

Acórdão n.º 4/CC/2019

de 21 de Maio

Processo n.º 07/CC/2018

Fiscalização concreta da constitucionalidade

Acordam os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional:

I

Relatório

O Tribunal Judicial da Província de Maputo, 1ª Secção, remeteu ao Conselho Constitucional, ao abrigo dos artigos 214 e 247, n.º 1, alínea a), ambos da Constituição da República de Moçambique¹ e do preceituado nos artigos 67, alínea a) e 68, ambos da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), o Despacho proferido em sede do Processo n.º 34/15-S - Acção Declarativa de Simples Apreciação Positiva.

¹ A Lei n.º 1/2018, de 12 de Junho, Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique, reenumerou os anteriores artigos 214 e 247 que passaram a ter os números 213 e 246, respectivamente.

O referido processo foi intentado por Maria Augusta da Conceição Tembe, contra António Xavier Chovane Massimbe, no qual solicita que seja registada como filha de Xavier Chovane e de Felita Chihanhate Tembe, passando a usar o nome de Maria Augusta da Conceição Chovane Massimbe.

O Tribunal Judicial da Província de Maputo, 1ª Secção, susteve o processo e remeteu-o ao Conselho Constitucional para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade do n.º 1 do artigo 227 da Lei da Família, por julgá-lo desconforme com a Constituição da República.

Eis os principais argumentos evocados pelo tribunal:

- 1- *Nos termos do artigo 205, da Lei da Família, (aprovado pela Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto) Os filhos têm direito de serem registados depois do seu nascimento e de ter nome próprio e usar o apelido da família dos pais.*
- 2- *Nos termos da alínea c), do n.º 2 do artigo 277 da mesma lei, no caso da maternidade já se achar estabelecida, como é o caso, a paternidade presume-se quando durante o período legal da concepção, tenha existido união familiar, independentemente das condições exigidas pela lei, ou convivência notória entre a mãe e o pai.*
- 3- *Sucedem porém que nos termos do n.º 1 do artigo 227 da Lei da Família «A acção de investigação de maternidade só pode ser intentada durante a menoridade do investigante ou nos três anos depois da sua maioridade ou emancipação.» Esta disposição é também aplicável à investigação de paternidade por força do artigo 279 da Lei da Família.*
- 4- *No caso do presente processo, a investigante, que é a autora nasceu em 1957, o que significa que à propositura da presente acção, no ano de 2015, tinha 58 anos o que equivale dizer que o prazo supracitado há muito tempo expirou.*

- 5- *Trata-se de um prazo de caducidade, por força do n.º 2 do artigo 298 do Código Civil e que estando estabelecido em matéria excluída da disponibilidade das partes é do conhecimento oficioso pelo tribunal, nos termos do artigo 333 deste mesmo Código.*
- 6- *Assim sendo, é lícito ao tribunal julgar improcedente o pedido nos presentes autos com fundamento de que o prazo para a investigação de paternidade caducou e, sendo a caducidade uma excepção peremptória inominada que cabe na disposição do artigo 496 do Código do Processo Civil, importa a absolvição do réu do pedido, por força do n.º 3 do artigo 493 do mesmo código.*
- 7- *No presente processo, está em causa o conhecimento das origens genéticas, a historicidade pessoal, em suma a identidade pessoal o que cabe no âmbito da protecção constitucional da maternidade e paternidade, em conformidade com a previsão do n.º 1 do artigo 120 da Constituição da República de Moçambique (CRM) que estabelece que «A maternidade e a paternidade são dignificadas e protegidas.»*
- 8- *O n.º 1 do artigo 119 da CRM dispõe que: «A família é o elemento fundamental e base de toda a sociedade.» E, o parentesco é uma das principais fontes da constituição da família (artigo 6, da Lei da Família).*
- 9- *O direito da pessoa saber quem é, de onde vem, quem são os seus progenitores entendemos que deve prevalecer sobre os prazos de caducidade para acções de estabelecimento da filiação. (...)*
- 10- *(...) três anos não nos parece razoável.*
- 11- *(...) o prazo de caducidade aqui em questão limita o direito de qualquer pessoa ao reconhecimento da sua identidade, das suas origens, não dignifica nem protege a maternidade e a paternidade, assim como restringe o direito de constituir família que é base de toda a sociedade, daí que se conclua que a disposição do n.º 1 do artigo 227 da Lei da Família é contrário à CRM..*

- 12- *Por outro lado, o artigo 35 da CRM que dispõe sobre o princípio da universalidade e da igualdade estabelece que «Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.»*
- 13- *O n.º 1 do artigo 234 da Lei da Família dispõe que: «O filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai presumido o marido da mãe.»*
- 14- *Prossegue a Juíza da causa Ora, se no casamento funciona a presunção de que o marido da mãe é o pai, nos casos em que tal não ocorre ou ainda quando a presunção é afastada e não é colmatada de outra forma, fica um vazio na paternidade. Nestes casos, e sendo vedado ao filho nascido fora do casamento, pelo decorrer de um prazo de caducidade, a possibilidade de intentar uma acção para investigação e posterior estabelecimento da sua paternidade, estaríamos a efectuar uma discriminação entre filhos nascidos dentro ou fora do casamento o que contraria o princípio da igualdade. Assim, entendemos nós que o princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento impõe a possibilidade de investigação e estabelecimento da paternidade sem restrição temporal.*

E conclui que a disposição do n.º 1 do artigo 227 da Lei da Família ofende a Constituição da República de Moçambique nos seus artigos 35, 119 e 120 e, por isso, não pode ser aplicada.

Por lapso, é referido pelo Tribunal o artigo 277 quando na realidade se pretende referir o artigo 227 da Lei da Família.

II

Fundamentação

O presente processo de fiscalização concreta da constitucionalidade foi submetido ao Conselho Constitucional por entidade legítima, em cumprimento do disposto nos artigos 213 e 246, nº 1, alínea a), ambos da CRM e do preceituado nos artigos 67, alínea a) e 68, da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto.

O Conselho Constitucional é, ao abrigo do estabelecido na alínea a), do nº 1, do artigo 243 da CRM, o Órgão competente para apreciar e decidir a questão da inconstitucionalidade da norma ora posta em crise.

Constitui objecto do pedido de declaração da inconstitucionalidade a norma contida no nº 1, do artigo 227 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, Lei da Família, achando-se reunidos os pressupostos processuais para o Conselho Constitucional decidir sobre a questão da inconstitucionalidade suscitada.

É o seguinte o teor da norma questionada:

Lei da Família

“Artigo 227

(Prazo para a propositura da acção)

1. A acção de investigação da maternidade só pode ser intentada durante a menoridade do investigante ou nos três anos depois da sua maioridade ou emancipação.

2. (...)

3. (...)”.

A norma supra aplica-se também à paternidade, por força do disposto no artigo 279 da referida Lei da família.

A actual Lei da Família, Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, revogou o Livro IV do Código Civil e demais legislação que lhe for contrária e teve em vista conformá-la à Constituição vigente e aos demais instrumentos de Direito Internacional. Em consequência, ela suprimiu as disposições que sustentavam a desigualdade de tratamento nas relações familiares e consagrou o respeito pela cultura e identidade próprias do povo moçambicano.

O teor da norma posta em crise teve como fonte o nº 1, do artigo 1854.º do Código Civil, Livro IV, atrás citado e o nº 1, do artigo 1817.º do Código Civil português, na redacção do Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro: *A acção de investigação da maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação.*² e cujo conteúdo, nos objectivos que pretendeu atingir, é semelhante ao do nº 1, do artigo 227 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto.

Esta redacção foi no sentido da doutrina defensora da imposição de um prazo para a propositura da acção de investigação da paternidade ou maternidade, pois a sua imprescritibilidade minaria a segurança jurídica dos pretensos pais e seus herdeiros, dificultaria o estabelecimento da filiação devido ao progressivo *perecimento* das provas, preveniria a caça às fortunas e protegeria a paz da família conjugal do investigado.³

No entanto, alguns autores⁴ alegam que a limitação da investigação da paternidade, como o faz o nº 1 do artigo 1817.º do Código Civil português é inconstitucional pois, viola o direito fundamental à integridade pessoal, à identidade pessoal e o direito fundamental do desenvolvimento da personalidade.

² Na actual Lei da Família a acção de investigação da maternidade pode ser proposta nos três anos após a maioridade ou emancipação do investigante, enquanto que, nos artigos 1854.º do Código Civil e 1817.º do Código Civil português, aquela acção pode ser proposta apenas nos dois primeiros anos.

³ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, Volume V (artigos 1796 a 2030), Coimbra Editora 1985, pg. 83.

⁴ Francisco Pereira Coelho e Guilherme Oliveira, in Curso de Direito de Família, Vol. II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006, pg. 247.

Os mesmos autores entendem que se deu demasiada importância à segurança jurídica e, quanto ao *pericimento* ou *envelhecimento* das provas, o argumento perdeu valor com a eficácia e a generalização das provas científicas, pois as acções são julgadas com base nos testes de ADN, dado que... *os avanços científicos permitiram o emprego de testes de ADN com uma fiabilidade próxima da certeza - probabilidades bioestatísticas superiores a 99,5% -, e, por esse meio, mesmo depois da morte é hoje muitas vezes possível estabelecer com grande segurança a maternidade ou a paternidade*⁵.

Na esteira desta *orientação* doutrinal e após várias decisões que consideravam o prazo de dois anos estabelecido pelo n.º 1 do artigo 1817º do Código Civil português como *meros condicionamentos do exercício do direito de investigação da paternidade, inerente ao direito à identidade pessoal, e não como verdadeiras restrições desse direito fundamental*⁶, ou seja, de conformidade com a Constituição Portuguesa, o Acórdão n.º 23/06, de 10 de Janeiro de 2006, do Tribunal Constitucional Português, veio a declarar aquela norma inconstitucional.

Olhando para o panorama do direito Comparado, verificamos, por exemplo, (...) *o artº 270.º do Código Civil italiano dispõe que a acção para obter a declaração judicial da paternidade ou da maternidade é «imprescritível para o filho».* Segundo o artigo 1606.º do Código Civil brasileiro, *a «acção de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz».* (...) Nos termos do artigo 133.º do Código Civil espanhol, *por sua vez, a «acção de reclamação de filiação não matrimonial, quando falte a respectiva posse de estado, cabe ao filho durante toda a sua vida.»* E também o legislador alemão optou pela regra da *imprescritibilidade: o artigo 1600e, nº 1, do Código Civil alemão, prevendo a legitimidade do filho para a acção de investigação (consagrada no artigo 1600d), não prevê qualquer prazo.* (...) Mesmo o Código Civil de Macau, aprovado em 1999 e tendo como modelo o Código Civil português de 1966, adoptou uma solução diferente da do legislador português: o nº 1 do artigo 1677.º dispõe, claramente, que *«a acção de investigação da maternidade*

⁵ Acórdão n.º 23/06, de 10 de Janeiro de 2006, in Acórdãos do Tribunal Constitucional (Portugal) 64º Volume, 2006, pg. 97.

⁶ O direito de família na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, XII Conferência Trilateral, 7-10 de Outubro de 2010, Roma, pg. 32, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/02-Cura-Mariano-Direito-Familia-na-Jurisprudencia-do-TC.pdf>, 12/04/2019, 17:12.

*pode ser proposta a todo o tempo», sendo tal norma aplicável ao reconhecimento judicial da paternidade por força da remissão do artigo 1722.º, à semelhança do que acontece no Código Civil português (...).*⁷

Prosseguindo a análise do presente pedido de fiscalização da constitucionalidade da norma posta em crise, alega o Tribunal Judicial da Província de Maputo, 1ª Secção, que perante os factos carreados no processo e face ao disposto no nº 1 do artigo 298 do Código Civil, teria que julgar improcedente o pedido, por caducidade, em virtude de a acção de investigação da paternidade não ter sido intentada durante a menoridade da investigante ou nos três anos depois da sua maioridade ou emancipação, pois o prazo de caducidade previsto no nº 1 do artigo 227 da Lei da Família impede a interessada de propor, com êxito, a competente acção de investigação da paternidade, de modo a ver reconhecido o direito de ser filha de Álvaro Chovane Massimbe.

Esta limitação temporal à investigação da paternidade, fundada na dificuldade e riscos da prova em matéria de filiação⁸, a perturbação da paz e harmonia da família conjugal constituída do pretense pai, etc. já não colhe nos tempos que correm face aos avanços científicos que permitem que as acções sejam julgadas com recurso a testes de ADN que, com uma fiabilidade de mais de 99%, identificam o progenitor do investigante.

O nº 1 do artigo 227 da Lei nº 10/2004 contraria o espírito da própria Lei da Família, na medida em que esta foi aprovada por força da necessidade que se impunha por se constatar que o Direito de Família, regulado no Livro IV do Código Civil, era desconforme com a Constituição e com a realidade sócio-cultural do país.

Assim, o referido prazo de caducidade não se coaduna com o nº 1 do artigo 120 da Constituição da República de Moçambique (CRM), que dignifica e protege tanto a maternidade como a paternidade, significando isto que a acção de investigação da maternidade ou da paternidade é um direito constitucional que deve ser exercido sem nenhuma restrição temporal,

⁷ *Ibidem*, pgs. 89 e 90.

⁸ A demonstração de que o filiado foi procriado pelo pai natural é difícil. O fenómeno biológico da geração ou fecundação persiste rodeado de segredo ou mistério, no que toca à paternidade. Não é possível, directa e cientificamente, provar que fulano foi gerado ou procriado por beltrano. Chega-se a essa ilação por meios indirectos, através de presunções, conjecturas ou indícios. É forçoso partir de factos ou circunstâncias susceptíveis de percepção, para se concluir que houve a procriação pelo suposto pai. José dos Santos Silveira, in *Investigação de Paternidade Ilegítima, segundo a Lei Civil e Processual em vigor*, Biblioteca Jurídica Atlântida, Atlântida Editora, Coimbra 1971, pgs. 22 e 23.

podendo os filhos propor aquela acção a todo o tempo contra o suposto pai, pois é de justiça que se dê ao investigante o direito de saber quem é o seu progenitor.

O regime limitativo constante do nº 1 do artigo 227 da Lei da Família, quaisquer que sejam os seus fundamentos, é inconstitucional pois, desde logo, viola o artigo 35 da Constituição, que proíbe a discriminação com base no estado civil dos pais.

Por outro lado, o nº 4 do referido artigo 120 da Constituição também proíbe a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento ao impor que *[O]s pais e as mães devem prestar assistência aos filhos nascidos dentro e fora do casamento.*

O direito da pessoa saber quem é, de onde vem, quem são os seus progenitores, deve ser imprescritível, não fazendo sentido a imposição de qualquer regime limitativo para o seu exercício.

O exercício dos direitos e liberdades só *pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição*, nos termos do nº 2 do artigo 56 da CRM, o que não é o caso da investigação, tanto da maternidade como da paternidade.

Também não estamos perante o caso previsto no nº 3 do referido artigo 56 da CRM, daí o regime limitativo a que nos vimos referindo igualmente violar a Constituição.

Tanto a maternidade como a paternidade, bases para a formação da família, são protegidas e dignificadas nos termos dos artigos 119 e 120 da CRM e, por isso, é inconstitucional o estabelecimento de qualquer prazo para a instauração das competentes acções de reconhecimento judicial.

Constitui um direito constitucionalmente consagrado qualquer interessado ver judicialmente fixada a sua maternidade ou paternidade, dignificada e protegida conforme o nº 1 do artigo 120 da CRM, a todo o tempo, sem imposição de qualquer prazo de caducidade.

O prazo de caducidade previsto na Lei da Família limita o direito de qualquer pessoa ao reconhecimento da sua identidade pessoal, assim como ao direito fundamental para o desenvolvimento da personalidade.

A investigação da maternidade ou paternidade permite aos interessados o conhecimento das suas origens genéticas, a historicidade pessoal, estabelecimento de vínculos familiares, que cabem no âmbito da protecção da maternidade e da paternidade.

O artigo 119 da CRM consagra a família, tradicionalmente constituída por pai, mãe e seus descendentes, como *elemento fundamental e a base de toda a sociedade*.

E, nos termos do artigo 120 da CRM, *[A] família é responsável pelo crescimento harmonioso da criança e educa as novas gerações nos valores morais, éticos e sociais. (...) assegura a educação da criança, formando-a nos valores da unidade nacional, no amor à pátria, igualdade entre homens e mulheres, respeito e solidariedade social, e [O]s pais e as mães devem prestar assistência aos filhos nascidos dentro e fora do casamento.*

A investigação da maternidade ou da paternidade contribui para o restabelecimento dos laços familiares, nomeadamente dos indivíduos nascidos fora do casamento e, limitar esse direito do investigador, como o faz o nº 1 do artigo 227 da Lei da Família, constitui uma discriminação de pessoas sem a maternidade ou a paternidade legalmente fixada, violando o artigo 35 da CRM.

Só o reconhecimento da maternidade ou paternidade através da competente acção de investigação, sem nenhuma restrição temporal, pode permitir aos interessados o gozo dos direitos constitucionalmente consagrados à família, nos termos dos referidos artigos 119 e 120 da CRM, na senda da eliminação das desigualdades de tratamento nas relações familiares.

Em suma, o nº 1 do artigo 227 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, Lei da Família, viola os artigos 35, 56 n.ºs 2 e 3, 119 e 120, todos da Constituição da República.

III

Decisão

Termos em que, o Conselho Constitucional declara a inconstitucionalidade material do nº 1 do artigo 227 da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, Lei da

Família, por contrariar os artigos 35, 56 n.ºs 2 e 3, 119 e 120, todos da Constituição da República.

Registe, notifique e publique-se.

Maputo, 21 de Maio de 2019.

Hermenegildo Maria Cepeda Gamito, Lúcia da Luz Ribeiro

Manuel Henrique Franque, Mateus da Cecília Feniassa Saize, Ozias Pondja