

Doutrina

“PROTEÇÃO DA FAMÍLIA CONSTITUÍDA” — PARA ALÉM DAS PALAVRAS

Guilherme de Oliveira

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra
Centro de Direito da Família

Resumo: O Tribunal Constitucional tem invocado, habitualmente, a necessidade constitucional de “proteção da família constituída”. Porém, a lei ordinária não lhe fornece os instrumentos para saber se a família — a relação paterno-filial — realmente existe com uma densidade tal que a torne digna de proteção jurídica, capaz de sobrelevar a procura da verdade biológica.

O regime dedicado à impugnação da paternidade do marido pretende satisfazer o interesse constitucional da “proteção da família constituída”, mas o regime dedicado à impugnação da paternidade do perflhante ignora este valor constitucional; então, pode dizer-se que o direito português trata com desigualdade as famílias fundadas no casamento e as outras famílias, ou seja, parece ofender o princípio constitucional da igualdade entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do matrimónio;

Tendo em conta o problema da eventual inconstitucionalidade dos regimes, e também o número de filhos cuja paternidade se estabelece por perflhação (50,7% em 2015), sugere-se a reflexão sobre um regime novo e unitário, para todos os filhos.

Palavras-chave: Proteção da família constituída; Impugnação da paternidade do marido; Impugnação da perflhação; Princípio da igualdade dos filhos.

“Protection of the constituted family” — beyond the words

Summary: The Constitutional Court has habitually invoked the constitutional need for “protection of the constituted family”. However, ordinary law does not provide the instruments that allow to know whether the importance of effective the paternal-child relationship is of such importance that justifies putting aside the biological truth.

The legal regime dedicated to the challenge of the paternity of the husband intends to satisfy the constitutional interest

of the “protection of the constituted family”, but the regime dedicated to challenge the paternity of the father outside marriage ignores this constitutional value; therefore, it can be said that Portuguese law treats does not treat equally families of married couples and other families. This seems to offend the constitutional principle of equality between children born inside and outside the wedlock.

Taking into account the problem of the possible unconstitutionality of the current legal regimes, and also considering the number of children whose paternity is established by declaration at the civil register office (50.7% in 2015), it is suggested the reflection on a new and unitary regime, for all children.

Keywords: Protection of the constituted family; Rebutting the paternity of the husband; Rebutting the paternity out of wedlock; Principle of equality of children

I. “Proteção da família constituída”

a) “Proteção da família constituída” na investigação de paternidade

A partir de 1988, foi levantado no Tribunal Constitucional o problema da inconstitucionalidade dos prazos de caducidade — primeiro relativamente ao art. 1817.º, n.ºs 3 e 4¹, e depois relativamente ao art. 1817.º, n.º 1². O Tribunal deliberou sempre no sentido da compatibilidade das normas

¹ Ac. n.º 99/88, in DR, II Série, de 22888; ac. n.º 370/91, in BMJ, n.º 409, p. 314 s.

² Ac. n.º 413/89, in DR, II Série, de 15989; ac. n.º 451/89, in DR, II Série, de 2191989; ac. n.º 311/95 (inédito); ac. n.º 506/99, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 44.º vol., p. 763.

com os princípios constitucionais, afirmando que o regime definia aquilo que se devia chamar um condicionamento do direito de investigar, mais do que uma verdadeira restrição; que o regime fazia uma ponderação aceitável dos direitos contrapostos — por um lado, o direito do filho ao reconhecimento da paternidade e, por outro lado, o interesse do pretenso progenitor de não ver protelada uma situação de incerteza, o interesse de não ter de defender-se quando a prova se tiver tornado mais aleatória, e ainda, “porventura, o próprio interesse, sendo o caso, da paz e da harmonia da família conjugal constituída pelo pretenso pai”.

Oportunamente dei a minha opinião³. E continuo a pensar — em resumo — que o filho deve ter *um direito irrestrito para encontrar a sua localização no sistema de parentesco*; e que as restrições ao direito de investigar são contrárias às normas constitucionais.

Entre vários interesses relevantes do possível investigado que se apresentavam, destaco agora, apenas, “o próprio interesse, sendo o caso, da paz e da harmonia da família conjugal constituída pelo pretenso pai”. Esta fórmula surgiu no primeiro momento em que o Tribunal Constitucional deliberou, em 1988; o mesmo interesse continuou a ser referido, em termos aproximados, designadamente no importante acórdão n.º 401/2011, que instalou o regresso à opinião da não-inconstitucionalidade dos prazos previstos, depois de uma época, posterior a 2003, em que floresceu a orientação contrária; e também no acórdão n.º 247/2012.

³ *Caducidade das ações de investigação*, «Lex Familia», ano 1, n.º 1, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2004, p. 7-13.

Mais recentemente, observei a questão sobretudo do ponto de vista do suposto pai — *Caducidade das ações de investigação ou caducidade do dever de perflhar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional*, «Lex Familia», ano 9, n.º 17 e 18, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2012, p. 107-115.

b) “Proteção da família constituída” na impugnação da paternidade do marido

A previsão de prazos de caducidade do art. 1842.º CCiv tem a consequência típica de que, uma vez decorridos os períodos estabelecidos sem que tenha sido exercido o direito de impugnar, a paternidade presumida deixa de poder ser juridicamente contestada; ainda que, porventura, qualquer dos interessados venha a ter dúvidas sobre a verdade biológica do vínculo, ou fique a saber que não há descendência biológica⁴, o estado jurídico adquirido não poderá ser mudado. Dito de outro modo: pode acontecer que os interessados se convençam de que a paternidade não corresponde à verdade biológica mas tenham de viver para sempre onerados com o estatuto jurídico de pai e filho.

Por causa desta consequência típica, também se discutiu se é justo e adequado que a lei preveja prazos de caducidade; ou até se a previsão de prazos de caducidade é compatível com a Constituição da República⁵.

Depois da alteração sofrida pela norma em 2009⁶, o Tribunal Constitucional pronunciou-se várias vezes sobre o problema: os acórdãos n.ºs 24/2009, 446/2010, 39/2011, 449/2011, 634/2011 e 247/2013 pronunciaram-se pela *não inconstitucionalidade* do prazo estabelecido pelo art. 1842.º, n.º 1, al. a); o acórdão n.º 441/2013 pronunciou-se pela *não inconstitucionalidade* do prazo

⁴ Recorde-se que, desde a entrada em vigor do DecretoLei n.º 11/98, de 24 de Janeiro, reorganizando o sistema médicolegal, é permitido recorrer a exames periciais sobre a paternidade, fora de um processo, “no âmbito das actividades” do Instituto Nacional de Medicina Legal [arts. 2.º, al. i), e 29.º, n.º 1].

⁵ Pode ver-se, p. ex. no acórdão n.º 309/2016, que uma coisa é a previsão pura e simples de prazos, e outra coisa é a previsão de um certo prazo, conformado de uma certa maneira.

⁶ Através da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril.

previsto na al. b); e o acórdão n.º 319/2016 pronunciou-se pela *não inconstitucionalidade* do prazo imposto pela al. c).

Neste contexto, os argumentos que foram apresentados para o problema da investigação da paternidade foram facilmente transpostos para o debate sobre a caducidade do direito de impugnar. Assim, o direito fundamental à *integridade pessoal*, sob o ângulo da *integridade moral*, e o direito fundamental à *identidade pessoal* têm sustentado um *direito ao conhecimento das origens* — direitos que, aliás, vêm sendo confortados com a previsão do *direito ao desenvolvimento da personalidade*, que é um direito de liberdade na conformação da própria vida⁷. Ora, no debate sobre a limitação temporal do direito de impugnar também se pode dizer que identidade pessoal, a integridade moral e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade exigem que se afaste a paternidade jurídica que não corresponde a um vínculo biológico e que, portanto, atribui uma colocação errada do filho no sistema do parentesco. E é muito importante sublinhar que, se ficar vedada a possibilidade de impugnar um vínculo que não corresponde à verdade biológica, a paternidade do marido continua a constar do registo e, por consequência, torna-se impossível promover a subsequente investigação da paternidade biológica e satisfazer os direitos fundamentais mencionados⁸.

Para produzir estes resultados, o Tribunal Constitucional tem reconhecido que, para além dos direitos fundamentais mencionados acima, também deve ponderar-se o valor da *proteção da família constituída*⁹, que vai necessariamente sofrer

⁷ Paulo Mota PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Studia Iuridica*, n.º 40, “PortugalBrasil ano 2000”, Coimbra Editora, 1999.

⁸ Como se dispõe nos art. 124.º, n.º 2, CReg Civ e art. 1848.º CCiv.

⁹ O TC também foi sensível às circunstâncias de que, por um lado, os prazos foram alongados pela Lei n.º 14/2009, de 1 de abril; de que,

um abalo em consequência da eventual impugnação (cfr. adiante, II).

c) “*Proteção da família constituída*” na *impugnação da paternidade do perflhante*

Desde 1967 que o regime português consagra a *imprescritibilidade* para todos os legitimados¹⁰; acresce que o círculo de legitimados se estende a todos os que tiverem interesse moral ou patrimonial, e ao ministério público (art. 1836.º, no código de 1967, e art. 1859.º, desde 1977).

Assim, pode afirmar-se que, na lei portuguesa, vale totalmente o direito de fazer coincidir a paternidade jurídica com a paternidade biológica; e não se descortina qualquer preocupação de “proteger a família” do perflhante.

Suponho que o regime da impugnação da paternidade do perflhante nunca foi apreciado pelos tribunais superiores, designadamente pelo Tribunal Constitucional; não podemos imaginar se, perante alguma tentativa de limitar o direito de impugnar através de um prazo de caducidade, o Tribunal também invocaria a proteção constitucional da família — como tem feito — para dar valor à família do perflhante.

II. Para além das palavras

A. *A diferença entre constituição e impugnação de um estado*

Admito que as pretensões de constituição de vínculos novos podem merecer um *regime diferente*

por outro lado, o início dos prazos tem em conta a cognoscibilidade ou o conhecimento de indícios da não paternidade — cfr., p. ex., o acórdão n.º 309/2016.

¹⁰ No código de Seabra, previa-se um prazo de quatro anos para o direito de impugnar que se conferia ao filho menor, contado a partir da maioridade ou da emancipação (art. 127.º); e valia a *imprescritibilidade* para todos os outros legitimados (art. 128.º).

das pretensões de impugnar vínculos existentes¹¹. Por exemplo, se me parece claro que a investigação da paternidade deve ser imprescritível, não me parece tão líquido que a impugnação da paternidade deva ser assim tão livre, para qualquer dos legitimados para a ação. Tal como o regime do divórcio nunca é tão simples como o do casamento — porque o estado de casado que se constituiu gerou efeitos pessoais e patrimoniais que devem ser regulados — assim as impugnações agridem um estado jurídico e social prévio, que pode ter uma duração e uma densidade consideráveis. Isto é: para além dos direitos fundamentais invocados em defesa da localização do indivíduo no sistema de parentesco, que sustenta a procura da verdade biológica, também deve ponderar-se o valor da *proteção da família constituída*, que vai necessariamente sofrer um abalo em consequência da eventual impugnação. De facto, a Constituição da República também protege a família, não só através de garantias específicas descritas no art. 36.º, mas também através de uma garantia geral, expressa no art. 67.º, sobretudo no n.º 1. Assim, a ponderação deste interesse fundamental pode ter a virtude de justificar limitações do exercício do direito de impugnar a paternidade; ou seja, o direito de agir, em vez de ser imprescritível, pode ser confinado dentro de certos prazos, ao menos para algum dos legitimados.

Sinto-me tentado, portanto, a considerar limitações resultantes da “proteção da família”.

B. A “proteção da família constituída” do investigado

A primeira objeção que faço contra a mobilização deste interesse constitucional resulta da circunstância de se prescindir de averiguações sobre a real existência de uma família cuja estabilidade se deva proteger.

¹¹ Como já escrevi no *Curso de Direito da Família*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 139-140.

Na verdade, a defesa deste interesse é dirigida para um universo abstrato de réus; um universo abstrato onde não se cura de saber se o investigado tem uma família (fundada no casamento ou em união de facto) ou não vive em família; se a família que ele tiver, fundada em casamento, mantém laços substanciais ou é apenas uma família formal, mera soma de vidas individuais em separação de facto. Designadamente, os acórdãos do Tribunal Constitucional que admitiram a previsão de prazos e invocam a necessidade de proteger a família — para “segurança para o investigado e sua família” (n.º 401/2011) e para garantia dos “valores da certeza e da segurança jurídicas” (n.º 247/2012) — acabam por enunciar este interesse sem se importarem com a real situação de vida do investigado, isto é, ainda que o investigado viva só, sem família. Apenas nos primeiros acórdãos (de 1988, 1989 e 1991) se reconhecia, “*porventura*, o próprio interesse, *sendo o caso*, da paz e da harmonia da família conjugal constituída pelo pretense pai” (itálico meu) — manifestando a natureza eventual da presença daquele interesse fundamental, embora sem deixar de o invocar.

Em segundo lugar, continuo a não dar relevo jurídico à paz da família — ainda que a família exista de facto — nestas condições. Na verdade, quando não reconheço ao próprio réu uma liberdade não ser considerado pai, ainda menos respeito o interesse que a sua família possa ter de escapar ao incómodo; por outras palavras, a família não pode servir de escudo protetor para que o responsável pela procriação se exima ao dever jurídico de assumir o estatuto que lhe cabe.

Além disto, se se quiser poupar a família do réu ao reconhecimento de um adultério perturbador, também se deve argumentar que a existência de um filho pode ser anterior à constituição da família

conjugal do réu, isto é, o investigante filho não tem de ser um filho adulterino, com a carga disruptiva que esta condição puder ter.

Por fim, também deve ter-se em conta que, mesmo depois de uma investigação de paternidade movida e ganha por um filho adulterino, a lei dispensa uma última proteção à família do pai: o filho adulterino não tem o direito de se “introduzir no lar conjugal” sem o consentimento do cônjuge do investigado (art. 1883.º CCiv); o que pode diminuir o impacto do estabelecimento da paternidade.

Em suma, o que estou a sublinhar é que não parece ter sentido defender uma família abstrata, sem se averiguar se ela existe na realidade, e se a investigação de paternidade é suscetível de lhe causar um dano digno de tutela jurídica. Já é demasiado, que “por uma única razão de segurança jurídica” [da família do investigado seja] “conferida força bastante para eliminar a possibilidade de exercício de uma faculdade que se reconhece pertencer ao núcleo essencial de um direito situado no cerne da tutela constitucional da personalidade — o direito à identidade pessoal”¹²; ainda mais excessivo é argumentar com a segurança de uma família que pode nem existir.

C. A “proteção da família constituída” do marido da mãe

Também neste âmbito da impugnação da paternidade do marido, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 589/2007, 446/2010, 39/2011, 449/2011, 634/2011, 247/2013, e 441/2013 seguiram uma linha constante no sentido da não inconstitucionalidade do art. 1842.º, n.º 1, al. a), ponderando, além dos argumentos que têm sido apresentados para sustentar o valor da procura de

verdade biológica, ainda a “proteção da família constituída”, ou “o interesse geral da estabilidade das relações sociais e familiares e o sentimento de confiança em que deve basear-se a relação paternal, quando se trate de filhos nascidos na vigência do matrimónio”.

Também no acórdão n.º 441/2013, que apreciou a constitucionalidade do art. 1842.º, n.º 1, al. b), se argumenta com a “proteção da família constituída”, mas sem desenvolvimentos do tipo que destaco a seguir.

Para caracterizar melhor o interesse do filho na permanência do vínculo, o acórdão n.º 446/2010 (rel. J. Sousa Ribeiro) sublinha que este interesse estará presente «sobretudo quando o vínculo jurídico tem tradução consistente no “mundo da vida” familiar e social, gerando, como é normal, laços afectivos, a destruição retrospectiva desse vínculo acarreta (ou agrava) a perda de sentido de uma componente nuclear da memória e da historicidade pessoais, da auto-representação de si, por parte de quem é filho».

Por sua vez, o acórdão n.º 309/2016 dedicou-se à apreciação da constitucionalidade do art. 1842.º, n.º 1, al. c), referente ao direito de impugnar que cabe ao filho. A deliberação ponderou, mais uma vez, a diferença que existe relativamente à investigação da paternidade e que assenta na necessidade de “proteção da família constituída”. E, reiteradamente, o texto contém a preocupação de proteger a família que é “suscetível de gerar uma vivência afetiva, familiar e social que não pode deixar de ser considerada no momento em que se pretende ilidir a presunção”; e ainda: “a família constituída entre pais e filhos [é] um espaço de desenvolvimento da personalidade dos seus membros que deve ser protegido pelo Estado e pela sociedade”; e ainda: “Ora, essa relação familiar, que pode ter uma duração e

¹² Voto de vencido de J. Sousa Ribeiro, no acórdão n.º 401/2011.

uma densidade afetiva consideráveis, seria posta em crise se a ação de impugnação de paternidade (...) pudesse ser intentada em qualquer momento”; e ainda: “A extinção a todo o tempo dos laços jurídicos que sejam contrários à verdade biológica desconsidera o interesse do pai presumido em manter uma paternidade que, no quadro de uma família constituída, foi por ele assumida, vivida, como se se tratasse de uma relação biológica”; e por fim: “Quando o vínculo jurídico se traduziu numa real convivência familiar (...) solidificando laços afetivos, o interesse daquele que é tido como pai em perpetuar essa relação não pode ser esquecido (...)”¹³.

As menções que são feitas em alguns dos acórdãos à família real que merece ser protegida são particularmente importantes. Estas afirmações são a expressão de uma preocupação certa, no sentido de que apenas estas famílias reais e densas merecem a proteção que é capaz de paralisar a procura da verdade biológica. Porém, mais uma vez, o regime da lei ordinária não dá guarida à relevância destas realidades; não faz diferença entre as famílias que

existem e as famílias que não existem, e o regime é igual para todas. Deste modo, o prazo de caducidade acaba por ser justificado com a necessidade de “proteção da família constituída” mesmo quando não há uma família real para proteger — apenas um vínculo formal cuja densidade cabe na folha do assento de nascimento. Isto é, o juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade que recai sobre uma norma [no caso o art. 1842.º, n.º 1, al. a) e c)] não averigua a situação concreta em que se encontra a família em causa, para poder valorizar a possível e ignorada tradução do vínculo no “mundo da vida”, na realidade familiar. E por esta razão, o juízo do tribunal apenas toma em consideração a verdade formal, constante do registo civil, e não do mundo real.

E se bastar a mera existência formal de uma paternidade presumida e registada para, decorrido o prazo legal, consolidar o vínculo, então apenas se protege a “presunção legal de paternidade”, o estado de filho matrimonial ou, nas palavras de Antunes Varela, “a estabilidade da família legalmente constituída”. Porém, ao seguir este caminho, repõe-se a antiga distinção entre família “legítima” e família “ilegítima” com o propósito de garantir a estabilidade da primeira, para defender a “legitimidade”; note-se que, na verdade, não se afirmaria o mesmo no âmbito da impugnação da paternidade fora do casamento: aí valeu sempre, como ainda hoje, sem restrições, a procura da verdade biológica¹⁴.

D. E a “proteção da família constituída” do perflhante e do perflhado?

A lei portuguesa adotou sempre o biologismo mais puro na conformação do regime da “impugnação da perflhação”.

¹³ Alguns acórdãos (n.ºs 589/2007, 446/2010, 449/2011 e 441/2013) acrescentam uma referência ao regime da impugnação por terceiro que se declara pai do filho (art. 1841.º CCiv), como prova da ideia legal de “proteção da família constituída”, e têm razão; na verdade, o “filtro” representado pelo tribunal pretende evitar afirmações arbitrárias de um eventual adultério da mãe, que causaria danos graves e escusados. Por outro lado, a restrição da legitimidade aos três membros da família (pai, mãe e filho) justifica-se também pela tradição de maior verosimilhança do estabelecimento da paternidade do marido, assente na presunção do *id quod plerumque accidit* (aquilo que acontece mais frequentemente), apesar de esta afirmação dever ser temperada pelas estatísticas de falsos pais dadas a conhecer pelos estudos de genética; a indicação da paternidade era mais “forte” do que a resultante da perflhação que, para além de ser mais rara, era enfraquecida pela prática discreta e supostamente frequente das “perflhações de complacência”.

O art. 1841.º mostra a “proteção da família constituída” mas, na falta de um regime que promova a indagação sobre a realidade que subjaz à “família constituída”, a proteção da lei acaba por se dirigir apenas à antiga “legitimidade” fundada no casamento; e, obviamente, esta proteção não tem em consideração o número recente, e surpreendente, das famílias não fundadas no casamento.

¹⁴ Cfr. Pires de LIMA; Antunes VARELA, *Código civil anotado*, cit, vol V, 1995, p. 266-7.

A justificação deste biologismo parecia pacífica para Antunes Varela: tratava-se de perseguir o “interesse público que reveste (...) a regra da coincidência da filiação com a verdade biológica”¹⁵; segundo este autor essencial, a primazia da verdade biológica só era, porém, adequada “na área da filiação fora do casamento”, pois aí não “periga a família legalmente constituída”.

Mas, se se pretende tomar em consideração a proteção constitucional da família em toda a sua amplitude, então deve admitir-se que o perfilhado também pode ter uma família estável, beneficiar da convivência com o perfilhante e ter a sua integração no sistema de parentesco bem definida pelo apelido que recebeu e que passou aos seus próprios cônjuges e filhos; a impugnação também pode causar um dano grande a esta família¹⁶. A impugnação vai romper os vínculos sobre que assentava uma família que perderá os apelidos, a consciência das suas origens geográficas e culturais. E deve considerar-se a proteção da família do próprio perfilhante, que pode ter casado depois da perfilhação ou vive em união de facto com a mãe do filho, e porventura tem uma vida familiar intensa, cuja destruição cause danos relevantes.

E. O confronto dos dois regimes de impugnação

Se se confrontar este regime tradicional da impugnação da paternidade do perfilhante (art. 1859.º CCiv) com a norma que estabelece os prazos para a impugnação da paternidade do marido da mãe (art. 1842.º CCiv), vê-se que a impugnação

da paternidade do perfilhante está aberta a todo o tempo, enquanto a impugnação da paternidade do marido está sujeita a prazos de caducidade¹⁷.

Importa voltar a sublinhar esta diferença e lembrar a justificação que se deu para sustentá-la: a primazia da verdade biológica só era adequada “na área da filiação fora do casamento”, devia ceder quando “periga a família legalmente constituída”; no âmbito da “filiação legítima”, [estava] “radicado desde há muito, na generalidade dos países, o culto da realidade sociológica-jurídica da filiação”¹⁸. Por outras palavras, a caducidade do direito de impugnar servia a defesa da estabilidade da família baseada no matrimónio, ou seja, a defesa da “legitimidade”.

Julgo que se pode afirmar que esta diferença de regimes não tem em consideração o movimento no sentido da perda do valor da “legitimidade” e a ascensão correspondente do reconhecimento da família que não se funda no casamento. Hoje, progressivamente, as relações familiares constituídas merecem a proteção constitucional qualquer que seja a sua origem. Designadamente, a paternidade fora do casamento não merece desfavor relativamente à paternidade “legítima”. Porém, a lei portuguesa acaba por preservar a paternidade do marido ao mesmo tempo que não mostra este interesse quanto à paternidade fora do casamento.

Por outro lado, o sistema nem sequer responde à nova realidade estatística. Na verdade, a paternidade fora do casamento (isto é, a paternidade que se estabelece por perfilhação e não por presunção da paternidade) apresentava-se em 7,2% dos nascimentos em 1970, e surge em 50,7% dos nascimen-

¹⁵ *Código civil anotado, cit.*, vol. V, p. 266-7.

¹⁶ Para uma crítica do regime português pode ler-se o meu *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, Biblioteca Geral da Universidade, 1983, p. 433-448. E recorde-se o caso francês, de 1950: a perfilhação foi impugnada 54 anos depois de ter sido feita, quando a perfilhada tinha 63 anos e constituía a sua própria família sob o apelido que herdara do perfilhante.

¹⁷ A diferença de regimes já se encontrava no direito anterior e era até mais nítida, no ponto em que os prazos para a impugnação da paternidade “legítima” eram muito curtos do que são hoje.

¹⁸ *Idem*, p. 266-7.

tos em 2015¹⁹. Ou seja, a paternidade atribuída pela presunção legal do art. 1826.º deixou de ser a “norma” da sociedade portuguesa; a maioria dos pais estabelece o vínculo por perfilhação²⁰ e, quanto mais não seja por esta razão estatística, a paternidade dos maridos, estabelecida pela presunção legal, não deveria merecer o monopólio da “proteção da família constituída”, fundada num prazo de caducidade.

Admito facilmente que a diferença de regime e a sua justificação não sejam intencionais; resultam de pura inércia legislativa. Seja como for, o confronto entre os dois regimes diferentes de impugnação da paternidade parece revelar uma permanência insólita da velha dicotomia legitimidade/ilegitimidade; e, nesta medida, o direito português pode ser acusado de não acompanhar adequadamente os princípios constitucionais que se impõem nesta matéria. Independentemente de se argumentar que o regime da impugnação da paternidade do marido, prevendo prazos de caducidade, põe em causa certos princípios constitucionais; e que, por sua vez, o regime da impugnação da paternidade do perfilhante, com a sua tradicional imprescritibilidade, põe em causa outros princípios — o que agora estou a sublinhar é que a coexistência daqueles dois regimes parece ofender o princípio constitucional da igualdade entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do matrimónio²¹.

¹⁹[http://www.pordata.pt/Portugal/Nados+vivos+fora+do+casamento++com+coabitacao+e+sem+coabitacao+dos+pais+\(percentagem\)+-620](http://www.pordata.pt/Portugal/Nados+vivos+fora+do+casamento++com+coabitacao+e+sem+coabitacao+dos+pais+(percentagem)+-620)

²⁰ Embora sem um ato autónomo, mas por declaração no assento de nascimento.

²¹ Será discutível dizer se é o regime da impugnação da paternidade assente na perfilhação que devia curar de preservar os vínculos, em certos casos, quando as relações vividas e a proteção do filho o justificassem; ou que devia ser o regime de impugnação da paternidade presumida que devia tornar-se mais claramente biólogo.

F. Tópicos para um regime novo

a) Alguns sistemas jurídicos preocupam-se com o efeito destrutivo da impugnação sobre um vínculo paterno-filial, e procuram saber se este existe, para comprimir, nestes casos, a procura da verdade biológica. Uns, usam o conhecido instrumento da “posse de estado” para saber se a família constituída existe na realidade, isto é, se há “posse de estado” de filho; outros, seguem um caminho técnico diferente, mas equivalente nos seus resultados. Em qualquer caso, só depois de se averiguar qual é a realidade social e familiar que está em causa é que se pode saber se, ponderado o interesse público da busca da verdade biológica e o interesse concorrente da paz da família constituída, vale a pena manter o vínculo de paternidade.

Como exemplos do primeiro grupo, vejam-se os casos do sistema espanhol e do sistema francês.

Segundo o código civil *espanhol*, o marido goza de um prazo curto para agir, contado desde o nascimento do filho; o filho dispõe de um ano a contar do registo da filiação, ou a contar da maioridade ou do acesso à plena capacidade jurídica. Porém, esta caducidade do direito do filho só está prevista para o caso de haver “nas relações familiares posse de estado de filiação matrimonial”; no caso contrário, o direito de impugnar pode ser exercido pelo filho ou pelos seus herdeiros a todo o tempo (art. 137.º, n.º 4). Como se vê, o legislador espanhol, ao organizar a disciplina da impugnação, fez intervir um fator que não aparecia nos direitos latinos: a vivência real da comunidade familiar, que se exprime através da posse de estado de filho comum no seio das relações conjugais. Quando — apesar da subsistência jurídica da família conjugal e do vínculo de paternidade — o estado civil do filho não tem correspondência social, familiar e afetiva, o legislador entendeu que os valores da seguran-

ça jurídica, da eficácia das provas e da proteção da família não deviam prevalecer sobre o direito do filho à verdade biológica.

Note-se, que a ausência de posse de estado só determina a imprescritibilidade do direito do filho — e não também a do direito do marido; e que o art. 140.º também dá relevo à posse de estado no âmbito da impugnação da paternidade estabelecida por perfilhação.

No direito *francês*²², a impugnação da paternidade não se distingue conforme seja dirigida contra a paternidade do marido ou contra a paternidade do perfilhante; a ação é a mesma. O que faz divergir a legitimidade e o prazo para agir é o facto de ter havido “posse de estado” de filho durante cinco anos, a contar do nascimento ou de uma perfilhação posterior (art. 333.º, al. 1, CCiv fr). Se esta posse de estado completa existiu, então ninguém a pode impugnar, com exceção do ministério público, com base numa inverosimilhança manifestada nos atos ou em fraude à lei (art. 333.º, al. 2); se a posse de estado completa não existiu, qualquer interessado pode impugnar o vínculo, no prazo de dez anos (art. 334.º). este regime explica-se pela intenção de “*sécuriser et stabiliser rapidement la filiation*”²³; por sua vez, a *Cour de Cassation* afirmou que o regime visava todas as pessoas que tinham beneficiado de uma posse de estado, para estabilizar o seu estatuto, com uma finalidade de interesse geral e no quadro de uma lei que procurou “*un équilibre entre les composantes biologique e affective de la filiation*”²⁴.

Como exemplos do segundo grupo, menciono o direito suíço e o alemão.

O direito *suíço*, embora não utilize a técnica da “posse de estado”, só reconhece o direito de agir do filho contra a paternidade presumida quando os cônjuges deixaram de viver juntos durante a menoridade do impugnante (art. 256.º, n.º 1, CCiv sui). As causas relevantes podem ser quaisquer — morte, divórcio, invalidez, separação judicial e até separação de facto, pois o que se pretende é captar a realidade ou a ausência de uma família a funcionar. Esta limitação visa proteger um casamento intacto. E o direito do filho só pode ser exercido, nestas condições de o casamento se ter mantido intacto, se porventura o filho não viveu com o casal porque, p. ex., a mãe e o marido não exerceram as responsabilidades parentais, ou o filho viveu com o pai natural²⁵.

O direito *alemão* dá legitimidade para impugnar a paternidade do marido ou do perfilhante àquele que se considera o pai biológico, mas apenas quando a “relação social-familiar” cessou (§ 1600 II, BGB); e o objetivo é, claramente, o de proteger a comunidade familiar que realmente subsista²⁶.

Todos estes sistemas mostram, pois, uma preocupação de preservar a continuidade das relações de facto que livremente se desenvolveram; na ausência desta realidade, admite-se muito mais facilmente a procura da verdade biológica.

Não é o caso, manifestamente, do direito português, onde o regime da impugnação da paternidade não faz intervir uma análise do caso que distinga as realidades e permita uma aplicação adequada do interesse constitucional da “proteção da família”... a uma família real e concreta que mereça a proteção.

²² Depois da *Ordonnance* de 4 de julho de 2005 e da Lei de ratificação de 16 de janeiro de 2009.

²³ TERRÉ, F.; FÉNOUILLET, D., *Droit civil. La famille*, 8. éme éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 628.

²⁴ IDEM, p. 632.

²⁵ Ingeborg SCHWENZER, [Comentário ao art. 256.º CCiv sui], in «Basler Kommentar», *Zivilgesetzbuch I*, art. 1-456.º, 4 auf., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, p. 1350.

²⁶ D. SCHWAB, *Familienrecht*, 23. Auf., Muenchen, C.H.Beck, 2015, p. 264-5; N. DETHLOFF, *Familienrecht*, 30. Auf., Muenchen, C.H. Beck, 2012, p. 294.

b) O recurso à figura da “posse de estado”, no direito português, seria muito viável, no quadro de um sistema jurídico que está habituado esse instrumento: a posse de estado continua a fundamentar uma presunção de paternidade, nas ações de investigação [1816.º, n.º 2, a) e 1871.º, n.º 1, a)] e, justamente em matéria de prazos de caducidade, o art. 1817.º ainda recorre à ideia de cessação do *tratamento* como filho. É certo que o conteúdo da “posse de estado” teria de sofrer adaptações, sobretudo porque a noção sempre foi usada como uma expressão, um índice, do vínculo biológico, enquanto agora serviria para demonstrar a verdade sociológica de uma família funcional²⁷.

Mas não é de excluir outro caminho menos habitual no nosso direito que possa atingir o mesmo resultado.

c) Os prazos foram estendidos pela lei n.º 14/2009 para tornar a caducidade mais aceitável, contra os argumentos em favor da imprescritibilidade das investigações e das impugnações. Mas, no momento em que se distinguisse o regime consoante houvesse uma família real a proteger, ou não houvesse, o primeiro regime poderia ter prazos curtos, enquanto o segundo poderia ter prazos longos ou seguir a regra da imprescritibilidade.

d) Valeria a pena unificar os regimes de impugnação da paternidade — quer ela resultasse de presunção de paternidade quer de perfilhação²⁸. Esta agregação teria a vantagem de mostrar que o vínculo de paternidade é independente do casamento dos pais (como é do divórcio deles) e de eliminar

qualquer juízo de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento²⁹.

A distinção de regimes apenas se faria entre impugnação das paternidades que têm densidade afetiva e social, cuja destruição pode causar sofrimento aos seus intervenientes; e impugnação das paternidades que são apenas formais, desacompanhadas de uma relação vivida de pai e filho.

Para os casos em que há um vínculo de paternidade funcional e denso, poderia servir o atual regime que vale para a paternidade do marido (art. 1842.º); para os casos em que apenas há uma relação de paternidade formal, meramente registral, poderia servir o regime que vale atualmente para a paternidade resultante de perfilhação.

e) Seria importante discutir se o filho teria um direito de impugnar imprescritível, mesmo quando o regime fosse restritivo para os outros legitimados em homenagem à preservação efetiva de uma família funcional. Escrevi³⁰, em tempos, que não recomendaria uma posição tão diferente para filho, relativamente aos outros legitimados. O direito português não reconheceu ao filho um direito imprescritível, quer em 1977, quer em 2009. Mas teve o cuidado de, passado o prazo-regra de caducidade, permitir a abertura de um novo prazo a contar do “conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe”. Este regime é bastante largo. Ainda assim, hoje tendo a pensar que, mesmo num quadro de proteção de uma família funcional, através da prova da “posse de estado” de filho ou de outro meio equivalente, não há razão para condicionar o exercício

²⁷ Para estas adaptações, veja-se o meu *Critério jurídico da paternidade*, cit., p. 422 e p. 445-8.

²⁸ Adotam este modelo a Alemanha (§ 1600 BGB) e a França (art. 332.º CCiv fr). A reforma italiana de 2013 manteve dois regimes, mas aproximou-os sobretudo quanto aos prazos para agir (arts. 244.º e 263 CCiv it).

²⁹ Para mais desenvolvimentos, veja-se o meu *Critério...*, cit., p. 442-445.

³⁰ *Critério...*, cit., p. 386-389.

do direito de um filho³¹ que não queira manter o vínculo. Na verdade, acompanho quem diz que o filho não deve merecer censura por não ter agido dentro do prazo-regra de dez anos, ou do prazo especial de três anos; o filho exerce «uma faculdade eminentemente pessoal, em que apenas pode imperar o critério do próprio filho»³² [...] A isso há a acrescentar que este critério pode ser mutável, em correspondência com a variação no tempo dos quadros relacionais e situacionais que podem influenciar uma tomada de decisão, tal como são subjetivamente sentidos e interpretados pelo pretense filho»³³. Além disto, se é ele que quer prescindir da preservação da sua relação filial e da “proteção da família constituída”, não há outras razões suficientemente fortes para lhe impor uma compressão do direito de procurar livremente a verdade biológica. Por fim, parece-me útil que algum dos legitimados mantenha, sem reservas, o direito de fazer traduzir num processo judicial o conhecimento que tenha obtido extrajudicialmente³⁴, para que possa sempre terminar a coexistência de uma “verdade jurídica” (a paternidade registada) com uma verdade social e familiar (que sabe que aquele registo não corresponde à realidade biológica).

III. Conclusões

1. O Tribunal Constitucional tem invocado, habitualmente, a necessidade constitucional de “proteção da família constituída”. Porém, a lei ordiná-

ria não lhe fornece os instrumentos para saber se a família — a relação paterno-filial — realmente existe com uma densidade tal que a torne digna de proteção jurídica, capaz de sobrelevar a procura da verdade biológica;

A lei ordinária devia prever os meios necessários para distinguir os casos em que há uma família — uma relação paterno-filial — para proteger, daqueles em que não há e, portanto, deve prevalecer a procura da verdade biológica; o que daria origem a dois regimes diferentes quanto ao prazo para agir;

2. Os meios indicados poderiam assentar na demonstração da “posse de estado”, mas aqui entendida como um índice da “verdade sociológica” e não como um índice da verdade biológica; ou na prova direta da ausência de uma família para proteger;

3. O regime dedicado à impugnação da paternidade do marido satisfaz o interesse constitucional da “proteção da família constituída”, mas o regime dedicado à impugnação da paternidade do perflhante ignora este valor constitucional; então, pode dizer-se que o direito português trata com desigualdade as famílias fundadas no casamento e as outras famílias, ou seja, parece ofender o princípio constitucional da igualdade entre os filhos nascidos do casamento e os filhos nascidos fora do matrimónio.

4. Tendo em conta a evolução da tutela das famílias não fundadas no casamento, e também o número de filhos cuja paternidade se estabelece por perflhação (50,7%), poderia organizar-se uma só ação de impugnação da paternidade (embora com a distinção de haver ou não haver uma família, uma relação paterno-filial, para proteger);

5. O direito de impugnar do filho devia ser imprescritível, em qualquer caso.

³¹ Também Paulo TÁVORA VITOR, *A propósito da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril: breves considerações*, «Lex Familiae», ano 6, n.º 11, Coimbra, Centro de Direito da Família/Coimbra Editora, 2009, p. 87-91, p.91.

³² Acórdão do TC n.º 486/2004.

³³ Declaração de voto de J. Sousa Ribeiro no acórdão do TC n.º 401/2011.

³⁴ Através de provas científicas obtidas fora de um processo, depois da entrada em vigor do DecretoLei n.º 11/98, de 24 de Janeiro, que reorganizou o sistema medicolegal.