

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da

Família

Ano 17 - n.º 34 - 2020
Publicação Semestral

Sumário

Doutrina

	Págs.		Págs.
Guilherme de Oliveira		Thais N. Cesa e Silva	
<i>Novas manifestações da vontade no casamento e na parentalidade.....</i>	5	<i>O convívio familiar do maior acompanhado: desenvolvimento da personalidade e a resposta do instituto da alienação parental</i>	93
João Paulo Remédio Marques		Daniel Morais	
<i>O regime de bens e o exercício de direitos sociais relativamente a quota de sociedade comercial – em particular a legitimidade para requerer inquérito judicial por parte do (ex) cônjuge de sócio</i>	25	<i>Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória – a herança ex re certa: o legado por conta da quota</i>	103
Rossana Martingo Cruz		Recensão	
<i>O encarregado de educação: algumas notas a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de novembro de 2016 [Proc. n.º 389/14.4TMMAR.E1]</i>	57	Paula Távora Vítor	
Gabriela Cruz Amato Teixeira		<i>“La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes”, de Adrián Arrébola Blanco, Reus, Madrid, 2019.....</i>	135
<i>A vinculação das decisões administrativas aos princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente</i>	71	Estatuto Editorial da Lex Familiae	137

NOVAS MANIFESTAÇÕES DA VONTADE NO CASAMENTO E NA PARENTALIDADE

Guilherme de Oliveira

Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: *Depois uma época longa e tradicional em que o casamento era a única opção para uma convivência “legítima” e a parentalidade (ao menos a partir de 1977) assentou na verdade biológica, a vontade dos cidadãos passou a ter maior relevância, tanto no que diz respeito ao vínculo de convivência, quanto no que toca à constituição de vínculos de parentalidade.*

Palavras-chave: *Casamento; união de facto; efeitos do casamento; divórcio; parentalidade; biologismo; vontade; parentalidade socioafetiva*

Abstract: *Traditionally, marriage has been the only way to maintain a legitimate relationship; and parentage (at least since 1977) has been grounded in a biological bond. Nowadays, citizens free will became able to alter the social and legal terms of intimacy, and biology is no longer the exclusive criterion to ground legal bonds of parentage.*

Keywords: *Marriage; cohabitation; marriage legal effects; divorce; parentage; biologism; free will; sociological/affective parentage*

Parte 1 — Novas influências da vontade no casamento

A. Optar entre casamento e união de facto

Talvez seja exagero dizer que há uma opção entre o casamento e a união de facto, em muitos países; e seguramente não há opção em Portugal. Na verdade, para se dizer com rigor que os interessados poderiam fazer uma escolha, seria necessário que os regimes legais em alternativa fossem iguais ou muito parecidos — por vezes usa-se a expressão “casamento A e casamento B”. Ora, o que se encontra é uma variedade de regimes da união de

facto que vão de uma quase ausência de efeitos até à equiparação (rara) com o casamento; sendo que talvez a maioria se encontre a meio do caminho, reconhecendo mais efeitos jurídicos do que em Portugal, mas ainda mantendo uma distinção clara relativamente ao casamento, e exija uma formalização através de um registo.

Porém, a verdade é que há um número crescente de casais que evitam o casamento e preferem a união de facto, movidos, certamente, pela ausência de certos constrangimentos tradicionais do regime matrimonial e pela facilidade de dissolução da união. E este facto mostra diferenças relativamente ao que se passava antigamente. Quero dizer que, há várias dezenas de anos, conforme os países, quem queria estabelecer uma convivência íntima e duradoura tinha apenas disponível a via do casamento; a união informal, mais do que não ter eficácia jurídica — sequer uma eficácia protetiva nas situações de crise — era socialmente mal vista.

Hoje, tendencialmente, os sistemas jurídicos acompanham a tolerância social em relação ao fenómeno e acrescentam lentamente o corpo de normas que se referem à união de facto, ainda que mantenham distâncias relativamente ao matrimónio. Pelo menos nesta medida, os interessados no estabelecimento de uma convivência íntima e duradoura já podem optar entre um estatuto e outro, de acordo com a sua vontade.

B. Converter a união de facto em um casamento, e vice-versa

Ao lado da opção inicial que referi, a jurisprudência começa a mostrar casos em que os conviventes transitam, com grande liberdade, entre o estado de casado e o estado de união de facto, e vice-versa.

No processo n.º 306/19.5T8PRD.P1, terminado em 25 de junho de 2019, no Tribunal da Relação do Porto, duas pessoas casadas catolicamente pediram o divórcio por mútuo consentimento, apresentando os acordos apropriados, com exceção do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais. A ausência deste acordo fundamentou-se na circunstância de os pais tencionarem continuar a viver em conjunto, na mesma casa, com a filha menor. O ministério público deu parecer desfavorável à homologação dos acordos e ao prosseguimento da causa, não só porque faltava o acordo essencial para a sua apreciação, mas também porque, no seu juízo, as partes “certamente” visavam algum objetivo patrimonial não confessado e estavam a fazer um uso fraudulento do processo.

O caso foi remetido para o tribunal, onde o juiz aceitou a argumentação dos cônjuges e decretou o divórcio; o ministério público recorreu para a Relação do Porto.

O Tribunal da Relação do Porto aceitou a decisão anterior. Baseado na verificação das alterações sofridas pelo casamento e pelo divórcio, e encarando pacificamente o novo estatuto crescente da união de facto, afirmou que: “... se duas pessoas que vivem em união de facto têm toda a liberdade para a qualquer momento converter o seu relacionamento afetivo em casamento, porque não conceder a possibilidade inversa a quem esteja casado de transformar o seu relacionamento afetivo em mera união de facto, desconstruindo-o, e re-

correndo para tal efeito à figura do divórcio por mútuo consentimento”. Por outro lado, quanto à regulação das responsabilidades parentais, afirmou também que “... se os progenitores continuam a viver na mesma casa em união de facto e economia comum não há necessidade de proceder a tal regulação”. E quanto à suspeita formulada pelo ministério público sobre a eventualidade de os interessados estarem a fazer um uso fraudulento do processo, o Tribunal da Relação recordou, em primeiro lugar, que “... as partes não são obrigadas a revelar o motivo que as levou ao divórcio” e, em segundo lugar, que “... [os] propósitos patrimoniais que o Min. Público imputa às partes eles não passam de meras conjecturas, sem qualquer indício de comprovação”.

O divórcio foi decretado por mútuo consentimento, os interessados não interromperam a vida em comum e passaram a viver em união de facto.

No proc. n.º 01782/17.6BEPRT, terminado em 9 de julho de 2020, no Supremo Tribunal Administrativo, pedia-se o pagamento de uma pensão de sobrevivência. A autora esteve casada durante vários anos com o beneficiário, divorciou-se deste por mútuo consentimento em 25 de fevereiro de 2015, continuou a viver com o beneficiário, sem interrupção, até à morte dele, em 31 de outubro de 2016. A questão principal que se discutiu foi a de saber se podia reconhecer-se efeitos a uma união de facto que — alegadamente — tinha durado menos de dois anos; ou se podia somar-se ao tempo da união de facto todo o tempo anterior do casamento entre as mesmas pessoas. O STA concluiu, em resumo, que o tempo da união de facto devia somar-se ao tempo anterior que resultava até de “uma situação jurídica bem mais forte do que a união de facto”; que esta soma mostrava a estabilidade da união, pressuposto da pensão de sobrevivência; e atribuiu a pensão requerida.

O que importa, neste momento, é que o STA encarou a transição entre os dois estatutos com plena tranquilidade^{1 2}.

C. Afastar efeitos do casamento

A tradicional imposição de deveres aos cônjuges tem sofrido uma grande erosão, sobretudo no momento em que se alega uma falta de cumprimento desses deveres — seja para fundamentar uma pretensão de divórcio baseado na culpa (hoje em desuso progressivo, e mesmo eliminada em Portugal), seja para requerer uma indemnização por incumprimento culposo (hoje excluída em alguns sistemas jurídicos). Mas a questão que agora me interessa é anterior às que mencionei: é a questão de saber se os nubentes, ou os cônjuges, podem afastar liminarmente alguma das obrigações que se encontrem expressas na lei, ou possam estar implícitas num dever geral de manter uma comunhão de vida.

a) A hipótese de se afastar diretamente algum dos deveres concretos e expressos é, como se compreende, altamente duvidosa do ponto de vista da sua legalidade; outra coisa diferente será adotar uma prática contrária à lei com a previsão de, num futuro de crise, evitar as reações desfavoráveis, confiando no abrandamento da coerção associada aos comandos tradicionais.

¹ Quanto a outros problemas que o acórdão suscita, veja-se a excelente anotação de Francisco Manuel de Brito Pereira COELHO, *União de facto subsequente ao divórcio. Divórcio simulado*, in «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 150.º, n.º 4024, set-out, 2020, p. 25-48.

² Vem a propósito recordar que, em face da questão jurisprudencial de saber se o tempo de facto anterior ao casamento entre as mesmas pessoas podia somar-se para o efeito de contabilizar os 4 anos necessários à capacidade para a adotar, a lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, confirmou a legitimidade dessa soma dos tempos (cfr. o art. 1979.º, n.º 6). E certamente que a estabilidade que se procura não deixa de se verificar se o movimento for ao contrário — se os candidatos casados tiverem passado a viver em união de facto.

Pode admitir-se como mais verosímil estabelecer ou praticar a omissão de um comportamento que tradicionalmente coubesse na vivência matrimonial, sempre que o sistema jurídico aceite a densificação progressiva e variável de um conceito amplo de “comunhão matrimonial” (p. ex., § 1353, n.º 1, BGB e arts. 215, n.º 1 e 108, n.º 1, CCiv fr). Foi assim que os tribunais alemães já discutiram (seriamente) se um marido poderia manter uma outra mulher dentro da morada da família. Estava em causa a possibilidade de afastar a “exclusividade” da vida matrimonial; os tribunais decidiram que a presença de uma segunda mulher violava o dever de coabitação exclusiva³. E foi certamente por uma razão semelhante que o código civil francês substituiu a antiga expressão “dever de coabitação” pela expressão atual de “comunidade de vida”, em 1975⁴.

Finalmente, dou nota de um movimento já qualificado como *Living Apart Together* (LAT) que exprime a realidade de duas pessoas viverem em grande proximidade e intimidade, embora mantenham as suas respetivas residências anteriores — fenómeno que parece ser mais frequente entre pessoas mais velhas. Na verdade, essas pessoas não pretendem casar, nem sequer viver em união de facto; mas a expansão do fenómeno, aparentemente com sucesso prático, pode sugerir a mesma prática às pessoas que preferem efetivamente casar.

b) Recentemente, a lei n.º 48/2018, de 14 de agosto⁵, alterou o art. 1700.º (aditando o n.º 1 al. c) e o n.º 3, permitindo aos nubentes (que esco-

³ GLENDON, Mary Ann, *The Transformation of Family Law*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1989, p. 934.

⁴ François TERRÉ, Charlotte GOLDIE-GENICON, Dominique FE-NOUILLET, *Droit Civil, La Famille*, 9.e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 153-4.

⁵ Para um comentário mais desenvolvido ao Projeto de Lei pode ver-se o meu artigo *Notas sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de berdeiro legal)*, acessível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-781-XIII-.pdf>

lham ou estejam sujeitos ao regime da separação de bens) que afastem reciprocamente o direito à sucessão legitimária⁶.

A Lei quis dar satisfação a um interesse conhecido desde sempre — o interesse de evitar que os casamentos causem a dispersão dos bens de uma linha familiar consanguínea, através da sucessão por membros de outra linha familiar. Porém, desde meados do século XV que estes pactos renunciativos foram eliminados do direito português, mais por imposição dos juristas do que dos cidadãos comuns. Por estranho que pareça, foram agora restabelecidos (aliás com escassa ponderação) numa época em que o perigo da dispersão fundiária é claramente menos importante, dadas as alterações entretanto verificadas na composição da riqueza — que assenta hoje mais em valores mobiliários, na formação profissional e na capacidade de ganho.

Note-se, também, que a “exposição de motivos” da lei afirma que esta não pretende “proceder a uma revisão da filosofia subjacente ao regime sucessório do Código Civil...”, mas, afinal, faz uma alteração radical. A posição sucessória do cônjuge, em 1977, correspondeu à ascensão da família conjugal em desfavor da família consanguínea, e o cônjuge sobrevivente passou a ocupar o primeiro lugar na lista de sucessíveis (art. 2133.º), tornou-se herdeiro legitimário (art. 2157.º), foi dispensado de colação (art. 2104.º, n.º1), beneficiou de uma garantia de receber a quarta parte da herança em concorrência com quatro filhos ou mais (art. 2139.º, n.º 1), teve direito a “atribuições preferenciais (arts. 2013.º-A e segs.), e manteve o apanágio do cônjuge sobrevivente (2018.º). Na verdade, esta alteração de 2018 significa um regresso na posição do cônjuge sobrevivente, na medida em que permi-

te eliminar a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge; sem ponderar, simultaneamente, o estatuto de herdeiros legitimários dos descendentes ou dos ascendentes. Por outro lado, num domínio (sucessão legitimária) em que a autonomia privada tinha um lugar muito modesto (cfr., p. ex., o art. 2163.º), a renúncia em vida passa a ser permitida por acordo dos cônjuges — introduzindo deste modo a faculdade de escolher numa área que foi sempre garantida pela sua natureza de ordem pública, indisponível.

Também aqui, portanto, um dos efeitos mais importantes do casamento — a condição de herdeiro legitimário do cônjuge sobrevivente — passou a estar dependente da vontade⁷.

D. Sair do casamento cada vez mais facilmente

Nos passados anos sessenta, a questão de saber se deveria admitir-se o divórcio — o divórcio litigioso e o divórcio por mútuo consentimento — era um assunto muito debatido e, em geral, embora com diferenças importantes, as leis e a doutrina de vários países limitavam consideravelmente a possibilidade de dissolver o casamento. Porém, já então F. M. Pereira Coelho se pronunciava no sentido de que o divórcio devia ser admitido, mesmo nos casamentos católicos, embora ainda pusesse sérias reservas ao divórcio por mútuo consentimento, pois o simples acordo dos cônjuges, sem revelação da causa ou das causas do seu desentendimento, podia ser fruto de precipitação.

Muitos anos decorridos, a admissão do divórcio (litigioso e por mútuo consentimento) é por assim dizer consensual, e o segundo corresponde a uma prática social generalizada. Sobretudo a partir

⁶ Deixo de parte, neste momento, o art. 1707.º-A que também foi adotado pelo mesmo diploma de 2018.

⁷ E de uma vontade que não só é manifestada num momento em que se pode questionar a real autonomia dos declarantes (ou de algum deles), e que pretende ter eficácia porventura muitos anos depois, apesar de ocorrerem alterações compreensivas da vida matrimonial.

dos anos setenta do século passado, as legislações têm feito caminho no sentido de que o divórcio fosse permitido onde quer que se verificasse uma situação de rutura, e que a lei não condicionasse a relevância dos factos que a indiciassem.

Mas, apesar disso, foram subsistindo condicionamentos ou limitações de vária natureza ao direito de pedir o divórcio. Em Portugal, até 2008, o divórcio litigioso podia ser pedido com fundamento em violação de qualquer dos deveres conjugais enumerados no art. 1672.º CCiv, mas a lei exigia ao requerente a prova de que a violação fora “culposa” e “grave”, no sentido de que tinha “comprometido a possibilidade da vida em comum” (art. 1779.º, n.º 1); além disso, a sentença devia declarar qual fora o cônjuge culpado, ou principal culpado no caso de ter havido culpas dos dois (art. 1787.º), o que tinha uma relevância considerável. O divórcio litigioso podia também ser pedido com fundamento em rutura da vida em comum, nos termos do art. 1781.º, mas só nos casos previstos, e corridos os prazos fixados, nas quatro alíneas deste artigo — prazos que a Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, abreviou. Relativamente à separação de facto dos cônjuges, vale a pena notar que era de seis anos o prazo estabelecido pela Reforma de 1977, a qual, por sua vez, já abreviara o prazo exigido na “Lei do Divórcio” de 1910, que era de dez anos.

No que se referia ao divórcio por mútuo consentimento, a Reforma de 1977 suprimiu o requisito de uma idade mínima dos cônjuges (25 anos) para estes poderem requerer o divórcio; mas, em contrapartida, subiu de dois para três anos o prazo exigido de duração do casamento e, inspirando-se na legislação francesa, condicionou o decretamento do divórcio por mútuo consentimento à homologação judicial de acordos dos cônjuges sobre as suas mais importantes sequelas (prestação de alimentos

ao cônjuge que deles carecesse, exercício do poder paternal relativamente a filhos menores e destino da casa de morada da família). Mais tarde, a Lei n.º 47/98 deixou de exigir qualquer prazo de duração do casamento, dispondo que o divórcio por mútuo consentimento podia ser requerido pelos cônjuges “a todo o tempo”, uma solução raramente admitida nas legislações; mas, em tudo o mais, manteve o instituto como a Reforma de 1977 o conformara, nomeadamente o condicionamento do divórcio à homologação de acordos dos cônjuges sobre as matérias referidas no n.º 2 do art. 1775.º CCiv.

Depois da Reforma, uma alteração significativa nas leis do divórcio foi a do Decreto-lei n.º 131/95, de 6 de junho, que aprovou o novo CRegCiv e veio permitir que o divórcio e a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento fossem requeridos e decididos nas conservatórias do registo civil, se o casal não tivesse filhos menores ou, se os tivesse, o exercício do poder paternal já se achasse judicialmente regulado.

Em seguida, o Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, transferiu dos tribunais para as conservatórias do registo civil a competência decisória em diversas matérias, como a conversão da separação de pessoas e bens em divórcio e a reconciliação dos cônjuges separados, e alterou o regime do divórcio por mútuo consentimento, ainda no mesmo espírito de facilitação do divórcio. O processo de divórcio por mútuo consentimento passou a ser da competência exclusiva das conservatórias do registo civil (só no caso de conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento é que corria no tribunal), e eliminou-se a segunda conferência, com nova tentativa de reconciliação dos cônjuges, prevista na legislação anterior.

Finalmente, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, eliminou a possibilidade de o divórcio ser

pedido com base na violação culposa dos deveres conjugais enumerados no art. 1672.º CCiv, afastou a “declaração de culpa” que o tribunal era obrigado a fazer, em suma, eliminou a relevância da culpa na dissolução do casamento. Esta Lei manteve a via da constatação de rutura do casamento — conservou a relevância das três causas determinadas previstas no regime anterior, embora reduzindo os prazos para um ano; e acrescentou uma causa indeterminada [art. 1781.º, d)]. A rutura (objetiva) do casamento tornou-se a única via de dissolução “litigiosa”.

No que se refere ao divórcio por mútuo consentimento, a Lei n.º 61/2008 consagrou-o como a via preferida, menos traumática, e facilitou o recurso a ela na medida em que a falta de algum dos acordos complementares, ou a sua não homologação, não determina o indeferimento do pedido de divórcio por mútuo consentimento, mas apenas que o processo corra no tribunal, onde o juiz decidirá o que os cônjuges não conseguiram acordar⁸.

Estes dados mostram que os condicionamentos e limitações ao direito de pedir o divórcio foram caindo um a um, em nome de um irrestrito “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” que não tolerará qualquer desses condicionamentos e limitações.

Em resumo, a evolução que agora se apresentou mostra, quanto ao divórcio por mútuo consentimento, o desaparecimento progressivo dos *requisitos de maturidade* que assentavam na idade dos cônjuges e/ou na duração do casamento; os *requisitos de convicção*, que impunham um período de reflexão, traduzido pela necessidade de renovar o pedido dentro de um certo prazo; e os *requisitos de*

responsabilidade, que obrigavam os cônjuges a atingir os acordos complementares sobre os alimentos, a casa de morada e o destino dos filhos, sob pena de o pedido ser indeferido. Quanto ao divórcio litigioso ou sem consentimento de um dos cônjuges, a evolução mostra, primeiro, a coexistência de uma via baseada na violação culposa dos deveres conjugais ao lado de uma via assente na rutura objetiva do matrimónio e, segundo, o movimento para a consagração de uma via única, fundada na rutura definitiva do casamento por qualquer motivo.

Parte II — Novas influências da vontade na parentalidade

A. As transformações da reforma de 1977

A reforma de 1977 significou uma alteração enorme no quadro jurídico português, *no sentido do critério biologista*. Creio que este movimento foi adequado, por duas razões. Em primeiro lugar, o sistema queria afastar-se do direito anterior que impunha a “norma” do casamento e penalizava qualquer outra forma de convivência tanto nas relações horizontais como nas relações verticais, contra os ventos que sopravam dos países considerados mais evoluídos; o sistema de 1977 queria tornar-se mais igualitário. Em segundo lugar, o fundamento biológico, além de ser forte e compreensível por si próprio, estava a beneficiar da chegada de meios de prova práticos e seguros que haviam de modernizar, por várias formas, as ações de filiação.

Quanto à **maternidade**, a acentuação da verdade biológica notou-se principalmente na eliminação da perfilhação pela mãe: a maternidade passou a resultar do facto do nascimento, e a ser estabelecida por uma simples indicação da identidade da mãe (art. 1796.º, n.º 1).

É evidente que, nesta opção tomada pela lei de 1977, pesou muito a certeza da solução baseada na

⁸ Com a Lei n.º 61/2008, o Direito português seguiu de perto os *Principles on Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, elaborados pela *Commission on European Family Law* (CEFL), (em que eu tive o privilégio de participar) e aproximou-se da maioria dos sistemas jurídicos europeus.

gestação e no parto; uma certeza que ainda hoje resiste bem à ampliação da prática da transferência de óvulos que pode suscitar a tensão entre o valor da maternidade genética (da mulher que fornece o óvulo) e o valor da maternidade gestacional (da mulher que tem o parto).

A determinação jurídica da **paternidade**, por sua vez, continuou a respeitar a máxima antiga *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, mas a impugnação da paternidade do marido passou a seguir o regime geral da “prova do contrário”, baseada em qualquer facto e sujeita às mesmas práticas de convicção judicial (art. 1839.^o). A negação da paternidade resulta serenamente da demonstração de que o marido é alheio à concepção.

Por outro lado, os filhos nascidos fora do casamento têm liberdade para investigar a paternidade, ora provando diretamente o facto biológico da progenitura, ora beneficiando de presunções que traduzem a probabilidade de o réu ser o progenitor (art. 1869.^o e segs.). Em ambos os casos, o esforço probatório exigido deixou de exprimir quaisquer preconceitos antigos para passar a ser racional e proporcionado.

B. O critério biologista nem sempre é indiscutível

Deve notar-se que o critério biológico da parentalidade — que tomou a primazia no direito português, em 1977 — não é isento de problemas.

a) Por um lado, quanto à maternidade, com o decurso do tempo, tornou-se fácil a **doação de óvulos**. Isto significa que um filho pode nascer com a contribuição genética total de uma dadora e com a contribuição gestacional de uma outra mulher que vem a ter o parto. O privilégio do parto na definição de quem é a mãe (adotado pela reforma de 1977) continua a ser sedutor, pela tradição

milénar e pela simplicidade da prova; mas não pode excluir-se que algum dia se venha a alegar que a participação genética, do ponto de vista biológico, é superior à contribuição da gestação; e, sendo assim, quem sabe se chegaremos a ter de ponderar se a escolha do parto, como critério imperativo, é indiscutível.

b) Também se notariam dificuldades se se pretendesse aplicar o critério “biologista” no âmbito da **gestação de substituição**. De facto, tecnicamente, a gestação por conta de outrem tanto pode ser prestada por uma mulher que insemina o seu próprio óvulo como pode ser suportada por uma mulher que recebe um embrião resultante da fecundação de óvulo alheio — designadamente que pertença à mulher que encomenda a gestação. Então, se fosse considerando apenas o fundamento biológico da maternidade, ou não se saberia escolher entre a contribuição do património genético e a gestação, ou poderia escolher-se a prevalência da contribuição do património genético, que é mais determinante para o filho, ainda que o valor da gestação seja cada vez mais conhecido e apreciado.

Qualquer que seja a configuração concreta sobre a origem do material genético, em cada caso, o critério biologista não seria apto para ditar uma escolha clara da “maternidade legal”⁹.

Vem a propósito referir o desvio que resulta dos casos de gestação de substituição mais vulgares onde, se tudo se passar como estiver combinado, a mulher que gera e tem o parto não é, afinal, a “mãe legal”. Na verdade, o regime excecional que os países preveem determina um desvio à regra de que a

⁹ Em Portugal, a mãe legal era a mulher que encomendava o filho, ao menos na regulação que esteve em vigor antes do ac. do TC n.º 225/2018, de 24 de abril; no UK, a mãe legal começa por ser a gestadora substituta, que depois transfere o seu estatuto através de uma *parental order* — cfr. J. HERRING, *Family Law*, 9.th ed., Pearson, 2019, p. 574.

maternidade repousa sobre o parto para, afinal, ser atribuída à mãe que encomenda a gestação — quer ela seja mãe genética quer não seja.

c) Por outro lado, nos casos raros em que está presente uma **doença mitocondrial**, a mulher que dá o óvulo e gera a criança até ao parto beneficia de uma doação de um óvulo de terceira (um óvulo que perderá o seu núcleo e em que será implantado o núcleo do óvulo da mulher que quer ser mãe. Esta troca de núcleos permite que o material genético determinante (que se encontra no núcleo) será da mulher que gera, mas o citoplasma da célula reprodutora será o da mulher dadora, contendo as mitocôndrias (geradoras de energia) sem anomalias, e garantindo a ausência das doenças que se querem evitar com esta intervenção. O pequeno problema reside no facto de haver quem pense que esta participação da segunda mulher significa uma contribuição genética de uma terceira pessoa mas, na verdade, a participação dela é modesta — em palavras sem rigor, a doação do óvulo pela segunda mulher apenas visa fornecer um “gerador de energia” capaz de garantir que a transmissão genética esperada da mãe se processe sem acidentes. Ou seja, a intervenção da segunda mulher não desvaloriza o papel da primeira no que diz respeito à transmissão hereditária, que provém apenas desta.

d) Hoje, o “biologismo” começa a denotar uma nova fragilidade no âmbito do que se chama o método **RoPa (Reception of oocytes from partner)**, segundo o qual uma mulher gera embriões resultantes da inseminação de óvulos da sua companheira, casada ou em união de facto. O método não tem novidade do ponto de vista técnico porque, afinal, é apenas uma fertilização *in vitro* de óvulos de uma dadora, com sémen anónimo fornecido por um banco; porém, a dadora tem uma relação de matri-

mónio ou de união de facto com a recetora. Desse modo, segundo as regras gerais, a mulher que prossegue a gestação e tem o parto será a mãe; a segunda mulher pretende ser a segunda mãe, e invoca, para este efeito, a qualidade de prestadora do material genético materno.

e) Do ponto de vista da paternidade, a presunção tradicional que atribui a responsabilidade ao marido da mãe (eventualmente alargada ao companheiro em união de facto) continua a ser o método mais prático e seguro; na verdade, costuma dizer-se que a experiência comum mostra que os maridos (e os companheiros) são os progenitores dos filhos das mulheres com quem vivem. No entanto, os progressos da genética (das consultas genéticas para os mais variados fins) têm mostrado números consideráveis de “**descobertas inesperadas**” — quando os médicos verificam que os maridos ou companheiros não são os progenitores. Afinal, os vínculos matrimoniais e as uniões de facto não são tão seguros como pareciam para demonstrar a paternidade dos filhos; digamos que a biologia também sofre aqui os seus percalços.

f) Por outro lado, embora os sistemas proclamem o critério biologista da paternidade com grande ênfase, **as leis não parecem importar-se** assim tanto com as certezas biológicas: na verdade, se fizessem realmente questão de que os “pais legais” fosse os progenitores, poderiam mandar fazer testes científicos para todos os recém-nascidos; mas não se faz isso em parte alguma. É claro que, apesar de esse rastreio ser possível hoje em dia, seria caro, demorado e intrusivo na vida das famílias. É razoável admitir que traria mais problemas do que aquele que visava resolver.

g) Por último, vale a pena fazer uma observação quanto ao valor do critério biológico, tanto

para a determinação da maternidade quanto para a atribuição da paternidade. A observação é esta: **durante a infância do filho** — e do ponto de vista deste — *pouco importa que o papel de mãe ou de pai seja desempenhado pelos progenitores*¹⁰. O que importa ao filho é receber a prestação de cuidados fisiológicos, higiênicos e afetivos, por parte de um número limitado de pessoas que ele reconheça. A verdade é que, ao contrário dos adultos, a criança não tem qualquer noção sobre o vínculo biológico que está — ou não está — presente nos prestadores de cuidados.

C. Um critério alternativo — a vontade de ser mãe ou pai

a) Já vão sendo usados outros critérios para a definição da parentalidade. Na verdade, vários sistemas jurídicos dão relevo à **vontade de assumir um estatuto parental**.

Pode referir-se, desde já, o exemplo antigo do *instituto da adoção* (arts. 1586.º, 1972.º e segs., e RJPA). É claro que, neste regime, não há lugar para seguir um fundamento biológico da maternidade ou da paternidade; apenas a vontade de ser mãe ou pai, e o compromisso de assumir as responsabilidades correspondentes.

Não vale a pena desenvolver comentários acerca deste instituto sobejamente conhecido. Mas talvez seja oportuno formular a pergunta: por que razão os números das adoções decretadas em cada ano têm descido, em vez de subirem, como seria de esperar em correspondência com os múltiplos esforços legislativos dos poderes públicos? Na verdade, a tendência parece clara, ora nas adoções internas, ora nas adoções internacionais. Procuram-se explicações para esta queda. Quanto às adoções nacionais, continua a ser mencionada a longa duração

do processo e alguma alegada intimidação gerada pelos inquéritos preparatórios dirigidos aos candidatos. Quanto à descida das adoções internacionais, a razão parece encontrar-se nas maiores exigências feitas pelos países que tradicionalmente autorizavam as saídas das suas crianças para o estrangeiro.

Talvez seja altura de investigar se a adoção — quer nacional quer internacional — está a suportar mal a concorrência do aumento regular da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida. Na verdade, a percentagem dos nascimentos devida à prática da PMA cresce em todos os países de que temos habitualmente notícia; e cresce também em Portugal — 2,5% em 2013, 3% em 2016, 3,2% em 2017¹¹.

b) Em alguns raros sistemas jurídicos (França, Itália, Luxemburgo), a lei que exige um reconhecimento formal da maternidade permite que a parturiente não o faça quando não quiser assumir o seu estatuto, omitindo assim a revelação da sua identidade no momento do parto ("*nascimento sob X*"); o objetivo sempre repetido é o de impedir que a grávida interrompa a gravidez ou mate o filho, se se sentir obrigada a levar a gravidez a termo, sem o desejar e sem ter as condições mínimas para o sustentar.

É certo que, em França¹², desde 2009, o filho não está impedido de investigar a maternidade; e o pretense pai tem o direito de requerer ao procurador da república que descubra a data e o lugar do registo do nascimento. Porém, na prática, nenhum deles terá sucesso, sobretudo porque a criança é remetida para adoção num prazo muito curto, e o decretamento do vínculo impedirá o estabeleci-

¹¹ CNPMA, *Atividade desenvolvida pelos Centros de PMA em 2017*, 2020, p. 6, acessível em https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Documents/RelatoriosAtividadeEmPma/RELATORIO_ATIVIDADE_PMA2017.pdf

¹² Cfr. François TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, Dominique FENOUILLET, *Droit Civil, La Famille*, 9.e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 603-621.

¹⁰ GOLDSTEIN *et. al.*, *apud* J. HERRING, *ob.cit.*, p. 359-60.

mento da filiação.

O regime mostra, portanto, que a mãe tem legitimidade para não querer assumir o seu estatuto; e aqui se encontra um caso em que a filiação fica dependente da vontade dela — a filiação materna e, note-se, também a filiação paterna, porque o pai não conseguirá identificar o filho para o perfilhar.

O regime enfrenta censuras porque erige a vontade como critério da filiação — torna os vínculos disponíveis contra todo o sistema. Também suscita dúvidas sobre o esclarecimento e a liberdade da decisão da parturiente, no momento em que a manifesta. Cabe ainda discutir se o regime discrimina o pai — na verdade se há maternidade sob X, não há paternidade sob X. Acresce que este regime contraria todo o movimento no sentido do direito do filho ao conhecimento das origens — o filho pode pretender essa informação, mas só a receberá se a mãe autorizar.

Como proposta conciliatória¹³, já se defendeu uma alteração do regime que garantisse o anonimato durante a menoridade do filho, e que permitisse o conhecimento da identidade da mãe, depois da maioridade, sem que fosse estabelecida a filiação ou sem que se realizassem contactos que mãe não autorizasse. Afinal, seria um regime semelhante ao que vale para os dadores de gametas, em PMA.

O sistema italiano segue um regime semelhante (D.P.R. n.º 396/2000, art. 30.º, n.º 1) e, portanto, dá lugar às mesmas dúvidas. Notam-se diferenças no ponto em que o Tribunal Constitucional já declarou a ilegitimidade que resulta de o filho adotado não ter ao menos a possibilidade de mandar interpelar a mãe, atingidos os vinte e cinco anos, tentando que ela levante o segredo; e no ponto em que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se

pronunciou no mesmo sentido¹⁴.

c) Um outro exemplo de respeito pela vontade individual quanto ao estabelecimento da filiação — em contraste com a regra geral da tradução jurídica dos factos biológicos — encontra-se no regresso da antiga “roda dos expostos” (p. ex. Alemanha¹⁵, Bélgica, EUA¹⁶), em que as mulheres podem depositar os recém-nascidos em instituições preparadas para este efeito, reservando segredo sobre o facto. Afinal, esta é apenas uma variante do sistema do anonimato das mães, de origem francesa.

Na verdade, na Alemanha, as regras gerais aplicáveis à proteção do estatuto familiar das crianças e ao estabelecimento da filiação não se alteram; designadamente, é nomeado um tutor (§ 1773 II BGB) que terá por obrigação procurar os progenitores. Mas, em termos práticos, torna-se impossível atingir esse objetivo. A criança acabará por ser adotada, e este vínculo dificilmente poderá ser revogado (cfr. o § 1761 BGB). Assim, a deposição do recém-nascido na “roda” traduz-se no anonimato da mãe, que compromete a declaração verdadeira dos elementos que devem ser registados; designadamente, impossibilita a descoberta das origens e, deste modo, desconsidera a proteção do direito a conhecer os pais (cfr. o art. 7.º, n.º 1 da Convenção dos direitos da criança) e o direito à proteção da vida privada e familiar da criança (cfr. o art. 8.º da Convenção europeia dos direitos humanos)¹⁷.

¹⁴ Cfr. Michele SESTA, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 7.ª ed., Padova, Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 441.

¹⁵ Cfr. Nina DETHLOFF, *Familienrecht*, 31. Auflage, Muenchen, C.H. Beck, 2015, p. 313-6.

¹⁶ Cfr. <https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/safehaven.pdf>

¹⁷ Julgo que, do ponto de vista do direito da família e do registo civil, os procedimentos não são muito diferentes do nosso “registo de abandonados”. A grande diferença reside no âmbito penal, pois o abandono do recém-nascido está previsto no código penal português

¹³ IDEM, p. 620, nota 3.

d) Recentemente, segundo a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que alterou a Lei n.º 32/2006, o direito português reconheceu a **dupla maternidade**, fundada na vontade de assumir o estatuto de mãe. Na verdade, quando uma mulher recorre a inseminação com dador (ou a fertilização *in vitro* correspondente), a mulher que está casada com ela ou que vive em união de facto com ela pode consentir no projeto maternal e, neste caso, assume um estatuto igual de mãe (art. 20.º, n.º 1)¹⁸. Note-se que, tal como o marido da mãe no caso mais antigo, esta consequência assenta na simples manifestação da vontade de participar no recurso às técnicas de PMA, ao lado da mãe biológica.

e) Se o art. 8.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que alterou a Lei n.º 32/2006, estivesse em vigor¹⁹, no caso de a mulher recorrer à **gestação de substituição** (art. 8.º LPMA), seria considerada a mãe jurídica da criança, sendo que o fundamento desta maternidade jurídica seria a sua vontade de iniciar um projeto parental, tudo contra a regra geral de que a maternidade resulta do facto do nascimento, isto é, do parto.

Note-se, até, que a doutrina discute as hipóteses em que o contrato fosse nulo. E se a solução mais óbvia seria a de desconsiderar o valor do contrato (por este ser nulo) e aplicar a regra geral —

como crime (art. 138.º CPen), enquanto na Alemanha traduz-se apenas em uma contraordenação prevista na *Personenstandsgesetz*, § 70, punida com uma coima.

¹⁸ No Brasil, alguns tribunais têm admitido a dupla maternidade resultante de inseminação caseira — cfr. <https://ibdfam.org.br/noticias/8148/Justica+reconhece+dupla+maternidade+de+bebê+concebido+por+inseminação+caseira+>

¹⁹ O art. 8.º desta Lei veio admitir a gestação de substituição, em casos excepcionais, e regulou vários aspetos controversos. O acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral deste art. 8.º e, por consequência, foi repristinada a versão primitiva da Lei que proibia os acordos de gestação de substituição.

a mãe seria a mulher que teve o parto — alguns autores²⁰ entendem que a criança deveria ser logo entregue à mãe que a encomendou, que teve a vontade de ser mãe e, portanto, cuidaria dela com mais interesse do que a mulher que gerou a criança com o alegado propósito de a entregar depois do parto.

f) Também constitui uma manifestação da vontade no domínio do estabelecimento da filiação a admissibilidade do recurso à PMA por **mulheres que querem ser mães sozinhas**, isto é, com recurso a um dador de esperma e sem determinação de qualquer paternidade. A Lei n.º 32/2006 aceita esta vontade — para além de aplicar a regra geral de que o dador nunca é pai (art. 21.º LPMA), afasta a averiguação oficiosa da paternidade (art. 20.º, n.º 3, LPMA). O filho não terá um pai porque esta é a vontade da mãe.

g) Outros países exigem que **a mãe** (ou *aquele que perfilhou em primeiro lugar*) **aprove o reconhecimento da paternidade** (ou o segundo reconhecimento) fora do casamento (Alemanha, Itália).

Na Alemanha²¹, alega-se que o assentimento da mãe respeita a ligação íntima que a liga ao filho, pressupõe que ela sabe melhor do que ninguém quem é o progenitor, que a mãe começa por ser mais afetada do que o filho pelo reconhecimento pois até aí ela é a única detentora das responsabilidades parentais. A mãe atua no seu próprio interesse, e a recusa do assentimento é peremptória, deixando apenas aberto o caminho de uma investigação da paternidade.

Deve notar-se, porém, que o reconhecimento visa constituir o vínculo jurídico com o progenitor,

²⁰ J. Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2020, p. 231, e C. Pamplona CORTE-REAL/J. Silva PEREIRA, *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. Lisboa, AAFDL, 2011, p. 245.

²¹ Nina DETHLOFF, *ob. cit.*, p. 286.

isto é, procura-se a verdade biológica — e por isso é que não está afastada a ação de investigação de paternidade. O assentimento pretende servir, em primeiro lugar, como garantia de que o perfilhante é o progenitor, e não outro homem qualquer; portanto, a intervenção do assentimento não visa, nestes casos, uma substituição do critério do “biologismo” pelo da vontade.

Na Itália²², o consentimento é exigido àquele que perfilhou em primeiro lugar, sendo o filho menor de catorze anos. O objetivo é semelhante ao que se prossegue na Alemanha, mas parece entender-se a declaração como feita em nome e no interesse do menor por aquele que é o melhor intérprete deste interesse. Havendo recusa, o segundo perfilhante pode recorrer para o tribunal que, salvo casos raros, substitui o recusante e viabiliza o reconhecimento.

Ao contrário do sistema alemão (segundo uma corrente mais recente) entende-se que a negação do assentimento pelo primeiro perfilhante pode afastar a eficácia do reconhecimento pelo segundo progenitor — definitivamente e em casos excepcionais — quando o prejuízo esperado para o interesse do filho seja proporcional ao sacrifício do direito do progenitor ao estatuto da parentalidade^{23 24}.

²² Michele SESTA, *ob. cit.*, p. 339-40.

²³ ZACCARIA, 3.^a ed., Padova, Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 579.

²⁴ Pode ser tentador acrescentar, neste momento, uma referência ao regime do art. 1832.º: a mulher casada pode fazer cessar a paternidade presumida do marido através de uma simples negação, no momento da declaração de nascimento. Esta faculdade é conhecida desde a reforma de 1977, com a diferença de que, numa fase inicial, o conservador suspendia o processo de registo, e a mulher pedia ao tribunal uma sentença baseada num processo breve que autorizava o conservador a aceitar a negação da mulher casada; numa fase seguinte, o processo passou a correr na conservatória do registo civil; atualmente, basta a referida declaração da mãe.

Este regime podia sugerir que a mulher casada podia simplesmente opor-se à atribuição da paternidade ao marido, ainda que ele fosse o progenitor. Mas não é assim. Na verdade, o art. 1832.º, n.º 6, manda aplicar o regime do “renascimento da presunção de paternida-

de” previsto pelo art.1831.º sempre que — resumindo — haja indícios de que o marido é o pai biológico. Portanto, o regime mantém-se submetido ao critério biológico da paternidade.

h) Também são conhecidos sistemas onde o **próprio filho** é chamado a assentir no reconhecimento. Evitam-se, deste modo, reconhecimentos interesseiros, e que podem prejudicar gravemente os interesses do filho que já esteja instalado numa realidade familiar conveniente.

Na Alemanha, impõe-se a aprovação pelo filho maior; e ainda a aprovação do filho menor quando a mãe morreu ou não exerça as responsabilidades parentais (§ 1595 II). A obstrução por parte da mãe pode dar lugar a um estabelecimento judicial da paternidade — o que mostra, de novo, que não se substitui o critério biologista pela relevância da vontade.

Na Itália, quanto ao filho maior de catorze anos, vale um regime semelhante — porém, com o valor de que a obstrução do filho pode acabar por impedir a aquisição, pelo perfilhante, do estatuto parental, em casos ponderosos.

Em Portugal, a perfilhação de filho maior ou de filho pré-defunto carece de eficácia antes do assentimento do perfilhado ou dos seus descendentes maiores ou emancipados (art. 1857.º). Isto é, os titulares do direito de assentir pode entender que a perfilhação é inconveniente por várias razões — por chegar depois de o pai se ter furtado aos encargos como desenvolvimento do filho, por emanar de um indivíduo de tão fracas qualidades que acabará por diminuir o crédito público do filho, por ser muito provável a destruição do ambiente familiar em que este tem vivido, etc.; e pode imaginar-se até que o filho esteja seguro de que o perfilhante não é o progenitor. Em suma, a vontade do filho maior pode paralisar a eficácia do reconhecimento voluntário. E é claro que não será intentada qual-

de” previsto pelo art.1831.º sempre que — resumindo — haja indícios de que o marido é o pai biológico. Portanto, o regime mantém-se submetido ao critério biológico da paternidade.

quer ação de investigação... que já só o filho poderia desencadear; a verdade é que, se este mudar de ideias quanto ao estabelecimento da paternidade, bastar-lhe-á manifestar o seu assentimento à perflilhação que tem permanecido ineficaz.

No nosso país, portanto, a vontade do filho maior pode primar sobre a “verdade biológica” — e este regime é bastante antigo²⁵.

Também são relativamente antigas as dúvidas que manifestei quanto ao facto de a lei proteger o interesse do perflilhado maior ao mesmo tempo que deixou o perflilhado menor totalmente entregue à determinação da verdade biológica (incluindo através de uma averiguação oficiosa do vínculo)²⁶. Embora a proteção do filho maior se possa compreender em virtude de já se ter consolidado, em grande medida, a sua personalidade individual e social, também “o filho menor, pela sua dependência física e emocional, pode ser muito prejudicado por uma alteração do seu estatuto, pela agressão afetiva que resulta da intervenção de um novo progenitor desconhecido, inesperado e inoportuno. Quando o moderno direito da família erigiu o interesse do filho em princípio capital de ordenação deve ter pensado, sobretudo, nos menores — e, se assim foi, o nosso direito protege afinal o interesse menos importante (o do filho maior) enquanto esquece o interesse do menor, que seria mais digno de tutela jurídica”²⁷.

i) Ainda a propósito do reconhecimento voluntário, deve observar-se que as perflilhações cons-

cientemente falsas — *perflilhações de complacência* — costumam admitir uma impugnação com legitimidade ampla e sem prazo de caducidade, em homenagem a um biologismo estrito (cfr. o art. 1859.º). Porém, há quem comece a fazer uma distinção entre perflilhações de complacência e “*perflilhações de conveniência*”²⁸, notando que nas primeiras se prossegue o interesse do filho, na medida em que se quer assumir um estatuto parental; enquanto nas segundas o perflilhante pretende uma vantagem estranha às relações de família (p. ex. um visto de residência). O Tribunal Supremo de Espanha, em 15 de julho de 2016, abriu a porta a esta distinção quando afirmou que a atitude do perflilhante de complacência não podia ser considerada ilícita porque não pretendia estabelecer uma relação adotiva; e também não podia ser considerada ilícita num ordenamento que constituía vínculos jurídicos que tinham por base doações de gametas anónimos; nem sequer imoral, pois as perflilhações de complacência eram frequentes e não suscitavam repúdio social. Afinal, estas perflilhações, segundo o TS, satisfiziam bem os interesses de todos²⁹.

Neste quadro, poderia ser adequado reservar o regime de impugnação “aberta” para aquelas últimas declarações “simuladas” (p. ex., do art. 1859.º), admitindo uma impugnação mais “fechada” para as primeiras — p. ex., apenas pelo filho, embora a todo o tempo. Se esta tendência for penetrando nos sistemas jurídicos, dar-se-á mais estabilidade ao vínculo que uma vez nasceu com base na mera vontade do perflilhante.

É justo reconhecer que a aceitação eventual e futura das perflilhações de complacência não fará

²⁵ Pode perguntar-se se a eficácia de uma declaração tardia da maternidade (que acontecerá em casos raros) (cfr. o art. 1806.º) pode ser evitada nas mesmas condições em que se obsta aos efeitos de uma perflilhação tardia. A verdade é que, no nosso regime, a maternidade resulta apenas do parto e não há lugar à ponderação dos interesses do filho.

²⁶ Cfr. o meu *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, Biblioteca Geral da Universidade/Almedina (distr.), 1983, p. 409-415.

²⁷ *Idem*, p. 411-2.

²⁸ M.C. QUESADA GONZÁLEZ, *Los retos actuales de la impugnación de la filiación*, in «Asociación de Profesores de Derechos Civil, Retos actuales de la filiación», Madrid, Tecnos, 2018, p. 161-173.

²⁹ *Ob. cit.*, p. 172, nota 166.

mais do que recuperar uma prática social antiga, “uma espécie de tradição popular”. CARBONNIER³⁰ afirmou que a verdade biológica parece ser a «verdade verdadeira», mas «não se concebe um sistema jurídico que, embora não o diga, não conceda um lugar à verdade sociológica, aos hábitos individuais, familiares, sociais [...]. O facto de viver como se o vínculo biológico existisse cria [...] uma comunidade psicológica que pode ser tão forte como a comunidade de sangue [...] que seria pouco realista abalar [...] pois *quieta non movere* é uma das máximas secretas do direito».

Não conheço estatísticas que demonstrem o recrudescimento desta prática antiga; mas há quem afirme que “este tipo de reconhecimentos é bastante habitual na prática, devido sobretudo às transformações experimentadas nos últimos anos e que têm determinado a proliferação de uniões de facto, separações, divórcios, segundos e ulteriores casamentos..., situações que propiciam a convivência de um homem com uma mulher que traz filhos de uma união anterior e que, com frequência, dão lugar a que aquele homem, seja por que razões for, reconheça estes filhos como seus filhos biológicos”³¹.

Na eventualidade de os casos se multiplicarem — e de o sistema jurídico contemporizar com a sua validade ou, pelo menos, reagir com um silêncio tolerante — talvez tenha de ser preciso estar pronto para testemunhar o declínio consequente dos números da adoção, que os reconhecimentos de complacência tenderão a substituir.

j) Finalmente, aqueles que ainda propendem para defender que o pai biológico não tem um de-

ver jurídico de perfilhar e que, portanto, *a perfilhação é um ato livre* (no sentido de ato *arbitrário*), respeitam a vontade de o progenitor fora do casamento assumir, ou não, o estatuto de pai.

Esta ideia era defendida, em Portugal: “(...) embora possa corresponder a um dever de consciência, mergulhado nas raízes da pura ética, o ato de natureza constitutiva, essencialmente complexo, da *perfilhação* não tem por detrás de si nenhum dos *satélites* que acompanham a cauda do cometa do *dever jurídico*. Por mais evidente que seja, e por mais comprovada que esteja, a relação de filiação entre o filho nascido ou concebido fora do matrimónio e o indivíduo que com a mãe o gerou, nenhuma sanção decorre da lei para o facto de ele o não ter perfilhado, podendo livremente fazê-lo. Por isso Carbonnier (...) considera *la reconnaissance* como um ato jurídico essencialmente facultativo”³².

Em Itália, a doutrina maioritária também parece ser a que defende que “o reconhecimento é um ato discricionário e livre (...) não existe, de facto, no ordenamento italiano, uma obrigação jurídica de reconhecer o próprio filho (...) Entende-se, porém, que reconhecer o filho é um dever moral e social”. Mas uma doutrina mais recente sustenta que há um dever jurídico de perfilhar, correspondente à faculdade livre e ampla que o filho tem de propor uma ação de investigação de paternidade, na sequência da consagração constitucional do princípio que lhe garante um acesso pleno a um estatuto familiar semelhante ao dos filhos nascidos do casamento (art. 30.º CREp it); perante esta faculdade aberta para o filho, não tem sentido respeitar uma arbitrariedade do progenitor³³.

³⁰ *Droit Civil*, 11ème éd., t.2, Paris, P.U.F., 1979, p. 317-8.

³¹ Vanessa GARCIA HERRERA, *La impugnación del reconocimiento*, in «Teresa Echevarria de Rada (dir.), Cuestiones actuales de derecho de familia», Madrid, La Ley, 2013, p. 181.

³² Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 235.

³³ ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 3.ª ed., Padova, Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 572.

Defendo, desde há muito³⁴, que pode argumentar-se, com base no nosso sistema legal, em favor da existência de um dever jurídico de perfilhar e do correspondente direito a ser perfilhado.

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. 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.

Note-se, em terceiro lugar, que a defesa do carácter facultativo de perfilhação não pode furtar-se à crítica de estar influenciada por uma concepção demasiado voluntarista dos vínculos de filiação. 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 admissibilidade”. 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 perfilhação 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, trata-se 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? Costuma pensar-se que a dificuldade de prova da paternidade não é compatível com um regime do tipo daquele que os arts. 1803.º e 1804.º preveem³⁵, e por isso é que só o progenitor pode perfilhar; mas daqui não se segue que ele tenha a faculdade de estabelecer ou não es-

19

³⁴ *Estabelecimento da filiação*, Coimbra, Almedina, 1979, p. 109-111.

³⁵ Na verdade, a natureza discreta, ou secreta, da responsabilidade do homem na gravidez não parece autorizar que qualquer pessoa leve ao registo a identificação do pai. Não é que seja convincente a ideia de que só o homem saberá qual é a sua responsabilidade — provavelmente, a mãe soube sempre mais do ele; e, se se recorrer a um teste científico, o ministério público também saberá melhor do que ele.

A legitimidade exclusiva do pai para o reconhecimento extra-judicial da paternidade assenta porventura no receio de que as mães e os filhos sejam tentados a fazer “declarações de paternidade” levianamente ou intencionalmente falsas, aproveitando-se da natureza mais ou menos obscura da participação do homem na fecundação; ao contrário do que

tabelecer a paternidade mesmo nas hipóteses em que esteja seguramente convicto da sua responsabilidade pela procriação. E, aliás, se tiver dúvidas, poderá dissipá-las através de um exame de ADN que é lícito fazer fora de um processo.

l) No âmbito do estabelecimento da filiação com procriação medicamente assistida, há muito tempo que se aceita que o marido da mãe possa assumir o estatuto de pai quando ele é infértil e **a mulher recorre a um dador** de esperma; a paternidade assentará na vontade de assumir o estatuto e não, obviamente, na verdade biológica. Na verdade, segundo o art. 20.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, “Se da inseminação (...) vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada (...)”; e, de acordo com o art. 21.º, “O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela”. Acrescente-se que as normas valem para a fertilização in vitro que envolva a dação de esperma (art. 27.º) e para outras técnicas (art. 47.º).

D. Ainda outro critério alternativo — a parentalidade psicológica, sociológica ou socioafetiva

O critério do vínculo socioafetivo, social, ou da verdade sociológica, também assenta na vontade de assumir um projeto parental. A diferença para o critério simples da vontade que acabei de referir

se passa com as pessoas que indicam a maternidade, porque a natureza “pública” do parto afastará a tentação das fraudes.

E também não deve estar ausente um resto do hábito antigo que via a perfilhação como um ato vontade soberana que, antes de se tornar um ato privado, da esfera do progenitor, pertenceu ao Príncipe ou a Desembargo do Paço (cfr. o meu *Crítério jurídico da paternidade*, Coimbra, 1983, p. 73-9).

está em que, agora, o vínculo socioafetivo assenta em uma vontade que já se desenvolveu na vida real, que já se consolidou no âmbito dos afetos recíprocos entre o filho e a mãe e/ou o pai.

Este fundamento da vontade traduzida em atos de parentalidade tem, no entanto, menor expressão nas leis.

a) Por vezes, a prática de uma parentalidade efetiva **fundamenta a constituição da parentalidade**³⁶.

No direito brasileiro tem grande difusão³⁷. João Batista VILLELA escreveu que “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na capacidade de amar e servir”³⁸. A ideia ampliou-se na doutrina, na jurisprudência e na lei brasileiras. Diz-se que “toda a paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não”³⁹. Em primeiro lugar, sublinhou-se o art. 227.^{o40} da Constituição de 1988, onde se lê que a convivência familiar é a “prioridade absoluta da criança”⁴¹; depois, o código civil de 2002 afirmou “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra

³⁶ Marcel Pagnol já sugeria isto pela voz dos seus personagens em *Fanny*, de 1931 (cfr. *Fanny*, Paris, Éditions de Fallois, 2004, p. 184-5). Referi esta opção no meu *A verdade e a ficção no direito da família*, «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. II, 1976, p. 16, mas, por lapso, mencionei a peça *Marius*, daquele autor.

³⁷ Cfr. o meu *Crítérios jurídicos da parentalidade*, «Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho», Coimbra, Imprensa da Universidade, 2016, p. 271-306, sobretudo p. 279-286.

³⁸ *Desbiologização da Paternidade*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 21, p. 401-419, 1979.

³⁹ Paulo LÔBO — *Socioafetividade: o estado da arte no direito da família brasileiro*, «Revista Jurídica Luso-Brasileira», Centro de Investigação de Direito Privado, FDUL, ano 1, 2015, n.º 1, p. 1743-1759, p. 1751.

⁴⁰ “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolecente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)” (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010).

⁴¹ Paulo LÔBO — *Direito civil — Famílias*, 4.a ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 265; Id. *Socioafetividade...*, cit., p. 1752-3.

origem” (art. 1593.º CCiv br). Entendeu-se a noção de parentesco civil como outra maneira de exprimir a verdade sócio-afetiva, que sustenta os vínculos de parentalidade em três tipos de situações: na adoção, no caso de paternidade do marido ou companheiro da mãe inseminada com esperma de dador (art. 1597.º, n.º V, CCiv br), no caso de posse de estado de filho⁴².

Por outro lado, tem ganho força a ideia de que o conhecimento da paternidade biológica ou da origem genética, possibilitado pelos meios de prova científica, satisfaz um direito fundamental do âmbito do desenvolvimento da personalidade, mas não traduz a verdadeira paternidade, que pertence ao domínio do direito da família, e que é fundamentalmente um facto cultural, afetivo, fundador do “estado de filiação”; “a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas”⁴³.

Com base nestes desenvolvimentos, o direito brasileiro levou a relevância da posse de estado e da paternidade sócio-afetiva até um ponto mais avançado do que se conhecia⁴⁴.

⁴² IDEM, *Direito Civil-Famílias*, cit., p. 207.

⁴³ Paulo LÔBO, *ob.cit.*, p. 227-8. É esta separação entre o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito da família que explica que a Lei n.º 12.010/2009, ao dar nova redação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, admita que o adotado possa conhecer a sua origem genética, sem prejuízo da adoção — Paulo LÔBO, *Socioafetividade...*, cit., p. 1758.

⁴⁴ Deve notar-se que, neste contexto, os tradicionais elementos da posse de estado não terão exatamente o mesmo sentido que têm quando a posse de estado serve de presunção do vínculo biológico. O tratamento (*tractatus*) é a manutenção de relações de cuidado como para um filho (elemento objetivo), mas deve incluir o sentimento de responsabilidade pelo cuidado da criança como faria um pai — que não é desempenho de mera atividade profissional, nem caridade transitória (elemento subjetivo); e a reputação pelo público (*fama*) deve mostrar o aval da comunidade ao compromisso paternal que o homem assumiu — cfr. o meu *Crítério jurídico da paternidade*, Coimbra, BGUC, 1983, p. 445-6.

A doutrina fala de uma “reconfiguração da presunção *pater is est...*”⁴⁵, de tal modo que esta também faz presumir a paternidade do marido da mãe “que age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o genitor biológico”⁴⁶; “(...) pai é o marido ou o companheiro que aceita a paternidade do filho, (...) sem questionar a origem genética, consolidando-se o estado de filiação”⁴⁷.

No caso de nascimento fora do casamento⁴⁸, o filho pode propor uma ação de investigação de paternidade. Porém, nesta ação, “o que se investiga é o estado de filiação, que pode ou não decorrer da origem genética”⁴⁹; daí que a procedência de um exame científico não tem o resultado de o réu ser considerado como pai; apenas lhe dá a qualidade de genitor⁵⁰. Para que a paternidade seja declarada, é preciso que todo “o conjunto probatório” mostre o “estado de filiação derivado dos laços de afeto

⁴⁵ A regra mantém o efeito tradicional de presumir a paternidade do marido, quando a paternidade “não tiver sido constituída por outro modo e for inexistente no registro do nascimento, em virtude da incidência do responsável imputada a quem não a assumiu” — Paulo LÔBO, *Socioafetividade...*, cit., p. 1752; o marido só pode impugná-la por vício da vontade.

⁴⁶ Paulo LÔBO, *Direito Civil-Famílias*, cit., p. 247-8.

⁴⁷ IDEM, p. 221.

⁴⁸ A paternidade pode estabelecer-se por perfilhação; mas o filho menor pode impugná-la, (tenha havido ou não convivência familiar) dentro dos quatro anos posteriores à maioridade (art. 1614.º, CCiv br). É que o filho é livre de aceitar essa paternidade, ou de a recusar.

⁴⁹ IDEM, p. 265. A investigação da paternidade como origem genética decorre de um direito de personalidade de qualquer indivíduo, e não se confunde com o direito da família.

⁵⁰ “1. Se o autor foi registrado pelo marido da sua mãe quando já contava 13 anos e sempre soube que não era filho do pai registral, então essa condição de filho restou consolidada como relação jurídica de paternidade **socioafetiva** que perdurou até o óbito do pai registral, quando já contava 49 anos de idade (...) 4. Não é possível desconsiderar a figura de quem foi sempre o verdadeiro pai do autor, que lhe deu o nome e o sustento, isto é, o amparo material... e moral, bem como o suporte afetivo, ao longo de toda a sua vida, e cujo nome já carrega há mais de cinquenta anos (...) 5. Se o propósito da parte era conhecer o seu vínculo biológico, tal pretensão foi atendida com o exame de DNA realizado”. TJ-RS — Apelação Cível AC 70061424107 RS (TJ-RS), 04/11/2014.

construído na convivência familiar”⁵¹. No mesmo sentido, “a ação [de investigação da parentalidade] não tem somente a finalidade de atribuir a paternidade ou a maternidade ao genitor biológico. Este é apenas um elemento a ser levado em conta, mas deixou de ser determinante. O que se investiga é o estado de filiação que pode ou não decorrer da origem genética”⁵². E ainda “Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica, sem ser afetiva, esta externada quando o filho é acolhido pelos pais, que assumem plenamente suas funções do poder familiar”⁵³.

b) Outras vezes, a prática efetiva da parentalidade *protege as relações constituídas*.

Também no direito brasileiro, *a posse de estado obsta à impugnação da paternidade* pelo marido quando, apesar da inexistência de um vínculo biológico entre o filho e o presumido pai, se estabeleceu “o estado de filiação, de natureza socioafetiva”⁵⁴. Para impugnar a paternidade registrada por força da presunção *pater is est...* o marido tem de “provar não ser o genitor, no sentido biológico (por exemplo, o resultado do exame de DNA) e, por esta razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetiva; e se (ele) foi o próprio declarante perante o registro de nascimento, (tem de) comprovar que ter(á) agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação”.

É duvidoso se o conhecimento superveniente de que o pai não foi o genitor lhe permite impugnar o estado de filho que foi constituído antes. O STJ admitiu que, neste caso, houve vício de con-

sentimento da parte do pai, que justifica a impugnação⁵⁵. Mas Paulo LÔBO discorda e afirma em contrário que, “se forem mais fortes a paternidade afetiva e o melhor interesse do filho, enquanto menor, nenhuma pessoa ou mesmo o Estado poderão impugná-la (...)”⁵⁶; e ainda “O que determina a filiação ou não são esses fatos extraídos da convivência e não a vontade ou consentimento, ou, como foi o caso, o ressentimento ou reação contra a infidelidade do outro cônjuge”⁵⁷.

Por outro lado, a perfiliação é irrevogável, salvo se tiver havido vício de consentimento ou se se demonstrar a total ausência de relação sócio-afetiva entre pai e filho⁵⁸. Segundo o Superior Tribunal de Justiça “(...) mesmo na ausência de ascendência genética, o registro realizado de forma consciente e espontânea consolida a filiação socioafetiva, que deve ter reconhecimento e amparo jurídico”⁵⁹. E em 2007, o STJ brasileiro⁶⁰ já dizia: “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento

⁵⁵ O STJ afirmou, em 06.04.2015: “Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira — acessível em <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/3147/Negatória%20de%20paternidade.%20Filiação%20socioafetiva>.”

⁵⁶ *Direito Civil-Famílias*, cit., p. 248.

⁵⁷ <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5557/STJ+autoriza+desconstituicao+de+paternidade+mesmo+após+cinco+anos+de+convivência>

⁵⁸ “A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente se admite quando existir nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, em face da demonstração de total ausência de relação socioafetiva entre pai e filho”. TJ-RS — Apelação Cível AC 70039828009 RS (TJ-RS), 31/05/2011.

⁵⁹ Caio Mário da Silva PEREIRA, ob. cit., p. 400.

⁶⁰ RECURSO ESPECIAL No 878.941 — DF (2006/0086284-0)

⁵¹ IDEM, p. 266.

⁵² Caio Mário da Silva PEREIRA — *Instituições de direito civil*, vol. V, 22.a ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 412.

⁵³ Rolf MADALENO, *apud* Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 415.

⁵⁴ Paulo LÔBO, *Direito Civil-Famílias*, cit., p. 246.

to. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. (...) O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócioafetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica”.

Em outros países, o exercício efetivo de uma parentalidade tem servido para justificar as restrições previstas para a destruição dos estados parentais constituídos, isto é, para justificar as restrições do direito de impugnar a maternidade ou a paternidade. O critério para justificar as restrições apresenta-se ora como a *proteção de uma vida familiar consolidada* (Alemanha, §1600, n.º 2 e 3 BGB; Suíça, art. 256.º e 259.º CCiv sui), ora como o *respeito por uma posse de estado de filho* que exprime uma realidade socioafetiva (Espanha, art. 140.º CCiv es; França, arts. 333.º e 334.º CCiv fr).

Na Alemanha, as “relações sociais e familiares” entre o filho e o “pai legal” reduzem o leque das pessoas legitimadas para a impugnação da paternidade; e há uma presunção de existência de relações sociais e familiares sempre que o “pai legal” e o filho convivam de um modo duradouro dentro de uma “comunidade doméstica”. A redução dos legitimados significa que o indivíduo que se arroga pai natural e presta juramento de que manteve relações sexuais com a mãe durante o período legal da concepção perde o direito de impugnar que o § 1600, (1), n.º 2, lhe dá; e também significa que, nas mesmas condições, as “autoridades competen-

tes” para impugnar [tal como foram definidas pelo governo do Estado, segundo o § 1600, (6)] perdem aquele direito [§ 1600, (1), n.º 5]⁶¹.

Na Suíça, o filho é um dos legitimados para impugnar a paternidade do marido; mas só pode exercer este direito se os cônjuges deixaram de viver juntos durante a sua menoridade [art. 256.º, (1), n.º 2, CCiv sui]. O filho também pode impugnar a perfilhação nas mesmas condições, ou se o reconhecimento⁶² só ocorreu depois de ele ter atingido os doze anos de idade [art. 259.º, (2), n.º 2, CCiv sui].

Em Espanha, tratando-se de filiação matrimonial, a legitimidade cabe ao marido, ao filho e à mãe, dentro de um ano contado a partir do registo da filiação (art. 136.º e 137.º CCiv es); mas se não houver posse de estado de filho matrimonial, a ação pode ser intentada pelo filho ou pelos seus herdeiros, a todo o tempo (art. 137.º, n.º 4, CCiv es). Quanto à filiação fora do casamento, a legitimidade cabe a todos os que sejam prejudicados pela filiação estabelecida; se houver posse de estado, a legitimidade cabe ao filho, ao pai e aos herdeiros forçosos que sejam afetados, e o prazo é de quatro anos a partir da inscrição no registo e do início da posse de estado (art. 140.º CCiv.es).

Em França, quando uma presunção de paternidade do marido, ou uma perfilhação, é corroborada pela posse de estado de filho com a duração mínima de cinco anos, a ação está reservada para

⁶¹ Note-se que o *Grupo de Trabalho sobre o Direito da Filiação*, constituído pelo Ministério da Justiça alemão, recomenda, em 2017, que o perfilhante consciente de que não era o progenitor não deve poder impugnar a paternidade estabelecida; e que o mesmo regime deveria ser aplicável àquele que conhecia circunstâncias que lhe sugeriam que não era o pai biológico (Recomendações n.ºs 24 e 25, p. 49 e 92) — acessível em https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4

⁶² Que é necessário (em alternativa a uma declaração judicial) quando o casamento ocorreu depois do nascimento do filho (art. 259.º CCiv sui).

o filho, o pai, a mãe ou aquele que se intitula pai real; o prazo para agir é de cinco anos contados a partir da cessação da posse de estado ou da morte do “pai legal” (art. 333.º CCiv fr). Na falta de posse de estado, a ação está aberta a qualquer interessado, dentro de dez anos a partir do início do gozo do estado contestado, com a exceção de que o filho beneficia de dez anos contados a partir da sua maioridade (art. 334.º e 321.º CCiv fr).

Em dois casos excepcionais, o ministério público pode impugnar o vínculo: quando a filiação parecer inverossímil, ou em caso de fraude à lei (o que inclui a fraude quanto às regras da adoção); na falta da previsão de um prazo, recorre-se à regra geral de dez anos a contar do nascimento ou do reconhecimento (art. 321.º CCiv fr).

A intervenção do ministério público era afastada até 1972; desde então, as suas competências têm aumentado, neste particular. Os casos presentes, embora se possam compreender, negam o padrão tradicional de limitação do “biologismo” e da proteção que se conferia à paz da família⁶³.

Conclusões

- a) No que diz respeito ao regime da **nupcialidade** — a afirmação tradicional de que a liberdade de um nubente (principalmente no âmbito pessoal) se resumia a decidir casar ou não casar, e a escolher a pessoa do outro nubente, parece bastante desatualizada. De facto, certas matérias relevantes que cabiam no âmbito da tradicional imperatividade passaram para a esfera da disponibilidade dos interessados.
- b) No que diz respeito ao regime da constituição da **parentalidade**, depois de a reforma de 1977 ter submetido o sistema português aos imperativos da biologia, tem sido dada uma relevância crescente à vontade do exercício da função parental.

⁶³ François TERRÉ; Charlotte GOLDIE-GENICON; Dominique FENOUILLET, 9.ª ed., *Droit Civil-La Famille*, Paris, Dalloz, 2018, p. 665.