

## A lei e a paternidade: as leis de filiação portuguesas vistas à luz da antropologia social \*\*

### INTRODUÇÃO: O PARENTESCO NA ANTROPOLOGIA E O DIREITO

Muitas das principais figuras da antropologia dos meados do nosso século tinham uma primeira formação em direito. Contudo, poucas de entre elas estariam prontas a aceitar que o facto de grande parte dos conceitos analíticos da antropologia de então estarem profundamente radicados na tradição legal europeia implicava uma visão da organização social com um forte pendor eurocêntrico. Na verdade, tanto Sir Henry Sumner Maine como Lewis Henry Morgan, que lançaram a antropologia como disciplina universitária na década de 1860, eram homens de leis e tinham sido levados a interessar-se por este campo de estudos como resultado directo do seu envolvimento na história do direito e no direito comparado. Deles, a antropologia social e cultural herdou toda uma panóplia de conceitos analíticos que nos meados do nosso século pareciam ser uma parte inerradicável da disciplina.

Noções como «pessoa», «filiação», «descendência», «linhagem», «herança», «sucessão», «parentesco», «casamento», «afim», «incesto» e muitas outras tinham-se tornado indispensáveis ao pensamento antropológico. Com o passar dos tempos, o prosseguimento da tarefa etnológica acabou por resultar numa progressiva erosão destes conceitos. Cada novo antropólogo era forçado a redefini-los à luz do material exótico que tinha entre mãos. Chegados a um certo ponto, porém, deixou de ser possível simplesmente redefinir mais uma vez os velhos conceitos sem que eles perdessem toda e qualquer coerência analítica. Eles iam-se tornando um impedimento à própria tarefa analítica.

Armado de toda uma panóplia científica, à qual dava enorme valor, o antropólogo ocidental do período colonial ia estudar «sociedades primitivas» com

---

\* Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

\*\* Este ensaio é dedicado à memória de Adérito Sedas Nunes, em grato reconhecimento do apoio que ele concedeu ao prosseguimento da minha carreira como investigador.

Uma versão anterior foi apresentada como *Distinguished Lecturer* da Society for the Anthropology of Europe na convenção anual da American Anthropological Association, São Francisco, Dezembro de 1992.

a segurança de quem sabia reconhecer os erros dos outros. Na segunda metade do nosso século, porém, progressivamente, essas mesmas sociedades primitivas começaram a pôr em causa a relevância dessa panóplia científica. Conforme o nosso conhecimento etnográfico se ia expandindo e aprofundando, tornava-se patente que a criatividade e diversidade das sociedades humanas ultrapassavam em muito as certezas implícitas nos velhos conceitos jurídicos europeus que o antropólogo tanto respeitava. Entrávamos, assim, na era do reflexivismo. Talvez o primeiro sinal do que podemos chamar a condição pós-moderna na antropologia tenha sido a série de artigos que Sir Edmund Leach escreveu na segunda metade dos anos 50 e que publicou em forma de livro sob o título significativo de *Repensando a Antropologia* (1961).

A polémica então iniciada em torno da noção de casamento é bem elucidativa. Tinha-se tornado aparente para o autor inglês que já não era possível estabelecer uma definição única de casamento que se aplicasse a todas as sociedades humanas: nas suas próprias palavras, «marriage is [...] 'a bundle of rights'; hence all universal definitions of marriage are vain» (Leach, 1961, 105). Contudo, Leach não avaliou o poder do conservadorismo conceptual — essa insidiosa forma de etnocentrismo. Quase todos os antropólogos da época se recusaram a aceitar a sua conclusão de que o conceito de casamento, quando aplicado fora da Europa, não descrevia nada de definitivamente determinável.

A indianista americana Kathleen Gough foi mesmo levada a reescrever o seu material empírico — que parecia comprovar as teses de Leach — com a finalidade única de preservar a universalidade do conceito de matrimónio [1968 (1950)]. Muitos foram os antropólogos que fecharam os olhos à inevitabilidade da erosão dos conceitos analíticos. O processo, porém, era irreversível. Dez anos depois, em 1971, como resultado de um dos esforços comparativos mais sistemáticos jamais empreendidos no seio da antropologia, Rodney Needham (1971) questiona a utilidade de toda a terminologia do parentesco — precisamente a área de estudos que mais caracterizava a antropologia como disciplina independente. Mais uma vez, contudo, o conservadorismo terminológico acaba por vencer. Durante mais ou menos dez anos, a maioria dos antropólogos preferiu não levar a sério este argumento, continuando a trabalhar com conceitos cansados, cujo significado, por vezes, era mesmo difícil definir.

Não era mais do que um adiamento da questão, porém. Nos inícios dos anos 80, com o abalroar das esperanças utópicas lançadas pelas teorias marxista e estruturalista, voltávamos outra vez ao velho problema. Há muito que a relevância teórica dos conceitos analíticos que utilizávamos tinha sido posta em causa. O golpe final foi dado por David Schneider no seu livro *A Critique of the Study of Kinship* (1984). Hoje, portanto, não nos é mais possível fingir que estamos a lidar com conceitos cujo significado é por todos conhecido. Há que estudar a sua relevância a cada momento.

Poder-se-ia, porém, argumentar simplisticamente que estes conceitos legais que a antropologia herdou da teoria do direito não se aplicam a sociedades exóticas, mas que se aplicam às culturas onde eles próprios foram forjados.

Assim, os antropólogos europeístas não teriam este problema. O presente ensaio é uma tentativa de demonstrar que tal não se passa. Os conceitos legais são parte de um discurso com fortes implicações políticas e ideológicas; não pretendem descrever a realidade social, mas sim manipulá-la e alterá-la. Quando estudamos um conceito legal à luz da crítica antropológica, verificamos que ele está longe de ser um conceito neutro ou puramente analítico. Como todas as culturas são campos de poder, nenhuma cultura se pode descrever a si própria.

Nas linhas que se seguem tentamos realizar esse exercício crítico por relação à noção de *filiação*. A maioria dos antropólogos europeístas tem simplesmente utilizado este conceito sem qualquer preocupação quanto ao seu significado específico e quanto à sua relação com o conceito legal de filiação <sup>1</sup>. A aparente elementaridade da noção é altamente enganadora. Não só as filiações paterna e materna — isto é, a paternidade e a maternidade — são bastante distintas, como ainda as condições de acesso a cada uma delas estão longe de serem uniformes, mesmo no seio de uma mesma sociedade. No presente texto tentarei explicitar alguns dos problemas que surgem quando estudamos a esta luz as leis de filiação portuguesas. O ensaio termina com uma tentativa de situar o aparelho legal estudado por relação à sociedade a que este se aplica — no caso presente referir-nos-emos ao material etnográfico recolhido no Noroeste de Portugal.

#### *MATER SEMPER CERTA EST, PATER NUNQUAM*

As tradições legais da maior parte dos Estados da Europa continental estão historicamente inter-relacionadas. Na área do direito da família elas têm vindo a evoluir em cadeia, respondendo a desafios semelhantes através de soluções que, se por vezes são divergentes, tendem, no entanto, a convergir em muitos aspectos. A reforma da lei portuguesa da filiação de 1977 foi profundamente influenciada pela lei francesa e, particularmente, pela reforma de 1972.

Esta convergência pan-europeia torna-se particularmente visível se fizermos recurso às várias máximas latinas que os juristas e os legisladores usam para os guiarem através da interpretação da lei. Estas máximas funcionam de uma forma muito semelhante à dos provérbios; quer dizer, são afirmações pré-fabricadas que podem ser usadas para legitimar uma acção ou esclarecer uma compreensão, mas cujo significado nunca está absolutamente predeterminado, dependendo largamente do contexto de utilização. Na discussão que se segue vamos encontrar um número delas, pois muitas vezes elas esclarecem-nos mais sobre o espírito da lei e as suas implicações do que a própria letra da lei.

---

<sup>1</sup> Estamos a usar a noção no sentido que lhe é dado tanto pela tradição legal portuguesa como pela tradição antropológica inglesa para exprimir a relação entre um(a) pai/mãe e um(a) filho(a). Qualquer tradução do género da proposta por Augé et al. (1978), que confunda filiação com descendência (isto é, a pertença de alguém a uma pessoa colectiva constituída por parentes relacionados linearmente entre si), invertendo o sentido das palavras, parece-nos inaceitável.

Entre estas máximas, a que mais frequentemente encontramos nas obras dos juristas portugueses sobre o tema da filiação é *mater semper certa est, pater nunquam* — literalmente, «a mãe é sempre certa, o pai nunca». A forma precisa de operacionalizar esta máxima tem variado de período para período e de sistema legal para sistema legal, de tal forma que é impossível estabelecer um sentido único para a sua interpretação. Nas palavras de um juiz português, poderíamos afirmar que ela significa que, «enquanto a mãe dificilmente esconde que o é, pois o parto é um facto evidente, já a relação natural pai-filho decorre de um processo oculto, só determinável por presunções» (Pinto, 1983, 46). Assim, conclui o mesmo autor, a mãe é «a *chave* que abre as portas à constatação da paternidade» (id., *ibid.*, 305).

De forma porventura mais abstracta, poderíamos afirmar que esta máxima estabelece a existência de uma assimetria básica entre a maternidade e a paternidade, que torna a segunda dependente da primeira. Este facto só assume a centralidade que lhe é concedida nas discussões da lei da filiação por entrar em contradição com dois dos preceitos centrais da cultura moderna europeia: por um lado, a noção de que o parentesco precede a cultura — como é natural, o parentesco é inevitável; por outro lado, a primacia simbólica do género masculino — aquilo que, num estudo do simbolismo fálico no imaginário popular português, apelidei de *ordem fálica* (v. Pina Cabral, 1993).

Quanto ao primeiro destes preceitos, tanto os legisladores como os juristas interpretam «natural» como sinónimo de «biológico». Assim se explica a opção de Brandão Ferreira Pinto de intitular o seu estudo sobre a lei da filiação *Filiação Natural*. O autor explicita que usa a expressão para enfatizar que só trata da «filiação verdadeira, real, biológica», e não da adopção (Pinto, 1983, 36), apesar de estar consciente do potencial de confusão, pois a expressão tem sido usada tradicionalmente noutro sentido, como sinónimo de «filiação ilegítima» (*ibid.*, 30, 64).

Há um consenso generalizado entre os juristas no sentido de que, no acto reprodutivo humano, os homens e as mulheres são igualmente responsáveis e indispensáveis. Na verdade, é aceite implicitamente por princípio que cada criança só tem um pai e uma mãe (as preocupações mais recentes com as novas possibilidades oferecidas pela ciência médica tendem a corresponder a interesses especializados que afectam pouco a discussão dos assuntos mais gerais da lei da filiação). O brocardo *mater semper certa*, porém, entra em contradição com este ideal de participação igual dos pais <sup>2</sup>.

Para atingir o ideal expresso de seguir a «verdade biológica» a lei teria de tratar igualmente a paternidade e a maternidade. Contudo, precisamente o contrário

---

<sup>2</sup> Guilherme de Oliveira afirma que «a paternidade também é um facto biológico — a participação do progenitor no acto de fecundação —, um facto que a lei recolhe e ao qual dá relevância jurídica. A diferença que o separa da maternidade [...] está somente no seu carácter menos ostensivo, na maior dificuldade da sua prova.» (Oliveira, 1991, 8.) Mas pretender limitar a diferença a uma questão de nível de visibilidade da filiação materna e da filiação paterna é um acto de falsa ingenuidade que meramente adia a necessidade de lidar com os resultados desta contradição.

se passa. Como resultado da reforma de 1977, diferentes estatutos legais foram concedidos à filiação materna e à filiação paterna. Enquanto a primeira é legalmente uma *declaração*, a segunda é um *reconhecimento* — sendo que esta distinção tem implicações consideráveis<sup>3</sup>. Nas palavras de um comentador, na língua portuguesa, «o termo *reconhecimento*, muito ligado à *compreensão* e à *vontade*, é incompatível com uma maternidade que se constata, que existe só pelo facto pessoal, inequívoco e ostensivo de se dar à luz um filho e que não envolve a admissão de um certo número de condicionalismos — como sucede com a paternidade —, que se tem de aceitar para chegar a uma conclusão» (Pinto, 1983, 64).

O certo, porém, é que a máxima *mater semper certa* não pode ser compreendida de uma forma simplista, porque tal implicaria uma desconfiança sistemática das esposas, das mães e das noras. Em termos da visão do mundo androcêntrica que caracteriza a profissão legal, tal desconfiança seria uma faca de dois gumes. Levada a sério, ela implicaria uma corrosão gravíssima da autoridade patriarcal, sugerindo que ela está baseada em falsos alicerces. Ora a lei, pelo contrário, explicitamente presume que as esposas são fiéis. Guilherme de Oliveira comenta que, no Código Civil de 1966, o legislador chega até a ser «hostil à prova do adultério da mãe casada» (Oliveira, 1991, 59). Em 21 de Novembro de 1979 o Supremo Tribunal de Justiça suporta abertamente esta compreensão quando afirma que, «como é da experiência comum e do conhecimento geral, ainda impera como normalidade genérica a honestidade da mulher ou a sua ligação a um só homem, e não a vários ao mesmo tempo, a menos que se trate de uma prostituta, excepção entre nós, pelo que aquelas situações constituem a regra na nossa sociedade»<sup>4</sup>.

(O sexismo declarado, o classismo e o patriotismo barato desta afirmação são, infelizmente, bastante frequentes nos nossos tribunais — ainda recentemente exemplos bem mais chocantes causaram enorme polémica na imprensa. Tanto a Constituição portuguesa como a lei da família resultante da reforma de 1977 são bastante avançadas no seu espírito, mas o aparelho legal português está ocupado ainda por muitas pessoas que não apreciam o real valor desse espírito.)

<sup>3</sup> Acresce ainda o facto de o legislador ter optado por diferenciar a filiação materna da filiação paterna recorrendo a modelos de filiação que se radicam em tradições legais distintas. Como mostra convincentemente José da Costa Pimenta, e apesar de o relatório do Decreto-Lei n.º 496/77 (n.º 26) declarar, por relação à filiação materna, que o sistema adoptado «representa um compromisso entre o sistema germano-suíço e o sistema latino tradicional», a reforma de 1977 acaba por instituir a maternidade nas bases do sistema germano-suíço, enquanto a paternidade (com algumas ressalvas) é instituída na base dos princípios do direito latino tradicional (Pimenta, 1986, 46-48).

<sup>4</sup> Até Brandão Ferreira Pinto comenta, sobre esta passagem, que «só são prostitutas as mulheres públicas [...] que fazem comércio do seu corpo, e não aquelas mulheres que entendem que o facto de terem relações carnavais com vários homens é uma manifestação da liberdade que no século XX alcançaram nos domínios sexuais, a liberdade de fazerem como lhes aprouver o seu líbido, entendimento este que, a nosso ver, para mal da sociedade portuguesa tradicional, se está difundindo a passos largos entre nós, e não só nas camadas mais ricas ou mais intelectualizadas, como à primeira vista poderia parecer» (1983, 373, nota 101).

Ora, se as mulheres casadas portuguesas devem implicitamente ser confiadas, como afirma este acórdão, então o brocardo *mater semper certa* parece perder muita da sua relevância. Pelo que, na minha opinião, a importância concedida a esta máxima deve ser compreendida, não em termos de uma dúvida sistemática e radical das mulheres, das mães e das noras, mas como um corolário da necessidade de legitimar a reprodução social humana por meio de uma radicação na Natureza através da chamada «verdade biológica». À luz da tradição judaico-cristã, as mulheres estão mais próximas da Natureza e do lado físico da condição humana do que os homens. Nas palavras de um dos editores do Código Civil, «emergente da própria Natureza, a família é instituição imprescindível para o desenvolvimento da personalidade humana» (Gomes da Silva, cit. em Pinto, 1983, 10). Assim, a máxima deve ser compreendida como uma expressão de uma intensificação da «naturalidade» da filiação. Em suma, o *mater semper certa* só começa a parecer óbvio se presumirmos que a «real» verdade da filiação é a «verdade natural» (isto é, os supostos processos biológicos de reprodução humana, concebidos segundo as luzes da biologia num particular momento da história e ainda segundo a compreensão do comentador ou legislador em causa).

Debrucemo-nos agora sobre a segunda área de contradição levantada pela centralidade desta máxima. Já em *Filhos de Adão, Filhas de Eva* (1989) substanciei o argumento de que a cultura popular do Noroeste português concede uma primacidade simbólica ao género masculino. Mais recentemente, num texto sobre o simbolismo fálico (Pina Cabral, 1993), desenvolvi esta linha de argumentação, usando como material de estudo a cerâmica fálica e o humor que a acompanha. Sem ter a intenção de me repetir, gostava, no entanto, de sublinhar que não há melhor exemplo da precedência simbólica do género masculino do que a tradição legal burguesa que tem guiado a lei civil portuguesa desde a implementação do primeiro Código Civil em 1867.

Porventura a melhor formulação deste princípio é a forma pela qual o Código Civil de 1966 especifica o que chama «poder marital» (artigo 1674.º): O marido é o chefe da família, competindo-lhe, nessa qualidade, representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum, sem prejuízo do disposto nos artigos subsequentes <sup>5</sup>.» Muitas outras instâncias poderiam ser citadas em que a lei de 1966 explicitamente institui a autoridade patriarcal — por exemplo, o marido tinha o direito de decidir o lugar de residência do casal (artigo 1672.º), tinha de dar o seu consentimento explícito para que a mulher pudesse exercer actividades comerciais (artigo 1686.º) e podia a qualquer momento, e sem ser sujeito ao pagamento de quaisquer indemnizações, denunciar um contrato de trabalho assinado pela mulher por relação ao qual não tivesse dado o seu explícito consentimento (artigo 1676.º).

Quanto à filiação, a lei concedia ao pai todos os poderes activos, determinando o que chama «os poderes especiais do pai» (artigo 1881.º) e «os poderes especiais

---

<sup>5</sup> Excepto quando de outra forma indicado, as referências a artigos da lei da família reportam-se ao Código Civil de 1966.

da mãe» (artigo 1882.º), de tal forma que o pai tinha a autoridade para representar ambos os progenitores [artigo 1881.º, alínea e)], enquanto a mãe só podia preencher essas funções quando o pai estivesse ausente numa locação remota, quando estivesse desaparecido ou quando estivesse impedido por deficiência [artigo 1882.º, alínea d)].

Estes aspectos mais sexistas da lei foram erradicados pela reforma de 1977, que, por sua vez, foi uma resposta à nova Constituição democrática promulgada em 1976. Contudo, a contradição entre a maior legitimidade simbólica <sup>6</sup> da maternidade e a maior autoridade do pai continua a estar presente na lei da filiação, como observaremos mais tarde.

Podemos ainda detectar uma outra manifestação desta contradição na forma como o simbolismo do «sangue» é usado na literatura legal para marcar os elos de parentesco. Assim, por exemplo, no seu sentido mais geral, o importante conceito de «vínculo de sangue» é bilateral. O Prof. Antunes Varela define-o como «um vínculo de raiz biológica que une duas pessoas do mesmo sangue, seja porque descendem uma da outra, seja porque, não descendendo embora uma da outra, procedem de um tronco comum» (cit. em Pinto, 1983, 15) <sup>7</sup>.

Há, no entanto, uma utilização mais comum que sugere que os laços agnáticos são mais prontamente reconhecidos como sendo vínculos de sangue do que os uterinos. A designação legal em português para meios-irmãos que partilham uma mãe em comum é *uterinos*, enquanto para os que partilham um pai em comum é *consanguíneos*.

Uma outra instância deste tipo de lógica pode ser encontrada na máxima latina *turbatio sanguinis* — distúrbio ou confusão do sangue —, a que se recorre para descrever situações onde poderá haver dúvidas sobre quem é o pai. Por exemplo, a lei estabelece um período mínimo durante o qual não é possível a uma pessoa recentemente divorciada ou enviuvada voltar a casar-se — no Código de 1966 o período correspondia, no caso dos homens, ao período mínimo legal de concepção (180 dias) e, no caso das mulheres, ao período máximo legal de concepção (300 dias) (artigo 1605.º). Brandão Ferreira Pinto explica que, «para além de razões éticas e de decoro social, o prazo internupcial foi estabelecido para se evitar a chamada *turbatio sanguinis*, para se obstar a que se levantem dúvidas sobre quem poderá ser o pai de um indivíduo nascido na constância de um segundo matrimónio [...]» (1983, 177).

Assim, podemos concluir que, apesar de o vínculo de sangue ser definido como aplicando-se tanto à filiação materna como à filiação paterna, na usagem comum do termo, a filiação paterna assume primacidade. A noção favorita de David Schneider (1984, 165-177), «blood is thicker than water» — («o sangue é mais pesado do que a água»), representa bastante bem as concepções que foram expressas neste domínio pelas famílias burguesas do Noroeste que

<sup>6</sup> Neste caso, não uso a palavra *legitimidade* no seu sentido legal, mas num sentido weberiano.

<sup>7</sup> Num sentido geral, afirma o Prof. Castro Mendes, «parentesco é sinónimo de *consanguinidade*» (cit. em Pinto, 1983, 15, nota 20).

eu estudei<sup>8</sup>. Também aí os laços agnáticos receberam precedência simbólica. Uma das locuções proverbiais favoritas é a *voz do sangue*, que supostamente fala quando se encontram parecências ou afinidades inesperadas entre parentes. No decorrer de uma entrevista de grupo no Porto<sup>9</sup> um informante masculino afirmava: «A voz do sangue parece-me efectivamente que é um dado conhecido e testado por todos, mas eu diria que isto só é válido numa linha directa, de pai para filho, de filho para pai, e não mais do que isso. Tanto quanto eu entendi, aqui a voz do sangue não tem nada que ver, penso eu, com situações de hereditariedade, questões de doenças. Não. É a voz do sangue no sentido de ligação de uma pessoa a outra. Penso que isto só é válido numa linha restrita.»

Mais tarde, no decorrer da mesma entrevista, outro informante mantinha um ponto de vista diferente sem que se tornasse aparente para eles que havia uma contradição nas suas afirmações. Falava de nomes de família, que supostamente devem passar na linha masculina, pois o Código do Registo Civil sugere que uma pessoa passe aos seus filhos só o nome de família do seu pai, e não o do pai da sua mãe<sup>10</sup>. Dizia: «Esta [é a] voz do sangue, e mesmo de um sangue que não tem já nada em comum, porque já não há lá nenhuns genes comuns [...] Mas não há dúvidas de que, pelo menos na minha experiência pessoal, é uma coisa muito importante.»

Sumariando o argumento até este ponto, podemos afirmar que a máxima *mater semper certa est, pater nunquam* estabelece uma contradição tanto com o ideal de bilateralidade dos laços de parentesco biológico como com a precedência simbólica masculina. Esta contradição só pode ser resolvida por meio de um subterfúgio.

### *PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT*

Através da segunda metade do nosso século, os sistemas legais da Europa continental têm vindo a ser consideravelmente reformados na área da lei da filiação, de forma a corresponderem às exigências de uma sociedade em mudança, assim como às evoluções da ciência médica. Na opinião da maior parte dos juristas, a característica dominante destes novos sistemas é o seu crescente «biologismo». Isto é, é ponto de acordo entre os legisladores e os comentadores

---

<sup>8</sup> Este mesmo material é utilizado por mim próprio no contexto de uma discussão distinta em 1991b, 169-170.

<sup>9</sup> Entrevista de tipo *focus group* realizada com um grupo de pessoas da burguesia do Porto de mais de 50 anos de idade e de ambos os sexos. Material recolhido no âmbito de investigação realizada pelo grupo do Noroeste (projecto que integrava Caroline Brettell, Sally Cole, Rui Feijó, João Arriscado Nunes, Elizabeth Reis e o autor) e subsidiada pelo Social Science Research Council (Nova Iorque).

<sup>10</sup> Para uma discussão de como, na realidade, estas leis são sistematicamente utilizadas e manipuladas, v. Pina Cabral, 1991, 175-176.

jurídicos que, nas suas palavras, há «um interesse público na verdade biológica» (v. Oliveira, 1991, 29).

Para um antropólogo a prontidão com que os juristas estão prontos a conceder que existe realmente um tal «interesse público» é, no mínimo, surpreendente. No caso português, a lei vai tão longe nesta direcção que até os próprios juristas são levados a exprimir dúvidas sobre se será «sempre justificável a prevalência do interesse público da verdade biológica e a impugnação oficiosa e sem limites, ainda que ela não satisfaça a realidade sociológica e afectiva dos particulares interessados» (id., *ibid.*).

Na verdade, é fácil de ver que a procura da «verdade biológica» cedo se depara com limitações sociais. A lei aceita algumas destas limitações como sendo de maior «interesse público» do que a verdade biológica e nega a relevância a outras. Este processo de escolha reflecte implicitamente opções éticas. Nas páginas que se seguem examinaremos algumas destas limitações e as suas implicações.

Uma destas é a que resulta das proibições do incesto (v. Oliveira, 1991, 147). O primeiro Código Civil — o Código de Seabra, publicado em 1867 — afirmava especificamente que a filiação das crianças incestuosas (cujo pai e mãe são parentes lineares ou irmãos) não podia ser reconhecida por lei. Um século mais tarde o Código de 1966, em resposta a uma preocupação crescente por parte dos legisladores com os direitos individuais dos cidadãos e com a verdade biológica, permitiu o reconhecimento da filiação de tais crianças, mas só por relação a um dos progenitores (artigo 1869.º). Finalmente, a reforma de 1977 levanta este impedimento, permitindo aos pais que decidam da forma que considerarem mais satisfatória.

Contudo, o respeito pela correspondência entre a verdade legal e a verdade biológica continua a ser limitado. Por exemplo, a conservatória do registo civil é obrigada a informar o tribunal sobre todos os casos de crianças que foram registadas sem indicação do nome da mãe ou, tendo uma mãe registada, sem pai. Por seu turno, se o tribunal, depois de uma investigação preliminar, estabelecer que existem provas seguras da paternidade e/ou da maternidade, remete o processo para o Ministério Público para que se intente a acção de investigação. Em qualquer um destes momentos a lei especifica que o processo deve ser imediatamente interrompido caso surjam quaisquer suspeitas que sugiram que o pai potencial está incestuosamente relacionado com a mãe [Código do Registo Civil, artigo 143.º, n.º 2, e Código Civil, 1977, artigo 1866.º, alínea a)].

A mais importante destas limitações à verdade biológica, porém, é a que pretende ultrapassar as contradições criadas pelo princípio da *mater semper certa*. Mais uma vez encontramos a ideia admiravelmente captada numa máxima latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant* — «o pai [da criança] é o que demonstrar estar casado [com a mãe]». Esta máxima é igualmente central à estrutura da lei da filiação, pois ela cria as condições para o estabelecimento da paternidade da mesma forma que a *mater semper certa* para a maternidade.

O capítulo sobre a filiação do Código Civil de 1977 começa precisamente com a formulação deste princípio (artigo 1796.º, «estabelecimento da filiação»):

1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º e 1825.º
2. A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento.

Quanto a este *reconhecimento* da paternidade, a lei afirma que a criança não pode iniciar um processo de investigação da paternidade sem que, anteriormente, ou pelo menos concomitantemente, se tenha estabelecido a maternidade (artigo 1869.º; cf. Oliveira, 1991, 151). Não restam dúvidas, portanto, de que a lei favorece o estabelecimento da paternidade através de mulheres e, muito especificamente, através do laço legal do matrimónio.

Considerando quão estrita é a lei na sua negação da certeza biológica da paternidade, é pelo menos surpreendente que aceite automaticamente que as mulheres casadas limitam a sua sexualidade aos seus maridos. Vai tão longe nesta direcção que, mesmo se uma mulher casada declarar por ocasião do registo de um filho seu que ele não é do seu marido, mas de outro homem, essa declaração é considerada insuficiente para que a paternidade do outro homem seja reconhecida. E, caso a mulher não consiga iniciar dentro de dois meses o complicado processo de declaração judicial que a lei exige (Oliveira, 1991, 76), o seu marido torna-se automaticamente o pai registado da criança.

Da mesma forma, nos casos em que a criança foi registada pelo pai com indicação de mãe desconhecida, se a mãe for casada e decidir mais tarde declarar a maternidade, o princípio do *pater is est* entra automaticamente em funcionamento e o seu marido passa a ser o pai da criança. Caso queira recuperar a sua paternidade, o pai anterior ver-se-á obrigado a instituir um processo judicial completo e, tratando-se dos tribunais portugueses, moroso. Os interesses emocionais e sociais da criança em jogo são aqui também completamente postos de lado.

Curiosamente, porém, no caso da filiação extramatrimonial, a lei está concebida na presunção de que a mãe não se limitará sexualmente a um único homem. Assim, apesar de no decorrer de uma acção judicial contra o pai hipotético se estabelecer claramente que houve relações sexuais entre o pai e a mãe durante o período legal de concepção ou mesmo que estes mantinham uma relação de *concubinato* ou *união de facto*, tal não é tomado como prova automática da paternidade. O pai que não deseje sê-lo pode sempre socorrer-se da cláusula conhecida pela expressão *exceptio plurium concubentium*, isto é, que a mãe teve outros parceiros sexuais, o que é tomado como significando que nenhuma paternidade pode ser estabelecida com segurança. Na opinião de um juiz desembargador, a necessidade de estabelecer a verdade biológica significa que, sempre que tal ocorra, a parte contrária (seja a mãe ou o filho) é então

obrigada a demonstrar a fidelidade da mãe. A sua opinião é que é «muito discutível que a fidelidade da mãe em relações extraconjugais configure o normal» (Pinto, 1983, 372-373); por outras palavras, a jurisprudência presume que a mulher não casada é promíscua!

É ainda interessante verificar que o recurso aos testes de paternidade não funciona como meio de ultrapassar esta relutância em estabelecer uma paternidade única. Apesar de em países como a Suíça (desde 1978) a *exceptio plurium concubentium* já não ser considerada como argumento suficiente para refutar a paternidade, em Portugal ela continua a ser geralmente aceite (Oliveira, 1991, 157). A experiência tem vindo a demonstrar que os nossos tribunais aceitam facilmente a opinião dos geneticistas quando os testes indicam uma exclusão da paternidade. Já nos casos em que os testes são positivos, porém, eles tendem a sentir maior relutância em aceitar os resultados. Apesar de os geneticistas humanos portugueses terem argumentado contra esta tendência (Amorim e Rocha, 1988a e 1988b), os juristas continuam a aconselhar que uma tal dicotomia entre exclusão e inclusão deve ser mantida quando se trata de decidir se se aceita ou não a recusa de paternidade baseada no *exceptio plurium* (Oliveira, 1991, 101).

Isto também explica o facto de os tribunais só muito excepcionalmente pedirem a dois ou mais pais potenciais que realizem testes de paternidade, de forma a decidirem entre eles qual foi responsável pela concepção. Dos 147 testes de paternidade que foram enviados ao laboratório forense do Instituto de Antropologia da Universidade do Porto entre 1989 e 1990, só 5 envolveram dois pais potenciais — em todos estes casos os resultados indicam que um homem foi excluído, tendo o outro dado sinais de ser, com toda a probabilidade, o pai biológico <sup>11</sup>.

O *exceptio plurium* só não pode ser usado quando a paternidade em causa for a do marido da mãe e, por conseguinte, estabelecida através do *pater is est*. Aqui, mais uma vez, a verdade biológica deixa de preocupar tanto os juízes como os legisladores. E arrisco-me a dizer que felizmente que assim é, pois a evidência presentemente existente da recolha de amostras sanguíneas sugere que a percentagem de crianças cujo pai biológico não é o marido legal da mulher é bem mais elevada do que se poderia imaginar <sup>12</sup>.

A lei leva a sua coerência ao ponto de dificultar a acção do marido que deseja impugnar a sua paternidade. É-lhe exigido que prove que a sua paternidade é «manifestamente improvável», quer dizer, aqui o *pater is est* funciona contra

<sup>11</sup> Estou grato a António Amorim pela generosidade com que discutiu estas questões comigo e com que me forneceu os dados relativos aos testes de paternidade.

<sup>12</sup> Dados dinamarqueses recentes citados pelos jornais indicam que 5% a 8% das crianças nascidas naquele país não são biologicamente relacionadas com o marido da mãe (*O Público* de 1-9-92). O Instituto de Antropologia da Faculdade de Ciências da Universidade do Porto (Prof. António Amorim, comunicação pessoal) indica que, no estabelecimento da amostra de controle usada para avaliar os testes de paternidade, para a qual foram usadas famílias católicas praticantes da burguesia do Porto, foi encontrada uma taxa semelhante. Um estudo realizado no Havai nos finais dos anos 70 chegou a uma estimativa bastante menos significativa: 2,3% (Ashton, 1980).

o próprio marido (Oliveira, 1991, 84). Nas palavras de Guilherme de Oliveira, «o interesse público da fixação dos estados do filho com base na verdade biológica [...] sofre uma compressão quando se trata de negar a paternidade do marido. Com efeito, o Estado só age para corrigir a atribuição de paternidade falsa quando um interesse particular relevante o estimula.» (1991, 90.)

Por outras palavras, a doutrina implícita no brocardo funciona não só negativamente com o fim de resolver os problemas causados por uma suposta incerteza quanto à paternidade, como ainda positivamente como meio de reforçar os laços de paternidade dos homens casados. Assim, não é o acesso à paternidade por todos os homens que está a ser protegido, mas especificamente o acesso e fortalecimento legal da paternidade *legítima*, para usar a expressão tradicional.

Há uma contradição entre a preocupação com a «verdade biológica» e a necessidade de proteger aquilo que os juristas chamam «a paz jurídica das famílias». Torna-se, portanto, particularmente interessante estabelecer as situações em que a lei está pronta a abandonar o seu interesse omnipresente pela verdade biológica em favor desse «princípio da conservação das situações familiares estabelecidas» (Oliveira, 1991, 133).

Neste campo, o Código de 1966 e a reforma de 1977 são bastante distintos, pois a última está muito mais pronta a aceitar a impugnação de estados familiares estabelecidos do que o primeiro. Em particular, a oposição à maternidade, que já era possível em certas condições no Código de 1966 (artigos 1836.º e 1846.º), é agora explicitamente permitida em qualquer altura e por qualquer pessoa que demonstre ter um interesse relevante na acção.

Quanto à oposição judicial da paternidade do marido, o Código de 1966 praticamente bania-a, excepto num número específico de excepções (artigos 1816.º e 1817.º). Depois de 1977 passou a ser permitida (artigo 1839.º), mas a lei continua a proteger explicitamente o pai casado, pois desencoraja o Ministério Público de proceder à acção, determinando parâmetros temporais claros e muito restritivos fora dos quais a impugnação não é permitida.

Finalmente, ambos os códigos concordam que, quando a oposição da paternidade não é baseada no princípio da *pater is est* (1966, artigo 1836.º; 1977, artigo 1859.º), ela pode ser iniciada a qualquer altura por qualquer pessoa que demonstre ter um interesse relevante na acção. Para além disto, na lei mais recente, caso a mãe ou o filho queiram impugnar a paternidade de um pai solteiro, a impugnação é automaticamente aceite, excepto se o pai conseguir provar que coabitou com a mãe durante o período legal da concepção (artigo 1859.º, n.º 3). Neste âmbito, a lei portuguesa é bem mais permissiva do que a lei francesa de 1972, pois permite a um pai impugnar a sua própria paternidade em qualquer altura, desde que esta não tenha sido baseada na cláusula do *pater is est*.

Em conclusão parcial, podemos afirmar que, desde 1867, cada reforma legal tem aumentado a preocupação com a «verdade biológica» a expensas da preservação das situações familiares estabelecidas. A única excepção significativa a este princípio é a paternidade *legítima*, que continua a ser tratada com

um estatuto especial. Enquanto as diferenças entre a maternidade fora e dentro do casamento têm vindo a desaparecer, o mesmo não tem ocorrido no caso da paternidade.

O que nos leva a uma conclusão inesperada: se considerarmos o estatuto legal da filiação, tanto nos seus efeitos como nos processos do seu estabelecimento (ou reconhecimento), somos forçados a concluir que a lei portuguesa não instituiu um tipo de filiação, nem mesmo dois. Pelo contrário, três tipos de filiação são claramente estabelecidos: a filiação legítima paterna, a filiação materna e a filiação ilegítima paterna. A lei concede níveis de protecção decrescentes às relações criadas por cada uma destas.

## LEGITIMIDADE E FAMILISMO

Em 1975 o Conselho da Europa propôs uma convenção conducente à redução das diferenças nos estatutos jurídicos entre as crianças nascidas de pais casados e crianças nascidas fora do casamento dos pais. O Estado português ratificou esta convenção em 1975. Como resultado dela, e ainda da Constituição de 1976, a noção de legitimidade foi erradicada do vocabulário jurídico e a reforma de 1977 do direito da filiação acaba com ela.

Desde o primeiro Código Civil de 1867 que a lei da filiação estava dividida segundo dois tipos de filiação: a legítima e a ilegítima. A finalidade declarada desta distinção era a protecção do que se chamava então «a família». O conceito de «paz das famílias» era aplicado só a famílias legítimas, isto é, as que se baseavam num matrimónio legalmente constituído.

Este primeiro código ia ao ponto de proibir o reconhecimento oficial pelos pais de crianças adulterinas (v. Pinto, 1983, 31). Para além do que, inspirando-se no famoso artigo 130.º do Código Napoleónico, proibia acções de investigação da paternidade (v. Pinto, 1983, 317). Curiosamente, esta proibição não fazia parte das práticas legais tradicionais portuguesas. Pelo contrário, era um tipo de acção permitida e comum.

É interessante verificar que só pela altura em que o Código Civil de 1966 estava a ser preparado é que os redactores sentiram que havia um interesse público em reduzir o número de crianças registadas com progenitores desconhecidos. Se julgarmos pelos dados fornecidos pelos estudos antropológicos de zonas rurais do Noroeste, por essa altura o grande surto de ilegitimidade que tinha caracterizado as primeiras três décadas do século tinha já terminado (por exemplo, v. Cole, 1991, 61, e Pina Cabral, 1984a, 1984b e 1989).

Não temos até hoje uma noção clara de qual terá sido o processo em contextos urbanos, mas a evidência que possuímos indica que o surto de emigração dos anos 50 e 60 e a relativa prosperidade da segunda metade da década de 60 significaram que mais e mais pessoas foram tendo acesso às condições mínimas consideradas indispensáveis para contrair matrimónio e instituir uma casa. Isto significa que a ilegitimidade foi decrescendo rapidamente.

Ao mesmo tempo os valores relativos aos papéis de género e ao comportamento sexual foram mudando. Muitas pessoas começavam agora a duvidar do tipo de familismo radical que inspirou um dos redactores do Código Civil de 1966 quando afirmou que na família «reside, finalmente, para a maioria dos homens, o segredo da felicidade terrena, por todos almejada» (cit. em Pinto, 1983, 10). Concomitantemente, o estigma de ser bastardo ia perdendo a força de humilhação.

Pela primeira vez em 1966, portanto, a lei institui um processo pelo qual o Ministério Público pode tentar estabelecer a paternidade de uma criança registada sem indicação do nome da mãe ou, tendo uma mãe, sem indicação do pai. Só era possível realizar este processo, porém, nos dois anos seguintes ao registo — passados os quais a velha proibição da investigação da paternidade voltava a funcionar. Podemos, assim, concluir que a dita preocupação deste Código com a necessidade de reduzir o número de crianças sem pai será melhor entendida como uma resposta à redução do peso do estigma da bastardia do que como uma real aceitação por parte da lei de práticas familiares heterodoxas.

Há uma enorme circularidade na forma como estes textos tratam da ilegitimidade. Começando com uma noção estereotipada e altamente exagerada das desvantagens sociais encontradas pelos filhos ilegítimos nos seus primeiros anos de vida, acabam por suspeitar deles como adultos, pelos supostos defeitos de personalidade resultantes da sua educação (v. Pinto, 1983, 162, 464, para uma clara formulação desta noção). Nas palavras do Prof. Gomes da Silva, «na grande maioria dos casos, os filhos ilegítimos crescem ao abandono, sem qualquer educação e amparo, e só quando suspeitam terem provindo de um pai rico procuram, geralmente já em adultos e depois da morte dele, investigar a paternidade. Este sistema», conclui o autor, «conduz ao resultado de anular por completo aquilo que constitui verdadeiramente o núcleo de exigências da justiça acerca dos filhos ilegítimos — a atenuação, na medida do possível, dos efeitos da ilegitimidade sobre a formação da personalidade — e conduz, como resultado positivo, apenas àquilo que menos se justifica e mais prejudica a família legítima: a exigência tardia de bens materiais que já não concorrem para modificar a situação moral e social dos filhos ilegítimos, quiçá muitas vezes com fraude, àqueles que desde há muito tinham *legítima* expectativa sobre esses bens.» (Cit. em Pinto, 1983, 288, meu itálico.)

A função explícita desta legislação era — e agora cito o Prof. Pereira Coelho — «proteger a família legítima ou a dignidade e honra dos indivíduos não casados, impedindo os processos temerários, desencorajando-se as tentativas de chantagem e de evitar a perturbação social (o escândalo) a que tais processos se prestavam sobremaneira» (cit. em Pinto, 1983, 317).

Este tipo de familismo tem vindo a decrescer e é claramente contrário ao espírito da Constituição da República Portuguesa de 1976. Conforme observámos já anteriormente, porém, apesar de a reforma de 1977 reduzir o seu impacto, ele continua a estar presente, pois a lei concede um estatuto privilegiado à paternidade legítima sobre todos os outros tipos de filiação. A palavra *ilegítimo* foi abolida, mas a noção sobrevive no espírito da lei, como é claramente patente

no queixume de Brandão Ferreira Pinto de que é uma pena que a palavra tenha desaparecido do vocabulário jurídico porque continua a ser útil (1983, 36, 71).

Também Costa Pimenta (1986, 16) comenta que esta questão não está resolvida, sobrevivendo na actual lei aspectos que apontam para a continuada relevância da legitimidade, tais como o facto de o Código do Registo Civil estipular que uma das menções a fazer no assento de nascimento é o estado civil dos progenitores [artigo 126.º, n.º 1, alínea e)]. Como os certificados de nascimento são feitos por fotocópia do assento de nascimento, a indicação da ilegitimidade continua presente.

Esta atitude tem a sua raiz na recusa dos juristas de concederem estatuto familiar às relações de *união de facto*. Apesar de a Constituição de 1976 tentar fazer precisamente isso (artigo 36.º, n.º 1), o Código Civil de 1977 é ambivalente sobre a questão. As autoridades jurídicas, porém, são bem explícitas na sua recusa de qualquer interpretação deste tipo. A reforma de 1977 estabelece toda uma série de consequências, direitos e obrigações resultantes das *uniões de facto*. Este tipo de união só continua a distinguir-se do casamento legalmente contraído nas suas consequências para a herança (que são muito reduzidas) e no facto de, contrariamente ao casamento legal, a lei não explicitar que as partes são «reciprocamente vinculadas pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência» (artigo 1672.º; v. Pereira Coelho, 1986, 17).

Os juristas, porém, continuam a negar que a *união de facto* seja um tipo de casamento na base do especioso argumento de que, se as partes tivessem querido casar-se, ter-se-iam casado (id., *ibid.*, 19). Uma vez que a lei não especifica para a *união de facto* as obrigações matrimoniais que acabo de citar (artigo 1672.º), os juristas concluem que esse tipo de união não pode dar azo à pressuposição do *pater is est*. Desta forma negam que as uniões de facto sejam um tipo de família. Antunes Varela, por exemplo, num texto publicado já em 1979-1980, afirma que «a filiação fora do casamento deve ser considerada como uma relação *parafamiliar*, no sentido de que se trata de uma relação jurídica cujo regime se assemelha ao da filiação legítima, mas que não tem na sua base um núcleo pessoal com a estabilidade mínima própria da *sociedade familiar*» (cit. em Pinto, 1983, 13).

O meu argumento até aqui, em suma, é que a lei institui e protege um tipo de familismo baseado sobre a autoridade patriarcal e que as reformas que acompanharam a renovação democrática de Portugal na segunda metade dos anos 70 não conseguiram ainda erradicar esta tendência do sistema legal.

Em seguida desenvolverei a ideia de que, pelo menos para o Noroeste de Portugal, esta tendência é contrária às práticas familiares prevalentes. Ela corresponde a um projecto ideológico que caracterizou a subida ao poder da burguesia no decorrer do século passado e que só foi verdadeiramente posto em causa durante as mudanças políticas dos anos 70. Na verdade, uma leitura atenta da legislação e da jurisprudência sobre esta questão mostra que a lei não está essencialmente a proteger os homens. O que ela protege é os direitos e autoridade dos homens casados, isto é, os que tiveram acesso às condições necessárias para estabelecerem legalmente a sua autoridade patriarcal.

## A LEI E O ACESSO À PATERNIDADE

A lei presume que a maternidade não pode ser posta em questão por ser a origem natural das relações de parentesco e, por conseguinte, da sociedade. Apesar de sabermos, através dos recorrentes escândalos de imprensa e ainda da evidência recolhida pelos testes de paternidade <sup>13</sup>, que a troca de bebés, o roubo de bebés e a adopção clandestina ocorrem ocasionalmente em Portugal, a lei não está concebida no sentido de questionar tais práticas. O aparelho legal não questiona a maternidade, apesar da sua enfática preocupação com a «verdade biológica». Este facto torna-se claramente aparente de uma leitura dos dados fornecidos pelo laboratório de genética humana do Instituto de Antropologia da Faculdade de Ciências da Universidade do Porto. Em 1989-1990 o Instituto recebeu 147 pedidos de testes de paternidade, enquanto de maternidade só recebeu um. Note-se que este último caso resultou num veredicto de exclusão de maternidade, o que sugere que as dúvidas do tribunal eram muito bem fundamentadas.

### Testes genéticos de filiação

Paternidade .....	142
Paternidade (dois pais possíveis) .....	5 (todas positivo/negativo)
Paternidade e maternidade .....	1 (positivo)
Maternidade .....	1 (negativo)
? .....	6
<i>Total</i> .....	155

Fonte: Instituto de Antropologia, Porto, 1989-1990.

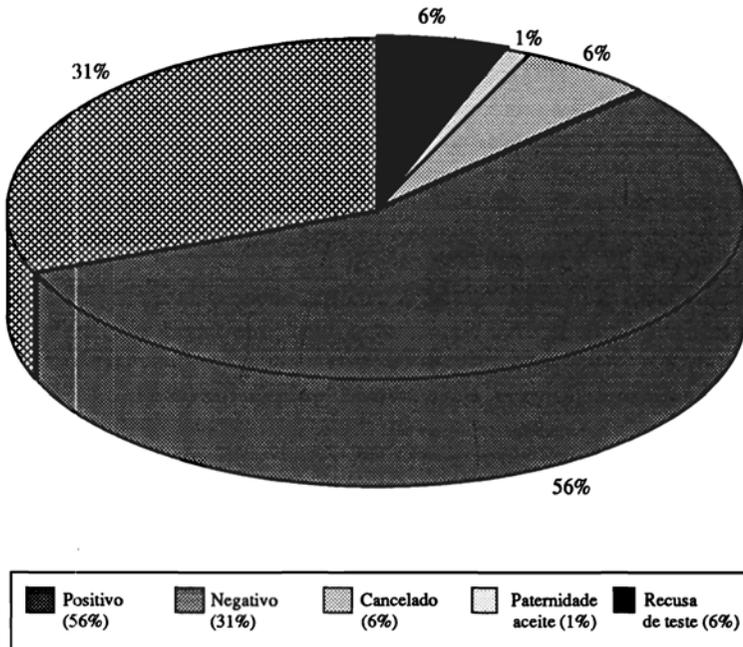
Desde 1966, quando uma mãe regista o seu filho como tendo «pai desconhecido», o tribunal institui uma investigação preliminar para estabelecer se o Ministério Público tem ou não condições mínimas para montar um processo contra o pai hipotético. O primeiro passo desta investigação, segundo a lei ainda hoje vigente, é entrevistar a mãe. Como resultado das suas declarações, ou mais tarde como parte de uma acção judicial, o tribunal pode mandar fazer testes de paternidade. 31% dos testes realizados pelo Instituto de Antropologia do Porto redundaram em resultados negativos — percentagem surpreendentemente elevada. Poderia ser interpretada como significando que a mãe não tinha certeza sobre qual dos seus amantes foi o pai biológico. Mas então por que é que o tribunal não mandou fazer testes concomitantemente a todos os homens envolvidos? Tal aconteceu só em cinco instâncias <sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Prof. António Amorim (comunicação pessoal).

<sup>14</sup> Uma das razões para isto é que o Ministério Público não está interessado em que tal aconteça e é prática corrente aconselhar a mãe a indicar só um homem, ou pelo menos um de cada vez. Porque, se ela indicar mais do que um, então o juiz poderá aceitar a *exceptio plurium* e afirmar que não há possibilidade de descobrir o pai.

A nossa conclusão é que estes 43 casos em que a mãe indicou um pai biológico errado estão associados a uma tentativa por parte da mãe de, por assim dizer, corrigir a paternidade da criança, dando-lhe um pai mais atraente. Os especialistas do Instituto sugerem ainda outra explicação, para a qual, no entanto, não obtivemos dados validantes: o encobrimento do incesto. Mais uma vez, porém, esta explicação não vai muito longe, pois a lei indica explicitamente que o Ministério Público ou o tribunal devem interromper imediatamente qualquer investigação logo que haja a mínima suspeita de uma relação incestuosa. Assim, a mãe só sentiria a necessidade de encobrir o incesto se não estivesse informada da lei.

Testes de paternidade (percentagens) — 1989-1990



O aparelho burocrático do Estado exerce pressão sobre os indivíduos, através do Ministério Público, no sentido de diminuir o número de crianças sem pai. Nas palavras de um delegado do Ministério Público que entrevistámos, «há um certo brilhantismo. Arranjar pais é considerado importante. Mesmo por parte da hierarquia. Há uma certa pressão [...] Se eu na minha comarca tivesse lá dois processos e não arranjasse pai nenhum, eram capazes de me criar problemas.»

À luz do facto de que em todos estes casos a custódia da criança é concedida automaticamente à mãe e a autoridade familiar é exercida exclusivamente por

esta (artigo 1911.º; cf. Pereira Coelho, 1986, 25), o que isto realmente significa é que estes homens se encontram carregados com obrigações financeiras consideráveis, sendo-lhes, contudo, recusado o direito de exercerem uma paternidade válida e activa. Ainda por cima, independentemente de se saber se eles já têm ou vêm posteriormente a adquirir uma família conjugal, na distribuição da sua propriedade por morte, esta criança extraconjugal é um herdeiro por inteiro. Finalmente, eles não são sequer livres de criarem esta criança no seu próprio lar, caso a sua esposa não consinta (artigo 1883.º).

Não temos forma de saber quantos dos 77 homens cujos testes de paternidade deram resultados positivos eram solteiros ou casados. Mas a lei, mais uma vez, protege os que são casados e que detêm prestígio social (artigos 1812.º e 1868.º). Guilherme de Oliveira explica que «a lei defende o pudor e a dignidade das pessoas — a averiguação não deve ser *chocante*. Assim, o tribunal deve abster-se das diligências que ofendam esse limite [...] ainda que as considere muito úteis ou imprescindíveis para formar juízo sobre a viabilidade da acção.» (1991, 34.) Um outro comentador, juiz do Supremo Tribunal de Justiça, especifica ainda que esta indicação da lei deve ser compreendida como significando que, se a sensibilidade de uma pessoa é acima da norma, só a sensibilidade do *homo medius* deve ser respeitada. Enquanto que, se uma pessoa é considerada como tendo escrúpulos morais inferiores aos que o juiz considera como caracterizando o *homo medius*, então o tribunal não necessita de respeitar esses hipotéticos escrúpulos (Pinto, 1983, 88).

Considerando que parece não existir acordo na jurisprudência portuguesa no que se refere à forma de lidar com homens que se recusam a sujeitar-se ao teste de paternidade, isto significa que os 12% de homens que ou cancelaram o teste ou se recusaram a fornecer a amostra de sangue necessária não foram necessariamente tratados como admitindo culpa. Se o curador de menores, durante a instrução (v. Pimenta, 1986, 67-68), ou o magistrado do Ministério Público, consoante o estágio a que tenha chegado o processo, considerarem que estes homens têm um estatuto moral superior ao *homo medius*, é natural que o processo seja pura e simplesmente abandonado por falta de evidência concludente.

## A UXORILATERALIDADE DOS LAÇOS FAMILIARES

Os dados até aqui apresentados assumem uma perspectiva diferente quando considerados à luz do contexto sócio-cultural particular a que estas leis se aplicam. Não é esta a ocasião para aprofundar uma análise comparativa. Tentarei, portanto, sumariar brevemente os aspectos do material etnográfico que presentemente possuímos para o Noroeste português e que são relevantes para estas questões.

Comentando a máxima *mater semper certa*, Brandão Ferreira Pinto sustenta que este princípio também é aceite pelas classes populares em Portugal. Tal suposição seria comprovada pela frequência com que se encontra nos meios

populares o provérbio «filhos de minhas filhas meus netos são; filhos de meus filhos serão ou não»<sup>15</sup>. Para nós, o recurso que o autor faz a este provérbio não é interessante em si, mas pela interpretação que lhe dá. Segundo Ferreira Pinto, o provérbio é usado no dia a dia para «justificar o maior carinho que os avós maternos, em confronto com os paternos, têm pelos netos» (1983, 48).

Qualquer pessoa que tenha vivido no Noroeste português por algum tempo poderá confirmar que esta é de facto a norma geral. Mas será algo de tão «natural» como o autor presume? Tendo realizado recentemente várias estadas de terreno na China — onde precisamente se verifica o contrário —, estou muito consciente de que se trata de uma tendência culturalmente específica e não necessariamente de um «facto da vida» ou de uma emoção natural, como pretendem os juristas.

Na verdade, os estudos antropológicos que têm sido realizados sobre o Noroeste português, assim como sobre a zona costeira da Galiza, referem sistematicamente a existência de uma divisão sexual do trabalho que concede às mulheres uma posição de relativa autoridade tanto na esfera doméstica como na pública, assim como uma forte preferência uxorilateral nos laços familiares extradomésticos. Esta tendência parece ser bastante intensa entre as populações piscatórias (v. Brogger, 1990, Cole, 1987, e Lisón, 1971, 179-181). Todos os autores concordam, porém, que, apesar de se verificar com níveis diferentes de intensidade, ela está presente em toda a região costeira a norte de Lisboa (Cailler-Boisvert, 1966; Riegelhaupt, 1967; Pina Cabral, 1989; Brettell, 1986). Lisón, no seu estudo da Galiza, chega mesmo a referir-se metaforicamente a uma «tendência amazónica» (1971, 267).

Mais recentemente, eu próprio tentei substanciar a tese de que não se trata de algo de especificamente rural. No âmbito de um estudo sobre a família burguesa do Porto encontrei as mesmas tendências uxorilaterais (1991b, capítulos VII e VIII). Por referência a outro contexto etnográfico, tinha já tentado demonstrar que esta tendência não é recente na região, mas, pelo contrário, é um fenómeno pertencendo à longa duração (cf. Pina Cabral, 1984a e 1989, 111-112).

Assim, somos levados a concluir que a dúvida sistemática contra a fidelidade feminina expressa pelo *mater semper certa* tem diferentes implicações, segundo os pressupostos que lhe estão subjacentes. Como vimos, para a lei, através do subterfúgio estabelecido pelo *pater is est*, esta dúvida sistemática é usada para instituir as bases legais da autoridade patriarcal. Pelo contrário, no quotidiano das famílias do Noroeste português, através do ditado «filhos das minhas filhas», torna-se uma justificação para a uxorilateralidade preferencial dos laços familiares extradomésticos.

Um dos temas que parecem fascinar os antropólogos desta região é a alta taxa de ilegitimidade entre as classes economicamente menos privilegiadas. Por todo o Minho as estratégias matrimoniais dos camponeses com terra tendem a forçar os que não têm terra ao casamento entre si e à ilegitimidade (v. Pina Cabral, 1989, esp. 89-91, e Cole, 1991). Por falta dos meios económicos e

<sup>15</sup> V. referência a este provérbio em Lisón, 1971, 256, e Brogger, 1990, 34.

simbólicos considerados indispensáveis por esta cultura para instituir a dominação masculina doméstica, os homens mais pobres (e particularmente os que não têm terra) encontram-se numa situação familiar marginal. Apesar do que Cole chama «um ideal igualitário das relações conjugais», o papel dos homens nestas casas de pobres assume aspectos de subordinação.

Lisón comenta que, quando o marido é mais rico do que a mulher, quando é um homem de autoridade ou quando é um ex-emigrante rico ou, entre pescadores, quando é o mestre de um barco, a sua mulher hesita em referir-se a ele pela forma depreciativa que as mulheres geralmente usam para os seus maridos, chamando-lhes *coitadiño*, *apocadiño*, *xan*, e dizendo que *no pinta nada* (1971, 259-260 e 269). De facto, há indicações seguras de que os contextos em que as mulheres detêm maior poder doméstico são aqueles em que os homens são mais pobres, sendo manifestamente incapazes de susterm economicamente as suas famílias. A razão pela qual as comunidades piscatórias são aquelas onde os etnógrafos encontram menos autoridade doméstica masculina é que são também as comunidades mais pobres. Aliás, como relata Cole, esse é mesmo o termo que eles usam para se referirem a si próprios: os *pobres*.

Estas formas de organização familiar não são o resultado de valores matrilineares exóticos (de origem fenícia, mediterrânica ou celta, dependendo dos gostos dos autores) que distinguiriam estas comunidades do resto da sociedade portuguesa (por exemplo, Descamps, 1934, ou Brogger, 1990), nem são sequer resultado de ideologias conscientes feministas ou profeministas, que acompanhariam um questionamento sistemático dos valores dominantes da civilização judaico-cristã (por exemplo, Cole, 1991; v. Pina Cabral, 1991-1992). Pelo contrário, são o produto de estratégias de maximização de segurança social em contextos em que os participantes não têm acesso aos meios necessários para a realização dos valores culturais dominantes. São o que chamei noutra ocasião *estratégias negativas* (1989, 90).

A posição pública e doméstica dos homens casados da burguesia urbana concede-lhes muito maior poder do que o que dispõem os homens das classes economicamente menos privilegiadas. Aí a pobreza e a falta de prestígio social tornam difícil aos homens a tarefa de atingirem consistentemente a autoridade doméstica. Assim, a uxorilateralidade que se encontra através de todos os estratos sociais acaba por dar lugar, entre os mais pobres, a uma forma de matrifocalidade e o poder doméstico feminino torna-se considerável. A situação extrema é a de total pobreza. Em tais contextos os homens não têm os meios necessários para criarem ligações domésticas permanentes — não têm acesso à paternidade. A sua exclusão da participação na reprodução social é total, pois na sociedade do Noroeste português (digam o que disserem os apologistas da «matrilinearidade minhota») não existe qualquer ideologia de associação uterina, e muito menos de descendência matrilinear, pelo que estes homens não têm um papel social relevante como tios maternos.

Em suma, a ilegitimidade sistemática das camadas mais pobres da população deve ser vista como uma expulsão dos homens adultos da vida fami-

liar. A antiquíssima tradição de emigração masculina que caracterizava esta região já no período em que se lançaram as descobertas deve ser vista à luz destes factos.

## CONCLUSÃO

Parece-nos relevante concluir com duas apreciações gerais. Em primeiro lugar, o presente estudo revela que a concepção da filiação implícita na lei portuguesa do nosso século é perfeitamente compatível com a visão mítica que nos é transmitida pelas representações tradicionais na Europa pós-medieval da *Vida de Cristo*. É fascinante verificar que nos finais do século XX continuamos a criar correspondências entre o *corpus* mítico tradicional e a prática legislativa <sup>16</sup>.

Tratando-se embora de duas representações diferenciadas de um ponto de vista formal — um discurso declaradamente metafórico e o outro supostamente descritivo —, a correspondência semântica é aparente. Assim, num primeiro momento a maternidade é considerada como visível e segura e a paternidade é apercebida como obscura e incerta. A revelação da paternidade, que condiciona a sua legitimação, é um acto de poder. Assim, num segundo momento, uma vez legitimada, a paternidade acaba por assumir o papel principal na identificação do indivíduo.

No início dos evangelhos, a maternidade de Jesus é apresentada como um facto público e ostensivo, enquanto a paternidade é misteriosa e questionável. Esta última necessita de ser legitimada, como de facto é, em primeira instância, secretamente, pelo anjo de Deus, tanto na Anunciação como no sonho de S. José (Lucas, 1, 26-38, e Mateus, 1,18-20, respectivamente), e em segunda instância, publicamente, pelos acontecimentos miraculosos que acompanham a vida do filho de Deus. Uma vez legitimada, porém, ela acaba por se tornar um factor simbolicamente sobreponível à maternidade. As últimas palavras de Jesus são dirigidas a essa paternidade, que, retrospectivamente, dá sentido à sua vida e, prospectivamente, dá sentido à sua morte: «Então Jesus clamou em alta voz: Pai, nas tuas mãos entrego o meu espírito! E, dito isto, expirou.» (Lucas, 23, 46 <sup>17</sup>.)

Da mesma forma, no discurso legal, a filiação materna — pública e ostensiva — do *mater semper certa* cede o lugar à paternidade através do *pater is est*, por meio da cerimónia legal do casamento. Uma vez legitimada, porém, a paternidade assume a precedência na identificação da pessoa jurídica, cujo nome principal é o nome do pai e do pai do pai.

<sup>16</sup> Estou grato a Joan Bestard Camps, assim como aos restantes participantes do seminário do grupo «Europa das famílias» realizado em Barcelona em Abril de 1993, por terem chamado a minha atenção para este paralelismo.

<sup>17</sup> Poderíamos também ter citado a oração sacerdotal de Cristo do *Evangelho de São João*, ou qualquer dos outros evangelhos, onde a Paixão está sempre marcada por referências à relação de filiação directa que liga Cristo à primeira pessoa da Santíssima Trindade.

A segunda apreciação geral que nos ocorre fazer à laia de conclusão prende-se com a suposta protecção da «paz das famílias». Como vimos, apesar das intenções expressas, a lei portuguesa não vai muito para além da protecção e radicação legal da autoridade patricarcal dos homens casados. A emergência dos testes de paternidade só veio alterar esta situação na medida em que é agora possível impor obrigações económicas ao pai não casado, apesar de a lei não lhe conceder um papel paterno relevante. Numa sociedade como a do Noroeste português, onde a uxorilateralidade e a matrifocalidade são determinantes, os homens que não conseguem obter os meios necessários ao acesso ao matrimónio encontram-se impossibilitados de desempenharem um papel activo no processo de reprodução social.

Talvez a principal razão pela qual os antropólogos do período pós-1974 que estudaram a ilegitimidade nesta região não prestaram atenção a estes homens seja a de que, na época em que realizámos as nossas recolhas etnográficas, eles não estavam presentes, tendo sido levados por mais uma das sucessivas ondas emigratórias que têm caracterizado esta região desde o século XVI. Contudo, nos longínquos países onde estes homens se têm estabelecido conseguiram frequentemente obter situações familiares bem mais valorizadas. Estando presentemente envolvido no estudo das famílias euro-asiáticas de raiz portuguesa de Macau, onde homens destes são hoje lembrados como patriarcas, estou diariamente consciente da sua situação (Pina Cabral e Lourenço, 1992, 1993).

#### BIBLIOGRAFIA

- AMORIM, A., e J. Rocha (1988), «The bias of the dichotomy exclusion/non-exclusion and the evidential value of L (or W)», in *Advances in Forensic Haemogenetics*, 2, W. R. Mayer (ed.), Springer-Verlag, Berlim.
- AMORIM, A., e J. Rocha (1988b), «A genética e a investigação da paternidade», in *Revista do Ministério Público*, 9 (33-34), Lisboa.
- ASHTON, Geoffrey C. (1980), «Mismatches in genetic markers in a large family study», in *American Journal of Human Genetics*, 32, pp. 601-613.
- AUGÉ, Marc, et al. [1978 (1975)], *Os Domínios do Parentesco. Filiação, Aliança Matrimonial, Residência*, Ed. 70, Lisboa.
- BRETTELL, Caroline (1986), *Men Who Migrate, Women Who Wait*, Princeton University Press, Princeton, Nova Jérсия.
- BROGGER, Jan (1990), *Pre-Bureaucratic Europeans*, Norwegian University Press, Oslo.
- CAILLER-BOISVERT, Colette (1966), «Soajo — une communauté féminine rurale de l'Alto Minho», in *Bulletin des études portugaises*, n.º 27.
- COLE, Sally (1991), *Women of the Praia*, Princeton University Press, Princeton, Nova Jérсия.
- DESCAMPS, Paul (1935), *Le Portugal. Vie sociale actuelle*, Firmin-Didot, Paris.
- DESCAMPS, Paul (1959), *Histoire sociale du Portugal*, Firmin-Didot, Paris.

- GOUGH, E. Kathleen [1968 (1959)], «The Nayers and the definition of marriage», in Paul Bohannan e John Middleton (orgs.), *Marriage, Family and Residence*, American Museum Sourcebooks in Anthropology Q9, The Natural History Press, Nova Iorque.
- LEACH, Edmund (1961), *Rethinking Anthropology*, Athlone Press, Londres.
- LISÓN TOLOSANA, Carmelo (1971), *Antropologia Cultural de Galicia, Siglo XXI*, Madrid.
- NEEDHAM, Rodney (1971), «Introduction», in Rodney Needham (org.), *Rethinking Kinship and Marriage*, ASA Monograph, Tavistock, Londres.
- OLIVEIRA, Guilherme de (1991) (2.ª ed.), *Estabelecimento da Filiação*, Liv. Almedina, Coimbra.
- PEREIRA COELHO, F. M. (1986), «Casamento e família no direito português», in Ordem dos Advogados do Porto (org.), *Temas de Direito de Família*, Liv. Almedina, Coimbra.
- PIMENTA, José da Costa (1986), *Filiação*, Coimbra Editora, Coimbra.
- PINA CABRAL, João de (1984a), «Female power and the inequality of wealth and motherhood in northwestern Portugal», in R. Hirschon (org.), *Women and Property, Women as Property*, Croom Helm, Londres.
- PINA CABRAL, João de (1984b), «Comentários críticos sobre a casa e a família no Alto Minho rural», in *Análise Social*, 81-82, Lisboa.
- PINA CABRAL, João de (1989), *Filhos de Adão, Filhas de Eva: A Visão do Mundo Camponesa do Alto Minho*, D. Quixote, Lisboa.
- PINA CABRAL, João de (1991), *Os Contextos da Antropologia*, Difel, Lisboa.
- PINA CABRAL, João de (1991-1992) (recensão de Sally Cole), *Antropologia Portuguesa*, 9-10, Coimbra.
- PINA CABRAL, João de (1993), «Tamed violence: genital symbolism in Portuguese popular culture», in *Man*, 28 (1), pp. 101-120.
- PINA CABRAL, João de, e Nelson Lourenço (1992), «A questão das origens: as relações interétnicas e a condição feminina em Macau», in *Sociologia—Problemas e Práticas*, 11, p. 925.
- PINA CABRAL, João de, e Nelson Lourenço (1993), *Em Terra de Tufões: Dinâmicas de Etnicidade Macaense*, Instituto Cultural de Macau, Macau.
- PINTO, F. Brandão Ferreira (1983), *Filiação Natural*, Liv. Almedina, Coimbra.
- RIEGELHAUPT, J. F. (1967), «Soloio women: an analysis of informal and formal political and economic roles of Portuguese peasant women», in *Anthropological Quarterly*, 40.
- SCHNEIDER, David (1984), *A Critique of the Study of Kinship*, University of Michigan Press, Ann Arbor.