começaram a ser capazes de figurar a expressão infantil, em vez de desenhar adultos com um tamanho pequeno⁽¹¹⁾. A literatura jurídica, mais recentemente, vinha dedicando larga atenção aos aspectos em que os regimes nacionais se mostravam discriminatórios. Mas o direito português tardava em seguir as tendências internacionais.

Em 1976, ainda estavam em vigor todas as normas típicas de um “mundo” que já tinha desaparecido nos outros países europeus. Os filhos nascidos fora do casamento eram alvo de todas as formas de discriminação habituais nos países latinos — dificuldades quase insuperáveis nas acções de estabelecimento da paternidade, onde tinham de vencer as chamadas “condições de admissibilidade” antes de tentarem provar os factos constitutivos do seu direito; direitos sucessórios inferiores aos dos filhos nascidos do casamento, relativamente aos seus progenitores; e uma variedade de efeitos desfavoráveis espalhados por legislação avulsa. As próprias designações — filho “legítimo”, filho “ilegítimo” — tinham-se tornado tão chocantes que o texto constitucional as proibiu.

Porém, num curto espaço de tempo, o sistema adaptou-se às tendências europeias, sem que os aplicadores tivessem denotado qualquer hesitação; o Tribunal Constitucional, por seu turno, veio dar as garantias suficientes de que a igualdade jurídica dos filhos, sem consideração da sua origem matrimonial ou extra-matrimonial, se instalara no sistema jurídico democrático.

De então para cá, as preocupações são diferentes; hoje, o desafio é o de proteger as crianças e os jovens, e de promover os seus direitos.

⁽¹¹⁾ Philippe ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*. Paris, Seuil, 1973, pp. 70 e 197.

As dificuldades que se perfilam perante a Administração e a Sociedade são porventura ainda maiores do que as antigas, e vencidas, discriminações.

3. Muito recentemente, o Tribunal Constitucional enfrentou a questão de saber se um pai que não dispõe de meios de vida, e que subsiste graças a uma *pensão social* modesta, pode ser obrigado a retirar desse magro provento uma *pensão de alimentos* para um filho ⁽¹²⁾.

Do ponto de vista técnico, recorde-se que o Código de Processo Civil prevê a execução sobre pensões, embora com um limite de impenhorabilidade correspondente ao salário mínimo nacional; e afasta este limite, expressamente, no caso particular da execução por alimentos ⁽¹³⁾. Sendo assim, o caminho parecia estar livre para o desconto da pensão de alimentos sobre o montante da pensão social recebida pelo pai, qualquer que fosse o resultado prático desta decisão.

O desconto puro e simples satisfaria, sem mais, o interesse do filho. Ora, o chamado “interesse do filho” ou “interesse do menor” costuma gozar de uma grande deferência, e mesmo de preponderância, no confronto com outros interesses. E se, na maioria das vezes se mostra difícil de definir, a verdade é que nos casos sob apreciação ele vinha bem concretizado sob a forma de uma pensão de alimentos atribuída por decisão judicial. Assim, a tentativa de procurar exclusivamente a satisfação do interesse do filho podia ser grande e porventura teria colhido um aplauso social extenso.

O Tribunal, porém, recusou uma consideração exclusiva do “interesse do menor” e, em vez disso, procurou uma delicada conciliação prática entre o “interesse do menor” e os direitos fundamentais do pai à segurança social e à tutela da dignidade humana. Procurou encontrar um limite razoável para a penhora da pensão social, e encontrou-o no montante do “rendimento social de inserção”, considerado como “o mínimo de sobrevivência”, abaixo do qual não se tutela a dignidade humana. Sendo certo que o pai já esgotara todas as possibilidades de obter apoio social, enquanto o filho ainda podia pretender beneficiar de outras ajudas.

⁽¹²⁾ Ac. n.º 306/05; Ac. n.º 312/07.

⁽¹³⁾ CProcCiv, art. 824.º, n.º 2.

Esta ideia-base de que o direito das crianças e dos jovens deve ser tomado em consideração de um modo preponderante, mas que *não pode fazer ignorar outros direitos fundamentais conflituantes* começa a tornar-se mais clara nos sistemas jurídicos, com o propósito de temperar algum voluntarismo bem intencionado que acaba por excluir alguns cidadãos da tutela constitucional.

Conhecem-se, na nossa vida colectiva, alguns afloramentos muito delicados deste problema. Um indivíduo condenado por pedofilia pode, em algum caso, vir a candidatar-se a adoptante? A resposta mais ouvida foi aquela que, embora movida por uma louvável intenção, negava o direito fundamental dos cidadãos a não sofrer “efeitos automáticos das penas”, com toda a simplicidade e desprezo pelos limites constitucionais. Em face de uma sinalização de maus tratos por um progenitor — que não se enquadre nos casos de urgência definidos pela lei — as Comissões de Protecção podem sempre dispensar o consentimento dos dois progenitores para intervir? A resposta afirmativa é seguramente tentadora, mas pode ignorar as regras constitucionais que garantem a posição jurídica dos pais relativamente às intervenções da Sociedade ou do Estado.

Não tenho as respostas definitivas para estas perguntas. Apenas quis sugerir que a argumentação seguida pelo Tribunal Constitucional na questão da penhora da pensão social para cumprimento da obrigação de alimentos constitui um modelo que nos deve guiar para a solução de problemas graves que estão à nossa frente.

4. Refiro agora dois tipos muito diferentes de acórdãos: as deliberações que se ocuparam da indemnização por danos não patrimoniais ao companheiro em união de facto ⁽¹⁴⁾; e aquelas que apreciaram os requisitos exigidos para a titularidade de pensões sociais do companheiro sobrevivente ⁽¹⁵⁾. Agrupo todos estes casos porque eles põem, fundamentalmente, o mesmo problema: o do *reconhecimento jurídico da união de facto*.

Depois de alguma hesitação inicial sobre o alcance do art. 36.º, n.º 1, estabilizou-se o entendimento de que a Constituição não impõe uma

⁽¹⁴⁾ Ac. n.º 86/07 e outros aí referidos.

⁽¹⁵⁾ Ac. n.º 506/07 e outros aí referidos.

equiparação entre o casamento e a união de facto; o entendimento de que o legislador ordinário pode prever *diferenças* entre os efeitos do matrimónio e os efeitos da união de facto ⁽¹⁶⁾.

Direi mesmo que o legislador não só *pode* prever diferenças como *deve* fazê-lo, sob pena de impor aos conviventes um complexo de efeitos jurídicos que eles não quiseram aceitar; sob pena de transformar a “união de facto” numa “união de direito”, nas costas dos interessados.

Pessoalmente, creio que estamos a caminho do reconhecimento de um casamento *informal*, a longo prazo, ao lado de vários tipos de casamentos formais, todos com os mesmos efeitos jurídicos. Uma situação que se verificou durante séculos, na Europa, quando as múltiplas formas romanas e germânicas, e as suas misturas, conviveram com o casamento informal do direito romano, que vigorou extensamente, e no Reino Unido até meados do século dezoito. Não me admiro que a eficácia jurídica crescente da união de facto (registada) e a diminuição do efeitos do casamento (uma tendência reconhecível) venha a convergir nessa multiplicidade de formas lícitas de celebração, a que crescerá um modo... *informal*.

Mas, ainda que este seja o caminho que vamos trilhar, não é razoável que a extensão da eficácia da união de facto se promova contra os interesses da informalidade que os conviventes procuram... ao prescindir da celebração matrimonial.

Por outro lado, parece encontrar-se reconhecida — ao menos neste Tribunal — a ideia de que o Estado é obrigado a reconhecer “uma família não fundada no casamento”; e coisa diferente da equiparação será o *aumento dos efeitos da união de facto enquanto aumento da protecção social dos seus membros*.

Napoleão afirmou que, se os concubinos não querem saber do Estado, o Estado não quer saber dos concubinos. Esta frase deixou de exprimir, há muito tempo, as relações entre o Estado e os indivíduos. É certo que o Estado tende para o *formal*, privilegia a burocracia; dá-se mal com a informalidade, com a espontaneidade, com a diversidade. Mas há longos anos que o Direito Social cedeu à *rebeldia do informal*

⁽¹⁶⁾ J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, arts. 1.º a 107.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 561.

e vem reconhecendo direitos àqueles que não seguem o grande “contrato de adesão” matrimonial que o Racionalismo elevou ao seu auge no Código Prussiano de 1794. Na verdade, há muito tempo que as prestações e benefícios sociais são concedidas em igualdade de condições aos cônjuges e aos que vivem em união de facto; o Código Civil atribuiu um direito a alimentos, pelo art. 2020.º; e a transmissão do direito ao arrendamento veio a ser acrescentada mais tarde.

Creio que se deve alargar a eficácia jurídica da união de facto neste *âmbito de protecção social*, no sentido em que o art. 67.º da Constituição menciona o “direito à protecção da sociedade e do Estado” — sobretudo agora que o Estado tende para transferir para a sociedade algumas funções que tinha avocado a si nas últimas dezenas de anos.

Há quem diga — contra esta ideia — que quem quer protecção pode casar; que já não há quem tenha de recorrer à união de facto por estar ainda vinculado a um matrimónio indissolúvel; que já nem se pode recear a “prisão” do casamento, numa época de facilitação do divórcio. Mas restam os casos dos culturalmente ou economicamente mais desfavorecidos — os latoeiros, do famoso exemplo de Mary Ann Glendon — que não tinham casado apenas porque, no seu meio, não se pensava muito nisso... ⁽¹⁷⁾; ou os casos porventura em ascensão daqueles que *privatizaram* a “vida a dois”, porque não aceitam a interferência do Estado ou da Igreja num assunto de consciência, do foro da intimidade. Esta rebeldia tem ganho um estatuto nas sociedades europeias, e não parece ser altura de Napoleão se vingar...

A verdade é que o número de uniões de facto tem vindo a aumentar na Europa, e em Portugal. E se a equiparação ao regime do casamento seria ainda uma violência sobre os próprios conviventes, o aumento da protecção jurídica nos momentos de crise, em que a autonomia privada dos interessados já não pode manifestar-se, é um caminho justo e inevitável.

No âmbito da actividade deste Tribunal, estas afirmações levar-me-iam a sugerir que as diferenças relativamente ao casamento — nestas áreas de protecção — pudessem ser alvo de *um jufzo de proporcionalidade menos tolerante*.

⁽¹⁷⁾ GLENDON, *The transformation...*, pp. 6 e segs.

5. Refiro agora o tema da *caducidade das acções de investigação* de maternidade e de paternidade. Um tema que suscitou sempre o interesse dos juristas, em geral, e dos legisladores.

Houve tempos em que considerei a solução do Código Civil aceitável — e o Tribunal Constitucional também ⁽¹⁸⁾. Em certo momento, dei-me conta de algumas tendências importantes que faziam mudar os dados do problema — e este Tribunal também mudou de orientação ⁽¹⁹⁾.

Não vou analisar, de novo, os argumentos discutidos nos vários acórdãos; embora não deixe de recordar todas as deliberações e, preferencialmente, a que foi tomada em Plenário, em 2006 ⁽²⁰⁾.

Parece ocioso afirmar, hoje em dia, que o prazo de caducidade previsto no art. 1817.º, n.º 1, põe em causa o *direito à identidade pessoal*, na medida em que a procura das raízes, o estabelecimento da filiação, é uma dimensão muito relevante desse direito fundamental a *saber quem sou*. E também parece adquirido que o *direito ao desenvolvimento da personalidade*, mais recente na nossa dogmática constitucional, também deve ser invocado, e ajuda mais a faculdade de investigar do que a obstrução pelo suposto pai. Para além disto, tomou-se muito relevante a circunstância de se encararem de modo diferente os argumentos tradicionais em favor da caducidade. Na verdade, parecem cada vez mais despropositadas as afirmações dramáticas da literatura jurídica francesa do século dezanove, que mencionava as pretensões patrimoniais sem escrúpulos, contra os honestos cidadãos “cujo cabelo embranquecera no exercício de todas as virtudes” ⁽²¹⁾; numa época próxima daquela em que, em Portugal, os filhos ilegítimos beneficiavam de uma presunção legal de pobreza, para fins de atribuição de assistência judiciária... ⁽²²⁾. Os meios de fortuna já não são o que eram, nem estão distribuídos como estavam. Por outro lado, pretender uma herança não se deixa qualificar facilmente como “caça às fortunas” porque todos os filhos esperam heranças e, sobretudo, porque o velho instituto da *petição da herança* mostra como o direito civil encara

uma reivindicação tardia de bens com a maior tranquilidade, sem prazos que não sejam os que se prevêem para a usucapião.

O “envelhecimento das provas”, em segundo lugar, é um conceito histórico, nestas matérias onde a relação se demonstra num laboratório ⁽²³⁾. Os genes não mudam, e a realização dos testes é viável por tempo indefinido.

A “segurança jurídica”, por seu turno, tem de reservar-se para onde tem sentido — para o giro orçamental das empresas, que não podem ser surpreendidas com obrigações imprevistas, sob pena de desequilíbrio financeiro. “Segurança jurídica” em assuntos pessoais? Ou será antes o direito de não ter incómodos — designadamente o direito de não ter de assumir a responsabilidade pessoalíssima do estatuto de pai?

Aos argumentos conhecidos, acrescentaria hoje que, se há um dever jurídico de perfilhar por parte do progenitor ⁽²⁴⁾, que não caduca, por que razão havia de caducar o direito de investigar por parte do filho?

O que avulta na modificação do entendimento que estes velhos argumentos merecem é a consciência de que *o direito civil foi pensado para as relações jurídicas patrimoniais*, e que os conceitos clássicos quadram mal com *a emergência de valores pessoais que estão a reclamar uma dogmática nova* ⁽²⁵⁾.

A acção de investigação dá-se definitivamente mal com a noção de caducidade.

Mas não haverá casos extremos — aqueles que merecem a qualificação de abusivos — em que deva ser rejeitado o direito do investigante? Já admiti que sim, à cautela. Mas, para ser franco, tenho a maior dificuldade em imaginar um desses casos. Esperemos que vida — sempre mais imaginativa — nos mostre algum.

⁽²³⁾ O dia virá em que o recurso ao tribunal servirá para um mero controlo da igualdade das armas que ficam ao dispor das partes.

⁽²⁴⁾ Defendo a existência deste dever há muito tempo, não só com base na responsabilidade inalienável do progenitor, mas também na circunstância de se prever uma averiguação oficiosa da paternidade... que torna insólito o carácter facultativo (tradicional) da perfilhação.

⁽²⁵⁾ Outro exemplo flagrante desta emergência de novas necessidades e de novos conceitos encontra-se no âmbito das incapacidades jurídicas e dos seus modos de suprimimento, relativamente às necessidades de apoio para a autonomia dos jovens maduros, dos doentes, dos idosos e dos moribundos.

⁽¹⁸⁾ O primeiro acórdão foi o Ac. n.º 99/88.

⁽¹⁹⁾ Começando pelo Ac. n.º 486/04.

⁽²⁰⁾ Ac. n.º 23/06, onde se referem as anteriores.

⁽²¹⁾ Cfr. o meu *Crítério jurídico da paternidade*, Coimbra, Almedina dep., 1983, pp. 100 e segs.

⁽²²⁾ Decreto n.º 2, art. 44.º

6. O último tema que escolhi é o da *caducidade da acção de impugnação da paternidade*. Nas circunstâncias concretas de cada caso, o Tribunal já negou a inconstitucionalidade do prazo relativo ao marido da mãe ⁽²⁶⁾; e já afirmou a inconstitucionalidade do prazo previsto para a acção do filho ⁽²⁷⁾.

Mais uma vez — e sobretudo neste tema tão difícil — não pretendo tomar partido a favor ou contra qualquer das decisões. O que verdadeiramente me interessa é acolher o estímulo que recebi destas intervenções do Tribunal Constitucional que, para além da sua finalidade judicativa, instalaram definitivamente a discussão sobre o tema.

Impressiona-me o facto de haver regimes tão diversos, na nossa lei, para a impugnação da paternidade — consoante a paternidade seja do marido ou de um perflhante. O regime da impugnação da paternidade do marido foi sempre muito restritivo — sendo o marido o único legitimado e dispondo de escassos fundamentos admitidos; e só em 1977 a lei abriu a legitimidade activa e os fundamentos relevantes. A paternidade do perflhante, ao contrário, mostrou-se sempre insolitamente aberta a todos os interessados e a todo o tempo; o que sugeria uma tutela inusitada da verdade biológica... num tempo em que ela nem podia ser descoberta com segurança, por falta de meios de prova idóneos.

Esta diferença antiga e persistente dos regimes radica numa intenção legislativa de proteger a família conjugal. Como escrevia Antunes Varela, a impugnação da paternidade do perflhante, livre e sem prazo, exprimia “o interesse público do afastamento da perflhação falsa na área da filiação ilegítima”⁽²⁸⁾, o “interesse público pela descoberta da verdade, numa área da filiação em que não periga a estabilidade da família legalmente constituída”⁽²⁹⁾. Pelo contrário, no âmbito da filiação matrimonial, “o interesse geral da estabilidade das relações sociais e o sentimento de confiança que a mãe e o seu marido, e a própria lei, criaram no espírito do filho em torno de certa relação de filiação explicam que a ordem jurídica aceite a respectiva relação paternal, a partir de

⁽²⁶⁾ Ac. n.º 589/07.

⁽²⁷⁾ Ac. n.º 609/07.

⁽²⁸⁾ *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 266.

⁽²⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 267.

determinado momento como definitivamente adquirida, embora sabendo que ela pode não corresponder à realidade biológica...”⁽³⁰⁾.

Julgo que esta diferença de regimes, e esta fundamentação, se tornou desconfortável. Na verdade, tudo assenta na ideia de que há vínculos de filiação que merecem estabilidade na medida em que integrem uma família baseada no casamento; ao lado de outros vínculos de filiação que não merecem estabilidade porque não assentam no matrimónio, e que devem mesmo ser destruídos por serem falsos. Pensando que o vínculo de maternidade e o vínculo de paternidade são sempre iguais — embora a paternidade se estabeleça por vias diferentes consoante o filho seja do matrimónio ou não — parece inevitável concluir que os filhos nascidos do casamento beneficiam de uma protecção que não é concedida aos nascidos fora do casamento. Esta conclusão acentua-se quando reparamos na última frase citada e verificamos que a lei quer proteger um relação de confiança entre a mãe e o seu marido que se cria no espírito do filho, mas não quer preservar a mesma relação de confiança no espírito do filho se os pais não forem casados ⁽³¹⁾.

Em suma: a distinção de regimes, tal como se apresenta, não parece ter outra fundamentação que não seja uma protecção especial dos filhos nascidos do casamento; e o estabelecimento de prazos de caducidade é o instrumento desta discriminação.

Numa ocasião anterior em que procurei iniciar a discussão sobre o assunto, escrevi que, apesar de tudo, impugnar a paternidade (do marido ou do perflhante) significa destruir alguma coisa que existiu antes — o que pode causar danos sobre “uma relação social consistente que merece ser defendida”⁽³²⁾. Recordava — e citava nesse lugar — os regimes francês e espanhol — que foram sempre sensíveis à diferença entre impugnar uma paternidade *vivida* pelos interessados e impugnar uma paternidade “formal”, sem *densidade afectiva, social*. Esses sistemas

⁽³⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 210.

⁽³¹⁾ Por outro lado, ao menos o argumento da protecção da confiança gerada no filho pela mãe, pelo marido e pela lei, não tem sentido se o filho estiver convencido de que o marido da mãe não é o pai; esta convicção destrói a confiança e o filho podia ser admitido a impugnar a todo o tempo.

⁽³²⁾ *Curso de Direito da Família*, vol. II, *Direito da Filiação*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 139 e 140.

recorrem à noção tradicional de *posse de estado* para dificultar a impugnação quando o filho beneficia de um estado *de facto* correspondente. Ou seja: esteve tentado a admitir restrições da faculdade de impugnar sempre que a destruição do estado fosse susceptível de causar *danos visíveis sobre a estabilidade afectiva do filho*. Dito de outra maneira: admiti restrições fundadas na defesa do direito à identidade pessoal do filho, tal como todos a construíram, ao longo do tempo.

Esta maneira de encarar a questão, por sua vez, abria a porta a diferenças possíveis entre os vários legitimados — como a consagração de um direito de agir restringido da mãe e do marido, para protecção do filho, enquanto este poderia beneficiar de um direito imprescritível.

Continuo a pensar que esta via é digna de ponderação.

Porém, não posso descansar sobre estas conclusões sem tomar em conta outra variável relevante. Refiro-me à circunstância de hoje ser possível *realizar exames científicos fora de um processo* ⁽³³⁾. Esta faculdade permite que a verdade biológica seja apurada com o mesmo rigor com que chegaria ao tribunal, se houvesse um processo em curso — na verdade apura-se da mesma maneira, através dos mesmos exames e, porventura, dos mesmos laboratórios. Sendo assim, qualquer dos legitimados para agir pode vir a dispor das provas que sustentariam uma decisão de impugnação, sem que venha a concretizar um pedido formal, dentro do prazo que a lei lhe assina. Entretanto, na realidade, é muito provável que as pessoas venham a comportar-se como se tivesse sido formalmente esclarecida a ausência de um vínculo de paternidade entre o filho e o marido da mãe. A realidade e o Direito ficam radicalmente desajustados. Que danos resultarão deste desajustamento? Valerá a pena manter prazos de caducidade, nestas condições?

A alternativa de voltar à antiga proibição de fazer exames científicos fora de um processo — ainda hoje persistente em França — poderia garantir que a preclusão do acesso ao tribunal impedia o esclarecimento privado do vínculo biológico; o tribunal voltaria a ser a única instância de esclarecimento. Mas uma tentativa dessas parece votada ao fracasso, tendo em conta a livre circulação de pessoas e de produtos.

⁽³³⁾ Decreto-Lei n.º 96/2001, de 26 de Março, art. 2.º, al. i), e art. 29.º, que reproduzem normas já constantes do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de Janeiro.

E, de qualquer modo, nem a proibição de fazer provas extra-judiciais nem a caducidade da acção são capazes de eliminar uma das forças mais poderosas da mente humana: a dúvida, a dúvida sobre a paternidade que, uma vez instalada, cresce irremediavelmente e domina toda a vida dos interessados. O Direito não pode quase nada contra isto.

Não há dúvida de que, depois dos acórdãos citados, tornou-se urgente meditar sobre a caducidade da acção de impugnação.

Senhor Presidente do Tribunal Constitucional
Senhoras e Senhores

Gostei de vir cá.

Deixo os meus parabéns por estes 25 anos, desejo muitos sucessos a este Tribunal e uma longa vida a todos os seus membros.

Agradeço a vossa atenção.

