

## ***A Verdade Biológica, o Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas e o Direito à Historicidade Pessoal, à Luz dos Arts.º 1656.º, 1677.º e 1722.º, do Código Civil de Macau: Crónica de (3) Três Disposições Legais Modelares e Avançadas***

Hugo Luz dos Santos\*

### **I. A imprescritibilidade do direito ao conhecimento das origens genéticas (art.º 1722.º, do Código Civil de Macau), como expressão do “direito à eliminação da mentira”<sup>1</sup>**

O regime jurídico consagrado nos art.º 1656.º, 1677.º, e no art.º 1722.º, do Código Civil de Macau de 1999, condensa um “*direito ao desenvolvimento da personalidade*”<sup>2/3</sup>, comportando dimensões como a *liberdade geral de ação* e uma *cláusula de tutela geral da personalidade*<sup>4/5</sup>.

---

\* Magistrado do Ministério Público.

<sup>1</sup> Seguiremos de muito perto, com atualizações doutrinárias e jurisprudenciais, o que escrevemos numa investigação científica com um âmbito mais alargado realizada em, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, o Direito à Historicidade Pessoal e a Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, à luz do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Maio de 2014: “Show me the Money”?, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 11, n.º 21, Director: Guilherme de Oliveira, Coimbra Editora, Coimbra, (2015), em curso de publicação, *passim*.

<sup>2</sup> Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, “*O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*”, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Médico, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), p. 130.

<sup>3</sup> Neste sentido, muito recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Direitos fundamentais à Constituição da Família e ao Desenvolvimento da Personalidade*”, in *Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), pp. 7-8.

<sup>4</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BverfGE, Beschluss v. 26.4.1994, FamRZ 1994*, pp. 881 e ss); asseverou-se que este marcante aresto jurisprudencial versou concretamente sobre os prazos de impugnação da paternidade do marido da mãe, tendo aquele colendo Tribunal afirmado que não era constitucionalmente caucionável, à luz da expressa consagração constitucional do “*direito geral de personalidade*”, que o prazo para o filho impugnar a paternidade conjugal terminasse dois anos após a maioridade daquele, nos casos em que ele não conhecesse as circunstâncias das quais pudesse retirar que o marido da mãe não era o pai, assim recusando, sem exceção, a possibilidade de uma clarificação mais tardia das suas origens.

<sup>5</sup> No mesmo sentido, Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BverfGE, Beschluss v. 18.1.1988, FamRZ 1988; BverfGE, Beschluss v. 6.5.1997, FamRZ 1997*).

Na verdade, as referidas disposições legais são a expressão lídima *de que o direito de investigar a maternidade é indispensável para determinar as suas origens genéticas*<sup>6/7/8/9</sup>.

Ora se assim é, deve deslocar-se o *foco analítico* do (vetusto) argumento da “*caça às fortunas*” para a luz cinérea da *valorização da verdade e da transparência*, com a possibilidade de acesso a informação e dados pessoais e seu controlo, com a promoção do *valor da pessoa humana* e da sua “*auto-definição*”, que, inclui, inevitavelmente, o *conhecimento das suas origens genéticas e culturais*<sup>10</sup>, e o *direito a conhecer a identidade dos pais biológicos*<sup>11/12</sup>, enquanto corolários de uma *subespécie* do *direito geral de personalidade*<sup>13/14</sup>.

Assim, o *direito ao conhecimento das origens genéticas*, como *subespécie* do *direito à verdade biológica e à historicidade pessoal* (art.º 1656.º, 1677.º, ambos do Código Civil de Macau), constitui um *valor ético-jurídico* a que as leis e as próprias constituições não fazem, por via de regra, nenhuma

<sup>6</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 23/2006, 10/1 (PAULO MOTA PINTO), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>7</sup> Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, “*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 45, Janeiro/Março 2014, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2014), p. 51.

<sup>8</sup> Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA “*Caducidade das acções de investigação*”, in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano I, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, (2004), p. 8.

<sup>9</sup> Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA “*Caducidade das acções de investigação*”, in *AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*; Coimbra, Coimbra Editora, (2004), pp. 50-51.

<sup>10</sup> Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, “*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*”, *cit.*, p. 51.

<sup>11</sup> Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Holandês (Acórdão *Valkenhorst*), de 15 de Abril de 1994.

<sup>12</sup> Neste sentido, na doutrina holandesa, sobre este quintessencial aresto, RICHARD BLAUWHOFF, “*Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one’s origins. Has “to know or not to know” ever been the legal question*”, in *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 2 (June), (2008), pp. 99-116.

<sup>13</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, WILHEM KLEINEKE, “*Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Göttingen*”, (1976), pp. 12-24.

<sup>14</sup> Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, “*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*”, in *Portugal-Brasil ano 2000, Studia Iuridica*, Coimbra, (2000), pp. 164.

directa alusão, mas que nem por isso deixa de constituir uma das *traves-mestras* do ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, e que fundamenta o *direito de cada um saber quem foram os seus reais progenitores*<sup>15/16</sup>.

O *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas* tem um conteúdo complexo<sup>17</sup>.

Por conseguinte, ele deve permitir o *reconhecimento a todo o indivíduo, e a todo o tempo*, conforme prevê a solução normativa modelar e avançada da *imprescritibilidade*<sup>18/19</sup>, do *direito de investigar (judicialmente) a maternidade e a paternidade* (art.º 1722.º, do Código Civil de Macau), assim obtendo-se a *coincidência* entre os *vínculos jurídicos e biológicos*, facultade que constitui o *ponto ótimo* da tutela conferida ao *direito* e para cujo *reconhecimento* contribui, reflexa e instrumentalmente, um *outro* direito fundamental: o *direito de constituir família* (art.º 36.º, da CRP).

Deste modo, do *direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas* desdobra-se e autonomiza-se uma *decorrência* que labora, também ela instrumentalmente, no âmbito hermenêutico daquele, a saber, um “*direito à eliminação da mentira*” relativamente à *historicidade pessoal do investigador*, o qual traduz-se na consagração de mecanismos legais (*maxime* processuais) que permitam, neste caso ao investigador, esclarecer a sua *condição biológica* relativamente à progenitor(a) juridicamente reconheci-

<sup>15</sup> Neste sentido, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, “*A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 127, n.ºs 3843, 3844, 3846, 3848 e 3849, e ano 128, n.ºs 3852 e 3853, (1994), n.º 3853, pp. 100 e 101.

<sup>16</sup> Aproximadamente no mesmo sentido, na doutrina alemã, D. SCHWAB, “*Familienrechts*”, 13. Auflage, München, C. H. Beck, (2005), pp. 240-241, Rn. 495.

<sup>17</sup> Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, “*Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*”, in Revista do Ministério Público, n.º 116, Ano 29, Outubro-Dezembro 2008, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 197.

<sup>18</sup> No mesmo sentido, referindo que a “*tutela adequada do direito ao conhecimento das origens genéticas, na sua dimensão de direito ao estabelecimento dos vínculos de maternidade e paternidade, exige a abolição absoluta dos prazos de caducidade para o filho investigador desses vínculos*”; RAFAEL LUÍS VALE E REIS, “*O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*”, cit., pp. 215, que vimos seguindo de muito perto.

<sup>19</sup> No mesmo sentido, CRISTINA M. A. DIAS, “*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*”, cit., p. 53.

da como tal, e/ou a tutela da possibilidade de impugnação pelo filho dos vínculos jurídicos de filiação estabelecidos se eles não corresponderem à *verdade biológica*<sup>20/21/22</sup>.

Com esse escopo específico<sup>23</sup>, a doutrina tem preconizado, na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgerrichts – BVerfGE*), que o *direito ao conhecimento das origens* fundamenta um *princípio geral de admissibilidade de recurso à via judicial*, que os arts.º 1656.º e art.º 1677.º, do Código Civil de Macau (*modelar e exemplarmente*) corporizam, com a finalidade de *obtenção de informação* necessária à *identificação dos progenitores biológicos*, com a consequência da aceitação de uma acção declarativa (*acção de informação pessoal*) destinada a obter a *condenação* de terceiro (que pode ser um progenitor já conhecido, ou outra pessoa) a *facultar* toda a *informação* de que seja portador, e cuja exigência seja razoável, no sentido de tornar *efectivo* aquele

<sup>20</sup> Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, “*Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*”, *cit.*, p. 198.

<sup>21</sup> Sobre a *verdade biológica*, na doutrina alemã, GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, “*Lehrbuch des Familienrechts*”, 4. Auflage, München, Beck, (1994), p. 761.

<sup>22</sup> Sobre a *verdade biológica*, na jurisprudência alemã, Acórdão do *Bundesverfassungsgerrichts* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), de 31/1/1989, *BVerfGE* (“*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerrichts*”), 79, 256.

<sup>23</sup> A este respeito convém relembrar que o Acórdão do *Bundesverfassungsgerricht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), de 13 de Fevereiro de 2007 determinou ao legislador alemão a criação, até 31 de Março de 2008, de um procedimento legal que permitisse ao pai (legalmente considerado como tal) realizar testes genéticos com o objectivo de clarificar (confirmar ou infirmar) o vínculo biológico com a respectiva descendência. No cumprimento da determinação jurisdicional, foi publicada a “*Gesetz zur Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, Vom 26. März 2008*” (Lei sobre a clarificação da paternidade fora de um processo de impugnação, de 26 de Março de 2008) que considera como *Kindsschaftssachen* (§ 640 *Zivilprozessordnung*) a acção destinada ao suprimento do consentimento para a recolha de amostra biológica destinada à clarificação da paternidade. De acordo com o inovador § 1598<sup>a</sup> do *Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)*, introduzido pela citada lei de 26 de Março, o filho, o pai ou a mãe podem exigir reciprocamente o decurso de uma investigação genética com a finalidade de verem esclarecida a ascendência biológica do filho, podendo obter o suprimento judicial do consentimento para efeitos de recolha da amostra biológica necessária sempre que o tribunal de família considere que esse esclarecimento é razoável e contribui para o bem-estar da criança; Neste sentido, que aqui seguimos textualmente, RAFAEL VALE E REIS, “*Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*”, *cit.*, p. 190.

*direito*<sup>24 / 25</sup>; não sendo de afastar liminarmente, atenta a importância precípua do *direito à identidade pessoal, a realização coerciva* da perícia de ADN, em caso de falta de consentimento do réu<sup>26 / 27 / 28</sup>.

## II. A Surrectio e a Spressio enquanto mecanismos de tutela do abuso do direito do investigador da maternidade ou da paternidade: a questão da (in)divisibilidade do estatuto pessoal e patrimonial do investigador da maternidade ou da paternidade e a solução normativa (modelar e avançada) contida no art.º 1656.º, do Código Civil de Macau que, assenta no exercício abusivo do direito, determina a ineficácia patrimonial do estabelecimento do vínculo de paternidade-breves notas

A questão que neste eixo temático se coloca é a de saber se existe, *fora* do quadro legal dos prazos de caducidade da acção de investigação da maternidade ou da paternidade (previstos, por ex., nos arts.º 1817.º, n.º 1 e ss, do Civil de Portugal)<sup>29</sup>, uma *relação umbilical* entre o *decurso do*

<sup>24</sup> Neste sentido, que aqui seguimos textualmente, RAFAEL VALE E REIS, “*Direito ao conhecimento das origens genéticas. Desenvolvimentos no direito alemão e o seu cotejo com a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Português*”, *cit.*, p. 202.

<sup>25</sup> Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, “*O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, cit.*”, p. 124.

<sup>26</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 155/2007, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Gil Galvão, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>27</sup> Neste sentido, PAULA COSTA E SILVA “*A realização coerciva de Testes de ADN em acções de Estabelecimento da Filiação*”, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume II, Coimbra, Almedina, (2002), pp. 587-593, principalmente, pp. 597-599.

<sup>28</sup> Há quem proceda à valoração da recusa aos exames de ADN, para lá do plano processual, no plano substancial, sendo o recusante parte, no quadro da inversão do ónus da prova, nos termos do art.º 337.º, n.º 2, do Código Civil de Macau; Neste sentido, CARLOS LOPES DO REGO, “*O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação*”, in Comemorações do 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, Volume I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, (2004), p. 787.

<sup>29</sup> Defendendo que “*a consagração dos prazos de caducidade do direito de investigar a maternidade e a paternidade (ainda que se trate de um prazo dies a quo subjectivo) não se destina a salvaguardar valores constitucionais dignos de tutela*”; Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, “*Filho Depois dos 20...! Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2004, de 7 de Julho*”, in Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito

*tempo e o decaimento do direito ao conhecimento das origens genéticas, ergo, do direito à historicidade pessoal do investigador; é dizer, se existe uma sanção providenciada pelo sistema jurídico para a inércia do titular do direito ao conhecimento das origens genéticas, especialmente nos denominados casos de “caça à fortuna”, em que esse direito à historicidade pessoal é exercido com o intuito de obter um benefício patrimonial proveniente do acervo hereditário do de cuius, após um longo tempo de (aparente) desinteresse no estabelecimento da filiação materna ou paterna.*

A doutrina mais abalizada tem entendido, com excelentes argumentos, que se subscrevem, que nos casos-limite (em que pareça mais chocante o exercício do direito de investigar) deveriam ser tratadas como *casos excepcionais*<sup>30</sup>, aplicando o instrumento do *abuso do direito*<sup>31</sup> ou outro remédio expressamente previsto, como fez – e magistralmente – o Código Civil de Macau no art.º 1656.º.

Com efeito, fixando a *imprescritibilidade* nos arts.º 1677.º e 1722.º, o Código Civil de Macau acrescentou a norma que determina a *ineficácia patrimonial* do estabelecimento da filiação em certos casos<sup>32</sup>.

Esta norma (o art.º 1656.º, do Código Civil de Macau) parece, afinal, ser uma *concretização do abuso do direito* no âmbito do estabelecimento da paternidade: pretende afirmar que o *direito de investigar* é concedido para constituir o vínculo familiar em todas as suas dimensões, sem omitir as *consequências patrimoniais* que dele decorrem, mas que é *ilegítimo* desprezar os *efeitos pessoais* ao ponto de se considerar a *paternidade ou a maternidade como uma vantagem patrimonial, um mero negócio que só se faz quando parece oportuno*<sup>33</sup>; sendo, por isso, possível, assente a *impres-*

---

da Família, Centro de Direito da Família, ano 2, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, (2005), pp. 127-134.

<sup>30</sup> Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA “*Caducidade das acções de investigação*”, cit., pp. 13.

<sup>31</sup> Neste sentido, muito recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Caducidade das acções de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional*”, in Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), p. 111.

<sup>32</sup> Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, “*Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09*”, cit., p. 54.

<sup>33</sup> Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA “*Caducidade das acções de investigação*”, cit., p. 13.

*critibilidade da acção de investigação, e o exercício abusivo do direito ao conhecimento das origens genéticas, recorrer ao instituto jurídico do abuso do direito e determinar a ineficácia patrimonial do estabelecimento do vínculo da filiação materna ou paterna*<sup>34</sup>, permanecendo incólume o *dever jurídico de perfilhar* que impende sobre a progenitor (a) fora do casamento<sup>35</sup>.

Por conseguinte, será possível, por via do abuso do direito, afastar uma acção de investigação da paternidade ou da maternidade e consequente reconhecimento da filiação ou *restringir os efeitos do reconhecimento da filiação apenas ao estatuto pessoal do pretenso filho*<sup>36</sup> (afectando-se, assim, o *princípio da indivisibilidade ou unidade do estado*)<sup>37/38/39</sup>.

Num plano diametralmente oposto, e no que se refere ao direito português, criticando os inconvenientes emergentes da solução normativa propugnada pelo Professor GUILHERME DE OLIVEIRA, tem sido perfilhada a *interpretação normativa* segundo a qual deveria tentar extrair-se do art.º 1817.º, do Código Civil um sentido compatível com os arts.º 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, da CRP, e com o princípio da rejeição do exercício inadmissível de situações jurídicas (subjacente ao art.º 326.º, do Código Civil de Macau, e ao art.º 334.º, do Código Civil de Portugal). Assim, limitar-se-ia o prazo do art.º 1817.º, do CC à propositura de uma *acção de investigação com efeitos sucessórios*, ou seja, a propositura da acção fora dos prazos do art.º 1817.º *não obsta ao estabelecimento da filiação*, sendo

<sup>34</sup> Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, cit., p. 56.

<sup>35</sup> Neste sentido, muito recentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Direitos fundamentais à Constituição da Família e ao Desenvolvimento da Personalidade”, in Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), p. 7.

<sup>36</sup> Neste sentido, RAFAEL VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., p. 182.

<sup>37</sup> Neste sentido, CRISTINA M. A. DIAS, “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9.4.2013, Proc. 187/09”, cit., p. 56.

<sup>38</sup> Neste sentido, RAFAEL LUÍS VALE E REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, cit., pp. 210-211.

<sup>39</sup> Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, “Inconstitucionalidade do art.º 1817.º, n.º 1 do Código Civil – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10.1.2006, Proc. 885/05”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)* n.º 15, Julho/Setembro 2006, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2006), p. 52.

assegurado, *sempre*, o *exercício do direito à identidade pessoal e do direito de constituir família*, apenas afasta os *efeitos sucessórios*, dissuadindo a *caça à herança materna ou paterna* (como expressão de um desolador “*show me the money*”) e traduzindo uma concretização da figura do *abuso de direito*. Fazendo depender os direitos sucessórios do filho da instauração de uma acção de investigação *dentro* dos prazos previstos no art.º 1817.º, do CC *não afecta o direito à identidade pessoal, nem o direito de constituir família constitucionalmente consagrado*<sup>40/41</sup>.

Pela nossa parte, para perquirir essa (candente) questão buscaremos (também) o inestimável auxílio hermenêutico da *cláusula geral do abuso de direito* (art.º 326.º, do Código Civil de Macau) para *agasalhar* a solução normativa constante do art.º 1656.º, do Código Civil de Macau. Mas com um *foco analítico* diferente. Esse *foco analítico* polarizar-se-á na mobilização, no âmbito do instituto jurídico da boa-fé, das figuras doutrinas da *surrectio* e da *suppressio*. E a razão de ser de uma tal mobilização é, no, fundo, *autoexplicativa*: essas figuras doutrinárias, que se movem no *circuito reflexivo* do abuso de direito, e, num âmbito temático mais geral, no *quadro tutelar da boa-fé*, estabelecem, justamente, uma *relação íntima* entre o *decurso do tempo*, a *inércia do titular do direito*, e a *correspectiva confiança* que emerge na esfera jurídica da contraparte, e, em última análise, do *sistema jurídico*, tomado no seu todo, que *um tal direito ao conhecimento das origens genéticas*, atento o lapso temporal decorrido, jamais será exercido.

A questão que se coloca é a de saber qual a *medida de significado funcional* da *inércia* da titular do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, e, em última análise, qual o *significado jurídico* que o *sistema jurídico* atribui a um tal comportamento omissivo por parte do investigador.

Com efeito, do *comportamento omissivo*, da *inércia* do investigador derivam um feixe de *significados sociais com relevo jurídico* que, se bem vemos, encontram afluência na solução normativa constante do art.º 1656.º,

<sup>40</sup> Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, “*Inconstitucionalidade do art.º 1817.º, n.º 1 do Código Civil – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10.1.2006, Proc. 885/05*”, *cit.*, p. 52.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, em artigo doutrinal anterior, JORGE DUARTE PINHEIRO, “*Inconstitucionalidade do art.º 1817.º, n.º 4 do Código Civil – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19.10.2004, Proc. 718/04*”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)* n.º 13, Janeiro/Março 2006, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2006), pp. 70-71.

do Código Civil de Macau, e, num âmbito sistemático, na *cláusula geral de abuso do direito* (art.º 326.º, do Código Civil de Macau).

Esses *significados sociais com relevo jurídico*, poder-se-ão subdividir em dois hemisférios: o *hemisfério sociológico* e o *hemisfério jurídico*; este último enquanto *projecção jurídica* daquele.

No *hemisfério sociológico*, a *inércia* da investigante/autora em exercer o seu (inalienável) *direito ao conhecimento das suas origens genéticas* significa um *adiamento* no encontro consigo própria; um desfasamento entre o *ser-em-si* e a assumpção plena da sua *identidade ontológica* que, animando o seu ser (*sein*), carece do *reconhecimento normativo* da comunidade sócio-jurídica.

Por conseguinte, já no *hemisfério jurídico*, a assumpção plena da *identidade ontológica* da investigante só poderá ser alcançada se a essa *identidade ontológica*, se juntar uma inarredável *identidade biológica*.

Ora, essa *identidade biológica* só poderá ser realizada através do *estabelecimento da verdade biológica*, que, por sua vez, não dispensa (antes peticiona) o (prévio e incontornável) *estabelecimento da filiação*, de molde a densificar-se o *direito à historicidade pessoal da investigante*, enquanto *realidade instrumental* de um *espartilho* processualmente estabelecido para alcançar um tal fim: a acção de investigação da maternidade ou da paternidade.

Assim, sendo isto certo, denota-se uma *relação de mútua implicação* entre o *decorso do tempo*, a *inércia da investigante*, e um *simétrico* sentimento de *confiança*, que, natural e necessariamente, emerge, por um lado, na esfera jurídica da investigada/ré, e, por outro lado, no *sistema jurídico* na sua globalidade, de que um tal *direito à historicidade pessoal*, enquanto *decorrência imanente* do *direito ao conhecimento das origens genéticas*, atento o lapso temporal decorrido, jamais será exercido.

Deste modo, quanto *maior* for a *dilação temporal* entre o *conhecimento integral* dos pressupostos que integram o *direito ao conhecimento das origens genéticas* por parte da investigante/autora, e o *exercício do direito de acção de investigação* da maternidade ou paternidade, *maior* será o *grau de confiança* inculcado na esfera jurídica do investigado/réu, e, por conseguinte, *maior* será a tutela jurídica conferida a *essa confiança* pelo sistema jurídico; é aqui que cobra sentido hermenêutico a *cláusula geral de abuso do direito* (art.º 326.º, do Código Civil de Macau).

Porquanto, quanto *mais* tempo decorrer entre aquele *conhecimento integral* e o *exercício do direito de acção*, *menor* será, somente para efeitos patrimoniais, a tutela conferida pelo *sistema jurídico* à posição jurídica da investigante/autora; o que significa que, em casos de *exercício abusivo do direito ao conhecimento das origens genéticas*, mantém-se o (a nosso ver) *imprescritível direito à historicidade pessoal* (art.º 1677.º, art.º 1722.º, ambos do Código Civil de Macau) e *decaem* os efeitos sucessórios de natureza patrimonial que (não raro) estarão subjacentes à (temporã) vontade de *estabelecimento da filiação*.

Por conseguinte, e entrando na *esfera normativa da boa-fé*, é esta *confiança na estabilidade dos comportamentos*, que mais não é que expressão da actuação de boa-fé – art.º 752º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil de Macau – entendida como *comportamento normativo*, ou seja, como um *agir* respeitador dos *direitos alheios* (no caso, o direito à intimidade da vida privada e à integridade moral do investigado/réu); é a esta luz que a *inércia* da investigante/autora, é censurável e passível de enquadramento no instituto do abuso do direito – art.º 326º do Código Civil de Macau – não na modalidade de *venire contra factum proprium*, mas como “*supressio*” do direito da investigante/autora que, assim, deveria ser penalizada, somente para efeitos patrimoniais, pela sua *injustificada passividade*, nos casos tipológicos em que *haja decorrido muito tempo sobre o nascimento; sobre a data em que atingiu a maioridade; ou sobre a morte da mãe/pai do investigante*.

A *omissão*, a *inércia* do investigante, fomenta a *confiança na situação induzida pelo comportamento omissivo*, pelo que o *exercício de direitos* em contradição é *abusivo* por violador do *princípio da boa-fé* suposto na proibição do abuso do direito (art.º 326.º, do Civil de Macau).

A parte que *abusa do direito*, actua a coberto de um poder legal, formal, visando resultados que, clamorosamente, violam os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo *fim económico ou social* do direito (art.º 326.º, do Código Civil de Macau).

Uma das vertentes em que se exprime tal *actuação*, manifesta-se, quando tal conduta viola o *princípio da confiança*, revelando um comportamento com que, *razoavelmente*, não se contava<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, “*Sobre a proibição do comportamento contraditório (venire contra factum) no Direito civil*”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC), Volume Comemorativo, Coimbra, Coimbra Editora, (2003), pp. 269-322.

Como bem afirma, a este respeito, o Professor BAPTISTA MACHADO, *dentro da comunidade* das pessoas responsáveis (ou imputáveis), a toda a conduta (conduta significativa, comunicativa) é inerente uma “responsabilidade” – no sentido de um “responder” pelas *pretensões de verdade*, de *rectitude* ou de *autenticidade* inerentes à *mensagem* que essa conduta transmite.

Desta “autovinculação” inerente à nossa *conduta comunicativa* derivam ao mesmo tempo regras de conduta básicas, também postuladas pelas exigências elementares de uma ordem de *convivência* e de *interacção*, que o *próprio direito não pode deixar de tutelar*, já que sem a sua observância nem essa ordem de convivência nem o direito seriam possíveis.

Do exposto, podemos também concluir que o *princípio da confiança* é um *princípio ético-jurídico* fundamentalíssimo<sup>43</sup> e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a *confiança legítima*<sup>44</sup> baseada na conduta de outrem<sup>45</sup>.

A este propósito, o Professor MENEZES CORDEIRO, na sua monumental tese de doutoramento, considera, ainda, a existência de outras categorias de *actos abusivos* – a “*supressio*” e “*surrectio*”.

Há “*supressio*” quando uma posição jurídica, não tendo sido exercida durante certo tempo, não mais possa sê-lo por, de outra forma, se atentar contra a *boa-fé*<sup>46</sup>; ocorreria, pois, uma *supressão* de certas faculdades jurídicas, pela *conjugação do tempo* com a *boa-fé*.

A “*surrectio*”, por seu turno, traduziria, de algum modo, o *inverso* do mesmo fenómeno: uma pessoa veria, por força da *boa-fé*, *surgir* na sua esfera uma possibilidade que, de outro modo, não lhe assistiria<sup>47</sup>. Seria como que a contraface da “*supressio*”.

<sup>43</sup> Neste sentido, sobre o princípio da confiança no direito privado, na doutrina alemã, CLAUS-WILHELM CANARIS, “*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*”, (1971, reimpressão 1983), pp. 290-367.

<sup>44</sup> Neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “*Teoria da confiança e responsabilidade civil*”, Tese de Doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, (2004), pp.411 e ss.

<sup>45</sup> Neste sentido, JOÃO BAPTISTA MACHADO, “*Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119, Coimbra, Coimbra Editora, (1985) p. 232.

<sup>46</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Eficácia externa dos créditos e abuso de direito*”, in *Revista O Direito*, Ano 141.º, I, Director: Inocêncio Galvão Telles, Coimbra, Almedina, (2009), p. 83.

<sup>47</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Tese de Doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 4ª reimpressão da 1ª edição de 1990, (2007), p.745.

Qual a efectiva sustentação dogmática da *suppressio*? Ela visa *proteger* o beneficiário, na sua *confiança*, que não haverá o exercício do direito<sup>48/49/50</sup>.

Com efeito, a *suppressio* é uma forma de tutela do *beneficiário* (investigado/réu), *confiante* na *inacção* do investigador/autor; e que está adstrita a um *modelo de decisão* um pouco mais complexo do que à *comum tutela da confiança*, a saber: 1) *um não exercício prolongado*; 2) *uma situação de confiança*, daí derivada; 3) *uma justificação para essa confiança*; 4) *um investimento na confiança*; 5) *a imputação da confiança ao não-exercente*<sup>51</sup>.

Quer isto dizer que, no fundo, o investigado/confiante *ex bona fide*, vê *emergir*, na sua esfera jurídica, uma *nova posição jurídica*: será a *surrectio* (surgimento), contraponto da *suppressio* que, no caso concreto, significaria que, como se disse, a investigante/autora vê *cindido* o estatuto pessoal do estatuto patrimonial, devendo a *acção de investigação da maternidade* prosseguir os seus ulteriores termos, somente para efeitos de *conhecimento das origens genéticas da investigante*, extirpada, por abuso do direito, na modalidade de *suppressio/surrectio*, dos *efeitos sucessórios de natureza patrimonial* (art.º 1656.º, art.º 1677.º, art.º 1722.º, todos do Código Civil de Macau).

Por conseguinte, conforme acima se deixou antecipado, o *abuso do direito* apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o Direito, *por exigência do sistema*, entende deter uma *actuação* que, em princípio, se apresentaria como *legítima*<sup>52</sup>; o que significa que, devida-

<sup>48</sup> No mesmo sentido, ainda que no âmbito temático do “*venire contra factum proprium*”, na doutrina alemã, JOSEF WIELING, “*Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*”, AcP, 176, (1976), pp. 343 e ss.

<sup>49</sup> Sobre o *exercício do direito para prejudicar outrem* (proibição de chicana), RUDOLF VON JHERING, “*Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*”, JhJb 6 (1861), pp. 103-104.

<sup>50</sup> Sobre a *proibição de chicana* contida, na sequência da reforma do BGB de 2001/2002, no § 226, na doutrina alemã, KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, (2004), § 16.

<sup>51</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Eficácia externa dos créditos e abuso de direito*”, *cit.*, p. 85.

<sup>52</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, *Studia Iuridica* 91, *Ad Honorem-3*, Volume II: Direito Privado, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Organizadores: Jorge de Figueiredo Dias/José Joaquim Gomes Canotilho/José de Faria Costa, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), p. 144.

mente usado, *ele* opera como um instrumento adequado para a *realização do Direito*. Mais. Ele (o *abuso do direito*, ergo, a *boa fé*) configura um *juízo de validade*. Um *juízo de compatibilidade* entre a *normação privada* e o *sistema jurídico* em que ela visa integrar-se. Está em causa uma *relação comunicante* entre a *norma convencional* e as *normas do ordenamento geral da coletividade* que delimitam imperativamente a *esfera da auto-regulação de interesses*<sup>53</sup>.

Neste quadro conceptual, a *boa fé* é verdadeiramente “*a juridificação da moral da interação*”<sup>54</sup>; sendo essa (a *boa fé*) uma *exigência nuclear do sistema jurídico*<sup>55</sup>.

Por conseguinte, (também) por esta razão é de aplaudir o regime jurídico que, em matéria de filiação, foi condensado nos arts.º 1656.º, 1677.º, 1722.º, do Código Civil de Macau.

### III. O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas como materialização da dignidade da pessoa humana (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau): um direito humano.

Esclarecido o *âmbito teleológico-material* dos artigos 1656.º, 1677.º, e 1722.º, do Código Civil de Macau, é possível lobrigar a *legitimação material* dessas disposições legais no *princípio da dignidade da pessoa humana* previsto no art.º 30.º, da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), entendido enquanto *princípio valor*<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Neste sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “*A boa fé como norma de validade*” in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, *Studia Iuridica* 91, *Ad Honorem-3*, Volume II: Direito Privado, *cit.*, p. 675.

<sup>54</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., (1989), p. 145.

<sup>55</sup> Neste sentido, muito recentemente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*O princípio da boa fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”*”, in Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano V (2013), Número 3, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2014), p. 492.

<sup>56</sup> Enfatizando que grande parte das *normas constitucionais* - portanto, normas com *pedigree* - têm uma *estrutura principiológica*, na doutrina alemã, ROBERT ALEXI, “*Theorie der Grundrechte*”, Frankfurt - am - Main, (1985), pp. 71 e ss.

Com efeito<sup>57</sup>, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, vale indistintamente como *referência*<sup>58</sup> e, como *representação de um valor*, significa, natural e necessariamente, que *cada* pessoa humana constitui um *valor eminente*, de onde resulta um equivalente e imediato *reconhecimento* de uma igualdade de princípio entre todos os *seres humanos*<sup>59</sup>, como espelho fiel de um *vero reconhecimento recíproco de sujeitos*<sup>60</sup>; uma vez que o *reconhecimento* traduz-se numa *obrigação de respeitar*, o que implica, na prática, *obrigação de proteger* e *obrigação de cumprir* - através da adopção de *medidas judiciais* adequadas à prossecução desse escopo de respeito, protecção e cumprimento<sup>61</sup>.

Por essa razão se compreende, também, que o *direito ao conhecimento das origens genéticas*, na qualidade de *direito humano*, é suficientemente importante para oferecer razões que obriguem os demais, de entre os quais se inclui o poder judicial - enquanto *entreposto valorativo*-, a prestar-lhe uma séria atenção<sup>62</sup>, precisamente porque na *gênese* da emergência desse *direito humano*, encontra-se o *reconhecimento recíproco do homem* enquanto *pessoa* que constitui a *base do direito*<sup>63</sup>, sendo essa a razão pela

<sup>57</sup> Neste apartado seguiremos de muito perto o que escrevemos, no âmbito do direito civil, em HUGO LUZ DOS SANTOS, “O recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014: Concurso entre o risco do veículo e a culpa do lesado? Um passo atrás no padrão de jusfundamentalidade do Direito da União Europeia?”, in Cadernos de Direito Privado (CDP), em curso de publicação.

<sup>58</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, PETER HÄBERLE, “Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzvorbekalt”, 3. Auflage, Heidelberg, (1983), p. 345.

<sup>59</sup> JOSÉ MELO DE ALEXANDRINO, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana”, in Discurso dos Direitos, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), p. 45.

<sup>60</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, JÜRGEN HABERMAS, “Faktizität und Geltung”, Frankfurt a.M. 1992, p. 504.

<sup>61</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), p. 290.

<sup>62</sup> V. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana”, *cit.*, pp. 290.

<sup>63</sup> NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Os princípios de um “personalismo ético” como projecto de “materialização” do direito privado”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 480.

qual a mais autorizada doutrina norte – americana refere que “*there are benefits that are hard or impossible to quantify (such as human dignity)*”<sup>64</sup>.

A esta luz se compreende, pois, que, imbuído pelo espírito de aceitação irrestrita do *princípio da dignidade da pessoa humana*, a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau seja regida pelo *princípio do nível de protecção mais elevado*, que deve ser compreendido como um *princípio de preferência pela norma mais favorável*. Segundo tal *princípio*, se numa situação concreta for possível a aplicação de mais de um regime jurídico relativo ao mesmo direito fundamental, será aplicável o que ofereça *uma protecção mais elevada ao titular do direito em causa*<sup>65 166</sup>.

Porquanto, em sede do *framework originalism*<sup>67</sup>, esse é o *original meaning* da norma constitucional que canoniza o princípio da *dignidade da pessoa humana* (art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau), na medida em que “*the interpreters must be faithful to the original meaning of the constitutional text and the principles that underlie the text*”<sup>68</sup>.

É a esta luz (refulgente da *dignidade da pessoa humana*) que os art.º 1656.º, art.º 1677.º, e 1722.º, do Código Civil de Macau encontram a sua *legitimação material*.

Horta, (Faial, Açores, com um relance do olhar para a Madalena do Pico), 30 de Maio de 2015.

<sup>64</sup> Na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, “*The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)*”, in *Columbia Law Review*, January 2014, Volume 114, Number 1, (2014), p. 177.

<sup>65</sup> ALESSANDRA SILVEIRA, “*Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia*”, in *Cadernos de Direito Privado* N.º 32, Outubro/Dezembro de 2010, CEJUR, Braga, (2011), pp. 10.

<sup>66</sup> Neste sentido, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, V. *Acórdão Mary Carpenter*, de 11/07/2002, proc.º C-60/00; *Acórdão Yunyng Jia*, de 09/07/2007, proc.º C-1/05; *Acórdão Metock*, de 25/07/2008, proc.º C-127/08.

<sup>67</sup> Neste preciso sentido, na doutrina norte-americana, JACK M. BALKIN, “*Framework Originalism and The Living Constitution*”, in *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper n.º 82, in *Yale Law Journal*, February 2008, p. 4.

<sup>68</sup> Neste preciso sentido, V. JACK M. BALKIN, “*Framework Originalism and The Living Constitution*”, *cit.*, p. 4.