



**D** TEXTOS DE  
IREITO DA  
FAMÍLIA

PARA FRANCISCO PEREIRA COELHO

Guilherme de Oliveira

COORDENAÇÃO

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
2016

**O PRAZO DE CADUCIDADE DO N.º 1  
DO ARTIGO 1817.º DO CÓDIGO CIVIL  
E A CINDIBILIDADE DO ESTADO CIVIL:  
O ACÓRDÃO DO PLENÁRIO DO TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL N.º 24/2012  
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3.º  
DA LEI N.º 14/2009 E A SUA APLICAÇÃO ÀS AÇÕES  
PENDENTES NA DATA DO SEU INÍCIO DE VIGÊNCIA,  
INSTAURADAS *ANTES E DEPOIS* DA PUBLICAÇÃO DO  
ACÓRDÃO N.º 23/2006<sup>1</sup>**

*J. P. Remédio Marques*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### **Sumário**

1. Introdução. A Jurisprudência Recente do Tribunal Constitucional. – 2. O Estado da Questão Relativamente ao Prazo de Caducidade de 10 Anos nas Ações Instauradas Após o Início de Vigência da Lei N.º 14/2009. – 3. A Sucessão de Leis no Tempo e o Artigo 3.º da Lei n.º 14/2009: A

---

<sup>1</sup> Este escrito, a mais de ser dedicado ao Professor com quem iniciei, enquanto assistente-estagiário, a minha vida académica, na Faculdade de Direito de Coimbra, em meados do ano lectivo de 1989-1990, serve para homenagear a pessoa que em mim quis confiar e com quem aprendi inestimáveis lições de humildade, disponibilidade e humanismo, tendo moldado para sempre a minha dedicação ao ensino e à investigação do Direito. Por esta via, expresso a minha profunda admiração pelas suas qualidades de ser humano, jurista, cientista e professor, que o tornam uma figura ímpar na cultura jurídica portuguesa.

distinção entre a Instauração da Ação de Investigação Antes e Após a Publicação do Acórdão n.º 23/2006. – 4. A Imprestabilidade dos Critérios «Gerais» de Sucessão de Leis no Tempo. – 5. A Discrecionariiedade Legislativa e as Dimensões do Princípio da Confiança. – 6. Os Critérios de Decisão do Tribunal Constitucional e as Ações Propostas Após o dia 10 de Fevereiro de 2006. – 7. O Princípio da Confiança e as Ações Propostas *Antes* do Dia 10 de Fevereiro de 2006, Que *Ainda* se Achavam Pendentes no dia 2 de Abril de 2009. – 8. Os Regimes Jurídicos no Direito Estrangeiro. – 9. Os Direitos e interesses em Conflito e a Abertura a Soluções Jurisprudenciais Alternativas à Não Caducidade das Ações de Investigação. – 10. A Dissociação dos Efeitos Pessoais e Patrimoniais do Estabelecimento da Filiação Jurídica. – 10.1. A «Geometria Variável» das Concretas Soluções e o Comportamento dos Investigantes. – 10.2. O Argumento da “Caça às Fortunas”. – 10.3. O Exercício «Inadmissível» do Direito de Estabelecer a Paternidade. – 10.4. O Argumento da “Segurança Jurídica” e o Plano Patrimonial dos Interesses das Partes: A Via da “Ineficácia Patrimonial” do Reconhecimento da Filiação. – 11. Conclusão.

## **1. Introdução. A Jurisprudência Recente do Tribunal Constitucional**

É ainda actual e polémica a questão da admissibilidade do estabelecimento, por meio da lei ordinária, de prazos de caducidade das ações de estabelecimento da filiação (paterna ou materna). Como é sabido, embora o artigo 1.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, tenha alterado a redação do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil – alargando esse prazo de *dois* para *dez anos* a contar da maioridade ou emancipação do investigador aplicável às ações de estabelecimento da paternidade por força do disposto no artigo 1873.º do mesmo Código – e determinando a aplicação deste novo regime jurídico às *ações pendentes* na data da entrada em vigor desta lei, ou seja no dia 2 de Abril de 2009, é certo e notório que a jurisprudência do

Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional<sup>2</sup> não têm afinado pelo mesmo diapasão no que tange à questão da aplicação do novo regime jurídico, *medio tempore*, às ações instauradas *antes e após* a publicação do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, que *ainda* se encontravam pendentes no dia 2 de Abril de 2009, data do início de vigência do novel regime do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil.

O acórdão do Plenário Tribunal Constitucional (T.C.) n.º (CUNHA BARBOSA), em sede de *fiscalização judicial concreta e incidental* – ao abrigo do artigo 79.º-D da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro<sup>3</sup> – decidiu, conquanto por maioria, julgar “*inconstitucional a norma constante do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, na medida em que manda aplicar, aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor, o prazo previsto na nova redação do artigo 1817.º n.º 1, do Código Civil, aplicável por força do artigo 1873.º do mesmo Código*”<sup>4</sup>. Na verdade, o acórdão do T.C., n.º 164/2011 (MARIA LÚCIA AMARAL), julgara inconstitucional, por violação do n.º 3 do artigo 18.º da Constituição, a norma constante do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, na medida em que esta mandou aplicar, aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor, o prazo previsto na nova redação

---

<sup>2</sup> Isto para além da jurisprudência de alguns Tribunais da Relação, como é o caso da Relação de Coimbra: acórdão de 19/01/2010 (CARLOS GIL), proc. n.º 495/04.3TBOBR.C1, <http://www.dgsi.pt>.

<sup>3</sup> Como é sabido, este Plenário do T.C. intervém, ao abrigo do artigo 79.º-D da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (com a última redação dada pela Lei Orgânica n.º 5/2015, de 10 de Abril), para dirimir uma questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade decidida em sentido divergente do anteriormente adoptado, quanto à mesma norma, por qualquer das suas secções.

<sup>4</sup> Este acórdão do Plenário veio, afinal, resolver, *num caso concreto*, a questão da alegada inconstitucionalidade material da aplicação do novo prazo de caducidade das ações de estabelecimento da filiação atenta a anterior divergência jurisprudencial do mesmo Tribunal. Uma *questão de direito transitório*, portanto; de *normas sobre normas*.

do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, aplicável por força do artigo 1873.º do mesmo Código<sup>5</sup>.

Ao invés, o anterior acórdão do T.C. n.º 285/2011 (PAMPLONA OLIVEIRA), não julgou inconstitucional a norma do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, na dimensão atinente à *proteção do princípio da confiança*. Neste último acórdão também se discutiu a aplicação da nova redacção dada pela Lei n.º 14/2009 ao artigo 1817.º do Código Civil a uma ação de investigação de paternidade que se encontrava pendente à data de entrada em vigor desta lei<sup>6-7</sup>.

Nesta nótula irei tentar demonstrar que a expectativa que os autores das *ações instauradas antes da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral* da norma do n.º 1 do artigo

---

<sup>5</sup> Esta decisão entendeu que o *princípio da proteção da confiança*, decorrente do artigo 2.º da Constituição, se achava lesado por ter projectado retroactivamente, nos processos pendentes à data da entrada em vigor da Lei n.º 14/2009 (ou seja, em 2 de Abril de 2009) as alterações plasmadas na fixação dos prazos de caducidade das ações de investigação da paternidade, quando essas ações tenham sido intentadas anteriormente à Lei n.º 14/2009 e *posteriormente à publicação do Acórdão do T.C. n.º 23/2006*, ou seja, em 8/02/2006, e conduzam, em sede de aplicação do referido diploma, à constatação do esgotamento (no “passado”) desse prazo e à consequente inviabilização do prosseguimento dessas ações pendentes à data da entrada em vigor desse mesmo diploma.

<sup>6</sup> E tal como o caso que deu origem ao acórdão n.º 164/2011, tratava-se de um pedido de fiscalização concreta da inconstitucionalidade respeitante a uma ação que foi proposta subsequentemente à publicação (em 8/2/2006) do acórdão do T.C. n.º 23/2006, e que se encontrava pendente à data da entrada em vigor (em 2/04/2009) dessa Lei n.º 14/2009”. Donde se pode dizer que o acórdão do Plenário do T.C. n.º 24/2012 somente sindicou a inconstitucionalidade material do citado artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 com base *em ação instaurada após a publicação do citado acórdão do T.C. n.º 23/2006*. A norma do n.º 1 do artigo 1817.º também tem sido objecto de apreciação concreta incidental. Cfr., no sentido da não inconstitucionalidade, o acórdão do Plenário T.C. n.º 401/2011 (CURA MARIANO). Na sequência desta decisão, cfr., entre várias, os acórdãos do T.C. n.º 350/2013 (VÍTOR GOMES), n.º 547/2014 (CATARINA SARMENTO E CASTRO), n.º 383/2014 (CURA MARIANO), n.º 704/2014 (CUNHA BARBOSA), todos disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

<sup>7</sup> A circunstância de *a ação de investigação ter sido deduzida na vigência da norma julgada materialmente inconstitucional em início de 2006* e achar-se ainda pendente na data da produção de efeitos da Lei n.º 14/2009 (ou seja, em 2/4/2009) não foi objecto de ponderação no que tange aos juízos de (in)constitucionalidade. O que é compreensível, visto que se trata de uma apreciação concreta e incidental da inconstitucionalidade.

1817.º do Código Civil terão criado após a publicação deste acórdão n.º 23/2006 não são suficientes para afastar a aplicação imediata da LN a essas ações que ainda estivessem pendentes no dia 2/4/2009, relativamente às quais ainda não tivesse transitado em julgado a decisão acerca da questão da caducidade do direito de reconhecer a filiação jurídica. Seja como for, todos estes arestos pressupõem a discussão sobre a aceitação da consagração de prazos de caducidade do estabelecimento “pleno” da filiação jurídica. Vale dizer: do estabelecimento da filiação do qual decorrem direitos com um conteúdo patrimonial e não patrimonial. Pese embora seja discutível que o prazo de 10 anos a contar da maioridade ou emancipação do investigante possa atingir as ações instauradas após o dia 10 de Fevereiro de 2006, que ainda estavam pendentes no dia 2 de Abril de 2009, julgo que todos os investigadores que propuseram ações de estabelecimento da paternidade (ou da maternidade) *antes da publicação do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006* não podiam ter confiado – nem parece legítimo e razoável aceitar que gizaram a sua actuação investindo – na existência ou configuração de um regime que lhes permitisse a todo o tempo (*scilicet*, durante a vida do investigado) instaurar essas ações<sup>8</sup>.

Como é sabido, nas *acções que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de certo facto – in casu*, nas *acções de investigação da paternidade* com base na filiação biológica –, cabe, em regra, ao réu a prova

---

<sup>8</sup> Observe-se que não está apenas em equação, nesta nótula de homenagem ao meu emérito Mestre, Professor PEREIRA COELHO, o específico prazo de dez anos [contado após a maioridade ou emancipação do investigante] que o legislador, por meio da nova redação dada pela Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, ao n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, veio peremptoriamente instituir para a propositura de ações de investigação da maternidade – e, assim, por força do artigo 1873.º do mesmo Código, também para as ações de investigação da paternidade. Pergunta-se, por conseguinte, se é, ou não, constitucionalmente proibida a atribuição de *efeitos retroactivos* ao novo regime jurídico fixado pelo legislador respeitante à caducidade das ações de investigação da paternidade.

de o prazo já ter decorrido (artigo 343.º, n.º 2, do Código Civil). O prazo de propositura da acção não é, nestas hipóteses, havido como *facto constitutivo* do direito de o autor estabelecer a sua filiação (paterna ou materna)<sup>9</sup>.

## **2. O estado da questão relativamente ao prazo de caducidade de 10 anos nas ações instauradas após o início de vigência da Lei N.º 14/2009**

É verdade que a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, não encerrou a controvérsia sobre *dois aspectos essenciais* respeitantes à tempestividade do exercício de direito de acção de investigação da paternidade alicerçada apenas no facto da existência de relações sexuais fecundantes entre o réu e a mãe do autor durante o período legal de concepção (causa de pedir, esta, subsumida à alegação e *prova directa* da filiação biológica). Por um lado, saber se o direito de investigar a paternidade está, ou não, submetido a um prazo de caducidade; por outro, o de indagar se aquele prazo é um *prazo razoável* e não violador da Constituição, na medida em que restringe o exercício de um direito de personalidade que é, igualmente, um direito fundamental.

O T.C., no seu Acórdão n.º 638/10, de 22/5/2012, decidiu o seguinte: (a) *Não julgar inconstitucional* a norma do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, na redacção da Lei n.º 14/2009 de 1 de Abril, na parte em que, aplicando-se às acções de investigação de paternidade, por força do artigo 1873.º do mesmo Código, prevê um prazo de *dez anos* para a propositura da acção, contado da maioridade ou emancipação

---

<sup>9</sup> Esse prazo traduz, pelo contrário, um *facto extintivo* do seu direito de investigar e estabelecer a filiação jurídica. A realidade dos *factos extintivos* devem ser demonstrada pelo réu (ou pelo autor, na contestação a pedido reconvenicional do réu).

do investigante<sup>10</sup>. Está em causa, como bem se intui, a salvaguarda de interesses gerais ou valores de organização social em torno da instituição familiar e, sobretudo, a *tutela da reserva da intimidade da vida privada* do investigado. Os referidos valores e interesses exigem que as relações de parentesco sejam dotadas de estabilidade, impondo-se aos interessados o ónus de agirem rapidamente, de forma a clarificarem as relações de parentesco existentes<sup>11-12</sup>.

Já, pelo contrário, no Supremo Tribunal de Justiça (e nas Relações) é veiculada, porventura maioritariamente, a solução no sentido da «imprescritibilidade» do direito de estabelecer a filiação jurídica, *maxime*, investigar a paternidade, afirmando-se, consequentemente, a inconstitucionalidade da fixação legislativa de qualquer prazo<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Aresto que reafirmou a solução a que já chegara o Plenário do mesmo Tribunal, o qual, chamado a pronunciar-se nos termos previstos no n.º 1 do artigo 79.º-A da Lei de Organização e Funcionamento do T.C., em sede de *fiscalização concreta*, decidiu, no Acórdão n.º 401/2011, o seguinte: “Não julgar inconstitucional a norma do artigo 1817º, n.º 1, do Código Civil, na redacção da Lei n.º 14/2009 de 1 de Abril, na parte em que, aplicando-se às acções de investigação de paternidade, por força do artigo 1873º, do mesmo Código, prevê um prazo de dez anos para a propositura da acção, contado da maioria ou emancipação do investigante”.

<sup>11</sup> Sensivelmente neste sentido, veja-se o acórdão do T.C. n.º 247/2012 (PAMPLONA OLIVEIRA), de 22/5/2012, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120247.html>.

<sup>12</sup> A própria jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no quadro do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aceita a sujeição das acções de estabelecimento da filiação à observância de determinados pressupostos; entre estes avulta a exigência de prazos. E tais prazos fixados nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Contratantes não violadores desta Convenção, contanto que não se tornem impeditivos do uso do meio de investigação em causa, ou representem um ónus exagerado ou que dificulte excessivamente o estabelecimento da verdade biológica. Veja-se o caso *Mizzi c. Malta*, de 12/01/2006, proc. n.º 26111/02, *European Court of Human Rights – Reports of Judgments and Decisions*, Council of Europe, Strasbourg, Carl Heymanns Verlag, 2006-I, p. 109 ss., § 88 = [http://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2006-I.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-I.pdf). No mesmo sentido navegam, mais recentemente, os acórdãos de 6/7/2010, proferidos nos casos *Backlund c. Finlândia* (proc. n.º 36498/05) e no caso *Gronmark c. Finlândia* (proc. n.º 17038/04) – consultável em [http://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2010-V.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2010-V.pdf) – e de 20/12/2007, no caso *Pbinikaridou c. Chipre* (proc. n.º 23890/02), nos quais estava em causa a existência de prazos limite para a instauração de acções de reconhecimento da paternidade, in [www.echr.coe.int/hudoc](http://www.echr.coe.int/hudoc).

<sup>13</sup> Acórdão do STJ, de 6/9/2011 (GABRIEL CATARINO), proc. 1167/10.5TBPTL.S1, segundo o qual: “I – Mostra-se inconstitucional o estabelecimento ou estatuição,

Após a prolação do acórdão do T.C. n.º 23/2006 detecta-se uma esmagadora tendência no Supremo Tribunal de Justiça (STJ), no sentido do entendimento de que o ordenamento jurídico português deixou de prever prazos de caducidade para estabelecer a filiação jurídica com base na prova directa da filiação biológica<sup>14</sup> – desligada, portanto, da alegação e prova de factos base das diversas presunções de paternidade que aproveitam aos filhos nascidos fora do casamento. A partir de 2009-2010 surpreende-se a adesão significativa no STJ, embora ainda minoritária, da tese segundo a qual *não ofende a Constituição* o estabelecimento de prazos razoáveis de caducidade, a contar da maioridade ou emancipação do investigador – por não se tratar de uma *restrição* (do núcleo essencial) de direitos fundamentais (*maxime* do direito à identidade pessoal), mas de *condicionamentos* ao respectivo exercício<sup>15</sup>.

---

pelo art. 1817.º, n.º 1, do Código Civil, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 14/2009, de 01-04, de um prazo legal para que o filho possa investigar a verdade biológica da sua filiação. II – Na ponderação da equação dos direitos fundamentais em lide posicionam-se, do lado do filho-investigante, o “direito à identidade pessoal”, o “direito à integridade pessoal” e o “direito ao desenvolvimento da personalidade” e, do lado do pretenso pai investigado, os de “reserva da intimidade da vida privada e familiar” e o “direito ao desenvolvimento da personalidade. III – Estando em causa direitos de raiz e feição absoluta, a regra será a não restrição dos direitos fundamentais, a menos que estejam em causa ou possam interferir no exercício desses direitos outros valores de “rango” constitucional que justifiquem a regulação por via legislativa ...”; *idem*, de 14/01/2014 (MARTINS DE SOUSA), em cujo sumário se lê que: “O art. 1817.º, n.º 1, do CC, na redacção emergente da Lei n.º 14/2009, de 01-04, ao estabelecer o prazo de caducidade de 10 anos após a maioridade (ou emancipação) do investigador para a propositura da acção de investigação de paternidade (cf. art.1873.º) é inconstitucional, por violação dos arts. 18.º, n.ºs 2 e 3, 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, da CRP”. Cfr., ainda, os acórdãos do STJ, de 27/01/2011 (BETTENCOURT FARIA), de 15/11/2011 (MARTINS DE SOUSA) e de 24/05/2012 (GRANJA DA FONSECA), todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>14</sup> Acórdão do STJ, de 14/12/2006 (FERREIRA GIRÃO), proc. n.º 06B4154; *idem*, de 31/1/2007 (BORGES SOEIRO), proc. n.º 06A4303; *ibidem*, de 23/10/2007 (MÁRIO CRUZ), proc. n.º 07A2736; *ibidem*, de 17/4/2008; *ibidem*, de 3/7/2008 (PIRES DA ROSA), proc. n.º 07B3451 – todos consultáveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>15</sup> Na verdade, têm sido tirados vários acórdãos neste arrimo, tais como o de 29/11/2012 (TAVARES DE PAIVA), proc. n.º 367/10.2TBCBC-A.G1.S1, o qual decidiu que “O prazo a que alude o art. 1817.º, n.º 1, do Código Civil – na redacção conferida pela Lei n.º 14/2009, de 01.04 – não é inconstitucional”; o acórdão de 19/06/2014

### 3. A sucessão de leis no tempo e o artigo 3.º da Lei n.º 14/2009: a distinção entre a instauração da ação de investigação *antes* e *após* a publicação do acórdão n.º 23/2006

Face à declaração de *inconstitucionalidade material, com força obrigatória geral*, da norma do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil é indesmentível que a Lei n.º 14/2009 actuou sobre o facto «tempo». Esta lei refere-se a factos jurídicos duradouros (ou situações de facto), a ocorrências da vida real que perduram no tempo. Em particular, esta lei atingiu o próprio *tempo* enquanto *facto impeditivo do direito de accionar* o pretense pai (ou mãe) – *scilicet*, um facto decisivo para o *exercício do direito de ação* –, a fim de constituir, por meio de decisão judicial, um vínculo de filiação paterna (ou materna)

---

(PIRES DA ROSA), proc. n.º 146/08.7TBSAT. C1.S1, nos termos do qual: “*Tendo a presente acção de investigação de paternidade sido intentada no período que decorreu entre a publicação em DR do Acórdão 23/2006 do TC, de 10-01-2006 – que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral da norma constante do n.º 1 do art. 1817.º do CC, aplicável por força do art. 1873.º do mesmo código, na medida em que previa, para a caducidade do direito de investigar a paternidade um prazo de 2 anos a partir da maioridade do investigante – e a entrada em vigor da Lei n.º 14/2009, de 01-04, e levando ainda em consideração a decisão proferida nos presentes autos de inconstitucionalidade da norma do art. 3.º desta última lei (o que conduz à desaplicação do prazo de 10 anos actualmente previsto no art. 1817.º), há que concluir pela não verificação de caducidade do direito de acção por parte do autor*”; no mesmo sentido navega o acórdão do STJ, de 15/5/2014 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), proc. n.º 3444/11.9TBTVD.L1.S1, segundo o qual “*O Acórdão do TC n.º 23/2006, 10-01-2006, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do art. 1817.º, n.º 1, do CC (na medida em que previa um prazo de 2 anos, a partir da maioridade do investigante, para intentar a acção de investigação da paternidade) não julgou constitucionalmente censurável a definição legal de prazos de caducidade, apenas excluiu a legitimidade de fixação de um prazo de 2 anos, por este significar uma diminuição do alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, onde se inclui o direito ao conhecimento da paternidade e maternidade*”; outrossim, o acórdão de 18/02/2015 (FONSECA RAMOS), proc. n.º 4293/10.7TBSTS.P1.S1, onde, *inter alia*, se decidiu que: “*O prazo de dez anos constante do art. 1817.º, n.º 1, do Código Civil foi considerado razoável pelo Plenário do Tribunal Constitucional e não contraria a jurisprudência do Tribunal dos Direitos do Homem cujo critério de julgamento é o de que os prazos não sejam impeditivos da investigação e não criem ónus excessivos em termos probatórios para as partes*”.

16. Esta Lei n.º 14/2009, enquanto lei nova (LN), incluindo a norma transitória de que é provida, pretende aplicar-se a factos que se produziram no domínio de vigência do regime jurídico consagrado no Código Civil de 1966. O preenchimento das hipóteses normativas da LN atinge factos (*id est*, o tempo) que se produziram no domínio da lei antiga (LA). Surpreende-se, por isso, uma situação de *retroconexão* ou *referência pressuponente*<sup>17</sup>. É verdade que com a referida declaração de inconstitucionalidade emitida pelo acórdão do T.C. n.º 23/2006 a *retroconexão pode não ter sido total*, uma vez que esta declaração de inconstitucionalidade apenas apreciou os parâmetros normativo-constitucionais de um *específico prazo de caducidade*, exactamente o de dois anos a contar da maioridade ou da emancipação. Isto porque a referida decisão de inconstitucionalidade foi tomada por razões respeitantes à exiguidade do prazo de dois anos e ao seu termo inicial atinente a uma situação puramente objectiva.

Neste acórdão n.º 23/2006, o Tribunal Constitucional salientou que o regime de não caducidade das ações de investigação da paternidade (ou maternidade) não era a única alternativa pensável<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> J. P. REMÉDIO MARQUES, “Caducidade de acção de investigação da paternidade – O problema da aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, às acções pendentes”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 85, 2009, p. 197 ss., pp. 205-206.

<sup>17</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 4.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1990, p. 236. Vale dizer: o preenchimento da previsão da LN é efectuado com factos já produzidos no domínio da LA (*in casu*, o tempo já decorrido desde a maioridade ou emancipação do investigante).

<sup>18</sup> Não é certo e inequívoco e seguro que o interesse em investigar a paternidade a todo o tempo tivesse, a partir do acórdão n.º 23/2006, passado a gozar de tutela jurídica. A cessação de eficácia normativa da então redação do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, que fixava o prazo de dois anos a contar da maioridade ou emancipação do investigante não transformou, *ipso iudicis*, o exercício do direito de ação num exercício susceptível de actuação a todo o tempo até à morte do investigado, quando a causa de pedir da ação consistisse na filiação biológica; essa cessação de eficácia da norma não implicou que o operador judiciário tivesse de desligar irremissivelmente o *fluir do tempo*, enquanto facto jurídico, da possibilidade de desencadear o estabelecimento da filiação jurídica contra um pretense pai (ou mãe). Concebem-se soluções que vêm nessa declaração de inconstitucionalidade do acórdão n.º 23/2006 a formação de um vácuo legislativo temporário, susceptível

Nessa medida, e no contexto muito particular desta concreta sucessão de leis no tempo, não será líquido que tenha havido uma *mudação desfavorável* da ordem jurídica, quando, pelo contrário, é certo que o legislador introduziu um regime de prazos *mais favorável* do que o anteriormente fixado no artigo 1817.º, e não apenas no que se refere ao prazo-regra do n.º 1. Será que esta LN *encurtou* o prazo para investigar e estabelecer a filiação (fundada na existência de relações sexuais fecundantes entre o pretense pai e a mãe do autor durante o período legal de concepção)? A resposta é afirmativa para todos aqueles que entendem que, a partir da mencionada declaração de inconstitucionalidade, em Janeiro de 2006, o exercício desse direito de ação poderia ser desencadeado *a todo o tempo* durante a vida do pretense pai (ou mãe). Nessa medida teria havido uma situação de *retroconexão total*: A LN teria actuado para o passado, relativamente ao decurso do tempo já transcorrido desde a maioridade ou emancipação do investigador<sup>19</sup>.

Ainda quando seja postulada e afirmada essa inconstitucionalidade material, deve observar-se que uma alegada abolição (por via jurisprudencial) dos prazos de caducidade constantes do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, alicerçada na citada declaração de

---

de ser preenchido, ao abrigo do artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil, pelo concreto julgador, dentro do “espírito do sistema”, uma vez que se trataria de uma *lacuna ou incompletude normativa* decorrente de uma situação que deixou de estar prevista por força da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo acórdão do T.C. n.º 23/2006. Cfr., neste sentido, J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 463, nota; J. P. REMÉDIO MARQUES, “Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade...”, 2009, cit., p. 209, nota 17; a mesma referência pode ver-se no voto de vencido do Conselheiro SOUSA RIBEIRO, no acórdão do T.C. n.º 24/2012.

<sup>19</sup> Por exemplo, decidindo neste íterim, veja-se o acórdão do STJ, de 24/5/2012 (GRANJA DA FONSECA), proc. n.º 37/07.9TBVNG.P1.S1, segundo o qual: “Declarada inconstitucional a norma transitória do artigo 3º da Lei 14/2009, de 01-04, pelo acórdão (TC) 24/2012, de 17/01 e publicado a 27/02, não estão sujeitas a prazo de caducidade as acções de investigação de paternidade em curso aquando da entrada em vigor daquele diploma”, sem distinguir, porém, as acções instauradas *antes* e *depois* do acórdão do T.C. n.º 23/2006, publicado em 10/2/2006.

inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, pelo Tribunal Constitucional, n.º 23/2006, não significa (nem significou), doravante, a não existência e a não consideração de dilações temporais<sup>20</sup>, as quais, ao espelharem um não exercício prolongado do direito subjectivo (na modalidade de direito potestativo) de estabelecer a filiação jurídica à luz das circunstâncias do caso concreto – ou por espelharem o *exercício retardado* do direito de estabelecer essa filiação jurídica –, *paralisam, precludem* ou *fazem perder* a possibilidade de exercício desse direito subjectivo, por contrariarem os ditames da boa fé. Isto não significa, na verdade, que, relativamente às acções de investigação de paternidade *pendentes na data do início de vigência da Lei n.º 14/2009*, o julgador tenha que (ou deva) admitir irremissivelmente a *imprescritibilidade de toda e qualquer pretensão dirigida ao estabelecimento judicial da filiação jurídica* que tenha dado em entrada em juízo e esteja a ser apreciada *medio tempore*, isto é, *entre Janeiro de 2006 e Abril de 2009*.

---

<sup>20</sup> Lembre-se que o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10 de Janeiro (relatado por PAULO MOTA PINTO, in: *Diário da República*, I série, de 8/02/2006, pp. 1026-1054) declarou a inconstitucionalidade material, com força obrigatória geral, da norma do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, mas não concluiu pela proscrição ou pela inadmissibilidade da consagração de *toda e qualquer prazo de caducidade*. A doutrina – pelo menos, já desde o primeiro aresto do Tribunal constitucional (acórdão n.º 484/2004, de que, igualmente, foi relator PAULO MOTA PINTO, in: *Diário da República*, II Série, de 18/02/2005) – já se havia, de resto, manifestado no sentido em que a conformidade do regime de estabelecimento da filiação jurídica com o artigo 26.º/1 da Constituição *não impõe a possibilidade de intentar a acção de investigação a todo o tempo*, inclusivamente a após a morte do investigado. Veja-se REMÉDIO MARQUES, “Caducidade de acção de investigação da paternidade fundada no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil” (em anotação ao referido acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/04), in: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 4 (Outubro/Dezembro 2004), p. 40 ss., pp. 45-46. Veja-se, ainda, o recente acórdão da Relação de Coimbra, de 21/09/2010 (CARLOS GIL), proc. n.º, in <http://www.dgsi.pt>, que julgou conformes à Constituição as normas da Lei n.º 14/2009, que estabeleceram prazos de caducidade nas acções de investigação da paternidade, *in casu*, a alínea *b*) do n.º 3 do artigo 1817.º (três anos após a cessação do tratamento como filho); *idem*, o acórdão da Relação de Coimbra, de 19/01/2010 (CARLOS GIL), proc. n.º 495/04.TBOBR.C1, in <http://www.dgsi.pt>.

Ora, caso não apliquemos os novos prazos de caducidade estabelecidos nesta LN às ações instauradas *após* a data da publicação do referido acórdão do T.C. n.º 23/2006, de 10/01/2006, fica em aberto um vasto leque de possibilidades para o julgador, perante cada caso concreto, tomar uma opção de regime para este problema<sup>21</sup>, ao arrimo da ideia segundo a qual este julgador deverá criar uma norma de decisão “*se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*” (artigo 10.º, n.º 3 do Código Civil). Haverá, segundo creio, que distinguir a situação de todos aqueles investigadores que, atendendo a que se não sentiam constrangidos por qualquer prazo para propor as suas acções de investigação, intentaram tais acções no período que decorreu entre a publicação, no *Diário da República*, de 10 de Fevereiro de 2006, do acórdão n.º 23/2006, do Tribunal Constitucional, de 10 de Janeiro de 2006 e a entrada em vigor em 2 de Abril de 2009 com a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, do novo n.º 1 do art.1817.º do Código Civil.

Relativamente a estas hipóteses, reconhece-se que os potenciais investigadores podem ter *formado e investido na confiança legítima* de que após a prolação do referido acordo do T.C. n.º 23/2006 o regime jurídico passara a admitir a instauração de tais acções *a todo o tempo* ou, pelo menos, durante um alargado prazo dentro do qual não operaria a caducidade da ação de estabelecimento da filiação jurídica. Nessa medida, o artigo 3.º da referida Lei n.º 14/2009 padecerá de *inconstitucionalidade material*.

Todavia, julgo que o mesmo já não se poderá sustentar a respeito de todos aqueles que haviam intentado acções de estabelecimento da

---

<sup>21</sup> Tb., neste sentido, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, *Direito da Filiação*, Tomo I, *Estabelecimento da Filiação, Adopção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 254, os quais afirmam o seguinte: “*Note-se que apenas se declarou a inconstitucionalidade do art. 1817.º, n.º 1, tal como ele está formulado hoje [ou seja, em 2006]. O que deixa em aberto um vasto leque de possibilidades para o legislador ordinário que queira – como deve – tomar uma opção nova de regime para este problema*”.

filiação *antes da data da publicação do referido acórdão do T.C. n.º 23/2006*. Pois, quanto a estes não é inteiramente seguro – ou não é nada seguro – que o interesse em investigar a paternidade *a todo o tempo* tivesse criado qualquer expectativa e desencadeasse uma *situação de confiança* (e de *investimento* nessa confiança) na mente dos investigadores<sup>22</sup>. Se estes investigadores propuseram a ação para além do referido prazo de dois anos *antes* do dia 10 de Fevereiro de 2006, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não *torna (retroactivamente) impeditivo da caducidade* o facto da entrada da petição inicial na secretaria do tribunal, uma vez que o facto extintivo (*scilicet*, o decurso do tempo previsto na lei) já havia ocorrido ao abrigo da LA declarada inconstitucional por esse acórdão n.º 23/2006.

Estes investigadores, ainda quando surpreendidos («favoravelmente») com a referida declaração de inconstitucionalidade material, *quando haviam já instaurado as respectivas ações de investigação para além do prazo de dois anos a contar da maioridade ou emancipação*, não contariam, após a mencionada declaração de inconstitucionalidade, com qualquer expectativa legítima de continuidade da ausência de fixação legislativa de qualquer prazo<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Na verdade, no que tange aos *investigantes que já haviam instaurado ações de investigação antes do dia 10 de Fevereiro de 2006* (pendentes no dia 2 de Abril de 2009) – numa época em que o prazo de caducidade era de dois anos a contar da maioridade ou da emancipação – não creio que estes tenham passado a gozar de tutela jurídica, em termos de a propositura da ação de investigação ter impedido a consumação do *facto extintivo* do seu direito, pela simples circunstância de ter perdido eficácia, em Fevereiro de 2006, a norma que fixava o prazo de dois anos para propor a ação (n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil), por força da declaração de inconstitucionalidade, proclamada pelo acórdão n.º 23/2006.

<sup>23</sup> Surpreendidos com a decisão de inconstitucionalidade material do acórdão n.º 23/2006, *quando as respectivas ações já se encontravam pendentes*, apenas estes investigadores teriam criado a expectativa de os juizes *a quo* (ou *ad quem*, em sede de recurso ordinário) considerarem, no saneador, a tempestividade da ação de investigação ou procederem à revogação de decisões que tenham afirmado essa caducidade.

Na verdade, até à publicação do acórdão do T.C. n.º 23/2006, os investigadores, cientes, *pelo menos desde 2004 (rectius, desde a prolação do acórdão do T.C. n.º 486/2004, que, pela primeira vez, julgou materialmente inconstitucional a referida norma, em sede de fiscalização concreta), de que a questão do prazo de caducidade do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil era controvertida, fundavam, em primeira linha, as ações de investigação da paternidade nas *presunções de paternidade* previstas no artigo 1871.º, n.º 1, do Código Civil, alegando e tentando provar os *factos-base* de tais presunções, em particular, a *posse de estado* e, a partir de 1998, na existência de *relações sexuais entre o investigado e a mãe do investigador no período legal de concepção*. Na perspectiva de não lograrem provar os factos essenciais destas causas de pedir, os investigadores alegavam os factos subjacentes à *prova directa da filiação biológica*. Todavia, não podiam desconhecer que os tribunais não acolhiam a tese da inconstitucionalidade material deste prazo de dois anos<sup>24</sup>; outrossim, não podiam olvidar que a própria doutrina, somente a partir de 2004 se começou a pronunciar contra a consagração de tão exíguos prazos de caducidade<sup>25</sup>.*

---

<sup>24</sup> Cfr. os acórdãos do T.C. n.ºs 99/88, de 28/4/1988 (CARDOSO DA COSTA), 413/89, de 31/5/1989 (CARDOSO DA COSTA), 370/91, de 25/9/1991 (ALVES CORREIA), 311/95, de 20/6/1995 (ALVES CORREIA) e, por último, 506/99, de 21/9/1999 (TAVARES DA COSTA). Somente com o acórdão do T.C. n.º 486/04, de 7/7/2004 (PAULO MOTA PINTO) esta solução foi expressamente acolhida, em sede de fiscalização concreta, o mesmo acontecendo com o acórdão n.º 11/2005, de 12/1/2005 (PAULO MOTA PINTO).

<sup>25</sup> Primeiramente por GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das ações de investigação”, in: *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 1, 2004, p. 7 ss. = *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I, 2004, p. 49 ss.; F. M. PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. II, *Direito da Filiação*, Tomo I (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 247-253; J. P. REMÉDIO MARQUES, “Caducidade de Acção de Investigação da Paternidade Fundada no Artigo 1817, n.º 1, do Código Civil, Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/04”, in: *Jurisprudência Constitucional*, 4, Outubro-Dezembro de 2004, p. 40 ss., pp. 48-49; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, p.174.

Mesmo quando a acolheu, pela primeira vez, em meados de 2004, o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 486/2004, considerou um alongamento do prazo “normal” previsto no artigo 1817.º, n.º 1, dilatando-o, porventura, para um momento em presumivelmente se terá *consolidado* plenamente a formação, pessoal e profissional do investigador (que levaria a apontar, por exemplo, para os 25 anos de idade)<sup>26</sup>.

Como é indesmentível, essa declaração de inconstitucionalidade foi tomada por motivos directamente ligados à *exiguidade do prazo de dois anos e ao seu termo inicial*, numa época da vida e existência individual em que os investigadores não gozam da normal *maturidade e experiência* para aquilatar a necessidade, a oportunidade ou a conveniência de estabelecerem juridicamente a respectiva ascendência biológica.

#### **4. A imprestabilidade dos critérios «gerais» de sucessão de leis no tempo**

Poder-se-ia ser tentado a resolver esta questão mediante a mera aplicação dos critérios gerais sucessão de leis no tempo, *maxime*, no quadro das *leis sobre prazos*<sup>27</sup>. A *retroconexão* deste reconhecimento

---

<sup>26</sup> O T. C. salientou, aliás, a oportunidade da previsão de uma *cláusula geral de salvaguarda*, permitindo a propositura da acção para além de tal prazo mínimo “normal”, contanto que o autor cumprisse o ónus de alegar e provar factos que tornassem a propositura *tardia* da acção *desculpável ou justificável (maxime, o desconhecimento, sem culpa, da identidade do progenitor ou a existência de reais obstáculos práticos ou sociais à proposição da acção)*.

<sup>27</sup> Nesta senda, conceber-se-ia que o n.º 1 do art. 1817.º do CC (na redacção dada pela Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril) seria sempre aplicável aos processos pendentes na data do seu início de vigência, mesmo que o legislador não tivesse tido o cuidado de, no artigo 3.º dessa mesma lei, expressar essa aplicabilidade. Isto porque o estabelecimento da filiação (paternidade ou maternidade) ocorre somente no momento em que, por decisão judicial em acção de investigação, tal é reconhecido. Com o que não haveria aplicação retroactiva da LN.

judicial da filiação a factos passados (concepção e nascimento) seriam apenas atinente aos *factos-pressupostos*, cuja localização no tempo não influi sobre a determinação da lei aplicável<sup>28</sup>. Neste enfoque, o decurso do tempo (2 anos, a contar da maioridade ou emancipação) não representaria um facto extintivo (nem tão pouco constitutivo ou modificativo) de qualquer efeito jurídico; seria um simples «facto pressupostos», na formulação de BAPTISTA MACHADO<sup>29</sup>, cuja localização no tempo não influi sobre a determinação da lei aplicável. Sendo assim, a LN aplicar-se-ia *para o futuro* e teria atingido as ações de investigação *pendentes* no dia 2 de Abril de 2009: se os autores tivessem apenas fundado a causa de *pedir na filiação biológica* (ou não tivessem podido demonstrar os factos base da *posse de estado* ou de outras *presunções de paternidade*), os tribunais deveriam declarar a caducidade da ação na eventualidade de os investigantes (ou alguns deles) terem deixado decorrer um prazo superior a 10 anos, após a sua maioridade ou emancipação. Não creio, porém, que o facto natural «tempo» constitua, neste caso, um mero (ou somente) *facto pressuposto*, para o qual seria indiferente o regime da LN, a qual se *aplicaria sempre e de forma imediata às ações pendentes*. Julgo que este facto natural «tempo» (e o decurso global do prazo previsto na lei) é antes um *facto extintivo* de um *direito subjectivo* (ou de uma situação jurídica), qual seja o *direito de ação*, no sentido de fazer afirmar um direito *de personalidade* (e direito fundamental) do autor dessa ação.

Ora, uma outra solução se divisaria: tendo o decurso global o prazo o valor de um *facto extintivo* de direitos ou de situações jurídicas subjectivas e considerando que a *LN veio encurtar o prazo* da propositura de ações de investigação fundadas na filiação biológica

---

<sup>28</sup> Neste sentido, cfr. o acórdão do STJ, de 13/9/2012 (PIRES DA ROSA), proc. n.º 146/08.7TBSAT.C1.S1

<sup>29</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 1990, cit., p. 244.

– no pressuposto de a referida declaração de inconstitucionalidade material proclama em Janeiro de 2006 ter criado um «ambiente jurisprudencial» favorável à propositura da ação *a todo tempo* –, então, a fim de evitar indesejáveis *efeitos surpresa* com o *encurtamento* do prazo previsto na LN, seria aplicável o disposto no artigo 297.º, n.º 1, do Código Civil. Consequentemente, a aplicação da LN às ações pendentes faria eventualmente manter operante (por retroactividade *não autêntica*) o facto impeditivo da caducidade plasmado na propositura da ação. Salvo se o réu fosse absolvido da instância e o autor tivesse que propor nova ação de investigação já ao abrigo da LN e, para o efeito, não o fizesse no prazo de 30 dias (artigo 279.º, n.º 2, do CPC). Todavia, numa outra interpretação, o facto que serve de previsão da LN já se teria verificado *totalmente no passado*<sup>30</sup>.

Mas esta solução baseada nas regras gerais de sucessão no tempo de leis sobre prazos também não parece prestável e adequada. Com efeito, esta regra pressupõe a «normal» sucessão de leis no tempo: à LA sucede a LN. Nada disto se passou, porém, no quadro das vicissitudes operadas por via da referida declaração de inconstitucionalidade material com força obrigatória geral. *Entre o dia 10 de Fevereiro de 2006 e o dia 2 de Abril de 2009* não existiu, destarte, um específico parâmetro normativo positivado em lei, por cujo respeito as partes e os tribunais pudessem ter programado as suas condutas e decisões no que respeita à tempestividade da instauração de ações de estabelecimento da filiação jurídica alicerçadas na filiação biológica (fora, portanto, da invocação e prova de *presunções de paternidade* previstas para os filhos nascidos fora do casamento). Pode dizer-se que a LN encurtou o prazo previsto na LA? Qual era

---

<sup>30</sup> Donde, os investigantes deveriam ter instaurado, *no passado*, a ação de investigação até perfazerem 29 anos de idade (*momento impeditivo* da caducidade *enquanto efeito extintivo* da possibilidade de fazer reconhecer a filiação jurídica), mesmo que estes já tivessem exercido *lícita* e *tempestivamente* o direito de ação após a referida declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, publicada em Fevereiro de 2006.

a LA? E é aceitável observar que a LN veio *alongar* o prazo estabelecido na LA (dois anos a contar da maioridade ou emancipação), sem cuidar de ponderar os parâmetros judicativos ocorridos *medio tempore* entre inícios de 2006 e Abril de 2009? Perante o exposto – e assente a ideia de que esta questão para que se busca solução somente atinge *as ações de investigação instauradas medio tempore, entre 10 de Fevereiro de 2006 e 1 de Abril de 2009* –, a solução da (des)aplicação da norma transitória especial do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 às ações pendentes convoca os critérios normativos e de concretização material do *princípio da confiança*. Vejamos.

## **5. A discricionariedade legislativa e as dimensões do princípio da confiança**

Como vimos, deve perguntar-se se a *projecção retroactiva* da LN aos *processos pendentes* na data do seu início de vigência (iniciados após a publicação do acórdão do T.C. n.º 23/2006) frustra, de forma intolerável e escandalosa, a confiança criada, depositada e investida pelos investigantes. Será que estamos perante um circunstancialismo em que se tutela um *direito subjectivo* (público) – o *direito de ação* e a *tutela jurisdicional efectiva* – que é instrumental da afirmação de um *direito de personalidade* e um direito fundamental (direito à identidade pessoal) e, a *posteriori*, se retira retroactivamente esse direito subjectivo por meio de uma *retroconexão total* da LN, segundo a qual o facto (*in casu*, o decurso do tempo: 10 anos) que serve de previsão desta LN já transcorreu totalmente no passado, inutilizando a instância processual e a situação jurídica processual por ela criada?

Com algum rigor, pode afirmar-se que nos quedamos face a uma situação de *retrospectividade* ou “retroactividade inautêntica”; que o mesmo é surpreender uma situação aí onde a lei nova vigora *ex*

*nunc*, para o futuro, conquanto transporte a característica de “afetar direitos que, embora constituídos no passado por força da lei anterior, prolongam os seus efeitos no presente”<sup>31</sup>. O legislador da Lei n.º 14/2009 não estava, de facto, impedido de proceder à revisão do regime dos prazos de caducidade das ações de estabelecimento da filiação (da maternidade/paternidade) e da impugnação da paternidade presumida. Este legislador – como qualquer legislador ordinário – desfrutava, a partir de Fevereiro de 2006, de uma ampla *liberdade de conformação legiferante*; ele gozava, a partir da referida declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma ampla *liberdade e discricionariade de conformação legislativa* destes específicos regimes jurídicos, atendendo aos interesses, valores e direitos fundamentais em presença. Não existe, na verdade, uma garantia constitucional no sentido da “imprescritibilidade” das ações destinadas ao estabelecimento da filiação jurídica, pois o legislador ordinário tem de dispor de uma ampla margem de conformação da ordem jurídica, incluindo a natural possibilidade de alteração das leis em vigor<sup>32</sup>, seja na sequência do normal fluir das opções de política legislativa, de compromissos eleitorais, etc., seja por causa da declaração de inconstitucionalidade, com eficácia geral, de leis por ele anteriormente aprovadas<sup>33</sup>.

A ponderação das situações concretas à luz do princípio da *segurança jurídica* na vertente material da *confiança* formada, confirmada e investida pelos cidadãos de um determinado regime jurídico face a mudanças de comportamento do legislador – osten-

---

<sup>31</sup> Com esta formulação, J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 818.

<sup>32</sup> J. REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 263 ss.

<sup>33</sup> A ponderação dos interesses subjacentes às opções legislativas não pode ser *neutralizada*; não podemos admitir a *rigidificação* das regras jurídicas norteadoras do regime da tempestividade do direito de ação.

tando as características da *continuidade*, da *previsibilidade* e da *calculabilidade* do presente e do devir em atenção aos diferentes direitos fundamentais envolvidos – pode iluminar adequadamente o juízo a fazer respeitante à (in)constitucionalidade do artigo 3.º da LN. E esta metodologia será, igualmente adequada a apurar se cabe, ou não, distinguir a situação dos investigantes que *já haviam* instaurado ações de investigação *antes* da publicação do acórdão do T.C. n.º 23/2006, *para além do prazo de dois anos a contar da maioridade*, daqueles outros que, tendo mais de 20 anos de idade, apenas propuseram tais ações *após a referida declaração de inconstitucionalidade*.

Conhecem-se os pressupostos em que assenta o *princípio da confiança* e da *boa fé do legislador* (artigo 266.º, n.º 2, da Constituição)<sup>34</sup>. Atento o exposto, o que devemos perguntar é se existiu, a partir de Fevereiro de 2006 a *criação de padrões normativos de conduta* subjectivamente radicada, susceptíveis de alicerçar nos seus destinatários uma *expectativa normativa segura de orientação reveladora* de uma *dignidade constitucionalmente* relevante, a qual *não sugeria a previsibilidade de mutações ou de alterações substanciais* da situação jurídica com base na qual tais destinatários podiam *constituir (in*

---

<sup>34</sup> Quais sejam: (a) identificação de uma *base de confiança* criada e aceite pelos poderes públicos; (b) *formação da confiança* dos cidadãos assente nessa base; (c) *confirmação dessa confiança* mediante actos concretizadores; (d) *investimento dos cidadãos* na confiança que fora gerada por tais poderes públicos (legislativo, executivo e judicial); (e) *dignidade da protecção da confiança* dos cidadãos, no sentido em que tais expectativas de continuidade do regime vigente num certo momento sejam legítimas, por que fundadas ou justificadas em boas razões; (f) *mudança de comportamento dos poderes públicos* que não seja exigida pelo interesse público, a qual, pela sua importância ou valor, seja superior ao valor da tutela das expectativas (de continuidade) criadas, de tal modo que exista uma frustração da confiança por parte dos poderes públicos que a criara; (g) um *elemento de conexão normativo* entre as actividades desses poderes públicos e a actividade ou as expectativas dos cidadãos, qual *nexo de causalidade* entre a actuação geradora de confiança e a situação de confiança e o investimento nessa confiança – MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 182-183; M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, 2.ª edição, Lisboa, 2006, p. 217 ss.

*casu*, estabelecer a filiação jurídica), *modificar* ou *extinguir* direitos ou posições jurídicas (*scilicet*, impugnar a paternidade presumida).

## **6. Os critérios de decisão do Tribunal Constitucional e as ações propostas após o dia 10 de fevereiro de 2006**

No que tange ao *princípio da segurança jurídica* – cuja convocação é aqui decisiva na sindicância da constitucionalidade de alterações legislativas que atingem factos passados e situações jurídicas *em curso de constituição* – o Tribunal Constitucional tem entendido que as alterações legislativas que afectem expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos são inadmissíveis, contanto que (a) a afectação de expectativas, em sentido desfavorável, constitua uma *mudança da ordem jurídica* com que, *razoavelmente*, os destinatários das normas dela constantes não pudessem contar; e ainda, (b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes, à luz do *princípio da proporcionalidade*, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição<sup>35</sup>. Deve então perguntar-se se ocorreu, entre Fevereiro de 2006 e Abril de 2009, alguma *continuidade* manifestada na *estabilidade de certas expectativas dos cidadãos* e na *congruência das decisões judiciais* que, a partir da referido acórdão do T.C. n.º 23/2006 com o desaparecimento da norma do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, passaram a entender, por esmagadora

---

<sup>35</sup> Entre muitos, cfr. Pareceres da Comissão Constitucional n.ºs 25/79 e 14/82; acórdãos do T.C. n.º 302/90; *idem*, n.º 232/91; *ibidem*, n.º 365/91; *ibidem*, n.º 473/92; *ibidem*, n.º 354/2000; *ibidem*, n.º 449/2002; *Ibidem*, n.º 556/2003, *ibidem*, n.º 154/10, todos em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

maioria, não existir prazo de caducidade para a instauração de ações de investigação da paternidade ou da maternidade<sup>36</sup>.

Após o dia 10 de Fevereiro de 2006 as pessoas confiaram na situação jurídica criada pela revogação do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil. As pessoas cuja paternidade (ou maternidade) não estivesse estabelecida fortaleceram as suas orientações de vida no sentido de continuarem a esperar ser reconhecidas como filhos ou filhas (por meio da perfilhação) pelos homens que pensavam serem os seus pais biológicos. Conquanto essa perfilhação não viesse a ocorrer, elas sempre ficariam salvas de, *a partir de Fevereiro de 2006*, intentar ação de investigação a todo o tempo, independentemente de alegarem e provarem certos *factos-base* das *presunções de paternidade* estabelecidas no artigo 1871.º do mesmo Código<sup>37</sup>.

Embora a declaração de inconstitucionalidade em causa (n.º 23/2006), com a concreta delimitação feita pelo Tribunal Constitucional não tenha sido, *por si só*, uma circunstância *objetivamente* adequada a gerar a expectativa que outros prazos de caducidade da investigação da filiação, com outros limites temporais ou com outras formas de contagem, seriam, também eles, incons-

---

<sup>36</sup> De facto, a jurisprudência das Relações e do STJ passou a entender, logo após a publicação do acórdão n.º 23/2006, que as ações destinadas ao estabelecimento da filiação jurídica não deveriam achar-se sujeitas a prazo de caducidade. Estas decisões, a que já me referi há pouco, terão criado nos cidadãos a impressão de que esses padrões de conduta poderiam ser prosseguidos sem impedimentos, mudanças ou rupturas jurídicas, por parte de outros órgãos de soberania, em particular, a Assembleia da República. Em suma, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, aplicável *ex vi* do artigo 1873.º do mesmo Código, constante do Acórdão n.º 23/2006 do T.C., veio a ser generalizadamente interpretada pela jurisprudência do STJ como significando a «imprescritibilidade» do direito de investigar a paternidade, com o fim da sujeição deste direito a prazos.

<sup>37</sup> Estes cidadãos tomaram decisões e fizeram planos de vida sedimentados nessas expectativas de continuidade da solução jurisprudencial que então passou a ser aplicada aos casos concretos pelos tribunais superiores. Com o que terá ocorrido um verdadeiro nexo de causalidade entre a actuação do Tribunal Constitucional, com o acórdão n.º 23/2006, e a actuação dos cidadãos em cujo assento de nascimento não constava a menção da paternidade.

titucionais, o certo é que a prática e a orientação jurisprudencial dos tribunais da Relação e do STJ seguiram um caminho oposto; trilharam, esmagadoramente, a tese da «imprescritibilidade» de tais ações. Todavia, volvidos *pouco mais de três anos*, estas pessoas, que haviam estabilizado as suas expectativas normativas com base nas soluções jurisprudenciais então consolidadas pela orientação do Tribunal Constitucional, viram-se confrontadas com uma nova, dramática e totalmente diferente opção político-legislativa: o encurtamento do prazo para investigar a filiação, ainda por cima aplicável às ações pendentes no dia 2 de Abril de 2009. Estes cidadãos, autores de ações de investigação instauradas após o dia 10 de fevereiro de 2006, perderiam “na secretaria” a pretensão para a qual poderiam ganhar de causa “no campo”<sup>38</sup>.

A Lei n.º 14/2009 operou uma mutação substancialmente desfavorável da ordem jurídica, *baja em vista as soluções jurisprudenciais surgidas logo a publicação do acórdão do T.C. n.º 23/2006*, as quais passaram, quase todas, a entender que as ações de investigação se tornaram, doravante, «imprescritíveis». Donde, a existência, desde a publicação desse acórdão, de uma *expectativa legítima de continuidade* da não fixação legislativa de qualquer prazo de caducidade para investigar e estabelecer judicialmente a filiação jurídica. Embora a questão, *medio tempore*, estivesse em aberto, os interessados não podiam seguramente contar com um regime de prazos do tipo do que foi estabelecido pela Lei n.º 14/2009. A jurisprudência consolidada nos tribunais judiciais pode ser assim configurada como *meio de formação e de revelação de norma aplicável aos casos concretos*, de modo que tal norma jurídica, de formação jurisprudencial, corresponderia a um comando permissivo de instauração de acção

---

<sup>38</sup> Por força da mencionada declaração de inconstitucionalidade, proclamada pelo acórdão n.º 23/2006, era de afastar a hipótese de os cidadãos interessados considerarem que estávamos perante um transitório vácuo legislativo, a preencher dentro do “espírito do sistema” por meio de soluções jurisprudências casuísticas.

de investigação da paternidade/maternidade, sem dependência de qualquer prazo de caducidade<sup>39</sup>.

Vale dizer: a aplicação imediata da LN às ações pendentes na data do seu início de vigência implica o *aniquilamento jurídico do direito de ação* já exercido *após o dia 10 de Fevereiro de 2006*. O que está em causa é, por conseguinte, a violação de direitos fundamentais por motivo da aplicação retroactiva de uma *norma transitória especial* aniquiladora de direitos fundamentais *já exercidos e em curso de constituição* (*direito de ação, direito à identidade pessoal, direito a constituir família*). A aplicação da LN às *ações pendentes a partir da publicação do acórdão do T.C. n.º 23/2006* torna impossível o exercício efectivo do direito de constituir a filiação através dos tribunais a pessoas que já haviam *impedido* essa mesma caducidade

---

<sup>39</sup> Admito, embora com algumas reservas, que terá assim sido criado nos interessados a expectativa legítima de que viria a ser alterado o regime jurídico de instauração das acções de investigação da paternidade ou de maternidade, no sentido da remoção de um prazo de caducidade, o que conduziria à possibilidade de instauração a todo o tempo daquelas acções. Isto porque o artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 terá resultado de uma iniciativa legislativa apresentada pelo grupo parlamentar PEV – Partido Ecologista “Os Verdes”, em 7/11/2005 (in <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21079>), que se limitava a acrescentar um novo n.º 7 ao artigo 1817.º do Código Civil, que dispunha: “desde que os efeitos pretendidos sejam de natureza meramente pessoal, a acção de investigação da maternidade pode ser proposta a todo o tempo”. Ademais, determinava-se, no artigo 2.º do referido Projecto de Lei n.º 178/X, que aquela alteração entraria imediatamente em vigor. Além de que se registam decisões de alguns tribunais que optaram por aplicar o prazo geral de prescrição de *vinte anos*, previsto no artigo 309.º do Código Civil a acções de investigação instauradas a partir da publicação do acórdão do T.C. n.º 23/2006. Cfr. o relatório do acórdão do STJ, de 17/4/2008 (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9192ebc240ebcdf28025742e0039f69e?OpenDocument>), aí onde a decisão da 1.ª instância, que suscitou o recurso de apelação para a Relação de Guimarães, objecto de revista para este Supremo, aplicou o prazo geral de prescrição de *20 anos*, tendo julgado procedente a excepção peremptória suscitada pelo autor e julgado extinto o direito à investigação da paternidade. Cfr., igualmente, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das Acções de Investigação”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 1, 2004, p. 12, que admite a tendencial «imprescritibilidade» do direito à investigação de paternidade, mas acaba por temperar essa defesa da não sujeição a qualquer prazo com a possibilidade de recurso ao instituto da prescrição e ao prazo máximo de 20 anos, a contar da maioridade.

mediante a precípua propositura da ação ao abrigo da aplicação<sup>40</sup>. Ademais, tendo em conta a natureza *rígida* e *absoluta* da aplicação às ações pendentes deste prazo de 10 anos, não terá sido ponderado o melhor equilíbrio e adequação entre o respeito pela *intimidade da vida privada* do investigado e o direito à identidade pessoal do investigado. O aplicar os novos prazos de caducidade (de 10 anos subsequentes à maioridade ou emancipação) às ações pendentes na data de início de vigência da LN instauradas após a prolação do referido acórdão n.º 23/2006 retira, abrupta, desproporcionada e inadmissivelmente, o direito (subjectivo e fundamental) aos autores de a sua causa (e pretensão material) dever ser examinada e julgada quanto ao *mérito* (e não apenas quanto aos *requisitos processuais de admissibilidade*) por um tribunal.

## **7. O princípio da confiança e as ações propostas *antes* do dia 10 de fevereiro de 2006, que *ainda* se achavam pendentes no dia 2 de abril de 2009**

Já, porém, as ações de estabelecimento da filiação instauradas antes da prolação do acórdão do T.C. n.º 23/2006, que ainda se encontravam pendentes na data de início de vigência da Lei n.º 14/2009 devem seguir uma solução diferente. Neste particular devo reconhecer uma inflexão da posição que já perfilhei no passado<sup>41</sup>. Na verdade, os autores que tenham instaurado ações de investigação

---

<sup>40</sup> Há, com efeito, uma adicional *denegação de justiça* respeitante à não pronúncia da *decisão de mérito* pela verificação superveniente de uma *exceção peremptória* de conhecimento oficioso (a caducidade do direito de ação), a qual atinge totalmente o tempo transcorrido no passado. Nestes casos o facto que serve de previsão esta LN (o decurso do tempo) já se verificou totalmente no passado, na sequência da cessação de produção de efeitos do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil por motivo do acórdão do T.C. n.º 23/2006.

<sup>41</sup> J. P. REMÉDIO MARQUES, “Caducidade de Ação de Investigação ...”, 2009, cit., pp. 219-220, 226-227.

*antes do dia 10 de Fevereiro de 2006 e que em 2 de Abril de 2009 se viram confrontados com a consagração normativa de um prazo de caducidade de 10 anos nem sequer podem usar a seu favor a expectativa da manutenção de qualquer manutenção, estabilidade ou uniformidade de jurisprudência.* Lembre-se que, só a partir desse dia, os tribunais superiores passaram a decidir (ou a confirmar os despachos saneadores emanados da 1.<sup>a</sup> instância) que as ações de investigação não estavam sujeitas a qualquer prazo. Situação a que estariam sujeitos os autores de ações desta natureza interpostas após a publicação do referido acórdão do T.C. n.º 23/2006.

A *situação de confiança* na realização judicial de uma pretensão material e o *investimento nessa confiança* – face a possíveis mutações legislativas ocorridas na pendência dessa causa – formam-se no *momento da propositura da ação*. Não é por acaso que o *facto impeditivo da caducidade* (que não admite suspensão, nem interrupção, salvo nos casos expressamente previstos na lei: artigo 328.º do Código Civil) coincide com a entrada da petição na secretaria do tribunal, ou seja com a *propositura da ação em juízo* (artigo 332.º, n.º 1, do mesmo Código). Por outro lado, deve observar-se que a verificação do preenchimento dos *pressupostos processuais* deve ocorrer de harmonia com a *lei vigente à data da propositura da ação*. Na data da propositura destas ações estava em vigor uma norma que impedia, para além dos 20 anos de idade do autor da ação, o exercício da tutela jurisdicional destinada a estabelecer a filiação jurídica desligada da invocação de *presunções de paternidade* ou do obstáculo de uma prévia inscrição da paternidade que deva ser previamente removida<sup>42</sup>. À data da instauração destas ações – *antes*,

---

<sup>42</sup> Não pode pois dizer-se que se tenha criado uma situação de confiança mecedora de tutela e de investimento nessa confiança relativamente aos autores de ações de investigação que, na data da instauração dessa ação, tivessem mais de 20 anos. É que no momento da instauração de tais ações o direito de ação já se encontrava caduco ao abrigo da norma que permitia a realização dessa *pretensão material através do processo*.

portanto, do dia 10 de Fevereiro de 2006 –, os autores já nem sequer beneficiaram de tal direito, por terem deixado correr mais de dois anos desde a sua maioridade (ou emancipação). Por conseguinte, a norma do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, tendo em conta as específicas circunstâncias destes casos, não configurou uma *restrição do direito de acesso aos tribunais* (artigo 20.º, n.º 1, da Constituição). Os interessados não gozavam, destarte, de uma legítima expectativa na vigência de um regime normativo que permitisse a instauração de acções de investigação da paternidade/maternidade a todo o tempo (ou durante um prazo mais ou menos dilatado a partir da maioridade). Não pode dizer-se que existia qualquer expectativa normativa na mutação favorável do regime jurídico então vigente<sup>43</sup>. Vale dizer: não foi violado aquele *mínimo de certeza e de segurança* no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas, exactamente porque as acções (de cujo desfecho final com decisão transitada em julgado decorre o estabelecimento da filiação jurídica) foram instauradas numa época em que vigorava o prazo de *dois anos* a contar da maioridade, em que a instauração da acção, à luz do direito aplicável, após o referido prazo de dois anos não gerava o facto impeditivo da caducidade. Na data da instauração da acção, o prazo-regra para a propositura da acção de investigação de paternidade era de *dois anos* após o investigador ter atingido a maioridade ou a emancipação (artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil)<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> E deve observar-se que somente viola o *princípio da protecção da confiança*, ínsito na ideia de Estado de direito democrático, uma *retroactividade intolerável*, que afecte de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos – cfr. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 11/83, de 12 de Outubro de 1982, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 1.º vol., pp. 11 e segs.; no mesmo sentido se havia já pronunciado a Comissão Constitucional, no Acórdão n.º 463, de 13 de Janeiro de 1983, publicado no *Apêndice ao Diário da República*, de 23 de Agosto de 1983, p. 133, e no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 314, p. 141.

<sup>44</sup> Excepcionalmente, uma vez decorrido o referido prazo, o Código Civil atribuíria ainda ao filho a faculdade jurídica de: (a) reagir no prazo de um ano após a destruição do registo da paternidade até então tido por verdadeiro e que inibia qualquer investigação de paternidade (artigo 1817.º, n.º 2); (b) utilizar o escrito

Vale isto por dizer que a norma transitória do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 não veio estatuir ou alargar às ações interpostas antes de Fevereiro *restrições autónomas* a direitos fundamentais que a LA (antiga redação do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil) não previa. Pelo contrário, a LN melhorou a posição jurídica subjectiva dos investigadores relativamente à redação do referido n.º 1 do artigo 1817.º julgada inconstitucional com força obrigatória geral pelo acórdão n.º 23/2006. Situados na época da propositura de tais ações de investigação – antes, portanto, de 10/2/2006 – o interesse em investigar a paternidade *a todo o tempo* não tinha passado a gozar de tutela jurídica pelo simples facto de antes dessa data alguma doutrina (no caso, a veiculada pelo Prof. GUILHERME DE OLIVEIRA) e três acórdãos do Tribunal Constitucional, *a partir de meados do ano 2004*, terem declarado inconstitucional, em sede de fiscalização concreta, a referida inconstitucionalidade<sup>45</sup>.

De igual sorte, devo reformular o argumento que utilizei neste tipo de situações, segundo o qual a *retroactividade ampliativa de direitos fundamentais não é inconstitucional*<sup>46</sup>, mesmo que atinja um facto ou um efeito já produzido ou estabilizado no passado. Isto porque, no anverso, esta *retroactividade ampliativa* afecta ou

---

do progenitor reconhecendo a paternidade, dispondo de um prazo de seis meses a contar do conhecimento desse escrito (artigo 1817.º, n.º 3); (c) caso existisse *posse de estado*, de investigar a paternidade no prazo de um ano a contar da data em que cessou o tratamento (artigo 1817.º, n.º 4).

<sup>45</sup> Não havia, na mente destes investigadores, a existência de qualquer expectativa legítima de continuidade da não fixação legislativa de qualquer prazo fundado apenas no acórdão do T.C. n.º 486/2004 e nos dois que lhe seguiram até ao acórdão n.º 23/2006. Até porque para estes acórdãos o julgamento de inconstitucionalidade material não incidiu sobre a existência de um prazo de caducidade para a propositura da ação de investigação de paternidade, mas sim sobre a duração desse prazo e, sobretudo, sobre as suas características, uma vez que começava a correr inexorável e ininterruptamente desde o nascimento do filho (facto objectivo) e se podia esgotar integralmente sem que o mesmo tivesse qualquer justificação para a instauração da ação de investigação de paternidade.

<sup>46</sup> Doutrina veiculada, entre nós, por J. REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 2004, cit., p. 265.

comprime outros direitos fundamentais do investigado, qual seja o direito à *intimidade da vida privada* – que não pode ser totalmente aniquilado; e, outrossim, o valor da *segurança jurídica, maxime* numa época em que vigorava um prazo de caducidade de *dois anos* a contar da maioridade do investigante, prazo, este, que já havia decorrido na data em que tais ações foram instauradas. As prerrogativas ligadas ao exercício, a todo o tempo, da ação de investigação e estabelecimento da filiação jurídica interferem gravemente com valores que também desfrutam de protecção legal e até constitucional, como sejam a dita *segurança jurídica, a preservação da paz e da harmonia dentro da família do investigado* – sobretudo quando o investigado era casado à data da concepção do investigante – e o direito ao *respeito da vida privada do investigado*, o qual tem especial relevância na matéria de relacionamento sexual, matéria necessariamente presente no apuramento da paternidade<sup>47</sup>. A investigação da paternidade acarreta, quase sempre, danos na reputação do investigado; além de que existe a possibilidade de grosseira interferência com o *respeito devido aos mortos*, no caso de exumação do investigado falecido<sup>48</sup>.

Lembre-se ainda que a larga maioria das ações instauradas *antes de 2006* tiveram como causa de pedir os factos-base de *presunções*

---

<sup>47</sup> Cfr. a declaração de voto do Conselheiro PEDRO MACHETE no acórdão do T.C. n.º 515/2012, segundo o qual quanto maior for o afastamento da data da pretensa concepção, “mais acentuadamente intrusiva será a iniciativa processual do investigante na reserva da vida privada dos terceiros atingidos”. Donde, a partir do momento em que o investigante reúne as condições legais e subjectivas – em especial, a maturidade ou o conhecimento de certos dados anteriormente desconhecidos – para exercer os seus direitos ao conhecimento e estabelecimento da paternidade biológica e ao estabelecimento do respetivo vínculo jurídico, a dilação temporal correspondente à omissão do exercício desses direitos reforça de crescentemente os aludidos direitos à *reserva da intimidade da vida privada e familiar do pretenso pai* e da sua família mais próxima.

<sup>48</sup> O decurso do tempo faz com que tais interesses e valores adquiram uma acrescida relevância, pelo que a concordância prática deverá impor o *justo equi-librio* entre todos os interesses em presença em razão do decurso do tempo e da inação dos investigantes.

*de paternidade*, cujo prazo de caducidade era substancialmente maior<sup>49</sup>. Por outro lado, não pode dizer-se que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral emanada do acórdão n.º 23/2006 terá tido um *efeito repristinatório* das normas que o n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil tenha revogado<sup>50</sup>. De facto, esta norma revogara o artigo 37.º do Decreto n.º 2, de 25/12/1910<sup>51</sup>. A rejeição destes efeitos repristinatórios justifica-se à luz da situação de *inconstitucionalidade superveniente* dessa solução e da *irrazoabilidade da sua aplicação*, uma vez que tais efeitos são incompatíveis com o paradigma em que hoje assentam as relações e as situações de filiação jurídica<sup>52</sup>. Enfim, as decisões que julgaram a inconstitucionalidade desta norma do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 respeitaram a ações de investigação instauradas *após a publicação do acórdão n.º 23/2006*<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Por exemplo, havendo *posse de estado* o prazo somente corria após a cessação do tratamento como filho pelo pretense pai (um ano após a cessação voluntária desse tratamento, a qual, *ultima ratio*, ocorria quando o pretense pai morresse: antiga redação do n.º 4 do artigo 1817.º do Código Civil).

<sup>50</sup> O prazo previsto nessa norma foi introduzido pela versão inicial do Código Civil de 1967 (Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966) no texto do artigo 1854.º, n.º 1, que, posteriormente, transitou no essencial para o artigo 1817.º, n.º 1, na revisão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro de 1977 do Código.

<sup>51</sup> Ou seja, a «Lei da Protecção dos filhos», segundo o qual: “*A acção de investigação de paternidade ou maternidade só pode ser intentada em vida do pretense pai ou mãe, ou dentro do ano posterior à sua morte, salvas as seguintes excepções...*”, in *Diário do Governo*, n.º 70, de 27 de Dezembro de 1910.

<sup>52</sup> Sobre este motivo de rejeição dos efeitos repristinatórios, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. VI, *Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 254 ss., RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1999, p. 651 ss., J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1017.

<sup>53</sup> Por exemplo, no caso que deu origem ao acórdão do T.C. n.º 164/2011, discutia-se a aplicação da nova redação dada pela Lei n.º 14/2009 ao artigo 1817.º do Código Civil a uma ação de investigação de paternidade que se encontrava pendente à data de entrada em vigor desta lei, mas que fora proposta em data subsequente à referida publicação. O ac. T.C. n.º 77/2012 (PAMPLONA DE OLIVEIRA), de 9/02/2012, respeita a um caso em que a acção de investigação foi, igualmente,

Deve salientar-se, todavia, que o movimento de reforço da tutela do interesse do filho em conhecer as suas origens genéticas e sociais, se consolidou o princípio de *verdade biológica* como “estruturante de todo o regime legal”, de forma alguma lhe atribuiu autónoma dignidade constitucional<sup>54</sup>. A verdade biológica “não pode fundamentar, por si só, um juízo de inconstitucionalidade”, como salientou,

---

proposta em Dezembro de 2006, por conseguinte, já depois da prolação do acórdão do T.C. n.º 23/2006. Pelo que não é de estranhar que tenha aplicado, *qual tale*, a jurisprudência do mesmo T.C. tirada no acórdão n.º 24/12, quanto à desconformidade constitucional da norma do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, na medida em que manda aplicar, aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor, o prazo previsto na nova redação do artigo 1817.º n.º 1, do Código Civil, aplicável por força do artigo 1873.º do mesmo Código. Tanto no acórdão do T.C. n.º 164/2011, quanto no acórdão do mesmo Tribunal n.º 285/2011 estavam, de igual jeito, em causa ações de investigação da paternidade iniciadas posteriormente à prolação do acórdão do T.C. n.º 23/2006. O acórdão n.º 164/2011 respeita a uma ação proposta em 19/02/2006. Por sua vez, o acórdão n.º 285/2011 refere-se a uma ação instaurada em 21/07/2008. No mesmo sentido navega o acórdão do STJ, de 20/09/2012 (SERRA BAPTISTA), proc. n.º 1847/08.5TVLSB-A.L1.S1, 2.ª secção, o qual parte do pressuposto de que a inconstitucionalidade material do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 se aplica aos casos em que a ação tenha sido proposta numa época em que vigorava a doutrina do dito Ac. do T.C. n.º 23/06. *Idem*, o acórdão do SRJ, de 5/06/2012 (GRANJA DA FONSECA), proc. n.º 37/07.9TBVNG.P1.S1, 7.ª Secção. - segundo o qual “É à luz e vigência deste regime (de imprescritibilidade) que – a 28 de Fevereiro de 2006 – foi intentada a presente ação”; *ibidem*, o acórdão do STJ, de 10/01/2012 (MOREIRA ALVES), proc. n.º 193/09.1TBPTL.G1.S1, 1.ª secção, segundo o qual, “Como resulta dos autos a ação foi instaurada em 27/2/2009, depois da publicação no D.R. do Ac. do T. Constitucional n.º 23/2006 de 2/2, que declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do Art.º 1817º do CC., (aplicável ao caso por força do disposto no Art.º 1873º) e antes da publicação da Lei 14/2009 de 1/4, que alterou a redação anterior dos Art.ºs 1817º e 1842º do C.C.”; *ibidem*, o acórdão de 15/11/2011 (MARTINS DE SOUSA), proc. n.º 49/07.2TBRSD. P1.S1, 1.ª Secção, de acordo com o qual a inconstitucionalidade do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 pressupõe que “... a ação em apreço, de investigação de paternidade [foi] instaurada em 07-03-2007, quando vigorava a doutrina resultante do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10-01”, inquirindo este STJ qual teria sido “o alcance do art. 3.º daquele diploma, mormente na sua vertente da conformidade constitucional, ao determinar a aplicação imediata da Lei n.º 14/2009, aos processos pendentes”; *ibidem*, o acórdão do STJ, de 6/09/2011 (GABRIEL CATARINO), proc. n.º 1167/10.5TBPTL.S1, 1.ª Secção (“Tendo a ação sido proposta já no domínio da nova redação do artigo 1817.º, n.º 1 do Código Civil, *ex vi* do artigo 1873.º do mesmo livro de leis, a questão adquire contornos diversos que tiveram por tela de juízo os casos decididos nos arestos deste Supremo Tribunal de Justiça de 11-03-2010; 08-06-2010 e o mais recente de 21-09-2010”).

<sup>54</sup> Cfr. PEREIRA COELHO/ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito de Família*, II, tomo I, Coimbra, 2006, pág. 52.

relativamente à norma que fixa um prazo de propositura da ação de impugnação da paternidade, o Acórdão n.º 589/2007. Muito menos foi alguma vez aceite que esse princípio seja dotado de *valor absoluto*, que o leve a sobrepor-se a todos os demais.

## 8. Os regimes jurídicos no direito estrangeiro

Em outros ordenamentos que nos são próximos nem sempre é conforme às respectivas Constituições um regime que preveja, como regra geral, a possibilidade de intentar a acção de investigação *a todo o tempo*, inclusivamente após a morte do investigado. Se é verdade que no Código Civil italiano<sup>55</sup> se dispõe, no art. 270, que a acção destinada a obter a declaração judicial da paternidade ou da maternidade é imprescritível quando o autor for filho<sup>56</sup>; se o art. 133 do Código Civil espanhol determina que a acção de reclamação da filiação não matrimonial pode ser exercida pelo filho *durante toda a sua vida*, quando falte a respectiva posse de estado; se o Código Civil alemão não prevê qualquer prazo para a instauração desta acção

---

<sup>55</sup> Isto na sequência da *Novella* de 1975 – cfr. G. BASINI, in *Il Diritto de Famiglia*, Trattato diretto da GIOVANNI BONILINI e GIOVANNI CATTANEO, III, *Filiazione e Adozione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 185.

<sup>56</sup> De resto, os *descendentes* (e não os *herdeiros*, atenta a *personalidade* desta pretensão material) deste filho ainda dispõem de um prazo de dois anos, após a morte do seu ascendente para instaurar a acção de declaração judicial de paternidade/maternidade natural). Todavia, mesmo no ordenamento italiano, a Constituição prevê, no seu art. 30, n. 4, que «la legge detta le norme e i limiti per la rcerca della paternità». E estas limitações são justificadas com base na ideia da protecção de um específico direito de personalidade do investigado, pretensão pai, qual seja, a sua intimidade da vida privada. Sobre isto, cfr. FRANSCIO GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, Vol I, *Le Categorie Generali, Le Personne, La Proprietà, La Famiglia, Le Successioni, La Tutela dei Diritti*, 2.ª ed., Padova, Cedam, 2010, p. 628; GIOVANNI F. BASINI, in G. BONILINI/G. CATTANEO, continuato da GIOVANNI BONILINI, III, *Filiazione e Adozione*, Torino, Utet, 2007, pp. 203-204; MARTIN GUTZEIT, in: D. KAISER/K. SCHNITZLER/P. FRIEDERICI (Herg.), *BGB – Familienrecht*, Band 4, §§ 1297-1921, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 1323-1324.

(art. 1600d)<sup>57</sup> – mas apenas um prazo de *dois anos* para *impugnar a paternidade* (art. 1600b, *idem*)<sup>58</sup>, a contar do conhecimento das circunstâncias que depõem contra a paternidade, o que, indirectamente, limita a investigação judicial da paternidade após a remoção do vínculo que impede o seu estabelecimento –; se o artigo 1606 do Código Civil brasileiro (na redacção da Lei n.º 8.560, de 29 de Dezembro de 1992) prevê que a “*acção de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz*”<sup>59-60</sup>; se no direito inglês também não se acham previstos prazos-limite para o estabelecimento da paternidade (fora do casamento)<sup>61</sup>; não é menos verdade que a consagração de prazos

---

<sup>57</sup> NINA DETHLOFF, *Familienrecht*, 29.ª ed., München, C.H Beck, 2009, pp. 291-292;

<sup>58</sup> Se, de facto, estiver estabelecida a paternidade, esta tem, em primeiro lugar, de ser afastada por meio de acção de *impugnação da paternidade*. Só desta forma fica aberta a via para a investigação judicial da paternidade de outro homem como pai biológico. Como existem prazos para esta acção de impugnação da paternidade [§1600b (que prevê um prazo de dois anos a contar do conhecimento de circunstâncias que depõem contra a paternidade)], cujo decurso bloqueia também a investigação judicial do verdadeiro pai, também existe, de uma forma indirecta, um prazo para a investigação judicial da paternidade. Cfr. NINA DETHLOFF, *Familienrecht*, 29.ª ed., 2009, cit., pp. 292-293; MARTIN GUTZEIT, in: D. KAISER/K. SCHNITZLER/P. FRIEDERICI (Herg.), *BGB – Familienrecht*, Band 4, 2.ª ed., cit., 2010, pp. 1314-1318.

<sup>59</sup> Porém, a impugnação do reconhecimento da paternidade (ou maternidade) pode ser peticionada pelo filho maior “nos *quatro anos que se seguirem à maioridade* ou à emancipação” (artigo 1604, *in fine*, do Código Civil brasileiro). O artigo 27.º do *Estatuto da Criança e do Adolescente*, aprovado pela Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990, também dispõe que: “O reconhecimento do estado da filiação é direito personalíssimo, indisponível e *imprescritível*, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça” – os itálicos são meus.

<sup>60</sup> Todavia, pese embora a acção de investigação de paternidade seja «imprescritível», no Brasil os *efeitos patrimoniais* do estado da pessoa prescrevem no prazo de *dez anos*, a contar não da morte do suposto pai, mas do momento em que foi reconhecida a paternidade, conforme esclarece a Súmula Vinculante, n.º 149, do Supremo Tribunal Federal, que estatui: “É imprescindível à acção de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

<sup>61</sup> Todavia, embora estejam previstos vários processos de estabelecimento da paternidade (*v.g.*, no *Child Support Act*, de 1991; *Children Act*, de 1989; *Child Care Act*, de 1980;), somente o estatuído na Seção 56 do *Family Law Act*, de 1986, desfruta de eficácia *erga omnes*; e este apenas pode ser promovido por uma criança (*child*) cuja decisão desfruta de eficácia geral. Cfr. NIGEL V. LOWE, *The Establishment of Paternity Under English Law*, p. 86, p. 95 in <http://ciec1.org/Etudes/ColloqueCIEC/>

de caducidade é também comum em outros ordenamentos jurídicos. Por exemplo, no artigo 263 do Código Civil suíço determina-se que a acção de investigação da paternidade pode ser instaurada pela mãe até *um ano* após o nascimento e pelo filho até ao decurso do prazo de *um ano* subsequente à sua maioridade. De qualquer modo, existe no direito suíço uma *cláusula geral de salvaguarda*, segundo a qual “a acção pode ser intentada depois do termo do prazo se motivos justificados tornarem o atraso desculpável”. No direito francês, a acção de investigação deveria ser proposta nos *dois anos seguintes* ao do nascimento (art. 340-4 do Código Civil francês, na redacção da Lei n. 93-22, de 8 de Janeiro de 1993<sup>62</sup>), excepto se o pai e a mãe vivessem em união de facto no período legal de concepção, ou se tiver havido participação do pretenso pai na educação da criança. O art. 321 do *Code Civil* determina o prazo de caducidade de 10 anos, o qual se suspende durante a menoridade do investigador. A lei de 1972 previa um prazo de *30 anos*, pois até aí estas acções eram «imprescritíveis». A Ordenança de 4/7/2004 manteve esta «prescrição», tendo-a reduzido a um prazo de *10 anos*. Como se vê, este regime francês é agora idêntico ao fixado pela Lei n.º 14/2009. Porém, o art. 16-11 do *Code Civil*, na redacção da Lei de 6/8/2004, impede a exumação do cadáver para o efeito da realização de exame pericial ao ADN, excepto se ocorrer autorização dos herdeiros ou do próprio antes de falecer<sup>63</sup>. No direito espanhol, *não havendo posse de estado*, a acção de reclamação da filiação é «imprescritível»,

---

CIEColloqueLoweAngl.pdf; S. M. CRETNEY/J. M. MASSON, *Principles of Family Law*, 6.ª edição, London, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 634-635.

<sup>62</sup> Isto na sequência do acórdão da *Cour de Cassation*, de 13/11/1979, in: *Revue critique de droit international privé* (1980), p. 753, segundo o qual a não fixação de prazos para a instauração destas acções viola a *ordem pública internacional* do Estado francês.

<sup>63</sup> O ordenamento suíço também previa esta proibição de exumação, mas o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou-a violadora da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 2006 – sobre isto, cfr. ANNICK BATTEUR, *Droit des Personnes et des majeurs protégés*, 5.ª ed., L.G.D.J., Paris, 2010, p. 152, p. 162.

tendo legitimidade activa o pai, a mãe ou o filho. Porém, se o filho falecer antes de decorrido o prazo de *quatro anos* a partir da data em que obtenha plena capacidade jurídica (*id est*, de exercício de direitos) ou no ano seguinte à identificação das provas que poderão fundar a ação, ou seja das circunstâncias de que possa concluir-se a sua paternidade (ou maternidade) relativamente ao investigado(a). Ademais, esta ação transmite-se aos herdeiros do investigado, os quais poderão instaurar a ação durante o período remanescente até ao decurso desse prazo<sup>64</sup>. No Código Civil de Macau de 1999 – de matriz essencialmente portuguesa –, adoptou-se uma solução, prevista no n.º 1 do artigo 1677.º, segundo a qual a acção de investigação da maternidade/paternidade pode ser proposta a todo o tempo; todavia, o artigo 1656.º, n.º 1, do mesmo Código determina que a declaração de maternidade/paternidade (bem como a perfilhação) *são ineficazes no que aproveite patrimonialmente* ao declarante ou proponente, quando estas acções (ou a declaração de perfilhação) sejam intentadas ou efectuadas mais de *15 anos após o conhecimento*

---

<sup>64</sup> Cfr., sobre isto, CARLOS LASARTE, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, Tomo IV, 9.ª ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 304; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ/P. DE PABLO CONTRERAS/M. Á. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil*, Volumen IV, *Derecho de Familia*, Madrid, Editorial Colex, 2008, pp. 334-335; F. JÍMENEZ CONDE, “El Proceso sobre Paternidad y Filiación”, in M.ª TERESA ARECES PIÑOL (coord.), *Estudios Jurídicos sobre Persona y Familia*, Granada, Editorial Comares, 2009, pp. 115 ss., pp. 124-125 e nota (sobre os acórdãos do T.C. espanhol, n.ºs 138/2005, de 26 de Maio, e 156/2005, 9 de Junho, que declararam inconstitucional o prazo de *um ano* previsto no art. 136, n. 1, do Código Civil espanhol, para o marido da mãe impugnar a paternidade presumida. Já a *impugnação da filiação* ocorrida fora do casamento (*filiación no matrimonial*) poderá ser accionada, *pelo progenitor*, no prazo de *quatro anos* a contar da inscrição dessa filiação, desde que o filho goze de *posse de estado* (art. 140, n. 2), aceitando-se a cumulação de pedidos (de impugnação e de estabelecimento da filiação). O filho dispõe apenas de *um ano* a contar da obtenção de plena capacidade de exercício para exercitar esta ação de impugnação da *filiación estabelecida fora do matrimónio* (art. 140, n. 3). Não havendo posse de estado, a ação de impugnação desta filiação pode ser impugnada, a todo o tempo, “por aquéllos a quienes perjudique” (art. 140, n.º 1). Não havendo posse de estado, a ação de impugnação desta filiação pode ser impugnada, a todo o tempo, “por aquéllos a quienes perjudique” (art. 140, n.º 1) – C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ/P. DE PABLO CONTRERAS/M. Á. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil*, Volumen IV, *Derecho de Familia*, 2008, cit., p. 335.

*dos factos* dos quais se poderia concluir a relação de filiação e as circunstâncias concretas tornem patente que o propósito principal que moveu a proposição da acção (ou a declaração de perfilhação) foi o da obtenção de benefícios patrimoniais. O estabelecimento do vínculo, neste ordenamento jurídico, produz apenas *efeitos pessoais*, com exclusão de quaisquer *efeitos patrimoniais*. Aliás, nestes ordenamentos jurídicos próximos tem-se mesmo colocado a questão da *inconstitucionalidade* das normas que prevêem a possibilidade de interpor as acções de investigação *a todo o tempo*<sup>65</sup>.

## **9. Os direitos e interesses em conflito e a abertura a soluções jurisprudenciais alternativas à não caducidade das acções de investigação**

A não caducidade da acção de investigação da paternidade não é, na verdade, a única solução constitucionalmente conforme com o disposto no artigo 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, ambos da Constituição. A jurisprudência constitucional nunca considerou que o único regime normativo, conforme à Lei Fundamental, fosse o da «imprescritibilidade» do direito de investigar a paternidade. O que este Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 23/2006, considerou desconforme à Constituição foi o *específico e concreto regime de caducidade da acção*, plasmado no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Cfr. o acórdão da *Corte di Cassazione*, em Itália, de 18/1/1997, n. 501, citado por M. DI NARDO, in *Trattato di Diritto di Famiglia*, vol. II, *Filiazione*, a cura di GIORGIO COLURA/LEONARDO LENTI/MANUELA MANTOVANI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 325, nota 235.

<sup>66</sup> Tendo, isso sim, considerado insuficiente o prazo de dois anos, contados do alcance da maioridade pelo investigante, e cujo início assentava irremediavelmente em tal “*facto objectiveo*”, não conferindo relevância, em regra, a um superveniente e “*tardio*” conhecimento subjectivo de factos ou provas, só então reveladas ao interessado.

O certo é que o Tribunal Constitucional, em 10 de Janeiro de 2006, somente se pronunciou sobre o *limite temporal de dois anos posteriores à maioridade ou à emancipação*<sup>67</sup>. Como tem sido ultimamente notado pelo Tribunal Constitucional – antes do seu acórdão n.º 24/2012, que apenas tangeu a *norma transitória* do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 –, decisivo é saber se o prazo fixado permite, em concreto, o exercício do direito em *tempo útil* ou, pelo contrário, se é de *tal modo exíguo* que inviabiliza ou *dificulta gravemente* esse exercício, tornando-se numa verdadeira restrição ao direito fundamental à *identidade pessoal*<sup>68</sup>. Repare-se ainda que o direito ao estabelecimento jurídico da paternidade (ou maternidade) é um direito indisponível para os maiores de 18 anos de idade. Neste sentido, veja-se o caso da perfilhação promovida pelo pai biológico. Esta tem que ser aceite pelo próprio filho se este tiver então mais de 18 anos de idade, nos termos do artigo 1857.º, n.º 1, do Código Civil: a *perfilhação de filho maior* só produz efeito se este der o seu assentimento<sup>69</sup>. Ora, se o direito à consagração jurídica da paternidade fosse *absoluto* – e «imprescritível» em vida do filho –, também se teria de ser admitida a *imposição potestativa da perfilhação a*

---

<sup>67</sup> Aliás, nas próprias palavras do ilustre Conselheiro relator do Palácio Ratton, pode “*aceitar-se que o argumento da segurança possa eventualmente justificar um prazo de caducidade da investigação da paternidade*” (§ 16, último parágrafo, do citado acórdão), argumento que não foi, neste aresto, desenvolvido. E, nas mesmas palavras do aresto, esta limitação temporal é susceptível de ser legitimada “... *em casos extremos [através da] aplicação do instrumento do abuso de direito ou de outro remédio expressamente previsto*” (§ 16, penúltimo parágrafo, do mesmo acórdão).

<sup>68</sup> Veja-se, neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 626/2009, de 2/12/2009 (CURA MARIANO), in: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Cfr., tb., o voto de vencido do Desembargador TELES PEREIRA, no acórdão da Relação de Coimbra, de 6/07/2010 (JORGE ARCANJO), proc. n.º 651/06.TBOBR.C1, in <http://www.dgsi.pt>., segundo o qual não se crê que o direito à historicidade pessoal, “*enquanto direito à investigação e estabelecimento do respectivo vínculo biológico (paternidade ou maternidade), no quadro do direito à identidade pessoal previsto no artigo 26º, n.º 1 da CRP, acarrete a inconstitucionalidade material do estabelecimento de todo e qualquer prazo, seja ele qual for, de caducidade para este tipo de ações*”.

<sup>69</sup> Veja-se, ademais, os artigos 130.º, n.º 2, e 131.º do Código do Registo Civil.

*um filho maior de idade*. Vale dizer: se assim fosse (ou devesse ser), o estabelecimento da paternidade, de modo voluntário, somente deveria depender da vontade do pai biológico; e não depende, como é sabido<sup>70</sup>. Mesmo nos casos em que a caducidade da acção de investigação se acha condicionada pela incompatibilidade com registo de paternidade ou maternidade já estabelecidos ou com a existência de posse de estado ou escrito do pai<sup>71</sup> (n.ºs 3 e 4 do artigo 1817.º do Código Civil, na redacção anterior à Lei n.º 14/2009), a declaração de inconstitucionalidade do prazo do n.º 1 do artigo 1871.º não afecta, por via de regra, os prazos estabelecidos naqueles números<sup>72</sup>. Está, desde logo, em causa o interesse do próprio investigado em não ver indefinida ou excessivamente protraída ou protelada uma *situação de incerteza* quanto ao estabelecimento da paternidade. Ao que acresce o *interesse da paz e da harmonia da família conjugal* constituída pelo pretense pai, que o decurso do tempo sedimentou.

Estes argumentos posicionam-se num plano essencialmente *patrimonial* – o da alegada “caça às fortunas”, tal como sugestivamente

---

<sup>70</sup> O filho maior torna este direito num *direito disponível*, sujeito à autodeterminação da vontade da pessoa a quem é dirigida a perfilhação: maior de idade pode assim recusar esse estabelecimento voluntário contra a vontade daquele que sabe ou pensa ser o seu pai biológico; aquele homem que o quer perfilhar. O maior de 18 anos pode, pelo contrário, quedar-se com o estatuto de filho cuja menção da paternidade fica omissa.

<sup>71</sup> REMÉDIO MARQUES, J. P., “Caducidade de acção de investigação de paternidade ...”, 2004, cit., p. 42.

<sup>72</sup> De modo que, não sendo a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, aplicável às acções pendentes na data do seu início de vigência, é constitucional – por *não ser desproporcionado* – exigir que o investigador intente a acção de estabelecimento da filiação paterna, baseada na *posse de estado*, no primeiro ano subsequente à morte do presumido pai, ou seja, “*sem alongar no tempo, o que o tempo já alongou em demasia*” – nestes termos, cfr. o acórdão do STJ, de 3/07/2008 (PIRES DA ROSA), proc. n.º 07B3451, in <http://www.dgsi.pt>. Cfr., igualmente, sobre a problemática da caducidade da acção nos casos de impugnação de paternidade/maternidade, *maxime*, quando for intentada pelo filho, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 589/2007, proc. n.º 473/07, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>; PAULO TÁVORA VÍTOR, “A propósito da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril: Breves Considerações”, in: *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 11 (2009), p. 87 ss., pp. 89-91.

foi retomado pelo Professor GUILHERME DE OLIVEIRA, sendo certo que o móbil dos investigadores pode muito bem ser o de esclarecer a existência do vínculo familiar, o de descobrir o seu lugar na linha de parentesco e o de levar o pretense pai a assumir as suas responsabilidades. Com o que se está perante o exercício de uma *faculdade jurídica personalíssima* postuladora do *direito à identidade pessoal*.

O *direito a conhecer o ascendente biológico* e a estabelecer os concomitantes vínculos jurídicos desfruta de uma valoração qualitativamente superior relativamente à *valoração puramente patrimonial* assente na *segurança* e na *estabilidade* jurídicas desse acervo à face das vicissitudes emergentes da procedência de uma acção de estabelecimento da filiação, atenta a circunstância de que o direito a conhecer tal ascendência é uma dimensão essencial do *direito à identidade pessoal*. Tal como o direito de o investigado a estabelecer os concomitantes vínculos traduz uma dimensão do *direito a constituir família*. Todavia, as motivações dos investigadores, quando aliadas ao *decurso de um prazo substancial e fundadamente longo* entre o atingir da maioridade e o momento da instauração da acção destinada ao estabelecimento da filiação jurídica, podem (ou devem) implicar a consagração de *limitações do direito de investigar livremente essa filiação*<sup>73</sup>. Ficou, deste modo, em aberto, entre Fevereiro de 2006 e Abril de 2009, a *consagração jurisprudencial de alternativas* à via da possibilidade de propor tais acções de investigação *a todo o tempo* baseadas na filiação biológica (desligadas das presunções de paternidade traduzidas na posse de estado e em escrito

---

<sup>73</sup> Que o mesmo é dizer que o *argumento da segurança* jurídica (sob o prisma dos interesses patrimoniais em jogo) e as *concretas motivações dos investigadores* objectivamente percepçionáveis pelo julgador podia, no direito a constituir entre Fevereiro de 2006 e Abril de 2009, justificar ou legitimar, *em cada caso concreto*, a *consagração jurisprudencial de um prazo de caducidade da acção de investigação da paternidade*, que vá para além daquele prazo (de dois anos) que foi julgado inconstitucional – neste sentido, veja-se o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, § 16, *in fine*.

do investigado). Desde logo, *uma via alternativa* pode consistir na ligação do direito de investigar às *reais e concretas possibilidades investigatórias do pretense filho*, prevendo-se um *dies a quo* a contar do conhecimento ou da cognoscibilidade das circunstâncias que possam fundar a acção. Uma outra solução, harmonizável com a antecedente permite predicar casos de *exercício inadmissível de posições jurídicas subjectivas*, seja autorizando apenas o estabelecer dos *vínculos pessoais* da filiação e a ascendência na linha recta desligados de quaisquer *direitos ou interesses patrimoniais*, seja banindo, pura e simplesmente, essa possibilidade de exercício nos casos concretos, com base no instituto do *abuso de direito* (artigo 334.º do Código Civil).

## **10. A dissociação dos efeitos pessoais e patrimoniais do estabelecimento da filiação jurídica**

Todavia, mesmo que aceitemos, em rebuço de inconstitucionalidade material, a existência de prazos de caducidade das “clássicas” acções destinadas ao estabelecimento da filiação jurídica, creio que é possível, mesmo de *iure condito*, permitir o estabelecimento judicial da ascendência biológica, conquanto desligado da formação concomitante dos vínculos familiares e sucessórios de *natureza patrimonial*. Na verdade, ainda que aceitemos a inconstitucionalidade material da norma do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009, deve sempre tomar-se em conta o prazo decorrido entre a data em que o investigador atingiu a maioridade e a data da propositura da acção de investigação<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Já, neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 525/2003 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), de acordo com a qual os princípios da adequação e da proporcionalidade “*nunca poderiam impor um prazo tão longo como aquele que efectivamente decorreu no caso vertente*”: a acção sobre a qual versou o juízo de constitucionalidade foi, na verdade, proposta mais de 30 anos depois do investigador

Com efeito, o *não exercício prolongado*, no caso concreto, *deste direito subjectivo*, embora possa permitir a afirmação do direito à *historicidade e identidade pessoal* dos filhos biológicos do investigado, apenas deverá produzir *efeitos de natureza pessoal*, mesmo *efeitos transgeracionais* (qual historicidade genética) com exclusão dos *efeitos de natureza patrimonial, maxime*, os efeitos sucessórios (sucessão legal, legitimária e legítima).

### **10.1. A «geometria variável» das concretas soluções e o comportamento dos investigadores**

Já vimos que a declaração de inconstitucionalidade material, com força obrigatória geral, da norma do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil – em cujo plano prescritivo e decisório nos movemos, caso não apliquemos a Lei n.º 14/2009 às *ações pendentes desde inícios de 2006* e ainda não transitadas na data do seu início de vigência, ou seja em 2 de Abril de 2009 – não conduz, inexoravelmente, à tese da “imprescritibilidade”, pura e simples, das acções de reconhecimento judicial da paternidade. Não existe, com a negação da “imprescritibilidade” de tais acções, uma *restrição excessiva* ou *desproporcionada* (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição) ao direito fundamental à *identidade pessoal* (artigo 26.º, n.º 1, *idem*), ao *direito de constituir família* (art. 36.º, *ibidem*) e ao *direito geral de personalidade* dos investigadores (artigo 70.º do Código Civil)<sup>75</sup>. Uma

---

atingir a maioridade e as instâncias, tal como no presente caso, não consideraram demonstrada a existência de posse de estado.

<sup>75</sup> Tanto assim é que o legislador ordinário, por via da Lei n.º 14/2009, estabeleceu, conquanto para as acções que vierem a ser propostas após o seu início de vigência (ou seja, a partir de 2 de Abril de 2009), um acervo de prazos de caducidade, não apenas para as acções de investigação da paternidade ou da maternidade, mas também para as acções de impugnação da paternidade (nova redacção do artigo 1842.º do Código Civil).

primeira hipótese de solução, ao abrigo do comando do n.º 3 do artigo 10.º do Código Civil, poderá radicar no alongamento ou na protração do prazo outrora “normal” (de dois anos), permitindo-se a instauração da acção para um momento em que, presumivelmente, os investigadores terão consolidado plenamente a sua formação pessoal e profissional (p. ex., 25 a 30 anos de idade), mesmo que não estejam a exercer uma profissão. Mas também me parece óbvio que o conteúdo da “norma do caso concreto” deverá equacionar uma “válvula de escape”, de harmonia com a qual o tribunal não deverá ficar insensível à existência de obstáculos práticos sérios e reais, de natureza social e familiar, que tenham obstado à propositura da acção (p. ex., a convicção fundada dos investigadores de que o investigado os iria perfilhar; o desconhecimento sem culpa da identidade do progenitor; a resistência dos familiares mais próximos dos investigadores à instauração da acção, etc.). Admito, de resto, que em muitos casos concretos não se vislumbra a existência de obstáculos práticos, sérios e reais (ou substancialmente relevantes), de natureza social ou familiar, que tenham obstado à propositura da acção de investigação mais cedo. E nem vale dizer que, até Janeiro de 2006, estavam todos estes autores impedidos de a instaurar, por causa do (já longínquo) decurso do prazo de dois anos a contar da maioridade.

De facto, a controvérsia sobre a constitucionalidade do n.º 1 do artigo 1817.º já é antiga – os primeiros arestos do Tribunal Constitucional são de 1988<sup>76</sup> e 1989<sup>77</sup> –, e a partir de meados de 2004 já era praticamente seguro início da “viragem jurisprudencial”

---

<sup>76</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/88, in: *Diário da República*, II Série, de 22/0/1988 (acerca dos prazos previstos nos n.ºs 3 e 4 do artigo 1817.º).

<sup>77</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 413/89 (CARDOSO DA COSTA), in: *Diário da República*, II Série, de 15/09/1989; *idem*, n.º 451/89 (NUNES DE ALMEIDA), in: *Diário da República*, II Série, de 21/09/1989; *ibidem*, n.º 311/95 (ALVES CORREIA), in <http://www.tribunaconstitucional.pt>; *ibidem*, n.º 506/99 (TAVARES DA COSTA), *ivi* = *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 44.º vol., p. 763 (todos sobre a constitucionalidade do prazo consignado no n.º 1 do artigo 1817.º).

sobre o tema. O acórdão deste Tribunal n.º 486/2004 consolidou praticamente esta “viragem jurisprudencial”<sup>78</sup>.

## 10.2. O argumento da “caça às fortunas”

Segundo este argumento, a consagração de prazos de caducidade da acção de investigação impede a reclamação de direitos à herança do pretense pai, dissuadindo a instauração de acções que visam unicamente a exigência (tardia) de bens materiais. É que o principal motivo determinante da solução do n.º 1 do artigo 1817.º, na redacção anterior a 2006, foi evitar o uso da acção de investigação exclusivamente para lograr benefícios sucessórios<sup>79</sup>.

O Prof. GUILHERME DE OLIVEIRA tende a desvalorizar este argumento, no sentido em que a *natureza* e a *distribuição da riqueza* mudaram, já que muitas das acções que poderiam beneficiar da “imprescritibilidade” poderiam decorrer entre autores e réus com meios de fortuna idênticos, os quais se traduzem em meios de fortuna semelhantes entre autores e réus<sup>80</sup>. Todavia, embora concorde

---

78 In: *Diário da República*, II Série, n.º 35, de 18/02/2005, p. 2456 (PAULO MOTA PINTO). Após o que foi seguido pelo acórdão n.º 11/2005, de 12 de Janeiro, e pelas decisões sumárias de n.ºs 114/2005, de 9 de Março, e 288/2005, de 4 de Agosto. Os autores das acções de investigação propostas após *Fevereiro de 2006* não o podiam desconhecer. É que também o autor da acção cujas alegações e decisão estiveram na génese da pronúncia do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006 se achava na mesma situação existencial: à época, já tinham passado bem mais de dois anos após maioridade desse investigador. Da circunstância de a lei então impedir o estabelecimento da paternidade não fundada na posse de estado, nem em escrito do pretense pai num tão curto espaço temporal após o lograr a maioridade não decorre uma impossibilidade material e jurídica de pleitear esse estabelecimento por quem já tenha mais de 20 anos na data instauração da acção.

79 Neste sentido, já GOMES DA SILVA, “O Direito da Família no Futuro Código Civil”, in: *Boletim do Ministério da justiça*, n.º 88, p. 86; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, anotação II ao artigo 1817.º.

80 Nestes termos, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. II, *Direito da Filiação*, 2006, cit., pp. 249-250.

em abstracto com este argumento, não podem olvidar-se as situações em que ocorre um *acentuado desnível de condição económica entre os investigadores e o investigado*, ou quando o pretense pai (ou mãe) adquire fortuna em data muito posterior à maioridade dos pretensos filhos. Daí que não proceda, provavelmente nos casos concretos, a ideia de que o móbil da acção seja apenas o de esclarecer a existência do vínculo familiar, descobrir o lugar do investigador no sistema de parentesco e combater a solidão individual. O móbil *pode ser* outro, qual seja um móbil exclusivamente patrimonial, uma vez que não se teve, nem se procurou durante várias dezenas de anos a proximidade afectiva e sentimental conatural às relações de filiação biológica. Concede-se, por outro lado, que a possibilidade da paternidade (ou maternidade) ser determinada através de exame de ADN frustra à partida algumas tentativas de “caça à fortuna”, pois permite apurar com elevadíssimo grau de probabilidade, senão de certeza, se o investigado foi ou não o progenitor do investigador. Sendo assim, esse velho argumento valerá apenas na estrita medida da preservação dos aspectos da *intimidade da vida privada (e familiar) do investigado*. Não que os interesses patrimoniais sejam ilegítimos. Todavia, a paternidade (ou a maternidade jurídicas) não devem representar uma pura vantagem patrimonial, “*um negócio que só se faz quando parece oportuno*”<sup>81</sup>. Podendo os autores ter instaurado a acção *muito antes de Fevereiro de 2006*, sem que se revelasse, por exemplo, ser indispensável a localização da residência do pretense pai, a sua inacção prolongada pode evidenciar notórias preocupações patrimoniais de natureza sucessória, *maxime* quando os réus se encontram doentes ou em situações agonizantes.

---

<sup>81</sup> Assim, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das acções de investigação”, in: *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 1 (2004), p. 7 ss., p. 13, nota 19.

### 10.3. O exercício «inadmissível» do direito de estabelecer a paternidade

Vejamos, agora, o argumento do *abuso de direito*, susceptível de *paralisar* o direito de investigar e estabelecer o vínculo da paternidade. O argumento da “caça às fortunas” pode ser neutralizado pelo instituto do *abuso do direito*<sup>82</sup>, em termos de paralisar *totalmente* o direito de estabelecer o vínculo da filiação.

Como é sabido, existe *abuso de direito* quando, tendo um direito sido admitido como válido e exercitável, ele surge, no caso concreto, exercitado *disfuncionalmente*, em termos clamorosamente ofensivos da justiça, mesmo que tais termos estejam ajustados ao conteúdo formal do direito. Cotejemos, por conseguinte, alguns *indícios fortes* do exercício do direito de estabelecer o vínculo da paternidade clamorosamente ofensivo da justiça. Se é verdade que o pretense pai poderia ter perfilhado os investigadores, não é menos certo que, na época do seu nascimento, o réu pode não ser ainda um homem maduro. Todavia, o que mais impressiona é a circunstância de, designadamente, com 50 ou 60 anos de idade, os autores destas ações nunca se tenham mostrado interessados em determinar e estabelecer juridicamente as suas origens, a sua família, a sua ascendência biológica; especialmente quando se alegar e provar que terão tido, há muito, conhecimento da identidade do seu pretense pai (ou mãe) biológicos. Será ponderoso indagar se (nunca) o con-

---

<sup>82</sup> Isto mesmo já é reconhecido no recente acórdão do STJ, de 21/09/2010 (SEBASTIÃO PÓVOAS), proc. n.º 494/04-3TBOR.C.1.S.1., in <http://www.dgsi.pt>; *idem*, no acórdão da Relação do Porto de 23/11/2010 (PINTO DOS SANTOS), proc. n.º 49/07.2TBRSD.P1, in <http://www.dgsi.pt>; tb. a doutrina sugere a aplicação do instituto do *abuso de direito*, para que, em casos extremos, o autor de uma acção de investigação “*possa ser tratado como se não tivesse o direito que invoca*” – nestes termos, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das acções de investigação”, in: *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, (2004), cit., pp. 12-13; PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. II, *Direito da Filiação*, cit., 2006, p. 252.

tactaram, podendo fazê-lo através dos actuais (e dos tradicionais) meios ao dispor das pessoas (p. ex., listas telefónicas, serviços de identificação civil, internet, etc.)<sup>83</sup>. De sorte que o exercício do direito de investigar deve ser combatido pelo instrumento do *abuso de direito*, o qual, face aos contornos fácticos do caso concreto, pode parecer constitucionalmente justificado, necessário e proporcional. Isto mesmo é reconhecido por acórdãos do STJ e das Relações que, até ao momento, julgaram inconstitucional a aplicação da nova redacção do artigo 1817.º/1 às acções que estavam pendentes na data do seu início de vigência (ou seja, em 2/04/2009)<sup>84</sup>. Não obstante o que agora afirmo, o destino dos casos *sub iudice* pode desembocar numa solução que, *uno actu*, permita estabelecer o vínculo da paternidade do investigado relativamente aos autores, declarando, com efeitos registais, que é ele o pai dos autores e tutele, por outro lado, os efeitos perversos, do ponto de vista patrimonial, da *constituição tardiamente negligente* deste vínculo. Vejamos.

---

<sup>83</sup> Se, por exemplo, os autores apenas contactarem o pretenso pai quando este, no leito da morte, padece de um incurável carcinoma, daqui pode decorrer que, face às circunstâncias adicionais do caso concreto, o verdadeiro móbil do reconhecimento da paternidade seja o benefício patrimonial que podem obter na qualidade de herdeiros legais do réu, quando este morrer dessa doença cancerígena. Os autores movem-se, neste tipo de situações, *exclusivamente, por interesses patrimoniais*, que não pelo interesse de conhecer a sua ascendência biológica e estabelecer esse vínculo, em homenagem à tutela dos direitos fundamentais da identidade pessoal e de constituir família. Neste tipo de situações será normal concluir que a finalidade dos investigadores parece ser puramente egoísta, visando *fins exclusivamente materiais*, próximos ou coincidentes com os sentimentos de cobiça, exactamente quando o investigado se encontra irreversivelmente em fim de vida, vítima de um cancro já disseminado por todo o seu corpo ou, noutro exemplo, portador de doença neurológica degenerativa.

<sup>84</sup> Como se afirma no citado acórdão da Relação do Porto, de 23/11/2010 “o direito do investigador à descoberta e/ou à declaração da sua ascendência parental não pode ter entraves temporais ao seu exercício, podendo apenas sofrer restrições em casos em que este exercício constitua um abuso de direito, excedendo manifestamente os limites impostos pela boa fé ou pelo fim social daquele direito – art. 334º do CCiv. -, como acontecerá necessariamente nos casos em que se demonstre que o único objectivo do investigador é a obtenção de benefícios patrimoniais decorrentes do acesso, como herdeiro, ao património do pretenso pai, em posterior liquidação resultante do seu decesso”.

#### 10.4. O argumento da “segurança jurídica” e o plano patrimonial dos interesses das partes: a via da “ineficácia patrimonial” do reconhecimento da filiação

Os interesses que, tradicionalmente, sustentaram as restrições ao direito de investigar a paternidade desembocavam, não raras vezes, na tutela da garantia da “segurança jurídica” exactamente plasmada na *segurança jurídica* do pretense pai e dos seus herdeiros. Entendo, porém, que esta garantia tem pleno sentido no âmbito da *tutela do património*: intui-se a necessidade de definir até que momento é possível formular pretensões com implicações económicas para as pessoas, pois é decisivo saber até que momento se tem, eventualmente, que restituir um bem, pagar uma quantia pecuniária ou indemnizar um lesado pela violação de direitos absolutos (p. ex., bens de personalidade, direitos de propriedade intelectual, etc.). Os eventuais sujeitos do dever de pagar ou de restituir necessitam saber a partir de que momento podem confiar na propriedade, na titularidade de um outro direito real sobre os bens adquiridos, ou na disponibilidade de uma soma em dinheiro<sup>85</sup>. O pretense pai (ou mãe) merece(m) que o ordenamento jurídico tutele esta *segurança*, tal como a ela têm direito os demais familiares com quem este pretense pai (ou mãe) *já* estabeleceu relações jurídicas de parentesco: é que o vínculo da filiação *tout court* impõe ao pai (ou mãe) o dever de *prestar alimentos* aos *descendentes* e permite a reclamação de *direitos relativos à sua herança*. Como poderemos então lograr, *em simultâneo*, o direito de investigar a paternidade (ou maternidade) e constituir o vínculo familiar e impedir, no mesmo passo, que essa

---

<sup>85</sup> Faz-se mister que tais sujeitos, de um ponto de vista da sua organização patrimonial, saibam razoavelmente a partir de que momento já não precisam de estar financeiramente prevenidos para realizar um pagamento ou orçamentar uma despesa ou uma indemnização – em sentido análogo, PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. II, *Direito da Filiação*, 2006, cit., p. 249.

constituição e que a filiação jurídica que lhe vai ínsita traduza uma *pura vantagem patrimonial*, um “negócio” que só se faz quando é oportuno (ou quando a sua não realização impede o acesso à herança do pretense pai)?

Se é verdade que, como vimos há pouco, poderá paralisar-se *totalmente* o direito de investigar por causa de uma actuação censurável (contanto que, evidentemente, seja devidamente alegada e provada pelo Tribunal) dos investigadores, fulminado pela aplicação do instituto do *abuso de direito*, também deverá reconhecer-se que essa paralisação desconsidera a *posição de terceiros que possam estar legitimamente interessados no estabelecimento da paternidade (ou maternidade) entre o investigado e os investigadores*. Ao reagir-se assim ao exercício inadmissível da posição jurídica subjectiva de investigar e estabelecer a filiação jurídica, impede-se, por certo, a produção de *alguns efeitos* inerentes ao direito de investigar a paternidade. Então não é verdade que – na base da declaração de inconstitucionalidade material da norma do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, solução com a qual logo concordei ainda antes, em 2004<sup>86</sup> – está em causa a salvaguarda do *direito à identidade pessoal* dos investigadores, do seu *direito geral de personalidade* e do *direito a constituir família*<sup>87</sup>? Se assim é, como todos concordarão, uma outra via alternativa

---

<sup>86</sup> J. P. REMÉDIO MARQUES, “Caducidade de acção de investigação da paternidade fundada no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil ...”, 2004, cit., pp. 41-42.

<sup>87</sup> A importância destes valores já levou o Tribunal Constitucional alemão, numa famosa decisão de 31/1/1989, apoiado no *princípio da dignidade humana* e no *direito geral de personalidade*, a acolher o direito a conhecer as próprias origens. Inclusive, este Tribunal já sugeriu, em nesta e em outra decisão (de 26/04/1994), a possibilidade de criar uma acção autónoma dirigida ao estabelecimento da origem biológica, sem que a procedência da acção implique a alteração do *status familiae* de que se seja titular – M. COESTER, “Zum Rechts des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung”, in: *Jura* (1989), p. 522 ss.; C. ENDERS, “Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung”, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (1989), p. 881 ss.); J. P. REMÉDIO MARQUES, “Caducidade de Acção de Investigação ...”, 2004, cit., p 44, nota 8; RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 39-48

de construir a “norma do caso concreto” consiste na concretização menos severa, neste caso concreto (e em casos com este enquadramento fáctico), do *princípio do abuso de direito*. Solução, esta, que permita extrair da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 1817.º, n.º 1, um *elemento teleológico*. Qual seja: deverá ser mantida a caducidade do direito de estabelecer a paternidade (como também, em abstracto, a maternidade) se a acção for intentada, *para efeitos sucessórios*, por exemplo, mais de 10 ou 15 anos depois do conhecimento dos factos de onde se podia concluir a paternidade, não começando nem correndo tal prazo enquanto os investigantes forem maiores ou emancipados<sup>88</sup>. Atente-se que o *direito de constituir família* implicado no juízo de inconstitucionalidade material da norma do n.º 1 do artigo 1817.º não integra o *estatuto sucessório* e a posição sucessória legal que é atribuída aos familiares do *de cuius*. Tal direito baseia, isso sim, os *efeitos pessoais e patrimoniais* da relação familiar *durante a vida dos respectivos sujeitos*, já que o Direito da Família é autónomo do Direito das Sucessões<sup>89</sup>. De igual sorte, o *direito à identidade pessoal* (identidade pessoal respeitante à *historicidade pessoal*<sup>90</sup>) funda, isso

---

<sup>88</sup> O meu distinto colega da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Doutor JORGE DUARTE PINHEIRO, professor das disciplinas de Direito da Família e das Sucessões, chega a uma conclusão semelhante, quando afirma, ainda antes da Lei n.º 14/2009, que: “Há que confinar o artigo 1817.º à disciplina do prazo para a proposição de uma acção de investigação com efeitos sucessórios. Onde se lê, p. e., no n.º 1, que «a acção de investigação de maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade», deve subentender-se «para efeitos sucessórios»” – JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, pp. 181-182.

<sup>89</sup> Tb. assim, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I., *Introdução Geral ao Direito da Família e das Sucessões. Introdução ao Direito da Família. Direito da Filiação e Direito Tutelar*, 3.ª edição, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, p. 38; JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família Contemporâneo*, 2008, cit., p. 181; PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões, Relatório*, Lisboa, Lex, 1996, pp. 12-13.

<sup>90</sup> PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 63-64, pp. 71-81.

sim, as acções de investigação destinadas a declarar a existência de uma relação biológica (paternidade ou maternidade)<sup>91</sup>. A realização destes direitos fundamentais dos investigadores pode bem ser alcançada com o reconhecimento do vínculo da paternidade, inscrito no registo, provido de *efeitos pessoais*, com exclusão de quaisquer *efeitos patrimoniais, maxime*, sucessórios ou alimentares.

Aqui chegados, estamos em condições de entender que, em vez de tratar os investigadores como se não tivessem o direito que invocam<sup>92</sup>, é possível (e desejável para todos) que algumas acções de investigação da paternidade (ou maternidade) produzam apenas efeitos de natureza meramente *pessoal*, decretando-se *a ineficácia patrimonial do estabelecimento do vínculo, para efeitos sucessórios e de alimentos*. O vínculo de paternidade é estabelecido através da afirmação da ascendência biológica do investigado relativamente aos autores, para todos os *efeitos de natureza pessoal*, devendo ser levada a registo; porém, o estabelecimento desse vínculo não produzirá efeitos de natureza patrimonial, tanto sucessória, quanto alimentar. Esta “solução salomónica” ostenta, de resto, ponderosas bases legitimadoras, não apenas na história legislativa recente portuguesa, no direito estrangeiro de raiz portuguesa, como também pode facilmente ser amparada pelas inferências do nosso ordenamento jurídico<sup>93</sup>. De facto, a *dissociação*

---

<sup>91</sup> Todavia, esta direito fundamental sofre um condicionamento evidente, na medida em que os artigos 1809.º, alínea *a*), e 1866.º, alínea *a*), do Código Civil proibem a investigação da paternidade, nomeadamente a investigação da paternidade incestuosa, com isso acautelando o direito fundamental à integridade moral consagrado no art. 26.º, n.º 1, da Constituição.

<sup>92</sup> Porque nunca o quiseram usar quando podiam fazê-lo, porque se guardaram para um momento em que o pretense pai organizou a sua vida (e morte) em favor de outros herdeiros e porque não pretendem senão factorar no activo patrimonial do investigado nesta sua fase da vida apenas sustentada por uma doença (cancerígena) terminal estertora de múltiplas metástases, aí onde, infelizmente, já se visualiza, na sua notória agonia, a morte próxima.

<sup>93</sup> Na verdade, em 1999, a Provedoria da Justiça recomendou que a lei fosse alterada, no sentido de, “*a par da existência de prazo para propositura de acções com fins patrimoniais, ser consagrada a imprescritibilidade para a propositura das acções de investigação de paternidade/maternidade, desde que os efeitos pretendidos*

entre os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais resultantes da procedência de uma acção destinada ao estabelecimento da filiação (materna ou paterna) é a solução adoptada, desde 1999, no Código Civil de Macau<sup>94-95</sup>. Não se trata aqui de fazer colocar sobre os investigadores o ónus de *renunciar* aos efeitos patrimoniais (*maxime*, alimentares e

---

*sejam de natureza meramente pessoal*". No seguimento desta Recomendação, foi apresentado um projecto de lei, que aditava ao artigo 1817.º um número 7, em que se preceituava: "*Desde que os efeitos pretendidos sejam de natureza pessoal, a acção de investigação da maternidade pode ser proposta a todo o tempo*" – Recomendação do Provedor de Justiça n.º 36/B/99, de 22/12/1999, in <http://www.provedor-jus.pt>. No seguimento desta Recomendação foi apresentado um projecto de lei, que aditava ao artigo 1817.º um número 7, em que se preceituava: "*Desde que os efeitos pretendidos sejam de natureza pessoal, a acção de investigação da maternidade pode ser proposta a todo o tempo*" – Projecto de Lei n.º 92/IX, apresentado pelo Partido "Os Verdes", in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 18, de 4/07/2002, p. 577.

<sup>94</sup> Este Código – cuja matriz, formal e substancial, é essencialmente portuguesa –, no segmento que diz respeito à matéria agora em apreciação, foi amoldado pelo Prof. GUILHERME DE OLIVEIRA, entre 1996-1999, bem como por outros ilustres juristas, tal como o Conselheiro SEBASTIÃO PÓVOAS. Eu, na época, era Assistente do Prof. GUILHERME DE OLIVEIRA, na Faculdade de Direito de Coimbra, e pude testemunhar a tarefa hercúlea e magnânima de um então recente defensor da "imprescritibilidade" do direito de investigar a filiação (pelo menos desde os últimos anos da década de noventa do século passado). Pois que o Prof. GUILHERME DE OLIVEIRA defendia a compatibilidade das normas dos n.ºs 1 a 4 do artigo 1817.º com os princípios constitucionais, no sentido em que esse regime jurídico positivo definia apenas um *condicionamento* ao direito de investigar, que não uma *restrição* sujeita ao crivo dos requisitos do n.º 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Sustentava este nosso Mestre que o regime então vigente efectuava uma ponderação aceitável dos direitos contrapostos – GUILHERME DE OLIVEIRA, *Crítério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, 1983, pp. 460-471, especialmente, pp. 465-467, onde se reputava o regime legal português de investigação como um regime "*justo e conveniente nas suas linbas gerais*".

<sup>95</sup> Isto no sentido de consagrar, num diverso universo sócio-cultural de matriz portuguesa, um regime, de acordo com o qual "*o estabelecimento da filiação em acção de investigação de maternidade ou de paternidade são ineficazes no que aproveite patrimonialmente ao declarante ou proponente, nomeadamente para efeitos sucessórios e de alimentos ...*" (artigo 1656.º, n.º 1, do Código Civil de Macau). Isto apesar de o artigo 1722.º do mesmo Código Civil (*ex vi* do artigo 1677.º, n.º 1) determinar que a acção de investigação da paternidade pode ser proposta a todo o tempo. Esta solução, tal como foi explicada na justificação dos motivos da sua consagração, escora-se na ideia segundo a qual deverá existir um mecanismo que impeça "*em casos limites, os efeitos perversos resultantes da constituição tardiamente negligente do vínculo da filiação com o propósito de mero enriquecimento patrimonial*". Com tal solução limitam-se os resultados indirectos que vão normalmente associados à constituição do vínculo da filiação.

sucessórios), caso desejem ser admitidos a instaurar a todo o tempo a acção destinada ao estabelecimento da filiação, já que, então, o estatuto de filho teria um inadmissível conteúdo *disponível*<sup>96</sup>. Cura-se, pelo contrário, de uma concretização do princípio do *abuso de direito*, num preceito que determina a “ineficácia patrimonial” do estabelecimento do vínculo<sup>97</sup>. Para esta solução, os *efeitos pessoais* do estabelecimento do vínculo (o conhecimento da ascendência e da *historicidade pessoais*) não podem ser desprezados, já que podem ser declarados e constituídos *a todo o tempo*, aqui onde a paternidade não representa uma *pura vantagem patrimonial*<sup>98</sup>. O abuso de direito nem sempre *suprime* o direito: depende do caso concreto<sup>99</sup>; nem, tão pouco, se exigem elementos subjectivos específicos (dolo ou mera culpa), mas a presença de tais elementos contribui, decerto, para a definição das suas consequências<sup>100</sup>. A *ineficácia patrimonial* do reconhecimento da paternidade dos autores de *ações de investigação instauradas entre*

---

<sup>96</sup> Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das acções de investigação”, in: *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 49 ss., pp. 58, nota 19.

<sup>97</sup> Já, neste sentido, entre nós, após a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, o meu ilustre colega da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, JORGE DUARTE PINHEIRO, in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15 (Julho/Setembro 2006), p. 52; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2008, cit., pp. 181-182; RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 210-212; CRISTINA DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – anotação ao ac. do STJ, de 9.4.2013, Proc. 187/09”, in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, Janeiro/Março, 2014, p. 49 ss. O acórdão da Relação de Lisboa, de 9/02/2010 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), proc. n.º 541.09.4.TCSNT.L1-7, in <http://www.dgsi.pt>, abre esta possibilidade numa acção, por considerar prematuro abordá-la, já que a sua resolução careceria da produção de prova.

<sup>98</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, “Caducidade das acções de investigação”, 2004, cit., p. 57.

<sup>99</sup> A. MENEZES CORDEIRO, “Eficácia externa das obrigações e abuso do direito”, in: *O Direito*, ano 141.º (2009), p. 29 ss., p. 100.

<sup>100</sup> A. MENEZES CORDEIRO, “Eficácia externa das obrigações e abuso do direito”, 2009, cit., p. 100.

*Fevereiro de 2006 e Abril de 2009* é uma consequência possível, que se mostra, nos casos concretos, *adequada e proporcional* ao respeito de todos os direitos e valores em presença<sup>101</sup>.

E não se diga que esta solução – a qual admite a propositura de uma acção de investigação *a todo o tempo* – contraria o *princípio da indivisibilidade do status familiae*. Ser-se-ia filho para *efeitos pessoais* e já não o ser para *efeitos sucessórios* (ou *alimentares*)<sup>102</sup>. Como se sabe, através da *indivisibilidade do estado civil* atribuído-se, globalmente, a uma pessoa humana um conjunto incindível de situações jurídicas, activas e passivas. Sucede, porém, que este *princípio da indivisibilidade* admite várias derrogações materialmente

---

<sup>101</sup> Já vimos que esta concretização (legislativa e jurisprudencial) do princípio do abuso de direito não colide com o *direito à identidade pessoal*, nem com o *direito de constituir família*: a instauração de uma acção de investigação para além do prazo de dois anos após a maioridade dos investigantes, na sequência da declaração de inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, com força obrigatória geral, em Janeiro de 2006, é susceptível de uma *interpretação conforme à Constituição*, já que não deve impedir a obtenção de uma decisão favorável dirigida ao estabelecimento da filiação levada ao registo, mas deverá impedir – nos casos em que não tenham existido obstáculos sérios e reais, de natureza familiar ou social à instauração da acção de filiação – a relevância do reconhecimento da filiação jurídica para efeitos (patrimoniais) da *sucessão legal* (legítima e legitimária). Ora, esta solução não só dissuade a “caça à fortuna” ou a “caça” à acentuada melhoria de condições do investigado, como assegura o exercício pleno do *direito à identidade pessoal* e o *direito de constituir família* mediante o conhecimento e o estabelecimento da *historicidade pessoal* dos investigantes relativamente ao investigado.

<sup>102</sup> Neste sentido, favorável à adopção desta cindibilidade do *status*, cfr. o recente acórdão do STJ, de 15/02/2015 (FONSECA RAMOS), segundo o qual “os prazos do art. 1817.º devem ser observados se o investigador quiser obter benefícios sucessórios do vínculo de filiação. Há que confinar o art. 1817.º à disciplina do prazo para a proposição de uma acção de investigação com efeitos sucessórios”. De modo que, para este acórdão do STJ, a propositura da acção fora dos prazos do art. 1817.º do Código Civil não obsta ao estabelecimento da filiação jurídica, sendo assegurado, sempre, o exercício do direito à identidade pessoal e do direito de constituir família. No mesmo sentido da possibilidade de cindibilidade dos efeitos pessoais e patrimoniais do estabelecimento da filiação, veja-se o acórdão do STJ, de 21/9/2010 (SEBASTIÃO PÓVOAS), proc. n.º 495/04-3TBOR.C.1.S.1; *idem*, de 9/04/2013 (FONSECA RAMOS), proc. n.º 187/09-7TBPFR.P1.S1, com o não menos importante voto de vencido do Conselheiro SALAZAR CASANOVA. Expressamente contra a cindibilidade do estado civil, para efeitos de estabelecimento da filiação, cfr. L. MENEZES LEITÃO, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vol. I, Janeiro/Março 2013, págs. 396 ss., na anotação que realizou ao citado acórdão do STJ, de 9 de Abril de 2013.

justificadas<sup>103</sup>. Desde logo, ele convive bem com as derrogações previstas nos artigos 1603.º e 1856.º do Código Civil. Uma delas (a plasmada nesta última norma) visa precisamente obstar à aquisição de *vantagens sucessórias* através do reconhecimento voluntário da paternidade<sup>104</sup>. Para além de que esta solução, plenamente cabível no caso *sub iudice*, não implica a *disponibilidade do estatuto de filho* – que por si só já seria inadmissível, pois que através do exercício da *autonomia privada* passariam a existir duas ou mais espécies de filhos e estaria aberto o caminho para que a *perfilhação* pudesse ser acompanhada de cláusulas restritivas, estabelecidas pelo perfilhante ou aceites pelo perfilhado –, já que os investigadores não têm que renunciar à produção de efeitos patrimoniais, a fim de poderem instaurar a todo o tempo a acção de investigação da paternidade <sup>105-106</sup>.

---

<sup>103</sup> ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1999, p. 80.

<sup>104</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. IV, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, anotação II ao art. 1856.º. Um conhecido e notório exemplo desta situação consistiu na perfilhação da poetisa FLORBELA ESPANCA pelo seu pai biológico, JOÃO MARIA ESPANCA, 19 anos após a morte desta, que ocorrera em 1930. A mãe de FLORBELA ESPANCA era (como então se dizia) uma “criada de servir”, ANTÓNIA DA CONCEIÇÃO LOBO. O apelido ESPANCA foi, pois, atribuído postumamente, nos meios literários, após a perfilhação do pai biológico, que sempre a acompanhou.

<sup>105</sup> Diferente destes casos é a situação em que o autor procura apenas *conhecer e fazer declarar, por via de decisão judicial a sua ascendência biológico-genética*. Não se trata de uma acção de estabelecimento da paternidade ou maternidade, uma vez que o *pedido* do autor não se dirige à constituição do vínculo da filiação jurídica relativamente às pessoas contra quem a acção é proposta. Cura-se de uma *acção de simples apreciação positiva* (artigo 10.º, n.º 3, alínea *a*), do CPC), pela qual se pede ao tribunal que declare a existência de um facto jurídico – agora, em geral sobre estas acções, J. LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, Artigos 1.º a 361.º, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 31-32; J. LEBRE DE FREITAS, *Introdução Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 28-29. Da procedência de semelhante acção destinada a *declarar a ascendência biológica-genética* decorrem efeitos limitados ao conhecimento e *afirmação de factos* desligados da produção de quaisquer efeitos jurídicos substantivos (alimentares, convívio com os ascendentes biológicos, sucessórios, aquisição da nacionalidade, atribuição do estatuto de beneficiário de apoios atribuídos pela segurança social, etc.) ou registais (*v.g.*, dos factos declarados pela decisão judicial averbamento no assento de nascimento e/ou casamento, etc.) entre demandante e demandado.

<sup>106</sup> Também não se diga que tal solução contraria flagrantemente o artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, na medida em que se veda expressamente a discriminação

Assim se intui que a eventual (e *excepcional*, saliente-se) solução da cindibilidade do *status filiae* na decorrência da legítima tutela do investigante de conhecer as suas origens biológicas e ascendência não afecta a *teleologia* e a *razão de ser* da consagração dessa proibição constitucional de discriminação. Aliás, um filho nascido dentro do casamento, cujo pai biológico não seja o marido da mãe, acha-se numa situação igualmente ingrata de, *prima facie*, *impugnar a paternidade presumida* do marido da sua mãe e, *uno actu* (na mesma ação), ou em ação subsequente, peticionar o estabelecimento da paternidade relativamente a um terceiro seu alegado pai biológico, uma vez que não é admissível o reconhecimento da paternidade em contrário da que consta do assento de nascimento e do registo de nascimento enquanto este não for rectificado, declarado nulo ou cancelado (artigo 1848.º, n.º 1, do Código Civil). O direito à identidade pessoal do filho não se consoma com a mera procedência do pedido de impugnação formulado contra o presumido pai (ou mãe). Ele implica ainda a propositura posterior de acção de investigação da paternidade que deixe estabelecida juridicamente a sua verdadeira filiação<sup>107</sup>.

---

entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Na verdade, estes conflitos podem perfeitamente surgir *entre filhos nascidos fora e independentemente do casamento do pretense pai*, na medida em que o prazo do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil constitui uma espécie de *ultima ratio* de tempestividade de exercitar o direito de ação para as eventualidades em que não se verificam as hipóteses dos n.ºs 2 e 3 da mesma norma, bem como para os casos em que o autor da ação de investigação (nascido fora do casamento) não beneficia (ou não consegue lograr a prova) de nenhuma das *presunções de paternidade* (*id est*, dos factos-base de tais presunções) previstas no artigo 1871.º, n.º 1, do Código Civil, em particular a da alínea *e*) desse mesmo artigo (existência de relações sexuais entre o pretense pai e mãe do autor durante o período legal de concepção, ainda quando esta possa ter tido, nesse ínterim, relações sexuais com outros homens).

<sup>107</sup> Vale dizer: nestes casos, a plena realização do direito à identidade pessoal do filho nascido dentro de um casamento envolve necessariamente a procedência de dois pedidos sucessivos, o primeiro visando eliminar a paternidade presumida, biologicamente inexistente, e o segundo visando estabelecer a verdadeira e real paternidade - Neste sentido, veja-se o acórdão do STJ, de 20/6/2013 (LOPES DO

## 11. Conclusão

Em resumo: concordando embora com a solução dimanada do acórdão do Plenário do T.C., n.º 24/2012, em sede de *fiscalização concreta* e com *eficácia limitada ao caso concreto* – no sentido da inconstitucionalidade material da norma do artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 –, apenas a entendo e aceito *se e quando a solução que dela dimanar for aplicada às ações de investigação da paternidade (ou maternidade) instauradas após a publicação do acórdão do mesmo Tribunal, n.º 23/2006 e que ainda estivessem pendentes na data do início de vigência da Lei n.º 14/2009, ou seja, no dia 2 de Abril de 2009*. Os autores das ações de estabelecimento da filiação instauradas *antes de 10/2/2006 e que estivesse pendentes em 2/4/2009* (e ainda estejam pendentes) não sofreram *restrição* ao seu direito de acesso ao Direito e aos Tribunais (e a garantia de *tutela jurisdicional efectiva* para a realização das suas pretensões materiais plasmadas em direitos de personalidade/direitos fundamentais), visto que – sendo fixada a eventual *situação de confiança* (e de *investimento nessa confiança*) no momento da instauração da ação – não gozavam de uma legítima expectativa na vigência de um regime normativo que permitisse a instauração de acções de investigação da paternidade/maternidade a todo o tempo (ou durante um prazo mais ou menos dilatado a partir da maioridade). Não exibiam estes investigadores uma qualquer *expectativa normativa na mutação favorável do regime jurídico então vigente*, não obstante a existência, a partir de meados de 2004, de alguma doutrina (GUILHERME DE OLIVEIRA, DUARTE PINHEIRO, REMÉDIO MARQUES) e jurisprudência do Tribunal Constitucional (cujas decisões apenas vincularam a orientação decisória dos tribunais judiciais em três casos concretos),

---

REGO), proc. n.º 3460/11.0TBVFR.P1.S1., no quadro da análise do prazo previsto no artigo 1842.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil.

as quais passaram a questionar a constitucionalidade da norma do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil. Quanto a estes investigadores, creio não poder dizer-se que o artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 implicou uma *retroactividade intolerável*, que atingiu de forma inadmissível e arbitrária o seu *direito à identidade pessoal* (e de *constituir família*) e as expectativas que legitimamente possam ter alicerçado, a partir de meados de 2004, com a publicação de tais decisões e estudos doutrinários. Na minha opinião, o artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 é materialmente inconstitucional na estrita medida em que se aplique aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor *relativamente a* ações instauradas após a publicação do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006. O labéu da inconstitucionalidade desta norma transitória especial deve ser afastado em relação às ações propostas *antes da publicação do referido acórdão*. Parece ser conforme aos padrões legais e constitucionais operar a *cindibilidade* do *status filiae* na decorrência da legítima tutela do investigador de conhecer as suas origens biológicas e ascendência não afecta a *teleologia* e a *razão de ser* da consagração dessa proibição constitucional de discriminação, sem que, com esta solução, ocorra uma discriminação materialmente não justificada entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Pois, o filho nascido dentro do casamento carece não apenas de *impugnar a paternidade presumida* em *prazos relativamente curtos* (art. 1842.º, n.º 1, alínea c), do Código Civil), como, de seguida (ou *uno actu*) peticionar o estabelecimento da verdadeira filiação biológica, para o que dispõe, igualmente, de um prazo de três anos após o cancelamento do registo inibitório desse estabelecimento (artigo 1817.º, n.º 2, do mesmo Código).