

CADUCIDADE DAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO OU CADUCIDADE DO DEVER DE PERFILHAR, A PRETEXTO DO ACÓRDÃO N.º 401/2011 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Guilherme de Oliveira

Professor catedrático aposentado da Faculdade de Direito de Coimbra

«Em 21 de Outubro de 2009 A. propôs no Tribunal da Comarca de Paços de Ferreira acção de investigação de paternidade, pedindo que fosse judicialmente declarado que era filho de B., falecido em 12 de Junho de 2009.

O Réu, C., herdeiro testamentário do investigado, contestou, invocando, além do mais, a caducidade da presente acção.

Após apresentação de réplica, foi proferido despacho saneador que julgou “improcedente a excepção de caducidade invocada pelo Réu C. por força da inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, aplicável por força do artigo 1873.º, do mesmo Código, na medida em que prevê para a caducidade do direito de investigar a paternidade um prazo de dez anos a partir da maioridade ou emancipação, o que viola as disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, e 18.º da Constituição da República Portuguesa”.

A acção continuou os seus termos e chegou ao Tribunal Constitucional onde, em 22 de Setembro, foi alvo da seguinte deliberação:

“Pelo exposto, decide-se *a)* Não julgar inconstitucional a norma do artigo 1817.º,

n.º 1, do Código Civil, na redacção da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, na parte em que, aplicando-se às acções de investigação de paternidade, por força do artigo 1873.º, do mesmo Código, prevê um prazo de dez anos para a propositura da acção, contado da maioridade ou emancipação do investigante. *b)* (...)”

O Tribunal Constitucional encarou mais uma vez a questão da caducidade do direito de investigar. O problema foi posto de um modo que já se pode considerar habitual e, portanto, pode supor-se que a deliberação tem menos interesse do que outras que foram proferidas antes. Porém, o acórdão foi tirado em plenário, a posição vencedora teve um apoio tangencial e o valor da argumentação foi especialmente elevado — tudo a reclamar uma devida atenção.

O estabelecimento jurídico dos vínculos de parentesco é uma condição do gozo de direitos fundamentais. É costume identificar vários destes direitos: o “direito fundamental à identidade pessoal”, o “direito fundamental à integridade pessoal”; e também o “direito ao desenvolvimento da perso-

nalidade”, introduzido pela revisão constitucional de 1997. Sobretudo do ponto de vista do suposto pai, releva ainda o “direito à intimidade da vida privada e familiar”.

Nos últimos vinte e cinco anos, fruto de um ambiente científico influenciado pela crescente “constitucionalização do direito privado”⁽¹⁾, os tribunais têm sido confrontados com a questão de saber se o direito de propor a ação de investigação da paternidade pode estar sujeita a prazos de caducidade ou se, pelo contrário, esse direito deve ser imprescritível.

O problema da inconstitucionalidade dos prazos de caducidade foi levantado primeiro relativamente ao art. 1817.º, n.º 3 e 4, CCiv⁽²⁾, e depois relativamente ao art. 1817.º, n.º 1, CCiv⁽³⁾. O Tribunal Constitucional começou por deliberar no sentido da compatibilidade das normas com os princípios constitucionais, afirmando que o regime definia aquilo que se devia chamar um condicionamento do direito de investigar, mais do que uma verdadeira restrição; que o regime fazia uma ponderação aceitável dos direitos contrapostos — por um lado, o direito do filho ao reconhecimento da paternidade e, por outro lado, o interesse do pretense progenitor a não ver protelada uma situação de incerteza, o interesse de não ter de defender-se quando a prova se tiver tornado mais aleatória, e ainda o interesse

da paz da família conjugal do investigado. Também defendi estas ideias, aproximadamente, em 1983⁽⁴⁾.

Voltei ao assunto em 2002⁽⁵⁾, exprimindo a ideia de que alguns dados do problema tinham mudado. Na balança em que se reuniam os argumentos a favor do filho e da imprescritibilidade da ação, e os argumentos a favor da “proteção” do suposto progenitor e da caducidade, acreditei que os pratos tinham mudado de peso. Desde logo, parecia claro o movimento científico e social em direção ao conhecimento das origens. Os desenvolvimentos da genética tinham acentuado a importância dos vínculos biológicos e do seu determinismo; e com isto tinham sublinhado o desejo de conhecer a ascendência biológica⁽⁶⁾. Nestas condições, o “direito fundamental à identidade pessoal” e o “direito fundamental à integridade pessoal” ganharam uma dimensão mais nítida. E devíamos acrescentar, também, o novo direito fundamental implicado na questão: o “direito ao desenvolvimento da personalidade”⁽⁷⁾ — um direito de conformação da própria vida, um

⁽⁴⁾ Veja-se o meu *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, 1983, p. 460-471.

⁽⁵⁾ Na *Caducidade das ações de investigação*, comunicação ao Congresso “Direito da Família e das Sucessões”, em 24 de Outubro de 2002, integrado nas Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977; o texto veio a ser publicado no volume da *Actas do Congresso*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 49-58, e também em *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 1, 2004, p. 7-13. Reproduzo agora, quase integralmente, o texto que escrevi então.

⁽⁶⁾ Se não fosse esta tendência não se teria notado o movimento no sentido de acabar com o segredo acerca da identidade dos progenitores biológicos na adopção e na inseminação com dador. Hoje, há uma ampla doutrina a defender este movimento no sentido do conhecimento das origens; cfr. Rafael Vale e Reis, *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra Editorial Centro de Direito Biomédico, 2008.

⁽⁷⁾ Art. 26.º da CRRep, cfr. Paulo Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Studia Iuridica*, n.º 40, “Portugal-Brasil ano 2000”, Coimbra Editora, 1999.

⁽¹⁾ Cfr. Joaquim de Sousa Ribeiro, *Constitucionalização do direito civil*, Boletim da Faculdade de Direito, 74 (1998), p. 729-755.

⁽²⁾ Ac. n.º 99/88, in *DR*, II Série, de 22-8-88; ac. n.º 370/91, in *BMJ*, n.º 409, p. 314 s.

⁽³⁾ Ac. n.º 413/89, in *DR*, II Série, de 15-9-89; ac. n.º 451/89, in *DR*, II Série, de 21-9-1989; ac. n.º 311/95 (inédito); ac. n.º 506/99, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 44.º vol., p. 763.

direito de liberdade geral de ação cujas restrições têm de ser constitucionalmente justificadas, necessárias e proporcionais. É certo que tanto o pretenso filho como o suposto progenitor têm o direito de invocar este preceito constitucional, mas não será forçado dizer que ele pesa mais do lado do filho, para quem o exercício do direito de investigar é indispensável para determinar as suas origens, a sua família, numa palavra, a sua "localização" no sistema de parentesco.

Por outro lado, passei a dar menos importância aos interesses tradicionais que sustentaram as restrições ao direito fundamental de investigar a paternidade. Primeiro, entendi que se tinha dado um valor imerecido à garantia de "segurança jurídica", nesta matéria. Creio que esta garantia tem sentido principalmente no âmbito patrimonial de onde emergiu, afinal, todo o direito civil. De facto, compreende-se a necessidade de definir até que momento é possível formular uma pretensão com implicações económicas para os indivíduos ou para as empresas — até que momento há o risco de se ter de restituir um bem adquirido, uma soma pecuniária recebida, até que momento se pode ser onerado com o dever de indemnizar um lesado ou um grupo de consumidores. Os eventuais onerados precisam, de um ponto de vista da sua organização patrimonial, de saber a partir de que momento é que podem confiar na propriedade do bem adquirido, na disponibilidade de uma soma em dinheiro, ou a partir de que momento é que já não precisam de estar financeiramente prevenidos para proceder a um pagamento, ou orçamentar uma despesa de indemnização. Tanto a vida patrimonial dos indivíduos como a vida comercial das empresas precisam desta segurança. Mas deixei de aceitar que o suposto progenitor

merece também esta segurança — a segurança de não ser incomodado a partir de uma certa altura da vida do filho⁽⁸⁾.

Em segundo lugar, encarei a ideia de evitar a "caça às heranças" de outro modo, porque a natureza e a distribuição da riqueza tinham mudado. Muitas das ações que poderiam beneficiar da imprescritibilidade decorreriam hoje, provavelmente, entre autores e réus com meios de fortuna semelhantes⁽⁹⁾, que se exprimem por uma formação profissional e por um emprego⁽¹⁰⁾. Provavelmente, o móbil seria o de esclarecer a existência do vínculo familiar, forçar o progenitor a assumir a sua responsabilidade, descobrir o lugar no sistema de parentesco como meio de combater a solidão individual; e porventura num momento em que o filho não tem pretensões patrimoniais — num momento em que já não poderá formular pretensões de natureza alimentar e ainda não terá pretensões de natureza sucessória.

Por último, o argumento do "envelhecimento das provas" tinha perdido quase todo o valor, com a eficácia e a generalização das provas científicas. As ações são cada vez mais julgadas com base nos testes de ADN, que não envelhecem nunca — os exames

⁽⁸⁾ Escrevi também: "De duas uma: se o suposto progenitor julga que é o progenitor, está nas suas mãos acabar com a insegurança — perfilhando — e se tem dúvidas pode mesmo promover a realização de testes científicos que as dissipem; se, pelo contrário, não tem a consciência de poder ser declarado como progenitor, não sente a própria insegurança. E se for um dia surpreendido pelas consequências de um "acidente" passado há muito tempo, dir-se-á que tem sempre o dever de assumir as responsabilidades, porque mais ninguém o pode fazer no lugar dele".

⁽⁹⁾ Seria concebível, nas leis contemporâneas, ler: "O filho ilegítimo (...) presume-se pobre, salvo prova em contrário...", como se lia no art. 44.º do Decreto n.º 2, de 1910?

⁽¹⁰⁾ Recordo GLENDON, *The new family and the new property*, Butterworth & Co (Canada) Ltd., 1981, e *The transformation of family law*, The University of Chicago Press, 1989.

podem fazer-se muitos anos depois da morte do suposto pai, ou na ausência do pai ⁽¹¹⁾! Morrem as testemunhas, mudam os lugares, é certo, mas nada disso altera, verdadeiramente, o caminho que as ações já podiam seguir, naquela época. Por isto não se devia recear, como dantes, as fraudes que assentavam na prova testemunhal tardia e mentirosa.

Continuo a reconhecer que o pretenso pai poderá continuar a invocar o “direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar”, que pode ser afectada pela revelação de factos de algum modo comprometedores. Mas será possível demonstrar que o decurso do tempo agrava os danos sobre o suposto pai? Não poderá afirmar-se que o decurso do tempo é ainda mais prejudicial para o filho? E deve proteger-se este direito do eventual progenitor à custa do direito de investigar o vínculo? Como afirmei na altura, prefiro tutelar o direito do filho a investigar a filiação a tutelar o direito do progenitor a esquivar-se à sua responsabilidade inalienável; diria também que não podemos exagerar o direito à reserva da intimidade da família do suposto progenitor, sob pena de se estabelecerem outras limitações do direito de agir sobretudo contra supostos progenitores casados — casados ao tempo do nascimento ou casados no momento do reconhecimento — tal como as que foram conhecidas do nosso sistema jurídico antigo e, obviamente, foram consideradas discriminatórias ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Fazem-se estudos de genética com base na análise do ADN de múmias com muitos milhares de anos.

⁽¹²⁾ Afinal, era esta proteção exagerada da família do suposto pai que contribuía para justificar as antigas limitações da ação de investigação e a imperfilhabilidade dos filhos adulterinos.

Por outro lado, o pretenso pai talvez possa também invocar o “direito ao desenvolvimento da personalidade”, com o alcance de um direito de conformar livremente a sua vida. Porém, nesta matéria, atribuo pouco ou nenhum valor a este direito do suposto pai, pelas mesmas razões que me levaram, há muitos anos, a defender que o pai biológico tem um dever jurídico de perfilhar ⁽¹³⁾.

A maior responsabilidade desta mudança vai, como disse, para o papel desempenhado pelos exames científicos nas ações de paternidade; e para a alteração das estrutura social e da riqueza ⁽¹⁷⁴⁾, que nos obriga a encarar de outro modo a chamada “caça às fortunas”. Mas a responsabilidade pela mudança está também, difusa, na obsessão pela verdade e pela transparência, na preocupação pelo acesso a dados pessoais e pelo seu controlo, na promoção jamais vista do valor do indivíduo e da sua realização pessoal, que inclui, inevitavelmente, o conhecimento das suas origens genéticas e culturais.

Julgo que o alcance dos direitos constitucionais implicados e a força dos argumentos tradicionalmente invocados para justificar as restrições tinham atingido um ponto de equilíbrio, no princípio dos anos oitenta — um equilíbrio que se alterou nitidamente em favor do direito de investigar. Em suma, os tempos estão contra a ideia, outrora pacífica, de que talvez fosse possível saber quem é o pai, e constituir juridicamente o vínculo de paternidade, mas... o Direito nem sempre autorizava isto, em homenagem a outros valores do sistema.

⁽¹³⁾ *Infra*, p. 8.

Naquele texto de 2002, defendi ainda que, se a ausência de prazos permite que uma ação seja intentada muito tempo depois do que podia e devia, perturbando nitidamente o suposto pai, com o mero intuito de o irritar ou de obter proveitos materiais excessivos ou anormais, ofendendo, em alguma medida, os seus direitos à reserva da intimidade e ao desenvolvimento da personalidade, e o direito à reserva da intimidade da sua família, temos de admitir que, depois de se dar ao filho um direito imprescritível, uma ação pode merecer o obstáculo do sistema jurídico, em casos-limite. Os obstáculos resultariam das potencialidades da norma geral sobre o “abuso do direito”⁽¹⁴⁾. Nesses casos-limite, o autor seria tratado como se não tivesse o direito que invoca — porque nunca o quis usar quando podia fazê-lo, porque se guardou para um momento em que o suposto pai organizou a sua vida em favor de outros herdeiros, porque o autor não pretende mais do que facturar abusivamente no seu ativo patrimonial.

Em conclusão, defendi então que os progressos técnicos e os movimentos sociais de valorização das origens e de responsabilidade individual estavam contra a limitação de investigar que resulta do prazo de caducidade. Em face do quadro de direitos constitucionais implicados e de uma valoração particular dos interesses gerais defendidos pela caducidade, entendi que a limitação de agir que resultava do

prazo estabelecido pela lei então vigente significava uma restrição não justificada, desproporcionada, do direito do filho. Julguei, em suma, que se tinha tornado sustentável alegar a inconstitucionalidade dos prazos estabelecidos nos arts. 1817.º e 1873.º CCiv, na redação de 2002.

Pouco tempo depois, o Tribunal Constitucional produziu dois acórdãos muito importantes. No ac. n.º 456/2003, de 14 de Outubro⁽¹⁵⁾, apreciou um caso em que um filho, com 31 anos, depois de ter sido surpreendido com uma impugnação de paternidade, intentada com sucesso pelo marido da sua mãe, se viu impedido de propor uma ação de investigação contra quem podia ser o seu progenitor verdadeiro. O art. 1817.º, n.º 2, exige que a “remoção do obstáculo” — no caso, a paternidade registada do marido da mãe — seja requerida até aos 20 anos (prazo geral do n.º 1), e esse prazo tinha sido ultrapassado. Neste caso, e nestas condições, o filho nunca poderia exercer o direito de investigar a paternidade. O Tribunal deliberou que a norma limitativa era inconstitucional, por violar o direito à identidade pessoal. No ac. n.º 486/2004, de 7 de Julho, apreciou-se a questão da constitucionalidade do prazo-regra estabelecido no art. 1817.º, n.º 1, concluindo-se, desta vez, pela inconstitucionalidade da norma. O Tribunal, depois de aceitar os argumentos expostos acima, entendeu que a exclusão do direito de investigar, logo a partir dos vinte anos de idade, tem como consequência uma diminuição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que violam

⁽¹⁴⁾ Ou através de um remédio específico como o que vigora no direito de Macau, que determina a “ineficácia patrimonial” do estabelecimento do vínculo (art. 1656.º CCiv Mac) quando a ação é intentada mais de quinze anos depois do conhecimento dos factos de onde se podia concluir a paternidade e, além disto, quando se mostre que a intenção principal do autor é a obtenção de benefícios patrimoniais.

⁽¹⁵⁾ www.tribunalconstitucional.pt/acórdãos

os arts. 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República. O texto do acórdão, porém, sublinha que não se tratava, no caso, de considerar inconstitucional a previsão de *um* prazo de caducidade, mas sim, e apenas, *do* prazo estabelecido no art. 1817.º, n.º 1. Em recurso, o Plenário do Tribunal reiterou a decisão, no ac. n.º 11/2005, de 12 de Janeiro.

Na sequência do ac. n.º 486/2004, de 17 de Julho, confirmado pelo ac. n.º 11/2005, do Plenário, de 12 de Janeiro, e na sequência das decisões sumárias n.º 114/2005, de 9 de Março, e n.º 288/2005, de 4 de Agosto, o Tribunal Constitucional entendeu que estavam reunidas as condições para a declaração com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade do art. 1817.º, n.º 1 — na verdade, existiam já três decisões concretas no sentido da inconstitucionalidade da norma. (Cfr. o ac. n.º 23/2006, de 10 de Janeiro, publicado no *DR*, I Série, de 8 de Fevereiro, p. 1026-54).

Note-se que apenas se declarou a inconstitucionalidade do art. 1817.º, n.º 1, tal como ele estava formulado em 2006. O que deixava em aberto um vasto leque de possibilidades para o legislador ordinário que quisesse — como devia — tomar uma opção nova de regime para este problema ⁽¹⁶⁾.

A Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, adotou uma nova redação para o artigo 1817.º ⁽¹⁷⁾: o prazo de dois

anos (previsto no n.º 1) foi alargado para dez anos; o prazo de um ano (previsto no n.º 2 e) foi alargado para três anos; e previram-se novas possibilidades de abertura da ação, mesmo para além do decurso do prazo-regra de dez anos (no n.º 3). Este alargamento dos prazos, como se percebe, pretendeu evitar a censura de que os interessados não tinham tempo suficiente para exercer o seu direito de investigar a paternidade, ao mesmo tempo que persistia no princípio da caducidade das ações de investigação; dito de outra maneira, o novo regime continuou a evitar a imprescritibilidade das ações, embora tenha tornado o quadro legal mais favorável às pretensões dos eventuais “filhos” investigantes.

Esta alteração, porém, não resolveu os problemas. Na verdade, apesar da nova redação, os tribunais continuaram a defender a inconstitucionalidade da norma que estabelece limites temporais para a propositura das ações ⁽¹⁸⁾.

Neste contexto, o Tribunal Constitucional foi instado a pronunciar-se mais uma vez sobre o problema, em reunião plenária, produzindo o importante acórdão n.º 401/2011 que serve de pretexto para as presentes notas.

A questão não é, portanto, nada pacífica.

Estimulado pela ocorrência desta última deliberação, atrevo-me a voltar ao assunto apenas para colocar a questão de um modo um pouco diferente, com base numa ideia que apresentei há muito tempo.

⁽¹⁶⁾ Os prazos estabelecidos nos n.ºs 3 e 4 do art. 1817.º também foram julgados inconstitucionais, porque a sua exiguidade não permitia uma avaliação serena por parte do investigante, respetivamente pelos ac. n.º 626/2009 e n.º 65/2010.

⁽¹⁷⁾ E também para o art. 1842.º, que não estava em causa na questão das investigações de paternidade.

⁽¹⁸⁾ Vejam-se, por exemplo, os acórdãos do S.T.J. de 8-6-2010, de 21-9-2010, de 27-1-2011 e de 6-9-2011.

A ideia, que defendo há mais de trinta anos, é a seguinte: o suposto progenitor tem um dever jurídico de perflhar, para assumir a sua responsabilidade pelo filho ⁽¹⁹⁾.

É costume falar-se apenas num dever moral ou dever de consciência, ou ainda num dever cujo cumprimento não pode ser exigido lembrando a obrigação natural ⁽²⁰⁾; porém, creio que pode argumentar-se, de modo suficiente e com base no nosso sistema legal, em favor da existência de um dever jurídico de perflhar e do correspondente direito a ser perflhado.

Em primeiro lugar, a satisfação plena do direito à identidade e à integridade pessoais (arts. 25.º e 26.º CRep), e do direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º CRep), implica a atribuição dos meios técnico-jurídicos adequados à descoberta da ascendência, isto é, a atribuição de um direito à constituição do estado de filho. É por esta razão que o Estado deve organizar a ação de investigação e permitir o acesso do filho aos tribunais. Ora, se a comunidade envida esforços para estabelecer a paternidade de cada indivíduo, parece que o progenitor tem um especial dever de agir, porque conhece as circunstâncias que podem ter determinado a paternidade biológica, e na medida em que se lhe possa exigir a convicção fundada de ser o pai.

Em segundo lugar, o nosso sistema posterior a 1967 estabelece a obrigação de averiguar officiosamente a paternidade que reste incógnita no assento

de nascimento. Isto significa que a descoberta da paternidade, além de constituir um interesse relevante do filho que, por isso, dispõe da ação de investigação, constitui também um interesse público, ligado à organização familiar básica da sociedade. Para ser mais claro, refiro-me ao interesse público concreto de proporcionar ao filho o apoio pessoal para o seu desenvolvimento ⁽²¹⁾, e também ao interesse público concreto de encontrar os devedores de alimentos de primeira linha, dentro de uma concepção que atribui ao Estado um papel subsidiário. Então, se o progenitor estiver seriamente convencido da paternidade, ou se for razoável exigir-lhe essa convicção fundada, não parece legítimo dizer-se que ele tem o direito de ocultar a relação biológica e de onerar a comunidade com a averiguação subsequente; e se não estiver seriamente convencido da paternidade, tem o dever de abrir as portas da averiguação, e de colaborar para a descoberta da verdade nos termos gerais.

Note-se, em terceiro lugar, que a defesa do carácter facultativo de perflhação não pode furtar-se à crítica de estar influenciada por uma concepção voluntarista dos vínculos de filiação que parece ter feito a sua época. Na verdade, o carácter facultativo do reconhecimento quadra bem com os sistemas em que o interesse mais relevante era do progenitor — interesse que podia consistir, justamente, na ocultação do vínculo extramatrimonial; quadra bem com o antigo constrangimento da investigação pela exigência cumulativa da verificação de “pressupostos de

⁽¹⁹⁾ Tenha-se em mente que “a perflhação pode ser feita a todo o tempo”, segundo o art. 1854.º CCiv.

⁽²⁰⁾ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 235.

⁽²¹⁾ De que falava Gomes da Silva quando introduziu o regime — cfr. *O direito da família no futuro Código Civil*, «Boletim do Ministério da Justiça», Lisboa, n.º 88 (1959), p. 86-89.

admissibilidade”⁽²²⁾. Mas tudo isto tem sido abandonado, para a descoberta da verdade biológica e em proveito do filho; e o interesse do progenitor em omitir a perflhação tem perdido o apoio do sistema e não é digno de tutela jurídica.

Por fim, parece legítimo defender que se eliminem as diferenças entre o regime do estabelecimento da paternidade e o do estabelecimento da maternidade que não se justifiquem por dificuldades de prova específicas. Na verdade, em ambos os casos se trata de dar relevância ao facto biológico da progenitura. Nestes termos, se o regime do estabelecimento da maternidade não permite à mãe que evite a menção da maternidade — a maternidade pode ser declarada por um estranho e ficar estabelecida (arts. 1803.º e 1804.º) — como se justificará que o pai tenha o direito de omitir a menção da paternidade? Claro que a dificuldade de prova da paternidade não é compatível com um regime do tipo daquele que os arts. 1803.º e 1804.º prevêem, e por isso é que só o progenitor pode perflhar; mas daqui não se segue que ele tenha a faculdade de estabelecer ou não estabelecer a paternidade mesmo nas hipóteses em que esteja seguramente convicto da sua responsabilidade pela procriação.

Em suma, continuo convencido que cada indivíduo tem o dever jurídico de assumir a responsabilidade de reconhecer os filhos biológicos que ajudou a nascer⁽²³⁾. De facto, não dou relevância à

liberdade-de-não-ser-considerado-pai, só pelo facto de terem passado muitos anos sobre a concepção; pai e filho estão inexoravelmente ligados e tanto o “princípio da verdade biológica” que inspira o nosso direito da filiação quanto as noções sobre responsabilidade individual a que adiro não reconhecem uma faculdade de o pai biológico se eximir à responsabilidade jurídica correspondente. O dever de assumir o estatuto familiar não é mais do que um corolário do dever elementar de assumir a responsabilidade por atos próprios, designadamente, pelos atos que gera pessoas e as integra no sistema de parentesco⁽²⁴⁾.

Defendida a existência de um dever jurídico de perflhar, segue-se que a omissão culposa do reconhecimento, pelo progenitor, viola um direito alheio e gera uma obrigação de indemnizar nos termos gerais da responsabilidade civil. É claro que a dificuldade que possa existir quanto à prova da culpa não afasta a existência de um dever de indemnizar.

Postas as coisas assim — do lado do suposto progenitor — já não centramos a discussão no direito de investigar e na sua eventual “imprescritibilidade”, mas sim no mérito da posição do suposto progenitor. Admitindo que o suposto progenitor tem o dever jurídico de assumir a responsabilidade pela procriação, desde logo praticando um ato de perflhação, e que tem de aceitar que o Estado tutele

⁽²²⁾ Cf. o art. 1860.º CCiv anterior a 1977.

⁽²³⁾ Sobre a cultura da responsabilidade, cfr. o texto recente de João LOUREIRO — *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 21-3 e 193-4.

⁽²⁴⁾ Em 2002, afirmei que, no âmbito do direito civil patrimonial e dos negócios, a segurança jurídica era indispensável, servida pelos instrumentos da prescrição e da caducidade (cfr. supra, p. 3). Como também compreendo a prescrição no âmbito da responsabilidade penal — acrescento hoje — tendo em consideração que a punição, aplicada demasiado tempo depois da infração a um indivíduo socialmente integrado, em vez de prosseguir o fim típico da tressocialização, vai destruí-la.

o interesse público da constituição dos vínculos através da averiguação oficiosa da paternidade, em que o pai tem o dever geral de colaborar, podemos perguntar: o dever jurídico de perfilhar é susceptível de caducidade? Com que idade, ou em que condições pessoais, familiares, ou relativas ao investigante, o suposto progenitor deve ficar desonerado de assumir a responsabilidade pela procriação? Quanto à idade: o dever caduca passados dez anos sobre a maioridade ou a emancipação do suposto filho? Ou aos sessenta anos do suposto pai? Ou aos oitenta? Quanto às condições pessoais: o prazo é diferente se for casado? Ou se tiver filhos vivos? Não é precisa a caducidade se o suposto pai for pobre e ninguém

tiver expectativas sucessórias que possam ser frustradas com o surgimento de um novo filho-herdeiro? Quanto ao investigante: o suposto pai deve ficar desonerado se o suposto filho tiver omitido durante muito tempo a propositura da ação de investigação? A omissão tem de ser culposa ou basta o decurso do tempo sem intentar a ação?

Para mim, estas perguntas são, evidentemente retóricas. De fato, no meu entendimento, nada pode fazer caducar a responsabilidade individual pela procriação; o reconhecimento jurídico do parentesco pode chegar a todo o tempo, seja de modo voluntário seja de modo judicialmente imposto, numa ação de investigação.

