

## CADUCIDADE DAS ACÇÕES DE INVESTIGAÇÃO

*Guilherme de Oliveira*

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. A circunstância de a lei prever um prazo de caducidade para a acção de investigação tem por consequência que, por vezes, um pretense filho não dispõe da possibilidade de constituir um vínculo de maternidade ou de paternidade. Este regime é sentido como uma injustiça da lei, sobretudo quando um pretense filho está muito convencido de que ganharia a acção se o deixassem promovê-la. Daí os pedidos de declaração de inconstitucionalidade que foram apresentados ao Tribunal Constitucional<sup>1</sup>.

Estes pedidos não tiveram provimento e, de certo modo, eu tive alguma responsabilidade nestas decisões, pois publiquei, em 1983, afirmações que foram usadas na sustentação da tese vencedora – de que os prazos previstos no código civil eram compatíveis com a Constituição da República<sup>2</sup>.

Hoje tenho as maiores dúvidas em defender isto.

Vou expor estas minhas dúvidas, referindo-me apenas às acções de investigação da paternidade.

2. As justificações para o estabelecimento de prazos de caducidade foram conhecidas, na doutrina portuguesa, muito antes do problema ser discutido em sede constitucional.

Gomes da Silva, em 1959, manifestou-se contra o regime do Código de Seabra, em que as

acções podiam ser intentadas a todo o tempo, mesmo depois da morte do pretense pai. Este autor insurgiu-se contra a possibilidade de as acções visarem apenas a “exigência tardia de bens materiais (...) extorquidos, quiçá muitas vezes com fraude, àqueles que desde há muito tinham legítima expectativa sobre esses bens”<sup>3</sup>. Por outro lado, entendia que o estabelecimento da paternidade valia a pena sobretudo quando os filhos eram pequenos e era preciso atenuar, “na medida do possível, (os) efeitos da ilegitimidade sobre a formação da personalidade”<sup>4</sup>, o que veio a justificar a consagração do reconhecimento oficioso, em 1966. Impunha-se “inverter os termos do problema, quer para assegurar a protecção dos pais à grande maioria dos filhos ilegítimos, quer para proteger a família legítima contra investigações feitas em momento em que já não têm verdadeiro interesse social e em que a defesa da família é, na prática, muito difícil”<sup>5</sup>. Gomes da Silva procurava “fomentar o mais possível as perfilhações provocadas e os reconhecimentos officiosos”<sup>6</sup>, ao mesmo tempo que tentava “encaminhar as coisas por forma a que as investigações feitas por iniciativa dos filhos ou seus representantes, se efectuem o mais cedo possível, precisamente quando mais úteis podem ser aos filhos e quando envolvam menos riscos de fraudes contra a família legítima”<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> O primeiro data de 28/4/88 – Ac. 99/88.

<sup>2</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA – *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, 1983, p. 463-471.

<sup>3</sup> GOMES DA SILVA – *O Direito da Família no futuro Código civil (segunda parte)*, BMJ n.º 88, 1959, p. 86.

<sup>4</sup> *Ob. e loc. cit.*

<sup>5</sup> *Ob. e loc. cit.*

<sup>6</sup> *Ob. cit.*, p. 87.

<sup>7</sup> *Ob. e loc. cit.*

Estas afirmações exprimiam, afinal, a consideração de três razões básicas que justificavam a restrição do direito de agir e que eram “património comum” da doutrina, nesta matéria.

Em primeiro lugar, tratava-se da “segurança jurídica” dos pretensos pais e dos seus herdeiros. Havia, e há, o sentimento de que as pretensões jurídicas não devem pairar indefinidamente sobre a cabeça dos sujeitos visados. Aqueles que podem ser onerados com o deferimento de uma pretensão alheia também merecem a protecção que se traduzirá em saber que, a partir de um certo momento, a sua posição jurídica está definida, as suas contas estão encerradas para sempre. A ideia de segurança jurídica é sempre trazida para a discussão em torno de um prazo de caducidade.

Em segundo lugar, toma-se em consideração o chamado “envelhecimento das provas”. Os litígios quanto à paternidade foram sempre de prova difícil, pelo carácter discreto dos factos e pela emoção inevitável que os problemas suscitam; um terreno assim é propício a tudo o que se diz de mau acerca da prova testemunhal, e não era demais insistir na possibilidade de fraudes. Então, compreende-se que a passagem do tempo aumente os perigos – as pessoas e os lugares alteram-se, a memória falha, todos os conluios podem florescer para apoiar uma acção bem urdida.

Por fim, o argumento da “caça às fortunas” foi sempre brandido pelos autores receosos das pretensões dos filhos ilegítimos, agindo contra pessoas com meios de fortuna, movidos apenas por sentimentos de cobiça, quando os pretensos pais estavam na hora de morrer<sup>8</sup>.

Com base nestas ideias, o Código de 1967

estabeleceu o regime que, basicamente, ainda hoje vigora: o prazo-regra termina dois anos depois da maioridade do filho, e valem também os prazos especialmente previstos para a hipótese de *escrito do pai* e de *tratamento* como filho.

3. A partir de 1976, a discussão sobre este assunto não podia deixar de introduzir as exigências constitucionais relevantes.

Não há dúvidas de que a faculdade de intentar uma acção de investigação de paternidade passou a resultar de um imperativo constitucional que se baseava em vários direitos fundamentais expressamente previstos.

O “direito de constituir família” tinha, no mínimo, o sentido de impôr à lei ordinária que organizasse os meios para estabelecer juridicamente os vínculos de filiação – os modos de perfilhar e a acção de investigação. E devo sublinhar que o direito de constituir família é tendencialmente ilimitado, pois a lei fundamental não faz restrições. De facto, a Reforma de 1977 foi ao ponto de eliminar a própria restrição do incesto: nem o vínculo de parentesco próximo é obstáculo ao estabelecimento da paternidade<sup>9</sup>.

Podia afirmar-se, também, que o “direito à identidade pessoal” e o “direito à integridade pessoal” estavam implicados nesta questão. Saber *quem sou* exige saber *de onde venho*, quais são os meus antecedentes genéticos, onde estão as minhas raízes familiares, geográficas e culturais. Esta faceta da pessoa – a historicidade pessoal – tinha de ser satisfeita através dos meios legais para demonstrar os vínculos biológicos e constituir as relações jurídicas correspondentes. Também isto sem restrição aparente na lei fundamental.

<sup>8</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA – *Crítério Jurídico da Paternidade*. Coimbra, 1983, p. 100-109.

<sup>9</sup> Isto é verdade quanto ao reconhecimento voluntário; e quanto ao reconhecimento judicial promovido pelo filho. Pelo contrário, o incesto é obstácu-

lo ao reconhecimento oficioso (art. 1866.º Cciv); o legislador não terá querido impor a revelação do vínculo de parentesco, contra a vontade dos particulares.

Creio, ainda, que devia implicar-se nesta discussão o “direito à não discriminação” dos filhos nascidos fora do casamento. É certo que não se podia pretender que os regimes de estabelecimento da paternidade fossem iguais, quer os filhos tenham nascido dentro ou fora do casamento. De facto, as circunstâncias do nascimento são diversas e, portanto, os modos de estabelecimento da paternidade não podem ser iguais: a existência de um marido e de um dever de coabitação exclusiva, habitualmente cumprido, no caso dos filhos nascidos dentro do casamento, é o fundamento das diferenças inevitáveis. Mas, se é verdade que os regimes têm de ser diferentes, eles não precisam de discriminar, desfavorecer, os filhos nascidos fora do casamento – nem podem fazê-lo, sob pena de inconstitucionalidade (art. 36º, n.º 4, CREP). Nestas condições, poderíamos afirmar que o reconhecimento dos meios para estabelecer a paternidade tem de ter a maior abertura, tendencialmente; estes filhos não podem beneficiar de uma presunção de paternidade do marido... simplesmente porque não há marido; mas podem ser admitidos, com a maior largueza, a provar o vínculo biológico.

Do ponto de vista do suposto pai, deve ter sido considerado o seu “direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar”. De facto, a revelação de um filho desconhecido pode ser perturbadora, sobretudo quando, por circunstâncias ligadas à pessoa do suposto pai, ou pelo decurso do tempo, a revelação é muito surpreendente. Além de surpreendente, pode provocar danos efectivos no agregado familiar do interessado.

4. A provável consideração deste último direito fundamental do suposto pai e uma nítida consideração positiva dos argumentos tradicionais terão levado a Comissão de Reforma a entender que o regime de caducidade que estava em vigor significava

uma “restrição proporcional” do direito de investigar a paternidade, para defesa de interesses basilares do sistema jurídico, como eram a “segurança jurídica”, a viabilidade prática dos processos judiciais no sentido de atingirem a verdade, e o exercício dos direitos conforme às suas finalidades legais – porque era disto que se tratava quando se falava da necessidade de garantir “segurança” aos pretensos pais, do perigo de “envelhecimento das provas” e do uso do direito de investigar só para obter heranças. A Comissão terá pensado que a limitação resultante da caducidade não retirava ao pretense filho uma ampla liberdade de intentar a acção – aliás em condições de passar a beneficiar, muitas vezes, de uma presunção legal – de tal modo que não se podia dizer que essa restrição afectava o conteúdo essencial do direito fundamental.

Pela minha parte – e pelas razões expostas – também defendi, há cerca de vinte anos, que o regime da caducidade previsto no código civil era compatível com os princípios constitucionais então em vigor.

5. Voltando hoje ao assunto, penso que alguns dados do problema mudaram. Nesta balança em que se reúnem os argumentos a favor do filho e da imprescritibilidade da acção, e os argumentos a favor da protecção do suposto progenitor e da caducidade, creio que os pratos mudaram de peso.

Desde logo parece claro o movimento científico e social em direcção ao conhecimento das origens. Os desenvolvimentos da genética, nos últimos vinte anos, têm acentuado a importância dos vínculos biológicos e do seu determinismo, porventura com exagero; e com isto têm sublinhado o desejo de conhecer a ascendência biológica<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> 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.

Nestas condições, o “direito à identidade pessoal” e o “direito à integridade pessoal” ganharam uma dimensão nova que não pode ser desvalorizada.

Devemos acrescentar, também, um novo direito fundamental implicado na questão: o “direito ao desenvolvimento da personalidade”<sup>11</sup>, introduzido pela revisão constitucional de 1997 – um direito de conformação da própria vida, um direito de liberdade geral de acção 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, dou hoje menos valor aos interesses que sustentam as restrições ao direito fundamental de investigar a paternidade.

Receio que se tenha 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. Será que o suposto progenitor merece também esta segurança – a segurança de não ser incomodado a partir dos vinte anos do filho? A segurança de não ser declarado pai, em qualquer momento, merece os mesmos cuidados por parte do sistema jurídico? 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.

Note-se, também, que o sistema jurídico não mostra uma preocupação absoluta com a segurança patrimonial dos herdeiros, com as “legítimas expectativas sobre os bens”<sup>12</sup> dos herdeiros reconhecidos do progenitor: de facto, qualquer herdeiro preterido pode intentar uma acção de “petição da herança”, a todo o tempo, com evidente sacrifício de quem tiver recebido os bens a título de herdeiro (art. 2075º, CCiv).

Em segundo lugar, a ideia de evitar a “caça às heranças” tem de se entender de outro modo. É certo que a cobiça não desapareceu e certamente aparecerão acções movidas apenas por este feio sentimento. Mas,

<sup>11</sup> Art. 26.º da CRP – cfr. PAULO MOTA PINTO – *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, *Studia Iuridica*, n. 40, Portugal-Brasil 2000, Coimbra Editora, 2000.

<sup>12</sup> GOMES DA SILVA. Cfr. *ob. loc. cit.*

por um lado, não ficou nunca muito claro que as acções antigas fossem sempre intentadas por mulheres sem escrúpulos contra honestos cidadãos, com o fito de lhes comprometer a fortuna<sup>13</sup>; por outro lado, quer o acesso ao direito quer a composição da riqueza mudaram. Muitas das acções que poderiam beneficiar da imprescritibilidade decorreriam hoje, provavelmente, entre autores e réus com meios de fortuna semelhantes<sup>14</sup>, que se exprimem por uma formação profissional e por um emprego. 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” perdeu quase todo o valor, com a eficácia e a generalização das provas científicas. As acções são cada vez mais julgadas com base nos testes de ADN, que não envelhecem nunca – os exames podem fazer-se muitos anos depois da morte do suposto pai, ou na ausência do pai! Morrem as testemunhas, mudam os lugares, é certo, mas nada disso altera, verdadeiramente, o caminho que as acções seguem, e hão-de seguir cada vez mais, no futuro. Por isto não se deve recear, como dantes, as fraudes que assentavam na prova testemunhal tardia e mentirosa.

É certo que o pretenso pai poderá continuar a invocar o “direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar”, que poderá ser afec-

tada 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 resposta, diria que 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 contra supostos progenitores casados – casados ao tempo do nascimento ou casados no momento do reconhecimento – que foram conhecidas do nosso sistema jurídico e, obviamente, foram consideradas discriminatórias contra os filhos adulterinos<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup>. 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.

<sup>13</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA – *Crítério Jurídico da Paternidade*, loc. cit.

<sup>14</sup> 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?

<sup>15</sup> Afinal, era esta protecção exagerada da família do suposto pai que contribuía para justificar as antigas limitações da acção de investigação e a imperfilhabilidade dos filhos adulterinos.

<sup>16</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA – *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Almedina, 1979, p. 109 – 111.

6. 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.

A maior responsabilidade desta mudança vai, creio eu, para o papel desempenhado pelos exames científicos nas acções de paternidade; e para a alteração da estrutura social e da riqueza<sup>17</sup>, 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. 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.

7. Mas não é verdade que a ausência de prazos permite que uma acção 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? E isto não ofende, 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 acção pode merecer o obstáculo do sistema jurídico, ao menos em casos-limite.

Não sei se o tratamento destes casos-limite precisa de um remédio específico, num código civil que já consagra, orgulhosamente, uma norma geral sobre o “abuso do direito”. É razoável pensar que, nesses casos-limite, o autor possa ser 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 no seu activo patrimonial.

Vale a pena lembrar que o legislador de Macau, apesar de ter uma norma sobre o abuso de direito (art. 326.º CCivMac) acrescentou à regra da imprescritibilidade (art. 1677.º e 1722.º CCivMac) um preceito específico que determina a “ineficácia patrimonial” do estabelecimento do vínculo (art. 1656.º CCivMac) quando a acção 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. Esta norma parece ser, afinal, uma concretização do princípio do abuso do direito no âmbito do estabelecimento da paternidade: pretende afirmar que o direito de investigar é concedido para constituir o vínculo familiar em toda a suas dimensões, sem omitir as consequências patrimoniais que dele decorrem, mas que é 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.

8. Em conclusão, creio que os progressos técnicos e os movimentos sociais de valorização das origens e de responsabilidade individual estão contra a

<sup>17</sup> 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.

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, julgo que a limitação de agir que resulta do prazo estabelecido pela lei vigente significa uma restrição não justificada, desproporcionada, do direito do filho. *Julgo, em suma, que se tornou sustentável alegar a inconstitucionalidade dos prazos estabelecidos nos arts. 1817º e 1873º CCiv*<sup>18</sup>.

Os casos-limite – em que pareça chocante o exercício do direito de investigar – deveriam ser tratados como casos excepcionais, aplicando o instrumento do abuso do direito ou outro remédio expressamente previsto, inspirado nas mesmas ideias<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> O que, a ser admitido, tornaria o regime inaplicável pelos tribunais. O direito do filho deveria então poder ser exercitado a todo o tempo, durante a sua vida – contra o suposto pai ou contra outros legitimados em seu lugar. Seria ainda conveniente ponderar não só o interesse dos familiares ou sucessores do filho que morresse sem ter intentado a acção, mas também os interesses dos familiares ou sucessores do suposto pai, contra quem havia de se dirigir a acção depois da morte deste.

<sup>19</sup> A Provedoria de Justiça, pela Recomendação n.º 36/B/99, e o partido “Os Verdes”, através do Projecto de Lei n.º 92/IX, de 2002 (*Diário da Ass. da Rep. de 4/7/02*), defenderam a alteração do art. 1817.º do Código Civil de modo a não se impôr um prazo de caducidade quando o investigador renunciava aos eventuais efeitos patrimoniais do estabelecimento do vínculo.

Julgo que esta alteração causariam mais dificuldades do que as que já existem.

Na verdade, se os investigadores viessem a ser admitidos a todo o tempo, renunciando aos efeitos patrimoniais, em breve se reconheceriam duas classes de filhos – uma com efeitos menores, apenas pessoais, e outra com efeitos plenos. Julgo que não

demoraria muito tempo a ser declarada inconstitucional esta desigualdade de estatuto das duas classes de filhos, nos termos do art. 36º, n.º 4, da Constituição da República. A não ser que prevalecesse a ideia de que os filhos teriam de assumir irrefragavelmente a responsabilidade de renunciar à produção dos efeitos patrimoniais, para que a investigação pudesse ser admitida. Mas, neste caso, estaríamos a aceitar que o estatuto de filho tem um conteúdo disponível, ao contrário do que é geralmente admitido; seria difícil negar, em seguida, que a perfilhação pelo progenitor pudesse ser acompanhada de cláusulas restritivas, estabelecidas pelo perfilhante (“só perfilho sem efeitos patrimoniais”) ou aceites pelo perfilhado (“renúncio aos efeitos patrimoniais”).

Diga-se, ainda, que não ficava claro se, depois de uma acção procedente sem efeitos patrimoniais, o filho poderia pedir alimentos ao progenitor, ou se ficaria apenas privado do direito de herdar. E o progenitor teria o direito de pedir alimentos ao filho? E, sobretudo, o progenitor poderia herdar do filho? E ainda, o filho poderia admitir que o progenitor herdasse, mesmo que a perfilhação tivesse sido feita depois da morte do filho (cfr. art. 1856º)?

