

Presunções de paternidade e modernidade: Um anacronismo no império da ciência?

Diogo Soares Oliveira
Bolseiro de Investigação

Resumo: A evolução da ciência tem permitido fazer face a muitas das tradicionais dificuldades de prova no âmbito das ações de filiação, em particular no estabelecimento do vínculo jurídico entre pai e filho. Partindo de um enquadramento histórico e evolutivo das presunções de paternidade, com especial destaque para a regra *pater is est* e para as alterações introduzidas pela Reforma de 1977, procuramos refletir sobre a tensão entre a verdade biológica e a segurança jurídica, problematizando o papel das presunções num contexto em que a ciência parece oferecer respostas mais objetivas e definitivas. Com base numa análise normativa e jurisprudencial, questionamos se a manutenção de certas presunções ainda se justifica ou se representa um anacronismo face aos atuais avanços científicos. Concluímos pela necessidade de repensar o peso jurídico atribuído à biologia, promovendo uma abordagem que valorize simultaneamente a verdade genética, os laços afetivos e a proteção do superior interesse da criança.

Palavras-chave: presunção de paternidade, filiação, testes de ADN, verdade biológica

Sumário: 1. Introdução – 2. Enquadramento histórico – 2.1. *Pater is est quem nuptiae demonstrant* – 2.2. A Reforma de 1977 e a prova nas ações de investigação da paternidade – 3. A ciência ao serviço do Direito: os testes de paternidade nas ações de filiação – 4. Breve abordagem ao papel da verdade biológica no plano nacional e internacional – 5. Considerações finais.

1. Introdução

A biologia determinou que os factos que dão origem à geração de novos seres humanos envolvem uma colaboração de dois indivíduos de sexo diferente cuja prática de relações sexuais fecundantes resulta em regra o nascimento de uma criança. No entanto, o papel destes indivíduos manifesta-se de forma distinta após a prática desse ato físico inicial – se com a gravidez e o parto a progenitora do sexo feminino mostra uma ligação evidente a esse momento da conceção, o envolvimento do progenitor do sexo masculino não é tão visível para a comunidade.

A utilização de conceitos do domínio da biologia surge aqui com um propósito. A verdade é que as noções de “pai” e “mãe” não são estanques e imutáveis – antes dependeram ao longo dos séculos de diferentes interpretações que a comunidade fez do processo previamente descrito, dando um maior ou menor relevo ao contributo dos progenitores biológicos para o ato gerador do indivíduo enquanto elemento decisivo – ou não – para o estabelecimento de consequências jurídicas ao nível da ligação entre uma criança e os adultos responsáveis por assegurar a sua sobrevivência.

O ordenamento jurídico português não foi exceção, sobretudo no que toca à paternidade. Se é certo que o elemento biológico sempre esteve subjacente ao estabelecimento da filiação, o nível de destaque que lhe foi dado foi variável ao longo de séculos, refletindo diversas conceções sociais que se faziam sentir fora do núcleo familiar mas que inevitavelmente acabavam por comunicar com este.

O presente estudo procura analisar a atualidade das presunções de paternidade, importantes instrumentos utilizados até aqui no estabelecimento da filiação, no contexto jurídico português atual. Indagar da pertinência de manter as atuais presunções ou da necessidade de reinterpretá-las implica, no entanto, compreender o contexto do seu surgimento e posterior evolução, relacionando instrumentos jurídicos e contexto histórico-social envolvente. Será com esse intuito que iremos analisar quer as diferentes interpretações da presunção *pater is est* quer as presunções introduzidas pela Reforma de 1977 no artigo 1871.º, num constante diálogo entre passado e presente. Uma vez que a especial força que a presunção de paternidade matrimonial teve em tempos se fazia sentir especialmente ao nível do complexo regime de impugnação dos seus resultados, trataremos

da questão de forma mais aprofundada em conjunto com a análise da própria presunção. Na sequência trataremos em conjunto com as presunções do artigo 1871.º da questão da maior ou menor dificuldade de investigação da paternidade extramatrimonial, sobretudo tendo em consideração a valorização da verdade biológica na Reforma e tomando por referência as considerações feitas no subcapítulo anterior a respeito da impugnação prévia da paternidade eventualmente já estabelecida por força do casamento. Procuraremos, enfim, que o primeiro capítulo forneça um enquadramento geral dos instrumentos jurídicos tradicionalmente usados no âmbito quer das ações de filiação quer do estabelecimento extrajudicial da mesma.

Num segundo momento trataremos dos instrumentos científicos que, tendo-se desenvolvido nos laboratórios, vieram posteriormente a ser adotados também no âmbito de processos judiciais não só para investigar paternidades não estabelecidas mas também para impugnar vínculos não congruentes com a verdade biológica. A este propósito trataremos da eventualidade de passar a estabelecer a paternidade *ab initio* com o recurso a testes de ADN, dada a crescente facilidade de acesso a este tipo de exames e tendo em consideração a preferência pela paternidade jurídica aliada à paternidade genética. No entanto, a generalização do acesso a estes instrumentos poderá colocar em causa a fiabilidade dos resultados – que valor probatório atribuir a um teste adquirido *online*? Qual o papel do juiz na fiscalização dos resultados? Finalmente, importará fazer uma breve reflexão sobre a eventualidade de, mesmo perante a elevada fiabilidade destes instrumentos, algum dos envolvidos na ação se recusar a colaborar com a justiça e qual o tratamento jurídico que deve ser dado a tal recusa.

Terminaremos com uma breve abordagem às alternativas que no plano internacional têm surgido para dar resposta a situações em que, no entender do legislador de outros ordenamentos, seria indesejável permitir que a verdade biológica pudesse prevalecer sobre outros critérios. Afinal, não podemos esquecer que no contexto atual as presunções de paternidade presentes no nosso sistema têm subjacente uma probabilidade de vínculo biológico e que as grandes questões sobre o papel dos testes de paternidade em juízo estão intimamente ligadas ao referido predomínio deste critério. A valorização de outros aspectos relevantes da relação entre pais e filhos poderia, por um lado, abrir espaço

para uma reinterpretação atualista das presunções de paternidade e, por outro, permitir encarar os testes de ADN não como instrumento jurídico decisivo destas ações mas antes como mais um de entre vários meios de o juiz poder determinar a constituição ou destruição de um vínculo jurídico paterno-filial.

Exposta a ordem de trabalhos, começaremos então pelo necessário enquadramento histórico das presunções de paternidade atualmente vigentes no nosso sistema.

2. Enquadramento histórico

2.1. *Pater is est quem nuptiae demonstrant*

A presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, abreviada geralmente como *pater is est*, chegou até nós graças aos compiladores do *Digesto*, mas encontra as suas origens em tempos significativamente mais recuados, para lá do período clássico¹. Tratando-se de uma regra jurídica com tal longevidade e dado produzir os seus efeitos numa área do Direito tradicionalmente tão suscetível a refletir as mudanças dos tempos, não surpreende que o seu significado original fosse distinto do que hoje lhe atribuímos. De facto, como nos esclarece M^a Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, a presunção não se limitava a estabelecer a paternidade do homem casado com a mãe da criança, como acontece nos dias de hoje – o sentido original passava antes por *excluir* por completo a paternidade jurídica extramatrimonial². Como facilmente se antevê, tal entendimento pressupunha uma desvinculação significativa do processo biológico que hoje lhe atribuímos³.

¹ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Maria Lourdes, *Régimen Jurídico de las presunciones*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 71

² *Idem*, p. 71

³ Numa breve alusão às origens da palavra *pater*, M^a Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN esclarece que a sua presença no latim e no grego denota uma origem comum e que, em termos jurídicos, o *pater* seria originalmente o homem que não dependia de qualquer outro, denotando uma ligação com uma ideia de poder em lugar de qualquer ligação geracional com a prole. Tal desconexão é aliás evidenciada, como salienta a autora, pela possibilidade de atribuir tal título a homens que não tinham filhos. Facilmente se comprehende, portanto, que o sentido original da presunção nos remettese para a sujeição a determinado tipo de poder e não necessariamente para um vínculo de sangue. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Maria Lourdes, *Régimen Jurídico de las presunciones*..., p. 66. A este respeito *vide* também JUSTO, Santos, *Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 16 e ss.

Tomando por referência uma conceção de família construída sob a autoridade absoluta do *paterfamilias*, resulta necessário um esclarecimento do modo de atuação da referida presunção neste contexto. Esta não impunha um *necessário* estabelecimento da paternidade do marido da mãe. A construção dava-se, pelo contrário, no sentido de uma livre decisão do *pater*: após o nascimento este tinha a oportunidade de escolher entre tomar a criança nos braços, reconhecendo-a como filha submetida à sua autoridade, ou deixá-la no chão, recusando a sua entrada na família⁴. Encontramos, assim, um predomínio da vontade daquele que podia ser simultaneamente pai biológico e pai presumido nos primórdios do estabelecimento da filiação baseada na presunção *pater is est*.

Mas para o período que nos interessa particularmente estudar, impõe-se uma referência a um novo elemento relevante no momento de atuação da presunção de paternidade matrimonial: a proteção da família enquanto célula nuclear da vida em sociedade. Luiz Edson FACHIN dá-nos conta que esta valorização se tornou mais visível com o Código Napoleónico, numa época em que a autoridade do marido, com os antecedentes remotos que vimos, se viu necessariamente confrontada com a ponderação de outros interesses que o legislador entendeu deverem prevalecer em numerosas circunstâncias⁵.

De facto, a tradicional presunção ligada a uma ideia de autoridade do *pater* transforma-se progressivamente numa presunção de legitimidade, numa presunção de pertença a uma família constituída de acordo com os cânones socialmente vigentes à época, *i. e.* baseada no casamento. Assim, tendo em consideração que o estatuto jurídico dos filhos legítimos era bastante diverso do que cabia aos filhos ilegítimos, o legislador napoleónico optou, em conformidade com esta distinção e numa clara opção pelo *favor legitimatis*, por erigir um regime que não só facilitava a constituição de uma filiação legítima como dificultava significativamente a impugnação dos resultados a que tal estabelecimento inicial conduzia⁶. Este entendimento significava necessariamente o enfraquecimento de uma *voluntas* absoluta do chefe de família, sem que a relevância desta se extinguisse por

⁴ FACHIN, Luiz Edson, *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, Porto Alegre, S.A. Fabris, 1992, pp. 29-30

⁵ *Idem*, pp. 31-32

⁶ *Idem*, pp. 31-33

completo – em causa estava antes, como veremos, uma reformulação no momento e nas condições de atuação da mesma. Não era decisão do chefe de família decidir quando é que certa criança acabada de nascer era tida como sua filha, mas era sua decisão, dentro de certos condicionalismos, quando é que esta filiação se mantinha e quando é que era impugnada.

Importa, no entanto, destacar que, como salienta Guilherme de OLIVEIRA, esta presunção de legitimidade não se encontra absolutamente desligada de um terceiro elemento que foi progressivamente adquirindo relevância: a verdade biológica⁷. Esta realidade é aliás bem visível no regime previsto na versão original do Código Civil português de 1966 nesta matéria, desde logo no 1820.⁹ que desde o início previa a possibilidade de o pretenso pai biológico desencadear a propositura de uma ação de impugnação da paternidade legítima pelo Ministério Público – algo que, como Luiz Edson FACHIN salienta, não era regra entre os vários ordenamentos jurídicos influenciados pelo Código Napoleónico, cabendo nestes exclusivamente ao marido a legitimidade para a referida ação⁸.

Como justificar, então, que um sistema que começava a dar crescente relevância à verdade biológica face aos seus antecedentes, continuasse a fazer ainda assim com que falsas paternidades⁹ prevalecessem em tão numerosas situações? Será que a proteção do estatuto de filho legítimo era o único motivo? Parece-nos que o contexto histórico implica uma abordagem mais aprofundada e a consideração de aspetos sociais de indubitável relevância neste campo.

O papel masculino na conceção, apesar de como vimos envolver uma participação discreta, foi entendido por séculos como o verdadeiramente determinante no processo¹⁰. De facto, a ciência aristotélica ensinava que o útero materno representava simplesmente

⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Petrony, 2019, p. 89

⁸ FACHIN, Luiz Edson, *Estabelecimento da filiação...* p. 32

⁹ Aqui entendidas como paternidades que não correspondiam à verdade biológica.

¹⁰ Não deixa porém de ser curioso atentar na forma como, nas sociedades primitivas, não só o ser humano não associava o ato sexual com o nascimento como o papel masculino na fecundação era completamente desconhecido. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS dá-nos conta que esta realidade apenas terá começado progressivamente a alterar-se com o desenvolvimento da agricultura, sendo que antes desse período o parentesco surgia associado não aos laços de sangue mas antes com a pertença a um grupo que partilhava valores de cariz religioso e moral. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Maria Lourdes, *Régimen Jurídico de las presunciones...*, p. 62-64

um ambiente propício ao desenvolvimento de um ser humano já previamente existente no esperma masculino¹¹. Estas conceções vigoraram até finais do séc. XVIII mas a verdade é que dificilmente as novas teorias, que realçavam um papel mais participativo da mulher, encontraram de imediato aceitação na comunidade científica de então, sendo previsível que as conceções sociais que se tinham construído até aí permanecessem em vigor – sobretudo se tomarmos em consideração que um papel predominante do homem na procriação estava em congruência com uma estrutura patriarcal da família, com especial destaque para a autoridade do pai sobre os vários elementos desta.

Não pretendemos desta forma afirmar que tais conceções permanecessem plenamente em vigor em meados do séc. XX quando o nosso Código Civil entrou em vigor na sua versão original – a participação da mulher na conceção foi sendo progressivamente estudada e nesse período já não se concebia o filho como sendo produto *exclusivo* da intervenção do homem. Ainda assim, não podemos ignorar o peso que certas construções representam num subconsciente coletivo, sobretudo quando tiveram uma longevidade tão extensa como a que vimos.

Este enquadramento inicial ajuda-nos a compreender, como nos explica Guilherme de OLIVEIRA, as reações do Direito contra a “confusão de sangues” – com especial destaque para o adultério. De facto, a mulher que mantinha relações sexuais com homem distinto do seu marido podia acabar por conceber assim uma criança que seria filha de outro homem mas que, por força do seu nascimento dentro do casamento, seria considerada legalmente como filha do marido¹².

Compreendemos, assim, que mesmo quando os conhecimentos científicos ligados à procriação eram ainda incipientes, já se valorizava a especial importância dos laços biológicos paternos. Não surpreende que este terceiro elemento de ponderação no estabelecimento da paternidade se tenha vindo a afirmar progressivamente, mesmo num tempo em que a sua relevância competia com outros valores que, não raras vezes, levavam a uma secundarização do mesmo. Como explicar esta contradição?

¹¹ DELUMEAU, Jean, *História do medo no Ocidente*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, p. 317.

¹² OLIVEIRA, Guilherme de, "O Sangue e o Direito - entre o ser e o pertencer" em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134, n.º 3924 e 3925, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 67

O Direito não encontra na ciência o seu único padrão de referência¹³. Servindo primordialmente para regular as nossas interações na vida em sociedade, não surpreende que os padrões sociais de cada época desempenhem um papel significativo na determinação das respostas jurídicas a dar em cada momento histórico. Daí que a referida valorização de um modelo familiar baseado no casamento tenha desempenhado também um papel crucial no que ao estabelecimento da paternidade dizia respeito. A verdade é que a paternidade presumida trazia vantagens para todos os mais diretamente envolvidos – a solução era vantajosa para o filho, que alcançava assim o estatuto de filho legítimo¹⁴; era vantajosa para o marido, que não via publicamente exposta a traição de que fora vítima a menos que assim voluntariamente o entendesse; era vantajosa para a mãe, que num tempo em que o adultério era crime não tinha a sua vida privada exposta publicamente no âmbito de um procedimento criminal¹⁵. Tratava-se, enfim, de uma construção que em nome da promoção de certos valores considerados desejáveis pela coletividade, com o casamento enquanto base da família de então, procurava através do Direito a obtenção de resultados vantajosos para os diretamente visados e para a sociedade como um todo.

Por todos os motivos expostos, comprehende-se o âmbito alargado de aplicação da presunção e, posteriormente, a particularmente difícil impugnação dos seus resultados. Como refere Carlos MALUF, a paternidade do marido da mãe surgia como uma consequência de um princípio moral que levava a que a prova em contrário dos resultados da presunção só pudesse ter lugar em casos muito restritos¹⁶. Assim sendo, importa de seguida analisar os instrumentos que foram previstos pelo legislador com vista a esse objetivo.

¹³ Apesar de hoje estarem já ultrapassados, não esqueçamos que as referidas conceções se baseavam nos conhecimentos científicos de então – em particular na referida ciência aristotélica.

¹⁴ Importa acrescentar ainda que, dada a realidade de outrora dar um relevo significativo ao casamento enquanto fase quase sempre essencial da vida de uma pessoa, a presunção encontrava um âmbito de aplicação alargado enquanto forma de estabelecimento da filiação, com a maioria dos nascimentos a ter lugar dentro do casamento – permitindo assim uma simplificação do processo com claras vantagens para o registando. Os dados do Instituto Nacional de Estatística (INE) dão conta que só já no séc. XXI é que se verificou uma inversão nesta tendência. Para um estudo sobre as práticas da conjugalidade em Portugal tendo por referência os dados do INE anteriores a esta inversão *vide* LEITE, Sofia, “A União de Facto em Portugal”, *Revista de Estudos Demográficos*, 33, Instituto Nacional de Estatística, 2003, pp. 95-140

¹⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação...* p. 89

¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus, “As Presunções na Teoria da Prova”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 79, São Paulo, Universidade de S. Paulo, 1984, p. 213

Comecemos, em primeiro lugar, pelo âmbito de aplicação da presunção. Desde o período romano que esta levava ao estabelecimento da filiação legítima nos casos em que o nascimento se desse 182 dias após celebração do matrimónio e dentro dos 300 dias posteriores à sua dissolução¹⁷. Note-se, porém, que na formulação original a presunção fazia referência apenas ao nascimento. O mesmo não acontece com a presunção atualmente consagrada na generalidade dos ordenamentos jurídicos, incluindo o nosso, que abrange também os casos em que apenas a conceção teve lugar durante o casamento. Luiz Edson FACHIN refere-se a este respeito ao domínio normal de aplicação da presunção, relativo aos casos em que a conceção e o nascimento se dão no período de vigência do casamento, e ao domínio de aplicação por extensão, *i. e.* os casos em que a conceção se dá antes da celebração do casamento e os casos em que a conceção se dá durante o casamento mas o nascimento é posterior à dissolução do mesmo¹⁸. O mesmo autor esclarece-nos que a *ratio* subjacente assentava numa presunção de que a coabitação dos cônjuges envolvia relações sexuais fecundantes aliada a uma presunção de fidelidade da mulher, o que conjugado conduziria à conclusão de que o marido era o pai biológico^{19 20}. Como veremos adiante, esta construção tinha as suas consequências ao nível dos fundamentos que podiam ser mobilizados para impugnar uma paternidade estabelecida com base na presunção.

Ainda que a consagração legal do período abrangido pela presunção seja hoje mais ampla no nosso sistema, estabelecendo o artigo 1826.º que se consideram filhos do marido da mãe os nascidos ou concebidos na constância do matrimónio, os prazos originais permanecem subjacentes a outros preceitos vigentes²¹. Esta flexibilização pode significar

¹⁷ JUSTO, Santos, *op. cit.* pp. 152

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson, *op. cit.* pp. 36-37

¹⁹ *Idem*, p. 37

²⁰ A doutrina portuguesa tende a fazer referência aos deveres conjugais, em particular ao dever de fidelidade, como um dos fundamentos para a aplicação da presunção *pater is est*, sendo aliás este um dos argumentos invocados para a não aplicação da mesma aos filhos nascidos no seio de uma união de facto – PESSOA, Ana Raquel, “Artigo 1826.º (Presunção de Paternidade), *Código Civil Anotado*, Clara Sottomayor (coord.), Livro IV, Direito da Família, 2^a ed., 2022, p. 728. Se é certo que subjaz à presunção uma ideia de exclusividade de relações sexuais por parte da mãe com o seu marido, a verdade é que a aplicação da presunção a casos em que a conceção se dá antes do casamento, quando ainda não existia dever de fidelidade, leva-nos a concordar com Jorge Duarte PINHEIRO quando afirma que a presunção não é corolário da imposição deste dever conjugal – PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 139.

²¹ Refiram-se a título exemplificativo o artigo 1828.º, relativo aos nascimentos ocorridos dentro dos 180 dias posteriores à celebração do casamento, e o artigo 1829.º, relativo aos nascidos dentro dos 300 dias posteriores ao fim da coabitação dos cônjuges.

um alargamento dos casos abrangidos pela presunção, sobretudo tomando em consideração o disposto no artigo 1800.º CC. A fixação judicial permitiria assim, por exemplo, aplicar a presunção a crianças nascidas de gravidezes especialmente curtas, uma realidade para a qual a ciência tem contribuído significativamente e que não estariam abrangidas pelo período legal de conceção tradicional previsto no artigo 1798.º CC.

Evidentemente que da mesma forma que a possibilidade de fixar judicialmente a data provável da conceção permite alargar o âmbito da presunção, abarcando casos que de outra forma não estariam incluídos, tal flexibilidade pode resultar também em excluir casos que de outra forma estariam salvaguardados. Esta realidade torna-se ainda mais visível se recordarmos a regra da indivisibilidade do período legal de conceção que vigorou por vários séculos. Como nos explica Guilherme de OLIVEIRA, esta regra surgia acompanhada da presunção *omni meliore momento* – todos os dias do período legal de conceção partilhavam da mesma relevância e probabilidade de terem sido aquele em que se deu o início à gestação, com o filho a ser concebido *no melhor momento* dentro desse período²². Torna-se assim visível que fixar a data da conceção significa estender os efeitos legais relevantes para um dia que não estava inicialmente previsto no período de 120 dias consagrado no artigo 1798.º CC, mas também significa reduzir a apenas 1 dia um período inicialmente mais vasto.

A razão pela qual nos detemos na questão do período legal de conceção e na sua relação com o período de aplicação da presunção *pater is est* deve-se à variabilidade histórica do primeiro que acompanhou as diferentes conceções jurídicas da segunda. Sendo numa fase inicial do interesse do filho a obtenção do estatuto de legítimo, facilmente se comprehende que um período legal de conceção indivisível contribuisse para proteger casos em que, dentro dos referidos 120 dias, o casal tivesse estado separado fisicamente em algum momento – levando a uma improvável paternidade do marido caso se viesse a verificar que a conceção se deu nesse breve lapso. Vários foram os ordenamentos jurídicos que reconheceram que em certas circunstâncias como esta, a probabilidade tipicamente associada a esta presunção saísse significativamente enfraquecida, ao ponto de descortinar

²² OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 389

assim um dos poucos fundamentos admissíveis para a impugnação dos seus resultados ou, noutras casas, para simplesmente excluir *ab initio* a aplicação da presunção a estes casos.

Importa neste ponto esclarecer que a circunstância de separação física de marido e mulher sempre constituiu fundamento para impugnar os resultados da aplicação da presunção – trata-se, afinal, de ilidir a já anteriormente referida presunção de coabitação subjacente. No entanto, como facilmente se comprehende, a indivisibilidade do período legal de conceção dificulta significativamente a atividade processual do interessado. Na eventualidade de vigorar a referida regra, será necessário provar que a separação física se deu durante *todo* o período de 120 dias. Já quando é admissível a fixação judicial da data da conceção, bastará provar que o casal esteve separado nessa data.

Mas também existem sistemas onde a inexistência de coabitação surge como fator que exclui a aplicação da presunção *ab initio*, antes de esta produzir os seus resultados. Veja-se o caso dos artigos 313 e 315 do *Code Civil* francês, o artigo 116 do Código Civil espanhol ou o artigo 1829.º do Código Civil português. De ressaltar, no entanto, que esta desaplicação está associada a uma coabitação que cessa acompanhada de procedimentos cujas datas permitem uma maior certeza acerca do momento em que a mesma ocorreu – veja-se desde logo a explicitação que é feita no n.º 2 do artigo 1829.º. Trata-se de uma decisão do legislador que se comprehende na medida em que, tratando-se de uma presunção de atuação extrajudicial e que se consubstancia num dever para o funcionário encarregado do registo por força do 1835.º, a existência de documentos que comprovem esta separação facilita a desaplicação da presunção num procedimento que se pretende simples.

As possibilidades de afastar a presunção desde o momento do registo assentavam assim sobretudo na baixa probabilidade de o marido ter sido o autor da conceção e alguns ordenamentos hesitam, mesmo na atualidade, em alargar o número de situações em que se permite o afastamento da presunção antes de a mesma produzir os seus efeitos. É o caso do ordenamento jurídico espanhol – de facto, Maricela GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO dá-nos conta que, apesar de alguma doutrina defender que a apresentação de provas como testes de ADN, declaração médica de impotência do marido ou mesmo a simples declaração do casal em como a criança não é filha do marido devem ser suficientes para

permitir o afastamento da mesma²³, o Conselho Directivo apresenta uma posição distinta. A verdade é que, para este, o princípio da segurança jurídica levaria a que a presunção só pudesse ser afastada nas situações estritamente previstas na lei, sendo que nos casos em que os resultados não correspondessem à verdade biológica deveria haver lugar a uma ação judicial de impugnação, onde seriam admitidos todos os tipos de prova e maiores garantias de defesa para os envolvidos²⁴.

Ainda a respeito da exclusão *ab initio* da aplicação da presunção cabe fazer referência ao artigo 1832.º do Código Civil português onde se admite expressamente a possibilidade de a mãe afastar por mera declaração a paternidade do marido. Podemos, no entanto, perceber momentos distintos a este respeito no nosso ordenamento: um primeiro, anterior a 1977, em que tal possibilidade estava simplesmente excluída²⁵; um segundo, introduzida com o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25-11, em que a mulher passou a poder excluir a aplicação da presunção pela referida declaração, desde que acompanhada de declaração judicial de inexistência de posse de estado de filho quanto a ambos os cônjuges²⁶; um terceiro, após o Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13-10 em que a mera declaração da mãe passou a ser suficiente para afastar a presunção. Noutros ordenamentos jurídicos há um receio manifesto no sentido de uma tal declaração resultar de um acordo entre a mãe e o marido, não tendo relevância autónoma nem mesmo no âmbito de um processo judicial²⁷. Certo é que uma simplificação do processo de afastamento da presunção conduz também a uma perfilhação pelo pai biológico facilitada, possibilidade prevista no n.º 3 do artigo 1832.º. Havendo certamente o risco de a declaração não corresponder à verdade e resultar de acordo, a verdade é que tal possibilidade parece remota, com as vantagens inerentes à simplificação do processo a justificarem uma solução como a que foi consagrada no nosso ordenamento.

²³ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 108

²⁴ *Idem*, pp. 108-111

²⁵ Opção comprehensível tendo em consideração todas as observações já feitas a respeito da presunção de legitimidade.

²⁶ Note-se como a exigência de declaração judicial surge como forma de oferecer assim uma prova segura ao funcionário responsável pelo registo.

²⁷ É o que acontece no ordenamento jurídico romeno - ROMITAN, Ciprian Raul, "On the presumption of paternity and the negation of paternity", em *Challenges of the Knowledge Society*, Bucareste, Nicolae Titulescu University Editorial House, 2021, pp. 233 e 236

Expostas as situações em que a aplicação da presunção é excluída *ab initio*, importa de seguida analisar mais atentamente os casos em que a mesma produz os seus efeitos, levando ao estabelecimento da paternidade, sem que esta corresponda à verdade biológica. São, como veremos, as dificuldades levantadas às ações de impugnação que nos mostram uma clara antipatia dos sistemas jurídicos de outrora para com a filiação extramatrimonial. Afinal, como se antevê, a impugnação seria o primeiro passo para, por um lado, excluir o estatuto de filho legítimo e, por outro, expor publicamente a existência de uma relação extraconjugal – duas consequências indesejáveis para a sociedade de então.

Estas barreiras processuais davam-se sobretudo ao nível dos prazos, do rol de legitimados para propor a ação e dos fundamentos que podiam ser mobilizados em juízo para sustentar tal pretensão²⁸.

No que diz respeito aos prazos, sabemos que a discussão relativa à maior ou menor extensão dos mesmos surge intimamente ligada com um maior ou menor compromisso com a verdade biológica, com os vários ordenamentos jurídicos a verem-se confrontados com a necessidade de ponderar tal interesse com outros igualmente relevantes, como a estabilidade e segurança jurídica das relações familiares²⁹. Como vimos, o nosso sistema aquando da entrada em vigor da versão original do Código Civil não descurava completamente da verdade biológica, mas fazia prevalecer sobre esta outros interesses, com tal prevalência a encontrar reflexos nos reduzidos prazos para impugnação da paternidade presumida.

De facto, esta possibilidade estava consagrada na versão original do artigo 1816.º, para as situações em que o filho nascia dentro dos 180 dias posteriores ao casamento, e no artigo 1818.º para as restantes situações em que a paternidade se estabelecia por força da presunção.

No que diz respeito à situação prevista no artigo 1816.º importa analisar o distinto regime originalmente previsto face ao regime atual, previsto no artigo 1828.º. A situação

²⁸ FACHIN, Luiz Edson, *op. cit.* p. 16

²⁹ Vide, entre outros, GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela, *La verdad biológica...* pp. 113-146; MAIOTO, Cláudia Soares, "A ação de investigação da paternidade: os «caça-fortunas» e o confronto com o direito ao conhecimento das origens genéticas. Qual a solução?" em *Lex Familiae*, Ano 19, N.º 38, Coimbra, Instituto Jurídico, 2022; OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...* *op. cit.*, pp. 411-413

subjacente é a mesma: por força da aplicação da presunção, o filho concebido antes do casamento, mas nascido nos primeiros 180 dias de vigência deste estaria abrangido pelos seus efeitos. A verdade é que, como Guilherme de OLIVEIRA salienta, mesmo quando era reconhecida especial força à presunção *pater is est*, o caráter frágil da mesma neste período inicial do casamento sempre se fez notar³⁰. O contraste face ao regime atual é, no entanto, evidente. Numa fase inicial este período levava efetivamente à produção dos efeitos previstos pela presunção, *i. e.* o estabelecimento da paternidade do marido. A fragilidade, no entanto, surgia na medida em que a impugnação saía facilitada: ao contrário das impugnações face a nascimentos ocorridos depois desse período, estas ações não estavam sujeitas a um elenco taxativo de fundamentos.

Diferente é a solução atualmente prevista no artigo 1828.^º: quando o nascimento se dá dentro dos primeiros 180 dias de vigência do casamento, a mera declaração da mãe ou do marido é suficiente para afastar a aplicação da presunção, levando a que não seja necessária uma posterior impugnação para que o pai biológico possa perfilhar a criança nascida³¹. Trata-se, afinal, de mais uma simplificação procedural introduzida em 1977 em nome da verdade biológica.

Certo é que, nos termos do artigo 1818.^º na sua versão original, este direito de impugnação estava sujeito a um prazo de apenas 120 dias contados a partir do momento em que tomou conhecimento do nascimento da criança, prazo este bastante distinto dos previstos atualmente no artigo 1842.^º atual. Findo este, o vínculo filial consolidava-se independentemente da verdade biológica.

As dificuldades que o sistema impunha faziam-se sentir também no que aos legitimados para a ação dizia respeito. De facto, numa fase inicial apenas o marido da mãe tinha a possibilidade de contestar uma paternidade estabelecida pela presunção³². No

³⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação...*, *op. cit.*, p. 97

³¹ Poderia parecer paradoxal que o atual 1840.^º, à semelhança do antigo 1816.^º na sua versão original, mantivesse os casos de exclusão da possibilidade de impugnação da paternidade do marido quando este tivesse manifestado de alguma forma o consentimento para que o filho fosse registado como seu, mesmo que a verdade biológica seja o elemento atualmente decisivo na generalidade dos casos no estabelecimento da filiação – e não a vontade. Faria sentido que uma prévia manifestação de vontade excluísse a possibilidade de impugnação de uma falsa paternidade? Importa, no entanto, atentar na parte final do n.º 2 do artigo 1840.^º: a relevância do erro sobre as circunstâncias, não prevista inicialmente na versão original do Código, parece ser o elemento fundamental que permite uma impugnação de um reconhecimento feito na convicção de se tratar efetivamente do pai biológico da criança.

³² FACHIN, Luiz Edson, *op. cit.* p. 32

conflito de interesses entre a verdade biológica e a hegemonia de uma sociedade familiar construída com base no casamento, já vimos que a segunda tendia a prevalecer. No entanto, as raras cedências circunscritas dentro de apertados limites faziam lembrar ainda assim o poder do *paterfamilias* para decidir, de acordo com a sua vontade, o destino dos filhos que lhe eram atribuídos. Esta conceção, ainda que se possa considerar como presente no nosso ordenamento jurídico, via-se confrontada com uma possibilidade prevista desde a versão original do Código no então artigo 1820.³³: a possibilidade de, dentro dos 60 dias posteriores ao nascimento do filho³³, aquele que se declarar pai do mesmo poder desencadear a propositura da ação por parte do Ministério Público. Tratava-se, afinal, de mais um indício de que a verdade biológica não era um elemento estranho ao nosso ordenamento, nem mesmo quando outros interesses tendiam a prevalecer.

Cabe terminar esta análise inicial da presunção *pater is est* com uma referência aos fundamentos a que o autor da ação de impugnação estava restrito. Se no regime atual a lei apenas define o objetivo que deve pautar a atividade probatória no n.º 2 do artigo 1839.^º, i. e. a demonstração através de todos os meios admissíveis que a paternidade do marido é manifestamente improvável, situação diferente vigorava antes de 1977. Já adiantámos previamente, a presunção assentava simultaneamente em três outras: a presunção de coabitação, a presunção de conceção e a presunção de fidelidade³⁴. Os fundamentos admissíveis em tribunal estavam diretamente relacionados com estas³⁵, como nos mostram as várias alíneas do artigo 1817.^º na sua redação original.

No que diz respeito à presunção de coabitação, a alínea a) e a alínea c) têm subjacente a prova em contrário da mesma – a primeira referindo-se à impossibilidade de coabitação durante todo o período legal de conceção e a segunda relativa a uma separação de facto durante o mesmo período. A alínea b), por sua vez, remete-nos para a presunção de conceção. De facto, a prova da “impotência absoluta para ter cópula ou para gerar”

³³ A versão atual do preceito, no artigo 1841.^º, refere como *dies quo* a data em que a paternidade do marido da mãe conste no registo.

³⁴ Esta última sujeita a alguns condicionalismos que analisaremos.

³⁵ De notar, no entanto, a remissão que o artigo 1817.^º fazia para o artigo 1816.^º, referindo que as situações que excluíam a possibilidade de impugnar a paternidade quando o nascimento se desse nos primeiros 180 dias de vigência do casamento quando houvesse o marido dado de alguma forma o consentimento para que o filho fosse tido como seu afastavam também a impugnação quando a conceção se desse durante o casamento – restringindo ainda mais os já limitados fundamentos.

demonstravam a baixíssima probabilidade de ter sido o marido o autor da fecundação. Finalmente, a prova em contrário da presunção de fidelidade subjaz de forma mais manifesta nas alíneas c) e d) ainda que esteja subjacente em todas as alíneas – afinal, quando a conceção se dá tendo sido provado o distanciamento físico do casal ou a impotência do marido, demonstra-se assim que a mulher não foi fiel. Note-se, porém, que o afastamento da presunção de fidelidade não era suficiente só por si para sustentar uma pretensão como a que analisamos. De salientar inclusive que tal insuficiência é bastante visível desde logo na alínea d): não basta a prova do adultério para a pretensão de impugnação obter provimento – esta alínea exige ainda a ocultação da gravidez e do nascimento do filho, para além da prova por qualquer circunstância de que este não fora procriado pelo marido. A insuficiência da prova do adultério, que afastava a presunção de fidelidade, comprehende-se no contexto do nosso sistema de então se tomarmos em consideração que ainda vigorava a regra da indivisibilidade do período legal de conceção: se todos os 120 dias partilhavam de igual relevância na determinação daquele em que se deu a conceção e a mãe tiver mantido relações sexuais com o marido e com outro homem em um ou mais desses dias, tal facto não excluía a probabilidade de o marido ser efetivamente o pai. É certo que poderia suscitar dúvidas sobre esse vínculo mas a verdade é que, tomando em consideração toda a configuração do sistema de então que temos vindo a analisar, a mera dúvida que assim surgia era manifestamente insuficiente para, por si só, excluir a legitimidade do filho³⁶.

Concluímos, assim, que a referida presunção possui antecedentes remotos no período romano e que encontrou diversas interpretações jurídicas ao longo dos tempos, servindo os interesses predominantes nos vários períodos. Tal conclusão, que nos remete para a historicidade desta ancestral regra de Direito, leva-nos a questionar a viabilidade de uma ampliação do âmbito de aplicação da mesma, sobretudo tendo em consideração a mudança dos tempos e as potencialidades de um processo extrajudicial simples e rápido de estabelecimento da filiação. Iremos analisar tais possibilidades adiante, não sem antes

³⁶ Não deixa porém de ser relevante notar que a mesma mera dúvida era um meio de defesa recorrente e eficaz por parte dos investigados em ações de investigação da paternidade – a chamada *exceptio plurium concubentium*.

tratar do surgimento de outras presunções atualmente vigentes no ordenamento jurídico português, introduzidas pela Reforma de 1977.

2.2. A Reforma de 1977 e a prova nas ações de investigação da paternidade

A conhecida Reforma de 1977 do Direito Civil português, como se sabe, resultou sobretudo das modificações introduzidas ao nível constitucional após a Revolução de 1974. Impunha-se consagrar na prática civilista o princípio da igualdade dos cônjuges e o fim da discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. No entanto, a verdade é que esta tendência fez-se sentir um pouco por toda a Europa, com a consagração de tais princípios na legislação civil de vários países³⁷. Não surpreende portanto que, em termos práticos, estas alterações tenham tido repercussões semelhantes ao nível processual em diversos países em ações ligadas à filiação, desde logo com medidas como a expansão do leque de legitimados para as mesmas, o alargamento dos prazos, o fim dos pressupostos para propor ações de investigação e o fim da taxatividade dos fundamentos com base nos quais se podia sustentar uma pretensão de impugnação da paternidade³⁸.

Como vimos anteriormente, a verdade biológica não era um critério irrelevante no nosso sistema antes da Reforma de 1977. Para o ilustrar, Guilherme de OLIVEIRA cita mesmo um assento de 1938 do Supremo Tribunal de Justiça onde já se afirmava que o interesse do filho era “pertencer ao pai cujo é”, mais do que manter o estatuto de legitimidade³⁹. Não surpreende, portanto que, com a eliminação da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos no artigo 36.º/4 da nova Constituição, a verdade biológica se tenha afirmado progressivamente como critério predominante no estabelecimento da filiação.

Note-se, porém, que a falta de coincidência entre vínculos biológicos e vínculos jurídicos ou mesmo a inexistência dos segundos podia resultar em situações de maior ou menor gravidade no regime vigente antes de 1977. Como vimos, a aplicação da regra *pater est* assegurava aos nascidos de mulher casada um vínculo paterno juridicamente reconhecido e que lhes garantia não só o estatuto de filho legítimo como uma série de

³⁷ Para uma análise das Reformas do sistema francês, suíço e belga *vide* FACHIN, Luiz Edson, *op. cit.* p. 73-99

³⁸ FACHIN, Luiz Edson, *op. cit.* p. 16

³⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, "O Sangue e o Direito - entre o ser e o pertencer" em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134, n.º 3924 e 3925, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 66-67

direitos emergentes desta relação, com particular destaque, entre outros, para o então designado poder paternal. A versão original do artigo 1881.^º elencava alguns dos poderes especiais do pai que ilustram a relevância deste vínculo para proteção do menor – desde assegurar alimentos ao filho, defendê-lo e representá-lo, administrar os seus bens, entre outros. O filho ilegítimo, por sua vez, ainda que também estivesse sujeito ao poder paternal e às proteções previstas legalmente por este nos termos de remissão feita pela versão original do artigo 1904.^º para os artigos anteriores, encontraria tal proteção jurídica apenas nos casos em que a filiação estivesse legalmente reconhecida. Na prática, tal proteção surgiria, nos termos do n.^º 2 do artigo 1904.^º, quando tivesse havido perfilhação, *i. e.* quando o pai tivesse demonstrado vontade de reconhecer como filho, e quando o pretendido pai não tivesse apresentado contestação na ação de investigação de paternidade. Daqui advém, portanto, que apesar de podermos não ter coincidência entre vínculo jurídico e vínculo biológico quer num caso em que o pai não é o marido da mãe mas é em relação a este que se estabelece a paternidade presumida quer num caso em que existe vínculo biológico mas inexiste vínculo jurídico por inexistência de perfilhação, a criança nascida no primeiro caso acaba ainda assim por estar protegida pelo poder paternal mas o mesmo não acontece à nascida na segunda situação.

No entanto, uma vez impugnada com sucesso a paternidade estabelecida por presunção⁴⁰, as dificuldades de estabelecimento da filiação em relação ao pai biológico faziam-se sentir em ambas as situações. De facto, as ações de investigação da paternidade estavam sujeitas aos pressupostos previstos na versão original do artigo 1860.^º que, como salienta Guilherme de OLIVEIRA, encontravam a sua génese no sistema jurídico francês, onde as limitações desta natureza visavam restringir as ações de investigação aos casos em que existia ou uma vontade do pai de reconhecer o filho como seu, ainda que informalmente, e aos casos em que o pretendido pai se havia comportado de forma a merecer censura ou castigo⁴¹.

⁴⁰ Impugnação esta sujeita a especiais dificuldades, como já analisámos previamente.

⁴¹ OLIVEIRA, Guilherme de, "O Direito da filiação na jurisprudência recente", em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1980, p. 120

Assim, se no estabelecimento da paternidade matrimonial encontrávamos antes de 1977 uma defesa dos valores do casamento como base familiar a impor regras jurídicas congruentes, já no estabelecimento da paternidade extramatrimonial encontrávamos um predomínio da vontade arbitrária do pai em reconhecer ou não o filho na base da disciplina da matéria⁴².

Tendo o capítulo anterior versado sobre questões ligadas a dificuldades associadas às ações de impugnação da paternidade presumida, nas quais a força da presunção *pater est* assume particular relevância, iremos de seguida analisar de forma mais aprofundada as questões ligadas às ações de investigação da paternidade, onde as novas presunções do artigo 1871.º encontram o seu campo de aplicação.

A relevância das novas presunções de paternidade só poderá ser integralmente compreendida se tomarmos em consideração o contexto que as precedeu e as dificuldades associadas à demonstração do vínculo biológico – quer pela sua natureza⁴³ quer pelas dificuldades acrescidas impostas pelo próprio sistema. De facto, tendo em consideração o contexto da época⁴⁴, era previsível que as relações íntimas extraconjugaies fossem muitas vezes dissimuladas dos olhos do público, dificultando o acesso à prova testemunhal. A prova científica, por sua vez, nem sempre gozou da fiabilidade que hoje lhe atribuímos⁴⁵ – ainda que já fosse admitida antes mesmo da consagração expressa da sua admissibilidade

⁴² Importa, porém, destacar a relevância da averiguação oficiosa, introduzida em 1966 no nosso sistema. Nos termos da versão original do artigo 1847.º, caso apenas se encontrasse estabelecida a maternidade, haveria lugar à averiguação oficiosa da paternidade. No entanto, em caso de recusa do presumido pai indicado pela mãe em assumir a paternidade, a posterior ação de investigação, nos termos do n.º 4 do artigo 1847.º, não estaria sujeita às limitações do artigo 1860.º – indicando a existência de um interesse público que se sobreponha à vontade do pai biológico. Tal possibilidade não exclui, no entanto, as considerações tecidas a respeito de um predomínio da vontade masculina em assumir ou não a paternidade – basta pensar que a averiguação oficiosa não teria lugar caso tiverem decorrido dois anos sobre a data do nascimento, nos termos do n.º 3 da versão original do artigo 1845.º, aplicável por remissão do n.º 4 do artigo 1848.º. Também na eventualidade de uma paternidade matrimonial presumida com posterior impugnação ter tido previamente lugar, era visível tal predomínio da *voluntas* do pai biológico em reconhecer ou não o filho e a dificuldade deste em conseguir em juízo o reconhecimento da paternidade. Afinal, como se antevê, nestes casos não havia lugar a averiguação oficiosa.

⁴³ Não esqueçamos o brocado romano que se manteve aplicável por séculos: *mater semper certa, pater nunquam*.

⁴⁴ A lei mantinha-se congruente com a proteção dos valores de então quando, no contexto da ação de investigação da paternidade, previa na versão original do artigo 1850.º o caráter secreto da instrução do processo “por forma a prevenir escândalos e a evitar toda a ofensa ao pudor ou dignidade das pessoas”.

⁴⁵ Citando CARBONNIER, Guilherme de OLIVEIRA dá-nos conta que os testes de paternidade na China antiga se realizavam juntando gotas de sangue do filho e do pretendido pai, com a reação que se seguia a ditar a paternidade caso estas se misturassem. OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação...*, op. cit., p. 40

introduzida com a Reforma de 1977, tendo o legislador apenas por objetivo salientar a inexistência de entraves à utilização destes métodos em nome da verdade biológica⁴⁶.

Mas o próprio sistema levantava entraves que dificultavam ainda mais o sucesso da pretensão do filho. De facto, antes de 1977, cabia ao filho ilegítimo não só a prova do vínculo biológico, mas também dos pressupostos do antigo artigo 1860.^º O valor dos mesmos, no entanto, era esclarecido na versão original do artigo 1866.^º: eram tidos como simples presunções de facto, sendo livremente apreciáveis pelo tribunal em conjunto com as demais provas. Não deixa de ser relevante notar, no entanto, as claras semelhanças com as presunções que viriam a ser consagradas no artigo 1871.^º com a reforma de 1977, com exceção da alínea d) do artigo primitivo que seria suprimida sem previsão legal análoga na nova versão – alteração que nos demonstra desde logo o abandono de uma ideia de paternidade estabelecida como castigo por um comportamento reprovável do pretenso pai⁴⁷.

Sucede-se que a consagração de presunções de paternidade que assentam hoje numa base factual idêntica à originalmente prevista nos pressupostos de admissibilidade da ação de investigação demonstra também uma mudança de prioridades do legislador nas regras que dita para guiar a resolução do conflito de interesses entre o pretenso pai e o filho. Se originalmente se visava dificultar o acesso à ação com a demonstração de um destes factos⁴⁸ ⁴⁹, as presunções de paternidade trouxeram hoje, pelo contrário, uma facilidade de prova ao permitir indiretamente a demonstração de factos já de sua natureza de difícil comprovação⁵⁰. Não esqueçamos que, de acordo com o disposto no artigo 350.^º do Código

⁴⁶ *Idem*, p. 38

⁴⁷ A versão original do artigo 1860.^º dispunha que “*A ação de investigação de paternidade ilegítima só é admitida nos seguintes casos: (...) d) Tendo havido violência exercida pelo pretenso pai contra a mãe no mesmo período [no período legal de conceção]*”

⁴⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, “O Direito da filiação na jurisprudência recente”..., *op. cit.*, p. 120

⁴⁹ Ainda que tais limitações visassem dificultar o acesso à ação, não podemos negar que constituírem presunções de facto poderia auxiliar a prova. No entanto, a configuração do regime legal destas era totalmente distinta de uma inversão do ónus que se viria a consagrar com a introdução das presunções legais do artigo 1871.^º Além disso importa ainda ter em consideração que a previsão legal dos pressupostos impunha um necessário esforço probatório acrescido para além da prova do vínculo biológico – algo que hoje é a única prova verdadeiramente relevante numa ação de filiação e que pode ser alcançada, como se sabe, por via dos testes de paternidade. Assim, se os referidos pressupostos permanecessem hoje em vigor, a prova do vínculo biológico por via de um exame de ADN seria insuficiente.

⁵⁰ PESSOA, Ana Raquel, “Artigo 1871.^º (Presunção), ... *op. cit.*, p. 842 e SANTOS, Marco Reis, *Invocação e Ilisão de Presunções Legais em Processo Civil*, Braga, Nova Causa, 2020, pp. 115

Civil, aquele que tem uma presunção a seu favor não terá de fazer prova do facto a que a mesma conduz.

As facilidades probatórias introduzidas pelo artigo 1871.º não devem, no entanto, ser interpretadas no sentido de terem consagrado uma mera substituição da proteção do interesse do pretenso pai, com os entraves à ação que este não desejava, pela proteção do interesse do filho. Sucedese que o interesse do filho em reconhecer juridicamente o vínculo biológico coincide com um interesse do próprio Estado em garantir que tal coincidência se verifica⁵¹. O mesmo não acontece com outros sistemas jurídicos próximos do nosso que consideram igualmente relevantes outros aspetos ao ponto de os fazerem prevalecer em diversas situações⁵².

A intervenção do legislador no campo da prova deve, no entanto, ser cautelosa. Facilitar excessivamente a prova a uma das partes pode, afinal, resultar em desequilíbrios graves no princípio da igualdade de armas e tornar excessivamente onerosa a defesa da outra parte. A procura da verdade material, neste caso o vínculo biológico, impõe que o pretenso pai disponha de meios capazes de ilidir a presunção – não esqueçamos que a probabilidade factual em que se baseiam as presunções e que levou o legislador a estabelecê-las não significa certeza da verificação dos factos presumidos.

Desde cedo que estas considerações foram tidas em consideração no nosso ordenamento jurídico. Por um lado, como esclarece J. Remédio MARQUES, não se exigia a prova em contrário para ilidir as presunções do artigo 1871.º, bastando ao pretenso pai provar que subsistiam “dúvidas sérias” sobre a sua alegada paternidade⁵³.

⁵¹ Todas as presunções consagradas no artigo 1871.º têm subjacente a verdade biológica. Mesmo nos casos menos claros, como as alíneas a) e b), o vínculo está subentendido: no primeiro caso (“*A paternidade presume-se: [...] a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretenso pai e reputado como filho também pelo público*”)) o legislador crê que os afetos são expressão do próprio laço de sangue, tal como no segundo (“*b) Quando exista carta ou outro escrito no qual o pretenso pai declare inequivocamente a sua paternidade*”)) se acredita que o pretenso pai está convicto da existência de um vínculo biológico. PESSOA, Ana Raquel, “Artigo 1871.º (Presunção), ... *op. cit.*, p. 843

⁵² A título de exemplo veja-se o direito italiano, onde um segundo reconhecimento de um filho já reconhecido previamente está sujeito a oposição do primeiro pai. O objetivo de tal solução prende-se com a proteção dos interesses do filho, que podem ser prejudicados com o segundo reconhecimento – mesmo que este seja o que corresponde, de facto, à verdade biológica. OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação...*, *op. cit.*, p. 36

⁵³ MARQUES, Remédio J. P., “Investigação de paternidade - concubinato duradouro e aplicação no tempo da Lei n.º 21/98, de 12 de maio”, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 78, Coimbra, 2002, pp. 545

Simultaneamente, não esqueçamos que a abertura expressa do artigo 1801.º às provas científicas também significava um eficaz meio de defesa para o réu – afinal, pese embora algumas dúvidas sobre a fiabilidade dos resultados destes para estabelecer a paternidade numa fase inicial, desde cedo que os exames de sangue se mostraram fiáveis na *exclusão* da paternidade⁵⁴. Não surpreende, portanto, que uma crescente confiança e aprimoramento dos meios de prova científicos tenham sido pressuposto fundamental da introdução tardia, em 1998, da presunção que inverte o ónus da prova quando se consiga demonstrar que a mãe e o pretenso pai tiveram relações sexuais durante o período legal de conceção⁵⁵.

Em suma, podemos afirmar que a Reforma de 1977 reforçou o papel da verdade biológica no estabelecimento da filiação em Portugal, elevando-a a critério predominante no conflito com outros interesses. Tal primazia é visível, por um lado, na regra geral que impõe uma desejável correspondência entre laços de sangue e vínculos jurídicos e, por outro, na previsão de instrumentos legais que permitam impugnar facilmente falsos vínculos e estabelecer os verdadeiros, com vista a uma eficaz correção de eventuais falhas⁵⁶. No que diz respeito às facilidades no estabelecimento da filiação importa salientar a previsão de presunções de paternidade que visaram facilitar a prova por parte do investigante, cujos interesses em estabelecer um vínculo verdadeiro coincidem com um interesse do próprio Estado. No entanto, significando o estabelecimento de tais presunções um potencial desequilíbrio na relação processual das partes, o novo artigo 1871.º só foi possível graças à crescente confiança nos exames científicos, assegurando assim um reequilíbrio da relação.

Exposta assim a especial relevância dos testes de paternidade, quer pela sua relação com a previsão legal das presunções do artigo 1871.º, quer pela sua relevância autónoma nas atuais ações de investigação da paternidade, quer ainda pelo papel que estes foram

⁵⁴ Como nos esclarece Guilherme de OLIVEIRA, as preocupações com a defesa de uma contraparte que não beneficia de uma presunção estavam também presentes na Alemanha, onde se reconhecia já na década de 80 do século passado que se a mera prova da coabitacão fazia presumir a paternidade então seria necessário que ao pretenso pai fossem garantidas facilidades no acesso a perícia que garantisse a exclusão desta, sem que os preços elevados dos exames laboratoriais fossem um impedimento. OLIVEIRA, Guilherme de, "A lei e o laboratório. Observações acerca das provas periciais da filiação" em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Vol II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984, pp. 807-826

⁵⁵ MARQUES, Remédio J. P., "Investigação de paternidade... *op. cit.*, p. 549

⁵⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação...*, *op. cit.*, p. 35

adquirindo nas ações de impugnação da paternidade ao assegurarem que determinado indivíduo não tinha laços de sangue com quem constava como seu filho, importa agora aprofundar um pouco mais esta relação que o Direito foi estabelecendo com a Ciência dos laboratórios.

3. A ciência ao serviço do Direito: os testes de paternidade nas ações de filiação

Os testes de ADN trouxeram para o domínio do Direito a promessa de quebrar finalmente a longa tradição de incerteza quanto à identidade do pai. Note-se, porém, que tal afirmação assenta numa conceção de paternidade muito específica: o pai juridicamente relevante será aquele que contribuiu com o seu material genético para a conceção do filho. No entanto, esta conceção não tem de ser absoluta – como veremos no capítulo seguinte, os vários ordenamentos jurídicos têm valorado de forma diferente o fator genético no momento de estabelecer o vínculo jurídico da paternidade.

Certo é que, como vimos, após 1977 a verdade biológica assumiu um papel predominante e os crescentes desenvolvimentos da genética foram convidados formalmente a entrar nos tribunais como via privilegiada para dar resposta à questão de saber quem é o pai. Anunciava-se uma verdadeira revolução neste domínio do Direito, com os avanços que se foram sentindo desde então a levarem alguns autores a afirmarem mesmo um claro anacronismo de outros meios processuais, incluindo as presunções de paternidade mais antigas, face à fiabilidade dos testes laboratoriais de ADN⁵⁷.

O problema da coincidência entre vínculos biológicos e vínculos jurídicos poderia, no entanto, ser alcançado por outras vias, com vista a assegurar *ab initio* tal correspondência sem necessidade de recorrer posteriormente a tribunal – quer para

⁵⁷ J. Remédio MARQUES argumenta mesmo que com a introdução da nova presunção da alínea e) do n.º 1 do artigo 1871.º o que se pretende é conseguir que os réus relutantes em se submeterem voluntariamente a exames laboratoriais o façam agora por ser esta a forma mais eficaz de criar “dúvidas sérias” sobre a sua paternidade, com vista a afastar a presunção que inverte o ónus da prova com a mera prova da prática de relações sexuais no período legal de conceção. O autor, tal como Guilherme de OLIVEIRA, defende que há uma ligação direta entre tal presunção e os exames laboratoriais, com a alta probabilidade de o réu ser o pai biológico a expressar-se não por via da base factual da mera existência de relações sexuais mas pelos resultados dos referidos exames a serem realizados para afastar a presunção – simplificando desta forma as minúcias processuais anteriores associadas às demais situações do n.º 1 do artigo 1871.º, consideradas hoje pelo autor como desprovidas de interesse prático. MARQUES, Remédio J. P., "Investigação de paternidade... *op. cit.*, pp. 547-550

impugnar falsas paternidades quer para estabelecer a verdadeira. Guilherme de OLIVEIRA fala-nos a este respeito de um hipotético sistema de apreciação judicial onde, para cada nascimento, se aferisse a identidade do pai biológico. No entanto, os inconvenientes de tal sistema ultrapassariam em larga medida as suas vantagens, com o autor a referir a multiplicação de processos pendentes, o recurso excessivo aos laboratórios de biologia forense e um constante escrutínio da fidelidade das mulheres⁵⁸. Estes inconvenientes estariam, portanto, na origem de uma opção diferente da parte do legislador: a experiência da vida sustentaria uma análise dos resultados mais frequentes para situações de base idêntica, levando à consagração de regras como a presunção *pater is est* e, assim, a uma simplificação de procedimentos⁵⁹.

Cabe, no entanto, questionar se, dada a facilidade de acesso a testes desta natureza nos dias de hoje, se um procedimento de cariz extrajudicial com recurso aos mesmos seria praticável. Como vimos anteriormente, a questão foi já discutida em Espanha, não a respeito de uma generalização como imposição prévia ao registo de nascimento, mas antes como forma de afastar a aplicação da presunção *pater is est* num sistema onde, diferentemente do nosso, a mera declaração de não paternidade do marido por parte da mãe não é suficiente para tal afastamento. A argumentação apresentada, como vimos, baseia-se nas maiores garantias de defesa asseguradas às partes no âmbito de um processo judicial⁶⁰. Se é certo que é discutível saber se, nos dias de hoje e dada a fiabilidade que os testes de ADN nos garantem, a comparação entre a probabilidade subjacente à presunção *pater is est* e a probabilidade que nos oferece um teste de paternidade não fará com que a segunda se deva sobrepor à primeira, a verdade é que ainda assim se recomendam cautelas no âmbito de um processo judicial, cujo contexto acreditamos ser distinto do que ocorre no âmbito extrajudicial – as provas científicas não devem ser tratadas como infalíveis, deixando nas mãos dos peritos a decisão do caso concreto – mesmo quando os resultados

⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação...*, op. cit., p. 93

⁵⁹ *Idem*, pp. 93-94. Note-se, porém, que também a perfilhação tem subjacente uma confiança na normalidade do acontecer segundo a qual o perfilhante geralmente é, efetivamente, o pai biológico do perfilhado. A afastar a mera relevância da vontade para estabelecer e revogar o vínculo atente-se no n.º 1 do artigo 1860.º: o ordenamento jurídico apenas permite a anulação pelo perfilhante por erro ou coação moral. J. Duarte PINHEIRO fala a este respeito de uma *declaração de consciência*, com o ordenamento a supor um necessário convencimento da sua paternidade por parte de quem tenha perfilhado. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, op. cit., p. 147

⁶⁰ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela, *La verdade biológica...* op. cit., p. 110

nos apresentam sedutoras probabilidades de paternidade superiores a 99%, como veremos adiante.

No que toca ao recurso a exames desta natureza de cariz extrajudicial, parece-nos que a solução atualmente prevista no nosso sistema dá uma resposta adequada ao problema. Referimo-nos desde logo à possibilidade, prevista legalmente desde 2001, do recurso ao INML ou a outros laboratórios quando surjam dúvidas sobre um determinado vínculo biológico⁶¹. De facto, não parece razoável uma imposição de exames desta natureza como regra antes do registo de nascimento, não só pelas razões já previamente apontadas, mas também pelo crescente número de casos em que o fundamento da filiação assenta em vínculos de outra natureza que não o elo biológico⁶².

No entanto, a intervenção judicial torna-se especialmente relevante quando estejamos no âmbito de um processo e estejam em causa provas científicas para estabelecer um vínculo jurídico. Não esqueçamos que no âmbito de um processo judicial sobre questões desta natureza teremos em regra duas partes em confronto, cada uma das quais pretendendo obter uma decisão diferente. Este conflito justifica, portanto, que seja reconhecida especial relevância ao contraditório quando uma das partes apresenta provas científicas – terá o teste de paternidade sido realizado de acordo com os procedimentos de referência internacionais e com a qualidade técnico-científica desejável da parte dos laboratórios?⁶³ Terá sido realizado com amostras biológicas dos envolvidos ou pode ter havido troca?⁶⁴ As amostras estavam em bom estado ou degradadas? Mas não só: a intervenção do juiz neste contexto justifica-se também na medida em que o perito não tem

⁶¹ OLIVEIRA, Guilherme de, MONIZ, Helena Moniz, "Utilização de informação genética em acções de filiação - perguntas e respostas" em «*Lex Medicinae* Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano II, n.º 4, Coimbra, Centro de Direito Biomédico/Coimbra Editora, 2005, pp. 41-42

⁶² A este respeito vide OLIVEIRA, Guilherme de, "Criterios jurídicos da parentalidade" em *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 274-276.

⁶³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Prueba científica: mitos y paradigmas" em *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2010, p. 89-90

⁶⁴ Perante a elevada fiabilidade dos resultados obtidos nos testes de paternidade modernos, a possibilidade de troca das amostras tem sido uma hipótese de defesa em ações desta natureza. A título exemplificativo veja-se TG 07/12/2016 (3727/13.3TBBCL-A.G1). Quando tal hipótese não é trazida pelas partes, é o próprio tribunal que muitas vezes salienta a inexistência de troca de amostras para reforçar o valor dos resultados como fundamento da decisão. Veja-se a título de exemplo o caso TC 12-12-2017 (108/16. 0T8GRD-A.C1).

conhecimento de outras circunstâncias relevantes relativas ao caso e que podem ser decisivas na resposta a dar ao problema⁶⁵ ⁶⁶.

Já no que toca ao âmbito extrajudicial, partindo das máximas da experiência segundo as quais o pai biológico será o primordialmente interessado em ser registado como pai, a apresentação de testes de paternidade para afastar a aplicação da presunção de paternidade matrimonial coincidirá com os interesses do marido, do pai biológico e da própria criança – não existindo, em regra, conflito entre estes⁶⁷. Já no caso de filiações fora do casamento, parece-nos que a possibilidade de recurso voluntário a centros certificados permite dar resposta às situações em que uma inicial hesitação em perfilhar é superada com os resultados de um teste, sem necessidade de recurso a uma ação judicial.

As considerações tecidas até aqui poderiam levar-nos a crer que, dado o estado atual de avanço da Ciência e a segurança adicional que a intervenção de um juiz pode trazer ao processo sempre que estejam em causa provas científicas, a generalidade dos problemas ligados aos vínculos biológicos ficariam resolvidos ora com um recurso extrajudicial voluntário aos centros especializados, quando a hesitação em perfilhar resultasse de

⁶⁵ De acordo com o *paradigma da verosimilhança*, a partir dos dados científicos obtidos em laboratório pelo perito, caberá ao juiz de seguida decidir qual o valor a dar a esses mesmos dados no âmbito do processo, cruzando estas informações com outras também disponíveis e decidindo de acordo com o princípio da livre apreciação da prova. GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Prueba científica...", *op. cit.*, p. 87

⁶⁶ A necessidade de intervenção do juiz torna-se bem visível quando surgem contradições entre as próprias provas científicas trazidas ao processo – mesmo quando os próprios peritos as tentam justificar. A título exemplificativo veja-se um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2002 a respeito de um caso onde a realização de exame hematológico começa por mostrar uma probabilidade de 99,968% e posteriormente, após repetição com novos marcadores, sobe para 99,999987%. No entanto, as provas trazidas ao processo demonstravam também que o investigado sofria de azoospermia, condição que o tornaria infértil. Numa tentativa de justificar tal contradição os peritos referem relatos de casos dos *media* e da literatura científica onde a fecundação fora possível mesmo com azoospermia. No entanto, o tribunal intervém questionando a fundamentação baseada nos *media* e refere a ocorrência de diferenças de relevo entre o caso relatado na literatura científica e o caso concreto. Com base nesta argumentação, a decisão do STJ orientou-se no sentido de uma necessária ampliação da matéria de facto, com vista a garantir que a referida azoospermia já existia à data da conceção – STJ 16/04/2002 (02A709). Trata-se de uma decisão que nos mostra claramente a importância de não encarar as ações de investigação como determinadas exclusivamente pelos impressionantes valores probabilísticos associados aos testes de paternidade.

⁶⁷ Mesmo nas situações em que estes conflitos possam surgir, nomeadamente quando a mãe afasta a presunção mas o marido acredita ser o pai, o nosso sistema prevê uma solução extrajudicial. De facto, o n.º 3 do artigo 1832.º prevê que o afastamento da presunção de paternidade por parte da mãe permite o reconhecimento voluntário – inclusive por parte do marido, caso este discorde da declaração da esposa. Caso subsista o desentendimento, a mãe poderá recorrer a tribunal para impugnar a paternidade nos termos do artigo 1859.º, onde a intervenção do juiz permitirá sanar eventuais questões relativas aos testes de paternidade. Mesmo não sendo necessário no nosso sistema o recurso a estes para afastar a presunção, parece-nos que neste primeiro momento, em sistemas como o espanhol, não seria necessário um escrutínio detalhado aos resultados apresentados por um teste de paternidade para afastar a presunção num momento inicial, desde que se previssem mecanismos alternativos de reação por parte do marido como ocorre em Portugal.

dúvidas sobre o vínculo, ora com um processo judicial onde os resultados dos testes poderiam ser contestados. No entanto, nem sempre a livre e espontânea vontade em submeter-se a um teste de paternidade está presente nos envolvidos. Nestes casos, dada a previsivelmente fácil solução que deixa de ter lugar pela não colaboração de uma das partes envolvidas, qual deverá ser a resposta a dar às diversas situações?

Sendo certo que a realização de um teste de paternidade não é pressuposto exigido por todos os homens antes de perfilharem um filho, sendo muitas vezes o vínculo constituído sem a prévia realização de qualquer teste, a verdade é que a recusa do ato de perfilhar no âmbito de uma averiguação oficiosa, quando existam “provas seguras da paternidade” nos termos do n.º 5 do artigo 1865.º, dá geralmente lugar a uma ação de investigação – veja-se desde logo a solução prevista no n.º 4 do mesmo artigo articulada com o artigo 1864.º, deixando claro que o sistema considera indesejável o registo de crianças sem pai⁶⁸. No entanto, no que toca à perfilhação, a liberdade dos sujeitos tende a prevalecer – só nos casos mais problemáticos, como veremos de seguida, o recurso a tribunal poderá suscitar maiores problemas⁶⁹.

Sabemos que, de acordo com os artigos 7.º e 417.º do Código de Processo Civil, todas as pessoas estão vinculadas a um dever de cooperação para a descoberta da verdade, contribuindo para a boa administração da justiça. Conhecendo-se a fiabilidade destas provas periciais, é natural que sejam requeridas ou por uma das partes ou ordenadas pelo próprio juiz, ao abrigo do princípio do inquisitório. Assim, a menos que seja invocada uma das causas do n.º 3 do mesmo artigo que legitimem a recusa de cooperação, haverá lugar à

⁶⁸ Ainda assim não se exclui que a ação venha posteriormente a ser intentada por outro legitimado que não o Ministério Público, sobretudo tendo em consideração o prazo de 2 anos a contar do nascimento previsto na alínea b) do artigo 1866.º.

⁶⁹ Poderíamos perguntar quais as consequências de uma obtenção de material genético sem o consentimento do visado e posterior realização de um teste de paternidade no âmbito extrajudicial. Sendo a perfilhação um ato pessoal e livre, os resultados não retirariam a liberdade ao visado de perfilhar ou não o fazer. A questão mais problemática surgiria ao nível de uma eventual posterior ação de investigação: poderiam os resultados assim obtidos ser mobilizados como prova em tribunal? Note-se que os resultados são obtidos num momento em que o sujeito visado ainda não era sequer parte num processo, não estando ainda vinculado ao dever de cooperação previsto nos artigos 7.º e 417.º do Código de Processo Civil. Como veremos adiante de forma mais desenvolvida, a possibilidade de forçar a realização de testes de paternidade no âmbito de um processo é discutida na doutrina e na jurisprudência. Parece-nos que, sendo opinião dominante a impossibilidade de impor pela força a realização de um teste que o visado não consentiu no âmbito de um processo, quando estão em causa não só os interesses das partes mas também um interesse do Estado na boa administração da justiça, não devem ser admitidas provas semelhantes obtidas também elas sem o consentimento *antes* de um processo judicial, quando ainda estavam em causa apenas os interesses das partes.

condenação em multa e o tribunal poderá apreciar livremente o valor probatório da recusa nos termos do n.º 2. Prevê-se ainda que, se a recusa tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, poderá haver lugar a uma inversão do ónus da prova nos termos do n.º 2 do artigo 344.º.

A questão que se impõe em primeiro lugar passa por saber se uma recusa de cooperação seria ou não legítima. Ao contrário do que acontecia inicialmente, quando este tipo de testes implicava a recolha de sangue, parece-nos que a recolha de material biológico, como saliva ou de cabelos, não se enquadra numa violação da integridade física das pessoas prevista na alínea a) e que legitimaria a recusa⁷⁰. No entanto, é discutível se se enquadrará na alínea b), ou seja, se submeter-se a um teste de ADN configurará uma intromissão na vida privada ou familiar – pense-se desde logo na exposição em juízo das relações íntimas que o investigado manteve com a mãe do investigante.

É certo que, pela natureza da própria ação, esta envolve necessariamente uma intromissão na vida privada e familiar – o que levaria, de acordo com o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, à nulidade das provas⁷¹. Acontece que, como salienta Miguel Teixeira de SOUSA, este seria um dos casos em que a ilicitude da prova seria excluída na medida em que o facto probando exige necessariamente a referida intromissão⁷². Assim, se admitíssemos uma argumentação de não colaboração baseada na intromissão na vida privada ou familiar, o resultado seria excluir à partida qualquer colaboração do investigado com o tribunal, colocando em risco o direito substantivo do investigante a estabelecer o vínculo jurídico da filiação – afinal, toda e qualquer prova obtida estaria condenada à nulidade por terem na sua base um facto da vida privada do investigado⁷³.

⁷⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, *op. cit.*, pp. 117-118. As técnicas menos invasivas relacionadas com o ADN são também salientadas por Marina GASCÓN ABELLÁN como facilitadoras da prova. GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Prueba científica...", *op. cit.*, p. 82

⁷¹ O artigo em questão é relativo ao processo criminal e não ao processo civil mas a sua aplicação analógica tem vindo a ser defendida na doutrina. SOUSA, Miguel Teixeira, "A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras", em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXI, N.º 2, 2020, p. 18

⁷² *Idem*, p. 48

⁷³ A única exceção corresponderia ao caso em que voluntariamente o investigado aceitasse colaborar e assim expor uma parte da sua privada, afastando a ilicitude com o seu consentimento. SOUSA, Miguel Teixeira, "A prova ilícita..." *op. cit.*, p. 47-48. No entanto, considerando que o interesse do investigado será o oposto do investigante, parece improvável que houvesse lugar a tal consentimento caso admitíssemos à partida a possibilidade do investigado se eximir de qualquer colaboração com base na intromissão na sua vida privada que a ação significaria.

Não nos parece, portanto, que a recusa de colaboração seja legítima pelo que poderá o tribunal, nos termos do n.º 2 do artigo 417.º do CPC, condenar em multa e apreciar livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sendo mesmo possível a inversão do ónus da prova nos termos do n.º 2 do artigo 344.º. Esta última solução poderá fazer especial sentido, no entender de Guilherme de OLIVEIRA, se não existirem na causa outros meios⁷⁴.

Cabe ainda fazer referência a uma especial relevância das presunções de paternidade neste domínio. Não esqueçamos que, ainda que a inversão do ónus da prova possa ser mais exigente quando trilhamos o caminho previamente exposto, o procedimento fica facilitado quando houve previamente uma atividade probatória sobre a base de uma das presunções do artigo 1871.º do CC. Neste caso é a própria presunção que opera uma inversão do ónus da prova e a realização de um teste de paternidade será a forma mais eficaz de o investigado poder afastar a presunção e fazer com que o *onus probandi* recaia, novamente, sobre o investigante. Acontece que, com o desenvolvimento atual da genética forense, raras serão as vezes em que as ações são hoje propostas com uma causa de pedir sustentada exclusivamente por presunções, sem que o investigante requeira também um teste de paternidade. Isto significa, portanto, que poderemos ter uma recusa de submissão acompanhada de uma inversão do ónus da prova operada por força da presunção. Se é certo que a defesa mais eficaz seria a submissão ao teste e um resultado negativo, também é certo que esta pode operar por outras vias, como pela tradicional *exceptio plurium concubentium* – o que suscitaria “dúvidas sérias” e, como se prevê no n.º 2 do artigo 1871.º, permitiria ilidir a presunção. No entanto, neste caso, a produção de prova para sustentar a presunção deverá ser tomada em consideração na livre apreciação que o juiz fará da recusa. Não esqueçamos afinal que na base das presunções está uma alta probabilidade de o investigado ser o pai nessas situações pelo que, quando as probabilidades já indicam a paternidade, a valoração da recusa não deve ser igual à que ocorre quando não houve um esforço probatório para sustentar uma presunção. Uma causa de pedir sustentada também em presunções pode,

⁷⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família... op. cit.*, pp. 381

portanto, ajudar o investigante a prevenir-se contra uma eventual recusa do investigado a submeter-se a exames científicos⁷⁵ ⁷⁶.

Em suma, somos levados a concluir que, não obstante poderem suscitar alguns problemas, os testes de paternidade são as provas periciais por excelência neste tipo de ações, assegurando respostas fiáveis sobre o vínculo biológico. Não deixa, portanto, de ser especialmente curioso, como nota Rafael VERDERA SERVER, que o momento histórico em que os procedimentos para esclarecer os vínculos biológicos se tornaram mais fáceis, rápidos e baratos coincide com uma crescente discussão sobre a conveniência de elevar simultaneamente outros fundamentos da filiação⁷⁷.

4. Breve abordagem ao papel da verdade biológica no plano nacional e internacional

Como já foi referido anteriormente, a verdade biológica é o critério predominante na vasta maioria dos casos no estabelecimento da filiação no ordenamento jurídico português – mas tal não significa que seja o único nem mesmo o que prevalece em absoluto em todas as situações.

Alguns institutos, como a adoção, começaram desde cedo a impor a consideração de outros critérios. Mas também existem casos em que a verdade biológica poderia prevalecer de harmonia com o seu papel de destaque no sistema, tendo a ponderação de outros interesses ditado uma resposta que ainda hoje não está inteiramente pacificada: falamos dos prazos de caducidade das ações de filiação. Mais recentemente podemos ainda referir uma outra tendência no ordenamento português: uma valorização da vontade como

⁷⁵ No seguimento destas considerações importa fazer referência ao entendimento de Guilherme de OLIVEIRA sobre a força variável das várias presunções previstas no artigo 1871.º – apesar de exigir um acréscimo esforço probatório, poderá ser benéfico para o investigante sustentar a sua pretensão *também* numa das primeiras quatro presunções, previstas nas alíneas a) a d), uma vez que o esforço probatório exigido para suscitar “dúvidas sérias” perante as mesmas será maior do que o necessário para afastar a presunção da alínea e), considerada mais fraca pelo autor. OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação...*, *op. cit.*, p. 215

⁷⁶ Note-se, no entanto, que o que o sistema pretende é incentivar o investigado a submeter-se às referidas provas científicas e alcançar desta forma a verdade material – e não um resultado baseado exclusivamente em mecanismos processuais que conduza a uma verdade meramente formal. Note-se, no entanto, que o incentivo tem sido feito sempre por meios processuais, com a doutrina maioritária a recusar a admissibilidade do uso da força para obter a colheita. OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família...* *op. cit.*, pp. 380-381

⁷⁷ VERDERA SERVER, Rafael, “Ser padre”, em *Derecho Privado y Constitución*, 30, enero/diciembre, Madrid, 2016, p. 106. Observação semelhante é feita também por Guilherme de OLIVEIRA em OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios jurídicos da parentalidade... *op. cit.*, p. 303

critério de estabelecimento do vínculo, com o consentimento a ser verdadeiramente decisivo nos casos de procriação medicamente assistida.

Sendo certo que a verdade biológica se afirmou em vários sistemas jurídicos como reação ao anterior modelo baseado numa excessiva consideração da vontade masculina em reconhecer ou não os filhos nascidos de uniões extraconjugaais⁷⁸, desprotegendo assim as crianças, a verdade é que desde cedo surgiram alternativas a um predomínio absoluto do ADN. De entre as soluções que valorizaram também outros critérios, podemos dividi-las entre aquelas que foram pensadas para proteger vínculos constituídos, não permitindo que a mera não verificação de um vínculo biológico ditasse a destruição de um vínculo jurídico, e aquelas em que outros critérios foram reconhecidos como fundamento para a constituição do próprio vínculo jurídico da filiação.

Assim, ainda que seja certo que a verdade biológica é um valor relevante, não será a relação que eventualmente se desenvolveu entre os sujeitos que até ali estiveram ligados juridicamente também de proteger? Para alguns sistemas, a resposta é clara: sim, estas relações também devem ser protegidas. A título exemplificativo veja-se o artigo 140 do Código Civil espanhol sobre a filiação extramatrimonial, o qual prevê diferentes condições para a ação de impugnação consoante exista ou não posse de estado – caso não exista, o leque de legitimados é alargado⁷⁹ e o artigo não refere prazos; existindo, apenas poderão intentar a ação o filho, o progenitor e aqueles que possam ser afetados pela filiação por força da sua qualidade de “herederos forzosos” e no limitado prazo de 4 anos a contar do momento em que o filho, sendo registado, goze da posse de estado correspondente. Mas também no Brasil a doutrina e a jurisprudência se têm orientado para uma especial proteção dos laços constituídos quando o registo surja acompanhado de vínculos de outra natureza, ainda que não biológica. Assim nos esclarece Luciana AGLANTZAKIS, ao sustentar não só que a atividade probatória de uma ação negatória da paternidade se deve orientar para a demonstração de inexistência de laços de sangue mas também para a inexistência de paternidade socioafetiva, falando mesmo num caso de abuso de direito quando se verificasse existir “verdadeira paternidade” mas ainda assim se pretendesse

⁷⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação...*, op. cit., p. 25

⁷⁹ “la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes prejuicie”

quebrar o vínculo jurídico existente⁸⁰. Finalmente, ao referir que defende desde 1976 a consagração em Portugal de um regime mais protetor das relações constituídas quando existe uma verdade sociológica subjacente, Guilherme de OLIVEIRA refere também o exemplo clássico do ordenamento jurídico francês, que desde cedo previu medidas destinadas a proteger este tipo de vínculos⁸¹.

Outros sistemas foram mais longe, admitindo que outros critérios fossem o próprio fundamento da criação de um elo jurídico de filiação entre dois sujeitos. Sendo certo que a vontade surge como determinante nas técnicas de PMA em Portugal, ditando uma relação *ab initio* fundada noutros valores distintos da verdade biológica, trata-se ainda assim de uma situação rodeada de circunstancialismos muito particulares, delimitadas pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho⁸².

No Brasil, no entanto, o cuidado foi elevado a um outro nível de relevância. Na sequência da introdução no artigo 227.º da Constituição de 1988 da convivência familiar como a “prioridade absoluta da criança”, formalizava-se um caminho que viria a ser trilhado no sentido de fazer com que os vínculos jurídicos se pudessem vir a estabelecer com base no cuidado e nos afetos. Como refere Rodrigo Cunha PEREIRA, o essencial para a formação de uma pessoa será que “alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe”⁸³ – abrindo assim a possibilidade de, em nome do superior interesse da criança, se estabelecer um vínculo plenamente conforme com a lei e desligado de qualquer elo biológico⁸⁴. De notar que um caminho semelhante tem sido trilhado em Espanha, apesar da inexistência de uma norma constitucional semelhante à prevista no Brasil. De facto,

⁸⁰ As diferentes conceções quanto ao fundamento jurídico da paternidade levam a que, no contexto da doutrina brasileira da paternidade socioafetiva, a “verdadeira paternidade” surja como a paternidade social e não a paternidade biológica. AGLANTZAKIS, Luciana, “As três presunções de paternidade no direito brasileiro: uma análise crítica e tópica sob o prisma do afeto”, em *Revista Esmat*, Ano 2, n.º 2, jan/dez, Tocantins, 2010, pp. 146

⁸¹ OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios jurídicos da parentalidade... *op. cit.*”, pp. 299-300

⁸² As apertadas condições compreendem-se na medida em que o princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação procura excluir eventuais acordos privados que, tendo na sua base também a vontade, pudessem introduzir novas formas de estabelecimento que se desviasssem ao circunstancialismo excepcional da Lei da PMA. Ainda assim, algumas vozes têm levantado hipóteses de exclusão de regulação apertada nestes domínios, dando um maior relevo à escolha dos indivíduos e ao caso concreto. OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios jurídicos da parentalidade... *op. cit.*”, p. 303

⁸³ *Apud* AGLANTZAKIS, Luciana, “As três presunções de paternidade no direito brasileiro...”, *op. cit.*, p. 148

⁸⁴ A jurisprudência portuguesa tem, no entanto, excluído os reconhecimentos de vínculos jurídicos paterno-filiais constituídos de acordo com a lei brasileira, invocando a ordem pública internacional do Estado Português como fundamento. A este respeito *vide* TL 08/02/2022 (2673/21.1YRLSB-7) e TL 14/09/2021 (561/21.0YRLSB-7).

também o Tribunal Supremo espanhol defendeu em 2014 uma reinterpretação de normas do Código Civil tradicionalmente associadas à parentalidade biológica para permitir a constituição de vínculos baseados na posse de estado, ainda que tal opção tenha encontrado vozes críticas na doutrina⁸⁵.

Em suma, concluímos que no plano internacional tem sido progressivamente reconhecida uma valorização de outros critérios fundamentais para estabelecer ou proteger a relação entre pai e filho – um passo essencial, por exemplo, para um alargamento do campo de atuação de presunções extrajudiciais como a *pater is est*.

5. Considerações finais

A família foi, desde tempos imemoriais, componente essencial do nosso ser individual. No entanto, ao contrário do que se poderia pensar no âmbito de uma instituição de tal forma importante nas nossas vidas, a História tem-nos mostrado que esta é uma realidade dinâmica, sujeita a constantes reinterpretações no contexto social. Não existe hoje, nem nunca existiu, uma imposição externa de caráter absoluto que imponha, sem margem para desvios, um critério único para estabelecer os vínculos familiares entre as pessoas.

Esta variabilidade, porém, contrasta de forma ainda mais significativa com os valores da certeza e segurança jurídica, tão relevantes no âmbito do Direito e tão marcantes no domínio das relações familiares onde o predomínio de direitos indisponíveis nos mostra a presença de interesses que ultrapassam os meramente individuais. A sociedade como um todo e o próprio Estado tendem a privilegiar uma disciplina jurídica que nos assegure estabilidade nas nossas relações com os outros que compõem a célula social mais básica da convivência humana.

Não surpreende, portanto, que perante os diversos critérios possíveis para estabelecer a filiação, se tenha optado por aquele que maior certeza e estabilidade nos pode oferecer: o vínculo biológico. Todo o ser humano resulta necessariamente da união entre duas células reprodutivas provenientes de dois seres de sexo diferente – eis um facto que

⁸⁵ VERDERA SERVER, Rafael, “Ser padre”... *op. cit.*, p. 86-89, OLIVEIRA, Guilherme de, "Critérios jurídicos da parentalidade... *op. cit.*, p. 296

prometeu oferecer ao Direito a segurança das ciências exatas. No entanto, se é certo que este critério já existe em diversos ordenamentos há vários séculos, a verdade é que a concretização prática da investigação destas ligações só recentemente tem logrado alcançar resultados congruentes com a referida desejável segurança.

Note-se, porém, que a evolução nestes domínios científicos está longe de ter alcançado o auge do seu desenvolvimento. Veja-se, a título de exemplo, que quando os exames hematológicos se começaram a popularizar nos finais do séc. XX, a possibilidade de alcançar resultados semelhantes com outros tipos de amostras biológicas de mais fácil recolha era ainda remota. Mas também os custos envolvidos foram significativamente reduzidos, com testes de paternidade disponíveis para venda em plataformas *online* a preços relativamente acessíveis para a população em geral. Conhecer os vínculos biológicos que nos ligam aos nossos progenitores e descendentes tornou-se, enfim, cada vez mais fácil.

Perante este panorama geral, poderia ser tentador abdicar de instrumentos jurídicos tradicionalmente usados para aproximações indiretas aos referidos vínculos, com as presunções a tornarem-se obsoletas. Afinal, importa não esquecer que todas as que temos consagradas no nosso ordenamento jurídico têm subjacente uma procura da verdade biológica por aproximação, baseada nas probabilidades da ocorrência de um facto conhecido significar também a ocorrência de outro desconhecido. No entanto, não nos parece que esta seja a melhor solução.

De facto, importa tomar em consideração que, apesar de não negar a relevância que o conhecimento dos laços biológicos tem na construção da identidade individual, as relações familiares envolvem desde há muito outros fatores além do sangue. A adoção, orientada sempre pelo superior interesse da criança, visa garantir um ambiente familiar que promova o saudável desenvolvimento desta – mesmo que o vínculo jurídico com os seus pais não esteja acompanhado por um vínculo genético. Os prazos de caducidade, sobretudo no que toca às ações de impugnação da filiação, vieram garantir que certos vínculos jurídicos não possam ser destruídos mesmo quando não existe um elo biológico. A procriação medicamente assistida, por sua vez, tem sido uma realidade em crescimento e, quando falamos em reprodução heteróloga, teremos uma filiação jurídica

desacompanhada de ligação de sangue. Cada vez mais surgem relações familiares reconhecidas pelo Direito sem que na sua origem esteja qualquer vestígio do princípio da verdade biológica – multiplicam-se as exceções, num claro reconhecimento de que a realidade dos novos tempos impõe também a consideração de novos valores.

Este reconhecimento não tem, no entanto, de significar um abandono de instrumentos jurídicos que foram usados noutros contextos no passado – nem mesmo um abandono absoluto da verdade biológica⁸⁶. Como vimos, uma reinterpretação das presunções de paternidade não seria algo inédito – veja-se o caso da presunção *pater is est*, cuja longevidade só foi possível com necessárias adaptações progressivas aos novos tempos. Esta reinterpretação poderia operar, por um lado, mantendo a mesma *ratio* de probabilidade de vínculo genético pela coabitação de um homem e de uma mulher e alargando o campo de aplicação a situações como a união de facto. Apesar de parte da doutrina se opor a este alargamento, sobretudo baseada em argumentos de dificuldade de delimitação temporal da união, concordamos com Guilherme de OLIVEIRA quando afirma que outros efeitos também dependem de tal delimitação sem que tal dificuldade se mostre decisiva para os excluir⁸⁷. Note-se inclusive que a coabitação em condições análogas às dos cônjuges surge também na alínea c) do n.º 1 do artigo 1871.º, no âmbito das presunções aplicáveis no âmbito judicial, deixando clara a existência de probabilidade de vínculo biológico entre o filho nascido e cada um dos unidos – ultrapassada a questão da delimitação temporal da união de facto e respetiva prova, facilmente se poderia conjugar o conteúdo de ambas as presunções para que também estes filhos pudessem beneficiar de um estabelecimento da filiação facilitado.

A importância de tal alargamento faz-se sentir em nome de uma maior proteção dos filhos nascidos de pais unidos de facto – afinal, se é certo que a perfilhação é o meio de estabelecimento da filiação privilegiado neste domínio, a verdade é que poderão existir casos em que pelos mais diversos motivos o pai não queira assumir a paternidade de forma

⁸⁶ Mesmo em sistemas jurídicos como o brasileiro, onde o critério sócio-afetivo tem adquirido especial relevo, tal não significa um desprezo pelo critério biológico. Prova disso são as sentenças que têm permitido o registo de três vínculos jurídicos de filiação, articulando parentalidade biológica com a parentalidade sócio-afetiva. A este respeito *vide* OLIVEIRA, Guilherme de, "Critérios jurídicos da parentalidade... *op. cit.*, p. 293-234

⁸⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação..., op. cit.*, p. 93

voluntária. Nestas hipóteses, a averiguação oficiosa e a ação de investigação da paternidade intentada pela mãe serão a resposta típica mas, enquanto a ação está pendente, a criança está mais desprotegida pela inexistência de vínculo paterno. Um estabelecimento da filiação com base numa presunção extramatrimonial permitiria partir de um vínculo estabelecido que poderia depois vir a ser impugnado, onde poderiam ser produzidas provas que viessem a demonstrar que, contrariamente ao que as probabilidades subjacentes à presunção levavam a crer, o unido de facto não era na realidade o pai biológico da criança. Note-se, aliás, que este é afinal o procedimento típico previsto para a impugnação da paternidade de crianças nascidas dentro de uma união matrimonial⁸⁸.

De facto, a referida reinterpretação não se afasta significativamente dos princípios fundamentais que regem o direito da filiação português, sendo concebível que num futuro próximo este alargamento possa vir a ter lugar no nosso ordenamento. No entanto, em nome de uma maior proteção das crianças, seria possível levar ainda mais longe do âmbito de aplicação da presunção.

Alguns ordenamentos jurídicos, de harmonia com a consagração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, vieram prever uma aplicação da tradicional presunção *pater is est* às crianças nascidas no seio destas uniões⁸⁹. No presente estado de desenvolvimento da ciência, sabemos que a companheira da mulher que tem o parto não será, em regra⁹⁰, a mãe da criança – tal como não será o *pater*. No entanto, entendendo a presunção como um dos efeitos do casamento, alguns sistemas jurídicos estrangeiros que também admitiram as uniões homossexuais já reconheceram a necessidade de permitir que nestes casos a filiação também se possa estabelecer extrajudicialmente, com base numa presunção semelhante mas sem sustentação biológica.

O alargamento deste entendimento ao ordenamento jurídico português seria certamente mais complexo do que na situação anterior. Em primeiro lugar porque

⁸⁸ O enfraquecimento do papel dos deveres conjugais, tradicional argumento para impedir tal alargamento da presunção, parece também apontar no sentido de uma reinterpretação. A propósito da rejeição de uma presunção baseada no dever conjugal de fidelidade *vide* PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo... op. cit.*, p. 139.

⁸⁹ HERBRAND, Cathy, “La filiation à l'épreuve de la présomption de « paternité » pour les couples de même sexe : questionnements et perspectives à partir du cas belge” em *Droit et société*, 2012/3 (nº 82), pp. 689-712

⁹⁰ Ainda que o recurso ao método ROPA (recepção de óvulos da parceira) permita a utilização de um óvulo da mulher não gestante, gerando um vínculo de cariz biológico quer com a mãe gestante quer com a mãe genética.

significaria desligar as tradicionais presunções da sua base de probabilidade de vínculo biológico. De facto, apesar do crescente recurso ao método ROPA, não podemos afirmar que a ocorrência destes casos justifique que se considere que a probabilidade de a companheira da mulher que tem o parto ser a mãe genética da criança seja superior à probabilidade de a mãe gestacional e a mãe genética serem a mesma pessoa – e, portanto, neste segundo caso, a companheira sobre a qual se presumiria o vínculo não teria qualquer ligação genética à criança⁹¹. Em segundo lugar porque deixaríamos de poder falar numa presunção de paternidade – passando talvez a fazer mais sentido falar numa presunção de *parentalidade*⁹². Finalmente, poderíamos ainda perguntar se tal alargamento não implicaria, por sua vez, uma eventual aplicação também nos casos de casais homossexuais masculinos – sendo a criança nascida de uma gestante de substituição perfilhada por um dos elementos do casal, poderia o segundo elemento ser presumido pai por força de uma presunção *pater est* reinterpretada? Teríamos neste caso novo abandono da base biológica da presunção e, ainda que estivéssemos perante uma presunção de *paternidade*, estaria em causa uma reinterpretação ainda mais profunda das raízes históricas desta, com a tradicional vinculação original da mãe ao nascimento a oferecer uma segurança acrescida à filiação que se estabelece em relação ao pai. Caberia também perguntar, tendo em consideração que no contexto legislativo atual não é possível aos casais homossexuais masculinos recorrerem à gestação de substituição mas que tal contrato poderá ser celebrado no exterior com posterior perfilhação de um dos elementos do casal em Portugal, se a impugnação da referida perfilhação poderia ter algum tipo de influência na paternidade entretanto estabelecida em relação ao outro membro do casal, cujo vínculo seria estabelecido precisamente por força do primeiro. Não deixa de ser curioso que, a admitir esta hipótese com os contornos explicitados, a impugnação da paternidade do presumido pai não fosse possível na generalidade dos casos por força do n.º 3 do 1839.⁹³

⁹¹ Importa salientar que, sendo o procedimento realizado de acordo com o previsto na Lei da PMA (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), o estabelecimento da filiação de ambas as envolvidas está assegurado pelo artigo 20.º da referida lei. No entanto, poderão existir casos que se afastam do legalmente previsto – como inseminações cascaias ou no estrangeiro. A aplicação da referida presunção teria o seu campo de aplicação sobretudo nestas situações.

⁹² Não consideramos, no entanto, que este aspeto fosse um entrave significativo – sobretudo se tivermos em consideração a crescente equiparação dos efeitos jurídicos práticos quer do vínculo da maternidade quer do vínculo da paternidade. A designação da presunção, por sua vez, também já sofreu outras mutações ao longo dos tempos, como vimos anteriormente.

enquanto que o perfilhante, com base nos artigos 1859.º e 1860.º, teria possibilidade de desfazer o vínculo. Seria ainda de duvidosa sensatez permitir que a perfilhação, ato livre e pessoal como é definida no artigo 1849.º, pudesse por si mesma gerar um vínculo de filiação também para outra pessoa não envolvida no ato⁹³. Admitir a perfilhação por dois homens, em congruência com a admissibilidade de no nosso ordenamento uma criança poder ter dois pais por força da adoção, parece-nos ser nestes casos a solução mais adequada – com a aplicação da presunção de paternidade *pater is est* a suscitar sérias dúvidas neste caso sobretudo pela forma como se estabeleceria a filiação em relação ao primeiro progenitor, prevendo um regime de impugnação distinto para ambos e sobrevalorizando a vontade do primeiro em detrimento da do segundo⁹⁴.

Em suma, somos levados a concluir que as recentes inovações introduzidas no nosso ordenamento jurídico aliadas às mudanças que se fazem sentir na nossa sociedade, com cada vez mais crianças a nascerem filhas de pais unidos de facto mas também de situações jurídicas em que a vontade assume um papel primordial, podem justificar uma reinterpretação das tradicionais presunções. Estas releituras, não sendo inéditas, permitiriam assim moldar o Direito às novas realidades da vida, num constante esforço de adaptação exigido a uma disciplina que se pretende capaz de dar respostas atualizadas às constantes mudanças na realidade social das relações humanas.

Bibliografia

AGLANTZAKIS, Luciana, "As três presunções de paternidade no direito brasileiro: uma análise crítica e tópica sob o prisma do afeto", em Revista Esmat, Ano 2, n.º 2, jan/dez, Tocantins, 2010, pp. 143-150

⁹³ Ainda que exista também em regra um momento em que a mulher que tem a gestação num casal homossexual feminino toma a decisão de ter um filho, a verdade é que o elemento decisivo para estabelecer o seu vínculo com a criança é o nascimento – e não esse ato voluntário inicial. O mesmo não se sucede no caso do casal homossexual masculino, sobretudo quando o perfilhante não seja o pai biológico. Nestes casos, a desnecessidade de qualquer comprovação de vínculos genéticos conduz a que, na prática, o vínculo se estabeleça por força da vontade.

⁹⁴ Sem prejuízo, no entanto, que futura legislação possa vir a regular o estabelecimento da primeira filiação de forma diferente. Em termos práticos, se se admitisse que um homem solteiro ou casais homossexuais masculinos pudessem recorrer à gestação de substituição, neste caso parece-nos que tal previsão normativa teria de necessariamente introduzir uma forma de estabelecimento da filiação menos frágil do que a perfilhação, cuja impugnação é significativamente mais simplificada que outros métodos.

- APETREI, Irina, "The reevaluation of paternity presumptions in the current Civil Code", *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 149, 2014, pp. 54-58
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", em *Derecho privado y Constitución*, n.º 28, enero-diciembre, 2014, pp. 93-136
- Código Civil Anotado, Clara Sottomayor (coord.), Livro IV, Direito da Família, 2ª ed., 2022
- COSTA, Susana, "O silêncio do ADN quando a verdade biológica é inconveniente", em *O Cabo dos Trabalhos: Revista Eletrónica dos Programas de Mestrado e Doutoramento do CES/FEUC/FLUC*, n.º 4, Coimbra, 2010, pp. 1-15
- DELUMEAU, Jean – *História do medo no Ocidente*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989
- FACHIN, Luiz Edson, *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, Porto Alegre, S.A. Fabris, 1992
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Prueba científica: mitos y paradigmas" em *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2010, pp. 81-103
- GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson, 2013
- HERBRAND, Cathy, "La filiation à l'épreuve de la présomption de «paternité» pour les couples de même sexe : questionnements et perspectives à partir du cas belge" em *Droit et société*, 2012/3 (nº 82), pp. 689-712
- JUSTO, Santos, *Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- LEITE, Sofia, "A União de Facto em Portugal", *Revista de Estudos Demográficos*, 33, Instituto Nacional de Estatística, pp. 95-140
- MAIOTO, Cláudia Soares, "A ação de investigação da paternidade: os «caça-fortunas» e o confronto com o direito ao conhecimento das origens genéticas. Qual a solução?" em *Lex Familiae*, Ano 19, N.º 38, Coimbra, Instituto Jurídico, 2022, pp. 49-58
- MALUF, Carlos Alberto Dabus, "As Presunções na Teoria da Prova", em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 79, São Paulo, Universidade de S. Paulo, 1984, pp. 192-223
- MARQUES, Remédio J. P., "Investigação de paternidade - concubinato duradouro e aplicação no tempo da Lei n.º 21/98, de 12 de maio", em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 78, Coimbra, 2002, pp. 533-593

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Maria Lourdes, *Régimen Jurídico de las presunciones*, Madrid, Dykinson, 2007

OLIVEIRA, Guilherme de, "Critérios jurídicos da parentalidade" em *Textos de Direito da Família* para Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 271-306

OLIVEIRA, Guilherme de, MONIZ, Helena Moniz, "Utilização de informação genética em acções de filiação - perguntas e respostas" em «*Lex Medicinae*» *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano II, n.º 4, Coimbra, Centro de Direito Biomédico/Coimbra Editora, 2005, pp. 41-47

OLIVEIRA, Guilherme de, "O Sangue e o Direito - entre o ser e o pertencer" em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134, n.º 3924 e 3925, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 66-71

OLIVEIRA, Guilherme de, "A lei e o laboratório. Observações acerca das provas periciais da filiação" em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Vol II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984, pp. 807-826

OLIVEIRA, Guilherme de, "O assento de 21 de Junho de 1983 e a prova directa do vínculo biológico. Anotação ao ac. do STJ de 10.05.1994" em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128, nº 3855, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 180-186

OLIVEIRA, Guilherme de, "O Direito da filiação na jurisprudência recente", em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1980, pp. 119-142

OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, Coimbra, Petrony, 2019

OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Almedina, 1998

OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2020

PAIXÃO, Bárbara, "O reconhecimento da vontade e do afeto como critérios da parentalidade" em *Lex Familiae*, Ano 18, N.º 35, Coimbra, Instituto Jurídico, 2021, pp. 67-91

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Coimbra, Gestlegal, 2020

ROJAS, Jorge A., "Reflexiones sobre la «prueba científica»", em *Revista de Derecho Procesal Digital*, n.º 2, 2012, pp. 1-21

ROMITAN, Ciprian Raul, "On the presumption of paternity and the negation of paternity", em Challenges of the Knowledge Society, Bucareste, Nicolae Titulescu University Editorial House, 2021, pp. 231-238

SANTOS, Marco Reis, *Invocação e Ilisão de Presunções Legais em Processo Civil*, Braga, Nova Causa, 2020

SOUZA, Miguel Teixeira, "A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras", em Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXI, N.º 2, 2020, pp. 15-52

TEIXEIRA, Yuri Guerzet, "As presunções no Direito Processual", em *Civil Procedure Review*, v. 4, n. 1, jan-apr, Salvador, 2013, pp. 109-132

VEDDER, James J., MILLER, Brittney M., "Presumptions in paternity cases: who is the father in the eyes of the Law?", em *Family Advocate*, 40, n.º 4, Parentage and the Modern Family (Spring), American Bar Association, 2018, pp. 26-30

VERDERA SERVER, Rafael, "Ser padre", em *Derecho Privado y Constitución*, 30, enero/diciembre, Madrid, 2016, pp. 75-126

VÍTOR, Paula Távora, "A carga do sustento e o «pai social»" em *Textos de Direito da Família* para Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira (coord.), Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 625-652

WILSON, Evelyn L., "Caught in a trap - paternity presumptions in Louisiana", em *The modern american*, 9, n.º 3 (Fall), Washington, University Washington College of Law, 2013, pp. 36-49