

Investigação de paternidade ilegítima:
Inconstitucionalidade do artigo 1860.º
do Código Civil

ACORDAO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
DE 14 DE FEVEREIRO DE 1978

Acordam, em conferência, no Supremo Tribunal de Justiça:

A..., solteira, menor, legalmente representada por sua mãe B, solteira, maior, doméstica, residente no lugar de..., intentou acção de investigação de paternidade ilegítima contra C..., casado, residente em..., com fundamento na posse de estado de filha ilegítima do réu e sedução de sua mãe por esse, no período legal da concepção (artigo 1860.º, alíneas a) e e), do Código Civil).

Na primeira instância foi a acção procedente, mas com fundamento apenas na prova da paternidade biológica, decisão que a Relação revogou em recurso de apelação, julgando a acção improcedente.

É deste acórdão que vem agora a presente revista com os fundamentos expressos nas conclusões da alegação da recorrente:

1 — Encontra-se provada a paternidade biológica ou natural, uma vez que considerados os factos assentes, a investigante é filha do investigado, uma vez que proveio das relações sexuais havidas entre este e a mãe daquela;

2 — A mãe da investigante só com o investigado manteve relações de sexo no período legal da concepção; e

3 — O tribunal não pode ser inibido de declarar esta filiação, encontrando-se a mesma provada, como se encontra;

4 — Os pressupostos fixados no artigo 1860.º do Código Civil encontram-se revogados por estarem em oposição com o consignado à Constituição e serem fonte de discriminação e desigualdade em relação aos cidadãos nascidos dentro do matrimónio e fora, e ainda quanto a estes, se nascidos numa época, ou noutra;

5 — O artigo em causa constitui manifesta inconstitucionalidade material e, assim, não pode ser atendido para efeito algum;

6 — Tendo julgado a acção improcedente, o acórdão violou o disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 13.º, o n.º 1 do artigo 33.º e o n.º 4 do artigo 36.º, da Constituição, e o artigo 1848.º do Código Civil, pelo que deve ser revogado e manter-se a sentença da primeira instância.

Em última hipótese, deve a instância ser suspensa até que a Assembleia da República aprove as anunciadas e preparadas reformas a introduzir no Código Civil por força do que se encontra consignado na Constituição, uma vez que as mesmas não podem deixar de ser tomadas em consideração nesta acção.

Por sua vez, opõe o recorrido:

1 — Não se verificam os pressupostos da admissibilidade da acção proposta pela recorrente;

2 — O artigo 1860.º do Código Civil não foi inconstitucionalizado pela Constituição de 1976;

3 — Com aquele preceito legal estabeleceu-se apenas uma modalidade de prova dirigida ou legal e não qualquer discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos;

4 — O acórdão recorrido não violou qualquer preceito da lei ordinária ou constitucional.

Deve, pois, ser mantido.

Decidindo:

Vem provada, em matéria de facto:

— A autora A... nasceu no dia 20 de Agosto de 1954, tendo sido registada como filha de pai incógnito e de B...;

— O réu enamorou-se da mãe da autora quando ela tinha vinte anos de idade, passando a acompanhá-la em público;

— Perante a insistência do réu em a procurar e acompanhar, acabou por lhe aceitar namoro que tinha lugar diante de toda a gente;

— Mas durante alguns meses, por volta de 1940, quando o réu se encontrava ausente a prestar o serviço militar e tinha deixado de lhe escrever, ela namorou outro homem;

O namoro entre o réu e a mãe da autora durou cerca de doze anos, até à proximidade do casamento daquele e durante esse namoro por várias vezes ele lhe prometeu casamento;

— Alguns anos depois de iniciado o namoro, valendo-se das promessas de casamento que lhe fazia e da confiança que nele depositava a mãe da autora por causa dessas promessas, o réu acabou por desflorá-la mantendo com ela relações sexuais completas, quando a mesma tinha cerca de 25 anos;

— Daí em diante e até ao fim do namoro que antecedeu o casamento do réu, continuaram a manter relações sexuais;

— Cerca de três anos depois do casamento do réu, este começou a persegui-la com intuítos sexuais e por virtude dessa perseguição e da intimidade, confiança e amizade dela para com o réu, geradas durante o namoro anterior ao casamento dele, reataram de novo relações sexuais, acabando ela por engravidar e dar à luz a autora;

— Logo que aquela gravidez se tornou notada, todas as pessoas que conheciam a mãe da autora atribuíram a sua autoria ao réu, nunca ninguém tendo dito o contrário;

— Uma vez a autora dirigiu-se ao réu dizendo: «deite-me a bênção meu pai»;

— O namoro e relações sexuais da mãe da autora com o réu eram do conhecimento das pessoas do meio em que ela vivia, que estavam convencidas, durante tal namoro, de que ele tinha como objectivo o casamento.

Como vimos, a autora fundou a acção na sua posse de estado de filha ilegítima do réu e na sedução de sua mãe pelo réu no período legal da concepção.

Quanto à posse de estado o artigo 1861.º do Código Civil limita-se a indicar os seus elementos sem especificar qual seja o respectivo conteúdo, tal como anteriormente o fazia o artigo 18.º do Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910.

A doutrina e a jurisprudência têm, porém, entendido que a reputação como filho pelo pretenso pai consiste na convicção íntima que este tem de que determinado indivíduo é seu filho, existindo quando o investigado revelou claramente essa convicção por actos ou por palavras; que o tratamento como filho pelo pretenso pai consiste em este dispensar àquele a assistência material e efectiva que os pais costumam prodigalizar aos filhos; e que a reputação pelo público consiste em este manifestar a sua convicção de que o investigado é pai do investigante. Também se entendendo que o público de que fala o artigo só pode ser constituído por aquelas pessoas que conheciam, ou tenham conhecido, o investigado e o pretenso filho.

Relativamente à sedução também se tem entendido que ela é uma forma enganosa de conseguir a anuência da mulher à conjugação carnal, podendo ser usada com ou sem dolo, visto a lei não fazer qualquer exigência a este respeito.

Com efeito, diz-nos o artigo 1864.º do Código Civil que a sedução é relevante se a mulher era virgem e tinha menos de dezoito anos no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade, quando notórios.

Ora, da matéria provada que se indicou resulta, na verdade, que o réu namorou a mãe da autora durante cerca de doze anos, por várias vezes lhe tendo prometido casamento, que alguns anos depois do início daquele namoro e por virtude de tais promessas conseguiu desflorá-la mantendo com ela relações sexuais completas quando a mesma tinha 25 anos de idade, mas que tais contactos sexuais terminaram no fim do namoro que antecedeu o casamento do réu.

Só mais tarde, cerca de três anos depois do casamento do réu é que ambos reataram as relações sexuais, das quais resultou a gravidez da mãe da autora e o nascimento desta em 20 de Agosto de 1954, quando aquela tinha 39 anos de idade, relações que agora recommçaram por o réu a ter começado a perseguir com intuitos sexuais e dada a intimidade, confiança e amizade que entre ambos havia.

Falham, assim, por completo os indicados elementos da sedução da mãe da autora no período da concepção, como falham também os elementos da posse de estado, pois quanto a esta apenas se sabe que as pessoas que conheciam a mãe da autora atribuíam ao réu a autoria da gravidez daquela.

Ficamos, pois apenas em face da prova da filiação biológica ou natural, que resulta da resposta aos quesitos 8.º e 9.º, mas para a procedência da acção não basta tal prova.

A lei exige também as condições da admissibilidade da acção enumeradas no artigo 1860.º porque há sempre um certo risco na prova da filiação biológica.

Como escreveu o eminente Prof. Alberto dos Reis, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 81.º, pág. 371, «a procriação é, por enquanto, um mistério fisiológico que escapa à indagação directa, imediata e absolutamente segura. A prova de que o pretenso pai teve relações com a mãe do investigante e de que as não

teve com qualquer outro homem está longe de poder dar a certeza de que o autor é filho do réu.

Quanto à prova da fidelidade da mulher, essa é que deixa muito a desejar.

O facto negativo — a mãe não teve relações sexuais com qualquer outro homem — estabelece-se geramente sobre provas que não oferecem segurança alguma; apioa-se neste vago dizer: nunca constou que ela tivesse relações com outro».

Na ausência, pois, das condições de admissibilidade da acção invocadas pela autora, a acção não podia deixar de improceder.

Mas será inconstitucional o artigo 1860.º, como julgou a primeira instância e pretende a autora?

A resposta não pode deixar de ser negativa.

Invoca a autora em abono da sua tese o disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 13.º, o n.º 1 do artigo 33.º e o n.º 4 do artigo 36.º da Constituição.

O artigo 13.º diz-nos, nos seus dois números que «todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei».

E que «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social».

O n.º 1 do artigo 33.º preceitua, por seu turno, que «a todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida e familiar».

E o n.º 4 do artigo 36.º, que «os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação».

Daqui resulta que nenhuma destas disposições tem qualquer relação com a investigação da paternidade ilegítima, não atingindo por isso, de forma alguma, aquele artigo 1860.º que não prejudica qualquer direito constitucional, mas unicamente teve a preocupação de estabelecer a necessária e aconselhável margem de segurança na investigação de uma paternidade que exactamente por ser ilegítima se processa de uma forma por via de regra sempre difícil de aprender e decretar com segurança.

Nesse sentido decidiu já este Supremo Tribunal no seu acórdão de 2 de Maio de 1975, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 247, pág. 164.

Por último há a acrescentar ainda que não tem qualquer viabilidade o pedido constante da alínea b) das conclusões da alegação da autora — suspensão da instância até à aprovação da Assembleia da República da reforma do Código Civil, uma vez que esta não pode deixar de ser considerada nesta acção.

É que falhou a previsão da autora, pois tal reforma, já aprovada e publicada — Decreto-Lei n.º 496, de 25 de Novembro último — não é aplicável às acções pendentes nos tribunais à data da sua entrada em vigor (1 de Abril de 1978 — artigo 176.º); muito menos àquelas que, como esta, terminaram ou terminarão antes daquela data.

Sendo de salientar que aquela reforma do Código Civil não considerou inconstitucional o artigo 1860.º, pois que como expressamente se diz no seu relatório — n.º 31 — se é certo que na investigação da paternidade desapareceram os pressupostos de admissibilidade da acção, tal como aquele artigo os delimitava, eles reaparecem, todavia, em boa parte, como presunções de paternidade. Só com a diferença que a prova que deles resulta pode ser afastada por dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado (artigo 1871.º).

O que insofismavelmente mostra o acerto das decisões que julgaram não ser inconstitucional o artigo 1860.º

Pelo exposto, nega-se a revista, mantendo-se a decisão recorrida.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 14 de Fevereiro de 1978.

José Iharco Alvares de Moura (Relator) — Oliveira Carvalho — Francisco Bruto da Costa — Rui de Matos Corte-Real — Aníbal Aquilino Ribeiro (Vencido pelas razões que seguem. Prescrevendo o artigo 293.º, n.º 1 da Constituição da República «que o direito anterior se mantém desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados» e ainda à norma de aplicação directa e imediata quanto aos preceitos imperativos e não meramente programáticos, considero que a partir de 25 de Abril de 1976 (começo da vigência da Constituição) a disposição do artigo 1860.º do Código Civil (redacção originária) se encontra afectada pelos artigos 36.º, n.º 4, 13.º, n.º 1 e 2, e 33.º, n.º 1 (no seu conjunto) da Lei Fundamental. O Decreto-Lei n.º 496/77 que altera o Código Civil no sentido da adequação determinada pelo n.º 3 do artigo 293.º citado, evidencia esse acerto ao eliminar os pressupostos de admissibilidade da paternidade (artigo 1860.º rev.) para em seu lugar estabelecer presunções ilidíveis da paternidade biológica (artigo 1871.º).

Cabia, por isso, conhecer da inconstitucionalidade da referida disposição do Código Civil e recusar a sua aplicação na medida em que é contrária aos princípios insitos nos artigos mencionados da Constituição. Nesta sequência, seria de conceder a revista, julgando-se a acção procedente, dados os factos constantes das respostas aos quesitos 8.º e 9.º — provarem a existência da filiação biológica que a recorrente reivindica).

ANOTAÇÃO

No acórdão transcrito, as duas secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça julgaram um recurso sobre

matéria de investigação de paternidade ilegítima, numa acção a que se applicava o Código Civil anterior à Reforma de 1977.

Não foram, por certo, as questões que se levantam em torno dos conceitos de posse de estado ou da sedução que mobilizaram a atenção do plenário das secções cíveis — foi antes o problema da inconstitucionalidade (?) do art. 1860.º do Código Civil. Também esta anotação vai ocupar-se exclusivamente, deste problema.

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o artigo 1860.º do Código Civil anterior à Reforma de 1977 não contém disciplina que viole algum direito ou princípio consignado na Constituição de 1976. Daí que tenha aplicado a norma ao caso *sub judice*.

Creio, todavia, que o problema merece mais alguma atenção; e, a meu ver, o art. 1860.º é inconstitucional — ele viola os direitos à identidade e à integridade pessoais, e contraria o princípio da igualdade entre os filhos.

*
* *
* *

Os direitos à identidade e integridade pessoais terão um conteúdo rico e complexo, e poderão suscitar-se dificuldades para determinar os seus limites. Não pode duvidar-se, porém, que esses direitos protegem o interesse fundamental de localização no sistema global de parentesco; com efeito, embora a sociedade não esteja hoje organizada com base nas relações de família, o sistema de parentesco, assente sobre o matrimónio e a descendência, releva ainda sob múltiplos aspectos. Cada indivíduo encontra, ao nascer, um lugar determinado na sua família ampla e, pelo mero facto do nascimento, estabelecem-se vínculos sociais e jurídicos com vários sujeitos. Trata-se de saber quem fica obrigado a alimentar o novo membro, quem fica onerado com o dever de lhe transmitir o património da cultura, quem pode vir a esperar

dele um auxílio preferencial, quem tem de dar ou vai receber os presentes, quem fica impedido de casar, quem vai herdar, quem vai responder por ele, etc. A especificação destas obrigações depende da localização da pessoa no sistema. Afinal, são estas as razões que justificam a criação de mecanismos jurídicos para investigar a progeneritura, por iniciativa particular e, também, oficiosa.

A localização social de um novo membro é determinada pela descendência biológica, apesar de alguns desvios mais ou menos patentes que não cabe aqui apreciar.

Por outro lado, é ao sistema jurídico que compete reconhecer a localização de cada indivíduo.

Daqui resulta que, para a ordem jurídica, o problema está em provar o vínculo biológico sendo certo que, pela natureza das coisas, é mais difícil provar a paternidade do que a maternidade; todavia, *o reconhecimento da descendência é sempre, e só, uma questão de prova da relação biológica.*

O art. 1860.º do Código Civil anterior à Reforma de 1977 não se bastava com a prova da relação biológica de paternidade: exigia, cumulativamente, a prova de uma das condições de admissibilidade previstas nas alíneas a) a e). Nestas condições, podia dar-se como assente um dos pressupostos e, todavia, não se atingir a prova da descendência; e, pelo contrário, acontecia ser patente o vínculo biológico sem que o sistema o reconhecesse, por falta da prova do pressuposto. Dir-se-ia que a prova do vínculo biológico carecia de uma ratificação que se buscava na prova de alguns dos «pressupostos».

A razão apresentada para esta exigência cumulativa e estereotipada está no interesse em garantir uma «necessária e aconselhável margem de segurança» na investigação de uma paternidade «difícil de apreender e de decretar com segurança». Creio, porém, que esta cautela especial não é necessária nem aconselhável para a decisão justa das investigações.

A exigência especial e cumulativa não é necessária pois que, se a lei a não impusesse, nem por isso a apreensão da paternidade deixava de ser possível e segura. Na verdade, e em primeiro lugar, conhecem-se vários casos em que foi possível crer, com um grau de «certeza moral» suficiente, na paternidade do investigado, e em que a acção só não procedeu porque não se logrou fazer prova de algum dos pressupostos. Em segundo lugar, a segurança da decisão está sempre garantida pelas regras gerais sobre a distribuição do ónus da prova — o juiz só decreta a paternidade jurídica quando o autor cumpre, sem margem para dúvidas, o ónus de provar a re'ação biológica, sujeitando-se à livre apreciação do tribunal, nos termos gerais. A exigência suplementar do art. 1860.º não é necessária. isto é, não é condição legal necessária para que o tribunal possa formar um juízo, e um juízo seguro, sobre a paternidade biológica.

Pode também dizer-se que a disciplina da lei não é aconselhável. Para além de não ser uma condição necessária para se decretar a paternidade com segurança, pode imputar-se a esta exigência cumulativa e estereotipada a responsabilidade por decisões de improcedência manifestamente injustas. Refiro-me às decisões de improcedência nas acções de investigação em que o tribunal, embora realmente convencido da existência do vínculo biológico entre o autor e o réu, não pôde estabelecer a paternidade só por não ter sido feita a prova de qualquer das «condições da acção». A estes casos deveria acrescentar-se a cifra ignorada das abstenções, isto é, dos pleitos que nunca chegaram a ser intentados por faltarem meios de prova da condição de admissibilidade, embora porventura abundasse a prova da filiação.

Estas consequências do nosso regime de investigação da paternidade eram tanto mais chocantes quanto aproveitavam, em certas hipóteses, ao progenitor mais calculista e indigno: àquele que nunca dispensou ao filho qualquer tratamento de pai e assim evitou preencher os requisitos da posse de estado ou do escrito do pai; ou

àquele que abandonou a mulher na altura da gravidez e frustrou a prova da convivência notória.

Numa palavra, o regime modificado pela Reforma de 1977, a pretexto de garantir uma segurança na decisão que os termos gerais do ónus da prova e do livre convencimento também poderiam proporcionar, cobrava um preço que muitos filhos terão pago com a falta de reconhecimento jurídico. Era um sistema desnecessário e desaconselhável.

Creio que a disciplina do art. 1860.º, em vez de garantir condições para a justa decisão da causa, servia o interesse do réu na improcedência e constituía um resto da antiga prevalência da vontade do progenitor.

A perfilhação já foi o único processo de reconhecimento jurídico admitido e, assim, ficava ao arbitrio do progenitor a assunção do estatuto de pai. Este regime quadrava bem com a ideia de que a filiação fora do casamento era um mal infamante para o progenitor e uma ofensa ao sistema moral dominante baseado no casamento. A inadmissibilidade da acção de investigação constituía a maior defesa do pai natural e significava que não era reconhecido ao filho o interesse fundamental do estabelecimento da paternidade.

O interesse do filho na descoberta da ascendência e da sua localização social veio a ser afirmado progressivamente, a partir dos finais do século passado — como o seu interesse em impugnar a paternidade marital ou o direito de ser tratado com benignidade — e os sistemas jurídicos latinos organizaram a acção de investigação da paternidade. O regime desta acção que, em princípio, era proibida, nunca deixou de acolher a vontade arbitrária do progenitor; com efeito, as condições da sua admissão excepcional significavam um princípio de aceitação da paternidade (DE PAGE) — quer porque o réu dispensava actos de tratamento como pai, quer porque escrevera a sua convicção de paternidade, quer porque convivera maritalmente com a mãe do autor. (Só o rapto

se explicaria, também, por uma razão de castigo sobre um infractor que subtraíra a mulher à autoridade sob a qual ela se encontrava). Deste modo, a verificação do pressuposto de admissibilidade era indispensável, mesmo quando a filiação se poderia provar, ou se provava mesmo, por outro meio qualquer; *é que a verificação do pressuposto tinha pouco a ver com a prova da relação biológica e com a segurança da decisão, e interessava mais como a expressão de uma certa vontade concordante do progenitor.*

Pode dizer-se que o regime típico da acção de investigação da paternidade — nos sistemas latinos e, concretamente, no Código Civil de 1966 — não tutelava ainda p'entemente o interesse do filho, pois o direito de acção resultava de um compromisso entre o direito que assistia ao filho de conhecer a ascendência e o interesse do progenitor em se furtar à responsabilidade sempre que não tivesse manifestado, pelo seu comportamento, algum princípio de aceitação do estatuto de pai.

Pode, assim, concluir-se, tanto pelas consequências injustas atrás enunciadas como pela razão que explica o sistema do art. 1860.º, que esta norma não promove, e antes impede, a tutela franca e plena do interesse de localização social, isto é, de um dos aspectos mais relevantes do direito à identidade e à integridade pessoais do filho, direitos consignados na Constituição da República de 1976. Sendo certo que estes direitos estão consignados sem restrições, a norma que lhes diminua o alcance ou lhes comprima a efectivação contraria a disciplina constitucional e, por isso, não deve ser aplicada pelos tribunais.

*
• •

O art. 1860.º do Código Civil anterior à Reforma de 1977 viola o princípio da não discriminação dos filhos

nascidos fora do casamento (Const. da Rep., art. 36.º, n.º 4).

O princípio da não discriminação quer significar que os filhos nascidos fora do casamento não podem ficar submetidos a um regime que os desfavoreça relativamente aos filhos de pais casados, isto é, a um regime que não tutele os seus interesses até onde a diversidade das condições de nascimento o permitir (PEREIRA COELHO). Com este sentido, o princípio da igualdade não proíbe que a lei estabeleça um tratamento diferente, desde que a diferença não envolva uma intenção de desfavorecer. O exemplo mais flagrante da mera diferença de regime pode encontrar-se em matéria de estabelecimento da paternidade. A paternidade jurídica resulta da paternidade biológica e, portanto, é a aquisição desta que releva; todavia, enquanto o filho nascido dentro do casamento não precisa de fazer qualquer diligência no sentido de estabelecer a sua paternidade — que resulta automaticamente da presunção legal — o filho nascido fora do casamento não beneficia da presunção e tem o ónus de provar o vínculo biológico. Porém, esta diferença apreciável resulta linearmente das circunstâncias típicas em que o nascimento ocorre, num e noutro caso — enquanto, segundo as regras da experiência e da normalidade, o filho nascido dentro do casamento tem como pai, provavelmente, o marido da mãe, já o mesmo juízo de probabilidade não é possível nas situações típicas de nascimento fora do matrimónio. Daqui resulta que o filho nascido fora do casamento não beneficie da inversão do ónus da prova e que, portanto, seja diverso o regime de aquisição da paternidade biológica. A diferença de regime, porém, não limita o direito de investigar, não exige mais do que a prova da filiação biológica, e diz respeito somente à repartição do encargo probatório.

Poderia supor-se, como faz o acórdão transcrito, que o art. 1860.º do Código Civil anterior à Reforma de 1977 se limita a estabelecer uma dessas diferenças que não contrariam o princípio da não discriminação. Porém,

o art. 1860.º não se limita a respeitar a diversidade das situações típicas ou, no caso concreto, a tirar consequências da dificuldade da prova do vínculo biológico — o art. 1860.º *proíbe* a prova da paternidade, quando se não verifique uma das condições taxativamente previstas, sem dar, sequer, ao autor, a possibilidade de tentar convencer o tribunal e de suportar o regime comum da improcedência que se liga ao ónus de uma prova não conseguida. Ou seja, da dificuldade da prova tira-se a consequência de se proibir a acção.

Nestas condições, enquanto o filho nascido dentro do matrimónio não tem de suportar entraves legais ao estabelecimento da paternidade, o filho nascido fora do matrimónio, no sistema do art. 1860.º, tem de arcar com a dificuldade de prova inerente às situações típicas do nascimento extra-conjugal — o que seria aceitável — e, além disso, tem de provar alguma das circunstâncias taxativamente enunciadas pelo legislador, sob pena de não ter o direito de investigar.

Trata-se de mais do que de uma simples diferença nos meios de acesso à verdade biológica; *trata-se de ter ou não ter o direito de provar a paternidade biológica e obter o reconhecimento jurídico* — uns filhos tinham este direito e outros viam-no limitado, consoante eram filhos nascidos dentro ou fora do casamento. Isto significa um tratamento desfavorável de uma categoria de filhos e, salvo melhor opinião e conforme escrevi atrás, o desfavor serve os interesses do progenitor «ilegítimo», ao arrepio da tendência moderna que vai no sentido da maior protecção dos interesses do filho.

•
•

Pelas duas razões invocadas — ofensa dos direitos à identidade e à integridade pessoais e ofensa do princípio da igualdade — o art. 1860.º do Código Civil anterior à

Reforma de 1977 é inconstitucional e não deve ser aplicado pelos tribunais.

A Reforma de 1977, por isso, modificou o regime da investigação: hoje, o filho nascido fora do casamento pode agir para estabelecer a sua paternidade sem que a lei lhe imponha outra prova que não seja a da filiação biológica (art. 1869.º); para este efeito pode alegar quaisquer factos e orientar livremente o seu esforço probatório.

Em certos casos, porém, a situação de facto leva a considerar provável a paternidade do investigado; demonstrada alguma dessas situações taxativamente enunciadas pelo novo art. 1871.º, a paternidade investigada presume-se e, assim, o autor beneficia de uma inversão do ónus da prova — escusa de provar a filiação biológica, e é o réu que tem de, ao menos, suscitar «dúvidas sérias» acerca dela (art. 1871.º, n.º 2).

Essas hipóteses em que a paternidade se presume, de acordo com o novo art. 1871.º, são parecidas com aquelas outras que vinham definidas pelo art. 1860.º Porém, como se vê, o valor que a lei lhes atribui hoje é muito diferente do valor que o Código Civil lhes conferia: assim, enquanto hoje constituem factos operativos de presunções legais, desonerando o autor do esforço probatório, segundo o art. 1860.º serviam como condições de admissibilidade que agravavam a posição do investigante — este tinha de provar não só o facto constitutivo do estado de filho — a paternidade biológica — mas também algum dos pressupostos de admissão do pleito.

Por outras palavras, as circunstâncias definidas pelo art. 1860.º, uma vez provadas, abriam excepcionalmente a investigação em que o autor tinha de demonstrar também a paternidade biológica; diferentemente, as circunstâncias definidas pelo art. 1871.º, embora tenham a mesma fisionomia daquelas, servem para facilitar uma investigação que é sempre admitida e fazem presumir o facto constitutivo da paternidade jurídica.

Esta diferença é nítida, embora o Supremo Tribunal tenha entendido que a reforma do Código Civil pouco

alterou — se interpreto bem as últimas afirmações expressas no texto do acórdão. O conselheiro vencido, Aquilino Ribeiro, percebeu a enorme distinção e não confundiu as antigas condições de admissibilidade com as novas presunções legais; isto para além de ter votado pela inconstitucionalidade do art. 1860.º e, a meu ver, bem.

Dez. 1978.

GUILHERME DE OLIVEIRA